Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht

Boelens, G.G.B.

Citation
Boelens, G. G. B. (2015, September 29). *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht. The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/35584

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/35584

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/35584 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Boelens, G.G.B.
Title: Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht
Issue Date: 2015-09-29

Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht

Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 29 september 2015
klokke 16.15 uur

door

Guus Gerard Boelo Boelens

geboren te 's-Gravenhage

in 1984

Promotoren:	prof. mr. W.G. Huijgen prof. dr. F. Sonneveldt
Copromotor:	mr. dr. P.C. van Es
Promotiecommissie:	prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg prof. mr. W.D. Kolkman (Rijksuniversiteit Groningen) prof. mr. F.W.J.M. Schols (Radboud Universiteit Nijmegen) mr. dr. J.B. Vegter (EY Belastingadviseurs)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Drukwerk: Proefschriftmaken.nl / Uitgeverij BOXPress

ISBN 978 94 6295 285 0

© 2015 G.G.B. Boelens

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Aan Sanne,
aan mijn ouders

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XVII

1 INLEIDING 1
1.1 Onderwerp 1
1.2 Opzet van dit onderzoek 3
1.2.1 Deel I: civielrechtelijke aspecten van het legaat 3
1.2.1.1 Het legaat; geschiedenis 5
1.2.1.2 Het legaat als vorderingsrecht; verschil met erfstelling en last 5
1.2.1.3 Het legaat als vorderingsrecht; toepassingsmogelijkheden 6
1.2.1.4 Een legaat aan een erfgenaam (prelegaat) 7
1.2.1.5 (Keuze)legaat en delegatieverbod 7
1.2.2 Deel II: Het legaat, de wisselwerking tussen het civiele recht en de Successiewet 1956 8
1.2.2.1 Het legaat (en de testamentaire lastbevoordeling) als belastbare verkrijging voor de Successiewet 1956 9
1.2.2.2 Het legaat als estate planningsinstrument 9
1.3 Methodologie 10
1.4 Belang van het onderzoek 11
1.5 Terminologie 12

DEEL I: CIVIELRECHTELIJKE ASPECTEN VAN HET LEGAAT 13

2 HET LEGAAT IN HET ROMEINSE RECHT 15
2.1 Het Romeinse recht (algemeen) 15
2.1.1 De plaats van het Romeinse erfrecht 15
2.1.2 Ontwikkeling van het Romeinse erfrecht in vogelvlucht 15
2.2 De rol van het legaat in het Romeinse recht 17
2.2.1 Algemeen 17
2.2.2 Definitie legaat 18
2.3 Soorten legaten 21
2.3.1 Vindicatielegaat 21
2.3.2 Damnatielegaat 23
2.3.3 Vergelijking van het damnatielegaat met het vindicatielegaat 26
2.3.4 Het 'legatum sinendi modo' 29
2.3.5 Het 'praelegatum' en 'legatum per praeceptionem' 31
2.3.5.1 Het 'praelegatum' 32
2.3.5.2. Het 'legatum per praeceptionem' 35

2.3.6 Partitio legata 37
2.4 Verkrijging en verwerping van legaten 40
2.5 Geldigheid en herroeping van legaten 44
2.6 Wettelijke beperkingen 49
2.7 Uitleg van legaten 50
2.8 Eenwording legaten en versmelting met het fideïcommis 52
2.9 Tot slot 56

3 HET LEGAAT IN HET BURGERLIJK WETBOEK 1838 59
3.1 Inleiding 59
3.2 Definitie legaat 59
3.2.1 Verschil legaat en erfstelling 59
3.2.2 Verschil (sub)legaat en last 63
3.3 Legaat: vorderingsrecht of wijze van eigendomsverkrijging? 67
3.3.1 Algemeen 67
3.3.2 Leer van de Hoge Raad 69
3.3.3 Reactie in de literatuur op de leer van de Hoge Raad 71
3.3.4 Hoge Raad volgt algemeen aanvaarde opvatting 75
3.4 Wat kan gelegateerd worden? 78
3.4.1 Algemeen wettelijk kader 78
3.4.2 Het legaat van bepaalde zaken van een ander (art. 1013 OBW) 80
3.4.2.1 Het legaat van een gemeenschapsgoed 81
3.4.2.2 De nietigheid van het legaat van een goed van een ander 83
3.4.3 Zaken die toebehoren aan de erfgenaam of legataris (art. 1014 OBW) 86
3.4.4 Het legaat van onbepaalde zaken (art. 1015 OBW) 89
3.5 Tot slot 90

4 NAAR EEN NIEUW BURGERLIJK WETBOEK. HET LEGAAT ALS UITERSTE WILSBESCHIKKING WAARIN EEN VORDERINGSRECHT WORDT TOEGEKEND 93
4.1 Inleiding 93
4.2 Het legaat in het Ontwerp-Meijers 93
4.2.1 Het legaat en het verschil met de erfstelling en last 94
4.2.2 Legaat gemeenschapsgoed en goed van een ander 96
4.2.3 Overige bepalingen betreffende legaten 97
4.3 Het legaat in de Vaststellingswet Boek 4 Burgerlijk Wetboek 100
4.3.1 Definitie erfstelling 101
4.3.2 Definitie legaat en verschil met last 103
4.3.2.1 Kritiek op definities legaat en last in Ontwerp-Meijers 104
4.3.2.2 Het Gewijzigd Ontwerp van Wet (GO) en de gewijzigde definitie van legaat 106
4.3.2.3 De gewijzigde definitie van het legaat: het toekennen van een vorderingsrecht 108
4.3.2.4 De gewijzigde definitie van het legaat: een of meer <daarbij aangewezen> personen 111

4.3.2.5 Het toepassingsgebied van het legaat ten opzichte van de last 113
4.3.2.6 Het vervreemdings- en bezwaringsverbod 114
4.3.3 Het legaat als uiterste wilsbeschikking 115
4.3.3.1 De uiterste wilsbeschikking 116
4.3.3.2 Kwijtschelding schuld en afstand beperkt recht bij testament: legaten? 118
4.3.3.3 Het testamentaire aanbod: legaat? 120
4.3.4 Enige bepalingen over het 'ontbreken' van het gelegateerde 122
4.3.4.1 Blijvende onmogelijkheid uitvoering legaat 123
4.3.4.2 Legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed 124
4.3.4.3 Staat van het gelegateerde 127
4.3.4.4 Legaat goed huwelijksgemeenschap 128
4.3.5 Intermezzo: het legaat in enkele Europese landen 130
4.3.5.1 Duitsland en Zwitserland 131
4.3.5.2 België en Frankrijk 134
4.3.5.3 Engeland 137
4.3.6 Conclusie legaat als uiterste wilsbeschikking 140

5 VERSCHILLENDE VERSCHIJNINGSVORMEN VAN HET LEGAAT 143
5.1 Inleiding 143
5.2 Het legaat van andermans zaken 144
5.2.1 Inleiding 144
5.2.2 Hoofdregel art. 4:49 BW: legaat niet-nalatenschapsgoed vervalt 145
5.2.3 Uitzondering art. 4:49 BW: legaat niet-nalatenschapsgoed vervalt niet 146
5.2.3.1 Legaat niet-nalatenschapsgoed door erflater niettemin gewild? 147
5.2.3.2 Leidt de uitzondering van art. 4:49 BW tot onbillijke uitkomsten? 149
5.2.4 Art. 4:49 BW: het ontbreken van een bepaald gelegateerd goed 151
5.2.4.1 Het legateren van andermans goederen: estate planningsmogelijkheden? 151
5.2.5 Legaat ontbrekend bepaald goed ten laste van een erfgenaam 152
5.2.5.1 Geldt art. 4:49 BW ook bij een legaat ten laste van een bepaalde erfgenaam? 152
5.2.5.2 Legaat ten laste van een erfgenaam van een niet aan deze erfgenaam toebehorend goed 153
5.2.5.3 Legaat ten laste van een erfgenaam van een wel aan deze erfgenaam toebehorend goed 154
5.2.6 Legaat ontbrekend bepaald goed ten laste van de legataris 156
5.2.6.1 Art. 4:49 BW en het legaat ten laste van de legataris? 156
5.2.6.2 Art. 4:49 BW en het legaat ten laste van de legataris van een hem toebehorend goed 157

5.2.6.3 Art. 4:49 BW en verwerping door de met het sublegaat belaste legataris 157
5.2.6.4 Conclusie overeenkomstige toepassing art. 4:49 BW bij legaat ten laste van legataris 159
5.3 Het legaat ten laste van de huwelijksgemeenschap 160
5.3.1 Inleiding 160
5.3.2 Bereik art. 4:51 BW 160
5.3.2.1 Verhouding tussen en bereik van art. 4:51 BW en art. 4:49 BW 161
5.3.2.2 Art. 4:51 BW en de bijzondere gemeenschap 163
5.3.2.3 Art. 4:51 BW of art. 4:49 BW en de eenvoudige gemeenschap 163
5.3.2.4 Art. 4:51 BW en de langstlevende als enig erfgenaam 164
5.3.3 Legaat van huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot (I) 166
5.3.4 De legataris en verhaal op de ontbonden huwelijksgemeenschap 167
5.3.4.1 Behoren de reeds bestaande schulden van de erflater tot de ontbonden huwelijksgemeenschap? 169
5.3.4.2 Behoren de na het overlijden van de erflater ontstane schulden van de nalatenschap tot de ontbonden huwelijksgemeenschap? 170
5.3.4.3 Conclusie verhaal legataris en andere schuldeisers van de nalatenschap op de ontbonden huwelijksgemeenschap 170
5.3.5 Legaat van huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot (II) 172
5.3.5.1 Legaat huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot: art. 4:51 BW? 172
5.3.5.2 Legaat huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot en bevoordeling 174
5.3.6 Het legaat van het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap? 175
5.3.6.1 Beschikking over aandeel in ontbonden huwelijksgemeenschap: legaat of erfstelling? 176
5.3.6.2 Beschikking over gehele ontbonden huwelijksgemeenschap: art. 4:51 BW en art. 4:49 BW? 178
5.3.6.3 Levering aandeel ontbonden huwelijksgemeenschap en art. 4:51 BW? 179
5.4 Het legaat tegen inbreng 180
5.4.1 Algemeen 180
5.4.2 Varianten legaten tegen inbreng 182
5.4.2.1 Inbrengverplichting als sublegaat 182
5.4.2.2 Inbrengverplichting als last 183
5.4.2.3 Inbrengverplichting als voorwaarde 184
5.4.2.4 Legaat tegen inbreng en estate planning 185

5.4.2.5 Legaat tegen 'inbreng' en estate planning: het voorwaardelijk afstandslegaat 186
5.4.2.6 Het voorwaardelijk afstandslegaat: potestatief? 187
5.4.3 Bevoordeling? 189
5.4.4 Analogie bepalingen koop en/of schenking? 190
5.4.5 Aanbod tot koop als uiterste wilsbeschikking? 191
5.4.5.1 Testamentair aanbod tot koop: legaat? 191
5.4.5.2 Uiterste wilsbeschikking: ongericht? 192
5.4.5.3 Aanbod tot koop als testamentaire last? 193
5.4.5.4 Conclusie testamentair aanbod tot koop als legaat 194
5.5 Het keuzelegaat en het leerstuk van ongeoorloofde delegatie 196
5.5.1 Het keuzelegaat (algemeen) 196
5.5.2 Keuzelegaten en het delegatieverbod 198
5.5.2.1 Het delegatieverbod 200
5.5.2.2 Het delegatieverbod en het legaat 204
5.5.2.3 Het delegatieverbod en het keuzelegaat 208
5.6 Het legaat aan een erfgenaam 214
5.6.1 Algemeen 214
5.6.2 Het prelegaat als gewoon legaat? 216
5.6.2.1 Rechtspraak erfgenaam-schuldeiser 216
5.6.2.2 Beoordeling rechtspraak erfgenaam-schuldeiser 218
5.6.2.3 Het legaat aan een erfgenaam in het huidige erfrecht 221
5.6.2.4 Conclusie legaat aan erfgenaam: gewoon legaat? 227
5.6.3 Het legaat aan de enig erfgenaam: vermenging? 229
5.6.3.1 Inleiding 229
5.6.3.2 Vermenging en afgescheiden vermogen in het erfrecht bij meer erfgenamen 230
5.6.3.3 Enig erfgenaamschap en vermenging 232
5.6.3.4 Enig erfgenaamschap en tweetrapslegaat: vermenging? 235
5.6.4 Het legaat aan de langstlevende echtgenoot en de wettelijke verdeling 237
5.6.4.1 Belang praktijk bij legaat aan langstlevende en wettelijke verdeling 237
5.6.4.2 Legaat aan langstlevende en wettelijke verdeling: opvattingen literatuur 241
5.6.4.3 Eigen beoordeling legaat aan langstlevende en wettelijke verdeling 245
5.7 Tot slot 248

DEEL II: HET LEGAAT, DE WISSELWERKING TUSSEN HET CIVIELE RECHT EN DE SUCCESSIEWET 1956 249

6 HET LEGAAT (EN DE TESTAMENTAIRE LASTBEVOORDELING) ALS BELASTBARE VERKRIJGING VOOR DE SUCCESSIEWET 1956 251
6.1 Inleiding 251
6.2 De belastbare verkrijging in vogelvlucht 252
6.2.1 Algemeen 252
6.2.2 Boedel- en/of verkrijgingsbelasting? 255
6.2.3 'Uit de boedel' 257
6.2.4 Krachtens erfrecht 259
6.3 Door de Successiewet in aanmerking te nemen schulden, legaten en lasten voorafgaande aan het per 1 januari 2003 geldende erfrecht 260
6.3.1 Successiewet 1859 260
6.3.1.1 Schulden en lasten in de Successiewet 1859 261
6.3.1.2 Aftrekbaarheid legaten in de Successiewet 1859? 261
6.3.1.3 Aftrekbaarheid testamentaire lasten in de Successiewet 1859? 262
6.3.2 Successiewet 1956 (tot 1 januari 2003) 267
6.3.2.1 Art. 1 SW: waarde verkrijging krachtens erfrecht belast 268
6.3.2.2 Art. 5 SW: aftrek schulden, legaten en lasten 270
6.3.2.3 Tussenconclusie legaten en lasten in de zin van art. 5 Successiewet 1956 271
6.3.2.4 De onbenoemde persoonlijke last: HR 2 maart 1966, BNB 1966/106 273
6.3.2.5 De onpersoonlijke last 277
6.3.2.6 Schema legaten en lasten onder het oude erfrecht 281
6.4 Door de Successiewet in aanmerking te nemen schulden, legaten en lasten sinds het per 1 januari 2003 geldende erfrecht 281
6.4.1 Het nieuwe erfrecht: het gewijzigde werkterrein van het legaat ten opzichte van de last en de fiscale gevolgen 282
6.4.1.1 Definities legaat en last onder het erfrecht sinds 2003 282
6.4.1.2 Onpersoonlijke lasten onder het nieuwe erfrecht: last of legaat? 284
6.4.1.3 Benoemde persoonlijke testamentaire last onder het nieuwe erfrecht: last of legaat? 285
6.4.1.4 Onbenoemde persoonlijke testamentaire last onder het nieuwe erfrecht: last of legaat? 286
6.4.1.5 Civielrechtelijk intermezzo: eigen visie op de afbakening legaat en onbenoemde persoonlijke last 289
6.4.1.6 Schema legaten en lasten onder het oude en het huidige erfrecht 302
6.5 Het legaat (en de testamentaire lastbevoordeling) als belastbare verkrijging: een afrondende beschouwing 303
6.5.1 Verkrijging krachtens erfrecht 303

6.5.2 Het object van de erfbelasting en de aansluiting bij het erfrecht: vereenvoudiging en/of aanvulling van de huidige regeling gewenst? 308
6.5.2.1 Voorstel Schuttevâer/Zwemmer 309
6.5.3 Eigen voorstel heffingsgrondslagregeling erfbelasting in de Successiewet 1956 311
6.5.3.1 Art. 1 lid 1 SW 311
6.5.3.2 Nadere regeling aftrek schulden van de erflater noodzakelijk? 312
6.5.3.3 Andere in art. 4:7 BW vermelde schulden van de nalatenschap in aftrek? 316
6.5.3.4 Nadere regeling aftrek legaten noodzakelijk? 320
6.5.3.5 Nadere regeling aftrek testamentaire lasten noodzakelijk? 322
6.5.3.6 Tekstvoorstel wettelijke regeling heffingsgrondslag (art. 1 en 20 SW) 348
6.6 Tot slot 349

7 HET LEGAAT ALS ESTATE PLANNINGSINSTRUMENT EN DE SUCCESSIEWET 1956 351
7.1 Inleiding 351
7.1.1 De te onderscheiden toepassingsgebieden van legaten in de estate planning 353
7.2 Het keuzelegaat (tegen inbreng) en het legaat ter bepaling van de rente 354
7.2.1 Het keuzelegaat (tegen inbreng) 355
7.2.1.1 Het keuzelegaat ten behoeve van de partner 355
7.2.1.2 Het keuzelegaat ten behoeve van de kinderen en de partner: de facultatieve wettelijke verdeling 358
7.2.1.3 De fiscale behandeling van het keuzelegaat (tegen inbreng) gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat en het eerste overlijden 363
7.2.1.4 De fiscale behandeling van het keuzelegaat (tegen inbreng) gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat en het tweede overlijden 367
7.2.2 Het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat ter bepaling van de rente op erfrechtelijke vorderingen (de handmatige ventieltechniek) 387
7.2.2.1 De rente over erfrechtelijke vorderingen en de waardering volgens de Successiewet 388
7.2.2.2 De gevolgen van rente over een erfrechtelijke vordering 389
7.2.2.3 De wettelijke ventieltechniek 390
7.2.2.4 De handmatige ventieltechniek 395
7.2.2.5 Het belang van de handmatige ventieltechniek onder huidig recht 398
7.2.2.6 Eigen visie over het belang van de handmatige ventieltechniek onder huidig recht 402

7.2.2.7 Fiscale behandeling van de handmatige ventieltechniek en het eerste overlijden 407
7.2.2.8 Fiscale behandeling van de handmatige ventieltechniek en het tweede overlijden; art. 10 SW? 408
7.3 Legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen 411
7.3.1 Het opvul- en afvullegaat (aanvullend legaat) 413
7.3.1.1 Aanvullend legaat en wettelijke verdeling 415
7.3.1.2 Het aanvullend legaat en quasi-wettelijke verdeling of keuzelegaat tegen inbreng 416
7.3.1.3 Het aanvullend legaat en/of de rentebepaling via de (handmatige) ventieltechniek 417
7.3.1.4 Voorbeeld 420
7.3.1.5 De tweetrapsmaking op een aanvullend legaat 424
7.3.2 Het enig erfgenaamschap en het tweetrapslegaat 425
7.4 Legaten die bewerkstelligen dat een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind 428
7.4.1 Legaten op grond waarvan de bloot eigendom van niet tot de nalatenschap behorende goederen worden ingebracht ('turbolegaten') 432
7.4.1.1 De aan de langstlevende opgelegde last 434
7.4.1.2 De aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last als rechtshandelingen waarbij de langstlevende partij was in de zin van art. 10 lid 1 SW 435
7.4.1.3 Toepassing van art. 10 SW bij rechtshandelingen die gebaseerd zijn op een (turbo)testament 437
7.4.1.4 Dubbele heffing? 440
7.4.2 Legaten met een 'hefboomwerking': ik-opa-testamenten met legaten 458
7.4.2.1 Het ik-opa-testament (algemeen) 458
7.4.2.2 Voor- en nadelen van het ik-opa-testament 464
7.4.2.3 (On)duidelijkheid ik-opa-testament onder de 'oude' Successiewet vóór 1 januari 2010 467
7.4.2.4 Het ik-opa-testament onder de gewijzigde Successiewet na 1 januari 2010 473
7.4.2.5 Conclusie 503
7.4.3 Vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde 504
7.5 Legaten die betrekking hebben op reeds tijdens het leven aan de legataris verkochte zaken 508
7.5.1 De uitgestelde levering en de fictie van art. 11 lid 2 SW laatste zinsnede 509
7.5.1.1 De uitgestelde levering en fictiebepalingen; rechtspraak 509
7.5.1.2 De wetgever en de nieuwe fictie van art. 11 lid 2 SW laatste zinsnede 510
7.5.1.3 Art. 11 lid 2 SW en economische eigendomsoverdracht 512
7.5.1.4 Art. 11 lid 2 SW en de verkrijging door erfgena(a)m(en) 514

7.5.2 De koper is legataris 518
7.5.2.1 Koop met uitgestelde levering en legaat 518
7.5.2.2 Economische eigendomsoverdracht en legaat 520
7.5.2.3 Economische eigendomsoverdracht en legaat: een aanvullende regeling nodig? 524
7.5.2.4 Het voorwaardelijk afstandslegaat 526
7.5.2.5 Voorwaardelijk afstandslegaat, kale koop of economische eigendomsoverdracht en heffing erfbelasting: hoe kan een wenselijke uitkomst bereikt worden? 532
7.6 Slotbeschouwing: het legaat als estate planningsinstrument en wenselijk recht 533
7.6.1 Algemeen 533
7.6.2 Art. 10 SW en de bestrijding van erfrechtelijke handelingen 538
7.6.2.1 Conclusie art. 10 SW en de bestrijding van erfrechtelijke handelingen 542
7.6.3 Wanneer is ten gevolge van een uiterste wil sprake van een verkleining van het vermogen waarover erfbelasting verschuldigd zou zijn? 544
7.6.4 Een nieuw artikel: art. 10a SW 546
7.6.4.1 Toelichting op nieuw art. 10a SW 546
7.6.4.2 Slotsom art. 10a SW 551

8 SAMENVATTING EN CONCLUSIES 555
8.1 Inleiding 555
8.2 Het legaat in het Romeinse recht 555
8.3 Het legaat in het Burgerlijk Wetboek 1838 557
8.4 Het legaat als uiterste wilsbeschikking waarin een vorderingsrecht wordt toegekend 559
8.5 Verschillende verschijningsvormen van het legaat 561
8.5.1 Het legaat van andermans zaken 561
8.5.2 Het legaat ten laste van de huwelijksgemeenschap 563
8.5.3 Het aanbod tot koop als uiterste wilsbeschikking 564
8.5.4 Het legaat aan een erfgenaam 565
8.5.5 Het legaat aan de langstlevende echtgenoot en de wettelijke verdeling 566
8.6 Het legaat (en de testamentaire lastbevoordeling) als belastbare verkrijging voor de Successiewet 1956 568
8.6.1 Invoering Successiewet 1956 en belastbaarheid legaten en testamentaire lasten 568
8.6.2 Voorstel ter afbakening van het legaat en de onbenoemd persoonlijke last 571
8.6.3 Voorstel heffingsgrondslag regeling erfbelasting in de Successiewet 1956 572
8.6.3.1 Tekstvoorstel wettelijke regeling heffingsgrondslag (art. 1 en 20 SW) 578

8.7 Het legaat als estate planningsinstrument en de Successiewet 1956 579
8.7.1 Het keuzelegaat (tegen inbreng) en het legaat ter bepaling van de rente 580
8.7.2 Legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen 581
8.7.3 Legaten die bewerkstelligen dat een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind 583
8.7.3.1 Het turbotestament 583
8.7.3.2 Het ik-opa-testament 585
8.7.3.3 Het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde 587
8.7.3.4 Legaten die betrekking hebben op reeds tijdens het leven aan de legataris verkochte zaken 588
8.7.4 Conclusie het legaat als estate planningsinstrument en wenselijk recht 591
8.8 Slotsom 594

SUMMARY AND CONCLUSION 597
GERAADPLEEGDE LITERATUUR 609
GEBRUIKTE VERTALINGEN 627
JURISPRUDENTIEREGISTER 629
TREFWOORDENREGISTER 633
CURRICULUM VITAE 639

Lijst van afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel(en)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
c.s.	cum suis
curs.	cursivering
diss.	dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
enz.	enzovoort
EPN	Vereniging van Estate Planners in het Notariaat
etc.	etcetera
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
FED	Fiscaal weekblad FED
F&R	Familie & Recht
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
Gai. Inst.	Instituten Gaius
GO	Gewijzigd Ontwerp van Wet
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
IB	Wet inkomstenbelasting 2001
i.c.	in casu
Inv.	Invoeringswet
Iust. Dig.	Digesten Justinianus
Iust. Inst.	Instituten Justinianus
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
jo.	juncto
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
KWEP	Kwartaalbericht Estate Planning
MO	Verslag Mondeling Overleg
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NFX	Notafax
NGO	Nader Gewijzigd Ontwerp van Wet

NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
Nota	Nota naar aanleiding van het verslag
Nota II	Nota naar aanleiding van het eindverslag
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
obv	ouderlijke boedelverdeling
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PW	Periodiek Woordenboek
Rb.	Rechtbank
resp.	respectievelijk
R.O.	Regeringsontwerp
r.o.	rechtsoverweging
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SW	Successiewet 1956
TE	Tijdschrift Erfrecht
t/m	tot en met
TM	Toelichting Meijers
toev.	toevoeging
Uitv. Besl. SW	Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956
Vast.	Vaststellingswet
VEP	Vakblad Estate Planning
vert.	vertaling
vgl.	vergelijk
V-N	Vakstudie-Nieuws
VV	Voorlopig Verslag
W	Weekblad van het recht
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1 Inleiding

1.1 ONDERWERP

'*Het beeld is ontstaan dat het betalen van belasting ter zake van schenking of overlijden niet langer een zaak is voor de (zeer) rijken, maar veeleer voor de middenklasse,*' aldus toenmalig staatssecretaris van Financiën De Jager.[1]

Deze bezorgde opmerking is afkomstig uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet 1956. Het wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet 1956 (in werking getreden op 1 januari 2010) is onder meer ingegeven door de wens om bepaalde structuren te bestrijden die tot doel hebben de omvang van het bij overlijden verschuldigde successierecht (onder de vernieuwde wet: de erfbelasting) te drukken of de heffing van deze belasting geheel te ontgaan. Bij een groot aantal van de in het wetsvoorstel bestreden structuren speelt het legaat direct of indirect een belangrijke rol.

Artikel 117 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek definieert het legaat in het eerste lid als volgt: '*Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent*'. Aangezien het begrip 'vorderingsrecht' in zoverre onbepaald is dat het velerlei inhoud kan hebben, leent het legaat zich voor het treffen van de meest uiteenlopende regelingen. Hierbij zij opgemerkt dat onder het oude erfrecht van voor 2003 een beperkter legaatsbegrip werd gehanteerd (zie art. 1004 en art. 1015 BW (oud)) ten gunste van de last. In dit onderzoek zal de last veelvuldig aan de orde komen aangezien het legaat pas begrepen kan worden in het licht van de afbakening met de testamentaire last. Met het legaat wordt door de erflater een vorderingsrecht voor de legataris in het leven geroepen. In de regel rust de met het vorderingsrecht corresponderende schuld op de gezamenlijke erfgenamen (art. 4:117 lid 2 BW) en kwalificeert deze op de erfgenamen rustende schuld als een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub h BW). De legataris kan zich voor zijn vordering als schuldeiser van de nalatenschap dan ook op de goederen van de nalatenschap verhalen (art. 4:184 lid 1 BW), zij het dat de legataris slechts ten laste van de nalatenschap wordt voldaan indien alle andere schuldeisers van de nalatenschap daaruit ten volle voldaan kunnen worden (art. 4:120 lid 1 BW).

1 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 2.

Indien de erflater in zijn uiterste wil de gezamenlijke erfgenamen een verplichting wenst op te leggen, van welke verplichting geen nakoming gevorderd kan worden, dient de erflater zich te wenden tot de testamentaire last. De afbakening tussen het legaat en de testamentaire last is thans – anders dan onder het voor 2003 geldende erfrecht – messcherp. De wetgever heeft immers in art. 4:130 lid 1 BW opgenomen dat de last een uiterste wilsbeschikking is '(…) *waarin de erflater aan de gezamenlijke erfgenamen (…) een verplichting oplegt, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat*.' Om een beschikking te kunnen kwalificeren als een testamentaire last, zal men moeten constateren dat geen sprake is van een legaat.

De aanleiding voor mij om een onderzoek aan het legaat te wijden is dat ik – werkzaam als (parttime) kandidaat-notaris – in de familierechtpraktijk constateerde dat in zogeheten flexibele testamenten een prominente rol is weggelegd voor het legaat, met exotische termen als het 'afvullegaat' en het 'handmatige ventiellegaat'. Het wekte mijn interesse te bezien op welke wijze met het legaat getracht wordt de erfrechtelijke verkrijgers ten tijde van het overlijden van de erflater allerlei keuzemogelijkheden te geven om bijvoorbeeld optimaal gebruik te maken van vrijstellingen van de erfbelasting en in hoeverre het civiele en het fiscale recht dergelijke legaten sanctioneren.

Dit onderzoek bestaat uit een civielrechtelijk en een successierechtelijk deel. Het doel van het eerste deel is het in kaart brengen van de grenzen van de civielrechtelijke mogelijkheden van het legaat. Het gaat hier om civielrechtelijke vragen die echter veelal vanuit de fiscale praktijk zijn ingegeven. Desalniettemin heeft het civielrechtelijk deel ook – los van de uit de fiscaliteit ingegeven vragen – een zelfstandige betekenis. In het tweede deel staat de vraag centraal wat onder het regime van de vernieuwde Successiewet nog de betekenis is van allerlei in de fiscaal-notariële praktijk gehanteerde structuren (ter vermindering van de erfbelastingdruk) waarbij het legaat een rol speelt. Hieraan wordt vervolgens de vraag gekoppeld of deze toepassingen wenselijk zijn, en – zo neen – op welke wijze de (fiscale) wetgever hiertegen kan optreden of reeds heeft opgetreden.

Beoogd wordt om de kracht van het onderzoek te laten schuilen in de synthese van de civielrechtelijke en de successierechtelijke benadering van vragen rondom het legaat. Fiscaal ingegeven structuren (waarbij gebruik wordt gemaakt van een legaat) kunnen civielrechtelijke vragen oproepen. De beantwoording van deze vragen brengt naar mijn mening niet alleen het fiscale, maar ook het civiele recht verder. Hierbij is het van belang op te merken dat de absolute grens aan het met succes hanteren van fiscale structuren, gelegen is in de geldigheid van de structuren naar civiel recht. Binnen deze absolute grens kan de fiscale wetgever de grenzen verleggen door fiscaal ongewenste (maar civielrechtelijk geldige) structuren aan te pakken (via zogenoemde

fictiebepalingen). Teneinde dit effectief te kunnen doen is een grondige kennis van het civiele recht echter onontbeerlijk.

1.2 OPZET VAN DIT ONDERZOEK

Het legaat is een belangrijke en veel gemaakte uiterste wilsbeschikking. Veelal dient het een zuiver civielrechtelijk doel (het doen toekomen van een bepaald goed of een geldbedrag aan een bepaalde persoon), maar het legaat leent zich ook voor het creëren van allerlei fiscaal ingegeven structuren. Te denken valt bijvoorbeeld aan het gebruik van legaten in het turbotestament of het ik-opa-testament, alsmede aan het gebruik van zogenoemde afvullegaten, legaten ter grootte van de vrijstelling voor de erfbelasting, legaten ter bepaling van de rente over erfrechtelijke vorderingen en keuzelegaten (al dan niet tegen inbreng van de waarde). Aangezien fiscaal ingegeven toepassingen van een legaat altijd vragen oproepen omtrent de civielrechtelijke grenzen van de mogelijkheden van deze uiterste wilsbeschikking, is een substantieel deel van het onderzoek gewijd aan het civiele recht. Dit civielrechtelijk deel heeft ook los van het fiscale deel een zelfstandige betekenis.

Een van de centrale vragen in dit onderzoek is wat de betekenis van fiscaal ingegeven toepassingen van een legaat nog is onder het regime van de per 1 januari 2010 vernieuwde Successiewet. Tevens zal onderzocht worden of de fiscale wetgever sommige in de fiscaal-notariële praktijk gehanteerde structuren waarbij het legaat een rol speelt terecht als onwenselijk bestempelt en deze structuren vervolgens op een proportionele wijze bestrijdt. In dat kader zullen aanbevelingen aan de wetgever gedaan worden. Bij het formuleren van aanbevelingen wordt uitgegaan van het huidige uitgangspunt van de Successiewet, te weten dat voor de in aanmerking te nemen belastbare verkrijging aansluiting wordt gezocht bij het civielrechtelijke verkrijgingsbegrip 'krachtens erfrecht'.

1.2.1 Deel I: Civielrechtelijke aspecten van het legaat

Het eerste deel van het onderzoek is gewijd aan civielrechtelijke aspecten van het legaat. Het legaat van een bepaalde zaak roept de verbintenis in het leven om het gelegateerde aan de legataris te leveren.[2] Het legaat is slechts de titel voor de eigendomsverkrijging. Een legaat dat een wijze van eigendomsverkrijging vormt, zoals het Romeinsrechtelijke vindicatielegaat, bestaat in het huidige erfrecht niet.

Het toekennen van het vorderingsrecht is voor de kwalificatie als legaat van belang. Onder het Burgerlijk Wetboek 1838 (hierna: OBW) was echter de

2 Zie HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374.

aard van de prestatie relevant, zoals de vraag of het legaat van een bepaald goed zag op een aan de erflater of aan een ander toebehorend goed. Het legaat van een bepaald goed van een ander was ingevolge art. 1013 OBW nietig.

Om de materiële aard van het legaat onder het huidige recht te doorgronden, mede in het licht van de afbakening met de erfstelling en de testamentaire last, worden in deel I de Romeinsrechtelijke wortels alsmede het toepassingsgebied van het legaat onder het Burgerlijk Wetboek 1838 beschreven. Eveneens wordt de parlementaire geschiedenis van de Invoeringswet en Vaststellingswet van Boek 4 BW (erfrecht) nader onder de loep genomen om te bezien op welke wijze de huidige definitie van het legaat tot stand is gekomen.

Aangezien in het onderzoek met name gekozen is voor de zogenoemde 'verticale rechtsvergelijking', waarbij de rol van het legaat in het Romeinse recht en onder het Burgerlijk Wetboek 1838 is onderzocht, zal geen afzonderlijk hoofdstuk gewijd worden aan het legaat in de ons omringende landen. Wel is, wat betreft met name de civielrechtelijke vragen ten aanzien van het legaat – voor zover dat iets kan bijdragen aan de beantwoording van de in Nederland bestaande vragen – in par. 4.3.5 bij wijze van intermezzo een zeer summiere rechtsvergelijking gemaakt met een aantal landen die in dezelfde rechtstraditie staan als ons land, te weten Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en België. Kent men daar een equivalent van ons legaat? Een beknopte vergelijking zal ook gemaakt worden met het Engelse recht. Juist omdat het Engelse recht wezenlijk verschilt van het Nederlandse, kan dit een verfrissende en verhelderende kijk op het onderwerp geven.

Deel I zal vervolgens gewijd worden aan de verschillende verschijningsvormen van het legaat in het huidige erfrecht. Ter afbakening van het civielrechtelijke deel I zullen slechts de verschijningsvormen van legaten aan bod komen die in de estate planningsprakijk een rol van betekenis spelen, zoals keuzelegaten, legaten tegen inbreng en het legaat van andermans zaken.

Centraal in dit onderzoek, en derhalve ook in het civielrechtelijke deel ervan, staat de vraag naar de toepassingsmogelijkheden en verschijningsvormen van het legaat. In dit deel zal voor een goed begrip van de rechtsfiguur van het legaat echter ook aandacht besteed worden aan een aantal algemene regels die op het legaat van toepassing zijn. Het legaat heeft zich – vanuit het Romeinse recht – ontwikkeld tot wat het nu is: een vorderingsrecht van de legataris op (als regel) de erfgenaam. Bij de behandeling van de verschillende civielrechtelijke onderwerpen komt steeds de vraag aan de orde hoe het in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek geregelde legaat zich verhoudt tot de op grond van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek geldende regels van het algemene verbintenissenrecht. Zijn deze regels onverkort van toepassing op het door een legaat in het leven geroepen vorderingsrecht? Wat zijn hiervan de consequenties? Zijn er uitzonderingen? Het onderzoek zal echter – voor zover dat al mogelijk zou zijn – geen uitputtende behandeling van het legaat bieden. De behandeling van bijvoorbeeld het legaat als schuld van de nalatenschap,

of de mogelijkheden van vermindering van een legaat komen uitsluitend aan de orde voor zover het ook voor de fiscale behandeling van het legaat relevant is. Aan de orde komen in deel I ieder geval de volgende onderwerpen, waarbij een onderwerp in meerdere hoofdstukken aan bod kan komen.

1.2.1.1 Het legaat; geschiedenis

Een legaat vormt slechts een titel voor eigendomsverkrijging en heeft op zichzelf nog geen eigendomsverkrijging tot gevolg: er dient nog geleverd te worden door degene(n) op wie het legaat rust (de beschikkingsbevoegde(n)). Hoewel voor het verkrijgen van het vorderingsrecht geen aanvaarding nodig is (zie art. 4:117 lid 1 BW), is voor het afgeven van het gelegateerde door levering op grond van art. 3:84 BW wel aanvaarding door de legataris vereist. Onder het oude erfrecht was lange tijd onduidelijk of het legaat niet een wijze van eigendomsverkrijging vormde. Het Romeinse recht kende bijvoorbeeld een type legaat dat wel rechtstreekse eigendomsverkrijging tot gevolg had, te weten het vindicatielegaat. In het eerste deel van het onderzoek (hoofdstukken 2 en 3) wordt uitgebreid beschreven welke soorten legaten men in het Romeinse recht onder meer kon aantreffen en wat het legaat onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 inhield.

1.2.1.2 Het legaat als vorderingsrecht; verschil met erfstelling en last

Bij een erfstelling verkrijgt men onder algemene titel en zet men de rechtspositie van zijn voorganger voort (art. 3:80 leden 1 en 2 BW en art. 4:182 BW). Dit geldt voor de opvolging in de verkrijging van de goederen, schulden en rechtsbetrekkingen. Bij een legaat wordt echter verkregen onder bijzondere titel. Door het opnemen van een legaat wordt slechts een vorderingsrecht door de erflater aan de legataris toegekend en wordt nog geen eigendom door de legataris verkregen. De legataris is daarom, voor zover hij niet ook erfgenaam is, niet aansprakelijk voor schulden uit de nalatenschap. Bij een legaat van een vruchtgebruik van een nalatenschap of onderneming geldt overigens een aparte regeling (art. 3:222 BW). Niet altijd zal duidelijk zijn of men te maken heeft met een legaat of een erfstelling. 'Legateert' de erflater aan X 'al zijn registergoederen' en aan Y 'al zijn overige goederen', dan lijkt deze laatste beschikking – afhankelijk van de bedoeling van de erflater – als een erfstelling te kunnen worden beschouwd gezien de algemeenheid (worden ook de schulden hiermee bedoeld?) van de beschikking. En kan ook een 'stilzwijgend' legaat aan erfgenamen bij versterf worden aangenomen als de erflater enkel aan X zijn gehele nalatenschap vermaakt met uitzondering van een huis? (zie hoofdstukken 3 en 4)

Bij een last is het cruciale verschil met het legaat dat aan de 'lastbevoordeelde' geen vorderingsrecht wordt toegekend, zodat de lastbevoordeelde in rechte geen nakoming kan vorderen en de last overigens ook niet als schuld van de

nalatenschap kan worden aangemerkt. De erfgenaam of legataris op wie een testamentaire last rust, loopt het risico dat zijn recht vervallen wordt verklaard door de rechter indien hij de last niet uitvoert (zie ook hoofdstuk 6).

1.2.1.3 Het legaat als vorderingsrecht; toepassingsmogelijkheden

De huidige regeling van het legaat wordt, wat betreft de toepassingsmogelijkheden, vergeleken met de regeling zoals die gold onder het voor 1 januari 2003 geldende recht (zie hoofdstukken 3 en 4). Een van de verruimingen die aan de orde komt is de thans bestaande mogelijkheid om een legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed te maken (art. 4:49 en art. 4:51 BW; zie hoofdstuk 5).

Deze hierboven genoemde verruiming roept een reeks relevante maar tevens lastige vragen op. Uit de uiterste wil moet af te leiden zijn dat de erflater daadwerkelijk wilde dat een niet tot de nalatenschap behorend goed wordt gelegateerd. Indien dit niet uit de uiterste wil blijkt, vervalt het legaat. De formulering van het legaat is dus van belang. Als het legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed niet vervalt, maar degene op wie de verplichting rust het legaat te verschaffen dit niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering kan doen, is de met het legaat belaste persoon gehouden de waarde van het goed uit te keren (zie par. 5.2). De vraag is vervolgens in welke situatie geacht wordt sprake te zijn van een 'onevenredig grote opoffering'. Bovendien is interessant vast te stellen wanneer een goed tot de nalatenschap behoort: een verkocht maar nog niet geleverd goed wordt bijvoorbeeld geacht te ontbreken (zie art. 4:49 lid 3 BW).

Het kan ook zo zijn dat het gelegateerde goed zich niet meer in de nalatenschap bevindt omdat het voorafgaand aan de verdeling van de nalatenschap bij de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap aan de langstlevende echtgenoot is toegedeeld. Ondanks het ontbreken van het gelegateerde goed, vervalt het legaat niet per definitie aangezien in art. 4:51 BW een speciale regeling is opgenomen, die een schadeloosstelling regelt (zie par. 5.3). Deze schadeloosstelling geldt echter ook in het geval uit de uiterste wil blijkt dat de erflater dit legaat van een ontbrekend goed gewild heeft. De erfgenamen lijken dan niet de uit art. 4:49 lid 2 BW voortvloeiende verplichting te hebben zich het gelegateerde goed te verschaffen (in het geval dit niet een onevenredig grote opoffering zou opleveren). Dit geldt ook in het geval de langstlevende echtgenoot tevens enig erfgenaam is. Het 'gevaar' bestaat dat een legaat van een goed altijd in een geldsom kan worden omgezet bij een in gemeenschap van goederen gehuwde erflater met zijn echtgenoot als enig erfgenaam. Dit 'gevaar' lijkt nog groter voor de legaten indien er tevens sprake is van een wettelijke verdeling op grond waarvan de langstlevende echtgenoot van rechtswege de goederen van de nalatenschap verkrijgt.

1.2.1.4 Een legaat aan een erfgenaam (prelegaat)

Bij een legaat aan een erfgenaam spelen bijzondere goederenrechtelijke problemen. Zo rijst de vraag hoe men zich de levering aan een legataris die tevens mede-erfgenaam is moet voorstellen. Levert hij als mede-erfgenaam (tezamen met de overige erfgenamen) aan zichzelf of leveren de overige erfgenamen slechts hun aandeel aan de mede-erfgenaam/legataris? En in hoeverre verschilt een legaat aan een erfgenaam van een legaat aan een derde? (zie par. 5.6) In het Romeinse recht kende men het 'praelegatum' (een 'gewoon' prelegaat) en het 'legatum per praeceptionem' (een bijzondere vorm van het prelegaat (zie par. 2.3.5).

Wat is het gevolg van een legaat aan de langstlevende echtgenoot/erfgenaam in een geval waarin de wettelijke verdeling (art. 4:13 BW) van toepassing is? De langstlevende is immers door de wettelijke verdeling al eigenaar geworden van alle bezittingen en de voldoening van de schulden komt ook voor zijn rekening (art. 4:13 lid 2 BW). Verkrijgt de langstlevende iets wat deze al heeft? Sorteert dit legaat een goederenrechtelijk of waardetechnisch effect? Het is de vraag of het vorderingsrecht uit het legaat ten behoeve van de langstlevende door vermenging teniet gaat of dat artikel 6:161 lid 2 sub a BW (zie ook: art. 4:14 lid 2 BW) hieraan in de weg staat omdat sprake is van gescheiden vermogens waarin de schuld en het vorderingsrecht vallen. Vervolgens kan de vraag gesteld worden of de afgifte van een legaat van een geldsom of een bepaald goed aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling goederenrechtelijk effect heeft of dat slechts sprake is van een waardetechnisch effect (verschuiving tussen de afgescheiden vermogens). Of is er zelfs geen waardetechnisch effect? Welke invloed heeft een dergelijk legaat op de vorderingen van de kinderen uit hoofde van de wettelijke verdeling? Bestaan de vorderingen uit hoofde van de wettelijke verdeling bij het overlijden van de erflater eigenlijk wel? Indien vervolgens het vruchtgebruik van deze vorderingen aan de langstlevende gelegateerd wordt, welke rol speelt art. 4:49 BW dan? Worden aldus geen goederen gelegateerd die niet tot de nalatenschap behoren? En kan art. 4:49 BW nog roet in het eten gooien als sprake is van een legaat van een geldbedrag (een soortgoed) aan de langstlevende? Dit zijn lastige vragen die echter van groot belang zijn aangezien een legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling vooral vanuit fiscaal oogpunt – zoals ook uit het tweede deel van het onderzoek zal blijken – in de praktijk wordt toegepast.

1.2.1.5 (Keuze)legaat en delegatieverbod

Een flexibel testament biedt de erfgenamen keuzemogelijkheden. Hierin zijn bijvoorbeeld beschikkingen gemaakt voor het geval de langstlevende echtgenoot de wettelijke verdeling ongedaan maakt. De erflater geeft dan in zijn testament bijvoorbeeld een keuzemogelijkheid aan de echtgenoot om bepaalde

goederen door uitoefening van het keuzelegaat tegen inbreng in volle eigendom te verkrijgen, legateert daarnaast aan zijn echtgenoot het vruchtgebruik van alle (overige) tot zijn nalatenschap behorende goederen en benoemt zijn kinderen tot erfgenamen. Een fundamentele vraag is hoeveel ruimte de erflater eigenlijk heeft om erfgenamen keuzes te geven en welke wilsbeschikkingen civielrechtelijk nog wel als een uiterste wil van de erflater kunnen gelden (zie par. 5.5). In de testamentaire praktijk komt men overigens veelvuldig keuzelegaten tegen waarbij aan de legataris de verplichting wordt opgelegd om de waarde van het hem gelegateerde aan de nalatenschap te vergoeden. In par. 5.4 wordt het legaat tegen inbreng (van de waarde) besproken.

Het is met betrekking tot keuzelegaten de vraag of het kunnen aanvaarden of verwerpen van allerlei keuzelegaten op grond van artikel 4:201 lid 1 BW, ongeoorloofde delegatie oplevert. De gangbare mening is dat dit niet het geval is aangezien het de erflater is die de grenzen heeft bepaald waarbinnen de legataris moet kiezen welke goederen hij uit de nalatenschap verkiest. De legataris bepaalt indirect wat hij gelegateerd krijgt, maar de vererving van de nalatenschap is niet uitsluitend van de wil van de legataris afhankelijk, doch mede van de wil van de erflater. De ratio van het delegatieverbod heeft onder meer te maken met het gevaar van benadeling van de schuldeisers dat bestaat indien de erfgenamen en hun erfdelen niet bekend zouden zijn wanneer zij door delegatie later zouden kunnen worden ingevuld. Bij legaten lijkt dit gevaar te ontbreken aangezien de legataris niet de positie van de erfgenaam voortzet, maar enkel een vorderingsrecht verkrijgt. Daarnaast kan men zich de vraag stellen of het ook mogelijk is te delegeren ten aanzien van de legataris, bijvoorbeeld door als erflater aan een derde de mogelijkheid te geven de legataris te kiezen (zie par. 5.5 en par. 6.4.1.5).

1.2.2 Deel II: Het legaat, de wisselwerking tussen het civiele recht en de Successiewet 1956

In dit deel worden de successierechtelijk ingegeven toepassingen van het legaat besproken met de bijbehorende fiscaal- en civielrechtelijke vragen. Hierbij wordt de mogelijke spanning tussen het civiele recht en het fiscale recht zichtbaar. Uiteindelijk zal geoordeeld moeten worden wat gezien de vernieuwde Successiewet de huidige fiscale mogelijkheden van het legaat zijn. Aan de orde komt ook de vraag welke fiscale toepassingsmogelijkheden het legaat in de toekomst (nog) zou kunnen bieden en in hoeverre deze mogelijkheden wenselijk zijn. Tevens zal onderzocht worden of het terecht is dat de wetgever sommige gehanteerde structuren waarbij het legaat een rol speelt als onwenselijk bestempelt en deze structuren vervolgens op een proportionele wijze met de per 1 januari 2010 vernieuwde Successiewet bestrijdt.

Wegens de gekozen invalshoek – de *wisselwerking* tussen het civiele recht en de civielrechtelijk georiënteerde Successiewet – zullen andere fiscale wetten dan de Successiewet grotendeels in dit onderzoek buiten beschouwing blijven. Het is bovendien ondoenlijk om in het kader van de onderzochte structuren alle relevante fiscale aspecten op het gebied van bijvoorbeeld de inkomstenbelasting of de overdrachtsbelasting in kaart te brengen. Desalniettemin dient er – ook in de testamentenpraktijk – voor gewaakt te worden dat men zich blindstaart op de fiscale gevolgen in het kader van de Successiewet en daardoor de gevolgen van een testamentvorm voor erfrechtelijke verkrijgers op het gebied van de inkomstenbelasting of de overdrachtsbelasting uit het oog verliest. Ik heb er dan ook voor gekozen om de lezer in elk geval te attenderen op eventueel van belang zijnde buiten de Successiewet spelende fiscale aspecten, zonder in de verste verte volledigheid te willen en kunnen nastreven.

Onderwerpen die in deel II aan bod komen zijn in ieder geval de volgende.

1.2.2.1 Het legaat (en de testamentaire lastbevoordeling) als belastbare verkrijging voor de Successiewet 1956

De Successiewet 1956 is een fiscale wet die georiënteerd is op het civiele recht, waarin allerlei civielrechtelijke begrippen gehanteerd worden. Krachtens de Successiewet (hierna: SW) worden belastingen geheven over al wat 'krachtens erfrecht' en al wat 'krachtens schenking' verkregen wordt (art. 1 lid 1 SW). Voor de vraag of sprake is van een dergelijke verkrijging, zal men zich in eerste instantie dienen te wenden tot het civiele recht. De Successiewetgever kan desgewenst in afwijking van het civiele recht het begrip verkrijging krachtens erfrecht of schenking uitbreiden ('geacht krachtens erfrecht door het overlijden/geacht krachtens schenking te zijn verkregen') of beperken.

In hoofdstuk 6 zal geanalyseerd worden op welke wijze het legaat en andere verkrijgingen krachtens erfrecht in de heffing ingevolge de Successiewet betrokken worden. Met name zal naast het legaat de fiscale behandeling van de testamentaire last aan bod komen aangezien de testamentaire last nauw verband houdt met het legaat. De testamentaire last kan pas afgebakend worden door eerst de vraag te stellen of wellicht sprake is van een legaat. Tevens zal worden bezien of in het kader van de heffingsgrondslag van de Successiewet vereenvoudiging of een aanvulling van de huidige regeling gewenst is.

1.2.2.2 Het legaat als estate planningsinstrument

In hoofdstuk 7 worden verschillende toepassingsgebieden van het legaat onderscheiden die men in het kader van estate planning aantreft. Hierbij zal aandacht worden besteed aan de mogelijke toepassing van de fictiebepalingen van de in 2010 gemoderniseerde Successiewet 1956. In het bijzonder zal geana-

lyseerd worden of, en zo ja, op welke wijze de verschillende te onderscheiden toepassingsgebieden van legaten trachten te bewerkstelligen dat de heffing van erfbelasting wordt beïnvloed.

Enkele in de estate planningspraktijk relevante verschijningsvormen van legaten zullen (diepgaander dan in het civielrechtelijke deel) worden beschreven. Te denken valt bijvoorbeeld aan zogeheten keuzelegaten, afvullegaten, ik-opa-legaten en voorwaardelijke afstandslegaten. De verschijningsvormen van legaten breng ik in dit kader onder in een van de vier door mij onderscheiden toepassingsgebieden van het legaat, te weten:

1. Legaten die aan de legataris de keuze geven van hetgeen hem gelegateerd wordt (par. 7.2).
2. Legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen (par. 7.3).
3. Legaten (van niet tot de nalatenschap behorende goederen en van zich niet in de nalatenschap bevindende geldbedragen) die bewerkstelligen dat een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind (par. 7.4).
4. Legaten die betrekking hebben op reeds tijdens leven aan de legataris verkochte zaken, zoals het voorwaardelijk afstandslegaat (par. 7.5).

Nadat de werkwijze van de legaten per toepassingsgebied is beschreven zullen de besproken legaten aan een nadere fiscaalrechtelijke analyse worden onderworpen, waarbij met name centraal zal staan of en, zo ja, in hoeverre art. 30 SW en de fictiebepalingen van art. 10 SW en art. 11 lid 2 SW van toepassing zijn. Onderzocht zal worden hoe de wetgever met de herziene successiewetgeving (bijv. door het opnemen van artikel 10 lid 9 SW) getracht heeft ongewenste structuren te bestrijden en hoe effectief en proportioneel dit is gebeurd.

De vraag wordt gesteld of de wetgever met de gewijzigde Successiewet – een wet die van oudsher aansluit bij het civiele recht – mogelijk doorschiet in het aanpakken van fiscale structuren die wel gebaseerd zijn op een deugdelijke civielrechtelijke grondslag. Tot slot zal dan ook bezien worden of er aanbevelingen aan de wetgever gedaan kunnen worden.

Gezien de omvang van dit boek, is er een uitgebreide samenvatting met conclusies opgenomen.

1.3 METHODOLOGIE

Het betreft hier een klassiek juridisch onderzoek waarbij de primaire bron van het onderzoek wordt gevormd door wetgeving, jurisprudentie en juridische literatuur. Daarnaast wordt een aantal in de notariële praktijk gehanteerde modelbepalingen geanalyseerd.

Wat betreft de civielrechtelijke vragen ten aanzien van het legaat zal een zeer beknopte rechtsvergelijking plaatsvinden met een aantal landen die in

dezelfde rechtstraditie staan als ons land, te weten Duitsland, Frankrijk en België. Er zal daarnaast ook een vergelijking gemaakt worden met het wezenlijk van het Nederlandse recht verschillende Engelse recht.

In het onderzoek is met name gekozen voor de zogenoemde 'verticale rechtsvergelijking', waarbij de rol van het legaat in het Romeinse recht en onder het Burgerlijk Wetboek 1838 is onderzocht.

Daarnaast kan men de in dit onderzoek centraal staande wisselwerking tussen Boek 4 BW en de Successiewet 1956 eveneens als een rechtsvergelijking zien, zij het dat deze rechtsvergelijking plaatsvindt tussen twee nationale rechtsgebieden.

1.4 BELANG VAN HET ONDERZOEK

Het is van groot belang dat een uiterste wilsbeschikking (zoals een legaat) geldig is en dat deze daadwerkelijk de door de erflater beoogde werking heeft. Men dient immers te bedenken dat er bij een uiterste wilsbeschikking (die pas werkt bij dode) – anders dan bij rechtshandelingen onder levenden – geen mogelijkheid meer is om een alternatieve beschikking te maken. Duidelijkheid omtrent de civielrechtelijke grenzen van hetgeen men met een legaat kan regelen, is vanuit dit oogpunt gewenst. Hierbij zij opgemerkt dat er tot op heden in Nederland geen monografie is geschreven over het legaat.

De maatschappelijke relevantie van het onderzoek schuilt voorts hierin dat het van belang is dat nieuwe fiscale wetgeving aan een systematische analyse wordt onderworpen. Dit zal in dit onderzoek geschieden, zij het dat de analyse beperkt is tot die aspecten van de wet die verband houden met het legaat. De onderzoeksresultaten zijn niet alleen bruikbaar voor de notariële en de fiscale praktijk, maar ook voor de wetgever.

De onderzoeksresultaten zijn daarnaast van belang gezien de perceptie van de wet: de Successiewet is de meest gehate belastingwet in de samenleving.[3] De legitimiteit van deze 'sterfbelasting' staat met enige regelmaat in het maatschappelijk debat ter discussie. Vanuit economisch perspectief kan echter opgemerkt worden dat de erfbelasting de minst verstorende belasting is, bijvoorbeeld wat betreft de arbeidsmarkt of de economische groei.[4] Het

---

3 Zie <www.elsevierfiscaal.nl/fiscaal-actueel/nieuws/nieuws/191/erftaks-meest-gehate-belasting> en zie over de rechtsgronden van de erfbelasting bijvoorbeeld Wegwijs in de Successiewet 2014, par. 1.2.

4 Zie de beantwoording van de staatssecretaris van Financiën op 9 januari 2015 van Kamervragen over de Nederlandse vermogensverdeling: '*De OESO heeft empirisch onderzoek gedaan naar het verband tussen de belastingstructuur en de groei van het BBP per capita en zo vastgesteld welke belastinggrondslagen meer of juist minder verstorend zijn voor de economische groei. Volgens dit onderzoek is de verstoring van erfbelasting relatief ten opzichte van andere belastingen klein. Erfbelasting heeft geen invloed op de arbeidsaanbodbeslissing en is economisch gezien niet verstorend voor de arbeidsmarkt. Ook heeft de erfbelasting een beperkte impact op de keuze tussen consumptie*

heffen van belasting bij het overlijden ligt desalniettemin gevoelig, mede omdat dikwijls het gevoel bij erfgenamen overheerst dat hetzelfde vermogen opnieuw belast wordt aangezien de erflater immers tijdens zijn leven ook al belasting over dat vermogen heeft betaald. Bovendien wordt het draagvlak ondermijnd als het beeld ontstaat dat de 'rijken' massaal proberen met structuren het betalen van erfbelasting te ontgaan. Dit laatste vormde voor de staatssecretaris een belangrijke reden de successiewetgeving per 1 januari 2010 te veranderen. Een evaluatie en toetsing van deze vernieuwde wetgeving in dit onderzoek is voor de wetgever van groot belang om de acceptatiegraad van de Successiewet (verder) te vergroten.

Gezien het hierboven opgemerkte kan het onderzoek ook relevante informatie aanreiken waar de sociale wetenschap op kan voortbouwen, met name op het punt van het draagvlak voor fiscale wetgeving die erfrechtelijke verkrijgingen belast. Door dit onderzoek kunnen aan de wetgever aanbevelingen worden gedaan die aan een vergroting van de acceptatie van de in 2010 gemoderniseerde Successiewet kunnen bijdragen, dan wel kunnen worden meegenomen in het kader van de door het kabinet Rutte-Asscher in het vooruitzicht gestelde algehele herziening van het belastingstelsel.[5]

1.5 TERMINOLOGIE

In dit boek wordt de Nederlandse juridische terminologie gehanteerd, tenzij anders staat aangegeven.

Het onderzoek is afgesloten op 15 februari 2015. Met nadien verschenen literatuur of jurisprudentie is geen rekening gehouden.

---

nu en in de toekomst in vergelijking tot de belasting op ander vermogen. (zoals box 3). Economisch gezien is de erfbelasting daarom de minst verstorende belastinggrondslag. Daar staat tegenover dat erfbelasting relatief gevoelig is voor fiscale constructies waardoor de opbrengst van een hogere erfbelasting kan weglekken. Bovendien is de erfbelasting een belastingsoort die door veel mensen als onrechtvaardig wordt gezien, omdat over de erfenis ook al inkomsten- en vermogensbelasting is betaald.' (Antwoorden op de vragen van de vaste commissie voor Financiën over de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Financiën over de Nederlandse vermogensverdeling, vraag 64, p. 22-23, te raadplegen via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2015/01/09/antwoorden-op-de-vragen-over-de-nederlandse-vermogensverdeling.html>).

5 Zie over de ambitie van het kabinet om het belastingstelsel te herzien de brief van staatssecretaris van Financiën Wiebes 'Keuzes voor een beter belastingstelsel', *Kamerstukken II* 2014/15, 32 140, nr. 5.

DEEL I

Civielrechtelijke aspecten van het legaat

2 Het legaat in het Romeinse recht

2.1 Het Romeinse recht (algemeen)

2.1.1 De plaats van het Romeinse erfrecht

In de Instituten van Gaius en van Justinianus wordt het erfrecht direct na het goederenrecht behandeld. De gedachte die aan deze indeling ten grondslag ligt, is dat de erfgenaam door de erfopvolging een geheel van goederen verkrijgt.[1] In de Instituten wordt aldus na de behandeling van de verkrijging van bepaalde zaken onder bijzondere titel (zoals de eigendomsoverdracht), de verkrijging van een geheel vermogen onder algemene titel behandeld (waarvan de erfopvolging het voorbeeld bij uitstek is). Overigens wordt de verkrijging van gelegateerde afzonderlijke zaken, pas na de behandeling van de verkrijging onder algemene titel aan de orde gesteld (zie par. 2.2.2).[2]

Ook het Burgerlijk Wetboek van 1838 plaatst het erfrecht bij het zakenrechtelijke deel,[3] zij het op grond van een andere gedachte, zijnde dat de erfgenaam een afzonderlijk zakelijk recht van erfgenaamschap heeft (art. 584 OBW).[4] Deze gedachte is verlaten en het huidige erfrecht is in Boek 4 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) opgenomen als zelfstandig onderdeel van het vermogensrecht. De Romeinse visie, dat het erfrecht in samenhang met het goederenrecht behandeld dient te worden, wordt dus niet meer gevolgd, zij het dat het huidige erfrecht tussen Boek 3 BW 'Vermogensrecht in het algemeen' en Boek 5 BW 'Zakelijke rechten' is opgenomen.

2.1.2 Ontwikkeling van het Romeinse erfrecht in vogelvlucht

Vanwege een gebrek aan bronnen is niet een compleet beeld te geven van de wijze waarop de erfopvolging in het oud-Romeinse recht was geregeld.[5] In

---

1 Feenstra 1984, p. 261.
2 Zie Iust. Inst. 2, 9, 6 en Gai. Inst. 2, 97.
3 Sinds het Burgerlijk Wetboek van 1992 wordt in plaats van 'zakenrecht' gesproken van 'goederenrecht' (art. 3:1 BW).
4 Art. 584 OBW luidt: '*Men kan op zaken hebben, hetzij een recht van bezit, hetzij een recht van eigendom, hetzij een recht van erfgenaamschap, hetzij een vruchtgenot, hetzij een recht van erfdienstbaarheid, hetzij een recht van pand of hypotheek.*' Zie ook Spruit 2003, p. 449-450.
5 Feenstra 1984, p. 262.

grote lijnen is er in het versterferfrechtelijk systeem van de Romeinen, de erfopvolging volgens de wet, een ontwikkeling te ontdekken van een agnatisch stelsel (met als aanknopingspunt het staan onder dezelfde 'patria potestas' bij het in leven zijn van de gemeenschappelijke 'pater familias') naar een cognatisch stelsel (met als aanknopingspunt de bloedverwantschap).[6] Aanvankelijk had de familie met de pater familias aan het hoofd het boerenbedrijf als het belangrijkste vermogensbestanddeel. De pater familias had in wezen de exclusieve beschikkingsmacht over de zaken, en ieder die onder zijn macht stond, verwierf voor hem.[7] Bij het overlijden van de pater familias waren de huisgenoten de wettelijke erfgenamen ('sui heredes') van de pater familias. Dit waren de vrije gezinsleden die door het overlijden van de erflater 'sui iuris' werden, te weten: de kinderen onder vaderlijke macht ('in potestate') en zijn vrouw indien zij onder zijn maritale macht ('manus') stond.[8] Zij zorgden, zoals mooi door Kaser/Wubbe verwoord, voor 'het in stand houden van de familie als religieuze eenheid ten opzichte van de goden en als economische eenheid in het boerenbedrijf.'[9]

In een voortgezette gemeenschap ('consortium') werd het boerenbedrijf voortgezet. Hoe meer huisgenoten-erfgenamen er waren, hoe lastiger het was om met het voortzetten van het voormalige bedrijf voor ieder voldoende bestaansmogelijkheid te creëren, laat staan om de eensgezindheid wat betreft de bedrijfsvoering te bewaren.[10] Sinds de Wet van de Twaalf Tafelen (omstreeks 450 v.Chr.) kon ieder van de huisgenoten-erfgenamen scheiding en deling van de gemeenschap vorderen, maar dat zorgde op zijn beurt voor verbrokkeling van de bedrijfseenheid en voor onrendabele percelen waarmee geen enkel gezin meer volledig zijn brood kon verdienen.[11] Dit economisch ongewenste uiteenvallen van het bedrijf, trachtte men daarom te voorkomen door het bedrijf aan één zoon na te laten en de andere kinderen op een andere wijze te bevoordelen, bijvoorbeeld door het opnemen van legaten in een testament. Dergelijke legaten beoogden de niet-erfgenamen een bestaansmogelijkheid te verschaffen. Aan de weduwe kon met name het vruchtgebruik ('ususfructus') tot gebruik van de grond en de hoeve gelegateerd worden, zodat zij enerzijds verzorgd achterbleef maar zij anderzijds geen erfgenaam werd en voorkomen werd dat het boerenbedrijf versplinterde.[12] Overigens was het opnemen van een legaat oorspronkelijk het enige wat in een testament kon worden gedaan. Pas toen het opnemen van een erfstelling ook werd toegelaten in een testament en dat veelvuldig werd gedaan, werd vastgelegd dat een testament zonder erfstelling niet geldig was. De erfstelling vormde

6 Feenstra 1984, p. 263-264.
7 Feenstra 1984, p. 17.
8 Feenstra 1984, p. 262 en Derine 1982, p. 324. Zie ook Gai. Inst. 2, 157 en Iust. Inst. 2, 19, 2.
9 Kaser/Wubbe 1971, p. 319.
10 Kaser/Wubbe 1971, p. 319.
11 Feenstra 1984, p. 263 en Kaser/Wubbe 1971, p. 319.
12 Feenstra 1984, p. 90 en 263.

de grondslag van het hele testament, hetgeen zelfs een tijd betekende dat een legaat opgenomen voorafgaand aan de erfstelling, nietig was.[13]

In de loop van de Republiekperiode (510-27 v.Chr.) kwamen het boerenbedrijf en de 'familia' die het boerenbedrijf gezamenlijk runde, op de achtergrond te staan. Het individu werd belangrijker en daarmee het idee dat het individu zelf geheel vrij diende te beschikken over zijn nalatenschap: de testeervrijheid. Hiermee verdween ook het belang van de 'patria potestas' en de wettelijke aanknoping bij de agnaten. De vererving volgens het versterferfrecht werd steeds vaker een uitzondering doordat het maken van testamenten ingeburgerd raakte.[14] Omdat bij de vermogensovergang krachtens erfrecht niet altijd meer het in stand houden van het boerenbedrijf en het voorkomen van verkaveling op de voorgrond stonden, was er geen bezwaar tegen om ook buitenstaanders als erfgenamen in te stellen of krachtens legaten te bevoordelen.[15] Waar de legaten eerst vooral in het testament werden opgenomen ter verzorging van gezinsleden, werden zij steeds meer door Romeinse burgers gebruikt om allerlei personen te kunnen begunstigen.

2.2 De rol van het legaat in het Romeinse recht

2.2.1 Algemeen

De overgang van het vermogen van de erflater op de erfgenamen is een overgang onder algemene titel ('successio per universitatem'). De erfgenamen verkrijgen het gehele vermogen, of een evenredig deel hiervan; een verkrijging derhalve van rechten én verplichtingen. Aanvankelijk werd in het voorklassieke Romeinse recht onder 'erfopvolging' niet zozeer de 'opvolging in de rechten en plichten van de overledene' verstaan maar veeleer het in de plaats treden van de erflater waarbij enkel de goederen op de erfgenamen overgaan. De schulden waren namelijk geen onderdeel van de nalatenschap, maar werden op grond van de 'Wet van de Twaalf Tafelen' wel als overerfelijk beschouwd.[16] In het Romeinse recht was het ook mogelijk om andere personen dan de erfgenamen te bevoordelen zonder dat er sprake was van erfopvolging. Dit kon door in een testament een legaat ten laste van de erfgenamen op te nemen ten gunste van de legataris. Hetgeen verkregen werd door de legataris krachtens legaat was, in hedendaagse terminologie, een verkrijging onder bijzondere titel zodat de legataris niet kon worden aangesproken voor schulden van de erflater. Hij verkreeg bijvoorbeeld een zaak ('successio singularis rei') of werd van een schuld aan de erflater bevrijd. Hoewel de Romeinen dus een

13 Gai. Inst. 2, 229, Ulp. XXIV, 15 en Feenstra 1984, p. 263.
14 Feenstra 1984, p. 264 en Kaser/Wubbe 1971, p. 321.
15 Feenstra 1984, p. 264 en Kaser/Wubbe 1971, p. 321.
16 Feenstra 1984, p. 261.

onderscheid maakten tussen de overgang van een 'geheel van goederen' bij de erfopvolging en de verkrijging van 'enkele goederen' bij een legaat, werden de termen 'algemene titel' en 'bijzondere titel' nog niet gebruikt.[17]

Voor het ontstaan van een geldig legaat was een testamentaire beschikking noodzakelijk dan wel – later – een bij testament geconfirmeerd codicil. Aangezien het legaat was gebonden aan strikt formele regels op grond van het 'ius civile', werd er op den duur in plaats van het legaat steeds meer gebruik gemaakt van het fideïcommis ('fideicommissum')[18] waarvoor het keizerlijke recht niet dezelfde strenge regels wat betreft vorm en inhoud hanteerde als voor het legaat. Dit leidde uiteindelijk tot een totale vervlechting van het legaat en het fideïcommis onder keizer Justinianus (zie par. 2.8).

Met dit hoofdstuk wordt niet getracht een volledig beeld te geven van de betekenis van het legaat in het Romeinse (erf)recht. Deze betekenis is moeilijk te overschatten. Met gemak kan hieraan een afzonderlijk en omvangrijk boekwerk gewijd worden. Gewezen kan alleen al worden op het aanzienlijke deel dat in de Digesten van Justinianus aan het legaat gewijd is: de boeken 30 tot en met 35 betreffen (grotendeels) het legaat. Dat er door de (na)klassieke juristen veel aandacht aan het legaat besteed werd, is niet alleen te verklaren door de belangrijke plaats van deze rechtsfiguur in de praktijk, maar ook doordat het legaat – als eenzijdige rechtshandeling – uitstekend ter illustratie gehanteerd kon worden om de theorie van de rechtshandeling te ontwikkelen.[19] Om het legaat onder Nederlands recht te kunnen begrijpen, is het van wezenlijk belang om terug te gaan naar de Romeinsrechtelijke oorsprong en op hoofdlijnen te beschrijven (met name aan de hand van de Codex Justinianus en de Instituten van Gaius) hoe het legaat werd vormgegeven en tegen welke problematiek de Romeinen aanliepen betreffende het legaat. Hierdoor kan in een later stadium geconstateerd worden in hoeverre het naar Nederlands erfrecht vormgegeven legaat de Romeinsrechtelijke wortels heeft behouden dan wel deze (bewust of onbewust) heeft afgesneden.

2.2.2 Definitie legaat

Het Nederlandse begrip 'legaat' is rechtstreeks afkomstig van het Romeinse 'legatum'. De 'Wet van de Twaalf Tafelen', die (omstreeks 450 v.Chr.) een codificatie van het toen geldende Romeinse private en publieke recht vormde,

17 Feenstra 1984, p. 277 en Gai. Inst. 2, 97-98.

18 Anders dan heden ten dage houdt het Romeinsrechtelijke fideïcommis ('fideicommissum') geen 'voorwaardelijke making/tweetrapsmaking' in maar is het een vormvrij verzoek aan de erfgenaam of legataris (iemand dus die een voordeel uit de nalatenschap had genoten) om een derde een bepaald voordeel te laten toekomen, vaak ook om ten behoeve van deze derde een rechtsregel te kunnen omzeilen. Zie over het fideïcommis par. 2.8.

19 Kaser/Wubbe 1971, p. 362-363.

vermeldde de mogelijkheid tot 'legare'. Vermoedelijk is dit Latijnse werkwoord afkomstig van de combinatie 'legem dicere' ('rechtspreken') waarbij het eerste woord ('lex') niet in de betekenis van 'wet', maar in die van 'beding' moet worden opgevat.[20] Het 'legatum' hield onder andere in dat de erflater het 'beding' maakte waarin hij de opdracht gaf om enkele vermogensbestanddelen na zijn dood aan bepaalde personen uit te keren. Dit beding werd bijvoorbeeld gemaakt bij een zogenaamd 'mancipatie-testament'[21] waarbij de erflater door 'mancipatio'[22] tegen een symbolisch bedrag vermogen (fictief) overdroeg aan een 'familiae emptor' die pas na het overlijden van de erflater met het vermogen de bij de mancipatio gegeven opdracht (de 'nuncupatio'; 'nuncapere' betekent openlijk verklaren) kon uitvoeren.[23] Een dergelijk 'legatum' kwam echter ook voor in andere testamentvormen.

Nu de vermoedelijke afkomst van de term 'legatum' verklaard is, is het interessant te vermelden welke definities van het 'legatum' onder meer in de Romeinsrechtelijke literatuur te vinden zijn en wat hieruit valt af te leiden voor de beschrijving van het 'legatum'.

In de Digesten van Justinianus staat een definitie van Florentinus te lezen:[24] *'Een legaat is het afzonderen van iets van de nalatenschap; hiermee wil de erflater bereiken dat van datgene wat als geheel de erfgenaam zou toebehoren iets aan iemand anders toebedeeld wordt.'*[25] Uit deze definitie kan worden afgeleid dat de erflater met een legaat 'iets' wil doen toekomen wat anders door de erfgenaam verkregen zou zijn. Het gaat dus niet om een erfstelling (een geheel) maar om 'iets', zoals een of meer afzonderlijke vermogensbestanddelen van de nalatenschap, te doen toekomen. Degene die krachtens het legaat verkrijgt ('legatarius', thans spreken we van legataris) is geen erfgenaam en hetgeen verkregen wordt komt ten laste van de erfgenamen.

---

20 Kaser 1971, p. 109; Feenstra 1984, p. 276-277.

21 Door Gaius het 'testament per aes et libram' (het testament door brons en weegschaal) genoemd; Gai. Inst. 2, 103-104.

22 Een complex van formele handelingen gericht op de overdracht van 'res mancipi' (zaken die oorspronkelijk in de agrarische samenleving van groot belang waren voor de pater familias zoals landelijke en stedelijke terreinen, landelijke erfdienstbaarheden, slaven en last- en trekdieren; Gai. Inst. 2, 14a) waarbij belang werd gehecht aan plechtigheden en publiciteit.

23 Feenstra 1984, p. 270-271, 276-277, waar ook valt te lezen dat de rol van de 'familiae emptor' in de loop van de voorklassieke tijd een pure formaliteit is geworden: het zijn de erfgenamen zelf die direct na de dood van de erflater handelen en de opdracht uitvoeren. Ook de opdracht zelf wordt niet meer uitgesproken maar bij de mancipatio wordt slechts verwezen met een korte formule naar de op schrift gestelde opdracht. Het op schrift stellen van de 'nuncupatio' heeft twee redenen: de bewijsvorm en het voorkomen dat de uiterste wilsbeschikking publiekelijk bekend werd. Zie Derine 1982, p. 298.

24 De vertaling van Latijnse teksten in dit proefschrift is van J.E. Spruit c.s. tenzij anders wordt aangegeven.

25 Iust. Dig. 30, 116 pr. Florentinus *libro undecimo institutionem*: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

In boek 31 van de Digesten van Justinianus wordt de definitie van Modestinus vermeld: *'Een legaat is een schenking die bij testament nagelaten is.'*[26] En in de Instituten van Justinianus, het leerboek voor studenten dat net als de Digesten in 533 n.Chr. kracht van wet kreeg, wordt het legaat ook met een schenking vergeleken: *'Welnu, het legaat is een soort schenking die door een overledene wordt nagelaten.'*[27] Deze definities zijn ongelukkig omdat deze de indruk wekken dat het legaat een schenking ter zake des doods betreft. Uit de definities volgt ook dat het 'legatum' een testamentaire beschikking is (en dus nooit bij versterf plaatsvindt). Hierdoor wordt duidelijk dat 'schenking' niet in formele zin moet worden opgevat aangezien het 'legatum' niet een schenkingsovereenkomst betreft, maar een eenzijdige rechtshandeling die steeds herroepen kan worden. Het legaat is dus te beschouwen als een begunstiging ter zake des doods. Hoewel deze eenzijdige rechtshandeling ertoe leidt dat iemand bevoordeeld wordt met de bedoeling te bevoordelen, kan deze bevoordeling gering zijn. Ook al wordt in de geciteerde definities van schenking ('donatio') gesproken, de vrijgevigheid is niet een wezenlijk element van het 'legatum'. Deze vrijgevigheid kan beperkt worden doordat de legataris tevens verplichtingen tot het uitkeren van fideï-commissen of andere verplichtingen en bedingen zijn opgelegd.[28]

Tot slot nog een definitie van Ulpianus, waarin met name het verschil tussen het legaat en het fideïcommis tot uitdrukking komt: '*Een legaat is iets wat als een wet, dat wil zeggen gebiedend, bij testament vermaakt wordt. Datgene wat in vragende vorm wordt nagelaten, wordt namelijk een fideïcommis genoemd.*'[29] In paragraaf 2.8 zal nader op het verschil tussen het legaat en het fideïcommis en de latere versmelting worden ingegaan.

Zowel Gaius als Justinianus worstelen in hun Instituten met de vraag of de behandeling van de legaten een plek moet krijgen binnen de erfopvolging, die juist zoals eerder opgemerkt in het geheel behandeld wordt na de eigendomsverkrijging van afzonderlijke zaken omdat de erfopvolging een eigendomsverkrijging 'per universitatem' (onder algemene titel) betreft. De verkrijging ingevolge een legaat is dat daarentegen niet zodat zij op die plek eigenlijk buiten de stof valt. Toch wordt, in de woorden van Van Oven, 'een systematische fout om didactische redenen'[30] gemaakt door het legaat binnen de opvolging 'onder algemene titel' te behandelen. Gaius geeft als reden hiervoor: '*Nu wij echter uitputtend gesproken hebben over testamenten en erfgenamen die bij uiterste*

26 Iust. Dig. 31, 36 Modestinus *libro tertio pandectarum*: Legatum est donatio testamento relicta.
27 Iust. Inst. 2, 20, 1: Legatum itaque est donation quaedam a defuncto relicta.
28 Kaser 1971, p. 742.
29 Ulp. XXIV, 1: Legatum est, quod legis modo, id est imperatiue, testamento relinquitur. Nam ea, quae precatiuo modo relinquuntur, fideicommissa uocantur.
30 Van Oven 1948, p. 539.

wil ingesteld zijn, bestaat er een goede reden om in de nu volgende tekst deze rechtsstof [d.w.z. de legaten, GGBB] *te behandelen.'*[31]

2.3 SOORTEN LEGATEN

In de klassieke periode (de periode tussen 0 en 250 n.Chr.) zijn er vier soorten legaten, zoals valt te lezen in de Instituten van Gaius: '*Wij vermaken bij legaat met zakelijke werking, legaat met obligatoire werking, gedogend legaat of voorafnemingslegaat*.'[32] De verschillende soorten legaten kunnen onderscheiden worden doordat elk aan vaste bewoordingen is gebonden.[33] In de loop der tijd gaat het onderscheid tussen de verschillende soorten verloren. Ondanks de latere vervlechting van de legaten, is het van groot belang, juist ook om (de ontwikkeling van) het huidige Nederlandse legaat te kunnen analyseren, de vier verschillende soorten van legaten uit het Romeinse recht te behandelen. De nadruk zal hierbij liggen op het legaat met zakelijke werking (ofwel: vindicatielegaat) en het legaat met obligatoire werking (ofwel: damnatielegaat). De overige soorten kunnen als tussenvormen van de legaten met zakelijke en met obligatoire werking beschouwd worden.

2.3.1 Vindicatielegaat

Het 'legatum per vindicationem' (hierna: het vindicatielegaat; ook wel vertaald als het legaat met goederenrechtelijke/zakelijke werking) bewerkstelligt dat de eigendom niet via de erfgenamen maar rechtstreeks van de erflater aan de vindicatielegataris toekomt zonder dat er een levering door de erfgenaam aan de legataris hoeft te geschieden. Het vindicatielegaat is een wijze van eigendomsverkrijging, uiteraard zoals eerder vermeld onder bijzondere titel. Het vindicatielegaat, dat dus goederenrechtelijke werking heeft, ontleent zijn naam dan ook aan het feit dat de legataris met de eigendomsactie ('rei vindicatio') het gelegateerde van de erfgenaam of iedere willekeurige derdebezitter kan opeisen.[34] De erfgenaam heeft immers op geen enkel moment de eigendom

---

31 Gai. Inst. 2, 191: (…) sed cum omni modo de testamentis deque heredibus qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris material tractari.

32 Gai. Inst. 2, 192: (…) aut enim per uindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem.

33 Vgl. Iust. Inst. 2, 20, 2: (…) et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata errant, per quae singular genera legatorum significabantur.

34 Zie ook Gai. Inst. 2, 194: Ideo autem per uinicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res lekatarii fit; et si eam rem legatarius uel ab herede uel ab alio quocumque qui eam possidet petat, uindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse. ('Het heeft de naam "legaat met zakelijke werking", omdat de zaak onmiddellijk na de aanvaarding van de nalatenschap krachtens Quiritisch recht van de legataris wordt. En als de legataris die zaak van de erfgenaam of iedere willekeurige

van het gelegateerde verkregen en de legataris heeft dus niet slechts een vorderingsrecht op de erfgenaam verkregen maar kan het gelegateerde als zakelijk gerechtigde met een goederenrechtelijke actie opeisen. In een faillissement heeft de vindicatielegataris dan uiteraard een sterke positie aangezien hij niets te maken heeft met concurrente schuldeisers van de erfgenaam en het hem gelegateerde met de revindicatie kan opeisen.

Het vindicatielegaat kan naast eigendomsovergang ook bewerkstelligen dat een recht van erfdienstbaarheid (servituut) of een recht van vruchtgebruik ('ususfructus') ontstaat. Als het gelegateerde een recht van erfdienstbaarheid of een recht van vruchtgebruik inhoudt, kan de legataris het gelegateerde met de 'vindicatio servitutis' dan wel met de 'vindicatio ususfructus' opeisen. Interessant is hierbij dat vanwege de goederenrechtelijke werking van het vindicatielegaat, deze rechten van erfdienstbaarheid dan wel vruchtgebruik ontstaan op het tijdstip van overlijden van de erflater zonder dat zij gevestigd hoeven te worden.[35] Een bijzondere variant van het vindicatielegaat is de 'servi optio': dit is een legaat waarbij aan de legataris een recht van keuze van de zaak is verleend, bijvoorbeeld tussen een aantal slaven.[36]

In Gaius Instituten 2, 193 staan voorbeelden van verschillende geldige formuleringen van het vindicatielegaat vermeld. De woorden 'do lego'[37] ('ik geef en legateer') duiden op een vindicatielegaat, alsmede als een van de twee woorden is opgenomen. Hoewel dit aanvankelijk de enige geldige formuleringen voor een vindicatielegaat waren,[38] is daarnaast ook door de juristen als geldig vindicatielegaat erkend als er gelegateerd is met de woorden 'sumito' ('hij ontvange'), 'sibi habeto' ('hij houde voor zichzelf') of 'capito' ('hij neme').

De eigendom van zowel geïndividualiseerde zaken (species-zaken; zoals 'mijn huis in Rome') als soortzaken (zaken die naar gewicht, getal of maat vaststaan en vervangbaar zijn door andere van hetzelfde soort zoals wijn, olie, graan en muntgeld) konden bij vindicatielegaat van de erflater naar de legataris overgaan. Aangezien het vindicatielegaat de directe verkrijging van de eigendom door de legataris inhoudt, vloeit hier logisch uit voort dat alleen zaken rechtsgeldig gelegateerd kunnen worden waarvan de erflater eigenaar is. Dit geldt ook ingeval een recht van vruchtgebruik of erfdienstbaarheid is gelegateerd. Er worden verschillende eisen gesteld naar gelang het voorwerp van het vindicatielegaat. Uit Gaius Instituten 2, 196 volgt dat voor het rechtsgeldig legateren van soortzaken vereist is dat de zaken op het moment van overlijden van de erflater naar 'ius civile' eigendom van de erflater zijn. Bij species-zaken

---

derdebezitter opeist, moet hij de eigendomsactie instellen, d.w.z. als rechtsbewering stellen dat de zaak hem naar Quiritisch recht toebehoort.')

35 Zie ook Lokin 2008, p. 346.

36 Zie Ulp. XXIV, 14 en Iust. Inst. 2, 20, 23.

37 'Lego' is een vorm van het werkwoord 'legare', wat hiervoor is besproken. 'Do' is een vorm van het werkwoord 'dare' dat binnen de juridische context gelezen kan worden als 'eigendom verschaffen' (zie Scheltema 1984, p. 113).

38 Gai. Inst. 2, 193 en Van Oven 1948, p. 540.

is daarentegen niet alleen vereist dat de erflater naar 'ius civile' eigenaar is op het moment van overlijden maar ook op het moment van het maken van het testament.[39]

2.3.2 Damnatielegaat

Het 'legatum per damnationem' (hierna: het damnatielegaat; ook wel vertaald als het legaat met obligatoire/persoonlijke werking of het leveringslegaat) ontleent zijn naam aan het feit dat de erflater in zijn testament voor de totstandkoming van een geldig damnatielegaat moest opnemen dat zijn erfgenaam 'damnas' (verplicht, verschuldigd) was om jegens de legataris een bepaalde prestatie te verrichten, zoals de verplichting de gelegateerde zaak in eigendom over te dragen. Het damnatielegaat is te herkennen aan de bewoordingen: 'heres meus damnas esto…', wat betekent 'mijn erfgenaam heeft als verplichting…'.[40] 'Maar ook als er 'dato'('geve') geschreven staat, is er sprake van een legaat met obligatoire werking', volgens Gaius Instituten 2, 201.[41]

De rechtsgevolgen van het damnatielegaat zijn geheel anders dan die van het vindicatielegaat. Waar het vindicatielegaat een zakelijk recht voor de legataris in het leven roept, doet het damnatielegaat slechts een persoonlijk recht voor de legataris ontstaan. De erfgenamen zijn na de dood van de erflater eigenaar van het gelegateerde maar hebben op grond van het damnatielegaat een verplichting, bijvoorbeeld om de zaak in eigendom (door bijvoorbeeld 'mancipatio' of 'traditio') aan de legataris over te dragen. De legataris verkrijgt dus een vorderingsrecht op de erfgenaam en kan de erfgenaam aanspreken met de 'actio ex testamento', waarbij de legataris zijn belang kan opeisen (de gelegateerde zaak dan wel de martkwaarde).[42] Kortom: het damnatielegaat heeft (naar moderne terminologie) geen zakelijke maar persoonlijke werking: de eigendom wordt niet direct door de legataris verkregen maar moet nog door de erfgenaam geleverd worden. Het damnatielegaat roept enkel een verbintenis in het leven tot het ten uitvoer brengen van het legaat: er ontstaat een rechtsbetrekking tussen de erfgenaam-debiteur en de legataris-crediteur.[43]

Het damnatielegaat, zo moge duidelijk zijn, is dus geen wijze van eigendomsverkrijging. Het damnatielegaat kan gezien worden als de 'titel' voor de eigendomsovergang. Bij deze constatering passen enkele kanttekeningen. Lokin kwalificeert het damnatielegaat als een 'abstracte leveringstitel'.[44] Hij geeft daarbij als voorbeeld dat als een gelegateerde zaak eenmaal is geleverd

39 Zie Gai. Inst. 2, 196.
40 Zie Gai. Inst. 2, 201 waar als voorbeeld staat: 'Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto' ('Mijn erfgenaam zij gehouden mijn slaaf Stichus te geven').
41 Gai. Inst. 2, 201: (…) sed et si dato scriptum fuerit, per damnationem legatum est.
42 Zie Gai. Inst. 2, 204.
43 Zie o.a. Kaser/Wubbe 1971, p. 363; Spruit 2003, p. 491; Lokin 2008, p. 346-347.
44 Lokin 2008, p. 347.

aan de legataris en achteraf het testament nietig blijkt te zijn dat dan de eigendomsoverdracht geldig bleef. Het abstracte stelsel is van toepassing bij het damnatielegaat en niet zozeer het legaat maar het voldoen aan het legaat vormt de titel van de eigendomsovergang.[45] In het Romeinse recht wordt dan gesproken van de 'titulus pro soluto', hetgeen betekent dat de *voldoening* (betaling, 'solutio') aan de verbintenis (in dit geval het damnatielegaat) als 'causa' ('de eigendomsovergang wettigende betrekking'[46]) geldt en niet (zoals meestal) het aan de levering voorafgaande verbintenisscheppende feit (zoals een overeenkomst van koop en verkoop, of hier het in het testament van de erflater opgenomen legaat).[47] Kortom: de betaling of de voldoening is de titel en niet de achterliggende rechtsverhouding (het damnatielegaat zelf). Niet vereist is hierbij dat de achterliggende rechtsverhouding geldig is zodat de eigendom ook overgaat als er in werkelijkheid een geldig damnatielegaat ontbrak (bijvoorbeeld omdat in een jonger testament dat later wordt gevonden, het legaat wordt herroepen). Voor de eigendomsovergang is alleen vereist dat de erfgenaam op het moment van de voldoening in de veronderstelling was dat hij daartoe wel verplicht was op grond van het (vermeende) damnatielegaat.[48] Niettemin laat dit onverlet dat bij een uitgekeerd nietig legaat, de legataris het gelegateerde aan de erfgenaam dient terug te leveren omdat dit onverplicht was geleverd. De erfgenaam heeft – in tegenstelling tot in een causaal stelsel – slechts een persoonlijke actie en beschikt niet over de revindicatie.

In vergelijking met de positie van de legataris bij het vindicatielegaat als zakelijke gerechtigde, is de positie van de legataris bij het damnatielegaat veel minder sterk. Bij een faillissement van de erfgenaam bijvoorbeeld, is de damnatielegataris met zijn 'actio ex testamento' slechts concurrent schuldeiser en is het maar hoogst onzeker of hij de gelegateerde zaken ooit zal verkrijgen, behoudens de mogelijkheid dat de praetor de legataris het recht kan geven zich boven de schuldeisers van de erfgenaam te verhalen op de nalatenschap (de zogenoemde 'beneficium separationis'; zie par. 2.4.).[49] Ondanks de minder sterke positie van de legataris bij het damnatielegaat, werd het damnatielegaat wel beschouwd als het meest algemene en het hoogste soort van legaat ('optimum ius legati'). Gaius Instituten 2, 197: *'(…) Die meest toepasselijke vorm nu is het legaat met obligatoire werking; met dat type kan men zelfs de zaak van een ander legateren (…).'*[50] Het damnatielegaat kan namelijk (net als de stipulatie; het tot stand komen van een verbintenis door het uitspreken van een vraag

45 Lokin 2008, p. 347.
46 Scheltema 1984, p. 137.
47 Scheltema 1984, p. 140.
48 Scheltema 1984, p. 140-142 en Spruit 2003, p. 193.
49 Zie ook Van Oven 1948, p. 545.
50 Gai. Inst. 2, 197: (…) optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest (…)'

en antwoord in bepaalde bewoordingen)[51] iedere geoorloofde prestatie tot object hebben. De prestatie kan bestaan uit het in eigendom overdragen van species-zaken en soortzaken, waarbij het dus van groot belang is om vast te stellen dat dit niet de eigen zaken van de erflater hoeven te zijn. Overigens moeten de gelegateerde zaken wel vatbaar zijn voor eigendomsoverdracht. In Ulp. XXIV, 9 staat: '*Een vrij mens, een zaak van het volk, en een heilige of gewijde zaak kunnen ook bij legaat met obligatoire werking niet vermaakt worden, aangezien zij niet in eigendom kunnen worden overgedragen.*'[52]

Ook kunnen bij damnatielegaat zaken vermaakt worden die in de natuur niet bestaan maar toekomstig zijn, zoals '*de vruchten die op het perceel grond X zullen groeien of het kind dat uit de slavin Y geboren zal worden*'.[53] Daarnaast leent het damnatielegaat zich onder andere ervoor om een vordering op een derde te vermaken door deze aan de legataris te cederen ('legatum nominis') en om een schuldenaar kwijtschelding te verlenen doordat de erfgenaam verplicht wordt 'acceptilatio' (de vormelijke rechtshandeling waarop de afstand om niet gedaan wordt[54]) te verrichten ('legatum liberationis'). Verder kan men het 'peculium'[55] aan de bij hetzelfde testament vrijgelaten slaaf legateren of aan de legataris legateren wat de erflater hem reeds verschuldigd is mits – anders kan het niet gekwalificeerd worden als 'legaat' – het de legataris een extra voordeel ('*plus est in legato quam in debito*'[56]) oplevert ('legatum debiti').[57] Indien het legaat een keuze geeft (bijvoorbeeld om een slaaf te kiezen), dan heeft de legataris niet het recht van keuze (zoals bij het vindicatielegaat), maar dan is het aan de erfgenaam om te kiezen.[58]

De legataris verkrijgt een vordering tot het afgeven van de zaak ('rem dare') op de erfgenaam die – indien het gelegateerde andermans zaken betreft – zich van de schuld kan kwijten door zich de eigendom van het gelegateerde door koop van de derde-eigenaar te verschaffen en de gekochte zaak aan de legataris te leveren.[59] De erfgenaam moet op het moment van de levering immers – ook al kunnen andermans zaken gelegateerd worden bij een damnatielegaat –

---

51 Feenstra 1984, p. 138.

52 Ulp. XXIV, 9: Liber homo aut res populi aut sacra aut religiosa nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest.

53 Gai. Inst. 2, 203: (…) fructus qui in illo fundo nati erunt, aut: quod ex illa ancilla natum erit.

54 Zie Spruit 2003, p. 441.

55 Vermogen in beheer van de slaaf, terwijl de meester tegenover de buitenwereld eigenaar blijft. 'Peculium' is afgeleid van 'pecus' ('vee'), aangezien de slaaf waarschijnlijk oorspronkelijk alleen vee kreeg. Zie Feenstra 1984, p. 15.

56 Iust. Inst. 2, 20, 14.

57 Zie Iust. Inst. 2, 20, 14; Kaser/Wubbe 1971, p. 364; Spruit 2003, p. 491.

58 Zie Ulp. XXIV, 14.

59 Zie Gai. Inst. 2, 202: Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere <rem> et praestare aut aestimationem eius dare debeat. ('Met dit type legaat kan zelfs de zaak van een ander gelegateerd worden, met het gevolg dat de erfgenaam die zaak dient te kopen en te leveren of de geschatte waarde ervan te betalen.')

bevoegd zijn om over de zaak te beschikken. Wil de derde-eigenaar de zaak niet tegen een redelijke prijs aan de erfgenaam afgeven, dan dient de erfgenaam de waarde aan de legataris uit te keren.

2.3.3 Vergelijking van het damnatielegaat met het vindicatielegaat

Het damnatielegaat heeft in vergelijking met het vindicatielegaat als groot voordeel dat alleen met dit legaat andermans zaak (waaronder soortzaken die nog niet tot het vermogen van de erflater horen) rechtsgeldig gelegateerd kan worden. Deze tegenstelling tussen het vindicatielegaat en damnatielegaat is verzacht door een door keizer Nero uitgevaardigd senaatsbesluit (waarschijnlijk tussen 60 en 64 n.Chr.), welk besluit tevens als een eerste stap beschouwd kan worden die zou leiden naar de uiteindelijke assimilatie van de legaatstypen.[60] Dit besluit heeft betekenis voor bijvoorbeeld een species-zaak die bij vindicatielegaat is vermaakt terwijl de zaak niet zowel op het moment van het maken van het testament als op het moment van het overlijden van de erflater aan de erflater toebehoort, zodat dit legaat naar 'ius civile' ongeldig is. In dit geval biedt het 'Senatus consultum Neronianum' uitkomst, want in Gaius Instituten 2, 197 valt te lezen: '*Zo is althans de regeling naar ius civile. Later is echter op voorstel van keizer Nero een senaatsbesluit tot stand gekomen waarin is bepaald dat als men een zaak legateert die men nimmer in eigendom heeft gehad, het legaat evenzeer rechtsgeldig is, als wanneer dit in de meest toepasselijke vorm was nagelaten. Die meest toepasselijke vorm nu is het legaat met obligatoire werking; met dat type kan men zelfs de zaak van een ander legateren, zoals hieronder zal blijken.*'[61]

Kortom: als een legaat in een niet geldige vorm met betrekking tot het gelegateerde gemaakt is, dus de vaste bewoordingen van het legaat niet bij de inhoud passen, wordt het beschouwd als gemaakt in de vorm waarin het wel geldig zou zijn. De vaste bewoordingen zijn de formuleringen die hiervoor en hierna per legaat zijn aangehaald om aan te geven waaraan een legaat herkend kan worden. Hierbij is het belangrijk het onderscheid tussen het 'ius civile' en het 'ius praetorium' in het oog te houden. Naar 'ius civile' blijft het legaat namelijk ongeldig, maar als de erfgenaam weigert het legaat uit te keren en hierbij een beroep doet op het 'ius civile', faalt dit beroep desalniettemin omdat aan de legataris een praetorische actie is verleend om het legaat te kunnen opvorderen. In wezen wordt de bedoeling van de erflater, mits neerge-

60 Zie ook Spruit 2003, p. 492.

61 Gai. Inst. 2, 197: Sed sane hoc ita est iure ciuili. Postea uero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legauerit quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.

legd in voor een legaat geldige bewoordingen, gevolgd ook al heeft de erflater daarbij een verkeerd 'legaatstype' (en daarmee verkeerde bewoordingen) gekozen (bijvoorbeeld vindicatie- in plaats van damnatielegaat). Hiermee komt de oorspronkelijke bedoeling van de vaste bewoordingen van de legaatstypen op de achtergrond te staan. Met de vaste bewoordingen werd namelijk getracht om verwarring en uitleg naar aanleiding van dubbelzinnige redactie te voorkomen. Elk legaatstype kon middels vaste bewoordingen worden geïdentificeerd zodat er vervolgens geldigheid en werkzaamheid aan het legaat konden worden verleend.[62] Als andermans zaak bij vindicatielegaat is gelegateerd, kan het niet de opzet van de erflater zijn geweest om een ongeldige beschikking tot stand te brengen maar dient – zo lijkt de gedachte van het senaatsbesluit te zijn – de bedoeling van de erflater aldus te worden opgevat dat de erfgenaam ermee belast wordt de gelegateerde zaak te kopen en aan de legataris te leveren zodat de beschikking als een damnatielegaat moet worden beschouwd.[63] Omzetting van het legaat was echter niet mogelijk als bij dit verkeerd gekozen legaat de daarvoor voorgeschreven bewoordingen zelf ook waren geschonden.

Ongeldig blijft – zowel naar 'ius civile' alsook naar het senaatsbesluit – een vindicatie- en zelfs een damnatielegaat dat de erflater heeft gemaakt van een eigen zaak en deze zaak vervolgens na het maken van het testament wordt vervreemd door de erflater. Het zou dan volgens de meeste juristen in strijd met de wil van de erflater zijn als de legataris deze zaak zou opeisen, zodat de onbehoorlijk geachte vordering van de legataris met de 'exceptio doli' afgewezen moet worden.[64]

Toen ten tijde van Justinianus de precieze formuleringen van legaten er niet meer toe deden, was het bij een legaat van andermans zaak voor de geldigheid wel van belang dat de erflater besefte dat de zaak van een ander was. Anders was het legaat alsnog ongeldig, tenzij de erflater deze zaak aan een zeer nauw verwant persoon had gelegateerd (een echtgenote of een andere soortgelijke persoon) aan wie de erflater de zaak ook zou hebben gelegateerd als hij zou hebben geweten dat de zaak van een ander was.[65]

Naast het al dan niet kunnen legateren van andermans zaken, blijkt een ander verschil tussen het damnatielegaat en het vindicatielegaat in het geval

---

62 Zie o.a. Iust. Inst. 2, 20, 2 en Spruit 2003, p. 490.

63 Van Oven 1948, p. 541 en Spruit 2003, p. 492. Vergelijk ook de hedendaagse conversie, zoals neergelegd in art. 3:42 BW: '*Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.*'

64 Zie Gai. Inst. 2, 198.

65 Zie Iust. Cod. 6, 37, 10: (…) quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse.

dezelfde zaak bij legaat aan twee (of meer) legatarissen ('collegatarii') vermaakt is. Bij een vindicatielegaat is dan de situatie dat iedere legataris een evenredig gedeelte toekomt (er ontstaat naar het 'ius civile' door samenloop deelgerechtigheid) en – als een legataris wegviel omdat deze verwerpt – het vrijvallende deel aanwast bij de andere legataris.[66] Bij het damnatielegaat daarentegen is het anders en moet allereerst een onderscheid gemaakt worden tussen een damnatielegaat opgenomen in één zin ('coniunctim'; 'verbonden') dan wel aparte zinnen (disiunctim'). Als in één zin hetzelfde aan twee personen gelegateerd is, luidt het legaat bijvoorbeeld: '*Mijn erfgenaam heeft de verplichting mijn slaaf Stichus aan Titius en Seius te geven*.' In het Latijn: '*heres meus hominem Stichum Titio et Seio dare damnas esto*'. Net zoals bij het vindicatielegaat hebben de legatarissen in dit geval recht op een deel van de zaak, tenzij het een ondeelbare prestatie betreft want dan zijn de legatarissen hoofdelijke crediteuren. Als het legaat door een van de legatarissen verworpen wordt, is er echter wel een verschil want dan wast het niet aan bij de andere legataris maar blijft het in de nalatenschap.[67] In twee zinnen luidt het legaat: '*Mijn erfgenaam heeft de verplichting mijn slaaf Stichus aan Titius te geven. Mijn erfgenaam heeft de verplichting mijn slaaf Stichus aan Seius te geven.*' In het Latijn: '*heres meus hominem Stichum Titio damnas esto dare; eundem hominem Seio heres damnas esto*'.[68] Bij een dergelijk vormgegeven damnatielegaat is de hele zaak (i.c. de slaaf) aan iedere legataris individueel verschuldigd. De erfgenaam zal dan de zaak aan de een en de waarde van de zaak aan de ander moet geven.[69] Als hier een legataris wegvalt, vindt er uiteraard geen aanwas plaats.

Het verschil dat bij het vindicatielegaat het deel van de wegvallende legataris volgens het 'ius civile' aanwast bij de ander, terwijl bij het damnatielegaat het deel van de wegvallende legataris in de nalatenschap blijft, is mijns inziens een logische consequentie vanuit het gegeven dat een vindicatielegaat zakelijke werking heeft, terwijl het op grond van damnatielegaat gelegateerde nog geleverd moet worden en tot die tijd in de nalatenschap zit. Overigens vervalt sinds de in 9 n.Chr. uitgevaardigde Lex Papia Poppaea het aandeel van de legataris die wegvalt en dat anders zou aanwassen. Dit aandeel komt toe aan diegenen die in het testament begunstigd zijn en die kinderen hebben, hetgeen gezien moet worden tegen de achtergrond van de Lex Papia Poppaea om huwelijken te bevorderen door aan het hebben van wettige kinderen voorrechten te verbinden.[70]

66 Gai. Inst. 2, 199 en Ulp. XXIV, 12.
67 Gai, Inst. 2, 205.
68 Gai. Inst. 2, 201 en 205; Van Oven 1948, p. 541.
69 Gai. Inst. 2, 205.
70 Gai. Inst. 2, 206. Zie ook Schlimmer, De Boer & Koch 1920, p. 342. In Ulp. XXIV, 12 lees ik echter dat het aan de fiscus toevalt: (…) non concurrente altero pars eius alteri adcrescebat: sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit.

Zonder te veel op de zaken vooruit te lopen en er te gedetailleerd op in te gaan, is het goed er op deze plek alvast op te wijzen dat voor de kwalificatie van het legaat in het Nederlandse erfrecht het onderscheid tussen het vindicatielegaat en damnatielegaat een wezenlijke rol heeft gespeeld. Onder het oude recht was er discussie over de vraag of het legaat een wijze van eigendomsverkrijging inhield of slechts een titel tot levering (zie par. 3.3). Hoewel er in de tweede helft van de 19e eeuw en eerste helft van de 20e eeuw arresten door de Hoge Raad zijn gewezen waarin het legaat werd beschouwd als een wijze van eigendomsverkrijging,[71] dus als een vindicatielegaat, was de heersende opvatting in de lagere rechtspraak en in de rechtswetenschap echter dat het legaat een damnatielegaat is. Deze visie was ook tijdens de discussie over het nieuwe erfrecht heersend en is gevolgd in het nieuwe Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek. In 1984 wijzigde de Hoge Raad zijn leer en erkende – anticiperend op het nieuwe erfrecht en in overeenstemming met een al lang algemeen aanvaarde opvatting – dat het legaat slechts een verbintenis tot levering van de zaak in het leven roept, kortom: een damnatielegaat.[72] In het nu geldende Nederlandse erfrecht blijkt uit artikel 4:117 lid 1 BW dat het legaat moet worden beschouwd als een damnatielegaat zodat er een leveringshandeling moet volgen. Artikel 4:117 lid 1 BW luidt namelijk: 'Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen *een vorderingsrecht* toekent.' (cursivering toegevoegd)

2.3.4 Het 'legatum sinendi modo'

Het door de Romeinen minder gebruikte 'legatum sinendi modo' (hierna: gedogend legaat), dat overigens in de Nederlandse rechtsgeschiedenis geen rol speelt, is een soort tussenvorm tussen het vindicatie- en het damnatielegaat. De making kan bijvoorbeeld als volgt worden gemaakt: '*Mijn erfgenaam zij gehouden te gedogen dat Lucius Titius de slaaf Stichus neemt en voor zich behoudt.*'[73] In Ulpianus valt te lezen dat '*[b]ij gedogend legaat kunnen zaken vermaakt worden die eigendom zijn van de erflater of van diens erfgenaam.*'[74] Het gedogend legaat houdt 'meer' in dan het vindicatielegaat aangezien ook zaken van de erfgenaam gelegateerd kunnen worden, terwijl het vindicatielegaat alleen eigen zaken betreft. Voor het rechtsgeldig legateren hoeft de zaak op het moment van het opstellen van het testament niet van de erflater of de erfgenaam te zijn, voldoende is dat de zaak op het moment van overlijden van de erflater

71 HR 19 april 1861, *W* 2268; HR 4 maart 1881, *W* 4622; HR 26 augustus 1929, *NJ* 1929, p. 1525.
72 HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374. Zie in dit kader ook Kolkman 2006, p. 126-127; Spruit 2003, p. 492 en Pleysier 2010, p. 305.
73 Gai. Inst. 2, 209: (…) heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere.
74 Ulp. XXIV, 10: Sinendi modo legari possunt res propriae testatoris et heredis eius.

aan een van beiden toebehoort. Het gedogend legaat is daarentegen 'minder' dan het damnatielegaat aangezien bij het damnatielegaat zaken van iedere willekeurige buitenstaander gelegateerd kunnen worden en niet alleen van erfgenamen.[75] Op grond van het in de vorige subparagraaf besproken 'Senatus consultum Neronianum' kan een gedogend legaat van een zaak die pas na de dood van de erflater aan de erfgenaam gaat toebehoren, als een damnatielegaat worden behandeld aldus de Instituten van Gaius.[76]

De erfgenaam krijgt de verplichting van de erflater met dit legaat opgelegd, niet om de gelegateerde zaak te 'dare' (geven) zoals bij het damnatielegaat, maar om te 'sinere' (dulden) dat de legataris de gelegateerde zaak zich toeeigent. Indien de erfgenaam weigert, heeft de legataris de beschikking over de persoonlijke 'actio ex testamento'. Aanvankelijk kan de legataris ook onmiddellijk met de 'manus iniectio' (een rituele handoplegging waarbij de schuldeiser zijn schuldenaar in zijn macht kon brengen) tot executie overgaan zonder dat er een proces gevoerd hoeft te worden, maar dit legaatstype heeft deze executiekracht in de loop van de tijd verloren.[77] Uit de Instituten van Gaius wordt duidelijk dat er discussie bestaat over de vraag of de erfgenaam (aan wie het gelegateerde zoals bij het damnatielegaat komt toe te behoren) het gelegateerde aan de legataris vormelijk, ten overstaan van de magistraat of door de bezitsverschaffing wordt geacht te leveren. Vanwege de opgelegde verplichting om te 'gedogen' wordt namelijk verdedigd dat het voldoende is dat de legataris de zaak neemt en de erfgenaam dus toelaat dat de legataris de zaak neemt.[78] In het verlengde hiervan bestaat er onder Romeinse juristen discussie over de vraag wat de situatie is als bij gedogend legaat dezelfde zaak aan twee of meer personen is gelegateerd in aparte zinnen. Sommige juristen sluiten aan bij het damnatielegaat en zijn van mening dat het gelegateerde aan ieder voor het geheel verschuldigd is, terwijl andere juristen aanknopen bij het 'gedogende' karakter van het legaat. Zij verdedigen daarom dat de legataris die de zaak in bezit neemt, de sterkste positie heeft. De erfgenaam is dan jegens die legataris zijn verplichting nagekomen om te dulden dat de legataris de zaak heeft. De andere, latere legataris kan de erfgenaam volgens deze redenering niet meer aansprakelijk houden want de erfgenaam heeft de zaak niet meer zodat hij niet meer kan gedogen dat deze door de andere legataris wordt weggenomen en het is bovendien niet aan onbehoorlijk gedrag van de erfgenaam te wijten dat hij niet meer de zaak heeft.[79]

75 Gai. Inst. 2, 210-211.
76 Gai. Inst. 2, 212.
77 Kaser/Wubbe 1971, p. 364; Kaser 1971, p. 112.
78 Gai. Inst. 2, 213-214.
79 Gai. Inst. 2, 215.

2.3.5 Het 'praelegatum' en 'legatum per praeceptionem'

In deze paragraaf worden de twee typen van legaten aan een erfgenaam (zogenoemde prelegaten) in het Romeinse recht besproken, te weten: het 'praelagatum' (het 'gewone' prelegaat) en het 'legatum per praeceptionem' (een bijzondere vorm van het prelegaat). Ter illustratie wordt allereerst een voorbeeld gegeven van verschillende theoretische mogelijkheden van de (cijfermatige) werking van een legaat aan een erfgenaam.

Stel: erflater X benoemt A, B en C voor gelijke delen tot erfgenamen. Tevens legateert X 60 aan A. De nalatenschap van X bedraagt 300. Wat verkrijgt A als erfgenaam en wat als legataris? Wat verkrijgen de erfgenamen B en C?

Mogelijkheid 1: Het gelegateerde wordt door A vooraf genomen en verkregen voordat het restant tussen de erfgenamen wordt gedeeld. Het resultaat is dat A als legataris 60 verkrijgt. Het restant van 240 wordt door de erfgenamen A, B en C gelijkelijk verdeeld. A, B en C verkrijgen ieder dus als erfgenaam 80. A verkrijgt in totaal dus 140 waarvan 60 als legataris en 80 als erfgenaam.

Mogelijkheid 2: Het legaat heeft geen werking voor zover het al als erfgenaam is verkregen. A is voor 1/3 deel erfgenaam zodat 1/3 deel van het legaat (zijnde 20) geen werking heeft omdat hij dat deel reeds als erfgenaam heeft verkregen. Het erfdeel van een ieder is – zonder uitkering van het legaat – 100. Het geldige deel van het legaat (40) zal door de overige erfgenamen (B en C) moeten worden uitgekeerd aan A, ieder voor een deel ter grootte van 20. A ontvangt dus ook in totaal 140 waarvan 40 als legataris en 100 als erfgenaam. In de 100 zit ook het deel van '20' dat bij het legaat hoorde maar wat hij niet als legataris maar als erfgenaam verkrijgt. B en C ontvangen ieder 80 (100-20) als erfgenaam.

Mogelijkheid 3: Het legaat aan een erfgenaam komt geheel ten laste van zijn erfdeel en dient door de erfgenaam gedragen te worden. A verkrijgt derhalve 60 als legataris en 40 (100-60) als erfgenaam. B en C verkrijgen ieder 100 als erfgenaam want het legaat komt niet ten laste van hun erfdeel.

Mogelijkheid 4: Het legaat aan een erfgenaam is niet mogelijk en heeft in zijn geheel geen werking. A, B en C verkrijgen ieder 100 als erfgenaam.

In mogelijkheid 1 en 2 verkrijgt A in totaal steeds 140. Het verschilt echter hoeveel A als legataris en hoeveel hij als erfgenaam ontvangt. Hetzelfde geldt voor mogelijkheid 3 en 4 waar A in totaal 100 verkrijgt.

2.3.5.1 Het 'praelegatum'

Waarom is de verhouding in bovenstaande mogelijkheden tussen hetgeen als legataris en hetgeen als erfgenaam verkregen wordt eigenlijk van belang? Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat de erflater de erfgenaam heeft verzocht om zijn verkregen erfdeel bij fideïcommis af te geven. Ulpianus leert ons: '*Als aan een erfgenaam bij legaat iets is nagelaten en hem bij fideïcommis is verzocht zijn erfportie af te geven, behoeft hij [van dit legaat] alleen niet af te geven wat hij van zijn mede-erfgenaam heeft ontvangen; maar het gedeelte dat hem [van dit legaat] is nagelaten ten laste van zijn eigen erfportie, valt wel onder het fideïcommis. Dit heeft de vergoddelijkte Marcus Aurelius beslist.*'[80] Om te weten wat in een dergelijke situatie onder het fideïcommis valt, dient dus vast te staan welk deel als erfgenaam is verkregen (en dus onder het fideïcommis valt) en welk deel als legataris is verkregen.

Ulpianus sluit in bovenstaande tekst aan bij mogelijkheid 2, nu het legaat alleen werkt voor zover het ten laste van zijn mede-erfgenamen komt. Het legaat is dan een 'praelegatum': een legaat aan een erfgenaam waarbij dit legaat niet vooraf uit de boedel wordt afgezonderd (een 'gewoon' prelegaat, hierna: prelegaat). De legataris verkrijgt bij de verdeling van de nalatenschap voor het deel dat de legataris tevens erfgenaam is, dat deel als erfgenaam en niet als legataris.[81] In Iust. D. 30, 104, 3 valt te lezen dat: '*[I]ndien aan Attius als volgt gelegateerd is: "Wie ook mijn* [overige; toevoeging, GGBB] *erfgenaam zal zijn, hij zij verplicht aan mijn erfgenaam Attius 10.000 sestertiën te geven", zal Attius de 10.000 sestertiën kunnen vorderen onder aftrek van zijn eigen aandeel [in dat bedrag].*'[82] Met andere woorden: voor dat deel – het deel dat het legaat ten aanzien van hemzelf als erfgenaam kwam – werkt het legaat niet.[83] Florentinus verwoordt dit, in de literatuur ook wel aangeduid als de 'heredi-regel', als volgt: '*Een legaat kan niet aan een erfgenaam ten laste van hemzelf gegeven worden, wèl ten laste van een mede-erfgenaam.*'[84]

---

80 Iust. Dig. 36, 1, 19, 3: Si legatum sit heredi relictum et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit: ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit: et id divus Marcus decrevit.

81 Kaser/Wubbe 1971, p. 364. Zie uitgebreid over het prelegaat Wimmer 2004.

82 Iust. Dig. 30, 104, 3: Si Attio ita legatum fuerit: 'quisquis mihi heres erit, damnas esto Attio heredi decem dare', deducta sua parte Attius decem petet.

83 Zie Pleysier 2010, p. 308-309; Kaser 1971, p. 748 en zie bijv. Iust. Dig. 30, 34, 11: Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit. ('Als een legaat aan twee personen vermaakt is, van wie de ene tot erfgenaam ingesteld is, wordt het legaat dat te zijnen laste komt als ongeldig beschouwd. Dus zal wat hem te zijnen laste gelegateerd is aan de medelegataris toevallen.')

84 Iust. Dig. 30, 116 (Florentinus, Instituten XI): (…) Heredi a semet impso legatum dari non potest, a coherede potest.

Uiteindelijk wordt het gelegateerde wel *geheel* verkregen door de erfgenaam/legataris, zij het dat het deel dat hij niet als legataris verkrijgt (*iure legati*), hij als erfgenaam reeds heeft verkregen (*iure hereditario*).[85] Als een goed aan meer erfgenamen gelegateerd is, verkrijgen zij het legaat voor gelijke delen ook al waren de erfgenamen voor ongelijke erfdelen ingesteld.[86] Dit kan anders zijn omdat het wel mogelijk moet zijn om dat gelegateerde deel ten laste van de mede-erfgenamen te laten komen (ten laste van het erfdeel van de erfgenaam-legataris kan het legaat niet meer worden afgegeven omdat hij voor dat deel dus al erfgenaam is): '*Daarom wordt dan ook gesteld dat, als er twee erfgenamen zijn, de ene voor één twaalfde deel en de andere voor elf twaalfde, en aan hen een perceel grond gelegateerd is, de erfgenaam voor één twaalfde deel elf twaalfde deel van het perceel zal krijgen, en zijn mede-erfgenaam één twaalfde.*'[87]

Gecompliceerder wordt het als een goed aan een erfgenaam én aan buitenstaanders gelegateerd is, maar ook met die situatie konden de Romeinen uit de voeten: '*Als een legaat aan twee personen vermaakt is, van wie de ene tot erfgenaam ingesteld is, wordt het legaat dat te zijnen laste komt als ongeldig beschouwd. Dus zal wat hem te zijnen laste gelegateerd is aan de medelegataris toevallen.*'[88] In een casus pakt dit als volgt uit: '*Als bijgevolg een perceel grond gelegateerd is aan iemand die voor de helft tot erfgenaam is ingesteld en aan twee buitenstaanders, komt aan de erfgenaam aan wie het gelegateerd is een zesde deel van het perceel toe. Want hij kan het niet van zichzelf opeisen, wel van zijn voor de helft ingestelde mede-erfgenaam, maar voor niet meer dan één derde deel, omdat ook de twee buitenstaande legatarissen medegerechtigd zijn. De buitenstaanders echter zullen van de erfgenaam aan wie het legaat is vermaakt de helft, en van de andere erfgenaam een derde deel van het perceel opeisen.*'[89]

Als ik het voorbeeld probeer te doorgronden, dan kom ik op de volgende uitleg. Er wordt een stuk grond gelegateerd aan A, X en Y. A is tevens voor de helft erfgenaam en B voor de andere helft. De vraag is vervolgens wat A, X en Y als legataris verkrijgen en ten laste van wie. A verkrijgt als legataris 1/6 deel van de grond ten laste van zijn mede-erfgenaam B (de helft van het 1/3 deel omdat B voor de helft erfgenaam is). Het overige 1/6 deel van de grond kan hij niet ten laste van zichzelf afgeven aangezien hij voor dat deel

85 Kaser 1971, p. 748.

86 Zie Iust. Dig. 30, 67, 1.

87 Iust. Dig. 30, 34, 12: Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncial, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarum heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

88 Iust. Dig. 30, 34, 11: Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inuliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit.

89 Iust. Dig. 30, 116, 1: (…) itaque si fundus legatus sit qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt.

al erfgenaam is. Toch behoudt hij dit deel, in tegenstelling tot eerder vermelde gevallen, niet als erfgenaam, maar wast dat deel uiteindelijk aan bij de medelegatarissen (die geen erfgenamen zijn).[90] Ten laste van A's erfdeel is nog niets gekomen zodat zijn erfdeel in het stuk grond, de helft van de grond, ten laste van A aan X en Y kan worden afgegeven. Van het erfdeel van B van de helft van de grond is al 1/6e deel van de grond aan A toegekomen. Het resterende deel van de grond (2/6 oftewel 1/3 deel) komt dus ten goede aan X en Y ten laste van B. In totaal verkrijgen X en Y dus 5/6 deel van de grond als legataris en aan A komt 1/6 deel toe. Of kortweg gezegd: X en Y verkrijgen (als twee van de drie legatarissen) van A en van B steeds 2/3 deel van hun als erfgenaam verkregen helft (2 x 2/6 = 4/6) en hierbij komt nog 1/6 deel van A via aanwas bij.

Het is van groot belang zich bij het bovenstaande te realiseren dat volgens Voet voor het Romeins-Hollandse recht bij een prelegaat de regel dat 'niemand van zichzelf kan verkrijgen' ('*nemo a se ipso capere potest*') niet van toepassing is omdat er niets van zichzelf wordt verkregen bij een prelegaat. Er wordt namelijk gedeeltelijk verkregen als erfgenaam en gedeeltelijk als legataris. De erfgenaam verkrijgt als legataris alleen die delen waartoe de andere erfgenamen gerechtigd zijn in het gelegateerde goed. Als erfgenaam verkrijgt hij verder het deel waartoe hij zelf als erfgenaam gerechtigd is.[91] Met andere woorden: er wordt dus van het legaat niets ten laste van de legataris-erfgenaam zelf verkregen. Voor zover een legaat ongeldig is omdat het niet ten laste van de erfgenaam zelf kan komen, komt hem dit deel als erfgenaam toe.

Als twee complete landgoederen bij legaat aan twee erfgenamen zijn vermaakt (voor iedere erfgenaam één compleet landgoed) dan wordt het complete landgoed verkregen ook al wordt een deel verkregen dat de betrokkene reeds heeft. Dat deel verkrijgt hij niet als legataris maar als erfgenaam. Als de waarde van het bij legaat vermaakte landgoed aan de mede-erfgenamen verschuldigd is, hoeft dus niet de waarde van het erfdeel van de erfgenaam

90 Zie (het eerder geciteerde) Iust. Dig. 30, 34, 11: Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit. ('Als een legaat aan twee personen vermaakt is, van wie de ene tot erfgenaam ingesteld is, wordt het legaat dat te zijnen laste komt als ongeldig beschouwd. Dus zal wat hem te zijnen laste gelegateerd is aan de medelegataris toevallen.')

91 Zie Voet, Pand, ad Lib. XXX, XXXI, XXXII, de legatis et fideicommissis, 7: Praelegata quod attinet, in iis locum non habet regula superior, quod nemo a se ipso capere possit; ex ratione, quia praelegata heres partim jure hereditario, parte jure legati capit; jure quidem legati pro illis partibus, quibus alii defuncto heredes sunt, jure vero hereditario pro ea parte, qua ipse heres est (…). ('Wat betreft prelegaten vindt de bovenstaande regel, dat niemand van zichzelf kan verkrijgen, hier geen toepassing. Dit is omdat de erfgenaam deels als erfgenaam deels als legataris verkrijgt. Hij verkrijgt als legataris wat aangaat die delen waartoe de overige erfgenamen gerechtigd zijn, doch als erfgenaam wat aangaat het deel waartoe hij zelf erfgenaam is.') Zie tevens Bell 1849, p. 198-201.

in het landgoed aan de mede-erfgenamen betaald te worden.[92] Logischerwijs heeft een prelegaat van een bepaald goed (of een geldbedrag) aan alle erfgenamen, voor gelijke delen als erfgenaam en legataris, geen waarde: de erfgenamen krijgen dan een gelijk deel van het gelegateerde goed als erfgenaam en er blijft vervolgens geen deel meer over dat als legataris van de mede-erfgenamen kan worden verkregen omdat deze mede-erfgenamen voor het overige deze delen in het goed als erfgenaam hebben verkregen.[93]

Van het in deze paragraaf behandelde dient de situatie onderscheiden te worden dat de erfgenaam/legataris het erfdeel verwerpt en enkel het legaat aanvaardt. De legataris verkrijgt dan het gehele legaat omdat er immers niets ten laste van hemzelf als erfgenaam gaat: hij is namelijk geen erfgenaam omdat hij verwerpt. '(…) *Maar ook als hij van de nalatenschap afstand gedaan heeft, staat vast dat hij dit legaat kan verkrijgen; (…) en hij kan inderdaad het legaat in zijn geheel opvorderen, ondanks het feit dat een legaat ten laste van hemzelf zonder rechtsgevolgen zou zijn gebleven.*'[94]

2.3.5.2 Het 'legatum per praeceptionem'

In het Romeinse recht bestond ook een bijzondere vorm van een legaat aan een erfgenaam: het 'legatum per praeceptionem' (hierna: het voorafnemingslegaat). Dit legaat luidt bijvoorbeeld als volgt: '*Lucius Titius neme vooraf de slaaf Stichus*.'[95] Het voorafnemingslegaat verschaft de erfgenaam, ten laste van de erfgenamen, een zaak welke zaak bij de verdeling van de nalatenschap vooraf genomen kan worden. De zaak wordt dus bij wijze van verdeling afgegeven en niet door een levering. De erfgenaam kan deze zaak vorderen met de delingsactie, de 'actio familiae erciscundae', zodat de rechter bij het proces tot scheiding van het vermogen (oftewel de verdeling van de nalatenschap) tussen de erfgenamen het gelegateerde aan de erfgenaam-legataris moest

92 Zie Iust. Dig. 31, 34, 1.

93 Zie Voet, Pand, ad Lib. XXX, XXXI, XXXII, de legatis et fideicommissis, 7: Plane, si testator omnibus coheredibus, quotquot instituit, communiter unam rem aut certam quantitatem jure praelegati dederit, nulla in praelegato partium mentione facta, magis est, ut praelegatum tale nullius momenti fit: cum quisque ex praelegato percipiendo prius eam partem, ex qua heres est, & quam jure hereditario per eum capi supra dictum, efficiat hoc ipso, ut nulla amplius pars reliqua sit, quae inter coheredes veniret dividenda. ('Natuurlijk, als een erflater een goed of een bepaalde hoeveelheid bij wijze van prelegaat gezamenlijk heeft vermaakt aan alle door hem ingestelde erfgenamen, zonder enige vermelding van de delen in het prelegaat, is het veeleer dat een dergelijk prelegaat van geen gewicht is. Ieder ontvangt van het prelegaat eerst het deel van het prelegaat waarin hij erfgenaam is, en als dit deel zoals hierboven gezegd is als erfgenaam wordt genomen, heeft dit tot gevolg dat er geen deel meer resteert dat onder de erfgenamen verdeeld kan worden.')

94 Iust. Dig. 30,17, 2 en Iust. Dig. 30, 18: (…) sed et si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat. (…) et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semet ipso inutiliteter ei legatum fuisset. Vgl. ook Iust. Dig. 30, 91, 2.

95 Gai. Inst. 2, 216: (…) Lucius Titius hominem Stichum praecipito.

toedelen.[96] Deze erfgenaam verkrijgt deze zaak met andere woorden dus 'vooraf', geheel als legataris, zodat deze zaak vervolgens niet meetelt bij de berekening van de erfdelen.[97] Dit pakt cijfermatig uit zoals bij mogelijkheid 1 is beschreven.

Het voorafnemingslegaat dient als bijzondere variant van het prelegaat onderscheiden te worden van het 'gewone' prelegaat (zie par. 2.3.5.1), welk legaat niet vooraf uit de boedel wordt afgezonderd. Over de werking van het voorafnemingslegaat bestaat een discussie tussen de Sabinianen en de Proculianen. De Sabinianen achten de eerder vermelde 'heredi-regel' niet van toepassing op het voorafnemingslegaat, zodat het legaat volledige werking heeft, terwijl de Proculianen het onvermijdelijk achten dat het legaat niet werkzaam is voor zover het ten laste van een eigen erfdeel komt aangezien de 'heredi-regel' voor alle prelegaten zou gelden.[98] Het voorafnemingslegaat is dan een 'gewoon' prelegaat, zoals besproken in par. 2.3.5.1.

Volgens de Sabinianen kan niet aan een buitenstaander bij voorafnemingslegaat worden gelegateerd, maar alleen aan een mede-erfgenaam, anders heeft het 'voorafnemen' geen betekenis: '*Vooraf nemen betekent naar hun mening immers "van tevoren toegewezen krijgen"; en dit vindt slechts plaats ten aanzien van de persoon die voor enig deel als erfgenaam is ingesteld. Want die zal dan behalve zijn aandeel in de nalatenschap van tevoren al het legaat toegewezen krijgen.*'[99] Volgens sommige juristen biedt het 'Senatus consultum Neronianum', in het geval aan een niet-erfgenaam bij voorafnemingslegaat gelegateerd wordt (hetgeen naar het 'ius civile' nietig is), uitkomst omdat namelijk met een andere formulering aan diezelfde persoon wel geldig gelegateerd kan worden (mits er geen gebrek in de persoon is, zoals een vreemdeling die passieve testeerbevoegdheid ontbeert). Het legaat kan daarom worden geconverteerd, bijvoorbeeld in een damnatielegaat zodat de legataris over de 'actio ex testamento' beschikt.[100] Deze zienswijze krijgt uiteindelijk de overhand.[101] De Proculianen gaan nog een stap verder en zijn van mening dat als een voorafnemingslegaat aan niet-erfgenamen vermaakt wordt, dit legaat zelfs zakelijke werking heeft (dus een vindicatielegaat is), zodat de toevoeging 'prae' (vooraf) bij het voorafnemingslegaat overbodig is.[102] Deze opvatting is – naar men zegt – door een besluit van keizer Hadrianus bekrachtigd.[103] De Sabinianen menen vervolgens op

96 Zie Gai. Inst. 2, 217 en 219.
97 Van Oven 1948, p. 542
98 Zie hierover meer gedetailleerd Ankum 1991, p. 80-81. In deze bijdrage toont Ankum aan dat verschillende Romeinse teksten minder strijdig zijn dan deze op het eerste oog lijken indien men rekening houdt met de verschillende context.
99 Gai. Inst. 2, 217: (…) praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.
100 Zie Gai. Inst. 2, 218.
101 Van Oven 1948, p. 542.
102 Gai. Inst. 2, 221.
103 Gai. Inst. 2, 221.

hun beurt dat een zaak die geen eigendom van de erflater is, niet bij voorafnemingslegaat kan worden gelegateerd want een zaak die zich niet in de boedel bevindt, kan niet uit de boedel worden voorafgenomen.[104] Maar ook in deze situatie kan het legaat echter bekrachtigd worden op grond van het eerder vermelde senaatsbesluit van Nero.[105]

De situatie wat betreft het voorafnemingslegaat lijkt samengevat als volgt te zijn: als een zaak met een voorafnemingsclausule aan een mede-erfgenaam gelegateerd wordt, is er sprake van een 'echt' voorafnemingslegaat zodat de rechter de gelegateerde zaak ambtshalve bij het proces tot scheiding van het vermogen aan de erfgenaam zal toescheiden. Is er daarentegen gelegateerd aan een niet-erfgenaam dan is er sprake van een vindicatielegaat als de gelegateerde zaak van de erflater is, en is er sprake van een damnatielegaat als de gelegateerde zaak niet aan de erflater toebehoort.[106]

In het huidige Nederlandse erfrecht zijn het voorafnemingslegaat en het 'gewone' prelegaat overigens niet expliciet in de wet te vinden. Desondanks wordt in de literatuur opgemerkt dat het voorafnemingslegaat wel erkenning lijkt te vinden in de jurisprudentie, waar in par. 5.6 verder op zal worden ingegaan.[107]

2.3.6 Partitio legata

In de voorgaande subparagrafen zijn de vier hoofdsoorten van legaten, waarvan voor iedere soort de vermelde woordvormen gelden, behandeld. Als we deze woordvormen loslaten en kijken welke figuren binnen de hoofdsoorten aanwezig zijn, zijn we in het kader van het vindicatie- en het damnatielegaat de figuur van het 'keuzelegaat' ('optio legata') reeds tegengekomen. Een andere figuur van het legaat die veelvuldig is toegepast en die om die reden nog kort vermelding verdient, is het zogenoemde 'delingslegaat' ('partitio legata'), dat in de klassieke tijd als een damnatielegaat van een 'incertum' (iets dat nog onbepaald is) beschouwd wordt. Bij dit legaat wordt een evenredig deel van de nalatenschap gelegateerd aan de 'deellegataris' ('legatarius partiarius') doordat de erfgenaam een deel met de legataris moet delen, met de woorden: '*Mijn erfgenaam hebbe deel aan (verdele) mijn nalatenschap tezamen met Titius.*'[108] De helft van de goederen wordt in dit geval dan gelegateerd geacht.[109] Hoewel er discussie tussen scholen bestaat over de vraag of de legataris de waarde

104 Gai. Inst. 2, 220.
105 Gai. Inst. 2, 220.
106 Gai. Inst. 2, 222 en Van Oven 1948, p. 542.
107 Zie HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126. Op deze plek verwijs ik verder alvast naar Pleysier 2010, p. 304-309. Vgl. Van der Ploeg 1984, p. 285-289.
108 Ulp. XXIV, 25 (…) heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito.
109 Ulp. XXIV, 25.

of de goederen zelf kan eisen, blijkt uit de Digesten van Justinianus dat bij deelbare zaken de keuze aan de erfgenaam is om het aandeel in goederen of de geschatte waarde van het aandeel aan de legataris te geven.[110] De vraag rijst hoe dit legaat zich verhoudt met het gegeven dat de verkrijging van de legataris, in tegenstelling tot de verkrijging van de erfgenaam, juist niet een opvolging 'per universitatem' is. De erfgenaam blijft vermogensrechtelijk bezien de voortzetter van de erflater, zodat hij uitsluitend recht heeft op en aansprakelijk is voor de boedelvorderingen- en schulden. Om in de onderlinge verhouding tussen de erfgenaam en de legataris alsnog te verzekeren dat zij over en weer naar evenredigheid bijdragen in zowel de schulden als recht hebben op de baten, worden er mondelinge overeenkomsten gesloten ter evenredige verdeling van de aansprakelijkheid, de zogenoemde 'stipulationes partis et pro parte'.[111] Van Oven brengt als verklaring voor het gebruik van deze figuur naar voren dat bij testateurs het verschil tussen een erfstelling en legaat niet altijd duidelijk is en men eigenlijk met het legateren van een breukdeel een erfstelling op het oog heeft.[112] Een andere veelvuldig gegeven verklaring is dat men bewust de nadelen aan de erfstelling uit de weg wenst te gaan, hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot het sluiten van de eerder vermelde stipulaties tussen de erfgenaam en de legataris. Tot slot kan als reden voor de toepassing van het delingslegaat gegeven worden dat hiermee getracht wordt de 'Lex Voconia' (waarschijnlijk 169 v.Chr.)[113] te omzeilen, op grond waarvan het een vermogende erflater verboden is een vrouw tot erfgenaam te benoemen, maar niet om aan haar te legateren.[114] Hoewel dit legaat dus sterk lijkt op een erfstelling, wordt het door de Romeinse juristen zuiver als legaat beschouwd zodat alle voor het legaat geldende beperkingen ook voor dit legaat gelden. Te denken valt hierbij onder meer aan de consequentie dat het legaat vervalt als de erfstelling vervalt en aan de inkorting van het legaat door de toepassing van de 'Lex Falcidia' en andere wetten waarop later in dit hoofdstuk wordt teruggekomen. Tevens kwam het verschil met een erfstelling tot uiting door het gegeven dat de betreffende legataris de beschikking over de persoonlijke 'actio ex testamento' heeft en niet over de goederenrechtelijke actie van de erfgenaam, de 'hereditatis petitio'.[115] Later is het delingslegaat verdrongen door het fideïcommis, waarover meer in paragraaf 2.8.

Zoals eerder is aangegeven, wordt met dit hoofdstuk niet getracht een volledig beeld te geven van het zeer uitvoerige Romeinse legatenrecht, dat overigens ook in het sociale leven van de Romein een grote rol vervulde en dat ook door

110 Iust. Dig. 30, 26, 2.
111 Zie Ulp. XXV, 15 en Gai. Inst. 2, 254 en 2, 257.
112 Van Oven 1948, p. 543.
113 Kaser 1971, p. 684. Zie ook Gai. Inst. 2, 226.
114 Van Oven 1948, p. 543 en Kaser 1971, p. 745.
115 Van Oven 1948, p. 543.

de eeuwen sterk aan verandering onderhevig is geweest.[116] In dit verband is de conclusie van Thomas Rüfner over ons huidige zicht op het Romeinse testamentenrecht interessant. Rüfner schrijft: '*If – as our conclusions suggest – the Roman law of testamentary formalities was particularly closely linked to structural characteristics of Roman society, it seems plausible that this area of the law was more directly affected by the collapse of that society in late antiquity than many others. This may account for the chaotic state in which the law of testamentary formalities has come down to us in the legislation of Justinian: as a product of republican and early imperial Roman society, the law of testamentary formalities appears to have been ill-fitted either to be taken over in its classical form, or to be thoroughly reformed by Justinian or his predecessors in the fourth and fifth centuries. This may be the reason why the law of testamentary formalities, although its sources contain many monuments to the individual genius of Roman jurists, does not commend itself for the virtues of logical structure and systematic coherence otherwise ascribed to Roman law.*'[117]

Omdat dit hoofdstuk met name dient om in komende hoofdstukken het huidige legaat onder het Nederlandse recht te kunnen plaatsen (en afzetten) tegen de achtergrond van zijn Romeinsrechtelijke achtergrond, komen in het navolgende de onderwerpen aan bod die naar mijn mening interessant kunnen zijn voor dat doel. In grote lijnen zal geschetst worden hoe en wanneer legaten verkregen worden, hoe ze kunnen worden verworpen en herroepen, welke geldigheidseisen voor legaten gelden, hoe legaten worden uitgelegd, welke wettelijke beperkingen er voor legaten zijn en wat de verhouding met het fideïcommis is. In de volgende paragraaf wordt besproken wanneer het legaat onder Romeins recht verkregen wordt en hoe het legaat verworpen kan worden.

---

116 Van Oven 1948, p. 542. Zie over de rol van een testament in het sociale leven bijvoorbeeld 'Satyrica' van Petronius Arbiter (27-65 n.Chr.). In de passages (zie o.a. LXX-LXXI) die gaan over de 'Maaltijd van Trimalchio' valt te lezen dat door de rijke Trimalchio, een voormalig slaaf, aan tafel zijn testament met legaten geheel wordt voorgelezen. In het testament worden onder meer slaven begunstigd en vrijgemaakt. Zie LXXI waarin staat: 'Diffusus hac contentione Trimalchio: "Amici, inquit, et servi homines sunt et aeque unum lactem biberunt, etiam si illos malus fatus oppresserit. Tamen me salvo cito aquam liberam gustabunt. Ad summam, omnes illos in testamento meo manu mitto. Philargyro etiam fundum lego et contubernalem suam, Carioni quoque insulam et vicesimam et lectum stratum. Nam Fortunatam meam heredem facio, et commendo illam omnibus amicis meis. Et haec ideo omnia publico, ut familia mea iam nunc sic me amet tanquam mortuum" Gratias agere omnes indulgentiae coeperant domini, cum ille oblitus nugarum exemplar testamenti iussit afferri et totum a primo ad ultimum ingemescente familia recitavit. (…)' Zie ook over de functie van het testament in het sociale leven, en met name bij de Romeinse elite: Thomas Rüfner, 'Testamentary Formalities in Roman Law', in: Reid, De Waal & Zimmerman 2011, p. 2. Rüfner merkt bijvoorbeeld op dat: '*Since mutual services among friends were the fuel of Roman society and direct monetary compensation for such services was out of the question, this function of the will was very significant*.'

117 Thomas Rüfner, 'Testamentary Formalities in Roman Law', in: Reid, De Waal & Zimmerman 2011, p. 25-26.

2.4 VERKRIJGING EN VERWERPING VAN LEGATEN

Het legaat is alleen geldig als het is opgenomen in een testament of in een door een testament bekrachtigd codicil en kan daarnaast enkel rechtsgeldig worden opgenomen na de erfstelling.[118] Het legaat komt immers altijd ten laste van en moet worden uitgevoerd door de in het testament benoemde erfgenamen.[119] Aangezien het testament vervalt indien de benoemde erfgenaam verwerpt, vervallen daarmee ook alle verdere testamentaire beschikkingen zoals de opgenomen legaten.[120] Als de nalatenschap bij verwerping van de in het testament benoemde erfgenaam volgens de wet vererft, is de versterferfgenaam (in beginsel; zie de hierna besproken mogelijkheid van een praetorische actie) niet belast met het legaat omdat alleen een in het testament benoemde erfgenaam belast kan worden met een legaat. De geldigheid van het legaat hangt dus af van een geldige en werkzame erfstelling.[121]

Aangezien een testament vervalt indien de ingestelde erfgenamen verwerpen en het tevens dezelfde erfgenamen zijn die met het legaat belast worden, volgt hieruit dat een legaat alleen geldig aan de legataris kan worden uitgekeerd vanaf het moment dat de ingestelde erfgenaam daadwerkelijk zijn erfdeel verkrijgt en dus niet heeft verworpen. Behoort de erfgenaam tot de 'sui heredes', zoals een huisgenoot of een slaaf van de erflater, dan is er geen probleem omdat deze erfgenaam van rechtswege als 'heres necessarius' op het moment van overlijden van de erflater zijn erfdeel verkrijgt. De legataris verkrijgt zijn recht op hetgeen hem gelegateerd is dan ook op dat moment. Is de erfgenaam echter een buitenstaander ('extraneus heres'), dan wordt de erfenis alleen verkregen door middel van aanvaarding ('aditio hereditatis') als 'heres voluntarius'.[122] Bij een 'heres voluntarius' loopt de legataris een risico zo lang de erfgenaam zijn erfdeel nog niet aanvaard heeft en de legataris onverhoopt vóór de aanvaarding door de erfgenaam komt te overlijden. In dat geval heeft de legataris het recht op het legaat nog niet verkregen zodat dit nog niet verkregen recht ook niet vererfbaar is. Dit werd onderkend door de Romeinse juristen die ter bestrijding van dat risico een leer toepasten waarbij twee tijdstippen gehanteerd worden. Allereerst de 'dies cedens': dit is de dag waarop voor de legataris een overerfelijk recht ontstaat zodat de legataris (of zijn erfgenamen) het legaat in de toekomst kan (kunnen) opeisen met de persoonlijke 'actio ex testamento' bij een damnatielegaat dan wel met de 'rei vindicatio' bij een vindicatielegaat. Deze 'dies cedens' is het ogenblik waarop de erflater overlijdt (en tijdelijk is dit tijdstip volgens de Lex Papea Poppea de dag geweest waarop

118 Zie Gai. Inst. 2, 229.
119 Zie Thomas Rüfner, 'Testamentary Formalities in Roman Law', in: Reid, De Waal & Zimmerman 2011, p. 10.
120 Zie Iust. Dig. 50, 17, 181.
121 Zie ook Spruit 2003, p. 489-490.
122 Zie Gai. Inst. 2, 161 e.v.

het testament wordt geopend). Sterft de legataris na de 'dies cedens', dan gaat het recht op het gelegateerde op de erfgenamen van de legataris over.[123] Deze dag moet de legataris dus in elk geval beleven. Daarnaast is de 'dies veniens' van belang. Dat is de dag waarop het verkregen recht opeisbaar is en daadwerkelijk verkregen kan worden, te weten het moment dat de erfgenaam het erfdeel verkrijgt. Aangezien een 'heres necessarius' van rechtswege verkrijgt bij het overlijden van de erflater, vallen hier de 'dies cedens' en de 'dies veniens' samen. Het 'risico' voor de legataris openbaart zich juist bij de 'heres voluntarius' aangezien die niet onmiddellijk maar pas door de aanvaarding het erfdeel verkrijgt. De legataris wordt nu dan ook bij zijn tussentijds overlijden beschermd aangezien door de leer van de 'dies cedens' reeds een overerfelijk recht is verkregen op de dag van het overlijden van de erflater.[124]

Het tijdstip van de 'dies cedens' ligt anders indien er sprake is van een legaat onder voorwaarde of onder onzekere termijn ('dies incertus'). De 'dies cedens' treedt dan niet op de dag van het overlijden van de erflater in, maar op de dag dat de voorwaarde in vervulling gaat (ook als de vervulling van de voorwaarde in de macht van de legataris is) of de onzekere termijn verschijnt.[125] Indien er sprake is van een legaat onder bepaalde termijn ('dies certus'), bijvoorbeeld een bepaalde datum, is de 'dies cedens' echter weer de dag van het overlijden van de erflater, tenzij er iets wordt gelegateerd dat niet overgaat op de erfgenaam (zoals vruchtgebruik).[126] Dit lijkt mij logisch te verklaren aangezien deze termijn in ieder geval op een bekend tijdstip aanvangt en het daarom redelijk is om alvast het recht op het legaat overerfelijk te maken.

Als de 'dies veniens' is aangebroken, is dus het recht voor de legataris om het legaat op te eisen ontstaan, ongeacht of deze wenst te aanvaarden. De legataris kan vervolgens het legaat weigeren, zij het dat gedeeltelijke verwerping niet mogelijk is.[127] Als aan één persoon meer legaten zijn vermaakt, kan hij wel de ene afwijzen en de andere aannemen.[128] Indien er sprake is van een damnatielegaat en de legataris een vanaf de 'dies veniens' met de 'actio ex testamento' opeisbaar legaat niet wil hebben, kan hij uiteraard deze actie niet instellen. Een andere mogelijkheid voor hem is om als schuldeiser van de erfgenaam het legaat kwijt te schelden.[129] Wat betreft het vindicatielegaat, bestaat tussen de Proculianen en de Sabinianen onenigheid over de vraag wanneer de gelegateerde zaak eigendom wordt van de legataris en wat de situatie is als de legataris het legaat verwerpt. Volgens de Sabinianen wordt '*(…) wat aldus gelegateerd is onmiddellijk na de aanvaarding van de nalatenschap*

123 Zie Ulp. XXIV, 30-31 en Iust. Dig. 36, 2, 5.
124 Zie ook Van Oven 1948, p. 544; Kaser/Wubbe 1971, p. 365.
125 Iust. Dig. 36, 2,5, 2 en Ulp. XXIV, 31.
126 Iust. Dig. 36, 2, 5, 1 en Ulp. XXIV, 31.
127 Zie Iust. Dig. 30, 38; Iust. Dig. 31, 4 en Iust. Dig. 31, 58.
128 Iust. Dig. 31, 5.
129 Van Oven 1948, p. 545; Kaser/Wubbe 1971, p. 366.

van de legataris, ook al weet deze niet dat het hem gelegateerd is; als hij het naderhand te weten komt en het legaat niet aanvaardt, is het precies alsof het hem niet gelegateerd was.'[130] De Proculianen daarentegen menen dat het vindicatielegaat van niemand is totdat het opgevraagd wordt.[131] Uiteindelijk is voor een tussenoplossing gekozen, inhoudende dat nog niet bekend is van wie de eigendom van het gelegateerde is totdat de zaak door de legataris wordt opgevraagd, en als de zaak door de legataris wordt opgevraagd, vermoed wordt dat de legataris vanaf het overlijden eigenaar is geweest. In de Digesten van Justinianus valt namelijk te lezen: '*Wanneer een slaaf gelegateerd wordt, is de rechtstoestand van zowel de slaaf zelf als van alles wat zijn persoon aangaat hangende. Want indien de legataris het legaat verwerpt, zal de slaaf geacht worden nooit zijn eigendom te zijn geweest; indien hij het niet verwerpt, zal de slaaf vanaf de dag van de aanvaarding van de nalatenschap als zijn eigendom gelden.*'[132] Dit leidt ertoe dat als een legataris zich nog niet over de aanvaarding heeft uitgelaten, en de erfgenaam in de tussentijd het gelegateerde aan een ander overdraagt, deze overdracht nietig is als later blijkt dat de legataris het legaat wil hebben. Deze overdracht is wel geldig als de legataris het legaat verwerpt.[133] Discussie bestaat daarnaast ook tussen de Proculianen en de Sabinianen over de situatie dat het vindicatielegaat is gelegateerd onder een voorwaarde of een termijn en de voorwaarde nog niet vervuld is dan wel de termijn nog niet aangebroken is. De Proculianen menen, net zoals zij verdedigen bij een vindicatielegaat dat nog niet door de legataris is aanvaard, dat het in deze tussentijd aan niemand toebehoort. De Sabinianen zijn van oordeel dat aan de erfgenamen de eigendom toebehoort, welke opvatting later heersend is geworden.[134]

Eerder is opgemerkt dat het legaat de legataris nog kan ontgaan doordat de erfgenaam verwerpt. Hier past nog een aanvullende opmerking bij. Allereerst kan er een substituut-erfgenaam ('heres substitutus') zijn benoemd zodat het testament niet vervalt. De makingen die zijn gedaan ten laste van de ten eerste ingestelde erfgenamen ('institutus'), worden in beginsel geacht te zijn herhaald zodat ze ook ten laste van de 'heres substitutus' komen. De 'heres substitutus' is dan dus belast met het legaat. Dit is anders als uit de wil van de erflater zou blijken dat hij dat niet heeft gewild.[135] Volgens Ulpianus kan dit uit vele omstandigheden opgemaakt worden. '*Wat is immers het geval als de erflater ten*

130 Gai. Inst. 2, 195: (…) quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse [dimissum] et posteaquam scierit et non ceperit legatum, proinde esse atque si legatum non esset.

131 Gai. Inst. 2, 195.

132 Iust. Dig. 30, 86, 2: Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est. nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur: si non reppulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegetur.

133 Iust. Dig. 34, 5, 15 (16).

134 Zie Gai. Inst. 2, 200 en Van Oven 1948, p. 545.

135 Iust. Dig. 30, 74 en Van Oven 1948, p. 547.

laste van zijn substituut-erfgenaam voor die fideïcommissaris of legataris een andere zaak heeft nagelaten, die hij niet ten laste van de ingestelde erfgenaam nagelaten had? Of als er een bepaalde reden is geweest waarom hij wel ten laste van de ingestelde erfgenaam iets naliet, maar dit bij de substituut-erfgenaam niet van toepassing was?'[136]

Overigens komt de praetor de legataris tegemoet met 'actiones ficticiae' (een fictie, te weten dat de erfgenaam is opgekomen volgens het testament). Dit doet de praetor door de legataris met een vindicatie bij een vindicatielegaat dan wel met een 'actio ex testamento' bij een damnatielegaat aan de gelegateerde zaak te helpen ingeval een ab intestaat-erfgenaam (de erfgenaam bij versterf) tevens in het testament is ingesteld als erfgenaam belast met het legaat, maar deze ingestelde erfgenaam doortrapt handelt door te verwerpen. Hierdoor zou deze erfgenaam ab intestaat-erfgenaam worden en voorkomen dat hij belast wordt met het legaat.[137] De praetor beschermt de legataris ook tegen andere gevaren. De legataris staat bijvoorbeeld bij een damnatielegaat op gelijke voet met de andere schuldeisers van de erfgenaam die belast is met het legaat, zodat het gevaar bestaat dat de legataris het legaat nooit verkrijgt omdat de erfgenaam insolvent is terwijl de nalatenschap op zichzelf toereikend is voor het uitkeren van het legaat. De praetor komt de legataris tegemoet door hem het recht te geven zich boven de eigen schuldeisers van de erfgenaam te verhalen op de nalatenschap, de 'beneficium separationis'.[138] Tevens loert er gevaar voor de legataris voor verduistering of voor het opmaken van de erfenis door de erfgenamen als de 'dies cedens' lange tijd na het overlijden van de erflater ligt, zoals mogelijk is bij een legaat onder voorwaarde of onzekere termijn. De praetor schiet de legataris dan te hulp door de mogelijkheid bij stipulatie te bieden van zekerheid onder borgstelling en desnoods, indien de erfgenaam dat weigert, om in het voorlopige bezit van de boedel te komen.[139] Dit voorlopige bezit brengt de legataris niet in de positie van eigenaar en hij kan de erfgenamen ook niet uit hun bezit verdrijven, maar het dient puur ter bewaking van de zaken. De legataris '*(…) wordt gelast tezamen met de erfgenamen te bezitten, met het doel om slechts door de weerzin, opgewekt door zijn constante bewaking, de garantieverklaring van de erfgenaam af te persen.*'[140] Onder Justinianus verkrijgt de legataris tevens een wettelijk pandrecht op de goederen van de nalatenschap.[141] De legataris mag op zijn beurt niet (heimelijk of met geweld) eigenmachtig het legaat in zijn bezit te nemen. De

136 Iust. Dig. 30, 74: (…) quid enim si aliam rem reliquit a substituo ei fideicommissario vel legatario, quam ab instituo non reliquerat? Vel quid si certa causa fuit, cur ab instituo relinqueret, quae in substituo cessaret?

137 Van Oven 1948, p. 547-548 en Iust. Dig. 29, 4, 1.

138 Van Oven 1948, p. 545.

139 Zie Iust. Dig. 36, 3, 1; Iust. Dig. 36, 3, 1, 1-2 en Iust. Dig. 36, 4.

140 Iust. Dig. 36, 4, 5: (…) simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.

141 Zie Iust. Cod. 6, 43, 1, 2.

'bonorum possessor' (de bezitter van de boedel; in de Digesten van Justinianus geldt dit ook voor de erfgenaam 'heres') krijgt dan van de praetor de mogelijkheid om teruggaaf van het legaat te eisen met het 'interdictum quod legatorum'.[142]

2.5 Geldigheid en herroeping van legaten

Uiteraard is voor de geldigheid van het legaat ook noodzakelijk dat het testament[143] geldig en in de juiste vorm is opgemaakt, dat de erflater bevoegd is te testeren ('testamenti factio'), dat de legataris bevoegd is te verkrijgen ('testamenti factio passiva'),[144] dat er geen sprake is van wilsgebreken bij de erflater en de inhoud geoorloofd is. Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten om op alles nader in te gaan. Besproken zal worden welke geldigheidseisen aan de legaten en de legataris zelf gesteld worden. Tot slot van deze paragraaf zal worden stilgestaan bij de herroeping van legaten.

Aanvankelijk waren legaten die voorafgaand aan de erfstelling waren opgenomen, nietig, omdat de instelling van de erfgenaam de hoofdzaak en grondslag van het testament is.[145] Bij Verordening van Justinianus is deze beperking opgeheven omdat door deze beperking geen rekening zou worden gehouden met de wil van de erflater.[146] Daarnaast was een legaat dat bij wijze van boete was nagelaten nietig. Dit is een legaat dat wordt nagelaten om de erfgenaam te dwingen iets te doen of niet te doen en dat dus niet wordt gelegateerd met als doel om de legataris ten goede te komen.[147] Bijvoorbeeld: '*Indien gij uw dochter aan Titius zult uithuwelijken, moet gij 10.000 sestertiën aan Seius geven.*'[148] Nietig was ook het legaat dat pas van kracht werd na de dood van de erfgenaam ('post mortem heredis'), zoals: '*Wanneer mijn erfgenaam gestorven zal zijn, geef en legateer ik…*'[149] Dit kon volgens Ulpianus niet '*(…) om te vermijden dat het legaat door de erfgenaam van de erfgenaam lijkt te worden uitgekeerd, iets wat in het systeem van het ius civile niet toelaatbaar is*.'[150] Het legaat was wel geldig als het niet voor na de dood van de erfgenaam was gelegateerd (bij-

142 Iust. Dig. 43, 3, 1, 2 en zie Kaser/Wubbe 1971, p. 366.
143 In Iust. Dig. 28, 1, 1 valt als definitie van Modestinus van het testament te lezen: '*Een testament is de in overeenstemming met het recht gedane verklaring van onze wil omtrent hetgeen men wil dat na zijn dood geschiedt.*' (Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententie de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.)
144 Zie bijv. Iust. Inst. 2, 20, 24.
145 Gai. Inst. 2, 229 en Ulp. XXIV, 15.
146 Iust. Inst. 2, 20, 34.
147 Gai. Inst. 2, 235 en Ulp. XXIV, 17.
148 Ulp. XXIV, 17: si filiam tuam in matrimonio Titio conlocaveris, decem milia Seio dato.
149 Gai. Inst. 2, 232: (…) cum heris meus mortuus erit, do lego.
150 Ulp. XXIV, 16: (…) ne ab heredis herede legari uideatur, quod iuris ciuilis ratio non patitur.

voorbeeld: '*Wanneer mijn erfgenaam zal sterven*'[151]) omdat dan werd nagelaten voor op het laatste moment van het leven van de erfgenaam.[152] Justinianus heeft de beperkingen wat betreft het bij wijze van boete nagelaten legaat en wat betreft het legaat 'post mortem heredis' opgeheven.[153] Ongeldig bleven onder Justinianus wel de beschikkingen waarin aan iemand is opgedragen om iets te doen dat bij wet verboden is, dat op andere wijze verwerpelijk is of dat zelfs onmogelijk is.[154]

De geldigheid van het legaat werd niet beoordeeld op het moment van het overlijden van de erflater, maar op het moment dat de legataris het verkreeg én op het moment dat het testament werd opgemaakt. De algemeen aanvaarde regel dat het moment van het maken van het testament van belang was, was door Cato opgesteld, de zogenoemde 'regula Catoniana' en luidde: '*(…) een legaat dat ongeldig zou zijn geweest, indien de erflater op het moment van het maken van het testament overleden zou zijn, wordt nooit geldig, op welk moment hij ook overlijdt.*'[155] Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat aan de legataris een zaak is gelegateerd die op het moment van het maken van het testament al aan de legataris toebehoorde, zodat het legaat geen gevolg had ('*wat iemands eigendom is, kan hem niet nog méér gaan toebehoren*').[156] Als vervolgens de legataris de zaak voor de dood van de erflater vervreemdde, dan bleef het legaat ongeldig.[157] Hetzelfde gold als aan een vreemdeling (op het moment van het maken van het testament) gelegateerd werd, en deze daarna maar vóór het overlijden van de erflater, burger werd.[158] Gaius onderbouwt de regeling door te stellen dat: '*(…) wat geen enkele rechtskracht zou hebben gehad, als de erflater terstond na het maken van zijn testament overleden was, daarvan zou het toch ongerijmd zijn dat het geldig is om de eenvoudige reden dat hij zijn leven langer heeft gerekt.*'[159] Vastgesteld kan worden dat enkel een in de tussentijd ontstane en ook weer in de tussentijd verdwenen ongeldigheid, geen afbreuk doet aan de geldigheid van het legaat.[160] De 'regula Catoniana' gold niet voor legaten waarvan de 'dies cedens' niet de dag van overlijden van de erflater is, te weten voor de legaten onder voorwaarde en de legaten onder onzekere termijn ('dies incertus').[161] Van Oven brengt naar voren dat dit wellicht samenhangt met het feit dat ook al overlijdt de erflater direct na het

151 Gai. Inst. 2, 232: (…) cum heres <meus> morietur.
152 Gai. Inst. 2, 232 en Ulp. XXIV, 16.
153 Zie Iust. Inst. 2, 20, 35-36; Iust. Cod. 6, 41, 1 en Iust. Cod. 8, 37, 11.
154 Iust. Cod. 6, 41, 1, 1 en Iust. Inst. 2, 20, 36.
155 Iust. Dig. 34, 7, 1: (…) si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere.
156 Iust. Inst. 2, 20, 10: (…) quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest.
157 Iust. Inst. 2, 20, 10 en Iust. Dig. 30, 41, 2.
158 Zie Van Oven 1948, p. 546.
159 Gai. Inst. 2, 244: (…) quia quod nullas uires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere, quia uitam longius traxerit, absurdum esset.
160 Zie Iust. Dig. 32, 79, 2.
161 Zie Iust. Dig. 30, 41, 2.

maken van het testament, de legataris bij een legaat onder voorwaarde toch geen recht zou hebben.[162] Wel moest de legataris ook bij een legaat onder voorwaarde op het moment van het maken van het testament door de erflater 'testamenti factio passiva' zijn (zie hierna).[163]

Over de geldigheid van een legaat valt verder op te merken dat kennelijk moet worden aangenomen dat een geheel geldig legaat zonder rechtsgevolg blijft als het voortvloeit uit een testament van een insolvente erflater: niet de legataris mocht dan een voordeel verkrijgen want het behoorde toe aan de schuldeiser van de erflater.[164] Tevens dient vermeld te worden dat het op zichzelf geldige legaat kan vervallen door een later opkomende oorzaak, waarvan we al enkele voorbeelden hebben gezien. Te denken valt onder meer aan de situatie dat de met het legaat belaste erfgenaam verwerpt of dat de legataris voor de 'dies cedens' overlijdt.[165] Daarnaast kan gedacht worden aan het geval dat het gelegateerde tenietgaat zonder dat de met het legaat belaste erfgenaam aansprakelijk is. Dit is bij het damnatielegaat het geval als de tot levering verplichte erfgenaam niet door bewust handelen de prestatie onmogelijk heeft gemaakt en ook niet de prestatie heeft uitgesteld toen die mogelijk was.[166] Als bij een vindicatielegaat bijvoorbeeld een gelegateerde slaaf wordt gedood door de erfgenaam voordat de erfgenaam de nalatenschap heeft aanvaard, is de legataris nog geen eigenaar geworden van deze slaaf. De legataris heeft dan geen actie op grond van de Lex Aquilia (een regeling tot herstel van onrechtmatige aangebrachte schade aan onder andere slaven), maar waarschijnlijk wel de beschikking over de 'actio de dolo'.[167]

Aan de persoon die belast is met het legaat en aan de legataris worden ook eisen gesteld. Slechts een ingestelde erfgenaam kan met een legaat belast worden. Een legaat ten laste van de legataris, een zogenoemd sublegaat, kan niet in het Romeinse recht worden gemaakt.[168] Een legataris kan overigens wel met een fideïcommis belast worden. Zoals eerder vermeld, moet de legataris passieve testeerbevoegdheid ('testamenti factio passiva') hebben.[169] Zo missen 'peregrini' (vreemdelingen) onder andere deze bevoegdheid.[170] Net als voor erfgenamen geldt ook voor de legataris dat hun verkrijging van staatswege ontnomen wordt als zij onwaardig ('indignus') zijn doordat zij

162 Van Oven 1948, p. 546.
163 Mendels 1897, p. 117.
164 Zie Iust. Dig. 39, 6, 17 en Van Oven 1948, p. 546.
165 Zie Kaser/Wubbe 1971, p. 366-367.
166 Kaser/Wubbe 1971, p. 179-180. Zie ook Iust. Dig. 12, 1, 5.
167 Zie Iust. Dig. 4, 3, 7, 5 en Kaser/Wubbe 1971, p. 367.
168 Zie Gai. Inst. 2, 271 en Ulp. XXIV, 20-21.
169 Gai. Inst. 2, 20, 24.
170 Vgl. Gai. Inst. 2, 110. Zie over de mogelijkheid van het legateren aan eigen of andermans slaven o.a. Gai. Inst. 2, 185-188; Gai. Inst. 2, 244-245; Iust. Dig. 30, 12, 2; Ulp. XXII, 9 en Ulp. XXIV, 23-24.

bijvoorbeeld de erflater hebben gedood.[171] Verder geldt dat de personen aan wie gelegateerd wordt niet onbepaalde personen ('incertae personae') kunnen zijn want dan is het legaat nietig.[172] '*Als een onbepaalde persoon werd beschouwd degene over wie de erflater in zijn gedachten geen duidelijke voorstelling had, bijv. als men als volgt beschikte: "wie zijn dochter aan mijn zoon uithuwelijkt, hem geve mijn erfgenaam het perceel X".*'[173] Het legaat is ook nietig als het aan iedereen in het algemeen gelegateerd wordt, zoals: 'alwie naar mijn lijkbaar komt, hem geve mijn erfgenaam 10.000 sestertiën'.[174] Het legaat aan een onbepaalde persoon is wel geldig als er een bepaalde precisering wordt toegevoegd, zoals een onbepaalde persoon uit een groep van bepaalde personen.[175] Bijvoorbeeld: '*Wie als eerste van de verwanten die ik op dit moment heb, naar mijn lijkbaar komt, hem geve mijn erfgenaam 10.000 sestertiën.*'[176] Onbepaalde personen zijn ook de personen die nog niet leven op het moment van het *maken van het testament*. Hierop is echter wegens praktische redenen een uitzondering gemaakt voor zijn eigen postume afstammelingen 'postumi sui' zodat zij wel konden worden ingesteld tot erfgenaam of legataris.[177] 'Postumi aliena' (postume zonen van een buitenstaander naar ius civile) bezaten eerst ook niet de passieve testeerbevoegdheid,[178] hoewel hen wel de 'bonorum possessio secundum tabulas' (het boedelbezit) werd verleend.[179] Onder Justinianus werden zij vervolgens als erfgenamen en legataris toegelaten,[180] mits het kind tijdens het leven van de erflater is verwekt.[181] Zoals eerder is beschreven moest de legataris daarnaast ook bestaan op het moment van het ontstaan van het recht ('dies cedens').

Legaten die niet verder werden gepreciseerd, aan de armen, aan de gevangenen, aan een Heilige of zelfs aan Christus, werden ook beschouwd als legaten aan 'incertae personae'. In de Romeinse rechtspraak ontstonden er regels voor dergelijke makingen: het legaat aan Christus bijvoorbeeld kon door de plaatselijke kerk van het domicilie van de erflater worden opgeëist.[182]

Wat betreft vergissingen in de namen van de legataris, geldt volgens de Instituten van Justinianus dat het legaat geldig is, mits er over de persoon

171 Zie Iust. Dig. 34, 9, 1 e.v. en Van Oven 1948, p. 536.
172 Gai. Inst. 2, 238 en Ulp. XXIV, 18.
173 Iust. Inst. 2, 20, 25: (…) incerta autem persona videbatur, quam incerta opiniopne animo suo testator subiciebat, veluti si quis ita dicat: 'quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, ei heres meus illum fundum dato'
174 Zie Gai. Inst. 2, 238.
175 Gai. Inst. 2, 238 en Iust. Inst. 2, 20, 25.
176 Gai. Inst. 2, 238: (…) ex cognatis meis qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit, ei x millia heres meus dato.
177 Zie Van Oven 1948, p. 535 en Iust. Dig. 28, 2, 29.
178 Zie Gai. Inst. 2, 241-242.
179 Iust. Dig. 37, 11, 3.
180 Iust. Cod. 6, 48, 1 en Iust. Inst. 3, 9.
181 Iust. Dig. 38, 16, 7.
182 Zie Waelkens 2008, p. 253.

zekerheid bestaat.[183] '*Namen zijn immers uitgevonden om mensen aan te duiden; en als die op een andere wijze toch kenbaar zijn, is dat geen probleem.*'[184] Ook blijft het legaat geldig als de omschrijving van het legaat verkeerd omschreven dan wel verkeerd geconcretiseerd is, bijvoorbeeld: 'aan Titius geef en legateer ik het perceel dat ik van Titius heb gekocht', terwijl dit perceel niet van Titius gekocht is.[185] Tevens blijft het legaat geldig als de motivering onjuist is. Te denken valt bijvoorbeeld aan een legaat aan Titius van het perceel omdat hij mijn zaken goed heeft behartigd tijdens mijn afwezigheid. Voor de geldigheid van dit legaat is het dus niet van belang of Titius daadwerkelijk ooit mijn zaken goed heeft behartigd.[186] Dit is echter anders als de making in een voorwaardelijke vorm is uitgesproken en de erflater aan Titius het perceel had gelegateerd *als* Titius de zaken behartigd heeft.[187]

Voor de erflater is het uiteraard ook mogelijk een legaat te herroepen ('ademptio legati'). Aanvankelijk kon dat naar 'ius civile' enkel in een testament of in een bij testament bekrachtigd codicil in dezelfde (tegengestelde) bewoordingen als waarin de erflater het destijds gelegateerd had.[188] Dat wil zeggen: bij een vindicatielegaat 'non do non lego' ('ik geef niet en ik legateer niet') en bij een damnatielegaat 'heres meus ne dato' ('mijn erfgenaam mag niet geven').[189] Naast de herroeping middels deze formele verklaringen naar 'iure civile', werd ook geaccepteerd dat de erflater impliciet zijn wil tot herroeping had kenbaar gemaakt.[190] Te denken valt aan de (ook in par. 2.3.3 vermelde situatie van de) bij het damnatielegaat gelegateerde zaak die na het maken van het testament wordt vervreemd. Hier blijkt door de vervreemding impliciet een herroeping door de erflater, zodat een eventuele 'actio ex testamento' van de legataris met de 'exceptio doli' afgewezen zou worden.[191] De legataris die inmiddels een vijand van de erflater is geworden, zal ook wegens wangedrag kunnen worden afgeweerd als de erflater bezig was een nieuw testament op te maken waarin de legataris werd gepasseerd maar dit testament niet heeft kunnen afmaken.[192] Hetzelfde geldt wat betreft de legataris die het legaat opvordert als het duidelijk is dat de erflater een testament had wensen te maken waarin het vorige testament (met legaten) wordt herroepen

183 Iust. Inst. 2, 20, 29.
184 Iust. Inst. 2, 20, 29: (…) nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest.
185 Zie Ulp. XXIV, 19 en Iust. Inst. 2, 20, 30.
186 Zie Iust. Inst. 2, 20, 31 en Ulp. XXIV, 19.
187 Zie Iust. Inst. 2, 20, 31.
188 Zie Ulp. XXIV, 29.
189 Iust. Inst. 2, 21 en Iust. Dig. 34, 4, 3, 8.
190 Zie Kaser/Wubbe 1971, p. 367 en Van Oven 1948, p. 548.
191 Zie Gai. Inst. 2, 198. Zie ook Iust. Inst. 2, 20, 12 waarin wordt gezegd dat het legaat wel verschuldigd is als de erflater het niet vervreemd heeft met de bedoeling het legaat te herroepen.
192 Iust. Dig. 34, 4, 22.

maar in het maken van dat testament verhinderd is.[193] Tot slot wordt door de Romeinen ook volgens de regels van de herroeping de situatie behandeld dat het legaat wat betreft de legataris, de belaste erfgenaam dan wel het gelegateerde wordt veranderd.[194] Een dergelijk omzetten/overdragen van het legaat ('translatio legati') van de één op de ander, kan als volgt worden geformuleerd: '*de slaaf Stichus die ik aan Titius heb gelegateerd, geef en legateer ik aan Seius*'.[195] Dit wordt dan ten opzichte van Seius als een making en ten opzichte van Titius als een herroeping van het eerdere legaat beschouwd.[196] Uiteindelijk is bij Justinianus de herroeping niet meer gebonden aan dezelfde (tegengestelde) bewoordingen waarin het ooit gelegateerd was.[197]

2.6 WETTELIJKE BEPERKINGEN

Het legaat werd door de (vermogende) Romeinen veel gebruikt om buiten de familie allerlei personen te bevoordelen en daarmee tevens een goede reputatie achter te laten. Familievermogens dreigden daardoor te versplinteren. Maar ook minder omvangrijke vermogens konden door veel kleine legaten flink worden verbrokkeld zodat de positie van de erfgenaam werd uitgehold.[198] Hoewel de met het legaat belaste erfgenamen (in beginsel waren zij alleen naar evenredigheid tot het erfdeel verbonden, indien het legaat niet speciaal ten laste van een erfgenaam was ingesteld[199]) nooit meer hoefden uit te keren dan zij uit de nalatenschap verkregen hadden,[200] was er natuurlijk weinig animo bij erfgenamen om een nalatenschap te aanvaarden die grotendeels of soms geheel belast was met legaten zodat er weinig tot niets voor hen overbleef.[201] Indien de erfgenamen de nalatenschap verwierpen waardoor het testament ongeldig werd, zouden ook de legaten vervallen nu de vererving 'ab intestato' plaats zou vinden, zoals in paragraaf 2.4 is behandeld. Met wettelijke beperkingen is vervolgens getracht om te voorkomen dat door de hierboven vermelde legateerpraktijk aan een erfgenaam enkel een inhoudsloze titel wordt nagelaten.[202] De Lex Furia (uitgevaardigd tussen 204-169 v.Chr.) en de Lex Voconia (uitgevaardigd in 169 v.Chr.), waarvan de eerste beperkingen stelde aan de hoogte van afzonderlijke legaten en de tweede

193 Iust. Dig. 29, 1, 36, 3.
194 Zie Iust. Dig. 34, 4, 5.
195 Iust. Inst. 2, 21, 1: (…) hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego.
196 Iust. Inst. 2, 21, 1 en zie ook Iust. Dig. 34, 4, 6, 2.
197 Iust. Inst. 2, 21.
198 Zie Spruit 2003, p. 493 en Feenstra 1984, p. 279.
199 Zie Van Oven 1948, p. 544 en Iust. Dig. 30, 124 waarin door Neratius werd verdedigd dat de erfgenamen niet naar evenredigheid tot hun erfdelen maar voor gelijke delen het legaat verschuldigd waren als zij met naam en toenaam zijn opgesomd.
200 Iust. Dig. 36, 1, 1, 17.
201 Gai. Inst. 2, 224; Iust. Inst. 2, 22 en zie ook Feenstra 1984, p. 280.
202 Gai. Inst. 2, 224.

bepaalde dat niemand krachtens legaat meer mocht ontvangen dan de erfgenamen, mochten niet baten omdat de bedoelingen van de wetten gemakkelijk omzeild konden worden. De nalatenschap kon namelijk alsnog worden uitgehold door bijvoorbeeld een groot aantal kleine legaten te maken waardoor een zo minimaal mogelijk deel werd nagelaten aan de erfgenamen.[203] Uiteindelijk bood de Lex Falcidia (40 v.Chr.) uitkomst. Deze wet bepaalde dat men over niet meer dan het drie/vierde deel van het gehele vermogen bij legaat mocht beschikken, of met andere woorden: voor de erfgenamen moest er altijd een vierde deel (het zogenoemde 'quarta Falcidia') onbelast overblijven.[204] Als er meer dan drie/vierde gelegateerd was, werden de legaten verhoudingsgewijs ingekort.[205] De erfgenamen moesten zelf toezien op naleving van het 'quarta Falcidia'.[206]

2.7 Uitleg van legaten

De Romeinen hebben veel uitlegregels gegeven om nader te bepalen en te kunnen preciseren wat er gelegateerd was als bijvoorbeeld het landgoed/huis/bedrijf met toebehoren, een huisraad, een voorraad levensmiddelen, goud, zilver, toiletartikelen, sieraden, of een geoutilleerd perceel gelegateerd werd(en).[207] Hoewel er – kortweg gezegd – aanvankelijk werd aangesloten bij de gangbare betekenis van de woorden die in het testament (dat immers aan allerlei vormvoorschriften was gebonden) waren opgenomen, werd in de laatste periode van de Republiek de 'objectieve' uitleg naar spraakgebruik niet altijd strikt gevolgd indien een andere (lees: 'subjectieve') uitleg beter aansloot bij de werkelijke wil van de erflater ('favor testamenti').[208] Dit vond men te billijken omdat, anders dan bij een overeenkomst, het bij een testament enkel de wil van één persoon betrof zodat de bescherming van het maatschappelijk verkeer niet in gevaar kwam. Bovendien ging het om vermogensverschuivingen om niet.[209]

Als een kudde gelegateerd was, dan vielen ook de na het maken van het testament aan de kudde toegevoegde schapen onder het legaat, en in de omgekeerde situatie, als er schapen waren doodgegaan en er slechts één schaap

203 Zie Gai. Inst. 2, 225-226.
204 Gai. Inst. 2, 227; Iust. Inst. 2, 22 en Spruit 2003, p. 494.
205 Zie Iust. Inst. 2, 22, 3.
206 Zie voor de ingewikkelde en uitvoerige berekeningsmethode die hiervoor werd gebruikt Iust. Dig. 35, 2 en Iust. Dig. 35, 3.
207 Ik verwijs naar de boeken 33 en 34, 1-3 van de Digesten van Justinianus voor dergelijke uitlegregels.
208 Kaser 1971, p. 749-750 en Kaser/Wubbe 1971, p. 335-336. Zie ook ter illustratie Iust. Dig. 33, 10, 7, 1 e.v. en Iust. Dig. 35, 1, 101.
209 Kaser/Wubbe 1971, p. 53-54.

was overgebleven, was alsnog dat ene schaap aan de legataris verschuldigd (ook al was er dan geen sprake meer van een kudde).[210] Enigszins vergelijkbaar kon bij een legaat van de huurkazerne het terrein opgeëist worden, ook al was de kazerne afgebrand.[211] Eveneens werd aangenomen dat in de situatie dat een geheel gelegateerd perceel grond door de erflater gedeeltelijk vervreemd werd, enkel het niet-vervreemde deel nog verschuldigd was, want als er, in de tegenovergestelde situatie, iets was toegevoegd aan het perceel was deze vermeerdering ook onder het legaat gaan horen.[212] Het legaat verloor zijn werking indien het gelegateerde was veranderd zoals een gelegateerde os die gestorven was. In dat geval was dan niet de huid of het vlees verschuldigd.[213] Maar als een klomp metaal gelegateerd was, konden wel de daaruit gemaakte bekers opgeëist worden.[214] En ook andersom bleef – als er drinkbekers gelegateerd waren en deze in de tussentijd waren omgesmolten – het legaat geldig.[215] Wat voorhanden was, was verschuldigd, tenminste als de erflater zijn wil niet gewijzigd had.[216] Bovendien zou geredeneerd kunnen worden dat men het gelegateerde (het metaal) bij een gevormde drinkbeker door omsmelting alsnog kon verkrijgen, maar dat het bij het vlees en de huid van een dode os niet meer mogelijk was de os weer tot leven te brengen. Getwijfeld kan worden over de situatie dat kleding uit wol vervaardigd werd en de wol gelegateerd was. In de Digesten van Justinianus wordt dan ook zowel verdedigd dat de kleding niet verschuldigd is,[217] als dat de gevormde kleding wel verschuldigd is.[218] Indien een zaak was gelegateerd die met een pandrecht belast was, diende de erfgenaam het pand in te lossen. Als de zaak van een ander was, gold dat de erfgenaam dit ook moest doen tenzij de erflater niet van het pandrecht op de hoogte was of de erflater had aangegeven dat de legataris en niet de erfgenaam het pand moest inlossen.[219] Ook diende de erfgenaam het pand in te lossen als de gelegateerde verpande zaak weliswaar van een ander was en de erflater niet op de hoogte van de verpanding was, maar de erflater het ook gelegateerd zou hebben als hij wel van het pandrecht op de hoogte was geweest.[220] Dit gold ook voor een gelegateerd perceel waarvan het vruchtgebruik aan een derde toebehoort: door de legataris kon van de erfgenaam het onbelaste perceel worden opgeëist.[221] Voor een erfdienstbaarheid was dit niet van toepassing en kon de grond waarop ten

210 Iust. Inst. 2, 20, 18 en Iust. Dig. 30, 22.
211 Iust. Dig. 30, 22.
212 Iust. Dig. 30, 8.
213 Iust. Dig. 31, 49.
214 Iust. Dig. 32, 88, 3.
215 Iust. Dig. 30, 44, 2.
216 Iust. Dig. 30, 44, 2.
217 Iust. Dig. 32, 88 (Paulus, De Lex Iulia et Papia IV).
218 Iust. Dig. 30, 44, 2 (Ulpianus, Op Sabinus XXII).
219 Iust. Inst. 2, 20, 5.
220 Iust. Dig. 30, 57; deze situatie ziet specifiek op het fideïcommis.
221 Iust. Dig. 31, 66, 6.

behoeve van een ander perceel de erfdienstbaarheid rustte, gegeven worden in de staat waarin het zich bevond.[222] Het perceel moest echter vrij van lasten geleverd worden als er '*in de beste toestand en onbelast*'[223] gelegateerd was.[224]

2.8 Eenwording legaten en versmelting met het fideïcommis

In de loop der tijd is het onderscheid tussen de verschillende soorten legaten, zoals deze zijn beschreven in paragraaf 2.3, verloren gegaan.[225] Zoals eerder is vermeld werd het scherpe onderscheid tussen het vindicatie- en damnatielegaat al verzacht door het 'Senatus consultum Neronianum' waardoor een naar het 'ius civile' ongeldig vermaakt vindicatielegaat bijvoorbeeld kon worden aangemerkt als een damnatielegaat. Constantijn liet (vermoedelijk in 320 n.Chr.) zelfs iedere formulering toe, zolang de bedoeling van de erflater duidelijk erin naar voren kwam.[226] In de Instituten van Justinianus (533 n.Chr.) valt te lezen dat het onderscheid tussen de legaten helemaal is verdwenen omdat niet de woordelijke bepalingen maar de wil van de erflater de inhoud van het legaat moest bepalen: '*Maar ingevolge verordeningen van vergoddelijkte keizers zijn dergelijke verbale vormen volledig afgeschaft. In een verordening van Ons zelf is bepaald dat alle legaten een en hetzelfde karakter zullen hebben en dat, in welke bewoordingen iets ook nagelaten is, het de legataris zal vrijstaan dit niet alleen door middel van persoonlijke acties, maar ook door zakelijke acties en hypothecaire actie te vorderen. Wij hebben deze verordening ten koste van veel nachtelijke inspanning tot stand gebracht, omdat Wij wensten dat de wil van de overledenen zou prevaleren en Wij niet aan hun woorden, maar aan hun wil gevolg verlangden te hechten*'.[227] Alle legaten hadden vanaf toen één en hetzelfde rechtskarakter ('una natura'), waarbij de legataris zowel een persoonlijke actie tegen de erfgenaam had om het gelegateerde op te eisen alsmede een zakelijke actie indien een eigen zaak gelegateerd was die door de directe eigendomsverkrijging gerevindiceerd kon worden. Daarboven werd aan de legataris een 'actio hypothecaria' tegen de met het legaat belaste erfgenaam toegekend met betrekking tot alle goederen die de erfgenaam uit de nalatenschap had verkregen,

222 Iust. Dig. 30, 69, 3.
223 Iust. Dig. 30, 69, 3: (…) 'uti optimus maximusque'.
224 Zie ook Kaser 1971, p. 750.
225 Zie ook Thomas Rüfner, 'Testamentary Formalities in Roman Law', in: Reid, De Waal & Zimmerman 2011, p. 18-25.
226 Iust. Cod. 6, 23, 15 en Iust. Cod. 6, 37, 21.
227 Iust. Inst. 2, 20, 2: Sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. nostra autem constitution, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis, sed volantatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam. Zie ook Iust. Cod. 6, 43, 1, 1.

dienende tot zekerheid van de uitkering van het legaat.[228] Het betreft hier een van de in de naklassieke periode op grond van een keizerlijk besluit ingevoerde wettelijk pandrechten op een geheel vermogen (zij het in dit geval op al hetgeen de met het legaat belaste erfgenaam uit de nalatenschap verkrijgt), ook wel 'legale generale hypotheken' genoemd. Aangezien een openbaar register ontbrak, waren dergelijke wettelijke pandrechten niet bevorderlijk voor het economisch verkeer omdat de kredietwaardigheid van personen lastig was te beoordelen door mogelijke geldschieters.[229] De hierbedoelde zekerheidsrechten waren niet bij overeenkomst gevestigd, maar golden van rechtswege ten behoeve van bepaalde schuldeisers in een gebonden rechtsverhouding, zoals de verhouding tussen de met het legaat belaste erfgenaam en de legataris. De Romeinen schaarden de rechtsverhouding tussen de erfgenaam en de legataris overigens onder de oneigenlijke contracten, de zogenoemde 'quasicontracten'.[230] De erflater of erfgenaam had namelijk geen overeenkomst met de legataris gesloten, was ook niet uit delict verbonden, maar voor de erfgenaam was wel de verplichting ontstaan om aan de legataris het legaat te voldoen: een schuld in oneigenlijke zin uit contract.[231]

De eenwording betrof later ook de fideïcommissen: ook deze werden door Justinianus op één lijn met alle legaten gesteld, zodat aan zowel het verkrijgen van de legaten als de fideïcommissen dezelfde acties werden verbonden.[232] '*In alles zijn legaten gelijkgesteld met fideïcommissen.*'[233] Het legatenrecht dat veelal restrictiever was dan het ruimere werkingsveld van het fideïcommis, werd aangevuld met de ruimere beginselen van de fideïcommissen. Als het legatenrecht op zijn beurt in enig opzicht meer ruimte bood, werd het karakter van het fideïcommis daarmee uitgebreid.[234] Waarschijnlijk vanwege studietechnische redenen bleven beide namen naast elkaar bestaan en gebruikt worden.[235] Hoewel er met gemak zeer veel over het fideïcommis in het Romeinse recht te schrijven is, volgen hier slechts enkele beknopte opmerkingen om daarmee de rol van het fideïcommis, als derde type van een uiterste wilsbeschikking naast de erfstelling en het legaat, aan te stippen.

Het fideïcommis ('fideicommissum') is een vormvrij verzoek aan de erfgenaam of legataris (iemand dus die een voordeel uit de nalatenschap had genoten) om een derde ('fideicommissarius', de verwachter) een bepaald voordeel (bepaalde zaken of soms zelfs de gehele nalatenschap of een deel daarvan) te laten toekomen, vaak ook om ten behoeve van deze verwachter

228 Iust. Cod. 6, 43, 1, Iust. Cod. 6, 43, 3 en Iust. Inst. 2, 20, 2.
229 Spruit 2003, p. 246-248 en Van Oven 1948, p. 177.
230 Zie Iust. Inst. 3, 27, 5.
231 Iust. Inst. 3, 27, 5. Zie ook Derine 1982, p. 316.
232 Zie Iust. Cod. 6, 43, 1, 1 en Iust. Cod. 6, 43, 2.
233 Iust. Dig. 30, 1: (…) Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.
234 Iust. Inst. 2, 20, 3.
235 Iust. Inst. 2, 20, 3.

een rechtsregel te kunnen omzeilen.[236] Men had deze verwachter wellicht graag als erfgenaam ingesteld, maar dat kon niet als deze de 'testamenti factio passiva' miste, hetgeen gold voor een grote groep personen die weldegelijk in de samenleving een rol speelde, zoals vreemdelingen ('peregrini') en vrijgezellen.[237]

'Fideicommissum' is afgeleid van 'fidei committere', hetgeen vertaald kan worden als het beroepen op iemands fatsoen/goede trouw ('fides').[238] Voor degene die met het verzoek bezwaard werd ('fiducarius', 'vertrouweling', de bezwaarde) om een deel van wat hij verkreeg aan de verwachter uit te keren, bestond oorspronkelijk slechts een fatsoensplicht om aan dit verzoek te voldoen en geen rechtsbetrekking.[239] Erfgenamen bij versterf, legatarissen, fideïcommissarissen en ieder die iets uit de nalatenschap verkreeg, konden door de erflater het verzoek worden opgelegd.[240] Zoals eerder beschreven kon aan een legataris geen legaat worden opgelegd, maar dus wel een fideïcommis. Het verzoek kon alle prestaties die de inhoud van een verbintenis konden zijn, tot voorwerp hebben.[241] De bezwaarde diende aan de verwachter te leveren, die dus onder 'bijzondere titel' verkreeg. Er was geen actie voor de verwachter om de bezwaarde tot nakoming te dwingen. Als de bezwaarde verzocht werd meer uit te keren dan hij zelf uit het testament had ontvangen, was het meerdere nietig nagelaten.[242] Zoals vermeld, werd het fideïcommis vanwege de ruime mogelijkheden in de klassieke tijd door de erflater onder meer gebruikt om personen na zijn overlijden vermogensbestanddelen te laten verkrijgen, waar dit niet via de erfstelling of het legaat kon. Bijvoorbeeld omdat de erflater het aan een buitenstaander ('peregrini'; die geen erfgenaam of legataris konden zijn) of aan een onbepaalde persoon wilde laten toekomen.[243] Andere redenen waren om via het fideïcommis de hierboven besproken wetgeving ter bestrijding van bovenmatige legaten (zoals de Lex Falcidia) te omzeilen of om een vrouw te begunstigen die niet als erfgenaam kon worden ingesteld op grond van de Lex Voconia. Daarnaast bood het (oorspronkelijk vormloze) fideïcommis uitkomst als de erflater geen gelegenheid meer had om aan alle formaliteiten voor het maken van een testament te voldoen. Overigens bood het testament de enige mogelijkheid om een voogd te benoemen.[244] Door nieuwe wet- en regelgeving vervielen deze redenen voor het maken van een fideïcommis echter. In de loop der tijd werden vormvereisten gesteld en werd het onmoge-

236 Spruit 2003, p. 495 en Feenstra 1984, p. 280-281.
237 Zie Gai. Inst. 2, 285-286. Vrijgezellen waren krachtens de *lex Iulia* (wet van Augustus) onbekwaam uit een testament legaten of erfenissen te verkrijgen.
238 Feenstra 1984, p. 281 en Spruit 2003, p. 495.
239 Zie Iust. Inst. 2, 23, 1.
240 Gai. Inst. 2, 260; 270 en 271.
241 Gai. Inst. 2, 260-262.
242 Gai. Inst. 2, 261.
243 Ga. Inst. 2, 285; 287.
244 Gai. Inst. 2, 289.

lijk om (onbepaalde) personen die niet konden erven of uit legaat konden verkrijgen via het fideïcommis te begunstigen. Ook werd de 'quarta Falcidia' van toepassing verklaard op het fideïcommis om te voorkomen dat de bezwaarde de nalatenschap niet zou aanvaarden.[245] Keizer Augustus verleende de verwachter een actie bij de 'praetor fideicommissarius'. Het werd kennelijk onbehoorlijk geacht als iemand die wel van de erflater een voordeel uit de nalatenschap verkreeg vervolgens niet voldeed aan het verzoek van dezelfde erflater.[246] De verwachter verkreeg dus een vorderingsrecht en het fideïcommis werd hiermee een echte wilsbeschikking.[247]

Het fideïcommis bleef met name geschikt om iemand iets onder voorwaarde of onder tijdsbepaling te laten toekomen, en om iemand iets na de dood van de erfgenaam te kunnen nalaten (hetgeen door middel van een legaat nietig zou zijn).[248] Men kon dus bepalen dat de erfgenaam na 10 jaar of bijvoorbeeld op het moment van zijn dood de nalatenschap geheel of gedeeltelijk uit diende te keren, zodat men het verbod omzeilde van de erfstelling over de hand, waarbij het niet mogelijk was om twee erfgenamen achtereenvolgens te benoemen onder het mom: 'Eens geërfd, altijd geërfd' ('semel heres, semper heres'). Echter, indien de bezwaarde was verzocht om zijn erfdeel (of een deel daarvan) aan de verwachter uit te keren, waarvoor niet het legaat maar het fideïcommis werd gebruikt omdat aanvankelijk de 'leges Voconia en Falcidia' niet van toepassing waren op het fideïcommis, rees het probleem – zoals bij het 'partitio legata (par. 2.3.6) – dat de verwachter geen verkrijger 'per universitatem' was, en dus de vorderingen (cessie bestond niet) en de schulden niet konden worden overgedragen aan de verwachter. De bezwaarde bleef als erfgenaam schuldeiser van de vorderingen en schuldenaar van de schulden van de nalatenschap zodat het gevaar dreigde dat de erfgenaam zou verwerpen en daarmee de fideïcommissen en de legaten tenietgingen. Aanvankelijk leefde het idee dat stipulaties tussen partijen gesloten moesten worden die men ook gebruikte als de nalatenschap werd verkocht ('stipulationes emptae et venditae heredetatis').[249] Deze regeling was echter voor de erfgenaam niet zonder risico's als de verwachter insolvent bleek te zijn, zodat in 56 of 57. n.Chr. het 'Senatusconsultum Trebellianum' tot stand kwam op basis waarvan de erfgenaam, hoewel hij formeel erfgenaam bleef, van zijn aansprakelijkheid van de nalatenschapschulden werd bevrijd als de afgifte aan de verwachter had plaatsgevonden. De keerzijde was uiteraard dat hij tevens niet meer de vorderingen ten gelde kon maken. Terzijde kan opgemerkt worden dat deze regeling het begin is geweest van de overdracht van vorderingen, de zogenoemde

245 Gai. Inst. 2, 254.
246 Van Oven 1948, p. 548.
247 Iust. Inst. 2, 23, 1.
248 Gai. Inst. 2, 250; 269; 277.
249 Gai. Inst. 2, 252.

cessie.[250] De verwachter kreeg na de afgifte de positie als ware hij een erfgenaam ('heredis loco').[251] De acties aan en tegen de erfgenaam werden hiermee na de afgifte aan de verwachter verleend, voor het gedeelte van de nalatenschap dat aan de verwachter was vermaakt.[252] Hoewel de verwachter opvolger onder bijzondere titel was van de erfgenaam, doet dit bijna niet onder voor een verkrijging onder algemene titel van de erflater.[253] Deze regeling doet denken aan de oplossing bij de 'partitio legata', zij het dat het daar een deling van de erfenis betrof waarbij in de onderlinge verhouding tussen de legataris en de erfgenaam een vereffening plaatsvond middels de 'stipulationes partis et pro parte'. Hier gaat het echter om de overdracht van een deel van de nalatenschap.[254] Om te voorkomen dat de erfgenaam alsnog verwierp omdat hij er niets aan overhield, werd de regeling van de 'quarta Falcidia' ook in deze situatie van toepassing op het fideïcommis zodat de erfgenaam bij de afgifte dat deel voor zichzelf kon houden. De erfgenaam verloor dit recht indien hij de nalatenschap weigerde te aanvaarden met als argument dat deze insolvent zou zijn, en hij vervolgens op verlangen van degene aan wie de nalatenschap volgens het verzoek van de erflater moest worden uitgekeerd door een bevel van de praetor werd gedwongen de nalatenschap metterdaad te aanvaarden en uit te keren. Deze regeling – om te stimuleren dat er vrijwillig werd aanvaard bij een met fideïcommissen belaste nalatenschap – werd opgenomen in het 'Senatusconsultum Pegasianum'.[255] Justinianus schafte deze ingewikkelde regelgeving af en handhaafde de toepassing van de 'quarta Falcidia', ook als de erfgenaam gedwongen de nalatenschap had aanvaard.[256]

Uiteindelijk voltooide Justinianus, zoals eerder vermeld, het assimilatieproces van de legaten en fideïcommissen door de fideïcommissen met de legaten gelijk te stellen en verbond aan beide figuren dezelfde acties.[257] De fideïcommissaris had dus niet alleen een persoonlijke actie maar, net als bij legaten, een zakelijke actie en een 'actio hypothecaria'.

2.9 TOT SLOT

In dit hoofdstuk zijn de verschillende soorten van het legaat onder het Romeinse recht behandeld. De belangrijkste soorten van legaten zijn het legaat met zakelijke werking (ofwel: vindicatielegaat) en het legaat met obligatoire wer-

250 Zie Scheltema 1984, p. 116.
251 Iust. Dig. 36, 1, 1, 2 en Gai. Inst. 2, 251; 253.
252 Gai. Inst. 2, 255.
253 Zie Lokin 2008, p. 350.
254 Kaser/Wubbe 1971, p. 371.
255 Gai. Inst. 2, 254-259 en Iust. Inst. 2, 23, 5-7.
256 Iust. Inst. 2, 23, 7.
257 Iust. Cod. 6, 43, 1en Iust. Cod. 6, 43, 2-4.

king (ofwel: damnatielegaat). De overige soorten kunnen als tussenvormen van de legaten met zakelijke en met obligatoire werking worden beschouwd. In de loop der tijd is het onderscheid tussen de verschillende soorten echter verloren gegaan, onder meer omdat niet de woordelijke bepalingen maar de wil van de erflater de inhoud van het legaat zou moeten bepalen.[258]

In het Nederlandse erfrecht heeft het onderscheid tussen het vindicatielegaat en het damnatielegaat een wezenlijke rol gespeeld, zoals ook uit het volgend hoofdstuk zal blijken. In hoofdstuk 3 zal onder meer uitgebreid de discussie onder het voor 1 januari 2003 geldende erfrecht aan bod komen over de vraag of het legaat een wijze van eigendomsverkrijging inhield of slechts een titel tot levering.

258 Zie bijvoorbeeld Iust. Inst. 2, 20, 2.

3 Het legaat in het Burgerlijk Wetboek 1838

3.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk zijn verschillende soorten van het legaat in het Romeinse recht beschreven. Interessant is te bezien op welke punten bij het legaat in het Burgerlijk Wetboek van 1838 invloeden van het Romeinse legatenrecht zijn terug te vinden. Een beschrijving van het legaat in het Burgerlijk Wetboek van 1838 is ook van belang om in de volgende hoofdstukken het hedendaagse legaat (dat sinds 2003 geldt) beter te karakteriseren en de mogelijkheden en beperkingen hiervan te beschrijven.

De lezer die in dit hoofdstuk een uitputtende beschrijving van het legaat onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 verwacht, zal ik alvast een teleurstelling besparen door aan te kondigen dat de opzet van dit hoofdstuk enkel is om in grote lijnen de belangrijkste karaktereigenschappen van het legaat in het Oud Burgerlijk Wetboek te schetsen: de definitie van het legaat en het verschil met de erfstelling en last (par. 3.2), de vraag of een legaat een persoonlijk of een zakelijk recht verschaft (par. 3.3) en tot slot de vraag wat gelegateerd kan worden (par. 3.4).

3.2 DEFINITIE LEGAAT

3.2.1 Verschil legaat en erfstelling

In de vóór het Burgerlijk Wetboek van 1838 in Nederland geldende Franse Code Civil bestond er een driedeling tussen de makingen, die allemaal legaten werden genoemd: *legs universel*s (betreffende de gehele nalatenschap), *legs à titre universel* (betreffende een evenredig deel van de nalatenschap, of alle roerende of onroerende goederen dan wel een evenredig deel daarvan) en *legs à titre particulier* (betreffende bepaalde goederen).[1] Testamentaire erfstellingen kende de Code Civil niet. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 (hierna: OBW) heeft de driedeling in art. 923 overgenomen, waar is bepaald dat: '*Uiterste wilsbeschikkingen ten aanzien van goederen zijn, of algemeen, of onder eenen algemeenen titel, of onder eenen bijzonderen titel*.' Deze onderscheiding paste echter

1 Zie art. 1002 C.C.

niet goed in het stelsel van het OBW. Dit blijkt ook uit art. 923 lid 2 OBW waarin is bepaald dat: '*Elke dezer beschikkingen, hetzij dezelve gedaan zij onder de benaming van erfstelling, hetzij onder de benaming van legaat, of onder elke andere benaming, zal kracht hebben, volgens de regelen bij dezen titel voorgeschreven.*' De Franse driedeling wordt dus niet daadwerkelijk gevolgd: alleen de erfstelling en het legaat worden genoemd. De *legs universel*s en de *legs à titre universel* (voorzover het niet alle roerende of onroerende goederen dan wel een evenredig deel van deze goederen betreft) worden namelijk in het OBW allebei als erfstellingen beschouwd.[2] Een erfstelling wordt in art. 1001 OBW gedefinieerd als: '(…) *eene uiterste wilsbeschikking, waarbij de erflater aan een of meer personen de goederen geeft, welke hij bij zijn overlijden zal nalaten, hetzij in het geheel, hetzij voor een gedeelte, zoo als de helft, een derde.*' Hierbij dient opgemerkt te worden dat deze definitie onvolledig is omdat niet alleen de goederen maar ook de schulden van de erflater op de erfgenaam overgaan.[3] De erfstelling is immers een verkrijging onder algemene titel waarbij de erflater in zijn vermogensrechtelijke betrekkingen in zijn algemeenheid, zowel wat betreft alle voor- als nadelen, wordt opgevolgd door zijn erfgenamen.[4] Volgens Diephuis zou het juister zijn om in art. 1001 OBW niet van '*goederen (…), welke de erflater bij zijn overlijden zal nalaten*' maar van 'zijn nalatenschap' te spreken.[5] Hierdoor wordt benadrukt dat het een eenheid betreft die ook de schulden bevat.

Als legaten worden in het OBW enkel de *legs à titre particulier* aangemerkt, waaronder ook de beschikkingen over het geheel of een evenredig deel van alle goederen van een zekere soort worden begrepen. De beschikkingen over het geheel of een evenredig deel van alle goederen van een zekere soort werden in de Code Civil onder de *legs à titre universel* geschaard. Een legaat is volgens art. 1004 OBW (tekst luidend in 1876[6]): '(…) *eene bijzondere beschikking, waarbij de erflater aan een of meer personen zekere bepaalde goederen geeft, of wel alle zijne goederen van eene zekere soort; als, bij voorbeeld alle zijne roerende of onroerende goederen, of het vruchtgebruik van alle of van een gedeelte zijner goederen.*' Anders dan bij een erfstelling verkrijgt de legataris krachtens legaat alleen de goederen die hem zijn toegekend en '(…) *niet het samenstel van baten en de lasten, dat het vermogen van den erflater uitmaakt of een evenredig deel daarvan.*'[7] De legataris is dan ook niet voor de schulden en de lasten van de nalatenschap verbonden (art. 1151 OBW). Hij zet niet de persoon van de erflater voort maar

2 Zie ook Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 175.
3 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 175.
4 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 175.
5 Diephuis 1883, p. 400.
6 In dit hoofdstuk wordt, tenzij anders aangegeven, voor de wettekst van het OBW uitgegaan van de wettekst van 1876 zoals opgenomen in: D.S. van Emden, *Burgerlijk Wetboek, opgehelderd door de jurisprudentie van den Hoogen Raad*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1876.
7 Veegens/Oppenheim 1925, p. 364.

is, zoals ook een koper, een rechtsverkrijger onder bijzondere titel.[8] Art. 1004 OBW noemt bij wijze van voorbeeld het vruchtgebruik van (een deel van) de goederen als een bepaald recht op de goederen dat net als de goederen zelf gelegateerd kan worden. Hetzelfde geldt onder meer voor het recht van opstal, erfpacht, grondrenten of tienden, gebruik, bewoning en beklemming aangezien deze, aldus Diephuis, 'regten op de *goederen* der nalatenschap, niet op de nalatenschap zelve zijn' en het de erfgenamen zijn die de nalatenschap zelf verkrijgen.'[9] Een beschikking betreffende de bloot eigendom[10] van (een deel van) de goederen van de nalatenschap is volgens Diephuis echter wel aan te merken als een erfstelling omdat de goederen van de nalatenschap worden verkregen, zij het onder de last van een vruchtgebruik dat als een legaat dient te worden beschouwd.[11]

De in art. 1004 OBW opgenomen definitie van het legaat, wijst volgens Diephuis te veel op het voorwerp van hetgeen gelegateerd kan worden en te weinig op het wezen daarvan dat hij beschrijft als '(…) *eene uiterstewilsbeschikking, waarbij iemand aan een of meer personen een bepaald voordeel toezegt, en waaraan na zijn overlijden door zijne erfgenamen of een hunner, of door een anderen legataris, gevolg moet worden gegeven.*'[12] Zoals in paragraaf 3.4 verder wordt uiteengezet, kunnen, naast de in de definitie van het legaat in art. 1004 OBW vermelde 'zekere bepaalde goederen', ook onbepaalde zaken (van een zeker geslacht) gelegateerd worden, ongeacht of de erflater deze heeft nagelaten (art. 1015 OBW). Uit art. 1017 OBW volgt dat zelfs toekomstige goederen, te weten: vruchten en inkomsten die nog moeten ontstaan, gelegateerd kunnen worden.[13] Opzoomer merkt op dat er in art. 1004 OBW onnodig allerlei mogelijkheden worden opgenoemd.[14] Opzoomer onderscheidt de erfstelling, zijnde een beschikking over (een geheel of evenredig deel van) de goederen in het algemeen, van het legaat, door het legaat aan te merken als elke andere beschikking over het goed.[15] Het legaat kan scherp onderscheiden worden van de erfstelling aangezien de legataris iets, veel of weinig ontvangt, maar in tegenstelling tot bij een erfstelling (een deel van) de nalatenschap nooit zelf als een eenheid op de legataris overgaat en de legataris niet in de plaats van de erflater treedt.[16] Land omschrijft het legaat als '(…) *elke beschikking, waarbij de erflater een recht toekent op vermogensvermeerdering voor den legataris ten laste*

8 Pitlo/Van der Burght 1997, p. 198.
9 Diephuis 1858, p. 439.
10 In dit onderzoek wordt gezien het juridisch spraakgebruik veelal de term 'bloot eigendom' gebruikt. Men kan hiervoor echter ook 'hoofdgerechtigdheid' lezen.
11 Diephuis 1858, p. 439-440.
12 Diephuis 1883, p. 401.
13 Zie ook Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 185.
14 Opzoomer 1879, p. 260-261.
15 Opzoomer 1879, p. 260.
16 Opzoomer 1879, p. 261.

van de nalatenschap.'[17] Een verscheidenheid aan vormen is mogelijk, zoals de opheffing van een recht (bijvoorbeeld: het legaat dat bestaat uit de kwijtschelding van een schuld of het afstand doen van een zakelijk recht). Maar ook is denkbaar dat het legaat bestaat uit iets dat bij de erflater nooit heeft bestaan, zoals het ten behoeve van de legataris vestigen van een zakelijk recht op het hem toebehorende goed (bijvoorbeeld: het legaat van een vruchtgebruik). Men moet er dus, aldus Land, voor waken het legaat alleen te zien als een opvolging in bepaalde zaken.[18]

Het hangt van de aard van de making af of een beschikking is te beschouwen als een erfstelling of een legaat. Hierbij zijn de benaming die de erflater aan de beschikking heeft gegeven en de gekozen bewoordingen niet doorslaggevend.[19] Men kan zich bijvoorbeeld de vraag stellen of in het geval dat een erflater een stuk land heeft vermaakt en dit stuk land het enige is dat zich in de nalatenschap bevindt, dan sprake is van een legaat (omdat het een bepaald goed betreft) of van een erfstelling (omdat de beschikking alle nagelaten goederen betreft). Uit de definitie van art. 1004 OBW lijkt afgeleid te kunnen worden dat het voor het kunnen definiëren van een beschikking als een legaat niet noodzakelijk is dat er ook andere bepaalde goederen in de nalatenschap moeten zitten. Bij twijfel of sprake is van een legaat dan wel erfstelling dient te worden gekeken naar de bedoeling van de erflater, aldus Diephuis.[20] Als er beschikt is over de gehele nalatenschap dan wel een evenredig deel hiervan, dan is dit een erfstelling.[21]

Als er beschikt is over bepaalde goederen, die tevens de gehele nalatenschap blijken uit te maken, dan lijkt dit, zoals hierboven al is aangestipt, als een legaat te moeten worden beschouwd.[22] Dat de erfgenaam door dit legaat dan feitelijk niets krijgt en zijn erfstelling vooral zal bestaan uit de verplichting om de schulden van de nalatenschap te betalen, doet geen afbreuk aan zijn erfgenaamschap aangezien bevoordeling van de erfgenaam niet tot het wezen van de erfstelling behoort.[23] Dientengevolge constateert Eggens dat de definitie van de erfstelling in art. 1001 OBW onvolledig is aangezien de erfgenaam noch het geheel noch een evenredig deel van de nagelaten goederen verkrijgt.[24] Als de erflater aan A zijn huis en aan B de verdere nalatenschap

17 Land 1902, p. 126.
18 Land 1902, p. 125-126. Zie ook Veegens/Oppenheim 1925, p. 363-364.
19 Diephuis 1858, p. 440.
20 Diephuis 1858, p. 440.
21 Het staat niet ter discussie dat aan de algemeenheid van een erfstelling geen afbreuk wordt gedaan indien over de gehele of evenredige nalatenschap is beschikt en er tevens enkele goederen door de erflater zijn gelegateerd. Een andere opvatting zou tot de uitkomst leiden dat een erfstelling en een legaat niet naast elkaar kunnen bestaan. Zie Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 176.
22 Diephuis 1883, p. 402.
23 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 176.
24 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 176.

nalaat, dan is de eerste beschikking een legaat en de laatste een erfstelling. Maar wat te denken van een beschikking waarin de erflater aan B de gehele nalatenschap nalaat met uitzondering van het huis, waarover verder niet is beschikt? Meijers beschouwt beide beschikkingen als erfstellingen. Eggens daarentegen meent dat de beschikking ten behoeve van B een erfstelling is, en het huis 'stilzwijgend' gelegateerd is aan de wettelijke erfgenamen van de erflater, tenzij een andere bedoeling van de erflater blijkt.[25] De verschillende opvattingen zijn onder meer van belang voor de uitkomsten van de vraag wie aansprakelijk en wie draagplichtig is/zijn voor schulden van de nalatenschap.

3.2.2 Verschil (sub)legaat en last

In het oude recht was het lastig om het legaat van de (niet wettelijk geregelde) last[26] te onderscheiden, vooral ook omdat er gedurende lange tijd (zoals hierna zal blijken) onzekerheid bestond wat het legaat zelf inhield: verschafte het enkel een vorderingsrecht of had het zakelijke werking? Daarnaast werd het onderscheid bemoeilijkt doordat er verschillende soorten lasten zijn te onderscheiden.[27]

In tegenstelling tot een opschortende voorwaarde, schort de last zelf de making niet op: hetgeen aan de bevoordeelde gemaakt is, komt direct aan de bevoordeelde toe, zij het onder de verplichting om de last uit te voeren.[28] Als een dergelijke verplichting niet wordt nagekomen, kan een vervallenverklaring van de beschikking gevraagd worden ingevolge art. 1051 OBW.[29] Het kenmerkende onderscheid tussen legaat en last wordt door Eggens gevonden in het verschil dat de legataris boedelschuldeiser is en de lastbevoordeelde niet. De lastbevoordeelde kan enkel de belaste aanspreken.[30] Suijling sluit zich daarbij aan en wijst erop dat met het openvallen van de nalatenschap de legataris een vorderingsrecht verkrijgt. Aangezien een vorderingsrecht alleen aan bepaalde individuen kan toekomen, moet de legataris in het testament worden aangewezen.[31] Indien de legataris naar hoedanigheid wordt aangewezen, is de persoon ook voldoende bepaald, hoewel deze bij het maken van

25 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 177.
26 In art. 939 OBW wordt de last enkel genoemd om te voorzien ingeval een ondeelbare last aan verscheidene erfgenamen of legatarissen is opgelegd en een van hen verwerpt of onbekwaam is. Zie ook Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 59-60. Kolkman merkt op dat de wetgever van 1838, in navolging van de Code Civil, de term 'voorwaarde' gebruikte waar hij 'last' bedoelde (Kolkman 2006, nr. 1.11.2.1, p. 176).
27 Zie Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 180-181.
28 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 59.
29 Overigens spreekt art. 1051 BW in het kader van een vervallenverklaring niet over het niet nakomen van een 'verplichting' maar over het niet ten uitvoer brengen van de 'voorwaarden'.
30 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 180-182.
31 Suijling/Dubois 1931, p. 191.

het testament niet altijd bekend is, zoals 'degene die bij mijn overlijden burgemeester van Leiden zal zijn.'[32] De last wordt door hem gezien als een aanhangsel aan een making. De lastbevoordeelde heeft volgens Suijling juist niet een recht om de uitvoering van de last af te dwingen, zodat het niet noodzakelijk is dat de bevoordeelde in een testament wordt genoemd of zelfs bij het overlijden van de erflater bestaat.[33] Het zal volgens Suijling soms nodig zijn het testament uit te leggen om vast te kunnen stellen of de erflater bedoeld heeft dat de beschikking een last vestigt of een legaat inhoudt. Als een erflater bijvoorbeeld heeft opgenomen dat een huurder tot 5 jaar na het overlijden van de erflater mag blijven zitten, dan kan het de bedoeling van de erflater zijn geweest dat de erfgenamen de last wordt opgelegd de huur 5 jaar te verlengen (indirecte verplichting) of dat de huurder van de erfgenamen kan eisen dat de huur met 5 jaar is verlengd omdat de erflater hem (direct) dat aanbod heeft gedaan en er dus sprake is van een legaat.[34]

Er zijn verschillende varianten van de last te onderscheiden. Allereerst kan de last worden vermeld die niet een bevoordeling van derden beoogt maar enkel een verplichting aan de erfgenamen oplegt, bijvoorbeeld over de begrafenisplechtigheid. Daarnaast kan een last ten behoeve van een derde zijn gemaakt. Hierbij kan de 'derde' onbepaald en algemeen zijn ('de armen in Afrika') of (een) bepaald (persoon). Eggens noemt deze laatste vorm een derdenbevoordelende-last en deze last toont de nauwste verwantschap met het legaat, vooral ook omdat op grond van rechtspraak van de Hoge Raad aan een dergelijke last onder het Oud Burgerlijk Wetboek een persoonlijke actie tot nakoming is gegeven.[35] Desalniettemin houdt Eggens het legaat en de derdenbevoordelende-last, zoals hierboven al kort is opgemerkt, op de volgende manier uit elkaar: '*(…) de legataris is boedelschuldeischer – de lastbevoordeelde niet, deze heeft slechts eene vordering tegen den belaste; (…) de legataris wordt onmiddellijk bevoordeeld uit den boedel – de lastbevoordeelde wordt daaruit middellijk bevoordeeld; bij legaat schept de erflater eene vordering bij doode tegen zijnen boedel – bij dezen last schept de erflater eene vordering bij doode tegen den belaste, welke vordering de bevoordeelde dus aan den erflater ontleent, en daarmede middellijk aan diens boedel (…) Houdt men aan deze criteria vast, dan baart de onderscheiding in de practijk in het algemeen geen moeilijkheid. In het algemeen toch zal uit de beschikking wel zijn af te leiden of den bevoordeelde eene aanspraak tegen den boedel, of slechts tegen eenen bepaald aangewezene (erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde) toekomt.*'[36] Vervolgens geeft Eggens het voorbeeld dat als een erflater zijn

32 Pitlo/Van der Burght, p. 219.
33 Suijling/Dubois 1931, p. 191.
34 Zie Suijling/Dubois 1931, p. 192.
35 HR 27 maart 1914, *NJ* 1914, 622. Deze leer is later ook voor de mogelijkheid van heffing van successierecht toegepast. Overigens leek door dit arrest de vervallenverklaring van art. 1051 OBW vooral nog van belang voor lasten waarbij geen derdebevoordeelden zijn betrokken, zoals de last om een standbeeld voor de erflater op te richten.
36 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 181-182.

bibliotheek (waaronder een 'Opzoomer') aan X legateert onder de verplichting om aan Y de 'Opzoomer' te geven, dit als een legaat onder een last beschouwd moet worden. X kan de bibliotheek van de erfgenamen vorderen en Y van X de 'Opzoomer'. Er is volgens Eggens echter sprake van twee legaten als er is beschikt: ik legateer aan X mijn bibliotheek met uitzondering van mijn 'Opzoomer' die ik vermaak aan Y. X en Y kunnen hun legaten dan van de erfgenamen vorderen.[37]

Meijers noemt het door Eggens en Suijling aangedragen verschil tussen het legaat (als verplichting van de boedel) en de last (als verplichting van de erfgenaam of legataris) kunstmatig.[38] Meijers ziet bij de beschikking van de erflater om aan X zijn bibliotheek (waaronder een 'Opzoomer') te legateren onder de verplichting om aan Y zijn 'Opzoomer' te geven, de verplichting van X om aan Y de 'Opzoomer' te geven als een (sub)legaat en niet als een last.[39] Het legaat verplicht volgens Meijers tot het geven van '(…) *eenig goed uit den boedel of een hoeveelheid van naar de soort bepaalde zaken, aan een door den erflater aangewezen persoon*'.[40] De last is dan 'eenvoudigweg': '(…) *een verplichting, de erfgenaam of legataris door de erflater opgelegd, die in iets anders dan in de uitkering van een legaat bestaat.*'[41] Oftewel: '*Iedere andere verplichting, den erfgenaam of legataris opgelegd; het kan een verplichting om te doen of niet te doen zijn, alsmede een verplichting om iets te geven, maar alsdan moet het zijn een geven voor een door den erflater aangegeven doel zonder dat daarbij een bepaalde persoon als ontvanger is aangewezen of het geven van een bepaalde zaak, die aan een ander dan den erflater toebehoorde (art. 1014).*'[42] Van belang is volgens Meijers dat de last dus door de inhoud van de verplichting en niet door de debiteur, de persoon aan wie zij wordt opgelegd, wordt gekarakteriseerd.[43] In het voorbeeld behoort de 'Opzoomer' tot de boedel en is er dus sprake van een (sub–) legaat aan Y. Het doet er volgens Meijers eigenlijk niet toe voor de kwalificatie als legaat of die verplichting (om de 'Opzoomer' aan Y te geven) aan een erfgenaam is gegeven ('gewoon' legaat) of aan een legataris (sublegaat).[44] Een verplichting aan de legataris opgelegd om aan een derde een geldsom uit te keren (een hoeveelheid van een naar de soort bepaalde zaak), is volgens Meijers ook als een sublegaat aan te merken.[45] In de redenering van Meijers

37 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 182.
38 Asser/Meijers 1941, p. 110.
39 Asser/Meijers 1941, p. 110 en Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 182-183.
40 Asser/Meijers 1941, p. 110.
41 Asser/Meijers 1941, p. 110.
42 Asser/Meijers 1941, p. 110.
43 Asser/Meijers 1976, p. 95.
44 Een sublegaat wordt volgens Meijers door de wet erkend aangezien in art. 1006 OBW legaten worden vermeld waarmee legatarissen belast zijn.
45 Asser/Meijers 1941, p. 110 en Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 182-183.

zou er wel sprake zijn van een last als X zou zijn verplicht een eigen, niet uit de boedel afkomstig, boek aan Y te geven.

Anders dan Meijers ziet Eggens – nu hij de terminologie van de wet wat betreft het lastbegrip zo onzuiver en weinig ontwikkeld vindt – in het 'sublegaat' een last, met als enig onderscheid van het legaat dat het '(…) *eene making ondergeschikt en verbonden aan eene andere [is], welke making den bevoordeelde een vorderingsrecht geeft tegenover den legataris, die met de voldoening belast is.*'[46] Eggens veronderstelt dat men in de literatuur de vlucht heeft genomen naar de term 'sublegaat' omdat men bij een 'last' vooral zou hebben gedacht aan een figuur waarbij de erflater niet beoogt een derde te bevoordelen.[47] Völlmar onderschrijft dat de wetgever zich niet heeft verdiept in de lasten die erin bestaan om uitkeringen te doen aan individueel bepaalde derden, zodat het enig verschil is dat bij een legaat in het systeem van de Hoge Raad (zie par. 3.3) de legataris van rechtswege eigenaar wordt en dit bij de last ten behoeve van een bepaalde derde niet het geval is.[48] Het door Eggens en Suijling bepleite onderscheid, dat de last niet een verplichting van de boedel is maar van de daarmee bezwaarde erfgenaam of legataris, terwijl een legaat een verplichting voor de boedel oplevert, is volgens Völlmar niet vol te houden aangezien hij ervan uitgaat dat ook een legaat ten laste van bepaalde erfgenamen of van bepaalde legatarissen (sublegaat) volgens de wet bestaat. Het verdient volgens Völlmar de voorkeur om bij twijfel aan de beschikking het karakter van legaat toe te kennen, en als men toch van last wil spreken om dan de bepalingen die ten aanzien van legaten gelden toepasselijk te achten.[49]

Van Mourik verdedigt, in navolging van Meijers, dat een sublegaat wel betrekking moet hebben op een goed dat tot de nalatenschap behoort, waarbij opgemerkt wordt dat geld altijd geacht wordt in de boedel aanwezig te zijn. Indien de legataris de verplichting wordt opgelegd om een aan hemzelf toebehorend goed aan een ander over te dragen, is er sprake van een last.[50] Als aan een erfgenaam of legataris de verplichting wordt opgelegd om een aan een derde toebehorend goed aan een ander over te dragen, dan is er ook sprake van een last en moet de lastbezwaarde eerst het goed van de derde zien te verwerven (zie verder par. 3.4).[51]

Interessant is het in dit kader om de vraag aan te stippen hoe, gezien de bovenstaande discussie, een legaat tegen inbreng gekwalificeerd dient te worden. Onder een legaat tegen inbreng wordt verstaan '[*h*]*et legaat gemaakt onder de verplichting een generieke zaak (geld) of een bepaalde niet tot de nalatenschap*

46 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 183.
47 Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 183 en 180.
48 Völlmar 1942, p. 592.
49 Völlmar 1942, p. 592-593.
50 Van Mourik 1992, p. 79.
51 Pitlo/Van der Burght 1997, p. 56.

behorende zaak in de boedel in te brengen.'[52] Onder andere Perrick beschouwt het legaat tegen inbreng (van de waarde) als een legaat met een sublegaat en niet als een legaat onder een last.[53] Ook Luijten ziet in de inbrengverplichting een sublegaat mits die verplichting tot inbreng in geld bestaat.[54] Dit sluit aan bij de eerder genoemde gedachte dat een legaat, ongeacht wie debiteur is, het geven van '*(…) een hoeveelheid van naar de soort bepaalde zaken, aan een door den erflater aangewezen persoon*' kan zijn.[55] Indien de verplichting in deze redenering bestaat uit de inbreng van een bepaalde niet tot de nalatenschap behorende zaak in de boedel, is sprake van een legaat onder een last ten gunste van de boedel.[56] Van Mourik is van mening dat de inbrengverplichting van de legataris sowieso eerder moet worden aangemerkt als een last in plaats van een sublegaat omdat de inbreng zijns inziens niet ten voordele van de erfgenamen strekt en men de erfgenamen niet kan aanmerken als sublegatarissen: door de inbrengverplichting wordt voor de erfgenamen voorkomen dat door de uitkering van het legaat financieel nadeel ontstaat en wordt geen bevoordeling van de erfgenamen bewerkstelligd.[57] Van Mourik lijkt hier als eis voor de kwalificatie als legaat voorop te stellen dat de legataris door het legaat ook bevoordeeld dient te worden. Ik vraag mij af of dat voor legaten in zijn algemeenheid juist is, mede gezien ook het arrest van de Hoge Raad van 5 februari 1982. De Hoge Raad is daarin namelijk van oordeel dat de wet geen aanknopingspunt bevat voor een onderscheid tussen legaten die wel en die niet een bevoordeling inhouden (zoals een legaat tegen inbreng).[58]

3.3 LEGAAT: VORDERINGSRECHT OF WIJZE VAN EIGENDOMSVERKRIJGING?

3.3.1 Algemeen

In de negentiende en een groot deel van de twintigste eeuw was het onduidelijk of de legataris door de enkele kracht van het testament eigenaar van het gelegateerde goed werd of dat het goed nog aan hem geleverd moest worden. Met andere woorden: had het legaat onder het oude recht een zakelijke werking en vormde het een wijze van eigendomsverkrijging (zoals het vindicatielegaat onder het Romeinse recht) of had het enkel een persoonlijke werking en ontstond er alleen een vorderingsrecht voor de legataris (zoals bij het damnatielegaat onder het Romeinse recht)?

52 Pitlo/Van der Burght 1997, p. 56.
53 Asser/Perrick 1996, p. 126 en 78.
54 Klaassen/Eggens/Luijten 1989, p. 172.
55 Zie art. 1015 OBW en Asser/Meijers 1941, p. 110.
56 Zie o.a. Pitlo/Van der Burght 1997, p. 218.
57 Van Mourik 1992, p. 79-80.
58 Zie HR 5 februari 1982, *NJ* 1982, 457.

Vanuit het perspectief van de erfgenamen zou het de voorkeur verdienen als er slechts een vorderingsrecht voor de legataris ontstaat zodat zij eerst kunnen kijken of de (andere) schulden van de nalatenschap betaald kunnen worden voordat zij overgaan tot afgifte van het gelegateerde. De legataris heeft er echter baat bij dat het legaat een wijze van eigendomsverkrijging vormt, zodat er voor hem geen gevaar van vervreemding of bezwaring van het gelegateerde bestaat.[59] Of zoals Land het verwoordt: '*Billijkheid wordt in den regel verschillend opgevat naarmate van het standpunt der partijen; maar juist daarom zijn overwegingen daaraan ontleend, zelden afdoende.*'[60] Diephuis heeft een duidelijke opvatting over de kwestie en is van oordeel dat het legaat slechts een vorderingsrecht inhoudt en het gelegateerde nog dient te worden afgegeven door de erfgenamen: '*De erfgenaam, die bij het overlijden van den erflater diens plaats inneemt, moet aanstonds en van regtswege in het bezit treden van al wat deze bezat; dit is het geval niet met den legataris, die geen vertegenwoordiger van den erflater is. Hetgeen hem door dezen is toegezegd, moet hem worden afgegeven door dengene, die de plaats des erflaters inneemt; het tegendeel zou tot eigenrigting leiden. De erfgenaam moet kunnen nagaan, of werkelijk het legaat aan den legataris toekomt. (…) Juist de bepaaldheid van het voorwerp des legaats zou het daarom gevaarlijk maken, den legataris van regtswege in het bezit der gelegateerde zaak te laten treden, maar maakt eene aanvrage tot afgifte noodig, opdat vooraf kan blijken, of hij inderdaad het gelegateerde zal kunnen genieten.*'[61] Het zakelijke recht verkrijgt de legataris volgens Diephuis pas nadat het gelegateerde op wettige wijze aan de legataris is overgedragen. Tot die tijd is de eigendom bij de erfgenamen, die van rechtswege in het bezit van de nalatenschap van de erflater zijn getreden.[62] Dit betekent ook dat als de legataris het gelegateerde al als huurder of bewaarnemer onder zich heeft, hij toch de afgifte van het gelegateerde nog moet vragen.[63]

Ook op grond van de wetsartikelen leek men er vanuit te mogen gaan dat een legaat nog dient te worden afgegeven. Zo luidt bijvoorbeeld art. 1005 OBW (onderstreping, GGBB): '*Alle zuivere en onvoorwaardelijke legaten geven, van den dag van het overlijden van den erflater af, aan den legataris het regt om de gelegateerde zaak te vorderen, welk regt op zijne erfgenamen of regtverkrijgenden overgaat.*'

En ook (o.a.) art. 1006 OBW wijst in diezelfde richting en luidt (onderstrepingen, GGBB): '*De legataris zal de afgifte van de gelegateerde zaak aan de erfgenamen of legatarissen, die daarmede belast zijn, moeten vragen. Hij heeft het regt op de vruchten of interessen, van den dag van het overlijden van den erflater af, indien de eisch tot afgifte binnen het jaar is gedaan, of indien die afgifte binnen het zelfde tijdvak*

59 Zie Land 1902, noot 1 op p. 129.
60 Land 1902, noot 1, p. 129.
61 Diephuis 1858, p. 441.
62 Diephuis 1858, p. 443.
63 Diephuis 1858, p. 447.

vrijwillig heeft plaats gehad. Indien die eisch later geschiedt, heeft hij slechts regt op de vruchten en de interessen, te rekenen van den dag dat de eisch gedaan is.'

3.3.2 Leer van de Hoge Raad

De Hoge Raad besliste in de negentiende eeuw echter dat het legaat een wijze van eigendomsverkrijging vormde. In 1861 oordeelde de Hoge Raad over de vraag of afgifte gevorderd kan worden tijdens het leven van de vruchtgebruiker van gelegateerde goederen waarvan men alleen de bloot-eigendom verkrijgt. De Hoge Raad overweegt: '(…) *dat mitsdien tot de verkrijging van den eigendom van het gelegateerde geene levering wordt gevorderd; dat bij art. 1006 B.W. alleen is bedoeld, dat, ter verkrijging van het bezit van het gelegateerde, de afgifte van de daarmede belaste erfgenamen of legatarissen behoort te worden gevraagd; dat bij gevolg, zoolang het vruchtgebruik duurt, geene afgifte kan worden gevorderd (…).'*[64] De Hoge Raad beschouwt het legaat dus als wijze van eigendomsverkrijging waarbij de afgifte ziet op de verkrijging van het bezit. Hiertoe schaart de Hoge Raad de legaten onder de wijze van eigendomsverkrijging door de 'testamentaire erfopvolging' (art. 639 en 666 OBW). De Hoge Raad: '(…) *ofschoon de uitdrukkingen testamentaire erfopvolging en testamentaire erfstelling ook in het Nederlandsche Burgerlijk Wetboek meestal voorkomen in eene meer beperkte, alleen den erfgenaam betreffende, beteekenis en tusschen erfstellingen en legaten meestal wordt onderscheiden, – dit onderscheid echter niet altijd, met name niet in den twaalfden titel van het tweede boek (…), is in acht genomen; en dat, nu bij art. 666, ten aanzien der wijze, waarop eigendom door middel van testamentaire erfstelling wordt verkregen naar den twaalfden titel wordt verwezen, en daarbij wordt gehandeld over uiterste willen in het algemeen, en meer in het bijzonder zoowel over erfstellingen als over legaten, – hieruit, in verband met de geschiedenis van art. 639, volgt, dat de dààr voorkomende woorden testamentaire erfopvolging in eenen ruimen zin behooren te worden opgevat; (…)'*[65] Tevens ontleent de Hoge Raad ter onderbouwing van het legaat als wijze van eigendomsverkrijging een argument uit het daarvoor geldende oude Nederlandse en Franse recht, te weten: '(…) *dat onder al de bevorens hier te lande gevigeerd hebbende wetgevingen het legaat was eene wijze van eigendomsverkrijging; dat dit uitdrukkelijk was bepaald bij art. 711 C.N.* [Code Napoleon; GGBB]; *en dat, hoewel het verschil van beginsel tusschen de Fransche en de Nederlandsche wetgeving ten aanzien van eigendoms-overgang in het algemeen hierbij niet mag worden voorbijgezien, dit echter zeker is, dat uit de geschiedenis van genoemd artikel niet blijkt, dat de Nederlandsche wetgever van het beginsel van het oud Nederlandsche en het Fransche regt ten aanzien van legaten heeft willen afwijken;'*[66]

64 HR 19 april 1861, *W* 2268.
65 HR 19 april 1861, *W* 2268.
66 HR 19 april 1861, *W* 2268.

Met felheid is dit arrest bestreden, onder andere door Opzoomer die om een positief bewijs vraagt dat aan de wet is ontleend waaruit blijkt dat de legataris een zakelijke actie heeft. Opzoomer: '*Er is, zegt men, geen artikel, dat haar stellig in den weg staat. Ik vraag: maar waar is het artikel, dat haar stellig verleent? De rechtsgeleerde moet doen, zooals Luther, niet zooals Zwingli deed, zoodikwijls er geschil was over het al of niet aanhouden van een bestaand kerkelijk gebruik. Zwingli vroeg: welke tekst is er tegen? Luther vroeg: welke tekst is er voor?*'[67]

Op 4 maart 1881 bevestigt de Hoge Raad echter dat de legataris een zakelijk recht heeft. Wederom wordt ter onderbouwing hiervan onder meer het vroeger geldende Franse recht door de Hoge Raad ten tonele gebracht: '(…) *dat toch al dadelijk vaststaat, dat, volgens de vroeger hier te lande gegolden hebbende regten, het zakelijk regt van den legataris nimmer in twijfel is getrokken, terwijl art. 1014 C.N., dit ondubbelzinnig erkende in de woorden droit à la chose léguée; dat nu niet alleen uit de geschiedenis van ons Burgerlijk Wetboek niet blijkt, dat het in de bedoeling van den Nederlandschen wetgever gelegen zoude hebben ten aanzien van een zoo belangrijk beginsel af te wijken van den Code, het Wetboek Lodewijk Napoleon en het Roomsch Hollandsch regt, maar dat daarenboven uit de vergelijking van den Nederlandschen met den Franschen (met art. 1014 C. Nap. Gelijkluidenden) tekst van art. 1031 B.W. van 1830, welk artikel onveranderd is overgegaan in art. 1005 van het geldende Wetboek, volgt, dat de woorden regt om de gelegateerde zaak te vorderen, in art. 1005 B.W., niets anders zijn dan eene vertaling van de woorden droit à la chose léguée in art. 1014 Cod. Nap.; (…)*'[68]

Vervolgens wordt hieruit door de Hoge Raad geconcludeerd: '(…) *dat bij zuivere en onvoorwaardelijke legaten (…) het zakelijke regt, dat is het eigendomsregt van den legataris op de gelegateerde zaak, ontstaat onmiddellijk na het overlijden van den erflater, terwijl de actie van art. 1006* [de afgifte van de gelegateerde zaak; GGBB] *alleen strekt om hem, die reeds eigenaar is, maar die de saisine, als bij de artt. 880 en 1002 alleen aan de erfgenamen toegekend, mist, feitelijk in het bezit van zijn eigen zaak te doen stellen; (…)*'[69] De in de wet genoemde afgifte ziet volgens de Hoge Raad alleen op de feitelijke inbezitstelling. Dat art. 639 OBW dat een opsomming van de wijzen van eigendomsverkrijging geeft, niet uitdrukkelijk het legaat vermeldt, doet volgens de Hoge Raad niets hieraan af omdat enerzijds legaten onder testamentaire erfopvolging, in de ruime zin, zijn begrepen en anderzijds omdat de opsomming van de wijzen van de eigendomsverkrijging in art. 639 OBW niet volledig is (zo ontbreekt bijvoorbeeld de eigendomsverkrijging door boedelmenging bij een gehele of beperkte huwelijksgoederengemeenschap).[70]

67 Opzoomer 1879, p. 328-329.
68 HR 4 maart 1881, *W* 4622.
69 HR 4 maart 1881, *W* 4622.
70 HR 4 maart 1881, *W* 4622.

Tot slot van deze paragraaf kan worden vermeld dat de Hoge Raad in 1929 van oordeel is dat een legaat van een door hypotheek verzekerde vordering aan degene die zelf schuldenaar was van de vordering, op het tijdstip van het overlijden van de schuldeiser/erflater door de schuldenaar/legataris werd verkregen zodat op datzelfde tijdstip de vordering door vermenging tenietging.[71] Het legaat wordt dus ook in dit geval direct door de legataris verkregen.

3.3.3 Reactie in de literatuur op de leer van de Hoge Raad

De bovenvermelde leer van de Hoge Raad wordt echter in de literatuur door een groot aantal auteurs en door een belangrijk deel van de lagere rechtspraak niet gevolgd.[72] Ook Diephuis is, zoals eerder vermeld, van oordeel dat het legaat slechts een persoonlijk recht aan de legataris verschaft en vergelijkt het legaat dat door de dood van de erflater is bekrachtigd met een schenking die door de aanneming verbindend is geworden: '*Gelijk deze op zich zelve den eigendom niet op den begiftigde doet overgaan, maar slechts een persoonlijk regt geeft tegen den schenker, wiens verpligting op zijne erfgenamen overgaat, zoo geldt hetzelfde van een legaat, behoudens dat dit natuurlijk geen regt kan geven tegen den erflater zelven, na wiens overlijden het eerst in werking treedt, maar enkel tegen hen, die als erfgenamen zijne vertegenwoordigers, of als daarmede door hem belast, in zijne plaats tot voldoening verpligt zijn. En gelijk een schenker den begiftigde niet door de beschikking zelve en zonder levering den eigendom van het geschonkene kan doen verkrijgen, zoo kan ook de erflater niet in dier voege beschikken, dat de legataris geen afgifte behoeft te vragen, maar van zelf eigenaar zal zijn van het gelegateerde goed.*'[73] Diephuis merkt, net als Opzoomer, op dat de vraag of het legaat zakelijke werking heeft in het positieve recht gevonden dient te worden (op een stellige wetsbepaling die echter niet te vinden is, want er zijn volgens hem eerder artikelen te vinden die in strijd zijn met het stelsel van de Hoge Raad), onafhankelijk van het vroeger recht, '(…) *en dat het hier gelijk elders bedenkelijk is, vroegere regten op den voorgrond te stellen, en dan het onze daarnaar te accomoderen.*'[74] Ter onderbouwing van zijn mening dat het legaat slechts persoonlijke werking heeft, wijst Diephuis erop dat art. 639 OBW alleen 'wettelijke of testamentaire erfopvolging' noemt als een wijze van eigendomsverkrijging en niet iets van 'bevoordeling na dode, krachtens wet of uiterste wil'. Aangezien erfopvolging ziet op erfgenamen en de erfstelling in de wet onderscheiden wordt van het legaat, is er zonder een uitdrukkelijke bepaling die op de

71 HR 26 augustus 1929, *NJ* 1929, p. 1525-1529.
72 Zie o.a. Asser/Meijers 1915, p. 360 en de daar in noot 2 vermelde auteurs en Völlmar 1942, p. 594-595 en noot 1.
73 Diephuis 1883, p. 410-411.
74 Diephuis 1883, p. 412.

gelijkstelling duidt volgens Diephuis geen reden om de erfstelling of erfopvolging gelijk te stellen met de legaten.[75] Tevens somt Diephuis allerlei wettelijke bepalingen op die volgens hem duiden op een persoonlijk recht omdat deze bepalingen niet zinvol zouden zijn als de legataris de eigendom onmiddellijk bij het overlijden van de erflater al had verkregen, zoals het recht op de vruchten vanaf de dag van het overlijden van de erflater, mits de eis tot afgifte binnen een jaar is gedaan (art. 1006 OBW). Daarnaast valt te denken aan de achtergestelde positie van de legatarissen achter andere schuldeisers, zoals in de art. 1083-1085 OBW is opgenomen en aan het recht van de legatarissen om boedelscheiding te vragen (art. 1153 OBW).[76] Voorts zou het zakelijk recht van de legatarissen onverenigbaar zijn met het feit dat de legatarissen, ingeval van aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving door de erfgenamen, pas na de andere schuldeisers voldoening van hun legaat kunnen vragen.[77] Diephuis bestrijdt de leer van de Hoge Raad eveneens door te wijzen op de andere positie van de erfgenaam, die de erflater ook opvolgt in de schulden, en de legataris die op grond van art. 1151 OBW niet voor de schulden en de lasten van de nalatenschap is verbonden. Als de legatarissen al eigenaar zouden worden, zou de voldoening door de erfgenamen van de schuldeisers met voorrang in gevaar kunnen komen als er zich voor het overige weinig in de nalatenschap bevindt.[78] Diephuis verdedigt daarom dat het gelegateerde goed tot de nalatenschap behoort zolang er geen uitvoering aan is gegeven. Diephuis: '(…) *de schuldeischers kunnen het uitwinnen tegen de veroordeelde erfgenamen, zonder dat de legatarissen, die nog geen eigenaren geworden zijn, zich daartegen kunnen verzetten. En zijn zij wel eigenaren geworden, doordien de legaten zijn uitgekeerd, dan zijn de erfgenamen voor de schulden aansprakelijk, omdat zij zuiver hebben aanvaard, of althans, zoo zij dit al onder het voorregt van boedelbeschrijving gedaan hadden, niet hebben voldaan aan de dien ten gevolge op hen rustende verpligtingen.*'[79]

In artikel 1015 OBW valt te lezen dat legaten van onbepaalde zaken bestaanbaar zijn, ongeacht of de erflater deze heeft nagelaten. Ook hieraan ontleent Diephuis een argument om aan te nemen dat aan het legaat slechts persoonlijke werking kan worden toegekend. Allereerst merkt hij op dat uit de wet zelf volgt dat de legataris uit kracht van een legaat van onbepaalde zaken niet van rechtswege eigenaar is, aangezien de wet een recht tegenover een verplichting van de erfgenaam veronderstelt. Art. 1016 OBW luidt namelijk: '*Wanneer het legaat in eene onbepaalde zaak bestaat, is de erfgenaam niet verpligt de beste soort te geven, maar hij kan ook met afgeven der slechtste niet volstaan.*' Bovendien

75 Diephuis 1883, p. 412-413.
76 Diephuis 1883, p. 414-419.
77 Asser/Meijers 1915, p. 362-363.
78 Diephuis 1883, p. 418-419.
79 Diephuis 1883, p. 419-420.

kunnen legaten van onbepaalde zaken alleen een persoonlijk recht verschaffen omdat onbepaalde zaken zelf alleen onderwerp kunnen zijn van verbintenissen en persoonlijke rechten. Onbepaalde zaken kunnen geen onderwerp van een beschikking zijn die rechtsreeks de eigendom doet overgaan, zodat dezelfde onmogelijkheid geldt voor een legaat van onbepaalde zaken. Aangezien de wet geen onderscheid tussen verschillende legaten maakt, en legaten van onbepaalde zaken uitdrukkelijk bestaanbaar zijn, volgt volgens Diephuis uit dit alles dat legaten dus slechts een persoonlijk recht geven.[80] Pas na levering (en overschrijving van de akte van afgifte in de registers bij gelegateerd onroerend goed) wordt de legataris eigenaar van het gelegateerde. Het legaat is de rechtstitel van de eigendomsovergang in de zin van art. 639 OBW.

Ook met betrekking tot een bepaalde zaak die een roerende zaak is, werd overigens al voordat de arresten van de Hoge Raad gewezen waren, betwist dat de legataris krachtens het testament het eigendomsrecht van de roerende zaak toekomt. Onder verwijzing naar art. 2014 OBW, dat bepaalt dat met betrekking tot roerende goederen het bezit als volkomen titel geldt, wordt de eigendomsverkrijging krachtens testament betwist.[81] De Hoge Raad ziet het met betrekking tot (in elk geval) gelegateerde onroerende goederen anders.

Zoals eerder vermeld, krijgt de leer van de Hoge Raad geen navolging in de lagere rechtspraak en wordt de leer ook door vele auteurs niet gevolgd. Er wordt in het algemeen van uitgegaan dat de legataris (ook bij onroerende goederen) nooit meer dan een persoonlijk recht krijgt toegekend.[82] Deze opvatting kan volgens Diephuis niet ontzenuwd worden door een beroep te doen op het Romeinse of het Franse recht.[83] In de Franse Code Civil wordt in art. 711 aan de legataris van een bepaalde zaak de eigendom toegekend en ook in het op 1 mei 1809 inwerking getreden 'Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland' werd een zakelijke actie bij een legaat van een bepaalde zaak aan de legataris toegekend (art. 829). Na de Nederlandse onafhankelijkheid in 1813 worden er Ontwerpen van een eigen Nederlandse codificatie gemaakt. In het Ontwerp 1816 wordt de zakelijke actie van de legataris nog opgenomen (art. 2181). In het Ontwerp 1820 wordt de legataris echter een persoonlijk recht toegekend (art. 1910). Dit heeft waarschijnlijk te maken met het stelsel van openbare registers, welke in het Ontwerp 1820 voor

80 Diephuis 1883, p. 420-421.

81 Asser/Meijers 1915, p. 360.

82 Zie o.a. Asser/Meijers 1915, p. 360 en de daar in noot 2 vermelde auteurs en Völlmar 1942, p. 594-595 en noot 1. Zie wat betreft de lagere rechtspraak bijvoorbeeld: Rb. Dordrecht 11 april 1934, *NJ* 1934, 721; Hof Amsterdam 20 februari 1935, *W.* 12884, *NJ* 1935, 1044; Rb. Maastricht 23 februari 1939, *NJ* 1939, 475; Rb. Amsterdam 25 januari 1949, *NJ* 1949, 502, Rb. 's-Hertogenbosch 27 september 1957, *NJ* 1960, 396 en Rb. 's-Gravenhage 27 mei 1961, *PW* 17319.

83 Diephuis 1883, p. 420-422 en 425.

het eerst wordt opgenomen.[84] Deze Ontwerpen kregen nimmer kracht van wet. Het wel in werking getreden Burgerlijk Wetboek van 1838, stond als nieuw Nederlands wetboek ferm in de traditie van de Franse Code Civil. Het verving deze Code Civil en had veel overeenkomsten met de Code Civil, hoewel het op een belangrijk punt daarvan afweek met een andere (Romeinsrechtelijke) wijze van overdracht.[85] Het OBW heeft dan ook uitdrukkelijk het in de Code Civil opgenomen beginsel – dat aan de wilsverklaring van de handelende personen de eigendomsoverdracht verbindt en niet aan de levering – niet opgenomen en met het stelsel van registers het beginsel van de openbaarheid van eigendomsovergang benadrukt.[86] Volgens het OBW kan een overdracht of vestiging van een zakelijk recht (m.b.t. een onroerend goed) alleen door de in- of overschrijving geschieden. Men zou zich daarom kunnen afvragen waarom voor legaten een ander recht zou moeten gelden als het legaat niet de titel maar de wijze van eigendomsverkrijging is en als de eigendom in het systeem van de Hoge Raad al van rechtswege zou overgaan bij een legaat zonder overschrijving in de openbare registers?[87] De historische traditie brengt kortom niet de zakelijke werking van het legaat mee gezien de bewust gekozen persoonlijke werking van het legaat in het Ontwerp 1820 en de afwijking in het OBW 1838 van de wijze van eigendomsoverdracht in de Code Civil.[88] Aan het beroep van de Hoge Raad op de in Nederland gegolden hebbende wetgevingen waarin het legaat een wijze van eigendomsverkrijging is geweest en op de geschiedenis waaruit niet is gebleken dat de wetgever hiervan heeft willen afwijken, kan gezien het bovenstaande volgens vele auteurs geen argument worden ontleend.[89]

Ook de overige argumenten van de Hoge Raad worden in de literatuur als zwak beschouwd. De ruime uitleg door de Hoge Raad van 'testamentaire erfopvolging' in art. 639 OBW wordt bestreden door te wijzen op art. 666 OBW, waarin nader bepaald wordt dat met 'testamentaire erfopvolging' sprake is van 'testamentaire erfstelling'. Erfstelling omvat echter niet het legaat.[90] Ook de door de Hoge Raad aangevoerde stelling dat de woorden 'regt om de gelegateerde zaak te vorderen' in art. 1005 OBW, een vertaling van de woorden 'droit à la chose léguée' in art. 1014 Code Civil zouden zijn, zodat een zakelijk recht aan een legaat moet worden toegekend, wordt aangevallen. Aangevoerd wordt in de literatuur dat art. 1005 OBW op alle, zuivere en onvoorwaardelijke (d.w.z. niet afhankelijk van de vervulling van een opschortende voorwaarde) legaten ziet, dus ook op legaten van naar de soort bepaalde goederen. Deze laatstgenoemde legaten kunnen, zoals eerder uiteengezet, per definitie geen

84 Asser/Meijers 1915, p. 362.
85 Zie Lokin & Zwalve 2006, p. 305-306.
86 Zie Asser/Meijers 1915, p. 363.
87 Asser/Meijers 1915, p. 362 en Völlmar 1942, p. 594.
88 Asser/Meijers 1915, p. 363-364.
89 Zie o.a. Asser/Meijers 1915, p. 363-364 en Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 179.
90 Asser/Meijers 1915, p. 363 en Völlmar 1942, p. 595.

zakelijke werking hebben, dus daar kan art. 1005 OBW dan ook niet op doelen.[91] Tevens wordt opgemerkt dat in art. 1005 OBW is opgenomen dat 'het regt om de gelegateerde zaak te vorderen' overgaat 'op zijne erfgenamen of regtverkrijgenden', hetgeen bij een legaat als wijze van eigendomsverkrijging een zinloze toevoeging zou zijn.[92]

In de praktijk werd dan ook de doctrine van de persoonlijke werking van het legaat gevolgd en niet de leer van de Hoge Raad. Hoewel meestal de rechtspraak en niet de doctrine wordt gevolgd, is het feit dat het in dit geval anders is niet opmerkelijk omdat juist de doctrine aan de uitkering van het legaat hogere eisen stelt dan de leer van de Hoge Raad. Aangezien bij de doctrine een levering vereist is en bij de leer van de Hoge Raad niet, zou de notaris door te voldoen aan de zwaarste eisen, in elk geval ook voldoen aan de lichtste eisen. Baat het niet, schaadt het niet. De akte houdende afgifte van het legaat van een onroerend goed werd dan ook door (bedachtzame) notarissen opgemaakt en ingeschreven bij het hypotheekkantoor in verband met de publiciteit.[93] Suijling en Dubois merkten in 1931 al op dat deze voorzichtigheid gewenst is aangezien men rekening dient te houden met een kentering van de jurisprudentie van de Hoge Raad.[94] Zij voorzagen dat de Hoge Raad de gekozen leer niet kon volhouden: '*Als onze cassatierechter eens te oordeelen kreeg over een testament, waarbij de erflater zijn crediteur een hypotheek op een door hem nagelaten huis legateerde, zou de eerbied die ons hoogste rechtscollege voor zijn gevestigde rechtspraak pleegt te betoonen, toch waarschijnlijk op een te zware proef worden gesteld. Of zou de H.R. zich niet driemaal bedenken, vóór hij verklaarde, dat een hypotheek, bij wege van legaat, buiten de artt. 1224 en 1231 om gevestigd kan worden? En, gesteld dat onze hoogste rechter deze uitspraak niet voor zijne rekening durfde te nemen, zou hij zijn arresten van 1861 en 1881 verloochend hebben, want de artt. 1224 en 1231 bepalen zich ertoe, ten aanzien van de vestiging van hypotheken, d.i. een zgn. constitutieve overdracht van recht, den algemeenen regel uit te werken, dat behalve onder algemeenen titel rechten niet dan krachtens levering overgaan.*'[95]

3.3.4 Hoge Raad volgt algemeen aanvaarde opvatting

Na de arresten van 1861 en 1881, waaruit werd afgeleid dat door de Hoge Raad de leer van de eigendomsverkrijging werd gevolgd, duurde het nog tot 1983 (en 1984) voordat de Hoge Raad zich opnieuw over deze strijdvraag heeft uitgelaten. In de tussentijd waren steeds meer auteurs, zoals in de vorige paragraaf beschreven, de leer gaan volgen dat het legaat slechts een titel voor

91 Asser/Meijers 1915, p. 363 en Völlmar 1942, p. 595.
92 Asser/Meijers 1915, p. 363.
93 Pitlo 1957, p. 159.
94 Suijling/Dubois 1931, p. 436.
95 Suijling/Dubois 1931, p. 436-437.

de levering verschafte en niet volstaan kon worden met een feitelijke afgifte. Inmiddels werd in het ontwerp voor het NBW ook voorgesteld om het legaat slechts een titel voor de levering te laten zijn (art. 4.4.2.1 NBW, thans art. 4:117 BW). Advocaat-Generaal Ten Kate was in 1977 echter niet ervan overtuigd dat de Hoge Raad nog zou terugkomen op de in de arresten van 1861 en 1881 neergelegde leer: '*Aangezien geen zekerheid bestaat in hoeverre in de praktijk naar de genoemde arresten uit 1861 en 1881 is gehandeld en in hoeveel gevallen de op die grond aangenomen rechtsovergang ingevolge legaat bij een omgaan van Uw Raad alsnog niet tot stand zal blijken te zijn gekomen, acht ik het overigens de vraag, of Uw Raad in afwachting van de invoering van Boek 4 NBW nog op deze rechtspraak zal terugkomen.*'[96] Ook Procureur-Generaal Berger betwijfelt of de Hoge Raad tot een ommezwaai komt in zijn conclusie voor het arrest waarin de Hoge Raad juist expliciet zal beslissen dat een legaat slechts een verbintenis tot levering van de zaak in het leven roept. Berger meent namelijk dat '(…) *[a]angezien de invoering van Boek 4 NBW inmiddels ruim zes jaar dichterbij is gekomen en bovendien een overgangsbepaling met betrekking tot de rechten die niet tot stand zullen blijken te zijn gekomen vooralsnog ontbreekt, lijkt het mij onwaarschijnlijk en ook niet raadzaam dat Uw Raad nog op bovenstaande rechtspraak zal terugkomen.*'[97]

In een arrest van de Hoge Raad uit 1983 valt voor het eerst af te leiden dat de Hoge Raad afstand neemt van de leer van de eigendomsverkrijging en door de Hoge Raad – in de woorden van annotator Kleijn – '*duidelijk bij de moderne doctrine in het NBW aansluiting* [is] *gezocht*'.[98] De Hoge Raad overweegt namelijk dat '(…) *eigendomsoverdracht (…) nodig is voor de uitvoering van een legaat van een verpacht goed.*'[99]

In het arrest van 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374, maakt de Hoge Raad in algemene zin definitief duidelijk dat een legaat, ondanks eerdere andere rechtspraak, enkel een titel voor de eigendomsverkrijging is. Tevens probeert de Hoge Raad tegemoet te komen aan overgangsproblemen die kunnen spelen bij een 'ommezwaai' in de jurisprudentie. De relevante overweging van de Hoge Raad, waarin deze definitief de strijdvraag beantwoordt of het legaat – in de Romeinsrechtelijke terminologie (zie hoofdstuk 2) – een vindicatie- of damnatielegaat is, luidt: '*Het Hof is ten onrechte ervan uitgegaan dat bij legatering van een bepaalde zaak de eigendom daarvan van rechtswege op de legataris overgaat. In overeenstemming met een reeds lang algemeen aanvaarde opvatting moet immers worden aangenomen dat een zodanig legaat slechts een verbintenis tot levering van de zaak in het leven roept. Daaraan kan niet afdoen dat de HR in de vorige eeuw anders heeft geoordeeld en dat dit van belang kan zijn voor de gevolgen die moeten*

96 Concl. A-G Ten Kate voor HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 616, p. 2070-2071.
97 Concl P-G Berger voor HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374.
98 Noot W.M. Kleijn bij HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 159.
99 HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 159.

worden toegekend aan legaten die zo lang geleden zijn opengevallen dat zij onder invloed van die rechtspraak niet tot een leveringshandeling hebben geleid.'[100]

Niet alle vragen over de werking van het legaat onder het oude recht waren met deze arresten beantwoord. Het gaat echter het bestek van dit hoofdstuk te buiten om op deze vraagpunten in te gaan of andere interessante 'zijwegen' te bewandelen. In een interessante tussenleer die bijvoorbeeld in de 'onzekere' periode tussen 1861 en 1983 werd ontwikkeld, werd verdedigd dat de eigendomsoverdracht van een bepaald gelegateerd goed niet nodig was als er was gelegateerd aan een legataris die tevens erfgenaam was. Volgens Asser/Meijers/Van der Ploeg zorgt de boedelscheiding van art. 1129 OBW (dat onder meer bepaalt dat iedere erfgenaam geacht wordt onmiddellijk te zijn opgevolgd in de hem toebedeelde goederen) er ook voor dat de erfgenaam direct voldaan wordt aangezien de erfgenaam onmiddellijk opvolgt in hetgeen de boedel aan de erfgenaam schuldig is. De scheiding werkt volgens hen declaratief zodat een nadere rechtshandeling, zoals de afgifte van een legaat aan een erfgenaam, niet nodig is als het legaat en het erfgenaamschap samenvallen.[101] In wezen draait het hier om de vraag of een legaat aan een erfgenaam volledig als een 'gewoon' legaat, verkregen onder bijzondere titel, werking heeft met de voor het legaat geldende specifieke wettelijke mogelijkheden en beperkingen. '*Het valt nu niet in te zien, waarom de erflater de bevoegdheid zou missen aan een erfgenaam bepaalde zaken te vermaken in dier voege, dat de bepalingen betreffende legaten van toepassing zullen zijn*', aldus Beekhuis in zijn annotatie bij HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126 (Schellens-arrest). Zoals ook in par. 2.3.5 is behandeld, zou volgens de Romeinsrechtelijke literatuur de werking van het legaat aan een erfgenaam (wat betreft de verkrijging als legataris) beperkt worden door de 'heredi-regel', die als volgt luidt: '*Een legaat kan niet aan een erfgenaam ten laste van hemzelf gegeven worden, wèl ten laste van een mede-erfgenaam.*'[102] De Hoge Raad lijkt volgens sommige auteurs echter het legaat aan een erfgenaam als een bijzonder (Romeinsrechtelijk) prelegaat te beschouwen, zijnde: 'het voorafnemingslegaat' (zie ook par. 2.3.5 en par. 5.6),[103] hetgeen inhoudt dat de erfgenaam/legataris dit prelegaat geheel als legataris onder bijzondere titel verkrijgt en dit vòòr de scheiding en deling uit de onverdeelde boedel dient te worden afgegeven.[104] Van een verdeling is dan geen sprake. Ook in het arrest HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 580 (erven Sanders) heeft de Hoge Raad overwogen dat erfgenaam/legataris Dirkje het onroerend goed na afgifte van het legaat niet heeft verkregen als opvolgster onder algemene titel maar als

100 HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374, r.o. 3.1.
101 Asser/Meijers/Van der Ploeg 1976, p. 322.
102 Iust. Dig. 30, 116 (Florentinus, Instituten XI): (…) Heredi a semet impso legatum dari non potest, a coherede potest.
103 Pleysier 2010, p. 304-309. Vgl. ook Van der Ploeg 1984, p. 285-289.
104 Zie HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126.

legataris tegen inbreng, dus onder bijzondere titel.[105] Kleijn merkt op dat de hierboven vermelde 'tussenleer' hiermee door de Hoge Raad is verworpen omdat een legaat, ook al is het vermaakt aan een persoon die tevens erfgenaam is, weldegelijk moet worden afgegeven.[106]

Een onopgelost vraagstuk bleef de vraag of onder het oude recht de levering van het gelegateerde onroerend goed door een bijzondere notariële akte van afgifte moest geschieden of dat de levering ook mogelijk was via overschrijving van een afschrift van het testament met het daarin opgenomen legaat.[107] Advocaat-Generaal Ten Kate merkt in zijn conclusie voor HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 616, op dat er ter uitvoering van het legaat van een onroerend goed in de notariële praktijk een akte van overdracht wordt opgemaakt en overschreven. Volgens hem kan daar ook een bijzonder belang bij betrokken zijn, bijvoorbeeld als gelegateerde grond nader afgebakend moet worden van grond die aan de erfgenamen verblijft.[108] Ook op dit punt kon toen gekeken worden naar de oplossing in het NBW. In het NBW valt in art. 3.4.3.4 lid 1 (thans: art. 3:89 lid 1 BW) te lezen dat (cursivering, GGBB): 'De voor overdracht van onroerende zaken vereiste levering geschiedt door een *daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte*, gevolgd door de inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers. Zowel de verkrijger als de vervreemder kan de akte doen inschrijven.'

3.4 Wat kan gelegateerd worden?

3.4.1 Algemeen wettelijk kader

Tot slot van dit hoofdstuk wordt in grote lijnen behandeld welke zaken gelegateerd kunnen worden. In het bijzonder komt de vraag aan bod of ook andermans zaken onderwerp van de beschikking kunnen zijn. Deze vraag wordt ook beknopt behandeld voor gelegateerde goederen die in een (huwelijksgoederen)gemeenschap vallen. Tevens wordt uiteengezet wat de situatie is als het gelegateerde goed aan de erfgenaam of legataris toebehoort.

De voor deze paragraaf van belang zijnde wetsartikelen uit het Burgerlijk Wetboek 1838 worden voor de duidelijkheid hieronder opgenomen.

Over de mogelijkheid om andermans zaken te legateren, wordt het volgende in de artikelen 1013 en 1014 OBW bepaald.

---

105 HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 580, r.o. 3.2.
106 Punt 2 van noot W.M. Kleijn bij HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 159.
107 Punt 2 van noot W.M. Kleijn bij HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374.
108 Concl. A-G Ten Kate voor HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 616, p. 2070-2071.

Artikel 1013: '*Wanneer de erflater eenig bepaald goed van een ander gelegateerd heeft, zal dit legaat nietig zijn hetzij de erflater al dan niet geweten hebbe dat dit goed hem niet toebehoorde.*'

Artikel 1014: '*De bepaling van het vorige artikel belet echter niet dat aan den erfgenaam of legataris, als voorwaarde, de verpligting kan worden opgelegd om aan derden zekere uitkeeringen uit zijne eigene goederen te doen, of schulden kwijt te schelden.*'

In het vervolg van het hoofdstuk zal blijken dat voor de vraag naar de mogelijkheid om andermans zaken te kunnen legateren, het onderscheid tussen het legaat en de last (zie ook par. 3.2.2) van belang is.

Voor de vraag naar het legateren van onbepaalde zaken, zijn de volgende artikelen relevant.

Artikel 1015: '*Legaten van onbepaalde zaken, doch van een zeker geslacht, zijn bestaanbaar, hetzij de erflater zoodanige zaken hebbe nagelaten of niet.*'

Artikel 1016: '*Wanneer het legaat in eene onbepaalde zaak bestaat, is de erfgenaam niet verpligt de beste soort te geven, maar hij kan ook met afgeven der slechtste niet volstaan.*'

Voor het legateren van een goed dat zich in de huwelijksgoederengemeenschap bevindt, bepaalt artikel 950 OBW:
'*Echtgenooten kunnen, ten opzigte van de goederen welke in gemeenschap zijn, niet verder beschikken dan over het aandeel dat ieder hunner in de gemeenschap heeft. Indien echter eenig goed uit de gemeenschap is gemaakt, kan de legataris hetzelve niet in natura vorderen, indien dat goed niet aan de erfgenamen van den erflater is aanbedeeld. In dat geval, wordt de legataris schadeloos gesteld uit het aandeel in de gemeenschap, aan de erfgenamen van den erflater aangekomen, en, bij ongenoegzaamheid, uit de goederen aan die erfgenamen persoonlijk toebehoorende.*'

Met betrekking tot gelegateerde goederen die ontbreken, zijn de volgende wetsbepalingen relevant:

Artikel 1043: '*Alle vervreemding, zelfs bij verkoop, met vermogen van weder-inkoop, of bij verruiling, welke de erflater van het gelegateerde goed, geheel of gedeeltelijk, doet, zal de herroeping van het legaat, ten aanzien van al wat vervreemd of verruild is, met zich brengen; ten ware het vervreemde goed in des erflaters boedel mogt zijn teruggekeerd.*'

Artikel 1046: '*Een legaat vervalt, wanneer het gelegateerde goed, bij het leven van den erflater, geheel is te niet gegaan.*

Hetzelfde heeft ook plaats, indien het goed, na zijnen dood, zonder toedoen of schuld van den erfgenaam of van andere personen, door welke het legaat verschuldigd is, te niet is gegaan, ofschoon deze mogten hebben verzuimd dat goed op zijn tijd uit te keeren, wanneer het, in handen van den legataris geweest zijnde, eveneens zoude zijn te niet gegaan.'

Artikel 1047: '*Een legaat van eene rente, inschuld of andere schuldvordering op eenen derde, vervalt ten aanzien van hetgeen gedurende het leven van den erflater daarop mogt zijn betaald.'*

3.4.2 Het legaat van bepaalde zaken van een ander (art. 1013 OBW)

In hoofdstuk 2 is beschreven dat het in het Romeinse recht bij een legaat van andermans zaak voor de geldigheid van belang was dat de erflater besefte dat de zaak van een ander was. Als de erflater ten onrechte in de mening verkeerde dat de zaak hem toebehoorde, was het legaat ongeldig, tenzij de erflater deze zaak aan een zeer nauw verwant persoon had gelegateerd (een echtgenote of een andere soortgelijke persoon) aan wie de erflater de zaak ook zou hebben gelegateerd als hij zou hebben geweten dat de zaak van een ander was.[109] In beginsel werd het legaat dus ongeldig geacht als de overledene niet wist dat de zaak niet van hem was omdat de overledene, als hij geweten had dat de zaak van een ander was, de zaak wellicht niet had gelegateerd.[110] Er moest dus zijn gedwaald omtrent het eigendomsrecht, 'error in dominio'.

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 maakt in art. 1013 OBW geen onderscheid of de erflater al dan niet op de hoogte was dat het gelegateerde aan een andere toebehoorde. Het legaat van een bepaalde zaak van een ander was 'hetzij de erflater al dan niet geweten hebbe dat dit goed hem niet toebehoorde' in zijn algemeenheid nietig.[111]

Indien het gelegateerde bepaalde goed op het moment van het overlijden van de erflater niet tot de nalatenschap behoorde, was het nietig omdat het dan een legaat van een ander betrof. Het legaat werd wel geldig geacht als

109 Zie Iust. Cod. 6, 37, 10: (…) quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse.

110 Zie Iust. Inst. 2,20,4: (…) quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intellegendum est, si defunctus sciebat alienam rem ese, non et si ignorabat: forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. ('Onze uitspraak dat de zaak van een ander gelegateerd kan worden, moet aldus worden verstaan, dat zij geldt als de overledene wist dat het de zaak van een ander was, maar niet als hij dit niet wist: als hij geweten had dat zij van een ander was, had hij haar immers wellicht niet gelegateerd.')

111 Zie ook Diephuis 1858, p. 444.

het, hoewel het gelegateerde niet aan de erflater toebehoorde op het moment van het maken van het legaat, op het tijdstip van het overlijden aan de erflater toebehoorde.[112] Daarnaast verviel het legaat op grond van art. 1046 OBW als het tijdens het leven van de erflater teniet was gegaan. Als een vordering was gelegateerd, verviel deze ten aanzien van hetgeen daarop tijdens het leven van de erflater was betaald (art. 1047 OBW). Mocht het gelegateerde door de erflater zijn vervreemd, dan gold het legaat volgens art. 1043 OBW als herroepen.[113] Kleijn merkt in zijn noot bij HR 10 november 2000, *NJ* 2002, 363 over de wisselwerking tussen art. 1013 en art. 1043 OBW het volgende op: '*[a]rtikel 4:1013 BW koppelt de nietigheid van het legaat aan het geval van het gelegateerd zijn door de testateur van een goed van een ander, ongeacht of hij al dan niet wist dat het goed hem niet toebehoorde. Deze formulering lijkt meer gericht op het niet aanwezig zijn in het vermogen van de testateur tijdens het opmaken van het testament dan eerst op het moment van overlijden (…). De vervreemding van het gelegateerde goed na het maken van het testament wordt dan vervolgens behandeld in art. 4:1043 BW: deze vervreemding wordt dan als een herroeping van het legaat geduid, tenzij het goed in het vermogen van de testateur is teruggekeerd*.'

3.4.2.1 Het legaat van een gemeenschapsgoed

De vraag is wat onder het oude recht de situatie is als een gelegateerde zaak, los van de huwelijksgoederengemeenschap en de regeling in art. 950 OBW, in een gemeenschap valt en andere personen ook tot de zaak zijn gerechtigd. Bij Diephuis valt te lezen dat een dergelijk legaat '(…) *natuurlijk niet voor het geheel van waarde [is], omdat de zaak gedeeltelijk eene zaak van een' ander is, maar (…) het van waarde [is] voor zoo ver de zaak den erflater toebehoorde. De legataris kan dus in diens regten treden, en bekomt dan het onverdeeld aandeel in de gelegateerde zaak, ten ware deze bij het leven van den erflater verdeeld mogt zijn, in welk geval hij het deel kan vragen, dat den erflater is toegekend.*'[114] En in het geval dat het gelegateerde deel niet meer zou bestaan of aan de andere deelgenoten is toegedeeld, dan wordt het legaat volgens Diephuis als herroepen beschouwd op grond van art. 1043 OBW.[115] Op 26 november 1993 heeft de Hoge Raad in het arrest Ortgies-Kaat uitsluitsel gegeven over de geldigheid van een legaat van een goed dat ook aan anderen toebehoort: '*Een legaat met betrekking tot een tot de gemeenschap behorend goed is evenmin nietig ingevolge het bepaalde bij art. 4:1013. Het goed behoorde immers mede toe aan de erflater, zodat niet gezegd kan worden dat het in de zin van laatstgenoemde bepaling een goed is "van een*

112 Zie Asser /Meijers 1915, p. 368-369, Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 191 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 februari en 12 maart 1886, *W.* 5356. Anders Land die opmerkt dat de beoordeling of een goed van een ander is gelegateerd, dient plaats te vinden bij het maken van het legaat (Land 1902, p. 135).

113 Zie ook Asser/Perrick 1996, p. 155.

114 Diephuis 1858, p. 444.

115 Diephuis 1858, p. 444.

ander".'[116] Als de erflater medegerechtigde is, wordt in de redenering van de Hoge Raad dus geen goed van een ander gelegateerd zodat art. 1013 OBW niet toepasselijk is en het legaat niet nietig is.

Ook de beschikking bij legaat over een goed uit de huwelijksgoederengemeenschap is volgens het arrest Ortgies-Kaat van de Hoge Raad geldig en heeft dus rechtsgevolg: '*Wanneer een erflater die tot zijn overlijden met zijn enige erfgenaam deelgenoot was in een huwelijksgemeenschap, een recht heeft gelegateerd op een tot deze gemeenschap behorend goed, dan is dat legaat, niettegenstaande het bepaalde in de eerste volzin van art. 4:950 BW, voor het geheel geldig. Uit de tweede en derde volzin van die bepaling volgt dat een legaat dat een deelgenoot met betrekking tot een tot de gemeenschap behorend goed heeft gemaakt, rechtsgevolg heeft. Dat is volgens genoemde bepaling zelfs het geval wanneer het goed na het overlijden wordt toegedeeld aan een ander dan de erfgenaam of erfgenamen.*'[117]

Voor de duidelijkheid: het betreft in het bovenstaande steeds de vraag naar de *geldigheid* van het legaat onder oud recht en niet de vraag in hoeverre een deelgenoot gebonden is om het legaat uit te voeren.

Art. 950 OBW zou kunnen 'stimuleren' dat – bij achterlating van meer erfgenamen, waaronder eventueel de langstlevende echtgenoot – de erfgenamen en de langstlevende echtgenoot bij een verdeling kunnen samenspannen door de gelegateerde goederen aan de langstlevende echtgenoot toe te delen zodat sprake zou zijn van een ongeldig legaat van een goed van een ander in de zin van art. 1013 OBW. De wetgever heeft in art. 950 OBW tweede en derde volzin voor dat geval bepaald dat het legaat dan toch rechtsgevolg heeft, in die zin dat de legataris schadeloos gesteld dient te worden uit de nalatenschap in de vorm van een vergoeding van de waarde van de gelegateerde zaak.[118] In het eerder vermelde arrest Ortgies-Kaat zijn er echter niet meer erfgenamen en wordt het gelegateerde goed dan ook niet aan de andere deelgenoot van de gemeenschap *toegedeeld*. Art. 950 OBW, tweede en derde volzin, zijn dan ook letterlijk genomen niet van toepassing. Als een goed dat in de (huwelijksgoederen)gemeenschap valt aan een derde is gelegateerd, en de andere deelgenoot tevens enig erfgenaam is, dan is door het enig erfgenaamschap van de andere deelgenoot volgens de Hoge Raad geen verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap nodig (de onverdeeldheid is immers *automatisch* opgeheven). De tweede en de derde volzin van art. 950 OBW (over een schadeloosstelling als het gelegateerde niet aan de erfgenamen van de erflater is *toegedeeld* omdat de legataris het gelegateerde dan niet in natura kan vorderen) vinden dan ook geen toepassing. In dat geval is er voor de erfgenaam/deelgenoot geen beletsel om de wil van de erflater uit te voeren.[119] Deze enige erfgenaam

116 HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 260, r.o. 3.3. Zie ook HR 12 mei 1972, *NJ* 1973, 53.
117 HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 260, r.o. 3.3.
118 Zie ook Huijgen 1994, p. 114.
119 HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 260, r.o. 3.3.

is verplicht het legaat uit te voeren krachtens de saisine en kan niet volgens de derde volzin van art. 950 OBW volstaan met een waardevergoeding.[120] Dit is vergelijkbaar met het geval dat bijvoorbeeld door de erflater een koopoptie is verleend met betrekking tot een goed dat (deels al) aan de erfgenamen zelf toebehoorde. Zie hiervoor onder andere het arrest HR 23 juni 1989, *NJ* 1989, 732 (Erven Gaasbeek) waarin de Hoge Raad overweegt: '*Erfgenamen zijn als rechtsopvolgers onder algemene titel in beginsel gebonden aan door de erflater aangegane overeenkomsten en gehouden deze na te komen. Dit geldt ook voor een overeenkomst welke betrekking heeft op een goed dat aan de erflater, zijn erfgenamen en een of meer anderen gezamenlijk toebehoorde en welke door de erflater zonder de vereiste medewerking van de overige deelgerechtigden is gesloten. De omstandigheid dat de deelgerechtigden die niet erfgenaam zijn, de zonder hun medewerking gesloten overeenkomst niet tegen zich behoeven te laten gelden, staat aan de persoonlijke gebondenheid van de erfgenamen en hun verplichting tot nakoming of, zo nakoming niet mogelijk is, tot schadevergoeding niet in de weg.*'[121]

3.4.2.2 De nietigheid van het legaat van een goed van een ander

De geldigheid van het legaat heeft, naar ik meen, betrekking op de vraag of er een *verbintenis* ontstaat om het legaat af te geven. Bij een legaat van andermans goed speelt bovendien altijd het probleem dat de erflater goederenrechtelijk logischerwijs niet bevoegd is om over een zaak van een ander te beschikken. In art. 1013 OBW wordt een toepassing van de 'nemo plus iuris regel' gezien: omdat men niet over het goed van een ander *kan* beschikken, is het legaat nietig.[122] In tegenstelling tot het Romeinse recht is de bedoeling van de erflater (en zijn kennis of het gelegateerde wel of niet van hem is: de zogenoemde 'error in dominio' als het gelegateerde niet van hem blijkt te zijn) niet relevant. Het enige dat voor de geldigheid van het legaat van belang is, is of het gelegateerde zich op het tijdstip van het overlijden in de nalatenschap bevindt.[123] Land merkt echter op: '[d]*at niemand het recht heeft over een anders goed te beschikken, geef ik gaarne toe, maar daarin vind ik nog geen reden, waarom ook die verbintenis om de zaak te geven nietig moest zijn.*'[124] Suijling en Dubois kunnen zich voorstellen dat de wetgever de erflater alleen zijn erfgenamen

120 Verdedigd werd dat dit ook gold als de langstlevende echtgenoot de enige erfgenaam is; zie Asser/Perrick 1996, p. 158-159 en Megchelsen 1994, p. 29. In het na 2003 geldende erfrecht is expliciet opgenomen dat de echtgenoot bij een legaat ten laste van de huwelijksgemeenschap kan volstaan met uitkering van de waarde van het goed, zelfs al is de echtgenoot enig erfgenaam; art. 4:51 BW.

121 HR 23 juni 1989, *NJ* 1989, 732, r.o. 3.2.

122 Asser/Perrick 1996, p. 154; zie ook Klaassen/Eggens/Luijten 1989, p. 179. Zie tevens Asser/Meijers 1984, p. 154 waarin wordt opgemerkt dat art. 1043 OBW, over het vervallen van een legaat na vervreemding, dan overbodig is.

123 Zie Asser/Perrick 1996, p. 154.

124 Land 1902, p. 135.

wil laten binden voor gelegateerde goederen die zich in de nalatenschap bevinden. Dit laat volgens hen echter onverlet dat het voor de erflater ook mogelijk zou moeten zijn om een goed van een derde te vermaken met de bedoeling dat de erfgenamen zich dit gelegateerde goed dienen te verschaffen en aan de legataris dienen te geven.[125]

Waarom heeft de wetgever van 1838 het nodig gevonden om een legaat van andermans zaak ook verbintenisrechtelijk als nietig aan te merken? De nietigheid van het legaat van een bepaald goed van een ander, zoals opgenomen in art. 1013 OBW, valt te verklaren voor de situatie dat men aanvankelijk zakelijke werking aan het legaat toekende. De nietigheid van het legaat van andermans goed was dan een logisch uitvloeisel van de zakelijke werking omdat een niet-eigenaar geen directe eigendomsovergang van het gelegateerde kon bewerkstelligen.

In de memorie van toelichting staat over het legateren van andermans goed vermeld dat: '*[h]et legaat van een goed, aan een ander toebehoorende, is, volgens dat artikel, nietig, omdat niemand het regt heeft over eens anders eigendom te beschikken, en men door het overlijden geen meerder regt kan bekomen, dan men gedurende zijn leven zoude gehad hebben.*'[126] Over de mogelijkheid om tijdens leven over eigendom van een ander te beschikken, dient verwezen te worden naar art. 1507 OBW dat luidde: '*Koop en verkoop van eens anders goed is nietig, en kan tegen den verkooper grond opleveren tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien de kooper niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde.*' Deze bepaling, die gebaseerd was op art. 1599 van de Franse Code Civil, paste echter niet goed in het systeem van het Oud Burgerlijk Wetboek van 1838 waarin de wetgever juist brak met het Franse stelsel voor de overdracht. In de Code Civil had de Franse wetgever voor een systeem gekozen waarin de eigendom enkel door wilsovereenstemming van partijen overging (art. 711 en 1138 C.C.). Voor het Franse stelsel was dan ook behoefte aan de bepaling dat de koop en verkoop van andermans goed nietig was. In het OBW werd daarentegen gekozen voor het vereiste van ook een levering voor de eigendomsovergang. Het verbintenissenrecht eist niet dat de verkopende partij beschikkingsbevoegd is over het goed dat bij de overeenkomst wordt verkocht. De beschikkingsbevoegdheid komt bij de eigendomsoverdracht pas om de hoek kijken als er geleverd moet worden aangezien dit enkel door een beschikkingsbevoegde kan geschieden. Art. 1507 OBW leek dan ook nog ten onrechte uit te gaan van het Franse systeem zodat deze bepaling sterk gerelativeerd werd in de Neder-

125 Suijling/Dubois 1931, p. 437-438.
126 *Kamerstukken II* 1832/33, V, ondernummer 9, p. 434.

landse rechtspraak en weinig letterlijk werd genomen.[127] Art. 1507 OBW viel dan ook te beschouwen als een anomalie.[128]

Het nietig laten zijn van het legaat van een bepaald goed van een ander, kan men vergelijken met de de nietigheid van de koop en verkoop van andermans goed van art. 1507 OBW, zij het bij dode. Ik kan mij, gezien het bovenstaande, niet aan de indruk onttrekken dat de OBW-wetgever, op dezelfde wijze als in art. 1507 OBW, in art. 1013 OBW in wezen te veel het Franse overdrachtsstelsel heeft laten doorklinken. Hoewel het toepassingsgebied van art. 1507 OBW in de rechtspraak in de twintigste eeuw steeds verder werd ingeperkt, werd art. 1013 OBW over het legateren van andermans goed echter geen dode letter. Dit kan wellicht verklaard worden doordat, zoals eerder vermeld, het bij een legaat gedurende lange tijd (tot de jaren tachtig van de twintigste eeuw) ter discussie stond of er nog geleverd diende te worden of dat het legaat zelf al zakelijke werking had.

Tot slot kan niet onvermeld blijven dat Van der Ploeg de heersende leer – dat art. 1013 OBW in verband staat met de zakenrechtelijke regel dat men niet over andermans goed kan beschikken en het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap van belang is om te beoordelen of de erflater een legaat aan een ander toebehorend heeft gelegateerd – al in 1964 in twijfel trekt: '*In deze opvatting is art. 1043 B.W., wanneer we daarin lezen een vervallen van het legaat door de vervreemding, totaal overbodig. Art. 1013 B.W. overlapt dan art. 1043 B.W. Een interpretatie van art. 1043 B.W., die het tot een overbodig voorschrift verklaart, kan men bezwaarlijk zinvol noemen.*'[129] Van der Ploeg ziet in navolging van het Franse recht in art. 1013 OBW een aansporing voor de testateur om zich duidelijk uit te spreken opdat bekend wordt of hij al dan niet wist dat de zaak aan hem toebehoorde. Van nietigheid van het legaat is volgens Van der Ploeg dan alleen sprake als de erflater op het moment van het maken van het testament niet wist dat het goed hem niet toebehoorde. Wist hij wel dat het andermans goed betrof, dan diende hij de route van het in de volgende paragraaf te bespreken art. 1014 OBW te bewandelen en te spreken van een 'last'. Sprak hij echter per ongeluk van een 'legaat', dan kon het legaat geconverteerd worden in een last.[130] Van der Ploeg: '*Het voorgaande laat naar mijn mening geen andere konklusie toe dan dat art. 1013 B.W. moet worden betrokken op het ogenblik van het maken van het legaat en derhalve niet uitspreekt het vervallen van het legaat wegens het niet aanwezig zijn van de gelegateerde zaak in de nalatenschap. Het kan daarom niet worden aangevoerd tegen de leer die in art. 1043 B.W. een voorschrift leest omtrent het vervallen van het legaat.*'[131] Uiteindelijk wordt dan

127 Zie HR 29 mei 1981, *NJ* 1982, 25, m.nt. CJHB (Ilgün/Türk). Zie uitgebreid over de rechtshistorie van art. 1507 OBW Jansen 1998, p. 37-54.
128 Asser/Hijma 5-I 2007/204.
129 Van der Ploeg 1964b, p. 347.
130 Van der Ploeg 1964b, p. 348 en Asser/Meijers/Van der Ploeg 1984, p. 155.
131 Van der Ploeg 1964b, p. 349.

weer door Van der Ploeg aangesloten bij het Romeinsrechtelijke uitgangspunt dat beslissend voor de geldigheid van de legaat (of het in een last geconverteerde legaat) was of de testateur wist dat het goed hem al dan niet toebehoorde.[132]

De bedoeling van de wetgever met art. 1013 OBW blijft hoe dan ook omgeven met de nodige onduidelijkheden. Van der Ploeg constateert dan ook dat zijn verhandeling over het legaat van een zaak, die zich ten sterfdage niet in de nalatenschap bevindt, vanuit praktisch standpunt bekeken van weinig nut is: '*Echter zij heeft dan toch in ieder geval nut ten aanzien van een andere vraag. Zij toont aan hoe gebrekkig ons B.W. ten aanzien van de gestelde problemen geredigeerd is en hoezeer we niet boven de geschiedenis uitkomen. Het zijn meer raadsels dan regels die de wet geeft.*'[133] Voor het nieuwe erfrecht, dat in de volgende hoofdstukken zal worden behandeld, zijn er bovendien aldus Van der Ploeg lessen uit het oude recht gehaald: '*Wanneer we tegenover deze raadsels de regel van art. 4.3.1.10a van het gewijzigd ontwerp van het nieuwe B.W.* [thans art. 4:49 BW; GGBB] *stellen, dan zien we hoezeer er verbetering is. De aan de vervreemding van het gelegateerde zaak verbonden stilzwijgende herroeping is geschrapt, de bepaling omtrent de nietigheid van het legaat van een ander is verdwenen. In plaats daarvan vinden we uitgesproken, dat het legaat van een bepaald goed vervalt, indien het bij het openvallen der nalatenschap daartoe niet behoort. Natuurlijk zijn hiermede niet alle problemen van de baan. (…) Vragen zullen er altijd blijven bestaan. Doch zelfbeperking is geboden: le mieux est l'ennemi du bien.*'[134]

3.4.3 Zaken die toebehoren aan de erfgenaam of legataris (art. 1014 OBW)

In de vorige paragraaf is beschreven dat legaten van bepaalde zaken van een ander nietig zijn op grond van art. 1013 OBW. De erflater is bovendien niet bevoegd om over zaken van een ander te beschikken (in de zin van vervreemden en bezwaren). Hetzelfde zal na het overlijden van de erflater gelden voor zijn erfgenamen. Anders is het met zaken die aan de erfgenaam of legataris zelf toebehoren. Over deze zaken kan de erfgenaam of legataris beschikken en deze kunnen dus door hen geleverd worden. In hoeverre kan de erflater iets bepalen over zaken die aan een ander (te weten een erfgenaam of legataris zelf) toebehoren? De wetgever heeft hieraan een wetsbepaling gewijd, te weten art. 1014 OBW dat luidt: '*De bepaling van het vorige artikel belet echter niet dat aan den erfgenaam of legataris, als voorwaarde, de verpligting kan worden opgelegd om aan derden zekere uitkeeringen uit zijne eigene goederen te doen, of schulden kwijt te schelden.*'

132 Van der Ploeg 1964b, p. 348-349.
133 Van der Ploeg 1964b, p. 349.
134 Van der Ploeg 1964b, p. 349.

Het legaat van een zaak van de erfgenaam of legataris blijft nietig, tenzij de zaak bij wijze van uitzondering op de in art. 1014 OBW toegelaten wijze (namelijk als een aan een erfstelling of legaat verbonden voorwaarde) is vermaakt.[135] Wordt via art. 1014 OBW alsnog de mogelijkheid gecreëerd om een zaak van een ander te 'legateren'? Diephuis merkt hierover, mijns inziens terecht, op: '*In zekeren zin wordt hier ook wel eens anders goed gelegateerd, maar de erflater matigt zich eigenlijk daarover geene magt aan; hij kan niet gezegd worden daarover te beschikken. Hij verbindt slechts aan zijne erfstelling, of aan zijn legaat, eene voorwaarde of last; en gelijk hij daaraan iedere andere geoorloofde voorwaarde kan verbinden, zoo kan hij ook deze voorwaarde stellen. Het blijft natuurlijk aan den erfgenaam of legataris overgelaten, of hij onder die voorwaarde de erfstelling of het legaat wil aanvaarden; maar doet hij dit, dan neemt hij daardoor de verpligting op zich om de voorwaarde te vervullen, en is hij het dus zelf, die over zijne zaak beschikt. Alleen als voorwaarde kan dus zoodanig legaat gemaakt worden, en teregt merkt daarom De Pinto aan, dat alles hier aankomt op de woorden, door den erflater gebezigd.*'[136] Ook de wetgever is van oordeel dat in de eigenlijke zin geen goed van een vreemde wordt weggemaakt: '*Het is geoorloofd (zeide de Regering) eene erfstelling of een legaat te maken, onder voorwaarde dat de erfgenaam of legataris eenig aan hem toebehorend goed aan den ander' schenke, doch in dat geval wordt, in den eigenlijken zin, het goed van eenen vreemden niet weggemaakt, maar alleen de erfstelling of het legaat, van eene geoorloofde voorwaarde afhankelijk gesteld.*'[137] Deze opvatting lag ten grondslag aan het opnemen van art. 1014 OBW.

Vervolgens kan men zich afvragen hoe de aan de erfgenaam of legataris opgelegde verplichting kan worden gekwalificeerd. Land wijst vooral op het woord 'verpligting' en schrijft: '*Dat eene "voorwaarde", dat ook een last van die strekking kan worden opgelegd, spreekt van zelf, maar daaruit zou geen eigenlijke "verplichting" voortvloeien, en toch dat woord wordt hier gebruikt. Erkennen wij nu echter, dat hier een werkelijke verplichting jegens de "derden" ontstaat, dan blijft voor dit geval van den regel van art. 1013 weinig over; het legaat van het goed des erfgenaams wordt dan geldig, mits men het noeme "de verplichting, als voorwaarde, die uitkeering uit zijn goederen te doen".*'[138] Is hier sprake van een legaat in de zin van art. 1004 OBW, van een last of van iets anders? Zoals in paragraaf 3.2.2 is beschreven, is onder het oude recht veel discussie geweest over het verschil tussen een legaat en last. Dit verschil werd nog lastiger geoordeeld toen de Hoge Raad in 1914 besliste dat een derdebevoordeelde bij een last een vordering tot nakoming van de last heeft tegen degene aan wie door de erflater de verplichting is opgelegd.[139] De wet erkent namelijk, aldus de Hoge Raad, het recht van de bevoordeelde in art. 1014 OBW en de wetgever hanteert onder

135 Zie Diephuis 1858, p. 445.
136 Diephuis 1858, p. 445.
137 Voorduin 1838, p. 181 (wetsgeschiedenis art. 1013 BW).
138 Land 1902, p. 136.
139 HR 27 maart 1914, *W* 9649, *NJ* 1914, 622.

andere blijkens art. 934 OBW[140] als leidraad dat bij uiterste wil gemaakte beschikkingen zoveel mogelijk 'gevolg' moeten hebben. Er is volgens de Hoge Raad een uitdrukkelijke wetsbepaling nodig om bij een door de wet erkend recht van de derdebevoordeelde aan een dergelijke bevoordeling de vordering tot nakoming te ontzeggen.[141] Meijers is echter niet van het gelijk van de Hoge Raad overtuigd en vraagt zich bij dit arrest af waar het verschil tussen de volgens art. 1014 OBW geoorloofde last en het volgens art. 1013 OBW verboden legaat van goederen van de erfgenaam is gebleven. Ook tekent hij aan dat art. 1051 OBW over de vervallenverklaring bij het niet uitvoeren van de voorwaarde, niet nodig is als een lastbevoordeelde een vordering tot nakoming heeft. '*De opvatting van den H.R. heeft tot gevolg, dat de nakoming van een last door twee acties beschermd wordt, een legaat slechts door één*', aldus Meijers.[142]

Geconcludeerd lijkt te kunnen worden dat art. 1014 OBW ziet op een verplichting die gekwalificeerd kan worden als een last ten behoeve van een derdebevoordeelde (making onder een last). Aangezien deze derdebevoordeelde een recht tot nakoming heeft, is er materieel gezien weinig verschil met een legaat. '*Artikel 1014 veroorlooft dus niet wat zijn voorganger, artikel 1013, verbiedt, maar staat een legaat van eens andermans zaak toe mits gegoten in den vorm van een last*', zo valt te lezen in Veegens/Oppenheim.[143] Of de beschikking geldig is, hangt dus af van de gekozen bewoordingen: '*Heeft de erflater bijvoorbeeld aan A het beschikbaar gedeelte zijner nalatenschap vermaakt en aan B kwijtschelding verleend voor zijne schuld aan A, dan is dit legaat aan B nietig; maar de erflater kan zijn doel bereiken door A tot zijnen erfgenaam in te stellen mits deze aan B zijne schuld kwijtschelde, hetgeen nu moet geschieden, wanneer de making door A aanvaard wordt.*'[144] Pitlo acht art. 1014 OBW te beperkt omdat dit vergeet te noemen dat ook een plicht aan de erfgenaam of legataris kan worden opgelegd om een aan een derde toebehorend goed uit te keren. De met de last bezwaarde erfgenaam of legataris is dan volgens Pitlo verplicht de zaak eerst van de derde te kopen.[145] In Asser/Perrick wordt echter verdedigd dat een dergelijke last (in het licht van de uiterste wilsbeschikking als hoogstpersoonlijke rechtshandeling en het verbod om de beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander) onder het oude recht rechtskracht mist omdat deze last afhankelijk is van de bereidheid van de eigenaar van het goed om dit aan de met de last bezwaarde erfgenaam of legataris af te staan.[146]

---

140 Art. 934 OBW luidt: '*In zoodanig geval, moeten ook de bewoordingen worden opgevat in den zin die met den aard der beschikking en derzelver onderwerp het meest overeenkomt, en bij voorkeur in dier voege dat de beschikking eenige uitwerking of gevolg hebbe.*'

141 HR 27 maart 1914, *W* 9649, *NJ* 1914, 622.

142 Aantekening 1 bij HR 27 maart 1914, *W* 9649.

143 Veegens/Oppenheim 1925, p. 369.

144 Veegens/Oppenheim 1925, p. 369.

145 Pitlo 1957, p. 167.

146 Asser/Perrick 1996, p. 154.

In de loop der tijd wordt om te beoordelen of van een last of legaat sprake is, verdedigd dat ook gekeken mag worden naar de bedoeling van de erflater en niet alleen naar diens woorden.[147] Aan de wilsverklaring moeten immers zo veel mogelijk rechtsgevolgen worden verbonden.[148] Zo wordt betoogd dat als de erflater wist dat de gelegateerde zaak bij het overlijden hem niet zou toebehoren, dit als legaat ongeldig is (art. 1013 OBW), maar dit wel als een last geïnterpreteerd kan worden (op grond van art. 1014 OBW). Dit is weer niet het geval als de erflater bij het maken van het testament niet heeft geweten dat hij de zaak niet zou nalaten.[149] In wezen wordt dan, zoals in de vorige paragraaf is besproken, aangesloten bij het uitgangspunt van het Romeinse recht, waarbij het van belang was of de testateur geweten heeft dat de zaak wel of niet aan hem toebehoorde. Perrick pleit echter niet voor het uitrekken van de beschikking door uitleg, maar voor conversie van een nietig legaat in een last.[150]

3.4.4 Het legaat van onbepaalde zaken (art. 1015 OBW)

Voor legaten van onbepaalde zaken van een zekere soort, geldt dat deze op grond van art. 1015 OBW geldig zijn, ook al heeft de erflater ze niet nagelaten. De erfgenaam kan deze zaken immers altijd nog verschaffen. Een voorbeeld hiervan dat het vaakst zal voorkomen is een legaat van een geldsom. Dit legaat is dus geldig, ook al zijn er geen liquide middelen (meer) aanwezig in de boedel.[151] Om te bezien of het legaat geldig is, is dus van belang om te kijken of er een bepaald goed (mijn woonhuis) of een naar soort bepaald goed (1 kilo tarwe) is gelegateerd. Bijvoorbeeld: '*Legateert A een huis aan X, dat op het ogenblik van A's overlijden van B is, dan is dit legaat nietig. Maar geldig is het legaat van A aan X ten bedrage van een mud tarwe, terwijl A geen korrel van dit nuttige gewas nalaat. Het legaat legt dan de erfgenaam de plicht op zich een mud tarwe aan te schaffen teneinde aan het legaat te voldoen. Inhoudsloos is het legaat van alle tarwe die men na zal laten, als men geen tarwe nalaat. Nu is het voorwerp van het legaat immers niet meer een bepaalde hoeveelheid generieke zaken, maar een bepaalde zaak: hetgeen in mijn pakhuis ligt*.'[152]

147 Zie o.a. Klaassen/Eggens 1931-1933, p. 192-193 en Pitlo 1957, p. 167. Opgemerkt wordt tevens dat in Klaassen/Eggens verdedigd wordt dat art. 1013 en 1014 OBW overbodig zijn als de door hen gevolgde karakterbepaling van het legaat en de last (de verbintenis vormt een legaat als de verplichting op de erfgenamen als zodanig rust en anders is het een last; zie ook par. 3.2.2) wordt onderschreven.
148 Pitlo 1957, p. 167.
149 Pitlo 1957, p. 167.
150 Asser/Perrick 1996, p. 155.
151 Klaassen/Eggens/Luijten 1989, p. 179-180.
152 Pitlo/Van der Burght 1997, p. 199.

Art. 1016 OBW bepaalt aanvullend dat als een onbepaalde zaak is gelegateerd die de erflater niet heeft nagelaten, de met het legaat bezwaarde erfgenaam of legataris niet verplicht is de beste soort aan te schaffen, maar hij kan ook niet volstaan met het afgeven van de slechtste soort. De keuze is aan de bezwaarde erfgenaam of legataris, tenzij de erflater uitdrukkelijk anders heeft bepaald. Hij kan bijvoorbeeld in zijn testament opnemen dat de beste soort wordt gelegateerd of dat de legataris de bevoegdheid heeft om de soort te bepalen.[153] Als er sprake is van een alternatieve verbintenis, geldt art. 1309 OBW zodat de keus aan de schuldenaar toekomt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de erflater een van zijn auto's heeft gelegateerd zonder te bepalen welke auto. Art. 1016 OBW geldt dan niet omdat er geen sprake is van een soortverplichting.[154]

3.5 TOT SLOT

In dit hoofdstuk is het legaat onder het Burgerlijk Wetboek van 1838 (OBW) aan bod gekomen. Het legaat werd in art. 1004 OBW gedefinieerd als: '(…) *eene bijzondere beschikking, waarbij de erflater aan een of meer personen zekere bepaalde goederen geeft, of wel alle zijne goederen van eene zekere soort; als, bij voorbeeld alle zijne roerende of onroerende goederen, of het vruchtgebruik van alle of van een gedeelte zijner goederen.*' Deze definitie van het legaat wees volgens Diephuis te veel op het voorwerp van hetgeen gelegateerd kan worden en te weinig op het wezen daarvan dat hij beschrijft als '(…) *eene uiterstewils-beschikking, waarbij iemand aan een of meer personen een bepaald voordeel toezegt, en waaraan na zijn overlijden door zijne erfgenamen of een hunner, of door een anderen legataris, gevolg moet worden gegeven.*'[155]

In het oude recht was het voorts lastig om het legaat van de (niet wettelijk geregelde) last te onderscheiden, vooral ook omdat gedurende lange tijd onzekerheid bestond wat het legaat zelf inhield: verschafte het enkel een vorderingsrecht of had het zakelijke werking? In 1984 maakte de Hoge Raad in algemene zin definitief duidelijk dat een legaat, ondanks eerdere andere rechtspraak, enkel een titel voor de eigendomsverkrijging is.[156] Doordat de Hoge Raad aan de last ten behoeve van een derde (een bepaald persoon) een persoonlijke actie tot nakoming had gegeven, toonde een dergelijke derden-bevoordelende-last een zeer nauwe verwantschap met het legaat.[157] In de literatuur bestond dan ook discussie over de vraag of het onderscheid tussen een legaat en de last werd bepaald door de inhoud van de verplichting of kon

153 Asser/Perrick 1996, p. 160-161.
154 Klaassen/Eggens/Luijten 1989, p. 180-181.
155 Diephuis 1883, p. 401.
156 HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374.
157 HR 27 maart 1914, *NJ* 1914, 622.

worden gekarakteriseerd door de persoon van de debiteur aan wie zij wordt opgelegd.[158]

In het komend hoofdstuk zal de parlementaire geschiedenis beschreven worden van de totstandkoming van de huidige definitie van het legaat en de afbakening tussen het legaat en de testamentaire last.

158 Zie bijv. Asser/Meijers 1976, p. 95.

4 Naar een nieuw Burgerlijk Wetboek

Het legaat als uiterste wilsbeschikking waarin een vorderingsrecht wordt toegekend

4.1 Inleiding

Alvorens de huidige regeling van het legaat in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek te bespreken, wordt in dit hoofdstuk beknopt beschreven welke lotgevallen het legaat heeft meegemaakt in de achtereenvolgende wetsontwerpen voor het nieuwe erfrecht. Hiermee wordt getracht uiteindelijk tot een volledig beeld te komen ten aanzien van welke punten en waarom de wetgever met het in 2003 in werking getreden nieuwe erfrecht is afgeweken van het Burgerlijk Wetboek 1838 (zie hoofdstuk 3) en van de in de tussentijd gemaakte ontwerpen voor een nieuw Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.

4.2 Het legaat in het Ontwerp-Meijers

Zeven jaar nadat Meijers bij Koninklijk Besluit de opdracht had gekregen een nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen, bood hij in 1954 zijn ontwerp voor de tekst van de Boeken 1 tot en met 4, met hierop een toelichting, aan de Koningin aan.[1] Het erfrecht werd opgenomen in Boek 4, direct volgend op het 'vermogensrecht in het algemeen' in Boek 3 en voorafgaand aan de behandeling van de vermogensrechten in het bijzonder. In de Toelichting-Meijers wordt deze plaats gerechtvaardigd door te benadrukken dat het erfrecht een onderdeel van het recht is '(…) *dat niet een bepaald soort van vermogensrechten, maar het vermogen in zijn geheel betreft: het regelt de wijze, waarop een vermogen na dode op erfgenamen en andere bij testament bevoordeelde personen overgaat.*'[2]

Op 4 november 1954 werd het Ontwerp-Meijers, bijna geheel ongewijzigd, het regeringsontwerp voor Boek 4 (3771, nr. 2). Opvallend was allereerst de beknoptheid van het Ontwerp-Meijers: in totaal 132 wetsartikelen tegenover 257 artikelen van het toen geldende erfrecht.[3] Daarnaast viel het Ontwerp onder meer op door de versterking van de positie van de langstlevende echtgenoot/echtgenote aan wie een legitieme portie werd toegekend. De positie

---

1 De ontwerptekst van Boek 1-4 en de toelichting daarop werden opgenomen in twee zogenoemde 'Groene boeken'. Hierna worden deze aangehaald als de 'Tekst-Meijers' respectievelijk de 'Toelichting-Meijers'.

2 Toelichting-Meijers, p. 17.

3 Florijn 1994, p. 267.

van de langstlevende echtgenoot/echtgenote en de vraag of aan hem/haar een legitieme portie en/of een verzorgingsaanspraak dient te worden toegekend, heeft tot aan de inwerkingtreding van het uiteindelijke nieuwe erfrecht op 1 januari 2003 de discussie gedomineerd. Hieronder wordt beknopt beschreven hoe legaten in het Ontwerp-Meijers worden behandeld.

4.2.1 Het legaat en het verschil met de erfstelling en last

In het Ontwerp-Meijers worden de (algemene) bepalingen over legaten opgenomen in zeven artikelen in afdeling 2 ('Legaten') van Titel 4 ('Onderscheiden soorten van uiterste wilsbeschikkingen'). In artikel 4.4.2.1 Ontwerp-Meijers (hierna ook: OM) wordt het legaat gedefinieerd als: '(…) *een uiterste wilsbeschikking krachtens welke de erflater aan een of meer personen, hetzij bepaalde tot de nalatenschap behorende goederen, hetzij een bepaalde hoeveelheid naar de soort bepaalde goederen, hetzij een beperkt recht op alle goederen der nalatenschap of op een deel daarvan nalaat.*' In vergelijking met art. 1004 OBW wordt met de definitie van art. 4.4.2.1 OM, aldus de Toelichting-Meijers '(…) *met meer nauwkeurigheid gezegd, dat een bepaalde hoeveelheid van naar de soort bepaalde goederen kunnen gelegateerd worden en dus niet alleen alle goederen van een bepaalde soort.*'[4] Men kan dus bijvoorbeeld de helft van alle goederen van een bepaalde soort, of soortgoederen tot een maximumwaarde legateren.[5] Tevens wordt met deze formulering van het legaat duidelijk gemaakt dat niet alleen het vruchtgebruik van alle of een gedeelte van goederen, maar in het algemeen een beperkt recht (dus ook bijvoorbeeld een recht van erfpacht) op alle of een deel van de goederen gelegateerd kan worden.[6]

Uit artikel 4.4.2.3 OM volgt expliciet dat het legaat in het Ontwerp-Meijers de legataris slechts een persoonlijke vordering tot levering van het hem vermaakte verschaft jegens hen die tot uitkering verplicht zijn. Eigendom of een ander absoluut recht wordt, zo valt in de Toelichting te lezen, niet door het legaat, maar door een daarop volgende levering of vestiging verkregen.[7] Meijers acht het wenselijk dit uitdrukkelijk op te nemen gezien de in 1954 nog volop bestaande discussie over de werking van het legaat vanwege de arresten van de Hoge Raad uit 1861 en 1881 waarin werd uitgegaan van de zakelijke werking van het legaat. Zoals in het vorige hoofdstuk besproken is, was er felle kritiek vanuit de literatuur op deze rechtspraak.[8]

---

4 Toelichting-Meijers, p. 342.
5 Toelichting-Meijers, p. 342.
6 Toelichting-Meijers, p. 342.
7 Toelichting-Meijers, p. 342.
8 Toelichting-Meijers, p. 342 en zie voor de rechtspraak van de Hoge Raad (en de kritiek daarop) par. 3.3.

In het Ontwerp-Meijers wordt geen verschil aangebracht ten opzichte van het OBW wat betreft de erfstelling en het onderscheid tussen een legaat en een erfstelling.[9] Anders is het wat betreft de kwalificatie van een testamentaire last. Zoals in het vorige hoofdstuk uiteen is gezet, was het onderscheid tussen een last en legaat onder het OBW lastig te maken. Meijers neemt een aparte regeling voor de testamentaire lasten op en karakteriseert in het Ontwerp de last door de nadruk te leggen op de *inhoud van de verplichting* en niet, zoals onder het OBW door sommige schrijvers werd gedaan, door de *persoon* aan wie de last wordt opgelegd.[10] '*Doordat immers enerzijds de uitkering van een legaat ook aan legatarissen of aan een van meerdere erfgenamen kan opgelegd worden, terwijl anderzijds ook bij verwerping of onwaardigheid van de met een last bezwaarde persoon de last gehandhaafd blijft kan in de persoon, die uitkeren moet, geen verschil gezocht worden.*'[11] In de definitie van de last in het Ontwerp komt het onderscheid met het legaat naar voren door de (zwart-wit) vaststelling die er min of meer op neerkomt dat een *last* een *niet-legaat* is, namelijk: '*Een testamentaire last is een aan een erfgenaam, een legataris of een boedelvereffenaar opgelegde verplichting, die in iets anders bestaat dan in de uitkering van een legaat.*' (art. 4.4.3.1 OM) Er zal dus vastgesteld moeten worden of de verplichting bestaat uit een inhoud die niet de inhoud van een legaat kan zijn, hetgeen er op neerkomt dat bezien zal moeten worden of de bevoordeelde al dan niet over een vordering tot nakoming beschikt. '*Een legaat aan een instelling van weldadigheid met de last bepaalde uitkeringen te doen, schept geen sublegaat voor hen, die overeenkomstig die last ondersteund worden; zij kunnen niet een vordering tot verkrijging van die ondersteuning instellen. Wordt daarentegen de instelling verplicht aan bepaalde met name genoemde personen uitkeringen te doen, dan is een sublegaat aanwezig en kan nakoming gevorderd worden.*'[12] Het onderscheid tussen last en legaat wordt vervolgens in het Ontwerp echter vertroebeld doordat Meijers aansluiting zocht bij de toen geldende rechtspraak van de Hoge Raad over 'derde-bevoordelende lasten' op grond van welke rechtspraak een vordering tot nakoming werd erkend voor de derde die door de last wordt bevoordeeld.[13] Meijers volgde in het Ontwerp deze rechtspraak door in lid 1 van art. 4.4.3.2 het volgende op te nemen: '*Strekt een last tot bevoordeling van een bepaald aangewezen persoon, dan heeft deze een vordering tot nakoming van de last tegen hem, die verplicht is de last uit te voeren.*' Voor deze bepaalde persoon zou dan ook gelden dat deze direct bevoordeelde moet bestaan op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap.[14]

---

9 Artikel 4.4.1.1 OM luidt: '*Een erfstelling is een uiterste wilsbeschikking, krachtens welke de erflater aan een of meer personen zijn ganse nalatenschap of een aandeel daarin nalaat.*'
10 Zie Toelichting-Meijers, p. 343.
11 Toelichting-Meijers, p. 343.
12 Toelichting-Meijers, p. 343.
13 HR 27 maart 1914, *NJ* 1914, 622, *W* 9649. Zie ook par. 3.2.2, 3.4.3, 4.3.2.1 en 6.3.1.3.
14 Toelichting-Meijers, p. 344.

4.2.2 Legaat gemeenschapsgoed en goed van een ander

Als hoofdregel wordt in het Ontwerp-Meijers in art. 4.3.1.9 OM gesteld dat de beschikking vervalt wanneer door omstandigheden, die na het maken van de wil maar voor het overlijden van de erflater plaatsvinden, de uitvoering van de beschikking onmogelijk wordt, zonder dat een andere beschikking daarvoor in de plaats mag worden gesteld. Hierop wordt enkel een uitzondering gemaakt als de wet het tegendeel bepaalt of als uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater die andere beschikking zou hebben gemaakt wanneer hem de onmogelijkheid bekend was geweest.[15]

Voor het geval een echtgenoot een goed uit de huwelijksgemeenschap heeft vermaakt, neemt Meijers een specifieke bepaling op. In art. 4.3.1.11 OM wordt – volgens de Toelichting – in enigszins gewijzigde vorm art. 950 OBW weergegeven.[16] Artikel 4.3.1.11 OM luidt namelijk: '*Wanneer een echtgenoot een goed uit de huwelijksgemeenschap heeft vermaakt, ontvangt de bevoordeelde dat goed of de waarde daarvan, naarmate dat goed aan de erfgenamen van de erflater, dan wel aan de andere echtgenoot of diens erfgenamen ten deel valt.*' Zowel wanneer het goed uit de huwelijksgemeenschap voor het geheel als voor een deel vermaakt is, vindt het artikel toepassing. Voorts vindt het artikel volgens de Toelichting toepassing zowel wanneer het goed aan de andere echtgenoot door erfopvolging als door boedelscheiding is ten deel gevallen.[17]

In het Ontwerp ontbreekt een bepaling zoals art. 1013 OBW waarin werd bepaald dat een legaat van een bepaald goed van een ander nietig is. Aan de regel over de *nietigheid* van een legaat van andermans goed vanwege mogelijke zakelijke werking van het legaat, bestond geen behoefte meer nu in het Ontwerp duidelijk werd gemaakt dat een legaat slechts aan de legataris een persoonlijk vordering tot levering verschaft. In het Ontwerp werd wel een regeling getroffen voor bijvoorbeeld een legaat van een goed dat bij overlijden van de erflater vervreemd blijkt te zijn. In art. 4.3.6.3 OM is bepaald: '*Een uiterste wilsbeschikking betreffende een bepaald goed uit de nalatenschap wordt herroepen, wanneer de erflater daarna onder de levenden een daarmede strijdige beschikking treft.*' De uiterste wilsbeschikking vervalt door iedere met haar strijdige beschikking onder levenden: wanneer bijvoorbeeld de erflater een gelegateerd goed verkoopt en later, door een koop of erfopvolging, de vrije beschikking over de gelegateerde zaak terug krijgt, is (anders dan in art. 1043 OBW)[18] duidelijk dat deze beschikking niet herleeft omdat de strijdige beschikking een herroeping van de uiterste wilsbeschikking is.[19] In het hiernavolgende zal aan bod komen dat deze constructie tijdens de parlementaire behande-

15 Tekst-Meijers, art. 4.3.1.9 en Toelichting-Meijers, p. 323.
16 Zie Toelichting-Meijers, p. 324.
17 Toelichting-Meijers, p. 324.
18 Zie par. 3.4.2.
19 Toelichting-Meijers, p. 341.

ling van het erfrecht weinig bevredigend werd geacht en een andere regeling ervoor in de plaats is gekomen.

4.2.3 Overige bepalingen betreffende legaten

Ingevolge artikel 4.4.2.2 OM komen legaten ten laste van de gehele nalatenschap, tenzij de erflater één of meer erfgenamen of één of meer legatarissen met de uitkering heeft belast. Mocht de belaste erfgenaam of legataris zijn vooroverleden (of onwaardig zijn, verwerpen, of zijn making vervallen verklaard worden), dan is degene aan wie de vrijgekomen goederen ten deel vallen tot uitkering van het legaat verplicht. Deze persoon kan zich aan de verplichting onttrekken door de vrijgekomen goederen af te staan aan hen, aan wie de legaten gemaakt waren. Uit artikel 4.4.2.2 OM werd tevens duidelijk dat legaten in het Ontwerp een schuld van de nalatenschap vormen.[20] Bij vereffening worden de legaten pas voldaan indien vaststaat dat alle bekende schulden van de nalatenschap betaald kunnen worden (art. 4.4.2.4 OM). De legaten ondergaan een evenredige vermindering (tenzij de erflater een andere wijze van vermindering heeft aangegeven) als de nalatenschap niet toereikend is. Tot slot wordt in artikel 4.4.2.4 OM bepaald dat de verplichting van de erfgenamen blijft bestaan om de legaten voor het geheel uit hun overige vermogen te voldoen, indien daartoe gronden bestaan (te denken valt aan de zuivere aanvaarding door de erfgenaam).

In navolging van art. 1010 OBW bepaalt art. 4.4.2.5 lid 1 OM: '*Tenzij de erflater anders heeft beschikt, wordt een bepaald goed geleverd in de staat, waarin het zich op het ogenblik van overlijden van de erflater bevond.*' In het Burgerlijk Wetboek 1838 was in art. 1011 nog een afzonderlijke bepaling gewijd aan de vraag wat tot het legaat gerekend diende te worden indien er na het legateren van een onroerend goed, een vergroting van het gelegateerde onroerend goed had plaatsgevonden, of indien er verbeteringen, verfraaiingen of nieuwe bebouwingen op de gelegateerde grond door de erflater waren gemaakt. Meijers heeft deze bepaling echter niet overgenomen: '*Het is een vraag van uitlegging in hoever een vergroting van een perceel daarvan een wezenlijk deel geworden is, zodat zij ook in het legaat begrepen is. Wanneer iemand zijn huis en tuin aan een ander gelegateerd heeft en de erflater daarna enige m² grond bij de tuin heeft gekocht, kan bezwaarlijk dit bijgekochte terrein een andere opvolger in de eigendom hebben dan het gelegateerde goed.*'[21] In het tweede lid van art. 4.4.2.5 OM wordt de belangrijkste gevolgtrekking uit het eerste lid (leveren in de staat op het moment van overlijden) neergelegd: de erfgenaam is niet verplicht het vermaakte goed te bevrijden van enig beperkt recht dat daarop is gevestigd, ook niet van beperkte rechten die de erflater na het maken van het testament op het gelegateerde goed heeft

20 Toelichting-Meijers, p. 342.
21 Toelichting-Meijers, p. 342-343.

gevestigd.[22] Waar dit artikel ziet op bepaalde goederen die gelegateerd zijn, ziet art. 4.4.2.6 OM op het legaat van naar de soort bepaalde zaken. In overeenstemming met art. 1016 OBW wordt bepaald dat de erfgenaam of de legataris die met de uitkering belast is, niet de beste soort behoeft te leveren, maar hij mag evenmin de slechtste soort leveren. In de afdeling over legaten wordt tot slot in art. 4.4.2.7 OM opgenomen op welke vruchten en renten de legataris aanspraak kan maken.

Niet alle bepalingen waarin het legaat in het Ontwerp een rol speelt, komen op deze plaats aan bod. Toch wil ik hier niet onvermeld laten hoe in het Ontwerp-Meijers wordt omgegaan met een making onder tijdsbepaling en onder voorwaarde (Titel 4, afdeling 5 van het Ontwerp). Volgens het Ontwerp kan een erfstelling niet onder een tijdsbepaling worden gemaakt, althans een dergelijk tijdelijk erfgenaamschap wordt aangemerkt als een legaat van het vruchtgebruik van het erfdeel ten behoeve van hem die volgens de wil van de erflater het eerst tot het erfdeel wordt geroepen (art. 4.4.5.1 OM). Degene die volgens het testament onder opschortende tijdsbepaling zou erven, is erfgenaam, zij het dat deze erfstelling is bezwaard met een vruchtgebruik. In de Toelichting wordt vermeld dat een tijdelijk eigendom zoveel gelijkenis met het vruchtgebruik heeft, dat het niet wenselijk zou zijn om twee verschillende rechtsfiguren te erkennen. Bovendien wordt opgemerkt dat het Engelse recht weliswaar tijdelijke eigendom kent, maar dat het Engelse recht daarnaast dan ook niet het vruchtgebruik kent.[23] Ook een legaat van de eigendom van een bepaalde zaak onder tijdsbepaling wordt volgens het Ontwerp omgezet in een vruchtgebruik (art. 4.4.5.1 OM tweede zin). Uitdrukkelijk wordt in de Toelichting opgenomen dat de bepaling slechts het in het leven roepen van een in de tijd beperkt eigendomsrecht verbiedt, en de bepaling zich er dus niet tegen verzet dat een beperkt recht onder tijdsbepaling gevestigd wordt, dat er door de erflater in het testament wordt bepaald dat een bepaalde zaak na een bepaalde tijd aan de legataris behoeft te worden geleverd of dat de legataris een periodieke uitkering van soortzaken wordt toegezegd.[24]

De situatie is anders als er niet een making onder tijdsbepaling maar een making onder een opschortende of ontbindende voorwaarde gemaakt is. Een dergelijke making onder voorwaarde kan, aldus de Toelichting, niet met een vruchtgebruik gelijkgesteld worden, omdat het recht van de onder voorwaarde geroepene nog onzeker is en daarmee of de beschikking in stand zal blijven.[25] Desalniettemin kan een erfstelling of een legaat van een bepaald goed onder een opschortende of ontbindende voorwaarde worden gemaakt (art. 4.4.5.2 OM), zij het dat de rechtspositie van de eerstgeroepene anders is dan die van

22 Toelichting-Meijers, p. 343.
23 Toelichting-Meijers, p. 345.
24 Toelichting-Meijers, p. 346.
25 Toelichting-Meijers, p. 346.

(slechts) de vruchtgebruiker. Artikel 4.4.5.4 lid 1 OM bepaalt daarom onder meer dat: '*Degene aan wie het vermaakte goed tot de vervulling der voorwaarde toekomt, als de uitsluitend rechthebbende aangemerkt [wordt] voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsvorderingen. Hij kan echter over het goed slechts beschikken onder dezelfde voorwaarde als waaronder hij het heeft verkregen.*' Voor het overige vinden in de verhouding tussen de voorwaardelijk geroepene de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik overeenkomstige toepassing (art. 4.4.5.4 lid 2 OM). Om te voorkomen dat door onvervulde voorwaarden de rechtstoestand van een goed te lang onzeker is, wordt in art. 4.4.5.5 lid 1 OM een beperking in tijd gesteld: '*Is een aan een erfstelling of legaat toegevoegde voorwaarde dertig jaar na het overlijden van de erflater nog niet vervuld, dan vervalt de beschikking, wanneer het een opschortende voorwaarde is; is het een ontbindende voorwaarde, dan vervalt de voorwaarde. Hiermede strijdige beschikkingen van de erflater zijn nietig.*' Ingevolge het tweede lid van art. 4.4.5.5 OM geldt deze beperking in tijd niet voor legaten van naar de soort bepaalde goederen die onder een opschortende voorwaarde gemaakt zijn: '*Hier schept de onzekerheid weinig bezwaar en is het stellen van een voorwaarde, die eerst na dertig jaar vervuld wordt, dikwijls maatschappelijk alleszins gerechtvaardigd, men denke b.v. aan een pensioen in te gaan op een bepaalde leeftijd.*'[26] Overigens wordt in de Toelichting opgemerkt dat het artikel ook niet geldt voor lasten: '*Hoewel lasten op menig punt verwantschap met ontbindende voorwaarden hebben, bestaat er geen bezwaar om lasten voor een langere periode dan 30 jaar toe te laten. In de eerste plaats werkt het niet vervullen van een last niet automatisch, in de tweede plaats hebben lasten van lange duur gewoonlijk de strekking om een algemeen belang te behartigen – uitschrijven van prijsvragen, instandhouding van openbare instellingen enz. – en in de derde plaats kan een verzoek tot wijziging of opheffing van een last steeds wegens gewijzigde omstandigheden worden gedaan.*'[27] Tot slot geldt de beperking in tijd volgens art. 4.4.5.6 OM niet voor zogenoemde makingen over de hand (in het Ontwerp wordt hieronder verstaan een making ten behoeve van een verwachter onder de voorwaarde van overleving).[28]

Over de behandeling van het legaat in het Ontwerp-Meijers wil ik afsluitend nog vermelden dat het Ontwerp een leemte van het OBW vulde door een bepaling op te nemen over de aanvaarding en verwerping van legaten (art. 4.5.2.7 OM). De toen geldende praktijk werd in de wet opgenomen, zijnde dat een legaat werd verkregen zonder dat aanvaarding nodig is, behoudens de bevoegdheid van de legataris om het legaat te verwerpen. Een verwerping van een legaat moet op ondubbelzinnige wijze geschieden, maar een bepaalde vorm is voor de verwerping niet voorgeschreven.[29] Nieuw was dat de boedel-

26 Toelichting-Meijers, p. 347.
27 Toelichting-Meijers, p. 347.
28 Toelichting-Meijers, p. 347.
29 Toelichting-Meijers, p. 356.

rechter op verzoek van een belanghebbende (onder meer de met het legaat bezwaarde erfgenaam of legataris, die het legaat wil voldoen, maar ook een schuldeiser van de legataris)[30] aan de legataris een termijn kan stellen, waarbinnen de legataris moet verklaren of hij al dan niet verwerpt. De legataris verliest de bevoegdheid om te verwerpen als hij zich niet binnen de termijn uitspreekt (art. 4.5.2.7 lid 2 OM).

4.3 HET LEGAAT IN DE VASTSTELLINGSWET BOEK 4 BURGERLIJK WETBOEK

De parlementaire behandeling van het Regeringsontwerp Boek 4 Burgerlijk Wetboek (RO), dat (grotendeels) een kopie van het Ontwerp-Meijers was, stond voor een belangrijk deel in het teken van de discussie over de positie van de langstlevende echtgenoot: kan de langstlevende alles verkrijgen indien hij/zij daar behoefte aan heeft? Dient de langstlevende een legitieme portie te worden toegekend en/of een verzorgingsaanspraak? En hoe dient een eventuele verzorgingsaanspraak te worden berekend en wat is de verhouding met de legitieme (een bodem voor het verzorgingsrecht)?[31] In 1962 werd een Gewijzigd Ontwerp aan de Kamer aangeboden, het werk van Drion en Van Ewijk, dat sterk van het Ontwerp-Meijers afweek en waarin de legitieme van de langstlevende werd gehandhaafd met een verzorgingsaanspraak voor de langstlevende in de vorm van een som ineens. Vanuit het notariaat (met name ook het tweede Rapport van de Commissie Erfrecht, die door de Broederschap der Notarissen en de Broederschap der Candidaat-Notarissen was ingesteld) waren de geluiden zeer kritisch onder meer ten aanzien van een zakelijk werkend vervreemdingsverbod opgelegd aan de erfgenaam ten aanzien het gelegateerde (zie par. 4.3.2.6).[32] Ook de legitieme voor de langstlevende wees men af, net als de combinatie legitieme en verzorgingsaanspraak.[33] In 1965 vond de openbare behandeling van Boek 4 in de Kamer plaats. Minister Samkalden kwam de notarissen tegemoet door de legitieme portie van de langstlevende te schrappen en in plaats daarvan een som ineens toe te kennen die minimaal de legitieme portie bedroeg en maximaal het bedrag waarover de legitieme porties werden berekend indien nodig voor de verzorging.[34] In de Tweede Kamer werd de Vaststellingswet Boek 4 BW (hierna: Vaststellingswet) in 1965 zonder hoofdelijke stemming aangenomen ondanks door het notariaat geuite bezwaren dat het wetsontwerp te ingewikkeld was, praktisch onhaalbaar en te weinig aansluiting had gezocht bij rechtspraak en praktijk.[35]

30 Toelichting-Meijers, p. 356.
31 Zie uitvoerig over de totstandkomingsgeschiedenis van Boek 4 (tot 1994) Florijn 1994, hoofdstuk 5 en 6.
32 Florijn 1994, p. 282.
33 Florijn 1994, p. 284.
34 Florijn 1994, p. 302.
35 Florijn 1994, p. 304-308.

Uiteindelijk werd de Vaststellingswet in september 1969 ook door de Eerste Kamer aanvaard en kreeg het op 11 september 1969 (*Stb*. 392) kracht van wet. Dit ging niet zonder problemen: om de kritische Eerste Kamer over de streep te trekken, moest de minister vergaande toezeggingen doen inhoudende dat bij de Invoeringswet nog allerlei dingen aan de orde zouden kunnen worden gesteld (zoals de positie van de langstlevende echtgenoot) en dat nieuwe voorstellen dan zo veel mogelijk in overleg met de praktijk zouden worden opgesteld.[36] Minister Polak wilde zelfs onderzoeken in hoeverre het ontwerp in twee fasen kon worden ingevoerd, waarbij in de eerste fase enige onderwerpen van groot materieel belang en later de rechtspositie van de langstlevende echtgenoot.[37] Van belang voor dit onderzoek is dat niet louter de rechtspositie van de langstlevende echtgenoot onderwerp van parlementaire discussie was, maar onder andere ook de regeling van het legaat uitgebreid bij de behandeling van de Vaststellingswet aan de orde kwam (zoals het verschil tussen het legaat en de last). In het navolgende zal daarom besproken worden wat in de Vaststellingswet ten opzichte van het Ontwerp-Meijers is veranderd met betrekking tot de regeling van legaten. Overigens kan hierbij opgemerkt worden dat de hierna te bespreken, in de Vaststellingswet opgenomen, bepalingen nagenoeg ongewijzigd middels de Invoeringswet Boek 4 per 1 januari 2003 in het nieuwe erfrecht zijn ingevoerd en de parlementaire geschiedenis van deze bepalingen dus voor het huidige recht onverkort zeer relevant is.

4.3.1 Definitie erfstelling

Het verschil tussen erfstelling en legaat levert bij de totstandkoming van de Vaststellingswet geen probleem op. De minister schrijft in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer: '*Een erfstelling betreft de nalatenschap als een vermogenseenheid: het geheel van goederen en schulden dat de erflater nalaat. Zij omvat hetzij de gehele nalatenschap, hetzij een aandeel daarin. Uiterste wilsbeschikkingen die slechts bepaalde goederen of hoeveelheden naar de soort bepaalde goederen betreffen kunnen dus niet een erfstelling zijn. Hetzelfde geldt voor de beschikkingen tot verlening van een vruchtgebruik op alle goederen der nalatenschap of op een aandeel daarin; immers ook hier wordt slechts een bepaald goed, namelijk het beperkte recht, nagelaten.*'[38] Waar de erfstelling dus alleen kan zien op het geheel van vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen (of een aandeel daarin) die voor overgang vatbaar zijn, kunnen legaten en lasten juist allerlei verplichtingen tot object hebben. Hierbij valt volgens de minister te denken aan het geven, doen, dulden en niet-doen, hetgeen zowel een persoonlijke gedraging kan vereisen maar net zo goed een verplichting kan zijn om een goed of een

36 Florijn 1994, p. 311-315.
37 *Handelingen I* 1968/69, p. 1034.
38 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 716.

geldsom aan de legataris te geven.[39] Ook al wordt een bepaald goed aan de legataris gelegateerd, zal deze legataris de erflater bij diens overlijden niet direct opvolgen in dat goed. De erflater wordt als vermogenssubject opgevolgd door de ingestelde erfgenamen (en/of bij afwezigheid van erfstellingen: door de erfgenamen bij versterf). De legataris verkrijgt enkel een vorderingsrecht tot levering van het goed.[40]

Ten opzichte van het Ontwerp-Meijers is in de Vaststellingswet in art. 4.4.1.1 (thans art. 4:115 BW[41]) in de definitie van een erfstelling een inhoudelijke toevoeging opgenomen (onderstreping, GGBB): '*Een erfstelling is een uiterste wilsbeschikking, krachtens welke de erflater aan een of meer daarbij aangewezen personen zijn ganse nalatenschap of een aandeel daarin nalaat.*' Waarom is deze toevoeging, dat de erfgenamen bij de uiterste wilsbeschikking moeten worden aangewezen, opgenomen? Dit heeft te maken met de positie van de erfgenamen die de erflater van rechtswege opvolgen in zijn rechten en verplichtingen, zodat voor de buitenwereld (in het bijzonder de schuldeisers van de erflater) meteen duidelijk moet zijn bij wie zij moeten zijn voor de voldoening van hun schulden. Daarnaast hangt dit samen met de zogenoemde bestaanseis die is opgenomen in art. 4.3.2.2 lid 1, eerste zin (art. 4:56 lid 1 BW): '*Om aan een making een recht te kunnen ontlenen, moet men bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt.*' De minister: '*Hierbij sluit zich aan dat de identiteit van een ingestelde erfgenaam, (…), volledig moet kunnen worden bepaald aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden.*'[42] Tevens impliceert dit dat de erflater *zelf* de erfgenamen moet aanwijzen *in een uiterste wilsbeschikking* met de daarvoor geldende vormvereisten. De erfgenamen kunnen niet (al dan niet met aanwijzingen van de erflater) door een ander worden aangewezen. Evenmin kunnen de erfgenamen worden bepaald door omstandigheden na het overlijden van de erflater (behoudens bij een zogenoemde 'tweetrapsmaking').[43] De identiteit van een erfgenaam moet onmiddellijk op het moment van overlijden van de erflater vaststaan.

Overigens werd de eis van 'een of meer daarbij aangewezen personen' ook in de definitie van het legaat als eis voor de legataris gehanteerd in de Vaststellingswet.[44] In de Invoeringswet stapte de wetgever daar weer vanaf, waarover in par. 4.3.2.4 meer. Op deze plaats kan opgemerkt worden dat de minister bij de parlementaire behandeling van de Vaststellingswet in de Eerste Kamer hierover al opmerkte dat de eis van 'daarbij aangewezen' personen bij een erfstelling meer op zijn plaats is dan bij een legaat: '*Bij erfstellingen vloeit het vereiste immers voort uit het stelsel dat bij het overlijden van de erflater diens*

39 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 723.
40 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 716.
41 Zij het dat het woord 'ganse' is vervangen door 'gehele'.
42 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 717.
43 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 717.
44 Zie ook over de aanvankelijk voorgestelde eis van onmiddellijke identificeerbaarheid van de legataris Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.2.

goederen en schulden van rechtswege overgaan op zijn erfgenamen, hetzij de versterf-erfgenamen, hetzij de bij uiterste wil ingestelde.'[45]

4.3.2 Definitie legaat en verschil met last

Ten opzichte van de definitie van het legaat in het Ontwerp-Meijers (zie par. 4.2.1) is er in de Vaststellingswet aan de definitie het nodige veranderd.

Art. 4.4.2.1 (zie voor de huidige tekst art. 4:117 lid 1 BW) luidde in het Ontwerp-Meijers (onderstreping, GGBB): '*Een legaat is een uiterste wilsbeschikking krachtens welke de erflater aan een of meer personen, hetzij bepaalde tot de nalatenschap behorende goederen, hetzij een bepaalde hoeveelheid naar de soort bepaalde goederen, hetzij een beperkt recht op alle goederen der nalatenschap of op een deel daarvan nalaat.*' In de Vaststellingswet is het vetgedrukte deel verdwenen en luidt de definitie in art. 4.4.2.1 lid 1 als volgt (onderstrepingen, GGBB): '*Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer daarbij aangewezen personen een vorderingsrecht toekent.*' In het navolgende wordt stilgestaan bij de vraag waarom deze wijzigingen zijn aangebracht. Hierbij speelt een grote rol dat ermee beoogd is om het onderscheid tussen het legaat en de last te verduidelijken en de betreffende werkingsterreinen af te bakenen. De last werd in artikel 4.4.3.1 van het Ontwerp-Meijers gedefinieerd als: '*Een testamentaire last is een aan een erfgenaam, legataris of een boedelvereffenaar opgelegde verplichting, die in iets anders bestaat dan in de uitkering van een legaat.*' In de Vaststellingswet is de definitie van de last in art. 4.4.3.1 lid 1 (art. 4:130 lid 1 BW): '*Een testamentaire last is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan de gezamenlijke erfgenamen of aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen een verplichting oplegt, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat.*'

In de definities van legaat en last in de Vaststellingswet wordt het onderscheid op abstract niveau duidelijk gemaakt: bij het legaat kent de erflater de legataris een vorderingsrecht toe, terwijl de last een door de erflater opgelegde verplichting is die niet bestaat uit de uitvoering van een legaat. Duidelijk is dus dat een uiterste wilsbeschikking niet tegelijkertijd als last én legaat kan worden aangemerkt. De last is namelijk negatief geformuleerd: kortweg een 'niet-legaat'. Het is uiteraard de vraag wanneer de erflater aan een bepaalde persoon een vorderingsrecht toekent, zodat sprake is van een legaat, en wanneer geconcludeerd moet worden dat er niet een vorderingsrecht is toegekend, zodat de verplichting als een last gekwalificeerd dient te worden. Bovendien kan men zich afvragen waarom in het wetgevingsproces de opsomming in het Ontwerp-Meijers van hetgeen aan de legataris nagelaten kan worden ('(…) *hetzij bepaalde tot de nalatenschap behorende goederen, hetzij een bepaalde hoeveelheid naar de soort bepaalde goederen, hetzij een beperkt recht op alle goederen der nalaten-*

45 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 726.

schap of op een deel daarvan(…)') is verdwenen en vervangen door de bondige formulering dat de legataris een vorderingsrecht wordt toegekend. Een blik op de parlementaire geschiedenis van de Vaststellingswet moet ons de antwoorden verschaffen.

4.3.2.1 Kritiek op definities legaat en last in Ontwerp-Meijers

Het is niet verwonderlijk dat het onderscheid tussen legaat en last de nodige parlementaire aandacht heeft gekregen nu het onderscheid, zoals al meermalen vermeld, in het toen geldende recht niet geheel duidelijk was (zie ook par. 3.2.2). Het onderscheid werd grofweg ofwel gezocht in het object van de beschikking (als het een beschikking betrof met betrekking tot enig goed uit de boedel of een hoeveelheid naar soort bepaalde zaken was sprake van een legaat en anders van een last) ofwel werd het onderscheid gevonden in het subject ten laste van wie de beschikking komt (als het ten laste komt van de enig erfgenaam of van alle gezamenlijke erfgenamen is het een legaat, in andere gevallen een last).[46] Men kon zich afvragen of een verschil in het object van de beschikking het rechtvaardigde dat specifieke regels over bijvoorbeeld inkorting van legaten wel of niet van toepassing waren.[47] Rechtspraak van de Hoge Raad waarin een recht op nakoming (het rechtsgevolg dat voor het legaat gold) werd erkend voor de derde ten gunste waarvan de last is opgenomen, maakte het onderscheid onder het toen geldende recht alleen maar lastiger omdat het legaat en de last steeds meer gemeen kregen.[48] Meijers volgde in het Ontwerp deze rechtspraak door in lid 1 van art. 4.4.3.2 het volgende op te nemen: '*Strekt een last tot bevoordeling van een bepaald aangewezen persoon, dan heeft deze een vordering tot nakoming van de last tegen hem, die verplicht is de last uit te voeren.*' Hoewel in het Ontwerp-Meijers de in de praktijk ontwikkelde testamentaire last eindelijk in een voorstel voor wet werd opgenomen, was de Kamer niet gelukkig met het in het Ontwerp-Meijers gemaakte onderscheid tussen legaat en last. Opgemerkt werd dat in het Ontwerp 'een tweetal, elkaar kruisende kenmerken deze onderscheiding beheersten'.[49] Het begrip 'last' kon namelijk op grond van de definities in het Ontwerp-Meijers worden toegepast voor twee groepen van beschikkingen. Als last konden worden aangemerkt:

1. de beschikkingen die geen legaat zijn omdat zij verplichten tot een prestatie die niet viel onder de limitatieve opsomming van art. 4.4.2.1 OM (zijnde het nalaten van '(…) *bepaalde tot de nalatenschap behorende goederen, hetzij een bepaalde hoeveelheid naar de soort bepaalde goederen, hetzij een beperkt recht op alle goederen der nalatenschap of op een deel daarvan*'). Te denken valt hierbij

46 Zie MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 723-724.
47 Zie MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 724.
48 HR 27 maart 1914, *NJ* 1914, 622, *W* 9649.
49 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 716.

onder meer aan de verplichtingen tot levering van, of tot vestiging van een beperkt recht op, een bepaald goed dat niet door de erflater is nagelaten, alsmede aan verplichtingen tot een doen of niet-doen. De last roept immers een verplichting in het leven die bestaat uit iets anders dan de uitkering/uitvoering van het legaat.[50] Indien overigens sprake was van een last op grond van het feit dat de verplichting niet onder de limitatief opgesomde prestaties van een legaat viel, kwam bij een dergelijke last alsnog een vorderingsrecht toe aan de bevoordeelde persoon, net als bij een legaat, indien de beschikking strekte tot de bevoordeling van een 'bepaald aangewezen persoon';[51]

2. beschikkingen die weliswaar vielen onder de (hierboven) limitatief opgesomde prestaties van het legaat, maar waarbij niet voldaan werd aan het vereiste voor een legaat dat de erflater goederen 'aan een of meer personen' nalaat zodat deze personen vervolgens een vorderingsrecht zouden hebben gehad (zie art. 4.4.2.3 OM). Van een last was dus bijvoorbeeld sprake als weliswaar een bepaalde zaak van de erflater werd vermaakt, maar dit aan niet met name genoemde personen of instellingen geschiedde.

De Kamer vond het onderscheid tussen legaat en last, gezien het bovenstaande, niet voldoende scherp omlijnd: '*Het al dan niet op de voorgrond staan van een bepaald doel, waarop Meijers in zijn toelichting (…) wijst ter precisering van de op dit punt in de wetstekst bestaande vaagheid van grensbepaling, is veelal afhankelijk van het niet of wel individueel aangewezen zijn van de bevoordeelden in het testament.*'[52] Door de Kamer werd in dit verband uiteengezet dat het onderscheid tussen legaat en last wordt beheerst door twee elkaar kruisende kenmerken, zijnde de aard van de prestatie waartoe de verplichting strekt en de aanwijzing van de personen jegens wie de verplichting in het leven wordt geroepen.[53] Opgemerkt werd immers dat een beschikking waarbij een tot de boedel behorend goed wordt nagelaten aan een niet direct door het testament zelf aangewezen persoon enerzijds een last is maar anderzijds toch onder de tekst van het legaat viel die in het Regeringsontwerp van het Ontwerp-Meijers was overgenomen in art. 4.4.2.1 (het huidige art. 4:117 BW).[54] Daarnaast werd geconstateerd dat ondanks de omschrijving van een legaat in art. 4.4.2.1 waarin expliciet naar de soort bepaalde goederen worden vermeld, niet alle makingen van soortgoederen legaten zijn. Zij zijn dit alleen wanneer de beschikking is gemaakt ten voordele van bepaalde personen.[55]

---

50 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 716-717.
51 Ontwerp-Meijers, art. 4.4.3.2 lid 1.
52 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 715.
53 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 716.
54 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 715-724.
55 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 715.

De Kamer was van oordeel dat het bij een legaat nodig is dat de bevoordeelden *op het moment van overlijden* vaststaan en door het testament bepaalde *aangewezen* personen dienen te zijn. Derhalve kan een making ten gunste van *met name* of *door kwaliteit* aangeduide personen ('mijn oom' of 'de plaatselijke pastoor ten tijde van mijn overlijden') een legaat zijn (cursiveringen, GGBB).[56] Een begunstigde die wordt aangeduid in de trant van 'de eerste winnaar van de Nobelprijs voor de vrede *na mijn overlijden*' wordt weliswaar door zijn kwaliteit aangeduid maar zou volgens de Kamer geen legataris dienen te zijn aangezien deze persoon pas vastgesteld kan worden aan de hand van omstandigheden na de dood van de erflater. Volgens de Kamer is er alsdan sprake van een last (zonder vorderingsrecht).[57] Gesuggereerd werd dan ook om ter verkrijging van een scherpere afbakening in plaats van 'aan een of meer personen' in art. 4.4.2.1 (het huidige art. 4:117 BW) 'aan of meer bepaalde personen' of 'aan een of meer door de uiterste wil aangewezen personen' te lezen.

4.3.2.2 Het Gewijzigd Ontwerp van Wet (GO) en de gewijzigde definitie van legaat

Aangezien de minister het met de Kamer eens is dat een beschikking ten gunste van 'mijn oom' een legaat kan zijn (zodat sprake is van een vorderingsrecht) maar die ten gunste van 'de eerste winnaar van de Nobelprijs voor de vrede na mijn overlijden' slechts een last kan zijn, verandert de minister in het Gewijzigd Ontwerp van Wet (3771, nr. 7, 1962-1963; hierna: Gewijzigd Ontwerp), net als in de definitie van de erfstelling, de term 'een of meer personen' in 'een of meer daarbij aangewezen personen'.[58] Later komt de minister hier op terug, waarover in paragraaf 4.3.2.4 meer.

De belangrijkste wijziging die de minister in het Gewijzigd Ontwerp in de definitie van het legaat doorvoert, is het schrappen van de opsomming van prestaties zoals die uit het Ontwerp-Meijers waren overgenomen. De minister vroeg zich namelijk af of naast de eis dat de bevoordeelde bij de uiterste wilsbeschikking moet zijn aangewezen, ook '(…) *de beperking tot de in het oorspronkelijke artikel 4.4.2.1 opgesomde prestaties – moet worden behouden, zodat de beschikkingen die een vorderingsrecht aan een of meer in de uiterste wil aangewezen personen toekennen, legaat of last zijn naar gelang van de aard der prestatie. Anders gezegd: moet het stelsel behouden blijven, dat het begrip last wordt gebruikt voor twee groepen beschikkingen?*'[59] Kan de aard van de prestatie dus nog van invloed zijn op het antwoord op de vraag of sprake is van een last of legaat? De minister vervolgt: '*Naar de mening van de ondergetekende moet beslissend zijn,*

56 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 715.
57 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 715.
58 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 716-717.
59 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 717.

welke onderscheiding tussen legaten en lasten het best bruikbaar is voor de uitwerking van de diverse regels van het ontwerp die deze beschikkingen raken. Naar zijn mening is voor die regels over het algemeen van doorslaggevende betekenis, of er tegenover de verplichte persoon iemand staat, die een vorderingsrecht heeft of niet. Dus komt het zijns inziens de overzichtelijkheid van het nieuwe wetboek en een duidelijke formulering van die regels ten goede, wanneer de beperking van het begrip legaat tot limitatief opgesomde prestaties wordt opgeheven, en het begrip last tot de eerste der zojuist genoemde groepen wordt beperkt. [te weten: beschikkingen die geen legaat zijn omdat zij niet een vorderingsrecht aan een of meer in de uiterste wil aangewezen personen toekennen; toevoeging GGBB] *(…) De schrapping van de opsomming van de prestaties in de definitie van legaat biedt de mogelijkheid daarin meteen de omschrijving van het toegekende recht als een vorderingsrecht op te nemen, zodat artikel 4.4.2.3 dit niet meer afzonderlijk behoeft te bepalen.'*[60] Artikel 4.4.2.1 lid 1 luidt in het Gewijzigd Ontwerp dan ook: '*Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer daarbij aangewezen personen een vorderingsrecht toekent.*' Na deze ingrijpende wijziging, waardoor meer onder het bereik van het legaat viel (te weten nu ook die beschikkingen die aanvankelijk als last werden aangemerkt omdat zij verplichten tot een prestatie die niet viel onder de limitatieve opsomming, ook al was de bevoordeelde een bepaalde aangewezen persoon), luidde de vervolgvraag wanneer de erflater aan een bepaalde persoon een vorderingsrecht toekent. De minister: '*Is het element dat de beschikking een verplichting jegens een of meer in de uiterste wil aangewezen personen schept, aanwezig bevonden, dan is het een verdere vraag van interpretatie van de uiterste wil, of daarin aan die persoon of personen een vorderingsrecht wordt toegekend. Hierbij kan als uitgangspunt worden genomen dat een erflater zulks in den regel beoogt, maar het is mogelijk dat onthouding van een vorderingsrecht in de uiterste wil uitdrukkelijk is bepaald of anderszins daaruit voortvloeit.*'[61] Het criterium waarvoor is gekozen om een beschikking aan te merken als legaat, ligt volgens Regeringscommissaris Wiersma niet in de bevoordeling, maar in de rechtspositie waarin de bevoordeelde wordt geplaatst. Het voorwerp van de bevoordeling doet niet ter zake, het gaat er alleen nog maar om of een vorderingsrecht wordt toegekend.[62]

Om ook duidelijk te maken dat onder nieuw recht de door sommige auteurs aangehangen gedachte dat het legaat werd gekenmerkt door het subject ten laste van wie het kwam (alleen erfgenamen) niet (meer) relevant is, werd tevens in art. 4.4.2.1 in een tweede lid GO bepaald dat het legaat niet alleen ten laste van de gezamenlijke erfgenamen kan komen, maar ook van een of meer bepaalde erfgenamen en ook van legatarissen (zie thans art. 4:117 lid 2 BW).[63]

60 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 717-718.
61 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 718.
62 MB II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 747.
63 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 724.

De verandering van de definitie van het legaat had, zoals eerder opgemerkt, als gevolg dat het toepassingsgebied van het legaat werd verruimd en die van de last naar evenredigheid werd verminderd.[64] De rechtspraak op grond waarvan aan de lastbevoordeelde persoon een vordering tot nakoming werd gegeven, was overbodig, nu in het stelsel van de wet de beschikking waaraan de erflater een vorderingsrecht voor de begunstigde heeft willen verbinden (ongeacht de aard van de prestatie) steeds een legaat is.[65] Het door Meijers voorgestelde artikel 4.4.3.2 lid 1 ('*Strekt een last tot bevoordeling van een bepaald aangewezen persoon, dan heeft deze een vordering tot nakoming van de last tegen hem, die verplicht is de last uit te voeren*') kon dus worden geschrapt.[66] Deze 'lastbevoordeelde' was dus legataris omdat de hoofdregel na wijziging was dat als de erflater een bepaalde bestaande persoon aanwees jegens wie een verplichting moet worden nagekomen, volgens het ontwerp sprake is van een legaat, tenzij de erflater het vorderingsrecht uitdrukkelijk zou hebben onthouden, hetgeen de erflater vrijstaat.[67] Dit paste binnen de bedoeling van de wetgever om de grens tussen legaat en last zo te trekken dat '(…) *zoveel mogelijk beschikkingen van dezelfde aard aan dezelfde regeling van rechtsgevolgen worden onderworpen.*'[68] Hiermee werd beoogd te voorkomen dat een deel van de beschikkingen waaraan de erflater een vordering tot nakoming heeft willen verbinden, onderworpen was aan de regels van legaat en een ander deel aan die van de last.[69]

4.3.2.3 De gewijzigde definitie van het legaat: het toekennen van een vorderingsrecht

De Eerste Kamercommissie die zich met het nieuwe erfrecht bezighield, was bang dat de nieuwe definitie het terrein van het legaat zou beperken indien men de definitie letterlijk moest opvatten, te weten: dat een legaat alleen uit een vorderingsrecht zou kunnen bestaan.[70] Moest nu 'het recht om mijn huis in eigendom op te vorderen' worden gelegateerd, of kon men in het testament blijven volstaan met de formulering 'legaat van mijn huis'?[71] De minister vreesde echter niet dat er in de praktijk misverstand zal ontstaan omtrent de bedoeling van de erflater, wanneer de erflater aan een of meer bepaalde personen een goed uit de boedel heeft toegekend zonder uitdrukkelijk te spreken van een 'vorderingsrecht' met betrekking tot dat goed of zonder het zelfstandig naamwoord 'legaat' of een vorm van het werkwoord 'legateren'

64 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 730.
65 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725.
66 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725.
67 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725.
68 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 723.
69 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 724-725.
70 VV1, Parl. Gesch. Boek 4, p 720.
71 VV1, Parl. Gesch. Boek 4, p 720.

te gebruiken.[72] Zelfs als in een noodtestament ervan gesproken zou worden dat een bepaald goed aan een bepaalde persoon wordt toegekend, levert dit volgens de minister geen problemen op omdat ook dan duidelijk zal zijn dat de erflater aan de bevoordeelde persoon de positie van legataris heeft willen toekennen.[73] Er moest enkel voor gewaakt worden dat de gedachte herleefde dat in het nieuwe recht plek is voor het zakelijk werkende 'legatum per vindicationem' (zie par. 3.3). Onder het nieuwe recht is het duidelijk dat geen plek is voor het 'legatum per vindicationem' als uiterste wilsbeschikking nu het legaat slechts een vorderingsrecht toekent. Vermeden moest dan ook volgens de minister worden dat in het wetsartikel zou worden gesproken over het 'toekennen van bepaalde goederen'.[74] De opvatting dat het object van een legaat alleen een vorderingsrecht zou kunnen zijn, berustte dus op een misvatting. '*Tegen deze opvatting heeft de geachte afgevaardigde terecht aangevoerd dat het er niet om gaat, wat wordt gelegateerd, maar dat er met betrekking tot het gelegateerde een vorderingsrecht wordt toegekend. Dit is dan ook, wat ik zoëven noemde het definiëren naar het criterium van het rechtsgevolg*', aldus het antwoord van Regeringscommissaris van Boek 4 Wiersma aan de Tweede Kamer.[75]

De gewijzigde definitie van het legaat (en in het bijzonder het toegevoegde zinsdeel 'toekennen van een vorderingsrecht') leidde ook op andere punten tot de nodige discussie (en verwarring) in het parlement: is hier eigenlijk wel sprake van een definitie van het legaat of wordt slechts het rechtsgevolg van het legaat vermeld?[76] Ik citeer uit de memorie van antwoord de reactie van de minister aan de Eerste Kamer op de verwarring: '*Het enige criterium voor het legaat is (…) immers of de erflater de begunstigde een vorderingsrecht heeft willen toekennen. Dit is niet, zoals de commissie meent en zoals de notarissen in rapport II, (…), een definitie met behulp van een door de wet aan de beschikking toegekend rechtsgevolg. Artikel 4.4.2.1, eerste lid, spreekt immers over een uiterste wilsbeschikking waarin het vorderingsrecht wordt toegekend. Element van de omschrijving is derhalve mede de wil van de erflater om dit gevolg tot stand te brengen: er is niet slechts sprake van een door de wet toegekend rechtsgevolg maar van een door een rechtshandeling beoogd rechtsgevolg.*'[77] Als dus van een 'legaat' gesproken wordt in een uiterste wilsbeschikking, is het met andere woorden niet zo dat de wet daaraan automatisch een vorderingsrecht toekent. Het gaat er veeleer om of de beschikking – ongeacht de door de erflater gegeven benaming – inderdaad kwalificeert als een legaat, hetgeen zou moeten blijken uit de bedoeling van de erflater om de bevoordeelde een vorderingsrecht toe te kennen. Dit toeken-

72 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 727.
73 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 727.
74 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 727.
75 MB II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 747.
76 Zie o.a. MO, Parl Gesch. Boek 4, p. 744.
77 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 730.

nen van een vorderingsrecht lijkt men door middel van interpretatie uit de bedoeling van de erflater te moeten afleiden. Het toekennen van een vorderingsrecht door de erflater zal, zo kan volgens de parlementaire toelichting als uitgangspunt worden genomen, bij het scheppen van een verplichting jegens een of meer in de uiterste wil aangegeven personen beoogd zijn, tenzij de erflater uitdrukkelijk anders heeft bepaald of de onthouding van het vorderingsrecht anderszins uit de uiterste wil voortvloeit.[78] Als tot toekenning van het rechtsgevolg geconcludeerd kan worden, treedt het rechtsgevolg in: de beschikking kwalificeert als legaat zodat daadwerkelijk een vorderingsrecht aan de legataris toekomt en alle voor het legaat geldende wettelijke regels op de gemaakte uiterste wilsbeschikking van toepassing zijn. '*De Regering maakte erop opmerkzaam, dat de kern van de definitie is, dat het legaat is een uiterste wilsbeschikking, derhalve een rechtshandeling, zijnde een handeling die gericht is op het in het leven roepen van een bepaald rechtsgevolg, met als nadere toevoeging, dat de doelstelling aanwezig moet zijn om een vorderingsrecht toe te kennen.*'[79]

De gekozen definitie van het legaat lijkt iets weg te hebben van 'het rechtsgevolg treedt in als je het rechtsgevolg beoogt toe te kennen' waarbij het 'beogen van het rechtsgevolg' tegelijkertijd de eis is om te kwalificeren als de uiterste wilsbeschikking met het daaraan verbonden beoogde rechtsgevolg. Regeringscommissaris Wiersma sprak van het 'definiëren naar het criterium van het rechtsgevolg',[80] hetgeen bij parlementslid Versteeg (A.R.P.) ook de nodige verwarring opleverde, welk deel uit het debat hieronder zal worden weergegeven:

'De heer Versteeg (A.R.P.): *Mijnheer de Voorzitter! Als ik mij even indenk wat dat betekent, "een definitie naar rechtsgevolg", dan kom ik tot de conclusie, dat datgene, waarover wij praten, zijn criterium blijkbaar ergens anders moet vinden, voordat wij aan het rechtsgevolg kunnen toekomen. Ik vraag mij af of dat niet een tegenstrijdige zaak is: iets te definiëren naar zijn gevolg: Ik moet eerst hebben de zaak, waar het om gaat, en vervolgens kan ik mij pas afvragen, welke de gevolgen zullen zijn. (…)*

Commissaris Wiersma: *De heer Versteeg heeft daarbij ook nog ter sprake gebracht wat ik zelf in mijn antwoord had gezegd, nl. dat het legaat in het ontwerp is gedefinieerd naar het rechtsgevolg. Nu geloof ik, dat ik de rollen kan omdraaien. Als ik mij heb uitgedrukt, gelijk de heer Versteeg zegt, dat ik heb gedaan – ik weet niet meer nauwkeurig welke woorden ik heb gebruikt – ben ik ook niet helemaal nauwkeurig geweest. Het is niet zo, dat in 4.4.2.1 eigenlijk te lezen zou zijn: Een legaat is alles, wat een rechtsvordering tot stand brengt. Dat staat er niet. Als ik heb gezegd: "Het legaat is gedefinieerd naar het rechtsgevolg", heb ik dat niet bedoeld. In 4.4.2.1 staat, dat het legaat een uiterste wilsbeschikking is, waarbij aan iemand een vorderingsrecht wordt toegekend.*

78 MB II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 747.
79 MO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 744.
80 MB II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 747-748.

Een uiterste wilsbeschikking – dat is de omstreden definitie – is een rechtshandeling, waarbij dus iemand een van de in dit boek geregelde beschikkingen maakt. Met andere woorden, men moet 4.4.2.1 zo lezen, dat een legaat een rechtshandeling is met het beoogde rechtsgevolg, dat iemand een vordering wordt toegekend. Het is dus niet zo, dat er alleen wordt gedefinieerd naar het gevolg, dat de vordering ontstaat, er wordt gedefinieerd naar het beoogde doel om een vorderingsrecht te geven aan degene, die bij de beschikking wordt bevoordeeld, en dat is iets anders.'[81]

4.3.2.4 De gewijzigde definitie van het legaat: een of meer <daarbij aangewezen> personen

Terugkerend naar de eis dat de legataris als een bepaald persoon moet zijn aangewezen in de beschikking, was de gedachte daarachter dat het toekennen van een vorderingsrecht nauw samenhangt met het vereiste van het aanwijzen van de bevoordeelde persoon.[82] Het gevolg van deze redenering was dat de aanwijzing van 'de winnaar van de Nobelprijs voor de Vrede in het jaar na mijn overlijden' als erfgenaam, noch een erfstelling is, noch een legaat kan zijn omdat de identiteit pas op een later tijdstip dan het overlijden van de erflater kan worden vastgesteld. In dit geval zou dus enkel sprake zijn van een last.[83] De minister geeft aan dat hij in de definitie van het legaat 'een of meer daarbij aangewezen personen' heeft opgenomen om in aansluiting op de bestaanseis, aan te geven dat '(…) *zowel de erfgenamen als dragers van rechten en verplichtingen, als een legataris als subject van het toegekende vorderingsrecht aan de hand van de uiterste wil identificeerbaar moeten zijn, naar de op het ogenblik van de nalatenschap bestaande omstandigheden.*'[84] Deze onmiddellijke identificeerbaarheid van de legataris was volgens de minister van belang aangezien een vorderingsrecht veronderstelt dat er een drager van het recht, een subject, bestaat: '*Het kan geen goede zin hebben, een vorderingsrecht toe te kennen, terwijl de drager daarvan voorlopig nog niet te identificeren is. Met het oog op de legataris is er in het systeem van het ontwerp sprake van een tweetal regels, die bijéénhoren; de legataris moet bestaan op het tijdstip van overlijden van de erflater en hij moet voorts identificeerbaar zijn. Beide regels vloeien voort uit het karakter van "vorderingsrecht". Een subjectloos vorderingsrecht is geen aanvaardbare figuur.*'[85]

Ingevolge het Gewijzigd Ontwerp is het dus niet toegestaan om een legaat te maken waarin de legataris wordt bepaald door omstandigheden die na het overlijden van de erflater intreden, zoals een legaat aan de eerste winnaar van

81 MB II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 748.
82 Vgl. VV1, Parl. Gesch. Boek 4, p 719. Zie ook over de aanvankelijk voorgestelde eis van onmiddellijke identificeerbaarheid van de legataris Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.2.
83 Vgl. VV1, Parl. Gesch. Boek 4, p 719.
84 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725-726.
85 MO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 743.

de Nobelprijs na het overlijden van de erflater.[86] Overigens was het wel toegestaan dat er nog enig onderzoek moest worden gedaan om de identiteit van de legataris vast te stellen en deze identiteit niet uitsluitend uit het testament zou blijken, zoals bij een legaat ten behoeve van de plaatselijke pastoor van de woonplaats van de erflater ten tijde van zijn overlijden.[87]

De minister komt echter in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer terug op het in de definitie van legaat alsnog opnemen van 'een of meer daarbij aangewezen personen', zonder afbreuk te willen doen aan de voor de legataris geldende zogenoemde bestaanseis. De legataris moet dus evenals de erfgenaam bestaan op het moment van overlijden van de erflater. De minister wijst wel op de andere positie van de erfgenaam ten opzichte van de legataris en merkt over het voorstel tot het schrappen van de eis dat de persoon van de legataris bij uiterste wilsbeschikking moet zijn aangewezen op: '(…) *dat deze eis bij een erfstelling meer op zijn plaats is dan bij een legaat. Bij erfstellingen vloeit het vereiste immers voort uit het stelsel dat bij het overlijden van de erflater diens goederen en schulden van rechtswege overgaan op zijn erfgenamen (…). Met de gedachte van de memorie van antwoord II, dat hetzelfde vereiste ook voor de legatarissen behoort te gelden en dat bij gebreke daarvan slechts sprake kan zijn van een last, kan de ondergetekende zich niet verenigen. Uit de bestaanseis voor de legataris op het ogenblik van het overlijden volgt wel de onmisbaarheid van de mogelijkheid tot diens identificatie, maar niet dat deze identificatie al bij het openvallen van de nalatenschap moet kunnen geschieden. Ook acht hij het geen bezwaar dat van een verplichting, die eerst na identificatie kan worden vervuld, ook pas na verloop van kortere of langere tijd nakoming kan worden gevorderd. Hetzelfde doet zich immers voor wanneer een verbintenis uit legaat tot betaling van een geldsom aan een persoon, wiens identiteit onmiddellijk na het overlijden is komen vast te staan, door een tijdsbepaling is opgeschort. Naar de mening van de ondergetekende ware artikel 4.4.2.1 bij de Invoeringswet derhalve alsnog in die zin te wijzigen dat het vereiste van onmiddellijke identificatie voor het legaat daaruit verdwijnt, bij voorbeeld door schrapping van de woorden "daarbij aangewezen" uit het eerste lid.*'[88] Dit betekent in concreto dat ook de hierboven vermelde 'winnaar van de Nobelprijs voor de Vrede in het jaar na mijn overlijden' later als persoon te identificeren valt (mits diegene ook bestaat op het moment van overlijden van de erflater) en zodoende op dat latere tijdstip nakoming kan vragen als legataris en niet wordt aangemerkt als lastbevoordeelde. Een 'erfstelling' van deze winnaar wordt geconverteerd in een legaat en niet in een last.[89]

86 Zie VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 715.
87 Zie MO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 743 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.2.
88 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 726. Zie over de geschrapte eis van onmiddellijke identificeerbaarheid ook Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.3.
89 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 726.

Bij de Invoeringswet Boek 4 is inderdaad gevolg gegeven aan de opmerking van de minister en is 'daarbij aangewezen' in lid 1 van het huidige art. 4:117 BW geschrapt.[90] Na schrapping van 'daarbij aangewezen' is het mogelijk om een legaat te maken waarin de legataris ook bepaald kan worden door omstandigheden die na het overlijden van de erflater optreden, zoals het meermalen vermelde legaat aan de eerste winnaar van de Nobelprijs van de vrede in het jaar na erflaters overlijden.[91] Overeind blijft, ondanks de schrapping, naast de bestaanseis, de eis dat de persoon aan wie de erflater een vorderingsrecht toekent, door de erflater zelf moeten worden aangewezen en dat een verwijzing bij uiterste wil naar een elders gedane aanwijzing niet voldoende is.[92] Op grond van de parlementaire geschiedenis is het dus niet mogelijk om een ander te laten bepalen wie als legataris optreedt.[93]

4.3.2.5 Het toepassingsgebied van het legaat ten opzichte van de last

Welke ruimte blijft er na alle wijzigingen, en het verruimde toepassingsgebied voor het legaat, over voor de beschikking 'last'? Volgens de minister is het grote belang van de last vooral gelegen '(…) *in de erkenning van de vrijheid van de erflater om ook beschikkingen te maken welke zich minder goed lenen voor sanctie in de vorm van een vorderingsrecht van een belanghebbende. Zou de wet de last niet regelen en haar niet voorzien van een bijzondere sanctie, nl. de vervallenverklaring geregeld in artikel 4.4.3.2, dan zou de mening kunnen postvatten dat de testeervrijheid beperkt zou zijn tot die beschikkingen waarvan nakoming kan worden geëist. Ook in de beperkte zin van verplichting zonder meer kan de last allerlei uiteenlopende doelstellingen dienen,* (…).'[94] Vervolgens onderscheidt de minister naar gelang van de daarbij betrokken belangen enkele beschikkingen die als last moeten worden aangemerkt:

- beschikkingen waarbij niemand een positief of in geld waardeerbaar belang heeft, zoals 'niet-roken';
- beschikkingen waarbij een onbepaalde kring van personen een feitelijk belang heeft, omdat de belaste persoon zich ter uitvoering van de last iets zal moeten aanschaffen. Genoemd wordt een beschikking met betrekking tot de aanschaf van een grafmonument;
- beschikkingen waarbij een bepaalde persoon weliswaar een belang heeft, maar die de erflater kennelijk niet in diens belang heeft gemaakt. Te denken

90 Zie MvT, Parl. Gesch. Boek 4, p. 2001.
91 Zie MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 726 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.3.
92 MvT, Parl. Gesch. Boek 4, p. 2001.
93 Bauduin acht dit in haar dissertatie niet stroken '(…) *met het verbintenisrechtelijke karakter van het legaat en het bepaaldheidsvereiste dat voor verbintenisrechtelijke verhoudingen geldt. Te weten een soepel bepaaldheidsvereiste, in die zin dat bepaalbaarheid, die nader ingekleurd kan worden aan de hand van subjectieve elementen, volstaat.*' Zie Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.3, p. 230.
94 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725.

valt hierbij volgens de minister aan de aanschaf van een bepaald voorwerp bij de eigenaar daarvan, zoals het aanschaffen van iets bij een bepaalde leverancier. Indien bijvoorbeeld de erfgenaam wordt opgedragen een grafmonument te bestellen dan hangt het van de bedoeling van de erflater af of sprake is van een last of legaat. Er is doorgaans sprake van een last als de erflater geen oog heeft op een bepaalde kunstenaar maar meer op het monument zelf. Heeft hij wel oog op een opdracht aan een bepaalde kunstenaar, dan kan deze kunstenaar als crediteur van de verbintenis worden aangemerkt en is dus sprake van een legaat;[95]
- beschikkingen waarbij iets moet worden gepresteerd aan een min of meer onbepaalde kring van personen, gemaakt in het belang van die min of meer onbepaalde kring van personen, zoals het mogelijk maken van studiebeurzen; en
- tot slot beschikkingen die gemaakt zijn in het algemeen belang.[96]

4.3.2.6 Het vervreemdings- en bezwaringsverbod

Op deze plek wil ik kort stilstaan bij een bepaling in de Vaststellingswet die bij de Invoeringswet weer geschrapt is. Aangezien de legataris 'slechts' een vorderingsrecht toekomt, het gelegateerde nog aan hem geleverd moet worden, en het dus de erfgenamen zijn die de erflater bij zijn overlijden in het goed opvolgen, hebben de zuiver aanvaardende erfgenamen de mogelijkheid (hoewel dit wanprestatie oplevert) om het gelegateerde goed, zolang het niet aan de legataris geleverd is, ten nadele van de legataris te vervreemden of te bezwaren en/of kan het goed worden uitgewonnen door privé-schuldeisers van de erfgenamen. Bij de Vaststellingswet achtte de minister dit een ongewenste consequentie van het stelsel die hij wenste te voorkomen door in art. 4.4.2.3 lid 1 te bepalen dat als een bepaald goed van de nalatenschap of een beperkt recht op een zodanig goed is gelegateerd, de erfgenamen en de executeur dat goed niet ten nadele van het aan de legataris toekomende recht kunnen vervreemden of bezwaren en het ten nadele van dat recht slechts door schuldeisers van de erflater kan worden uitgewonnen (dus niet door privé-schuldeisers van de erfgenamen, noch door andere legatarissen).[97] Om te voorkomen dat een goed in afwachting van de uitvoering van een legaat te lang geblokkeerd blijft, werd in lid 2 bepaald dat het in lid 1 bepaalde niet later dan dertig jaren na het overlijden van de erflater kan worden ingeroepen (bijvoorbeeld bij een legaat waarbij het vorderingsrecht door een langdurige tijdsbepaling is opgeschort).[98] In art. 4.4.2.3a werd tevens een voor de legataris beschermen-

95 MB I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 734-735.
96 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725.
97 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 756. Kolkman spreekt van een 'quasi-goederenrechtelijke werking' van het legaat; Kolkman 2006, nr. 1.9.4, p. 129.
98 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 757.

de regeling opgenomen ingeval aan hem het vruchtgebruik van de nalatenschap of een aandeel daarvan was gelegateerd, die erop neer kwam dat de erfgenamen en executeur niet zonder toestemming van de legataris over de goederen van de nalatenschap mogen beschikken, behalve voor zover dit nodig is voor de voldoening van de schulden van de nalatenschap. Vanuit het notariaat kwam veel kritiek op deze bepalingen die voor de praktijk onaanvaardbaar zouden zijn aangezien het buitengewoon onhandig zou zijn als dergelijke goederen met een vervreemdingsverbod zouden bestaan en de vervreemding van gelegateerde goederen bovendien een hersenschim was. De praktijk zou onnodig bezwaard worden bijvoorbeeld omdat de verklaring van erfrecht vollediger zou moeten zijn om de erfgenamen in staat te stellen aan derden aan te tonen dat er geen beletselen zijn om over de goederen van de nalatenschap te beschikken.[99] Zonder op alle praktische en principiële bezwaren verder in te gaan, kan hier niet onvermeld blijven dat de minister in het kader van de Invoeringswet beide bepalingen heeft laten vervallen, met de volgende toelichting: '*De legataris heeft – blijkens artikel 4.4.2.1 lid 1 – een persoonlijk recht op levering c.q. vestiging van een hem gelegateerd goed der nalatenschap c.q. beperkt recht daarop. Ik acht niet voldoende grond aanwezig om de legataris anders te behandelen dan andere persoonlijk gerechtigden, bijv. de koper van een goed. Vreest de legataris dat de erfgenamen of executeur het goed ten nadele van hem zouden willen vervreemden, dan dient hij, evenals bijv. een koper in soortgelijke omstandigheden kan doen, conservatoir beslag tot levering te leggen; gaat het om een legaat van een registergoed, dan is dit beslag inschrijfbaar in de openbare registers (…)*'[100]

4.3.3 Het legaat als uiterste wilsbeschikking

Zoals in het bovenstaande al impliciet aan bod is gekomen, is het legaat volgens de definitie van het legaat 'een uiterste wilsbeschikking'. Hoewel ik er op deze plek niet te gedetailleerd op in zal gaan, volgen hieronder toch enkele opmerkingen over het legaat als een soort van de door de wet erkende uiterste wilsbeschikkingen. Om een rechtshandeling te kunnen aanmerken als legaat, moet het namelijk niet alleen kwalificeren als legaat maar ook vallen onder de definitie van een uiterste wilsbeschikking. Zo luidde bijvoorbeeld tijdens de parlementaire behandeling de vraag of het afstand doen van een beperkt recht, het kwijtschelden van een schuld en het doen van een aanbod bij testament ook als uiterste wilsbeschikkingen (te weten: legaten) kwalificeren.

99 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 759.
100 MvT, Parl. Gesch. Boek 4, p. 2005.

4.3.3.1 De uiterste wilsbeschikking

In de Vaststellingswet (en ook heden ten dage in art. 4:42 BW) wordt een uiterste wilsbeschikking in art. 4.3.1.2 eerste lid gedefinieerd als '(…) *een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt.*' De erflater kan een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig herroepen (lid 2) en de uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen (lid 3). Aanvankelijk wordt in het Ontwerp-Meijers en in het Regeringsontwerp een beding in een overeenkomst als een uiterste wilsbeschikking aangemerkt indien dat beding een persoon met goederen uit het vermogen van een der partijen beoogt te bevoordelen en deze beschikking te allen tijde kan worden herroepen.[101] De minister schrapt dit echter aangezien hij van oordeel is dat de repressie van de schenking na dode beter kan worden gedaan via het contractenrecht, door voorschriften omtrent de geldigheid van schenkingen in de titel Schenking van Boek 7 BW.[102] Ook van (onherroepelijke) beschikkingen na dode, die in huwelijkse voorwaarden zijn getroffen, werd in eerste instantie voorgesteld deze als uiterste wilsbeschikkingen aan te merken.[103] De notariële praktijk gaf echter aan dat zij weinig behoefte meer had aan bij huwelijkse voorwaarden te maken contractuele erfstellingen en legaten aangezien deze in de praktijk amper voorkwamen ('een dode tak van ons recht') en ook niet meer pasten in de zeden en gewoonten. De minister had vervolgens weinig moeite om deze rechtsfiguur van de onherroepelijke making, die volgens de minister op zichzelf al tot zeer uitzonderlijke en vele complicaties leidt, bij Nader Gewijzigd Ontwerp van Wet te laten verdwijnen.[104]

Aangezien een uiterste wilsbeschikking, volgens de Vaststellingswet, in Boek 4 geregeld moet zijn of daarbuiten als zodanig in de wet moet worden aangemerkt, is sprake van een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Deze afbakening van uiterste wilsbeschikkingen dient mede om de uitgebalanceerde regeling van rechten in een nalatenschap (zoals de regeling van de rangorde van de nalatenschapsschuldeisers) overzichtelijk te houden.[105] Ook is door de definitie van de uiterste wilsbeschikking duidelijk dat een overeenkomst, zoals een overeengekomen (on)herroepelijke koopoptie uit te oefenen bij de dood van de verhuurder, per definitie niet een uiterste wilsbeschikking kan zijn omdat geen sprake is van een eenzijdige rechtshandeling, onverlet het feit dat de minister al aangaf dat overeenkomsten via het contractenrecht,

101 Zie art. 4.3.1.2 lid 3 OM en RO.
102 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 219-220 en MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.
103 Zie art. 4.3.1.2 lid 4 OM en RO.
104 NvW, Parl. Gesch. Boek 4, p. 222-223.
105 Zie ook Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 227-228.

bijvoorbeeld indien aangemerkt als gift bij dode, kunnen worden gebonden aan vorm- en geldigheidsvereisten en 'bevoordeelden' vervolgens tevens een postconcurrente positie kan worden toegekend ten opzichte van andere nalatenschapsschuldeisers.[106]

Is er door het gesloten stelsel sprake van dat de mogelijkheden van de te maken uiterste wilsbeschikking beperkt zijn (zoals bij het gesloten stelsel van de zakenrechten in het zakenrecht) en de testeervrijheid hierdoor in belangrijke mate is teruggedrongen?[107] De minister is van mening dat het stelsel van het ontwerp ten aanzien van de uiterste wilsbeschikkingen dichter bij het contractenrecht dan bij het zakenrecht ligt. Een vergelijking met het gesloten systeem van het zakenrecht stuit dan ook volgens hem af: '*Deze vergelijking was, naar het oordeel van ondergetekende, in zoverre niet gelukkig, dat daardoor de niet bedoelde indruk werd gewekt alsof de bijzondere typen van uiterste wilsbeschikkingen aan soortgelijke beperkingen als zakelijke rechten onderworpen zouden zijn. Dat dit in werkelijkheid niet het geval is blijkt ook uit het vervolg van de redevoering van de commissaris, nl. waar deze nader ingaat op de vraag of de toegelaten typen voldoende ruim zijn omschreven (…). Zoals daar wordt opgemerkt, begrijpt het ontwerp onder legaat alle beschikkingen, waardoor aan de bevoordeelde een vorderingsrecht wordt toegekend. Een recht van daarmee vergelijkbare algemene betekenis ontbreekt echter in het zakenrecht.*'[108] Met de uiterste wilsbeschikking 'legaat' kan de erflater dan ook alle vorderingen in het leven roepen tegen de belaste erfgenamen of legatarissen die binnen de grenzen van de wet, de openbare orde en de goede zeden passen, net zo goed als dat in het contractenrecht bij overeenkomst alle vorderingen in het leven kunnen worden geroepen.[109] Tevens merkt de minister op dat de erflater daarnaast nog lasten kan opleggen: verplichtingen waartegenover geen vorderingsrecht staat.[110] De testeervrijheid wordt in het Ontwerp volgens de minister wat betreft de te maken uiterste wilsbeschikkingen niet beperkt ten opzichte van het toen geldende recht, aangezien de erflater niet minder verplichtingen bij wijze van legaat of last dan voorheen kan opleggen aan een of meer erfgenamen, of aan een of meer legatarissen, ongeacht de verschoven verhouding tussen hetgeen als legaat en als last moet worden aangemerkt.[111]

Voor de in de parlementaire behandeling spelende vragen over het al dan niet aanmerken van bepaalde rechtshandelingen als uiterste wilsbeschikking (bijvoorbeeld 'legaat') – hetgeen onder andere tot gevolg heeft dat dergelijke beschikkingen alleen bij uiterste wil gemaakt kunnen worden – is het dus allereerst van belang of een bepaalde rechtshandeling als een uiterste wils-

106 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260-261.
107 Zie VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 238.
108 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 253-254.
109 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 254.
110 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 254.
111 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 251.

beschikking kwalificeert, te weten: een hoogstpersoonlijke *eenzijdige* rechtshandeling, die tijdens het leven steeds eenzijdig door de erflater kan worden herroepen en die eerst werkt na het overlijden van de erflater (cursivering, GGBB).[112] Daarnaast dient de beschikking te vallen onder een definitie van een in de wet aangemerkte uiterste wilsbeschikking (het gesloten stelsel). Om als legaat te worden aangemerkt, dient de beschikking dus onder de definitie van het legaat in de (Vaststellings)wet (*'een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer (daarbij aangewezen) personen een vorderingsrecht toekent'*) te kunnen worden geplaatst.[113] Is dit het geval, dan zijn alle voor de uiterste wilsbeschikking 'legaat' geldende bepalingen van toepassing op de beschikking. Zoals eerder vermeld bestaat er met de definitie van het legaat (het toekennen van een vorderingsrecht) in de Vaststellingswet geen twijfel meer over de onmogelijkheid van het zakelijk werkende vindicatielegaat als uiterste wilsbeschikking: '*Zo kan – hetgeen volgens oudere uitspraken van de H.R. naar geldend recht wel mogelijk is – niet een z.g. legatum per vindicationem worden gemaakt: een legaat waardoor een goed der nalatenschap van rechtswege op de aangewezen persoon zou overgaan, in plaats van toekenning van een vorderingsrecht tot overdracht van dat goed.*'[114]

In de volgende subparagrafen zal bezien worden wat de beantwoording van de minister is op de vragen of de kwijtschelding van een schuld, het afstand doen van een beperkt recht en het doen van een testamentair aanbod onder omstandigheden zijn aan te merken als de uiterste wilsbeschikking 'legaat' en in dat geval dus alleen geldig bij uiterste wil gemaakt kunnen worden.

4.3.3.2 Kwijtschelding schuld en afstand beperkt recht bij testament: legaten?

De Kamer (lees: de Kamercommissie) was van oordeel dat, nu de kwijtschelding een tweezijdige rechtshandeling is waarbij de schuld pas tenietgaat indien het aanbod daartoe wordt aangenomen door de debiteur of deze het aanbod niet onverwijld afwijst, de kwijtschelding van een schuld bij testament – wegens dat tweezijdige karakter van de handeling – geen uiterste wilsbeschikking en dus ook geen legaat kan zijn.[115] Het is volgens de Kamer dan ook meer een aanbod om een overeenkomst tot kwijtschelding aan te gaan, hetgeen volgens de interpretatie door de Kamer van het Regeringsstandpunt, niet als een uiterste wilsbeschikking zou kunnen kwalificeren. De Kamer vindt dat aan deze beschikking echter wel een vorderingsrecht verbonden zou moeten worden, gezien de duidelijke bedoeling van de erflater om de schuldenaar het recht te geven om te kunnen vorderen dat de erfgenamen met hem

112 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 216-217.
113 Art. 4.4.2.1 lid 1
114 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.
115 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 721.

een overeenkomst aangaan die de kwijtschelding van de schuld tot inhoud heeft, en dit in zoverre alsnog als een legaat moet worden aangemerkt.[116] Problematisch en ondoorzichtig wordt het echter volgens de Kamer dat het aanbod tevens buiten de erfgenamen ter kennis van de begunstigde kan komen en de schuld reeds tenietgaat door de stilzwijgende aanvaarding door de begunstigde.[117]

Wat betreft het afstand doen van een beperkt recht merkt de Kamer op dat de afstand in beginsel ook een tweezijdige rechtshandeling is waarop de regels van overdracht in het algemeen gelden. Het afstand doen van een beperkt recht komt neer op de overdracht van dat recht aan de hoofdgerechtigde.[118] De Kamer is dan ook van mening dat er in wezen een vorderingsrecht aan de begunstigde wordt toegekend om levering van het aangebodene bij de erfgenaam te vorderen, maar dat de tweezijdigheid van de afstand wederom in de weg staat aan de kwalificatie als uiterste wilsbeschikking en daarmee aan een geldig legaat.[119]

Volgens de minister moet een scherp onderscheid gemaakt worden tussen het legaat enerzijds en het gevolg van die handeling. Het legaat zelf is zonder twijfel een eenzijdige rechtshandeling en het gevolg van de handeling bestaat uit de verbintenis van de erfgenamen om afstand (of kwijtschelding) aan te bieden. In beide gevallen heeft de begunstigde een vorderingsrecht op grond van een legaat.[120] De minister is het dan ook niet eens met de Kamer dat het door de definitie van de uiterste wilsbeschikking onmogelijk wordt gemaakt bij uiterste wil een aanbod (tot kwijtschelding) te doen dat bestemd is om door de aangewezen persoon na het overlijden van de erflater te worden aanvaard. Volgens de minister legt een dergelijk aanbod aan de erfgenamen een verplichting jegens de aangewezen personen op, waarbij geldt dat mag worden aangenomen dat de erflater '(…) *de nakoming van de verplichting door middel van een met die verplichting corresponderend vorderingsrecht heeft willen sanctioneren*', zodat deze beschikking dus als een legaat beschouwd kan worden en de beschikking zonder twijfel het karakter van de gedefinieerde uiterste wilsbeschikking draagt.[121] Hetzelfde geldt volgens de minister voor het afstand doen van een beperkt recht. In beide gevallen geldt, zoals de Kamer terecht opmerkte, dat het maken van een van beide beschikkingen niet tot gevolg heeft dat de vordering of het beperkte recht bij het overlijden van de erflater automatisch teniet gaat. De beschikking legt slechts aan (bijvoorbeeld) de gezamenlijke erfgenamen de verplichting tot kwijtschelding (dan wel afstand) op, waarvan de legataris (bij kwijtschelding tevens de schuldenaar

116 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 721-722.
117 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 722.
118 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 721-722.
119 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 722 en MO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 744.
120 MO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 744.
121 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 728-729.

en bij afstand tevens de hoofdgerechtigde) nakoming kan vorderen.[122] In wezen is er voor de positie van de legataris ten opzichte van de met het legaat belaste personen geen verschil met zijn positie als hij een bepaald goed gelegateerd had gekregen (hetgeen dan ook nog aan de legataris moet worden geleverd): '*Zomin als de erflater ook in andere gevallen een goed der nalatenschap door middel van een legatum per vindicationem van rechtswege kan doen overgaan op een ander dan zijn gezamenlijke erfgenamen, zomin kan hij een goed der nalatenschap, bestaande in een vorderingsrecht of een beperkt recht, door afstand ten behoeve van de schuldenaar, resp. de hoofdgerechtigde, van rechtswege aan zijn gezamenlijke erfgenamen onthouden. Ook deze goederen delen het lot van alle voor overgang vatbare goederen der nalatenschap; overgang van rechtswege op de gezamenlijke erfgenamen (…). Hierin, niet in tweezijdigheid van de afstandshandeling, ligt de reden waarom een afstandsbeschikking van de erflater een verbintenis tot afstand schept, een verbintenis van de erfgenamen jegens de schuldenaar of hoofdgerechtigde tot het doen van afstand; een schuld der nalatenschap uit legaat die bij vereffening overeenkomstig afdeling 4.5.3 het lot van andere schulden uit legaat deelt. Dat wil zeggen dat het legaat zo nodig (…) wordt verminderd en dat zo nodig het vermaakte vorderingsrecht of beperkte recht waarvan volgens het legaat kwijtschelding respectievelijk afstand moet worden gedaan, te gelde wordt gemaakt; ook deze legaten staan eventueel aan inkorting door de legitimarissen bloot.*'[123] Er is dus geen sprake van een bijzondere uiterste wilsbeschikking, maar gewoon van een legaat met de toekenning van een vorderingsrecht om tot kwijtschelding of afstand over te gaan.[124] De minister merkt op dat, in tegenstelling tot hetgeen door de Kamer naar voren was gebracht over stilzwijgende aanvaarding, voor het tenietgaan van de verbintenis nodig is dat de *erfgenamen* (c.q. vertegenwoordigd door de executeur) een aanbod (tot afstand) moeten doen aan de legataris (cursivering, GGBB).[125]

4.3.3.3 Het testamentaire aanbod: legaat?

In de parlementaire discussie kwam tevens de vraag op of een aanbod bij dode, dat tijdens leven herroepen kan worden, tot bijvoorbeeld de koop van een huis, een uiterste wilsbeschikking is zodat de daarvoor geldende formaliteiten (vormvereisten) in acht moeten worden genomen.[126] En zo ja, van welke uiterste wilsbeschikking is sprake?

Niet bestreden werd dat een aanbod waaraan de aanbieder tijdens leven al gebonden was, geen uiterste wilsbeschikking oplevert.[127] Een uiterste wils-

122 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 728-729.
123 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 728.
124 Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 230.
125 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 728-729.
126 Zie bijvoorbeeld Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 228-229 en MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 250-251.
127 Zie bijvoorbeeld Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 228-229.

beschikking heeft immers slechts werking na het overlijden en is tijdens leven te herroepen. Ook een in een (huur)overeenkomst bedongen koopoptie, welke optie pas na overlijden van de optieverlener kan worden uitgeoefend, kwalificeert niet als uiterste wilsbeschikking. De contractant (verhuurder) is tijdens leven al gebonden (de optie is als onderdeel van de overeenkomst niet te herroepen), ook al kan de nakoming slechts na het overlijden (van de verhuurder) worden gevorderd. De minister merkt op dat een dergelijke overeenkomst volkomen toelaatbaar is. Ofwel de optie vormt een zakelijke contraprestatie van de zijde van de partij die de optie verleent, ofwel de wederpartij verrijkt zich ten opzichte van de optieverlener hetgeen een gift oplevert, voor welke gift ter zake des doods de minister het contractenrecht de aangewezen plek vindt om speciale regels te geven. Er wordt dan ook wetgeving in het vooruitzicht gesteld wat betreft vormvereisten aan dergelijke giften en regelingen omtrent de verhouding van hiermee begiftigden met (overige) schuldeisers van de nalatenschap.[128] Dit is de huidige regeling met betrekking tot schenkingen en giften ter zake des doods (art. 7:177 e.v. BW) die worden aangemerkt als zogenoemde quasi-legaten (art. 4:126 e.v. BW).

De Kamercommissie betwijfelt of een als uiterste wilsbeschikking gedaan aanbod tot aankoop van een bepaald goed uit de nalatenschap, bestemd om na de dood te werken, als een legaat kan kwalificeren (en dus binnen het gesloten stelsel past).[129] Volgens de commissie is er totdat er geaccepteerd is niets dan een aanbod, dus ook geen vorderingsrecht. De verplichtingen en vorderingsrechten ter zake van de koopsom en het goed ontstaan pas door de overeenkomst, die als meerzijdige rechtshandeling tot stand is gekomen door de versmelting van de acceptatie met het aanbod.[130] '*Indien men iemand een aanbod doet tot aankoop van een goed treedt – naast het onmiddellijk intredende beoogde rechtsgevolg van de vatbaarheid voor acceptatie – het beoogde rechtsgevolg van het ontstaan van een rechtsband pas in mét die acceptatie.*'[131] De commissie concludeert vervolgens dat dit betekent dat het bedoelde aanbod niet onder de definitie van een legaat valt omdat het legaat volgens art. 4.4.2.1 lid 1 (zie thans art. 4:117 lid 1 BW) een uiterste wilsbeschikking is *waarin* de erflater een of meer daarbij aangewezen personen een vorderingsrecht toekent (cursivering, GGBB).[132]

De minister is niet overtuigd van het door de Kamercommissie aangevoerde: '(…) *ook al aanvaardt men haar voor een aanbod onder de levenden: een verklaring waarbij een aspirant-verkoper bij zijn leven een aanbod om (zelf) te verkopen ter kennis van een veronderstelde gegadigde brengt. Bij de besproken uiterste wilsbeschikking doet zich iets anders voor. Daar legt de erflater aan een of meer andere*

128 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 258.
129 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 243-244.
130 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 244.
131 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 244.
132 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 244.

personen, in casu zijn erfgenamen, een verplichting op die na zijn overlijden in hun persoon ontstaat en kent hij aan een bij die beschikking aangewezen persoon een met die verplichting corresponderend vorderingsrecht toe. Een verplichting namelijk om het goed voor een bepaalde prijs aan de aangewezen persoon te verschaffen, indien deze verklaart het aanbod te accepteren. Het ontstaan van deze verplichting na het openvallen der nalatenschap kan niet worden voorkomen door een herroeping van het aanbod; niet meer door de erflater omdat hij overleden is, en evenmin door zijn erfgenamen, noch voordat de aangewezen persoon zich in de hem toekomende bedenktijd over acceptatie van het aanbod heeft uitgesproken, noch zelfs voordat deze de beschikking heeft vernomen.'[133] De conclusie van de minister luidt dan ook: '*Zoals de ondergetekende daar heeft uiteengezet is een zodanig aanbod een eenzijdige rechtshandeling, gericht op het ontstaan van een verplichting in de persoon van de erfgenamen. Ingevolge artikel 4.3.1.2 lid 1 van het ontwerp is zo'n aanbod een uiterste wilsbeschikking, zodat het kan en moet worden gedaan in de vorm, vereist voor een uiterste wil.*'[134] Volgens Regeringscommissaris Wiersma is het aanmerken van een dergelijk aanbod als een legaat een bevredigende uitkomst. Hij vindt dat niet alleen omdat de beschikking volkomen overeenstemt met de definitie van het legaat en dus onderhevig is aan de algemene voorschriften van uiterste wilsbeschikkingen, maar ook omdat de vordering nu door de van toepassing zijnde regels van het legaat onder meer voor inkorting vatbaar is indien de legitimarissen niet aan hun trekken zouden komen. De begunstigde komt op deze manier (gerangschikt als legataris) dus niet in dezelfde positie als de gewone schuldeisers die de erflater al tijdens het leven had, zodat volgens Wiersma voorkomen wordt dat de erflater zijn schuldeisers door het eenzijdig in het leven roepen van dergelijke rechten bij dode makkelijk zou kunnen benadelen.[135]

4.3.4 Enige bepalingen over het 'ontbreken' van het gelegateerde

Aangezien in het volgende hoofdstuk uitgebreid de (on)mogelijkheden van het legaat onder huidig recht worden besproken, en veel bepalingen met betrekking tot het legaat uit de Vaststellingswet ongewijzigd middels de Invoeringswet in 2003 in werking zijn getreden, wordt, om dan niet in herhaling te vallen, in dit hoofdstuk geen volledige beschrijving beoogd van de behandeling van het legaat onder de Vaststellingswet. Toch wil ik alvast kort stilstaan bij de vraag of, en zo ja in hoeverre, de Vaststellingswet afwijkt van het Ontwerp-Meijers wat betreft beschikkingen die zijn gemaakt terwijl de uitvoering van het legaat problemen oplevert omdat het gelegateerde om welke reden dan ook niet van rechtswege is overgegaan op de erfgenamen en dus

133 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 251.
134 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 258.
135 Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 228.

'ontbreekt' in de nalatenschap. Doordat de definitie van het legaat werd aangepast en het toekennen van een vorderingsrecht centraal werd gesteld, kon de making met betrekking tot het goed van een ander ook als een legaat worden gekwalificeerd, mits er een vorderingsrecht aan de bevoordeelde zou zijn toegekend. Dit maakte het tegelijkertijd noodzakelijk om te bezien of in de wet regelingen moesten worden getroffen ingeval de uitvoering voor de erfgenamen van het legaat onmogelijk zou zijn (geworden), ook al had de erflater op het oog dat hij de bevoordeelde een vorderingsrecht wilde toekennen. Te denken valt in dit kader aan de situatie dat het gelegateerde goed zich ten tijde van het maken van het legaat bijvoorbeeld in de boedel van de erflater bevond maar het later is komen te ontbreken of aan de situatie dat de erflater niet wist dat het gelegateerde niet in de boedel aanwezig was. Dergelijke regelingen in verband met moeilijkheden die kunnen spelen bij de uitvoering van legaten zullen hieronder besproken worden.

4.3.4.1 Blijvende onmogelijkheid uitvoering legaat

Voor het geval er vóór het overlijden van de erflater een omstandigheid intreedt die de uitvoering van beschikking blijvend onmogelijk maakt, is art. 4.3.1.9 (thans art. 4:47 BW) opgenomen, dat luidt: '*Wanneer de uitvoering van een beschikking, anders dan als gevolg van een na het overlijden van de erflater ingetreden omstandigheid, blijvend onmogelijk is, vervalt de beschikking, zonder dat een andere beschikking daarvoor in de plaats mag worden gesteld, tenzij de wet het tegendeel bepaalt, of uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater die andere beschikking zou hebben gemaakt, wanneer hem de onmogelijkheid bekend was geweest.*' Het gaat hier dus niet om omstandigheden die na het overlijden intreden. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis het voorbeeld van een gelegateerde boerderij genoemd, welke boerderij na het overlijden van de erflater maar voor de levering aan de legataris door brand wordt verwoest en welke boerderij wel verzekerd is. Deze situatie wordt geregeld door het verbintenissenrecht. De minister: '*Voor zover de met het legaat belaste erfgenamen door een hun niet toe te rekenen oorzaak blijvend verhinderd zijn hun verbintenis na te komen, gaat deze in beginsel door overmacht teniet. De schuldeiser – in casu de legataris – heeft echter recht op schadevergoeding, voor zover zijn schuldenaren, de erfgenamen, in verband met de hun niet toe te rekenen tekortkoming in de uitvoering van hun verbintenis een voordeel genieten dat zij bij behoorlijke nakoming niet zouden hebben gehad; in casu bestaat dit voordeel uit de hun toekomende verzekeringspenningen.*'[136] Het wetsartikel ziet wel op omstandigheden die na het maken van de uiterste wil (en voor het overlijden van de erflater) intreden en de uitvoering van de beschikking blijvend onmogelijk maken, alsmede op omstandigheden die al ten tijde van het maken van de uiterste wil de beschikking blijvend onmogelijk

136 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 286.

maakten maar welke omstandigheden de erflater kennelijk niet bekend waren.[137] Onder blijvende onmogelijkheden, dus geen tijdelijke onmogelijkheden, kunnen blijkens de parlementaire geschiedenis logische (of theoretische) onmogelijkheden begrepen worden (bijvoorbeeld het gelegateerde schilderij is na het maken van het legaat gestolen) maar ook praktische onmogelijkheden (het gelegateerde schilderij is na het maken van het legaat afgebrand of de uitvoering van het legaat zou slechts ten koste van een redelijkerwijs niet te vergen inspanning of opoffering denkbaar zijn; waarover straks meer in het kader van het niet tot de nalatenschap behorende gelegateerde goed).[138] Is sprake van een bovenbedoelde omstandigheid, dan vervalt de beschikking en wordt zij niet geconverteerd in een andere beschikking tenzij de wet (te denken valt aan de later te bespreken alternatieve regeling in de wet met betrekking tot een gelegateerd huwelijksgoederengoed) of uit de uiterste wil anders zou volgen.

4.3.4.2 Legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed

Artikel 4.3.1.10a – het huidige art. 4:49 BW – bevat een bijzondere bepaling voor het geval de praktische onmogelijkheid bij de uitvoering van het legaat wordt veroorzaakt doordat het goed niet tot de nalatenschap behoort. Deze mogelijkheid hoeft geen moeilijkheden op te leveren: indien het gelegateerde goed toebehoort aan een erfgenaam zou levering aan de legataris op zichzelf geen probleem opleveren, desondanks is het de vraag of en op welke manier aan deze beschikking uitvoering gegeven zou moeten worden.[139]

Art. 4:49 BW (zie uitgebreid par. 5.2) bepaalt over het legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed:

'*1. Een ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat van een bepaald goed, of van een op een bepaald goed te vestigen recht, vervalt indien het goed bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort, tenzij uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild.*

2. Kan in laatstgenoemd geval degene op wie de verplichting rust, zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering verschaffen, dan is hij gehouden de waarde van het goed uit te keren.

3. Voor de toepassing van het eerste lid wordt een goed geacht niet tot de nalatenschap te behoren, indien de erflater tot overdracht van het goed verplicht was en deze verbintenis niet met zijn dood is tenietgegaan.'

Deze op het Duitse en Zwitserse recht gebaseerde regeling kwam niet in het Ontwerp-Meijers voor.[140] Wel bepaalde art. 4.3.6.3 van het Ontwerp-Meijers

137 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 286.
138 Zie VV I en MvA I, Parl. Gesch Boek 4, p. 287-288.
139 MvA I, Parl. Gesch Boek 4, p. 288.
140 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 290.

(zie par. 4.2.2) dat '[e]*en uiterste wilsbeschikking betreffende een bepaald goed uit de nalatenschap wordt herroepen, wanneer de erflater daarna onder de levende een daarmede strijdige beschikking treft.*' Hoewel de minister het in het algemeen wenselijk vindt dat de erfgenaam die belast is met het legaat, van het legaat bevrijd wordt als een vervreemding door de erflater van het gelegateerde goed plaatsvindt nadat hij het legaat heeft gemaakt, kan de door Meijers voorgestelde regeling tot grote rechtsonzekerheid leiden, hetgeen niet past bij het principe dat aan uiterste wilsbeschikkingen strenge vormvereisten worden gebonden.[141] Ter onderbouwing van de onzekerheid voert de minister aan dat de uiterste wilsbeschikking door iedere met haar strijdige beschikking onder de levenden verviel en dus steeds bezien moet worden welke beschikking als strijdig met de uiterste wilsbeschikking kwalificeert. En horen feitelijke handelingen hier ook bij? En kan het niet ook zo zijn dat de erflater, ook al behoort het goed hem niet meer toe, desondanks de uiterste wilsbeschikking wil handhaven?[142] Tevens zou het de vraag zijn of het de bedoeling van de erflater zou zijn dat de beschikking verviel (zonder dat hij later de uiterste wilsbeschikking bij testament had herroepen) als de erflater het gelegateerde goed verkocht had maar de koop vernietigd of ontbonden werd, en het goed dus (opnieuw) tot het vermogen van de erflater behoorde.[143] Bovendien constateerde de minister dat de bepaling niet voorzag in de situatie dat het vermaakte goed buiten de wil van de erflater om na het maken van de uiterste wilsbeschikking uit zijn vermogen is verdwenen (te denken valt o.a. aan onteigening) of het gelegateerde nooit de erflater heeft toebehoord. Uiteraard kan het dan een vergissing van de erflater zijn, maar het kan ook zijn dat de erflater juist beoogd heeft om de erfgenaam een verplichting op te leggen zich dit gelegateerde goed te verschaffen zodat het legaat kon worden uitgevoerd.[144] In hoeverre moet deze eventuele bedoeling van de erflater al bij voorbaat worden uitgesloten? De minister kwam dan ook tot de slotsom dat art. 4.3.6.3 van het Ontwerp-Meijers geschrapt diende te worden en tegelijkertijd art. 4.3.1.10a (art. 4:49 BW) als meer bevredigende algemene regel moest worden ingevoegd, inhoudende dat een ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat van een bepaald goed dat bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort, vervalt, tenzij uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild.[145] Zoals in paragraaf 4.3.2 uitvoerig is beschreven is – door het verschuiven van de grens tussen legaat en last – ook bij het in een uiterste wil toekennen van een vorderingsrecht aan een persoon met betrekking tot bepaald goed dat niet tot de nalatenschap

141 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 290-291.
142 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 291.
143 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 291.
144 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 291.
145 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 291.

behoort, gewoon sprake van een legaat en niet van een last.[146] De vraag is vervolgens naar aanleiding van art. 4.3.1.10a (art. 4:49 BW) of dit legaat al dan niet vervalt. Blijkt uit de uiterste wil dat de erflater de beschikking ook heeft gewild indien het goed bij het openvallen van de nalatenschap er niet toe behoort, dan vervalt het legaat niet en rust op de belaste erfgenaam de plicht om zich het gelegateerde goed te verschaffen om zodoende aan de beschikking uitvoering te geven. Op grond van lid 2 kan de erfgenaam volstaan met het uitkeren van de waarde van het gelegateerde goed indien hij zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering kan verschaffen. Volgens de minister is het in dat geval '(…) *noch in de lijn van erflaters bedoeling dat het legaat toch vervalt, noch ook redelijk de erfgenaam voor wanprestatie aansprakelijk te stellen*' en is het dan de juiste oplossing dat de erfgenaam gehouden is in plaats van het gelegateerde goed de waarde daarvan uit te keren.[147] Dit tweede lid is niet van toepassing als de erflater in zijn uiterste wil in het geval van het ontbreken van het gelegateerde goed heeft voorzien door te bepalen dat hij dan het legaat in het geheel niet heeft gewild.[148] Om ook in de situatie dat een gelegateerd goed tevens door de erflater aan een derde is verkocht, en dit goed nog niet geleverd is, duidelijkheid te verschaffen aan wie het goed geleverd moet worden (aan de legataris of aan de derde) is een derde lid opgenomen. Dit lid bepaalt uitdrukkelijk dat een goed geacht wordt niet tot de nalatenschap te behoren indien op de erflater een verbintenis tot overdracht van dat goed rust die niet met zijn dood teniet gaat.[149] Het legaat van dit goed vervalt dus, tenzij ingevolge lid 1 uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild.

In het parlement werd betwijfeld of de kennelijke bedoeling van de erflater om een niet tot de nalatenschap behorend goed te legateren, ondanks 'difficultas' bij de levering, in de praktijk veelvuldig voorkomt en deze wettelijke bepaling zou rechtvaardigen.[150] De minister werd gevraagd of deze bepaling geen premie op het maken van onredelijke beschikkingen is en of het redelijk is dat de met het legaat belaste erfgenaam wordt verplicht tot het uitkeren van de waarde in geld van de gelegateerde zaak, ook indien de erfgenaam zich ondanks de gedane moeite en kosten de zaak niet verschaffen kan.[151] De minister meent dat het als uitzondering opnemen van het niet vervallen van het legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed op het moment van overlijden, ook wanneer deze beschikking niet veel gemaakt zal worden (hoewel zij wel zeer denkbaar is volgens de minister), gerechtvaardigd kan

146 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 291.
147 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 292.
148 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 292.
149 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 292.
150 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 294.
151 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 294.

worden door de testeervrijheid.[152] De minister ziet geen bezwaar tegen '(…) *een legaat dat de belaste erfgenaam verplicht een aan deze zelf toebehorend goed aan de legataris te leveren, evenmin als er bezwaar bestaat tegen het legaat van een geldsom die in de boedel niet voorhanden is.*'[153] Evenmin is er volgens hem een reden een legaat te verbieden waarbij een goed van een ander dat ook niet aan een erfgenaam toebehoort, wordt gelegateerd en de erfgenamen zich dit goed gemakkelijk kunnen verschaffen.[154] En indien de erfgenamen zich dit slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering kunnen verschaffen, zijn de erfgenamen in plaats daarvan gehouden de waarde van het goed uit te keren, en dit acht de minister niet onredelijk: '*Naar de mening van de ondergetekende doet het recht aan de tegenover elkaar staande belangen van de belaste erfgenaam en de legataris. Enerzijds wordt de erfgenaam niet zwaarder belast dan met een geldlegaat ter grootte van de waarde van het goed het geval zou zijn en ontvangt hij niet minder dan de erflater hem had toegedacht (de waarde van zijn erfdeel minus die van het hem opgelegde legaat), anderzijds blijft de legataris niet, ondanks het hem door de erflater toegedachte legaat, met lege handen staan, alleen omdat de derde aan wie het goed toebehoort, het niet of slechts tegen een onredelijk hoge prijs wil afstaan.*'[155]

4.3.4.3 Staat van het gelegateerde

Waar Meijers de bepaling over de staat van een gelegateerd goed (zie par. 4.2.3) opnam in de afdeling 'Legaten', verplaatst de wetgever het (enigszins aangepaste) artikel naar de afdeling 'Uiterste wilsbeschikkingen in het algemeen', tussen het hierboven besproken artikel over het ontbreken van het gelegateerde goed in de nalatenschap en het hierna te bespreken artikel over het legaat van een bepaald goed uit de huwelijksgemeenschap. Hoewel deze bepalingen voornamelijk van belang zijn voor legaten, zeker ook nadat het begrip legaat is uitgebreid, wil de minister door deze plaatsing aangeven dat deze regels in aanmerking kunnen komen voor analogische toepassingen op andere uiterste wilsbeschikkingen, in het bijzonder lasten (zoals de last om een goed uit de nalatenschap voor een bepaalde bestemming te besteden).[156]

Het artikel over de staat van het gelegateerde wordt vernummerd tot 4.3.1.10b (thans art. 4:50 BW) en luidt:

'*1. Tenzij de erflater anders heeft beschikt, wordt een gelegateerd goed geleverd in de staat waarin het zich op het ogenblik van overlijden van de erflater bevindt.*

152 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 294.
153 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 294.
154 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 295.
155 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 295.
156 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 295.

2. *Mitsdien is een erfgenaam niet verplicht het vermaakte goed te bevrijden van enig beperkt recht dat daarop is gevestigd.*
3. *Is een vordering van de erflater op een erfgenaam, een beperkt recht van de erflater op een goed van een erfgenaam, of een goed van de erflater waarop een beperkt recht van een erfgenaam is gevestigd gelegateerd, dan vindt geen vermenging plaats, tenzij het legaat wordt verworpen.*'

Aanvankelijk wordt in lid 1 gesproken van een 'bepaald goed' maar dit wordt vervangen door een 'gelegateerd goed' omdat dit de minister meer juist voor komt. Hij noemt onder meer als voorbeeld van een legaat waarbij in strikte zin niet van een legaat van bepaalde goederen gesproken kan worden het geval dat de erflater '(…) *bepaaldelijk beoogd heeft het aantal – niet door nummervermelding geïndividualiseerde – stukken als deel van het pakket dat in zijn nalatenschap wordt aangetroffen, te legateren*'.[157] Het goed dient geleverd te worden in de staat waarin het zich op het ogenblik van het overlijden van de erflater bevindt. Ingevolge lid 2 is duidelijk dat als het bovenstaande pakket bijvoorbeeld met een pandrecht bezwaard is, de erfgenamen kunnen volstaan met de levering van het pakket met het daarop rustende pandrecht, tenzij de erflater anders heeft beschikt. Hoewel lid 2 als een gevolgtrekking uit het beginsel dat aan lid 1 ten grondslag ligt gezien kan worden, handhaaft de minister dit artikellid omdat '(…) *zij duidelijk doet uitkomen dat de regel van lid 1 niet alleen ziet op de feitelijke, maar ook op de juridische staat van de gelegateerde zaak op het ogenblik van overlijden van de erflater.*'[158] Lid 3 ten slotte dient te voorkomen dat hetgeen gelegateerd is, niet door vermenging tenietgaat zodat het alsnog kan worden overgedragen aan de legataris. Het lid ziet op de situatie dat er een vorderingsrecht van de erflater op de (enig) erfgenaam wordt gelegateerd aan een ander dan deze erfgenaam, op de situatie dat een beperkt recht van de erflater op een goed van de (enig) erfgenaam wordt gelegateerd alsook op de situatie dat in het omgekeerde geval een goed van de erflater, waarop een beperkt recht van de (enig) erfgenaam rust, wordt gelegateerd. Doordat de erfgenaam onder algemene titel in goederen en schulden de erflater opvolgt, zou anders het vorderingsrecht of beperkte recht door vermenging tenietgaan. Tenzij het legaat wordt verworpen, zal er door de bepaling geen vermenging plaatsvinden en kan de legataris het gelegateerde opeisen.[159]

4.3.4.4 Legaat goed huwelijksgemeenschap

Artikel 4.3.1.11 (art. 4:51 BW; zie uitgebreid par. 5.3) luidt:

'*1. Wanneer een echtgenoot ten laste van zijn gezamenlijke erfgenamen een bepaald goed uit de huwelijksgemeenschap heeft vermaakt, kan de legataris levering van het gehele goed van hen vorderen, doch zij kunnen, voor zover het goed bij de*

157 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 296.
158 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 296.
159 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 296.

verdeling van de huwelijksgemeenschap aan de andere echtgenoot of diens erfgenamen wordt toebedeeld, volstaan met uitkering van de waarde van het goed. Deze bevoegdheid komt ook toe aan de andere echtgenoot die enig erfgenaam is, en diens erfgenamen.

2. *Het vorige lid is alleen van toepassing indien de huwelijksgemeenschap op het ogenblik dat de beschikking werd gemaakt, nog niet ontbonden was.*'

Ook dit artikel bevat, net als de hiervoor besproken artikelen 4.3.1.10a (art. 4:49 BW) en 4.3.1.10b (art. 4:50 BW), wettelijke afwijkingen (of varianten) van de hoofdregel dat beschikkingen vervallen bij de onmogelijkheid van uitvoering, zoals neergelegd in art. 4.3.1.9 (art. 4:47 BW). Niet alleen zijn zij vanwege de overzichtelijkheid bij elkaar geplaatst, maar ook, zoals eerder vermeld, om aan te geven dat zij allen in aanmerking kunnen (niet: moeten) komen voor analoge toepassing op andere uiterste wilsbeschikkingen (met name lasten).[160] De minister geeft als voorbeeld met betrekking tot een analoge toepassing van art. 4.3.1.11 (art. 4:51 BW) dat de erflater zijn erfgenamen de last oplegt om zijn woonhuis te gebruiken voor de huisvesting van wezen uit de stad. De minister: '*Maakt dit huis nu deel uit van de huwelijksgemeenschap waarin de erflater was gehuwd, dan kan van erfgenamen nakoming gevorderd worden, hetgeen hier wil zeggen dat de erfgenamen bij niet-nakoming van de last van het erfgenaamschap vervallen verklaard kunnen worden door de rechter. De erfgenamen kunnen voor zover het huis bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap aan de andere echtgenoot of diens erfgenamen wordt toebedeeld, echter volstaan met besteding van een met de waarde van het woonhuis overeenkomende geldsom aan het door erflater aangewezen goede doel.*'[161]

Terugkerend naar de inhoud van art. 4.3.1.11 (art. 4:51 BW) geldt ook hier als uitgangspunt dat als een in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot een tot de gemeenschap behorend goed heeft gelegateerd, hij geacht wordt het gehele goed te hebben willen vermaken ook al behoort slechts een onverdeeld aandeel van de helft tot zijn nalatenschap. Het artikel bewerkstelligt voorts dat de erfgenamen van de erflater kunnen volstaan met de uitkering van de waarde van het goed aan de legataris als bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap het goed niet aan hen maar aan de langstlevende echtgenoot wordt toebedeeld (of bij het voor de verdeling overlijden van de langstlevende echtgenoot: aan de erfgenamen van de langstlevende echtgenoot). Indien het goed echter aan de erfgenamen van de erflater zelf wordt toebedeeld, dienen zij wel aan de verplichting te voldoen om dit goed zelf (en niet de waarde daarvan) aan de legataris te leveren.[162]

Wat is de situatie als het goed bij de verdeling voor een deel wordt toebedeeld aan de echtgenoot en voor het overblijvende deel aan de erfgenamen?

160 VV I en MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 300-302.
161 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 301-302.
162 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 299.

De Eerste Kamercommissie geeft er de voorkeur aan dat als het gelegateerde goed niet in zijn geheel aan de nalatenschap wordt toebedeeld, de waarde van het legaat in geld moet worden uitgekeerd.[163] Hoewel de minister met die oplossing ook vrede gehad zou hebben, omdat het hem er vooral om gaat dat de wet een oplossing geeft voor het geval dat partijen er samen niet uit komen, merkt hij op dat de regel van dit artikel deze is dat het legaat doorgang kan vinden ondanks de bestaande huwelijksgemeenschap, tenzij het goed niet aan de erfgenamen is toebedeeld. Het wettelijk systeem is dus dat als het goed bij de verdeling voor een deel wordt toebedeeld aan de echtgenoot en voor het overblijvende deel aan de erfgenamen, de legataris het goed voor een deel als waarde in geld en voor een deel in eigendom ontvangt.[164] In de Eerste Kamer merkt de heer Brongersma (PvdA) op dat hij het voorstel van de Kamercommissie een veel eenvoudiger regeling vindt geven waarbij allerlei gecompliceerde verhoudingen, die lang kunnen duren, worden vermeden. Brongersma spreekt dan ook de hoop uit dat de Invoeringswet op dit punt nog wijzigingen brengt, hetgeen overigens niet zal geschieden.[165]

Ingeval de langstlevende echtgenoot tevens enig erfgenaam is, zal geen sprake zijn van een verdeling van de huwelijksgemeenschap waarbij het goed aan de langstlevende wordt toebedeeld. Zoals in het vorige hoofdstuk besproken bood art. 950 OBW voor deze situatie geen oplossing maar was de langstlevende echtgenoot op grond van rechtspraak alsnog verplicht het legaat uit te voeren als enig erfgenaam (par. 3.4.2.1). Omdat de minister het echter redelijk acht dat de langstlevende echtgenoot ook in dit geval met de uitkering van de waarde kan volstaan, is expliciet in lid 1 opgenomen dat de langstlevende echtgenoot (en diens erfgenamen) deze bevoegdheid ook toekomt als die enig erfgenaam is.[166]

Tot slot is in lid 2 opgenomen dat het hier besproken artikel alleen geldt als de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden bij het overlijden van de erflater of als de al voor zijn dood ontbonden maar nog niet verdeelde huwelijksgemeenschap nog niet ontbonden was toen hij de beschikking maakte.[167]

4.3.5 Intermezzo: het legaat in enkele Europese landen

In dit hoofdstuk staat de definitie van de uiterste wilsbeschikking 'legaat' in het huidige Burgerlijk Wetboek centraal. Om het 'Nederlandse' legaat in (een internationaler) perspectief te plaatsen, volgt hieronder een zeer summiere beschrijving van 'het legaat' in enige nabijgelegen Europese landen.

---

163 VV I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 300.
164 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 302.
165 Handelingen I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 302.
166 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 299.
167 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 299.

4.3.5.1 Duitsland en Zwitserland

A) Definitie legaat

In zowel het Duits Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch; hierna BGB) als het Zwitsers Burgerlijk Wetboek (Schweizerisches Zivilgesetsbuch; hierna: ZGB) staat in de definitie van het legaat het iemand toekennen van vermogensvoordeel door de erflater voorop. Art. 1939 BGB luidt namelijk: '*Der Erblasser kann durch Testament einem anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwenden (Vermächtnis).*' In het ZGB staat in art. 484 lid 1: '*Der Erblasser kann einem Bedachten, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil als Vermächtnis zuwenden.*' Het legaat levert in beide rechtsstelsels voor de legataris een persoonlijke aanspraak op jegens de met het legaat belaste personen.[168]

In het Zwitsers Burgerlijk Wetboek wordt duidelijk gemaakt dat het gelegateerde een bepaald vermogensbestanddeel van de nalatenschap, een bepaalde geldsom, het vruchtgebruik van de gehele of een deel van de nalatenschap, dan wel de kwijtschelding van schulden kan betreffen (art. 484 lid 2 ZGB). Elke beschikking waarin iemand de nalatenschap of een deel daarvan krijgt toegekend, geldt als een erfstelling, ongeacht de benaming van de beschikking. Art. 483 lid 2 ZGB luidt namelijk: '*Als Erbeinsetzung ist jede Verfügung zu betrachten, nach der ein Bedachter die Erbschaft insgesamt oder zu einem Bruchteil erhalten soll.*' Vergelijk voor het Duitse recht art. 2087 BGB, waar in lid 2 ook wordt duidelijk gemaakt dat bij twijfel niet aangenomen dient te worden dat de bedachte, die slechts individuele zaken toegekend heeft gekregen, erfgenaam is, ook al wordt hij als erfgenaam aangeduid.[169]

B) Legaat andermans goed

Het Zwitsers legatenrecht verdient voorts in het kader van dit onderzoek de aandacht aangezien art. 484 lid 3 ZGB als voorbeeld heeft gediend voor het in par. 4.3.4.2 aan bod gekomen art. 4:49 BW (over het legaat van een bij het openvallen van de nalatenschap niet tot de nalatenschap behorend bepaald goed).[170] In art. 484 lid 3 ZGB wordt bepaald dat: '*Vermacht der Erblasser eine bestimmte Sache, so wird der Beschwerte, wenn sich diese in der Erbschaft nicht vorfindet und kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist, nicht verpflichtet.*' De Nederlandse wetgever vond voor art. 4:49 BW evenzeer inspiratie in art. 2169 lid 1 BGB over het Stückvermächtnis (een legaat waarbij een bepaalde zaak vermaakt wordt), luidende: '*Das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstands ist unwirksam, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, es sei denn, dass der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall*

168 Zie o.a. art. 562 en 484 lid 2 ZGB en art. 1967 lid 2, 2058 en 2147 e.v. BGB.

169 Art. 2087 lid 2 BGB luidt: '*Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist.*'

170 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 290-292.

zugewendet sein soll, dass er nicht zur Erbschaft gehört.' Een dergelijk legaat vervalt dus niet indien de erflater deze beschikking ook gemaakt zou hebben, wetende dat het gelegateerde niet tot de nalatenschap zou horen. In het Duitse BW vond men evenzeer inspiratie voor de regeling dat een gelegateerde goed niet geacht wordt tot de nalatenschap te behoren indien de erflater verplicht was dat gelegateerde goed over te dragen (art. 2169 lid 4 BGB;[171] vgl. art. 4:49 lid 3 BW). Overigens wordt in het BGB in sommige gevallen waarin getwijfeld kan worden of er sprake is van een legaat (bijvoorbeeld omdat de legataris slechts bezitter was van het gelegateerde of omdat het gelegateerde nog aan de erflater geleverd moest worden), ten gunste van de werking van het legaat (alsdan wat betreft het bezit c.q. een recht op levering) een regeling getroffen (zie art. 2169 lid 2 en 3 BGB).[172] Heeft de erflater bewust een goed gelegateerd dat niet tot de nalatenschap behoort, is in het Duitse recht sprake van een 'Verschaffungsvermächtnis' (verschaffingslegaat, art. 2170 lid 1 BGB). De bezwaarde wordt echter door art. 2170 lid 2 BGB voor te vergaande verschaffingsplichten behoed (vgl. art. 4:49 lid 2 BW).[173]

C) Aanwijzing door een derde van de legataris in het Duitse recht

In art. 2151 BGB[174] vindt men in het Duitse recht een regeling op grond waarvan de erflater de bezwaarde of een derde kan laten kiezen wie uit een beperkte kring het legaat zal genieten, ook wel aangeduid als een legaat met keuzemogelijkheid (zie hierover wat betreft het Nederlands recht par. 5.5.2.2 en par. 6.4.1.5). Art. 2151 BGB lijkt een versoepeling te vormen van hetgeen in art. 2065 lid 2 BGB is opgenomen, te weten: '*Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstands der Zu-*

171 Art. 2169 lid 4 BGB luidt: '*Zur Erbschaft gehört im Sinne des Absatzes 1 ein Gegenstand nicht, wenn der Erblasser zu dessen Veräußerung verpflichtet ist.*'

172 Art. 2169 lid 2 BGB luidt: '*Hat der Erblasser nur den Besitz der vermachten Sache, so gilt im Zweifel der Besitz als vermacht, es sei denn, dass er dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil gewährt.*'
Art. 2169 lid 3 BGB luidt: '*Steht dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstands oder, falls der Gegenstand nach der Anordnung des Vermächtnisses untergegangen oder dem Erblasser entzogen worden ist, ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, so gilt im Zweifel der Anspruch als vermacht.*'

173 Art. 2170 BGB (Verschaffungsvermächtnis) luidt:
'*1. Ist das Vermächtnis eines Gegenstands, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, nach § 2169 Abs. 1 wirksam, so hat der Beschwerte den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen.*
2. Ist der Beschwerte zur Verschaffung außerstande, so hat er den Wert zu entrichten. Ist die Verschaffung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Beschwerte durch Entrichtung des Wertes befreien.'

174 Art. 2151 BGB luidt:
'*1. Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll.*
2. Die Bestimmung des Beschwerten erfolgt durch Erklärung gegenüber demjenigen, welcher das Vermächtnis erhalten soll; die Bestimmung des Dritten erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

wendung nicht einem anderen überlassen.'[175] In lid 3 van art. 2151 BGB wordt voorzien in de situatie dat geen keuze wordt gemaakt door de bezwaarde of de derde: ieder van de legatarissen kan dan de zaak als hoofdelijk crediteur opvorderen.[176] Zoals in par. 6.4.1.5 aan bod zal komen ontbreekt een vergelijkbare regeling in het Nederlands recht, hetgeen de vraag oproept of een dergelijke beschikking met keuzemogelijkheid naar Nederlands recht mogelijk is en, zo ja, of deze beschikking kwalificeert als legaat of als testamentaire last.

D) Verschijningsvormen van legaten in het Duitse recht

Zonder volledigheid na te streven, stip ik enkele verschillende soorten legaten in het Duitse recht aan. Allereerst het legaat aan de erfgenaam, het zogenaamde 'Vorausvermächtnis', waarvoor in art. 2150 BGB is opgenomen: '*Das einem Erben zugewendete Vermächtnis (Vorausvermächtnis) gilt als Vermächtnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist.'*[177] De bevoordeling van de erfgenaam/legataris ingevolge het 'Vorausvermächtnis' komt zelfstandige betekenis toe en kan afzonderlijk worden verworpen (vgl. art. 2180 BGB). Het legaat aan de mede-erfgenaam staat los van de verdeling tussen de erfgenamen. De legataris/mede-erfgenaam kan zijn aanspraak direct te gelde maken.[178] Men kan zich echter wel de vraag stellen of de erflater met de beschikking de erfgenaam bovenop zijn erfdeel heeft willen bevoordelen, of dat de erflater slechts heeft willen bewerkstelligen dat de erfgenaam in het kader van de verdeling het hem toegedachte ontvangt. Uit de rechtspraak volgt dat voor de conclusie dat sprake is van een legaat (en niet van een verdelingsvoorschrift) nodig is dat de erflater de mede-erfgenaam ten opzichte van de andere erfgenamen heeft willen bevoordelen.[179] Indien geen sprake is van een bevoordelingsbedoeling, en dus niet van een legaat, terwijl de waarde van de aan de erfgenaam toegedachte zaak zijn erfdeel overstijgt, dient de met de zaak begunstigde erfgenaam de andere erfgenamen te compenseren wat betreft zijn voordeel. Er wordt dan gesproken van een zogenaamde 'waardeverschuivende verdeling'('wertverschiebenden Teilungsanordnung).[180]

Het legaat van een bepaalde zaak ('Stückvermächtnis') en het 'Verschaffungsvermächtnis' (art. 2170 lid 1 BGB) kwamen in het kader van het legaat

---

3. Kann der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten Gesamtgläubiger. Das Gleiche gilt, wenn das Nachlassgericht dem Beschwerten oder dem Dritten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung bestimmt hat und die Frist verstrichen ist, sofern nicht vorher die Erklärung erfolgt. Der Bedachte, der das Vermächtnis erhält, ist im Zweifel nicht zur Teilung verpflichtet.'

175 Zie over de verhouding tussen art. 2151 en art. 2065 BGB: Zwalve 1983, p. 159. Zie ook par. 3.3 van Bauduin 2014 (dissertatie).

176 Zie ook Zwalve 1983, p. 158-159.

177 Zie over het legaat aan een erfgenaam naar Nederlands recht o.a. par. 5.6.

178 Zie Olzen2009, p. 129-130.

179 Olzen 2009, p. 130, onder verwijzing naar o.a. BGHZ 36, 115 (118f).

180 Olzen 2009, p. 130, onder verwijzing naar o.a. BGHZ 82, 274 (279).

van een bepaald goed dat niet tot de nalatenschap blijkt te horen (zie art. 2169 BGB) reeds aan bod. In art. 2155 BGB wordt nog een regeling getroffen voor het naar soort bepaald gelegateerde goed.[181] Voorts verdienen het keuzelegaat ('Wahlvermächtnis'; art. 2154 BGB)[182] en het 'doellegaat' ('Zweckvermächtnis'; art. 2156 BGB)[183] vermelding. Het keuzelegaat betreft een keuze van het object van het legaat. Bij een 'Zweckvermächtnis' kan de erflater de bestemming van het gelegateerde aan een derde overdragen, zij het echter niet aan de bedachte zelf.[184]

4.3.5.2 België en Frankrijk

Zoals ook in Nederland vóór het Burgerlijk Wetboek van 1838 gold op grond van de Franse Code Civil (zie par. 3.2.1), worden in het Franse en Belgische recht de uiterste wilsbeschikkingen onderscheiden in algemene legaten ('legs universel'), legaten onder algemene titel ('legs à titre universel') en de bijzondere legaten ('legs particulier'). De regeling van de legaten in de artikelen 1002 e.v. van de Franse Code Civil (hierna: CC) en die in het Belgisch Burgerlijk Wetboek (hierna: B.B.W.), zijn (ook qua nummering) nagenoeg identiek, hetgeen niet verwonderlijk is vanwege het op de Franse Code Civil gestoelde Belgisch Burgerlijk Wetboek. In het navolgende wordt (met name) het Belgisch recht besproken.

A) Algemeen legaat

Het algemeen legaat wordt in art. 1003 BBW (en zie ook art. 1003 CC) als volgt gedefinieerd: '*Een algemeen legaat is de uiterste wilsbeschikking waarbij de erflater aan een of meer personen de algemeenheid van de goederen geeft die hij bij zijn overlijden zal nalaten.*'

---

181 Art. 2155 BGB luidt:
'*1. Hat der Erblasser die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten.*
2. Ist die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen, so finden die nach § 2154 für die Wahl des Dritten geltenden Vorschriften Anwendung.
3. Entspricht die von dem Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, so hat der Beschwerte so zu leisten, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte.'

182 Art. 2154 BGB luidt:
'*1. Der Erblasser kann ein Vermächtnis in der Art anordnen, dass der Bedachte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll. Ist in einem solchen Falle die Wahl einem Dritten übertragen, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.*
2. Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.'

183 Art. 2156 BGB luidt: '*Erblasser kann bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen. Auf ein solches Vermächtnis finden die Vorschriften der §§ 315 bis 319 entsprechende Anwendung.*'

184 Olzen 2009, p. 130, onder verwijzing naar o.a. BGH, NJW 1991, 1885 (1886).

De algemeen legataris wordt, ook wanneer er meer algemeen legatarissen zijn, altijd tot het geheel van de nalatenschap (het actief en het passief) geroepen.[185] Door de benoeming van de algemeen legataris beschikt de testateur over de gehele nalatenschap en worden de versterferfgenamen uitgesloten.[186] De algemeen legataris treedt ingevolge art. 1006 BBW met het overlijden van de erflater van rechtswege in het bezit indien er geen zogenoemde reservataire erfgenamen zijn (erfgenamen aan wie de wet een voorbehouden erfdeel op de goederen toekent).[187] Bestaan de reservataire erfgenamen en eisen zij hun reserve op, dan verkrijgen zij van rechtswege het bezit van alle goederen van de nalatenschap, en zal de algemeen legataris hun de afgifte van de in het testament begrepen goederen vragen (art. 1004 BBW). De algemeen legataris is (samen met de reservataire erfgenamen) gehouden voor zijn aandeel tot betaling van de schulden en lasten van de nalatenschap. Bovendien is de algemeen legataris in beginsel verplicht de legaten onder algemene en bijzondere titel uit te keren (art. 1009 BBW). Het kan dus het geval zijn, mede gezien de eventuele inkorting door de reservataire erfgenamen, dat de algemeen legataris per saldo vrijwel niets overhoudt.[188]

Een onderscheid tussen het Franse en het Belgische recht vormt, wat betreft het legatenrecht, de kwalificatie van het legaat van vruchtgebruik van de gehele nalatenschap. In de Belgische rechtspraak wordt een dergelijk vruchtgebruiklegaat met betrekking tot de gehele nalatenschap, alsmede het legaat van de bloot eigendom van de gehele nalatenschap, beschouwd als een algemeen legaat omdat de legataris tot alle goederen van de nalatenschap wordt geroepen, terwijl in de Franse rechtspraak een dergelijk vruchtgebruiklegaat als een legaat onder algemene titel wordt aangemerkt.[189]

B) Legaat onder algemene titel

Het legaat onder algemene titel wordt in art. 1010 BBW (en zie ook art. 1010 CC) als volgt gedefinieerd: '*Een legaat onder algemene titel is dat waarbij de erflater een gedeelte vermaakt van de goederen waarover hij volgens de wet mag beschikken, zoals de helft, een derde, of al zijn onroerende goederen, of al zijn roerende goederen, of een bepaald gedeelte van al zijn onroerende goederen of van al zijn roerende goederen. Ieder ander legaat is slechts een beschikking onder bijzondere titel.*'

185 Indien er meer legatarissen zijn, vormt de roeping tot het geheel of de roeping voor een deel het onderscheid tussen de kwalificatie als een algemeen legaat en als legaat onder algemene titel; zie Verbeke 2002, p. 55-56 en Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012, p. 139-141.

186 Zie Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012, p. 140 en Verbeke 2002, p. 55-56.

187 Zie art. 913 BBW en verder. Art. 913 BBW bepaalt bijvoorbeeld: '*De giften, hetzij bij akten onder de levenden, hetzij bij testament, mogen de helft van de goederen van de beschikker niet overschrijden, indien hij bij zijn overlijden slechts één (...) kind achterlaat; een derde, indien hij twee kinderen achterlaat; een vierde, indien hij er drie of meer achterlaat.*'

188 Verbeke 2002, p. 56.

189 Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012, p. 137-138, 143-145 en Verbeke 2002, p. 55.

De legataris onder algemene titel verkrijgt niet van rechtswege het bezit: hij zal aan de reservataire erfgenamen, of bij gebreke daarvan, aan de algemeen legatarissen, en als ook deze ontbreken, aan de versterferfgenamen, de afgifte van de goederen moeten vragen (art. 1011 BBW). Net als de algemeen legataris is de legataris onder algemene titel persoonlijk voor zijn aandeel (en hypothecair voor het geheel) gehouden tot betaling van de schulden en lasten van de nalatenschap van de erflater (art. 1012 BBW). Is (zijn) er geen algemeen legataris(sen), dan zijn de legatarissen onder algemene titel gehouden tot uitkering van bijzondere legaten. Art. 1013 BBW bepaalt immers: '*Wanneer de erflater slechts over een gedeelte van het beschikbaar gedeelte heeft beschikt, en zulks onder algemene titel, is de legataris met de natuurlijke erfgenamen gehouden tot het uitkeren van de bijzondere legaten, naar evenredigheid van zijn aandeel.*'

C) Legaat onder bijzondere titel

Zoals uit het hierboven geciteerde art. 1010 BBW volgt, is ieder legaat dat niet kwalificeert als een algemeen legaat of legaat onder algemene titel, aan te merken als een legaat onder bijzondere titel. Het legaat onder bijzondere titel vormt een restcategorie, in welk kader volgens Verbeke de kwalificatie als legaat onder algemene titel, ten opzichte van die als legaat onder bijzondere titel, restrictief moet worden uitgelegd. Een nauwkeurige redactie van het testament kan bijdragen aan het voorkomen van verwarring over de kwalificatie van de beschikking.[190] In ieder geval zal een legaat van een geïndividualiseerd, bepaald goed een legaat onder bijzondere titel zijn.[191] De legataris is niet gehouden tot de betaling van schulden van de nalatenschap, behoudens de mogelijkheid van inkorting van het legaat en behoudens de vordering van de hypothecaire schuldeisers (zie art. 1024 BBW). Vanaf de dag van het overlijden van de erflater heeft de bijzondere legataris recht op de vermaakte zaak (art. 1014 BBW), welke zaak aan hem nog moet worden afgegeven. De legataris kan afgifte van zijn legaat vorderen overeenkomstig de in art. 1011 BBW bepaalde volgorde, zijnde: van de reservataire erfgenamen, of bij gebreke daarvan, van de algemeen legatarissen, en als ook deze ontbreken, van de versterferfgenamen (zie art. 1014 jo. 1011 BBW).

Voor het legaat van een soortgoed bepaalt art. 1022 BBW dat de erfgenaam niet verplicht is de beste soort te geven, doch hij mag evenmin de slechtste aanbieden (vgl. ook art. 1016 OBW 1838). Vermeldenswaardig is voorts dat men in art. 1021 BBW een bepaling aantreft die men in het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek van 1838 in art. 1013 aantrof (zie daarover par. 3.4.2.2). Art. 1021 BBW luidt namelijk: '*Wanneer de erflater eens anders zaak vermaakt heeft, is het legaat nietig, onverschillig of de erflater al dan niet geweten heeft dat de zaak hem niet toebehoorde.*' Ondanks de heldere formulering van de wettekst is het de vraag of met de (vermeende) bedoeling van de erflater rekening gehouden

190 Verbeke 2002, p. 56.
191 Verbeke 2002, p. 57.

mag worden indien hij een goed van de ander (bewust) heeft gelegateerd. De erflater (wetende dat het goed van een ander was) wilde dan hoogstwaarschijnlijk de erfgenamen verplichten het goed te verschaffen om het vervolgens aan de legataris over te dragen.[192] Zo wordt het in de Belgische rechtspraak gevolgd als de erflater een verplichting aan de erfgenamen heeft opgelegd (een last) om iets te doen (het goed verschaffen), zodat het 'legaat van een goed van een ander' via een andere weg verwezenlijkt wordt.[193] Het goed van een ander is dan zelf niet het voorwerp van de beschikking, zodat men in de rechtspraak geneigd is art. 1021 BBW niet toepasselijk te verklaren.[194] En ook in gevallen waar de bedoeling van de erflater niet expliciet blijkt, wordt getracht de toepassing van art. 1021 BBW in te perken, bijvoorbeeld doordat wordt betoogd dat uit de geest van het testament zou blijken dat de erflater de wil had dat de erfgenamen verplicht waren het gelegateerde goed te verwerven.[195]

4.3.5.3 Engeland

Hoewel het Angelsaksische rechtssysteem wezenlijk afwijkt van de op de 'Civil Code' gebaseerde continentale rechtssystemen,[196] en om die reden al een uitgebreide introductie zou verdienen, zal ik mij desondanks beperken tot enkele in Engelse erfrecht voorkomende 'legacies' en 'devises'. Vermogensoverheveling ingevolge de instelling van een (testamentaire) trust laat ik buiten beschouwing.

Men dient te bedenken dat het Engelse recht de rechtsfiguur *saisine* niet kent, zodat de erfgenamen de erflater niet van rechtswege opvolgen in de voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en evenmin van rechtswege schuldenaar worden van de schulden van de erflater (vgl. art. 4:182 BW). Voordat aan de erfgenamen en legatarissen uitgekeerd kan worden en zij tot de nalatenschapsgoederen gerechtigd zullen zijn, dient de nalatenschap eerst afgewikkeld te moeten worden volgens strikte procedures. De nalatenschapsgoederen zullen geïnventariseerd moeten worden en de schulden betaald moeten worden. Hiervoor kan de erflater in zijn testament een uitvoerder ('executor') hebben aangesteld. Bij gebreke daarvan wijst de rechtbank een beheerder ('administrator') aan. Gedurende de afwikkeling ('administration of the estate') vormt de nalatenschap een afgescheiden vermogen.[197]

---

192 Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012, p. 160-162.
193 Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012, p. 161, 177-179 onder verwijzing o.a. naar Cass. 24 januari 1918 (Rec. gén. enr. 1919, 501).
194 Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012, p. 161-162.
195 Zie voor voorbeelden Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012, p. 162-165.
196 Sonneveldt en De L. Monteiro wijzen in dit kader bijvoorbeeld op het totaal andere eigendoms- en gerechtigdheidsbegrip. Zie Sonneveldt & De L. Monteiro 2010, p. 4.
197 Zie Sonneveldt & Zuiderwijk 2013, p. 316-317 en Sonneveldt & De L. Monteiro 2010, p. 6.

A) Legacies en devises

Een in een testament opgenomen 'legacy' (ook wel 'bequest' genoemd) kan men onderscheiden in 'specific', 'general' of 'demonstrative'. Betreft het vermaakte 'real property' dan spreekt men (liever) niet van een 'legacy'(welke betrekking heeft op 'personal' of 'moveable property') maar van een ('specific' of 'general') 'devise'. De term 'gift' kan overigens betrekking hebben op zowel een 'legacy' als een 'devise'.[198] Hieronder zullen de verschillende verschijningsvormen beknopt worden beschreven. Het onderscheid tussen de verschillende vormen van 'legacies' en 'devises' is onder meer relevant voor de toepasselijkheid van de regels van het vervallen ('ademption') en de vermindering ('abatement') van de beschikkingen, zoals eveneens summier aan bod zal komen.[199]

B) Specific legacies/ specific devises

Een 'specific legacy' (of 'specific devise', indien sprake is van 'real property') is een making van een afzonderlijke zaak die tot de nalatenschap van de erflater behoort en welke zaak zodanig gespecificeerd is dat deze kan worden afgezonderd van de overige door de erflater nagelaten zaken.[200] Behoort het gelegateerde ten tijde van overlijden niet tot de boedel, dan vervalt een 'specific legacy' zonder dat er iets (bijvoorbeeld de verkoopwaarde) voor in de plaats komt.[201] De begunstigde draagt in de regel de door de 'personal representative' ('executor' of 'administrator') gemaakte kosten voor het onderhoud en de overdracht van het gelegateerde. Bij vereffening van de boedelschulden, staan de gelegateerde goederen het laagst in rang, waarbij eerst de 'general legacies' worden verminderd ('abatement') voor het betalen van hoger gerangschikte boedelschulden en daarna de 'specific legacies' en de 'demonstrative legacies'.[202]

Men zal een 'specific legacy' veelal kunnen herkennen aan het gebruik van 'my' of een ander bezittelijk (voornaam)woord, waarmee wordt aangegeven dat de erflater een tot zijn vermogen behorende zaak vermaakt.[203] Een making met betrekking tot 'all my shares in Chancellors Ltd' of 'my 5,000 shares in Chancellors Ltd' is dus een 'specific legacy'. Het legaat van '5.000 shares in Chancellors Ltd' levert een 'general legacy' (zie ook hierna) op nu er geen enkele verwijzing door de erflater wordt gemaakt naar de hem toebehorende aandelen.[204] Dat de erflater overigens ten tijde van het maken van het testament exact het aantal gelegateerde aandelen zou hebben bezeten, is op zichzelf onvoldoende om aan te nemen dat de erflater verwees naar de

198 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 217 en Süß & Haas 2004, p. 495.
199 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 221.
200 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 218 en Süß & Haas 2004, p. 495.
201 Süß & Haas 2004, p. 495 en Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 221.
202 Süß & Haas 2004, p. 495 en Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 223-224.
203 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 218.
204 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 218-219.

hem toebehorende aandelen en dus sprake zou zijn geweest van een 'specific legacy'.[205]

C) General legacies

Een 'general legacy' ziet niet op een specifieke zaak maar betreft naar soort bepaalbare zaken, ongeacht of er genoeg van deze zaken tot de nalatenschap behoren. Zo nodig zal de 'personal representative' dergelijke zaken moeten aanschaffen. Als dat niet mogelijk is, moet de begunstigde in de plaats daarvan de waarde in geld krijgen.[206] Ook de geldlegaten ('pecuniary legacies') worden tot de 'general legacies' gerekend, zij het dat er uitzonderingen denkbaar zijn. Het legaat van 'al mijn geld dat zich in de kluis in mijn slaapkamer bevindt', ziet weliswaar op een geldbedrag maar dient desalniettemin als een 'specific legacy' te worden beschouwd.[207]

De 'general legacies' dienen – in tegenstelling tot in beginsel de 'specific legacies' – op kosten van de nalatenschap te worden nagekomen, maar zijn pas na de vervaldatum, meestal na afloop van 'executor's year' rentedragend.[208]

Aangezien de vraag wat tot de nalatenschap van de erflater behoort voor de werking van een 'general legacy' irrelevant is, zal een 'general legacy' (of een 'demonstrative legacy', zie hierna) niet vervallen als men tot de conclusie komt dat het vermaakte zich niet in de boedel bevindt.[209]

Indien twijfel rijst over de vraag of sprake is van een 'specific legacy' of van een 'general legacy', zal het enerzijds de voorkeur verdienen om – vanwege het gevaar van het vervallen ('ademption') en in het verlengde daarvan vanwege het zo veel mogelijk effect laten sorteren van de beschikking van de erflater – te bepleiten dat sprake is van een 'general legacy'.[210] Vanuit het oogpunt dat 'general legacies' vóór 'specific legacies' verminderd zullen worden ter voldoening van de hoger gerangschikte boedelschuldeisers, zal het anderzijds wenselijk kunnen zijn om het standpunt in te nemen dat sprake is van een 'specific legacy'.[211]

Hoewel een 'general legacy' niet vervalt ('fail by ademption') omdat het gelegateerde zich niet in de boedel zou bevinden, is het niet ondenkbaar dat het legaat desalniettemin geen werking heeft ('fails'). Stel dat het legaat ziet op aandelen van een niet meer bestaand bedrijf, dan kunnen deze aandelen immers ook niet meer door de 'personal representative' aangeschaft worden, noch kan bepaald worden welke waarde vergoed zou moeten worden.[212]

---

205 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 222.
206 Süß & Haas 2004, p. 495-496.
207 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 219.
208 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 224 en Süß & Haas 2004, p. 496.
209 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 221-222.
210 Vgl. Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 218, 221-222.
211 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 218, 223-224.
212 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 218 en 223.

D) Demonstrative legacies

Een bijzondere combinatie van een 'specific legacy' en een 'general legacy' wordt gevormd door de 'demonstrative legacies'. Voor een wezenlijk deel valt deze making aan te merken als een 'general legacy', zij het dat dit legaat in beginsel voldaan moet worden uit een specifiek door de erflater aangewezen fonds of deel van de boedel.[213] Te denken valt bijvoorbeeld aan een legaat 'aan X van 100 aandelen uit mijn depot' of aan een bedrag van een bepaalde rekening.[214] Voor zover het legaat uit het aangewezen specifieke deel van de nalatenschap voldaan kan worden, is sprake van een 'specific legacy'. Is het boedelbestanddeel niet toereikend, of zelfs niet meer aanwezig, dan dient de 'personal representative' het gelegateerde aan te schaffen en aan de legataris te verschaffen, dan wel de waarde daarvan te vergoeden. Voor dat deel is dan sprake van een 'general legacy'.[215] Een 'demonstrative legacy' kan dan ook niet, evenmin als een 'general legacy', vervallen omdat het gelegateerde niet tot de boedel zou behoren ten tijde van het overlijden van de erflater. Mag het legaat volgens de making van de erflater alleen uit het specifieke boedelbestanddeel voldaan worden, dan is geen sprake van een 'demonstrative legacy' maar van een 'specific legacy'.[216]

Ik keer thans weer terug naar het Nederlandse legaat en rond dit hoofdstuk met een conclusie af.

4.3.6 Conclusie legaat als uiterste wilsbeschikking

In deze paragraaf is het legaat als een uiterste wilsbeschikking onder de Vaststellingswet besproken. Uit het vorenstaande komt naar voren dat een beschikking om als legaat te kwalificeren, allereerst moet vallen onder de definitie van een uiterste wilsbeschikking. Het dient dus te gaan om een eenzijdige rechtshandeling van de erflater die eerst werkt na zijn overlijden. Het ontstaan of wijzigen van een rechtsbetrekking valt alleen dan daaronder indien wordt beoogd om de rechtsbetrekking niet tijdens het leven, maar pas na het overlijden van de erflater te laten ontstaan of wijzigen. Hierbij is het voor het kwalificeren als uiterste wilsbeschikking van belang dat de erflater tot zijn dood nog kan afzien van de wijziging of het ontstaan van een rechtsbetrekking en dus nog niet hieraan gebonden is, terwijl na zijn overlijden zijn erfgenamen er wel aan gebonden zijn. Wordt beoogd om een aanbod ter kennis te brengen van de wederpartij, zodat tijdens leven een overeenkomst tot stand komt, dan is het geen uiterste wilsbeschikking, ook al verplicht de dan ontstane

213 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 220 en Süß & Haas 2004, p. 496.
214 Süß & Haas 2004, p. 496 en Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 220.
215 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 220 en 223 en Süß & Haas 2004, p. 496.
216 Parry & Clark/Kerridge 2002, p. 220 en 223.

overeenkomst (door bijvoorbeeld een opschortende tijdsbepaling) tot prestaties die pas na overlijden moeten geschieden.[217] Het is volgens de minister niet nodig en evenmin gewenst om onder de definitie van de uiterste wilsbeschikking ook contractuele bedingen met werking bij dode te laten vallen (zie par. 4.3.3.1). Om overeenkomsten te weren waarmee men iemand verrijkt ten koste van erfgenamen of schuldeisers, dient het contractenrecht een regeling te bevatten die dergelijke 'giften na dode' bindt aan vormvereisten en andere beperkingen.[218]

Kwalificeert een beschikking als uiterste wilsbeschikking, dan vereist art. 4:42 lid 1 BW dat de beschikking is geregeld in Boek 4 of in de wet als zodanig is aangemerkt. Met de definitie van de uiterste wilsbeschikking 'legaat' in art. 4:117 lid 1 BW is duidelijk geworden dat het toepassingsgebied van het legaat flink is uitgebreid ten koste van de last. Onder het legaat worden namelijk alle beschikkingen begrepen waardoor een vorderingsrecht wordt toegekend aan de bevoordeelde. Zoals besproken kunnen allerlei prestaties het object zijn van dit vorderingsrecht: niet alleen bijvoorbeeld een verbintenis om te geven, maar ook om te doen, zoals het doen verlenen van een kwijtschelding, het doen van afstand van een beperkt recht of het aanbod bij dode tot koop.[219] Echter niet alle beschikkingen als legaat zijn meer mogelijk: het vindicatielegaat is bijvoorbeeld een niet meer te maken uiterste wilsbeschikking omdat het niet een vorderingsrecht toekent maar een goederenrechtelijk effect beoogt.[220] Aangezien een making met betrekking tot een niet tot de nalatenschap behorend goed ook als een legaat kan worden aangemerkt indien de bevoordeelde een vorderingsrecht toegekend heeft gekregen, is tot slot stilgestaan bij de bepalingen die gaan over de wijze waarop aan dergelijke legaten (waarbij problemen kunnen spelen bij de levering) uitvoering moet worden gegeven.

217 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.
218 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260-261.
219 Zie Handelingen II (Commissaris Wiersma), Parl. Gesch. Boek 4, p. 230.
220 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.

5 Verschillende verschijningsvormen van het legaat

5.1 INLEIDING

Per 1 januari 2010 is de Successiewet 1956 geheel gemoderniseerd. De wijzigingen in de Successiewet zijn onder meer ingegeven door de wens om bepaalde structuren te bestrijden die tot doel hebben de omvang van de bij overlijden verschuldigde erfbelasting te drukken of de heffing van deze belasting geheel te ontgaan. Bij een groot aantal van de in het wetsvoorstel bestreden structuren speelt het legaat direct of indirect een belangrijke rol. Artikel 117 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek definieert, zoals in het vorige hoofdstuk uitvoerig is behandeld, het legaat als volgt: '*Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent*'. Aangezien het begrip 'vorderingsrecht' in zoverre onbepaald is dat het velerlei inhoud kan hebben, leent het legaat zich bij uitstek voor het treffen van de meest uiteenlopende regelingen, dit in tegenstelling tot een erfstelling die enkel bewerkstelligt dat aan een of meer personen de gehele nalatenschap of een aandeel daarin wordt nagelaten. Bovendien moeten de erfgenamen, in tegenstelling tot de legataris, direct identificeerbaar zijn bij het openvallen van de nalatenschap (zie hoofdstuk 4). Hierbij zij tevens opgemerkt dat onder het oude erfrecht van voor 2003 een beperkter legaatsbegrip werd gehanteerd (zie hoofdstuk 3).

Dit onderzoek bestaat, zoals in de inleiding in hoofdstuk 1 is uiteengezet, uit een civielrechtelijk en een fiscaalrechtelijk deel. Het doel van dit eerste deel is het in kaart brengen van de grenzen van de civielrechtelijke mogelijkheden van het legaat onder huidig recht. Het gaat hier om civielrechtelijke vragen die ook veelal vanuit de fiscale praktijk zijn ingegeven, zoals de vraag of een wettelijke verdeling gecombineerd kan worden met een legaat aan de langstlevende echtgenoot. Vervolgens zal in het tweede deel (het fiscale deel) de vraag centraal staan wat onder het regime van de vernieuwde Successiewet de betekenis nog is van allerlei in de fiscaal-notariële praktijk gehanteerde structuren (ter vermindering van de erfbelastingdruk) waarbij het legaat een rol speelt.

In dit hoofdstuk worden, ter afronding van het civielrechtelijke deel, verschillende verschijningsvormen van legaten civielrechtelijk behandeld. Allereerst zal besproken worden wat de situatie is als een gelegateerd goed bij het openvallen van de nalatenschap niet daartoe behoort of als een bepaald goed

uit de huwelijksgemeenschap is gelegateerd. De wet heeft voor dergelijke gevallen een regeling opgenomen op grond waarvan het legaat onder omstandigheden vervalt of kan worden omgezet in een geldlegaat. Vervolgens zal worden stilgestaan bij enkele bijzondere verschijningsvormen van legaten, te weten: het legaat tegen inbreng, het keuzelegaat (en het delegatieleerstuk) en tot slot het legaat aan een erfgenaam. Bij de bespreking van de verschillende verschijningsvormen zullen met name civielrechtelijke vraagstukken die worden ingegeven door fiscale wensen vanuit de praktijk behandeld worden. Men kan hierbij denken aan de vraagstukken met betrekking tot een legaat aan een erfgenaam (verkrijgt men het gehele gelegateerde goed onder bijzondere titel?), betreffende de grenzen van een keuzelegaat en situaties waarin een legaat door vermenging tenietgaat (is een legaat aan de langstlevende echtgenoot bij de toepassing van de wettelijke verdeling mogelijk?). Men dient zich steeds te realiseren, onder meer in het kader van de vraag in welke gevallen een legaat door vermenging tenietgaat, dat bepalingen in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek over *de verbintenissen in het algemeen* ook van toepassing zijn op legaat (een vorderingsrecht), mits er niet in Boek 4 BW van wordt afgeweken.[1] De lezer die in dit hoofdstuk een – voor zover mogelijk – uitputtende behandeling van het legaat onder civiel recht verwacht, waarbij bijvoorbeeld een behandeling wordt gegeven van het legaat als schuld van de nalatenschap en de mogelijkheden van vermindering van een legaat, komt bedrogen uit. Dergelijke onderwerpen worden uitsluitend behandeld voor zover het ook voor de fiscale behandeling van het legaat relevant is.

5.2 Het legaat van andermans zaken

5.2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is uitvoerig behandeld dat het ingewikkelde onderscheid onder het oude recht tussen het legaat en de last met het sinds 2003 geldende erfrecht is vereenvoudigd. Onder het legaat worden namelijk alle beschikkingen begrepen waarin een vorderingsrecht wordt toegekend aan de bevoordeelde. Allerlei prestaties kunnen het object zijn van dit vorderingsrecht: niet alleen bijvoorbeeld een verbintenis om te geven, maar ook om te doen, zoals het doen van een kwijtschelding, het doen van afstand van een beperkt recht of het aanbod tot verkoop.[2] Hier vloeit uit voort dat de vraag of het gelegateerde goed tot de nalatenschap behoort, niet meer van belang is voor de kwalificatie als legaat.[3] Aangezien een making met betrekking tot een niet

1 Zie Breemhaar 1992, nr. 162, p. 115.
2 Zie Handelingen II (Commissaris Wiersma), Parl. Gesch. Boek 4, p. 230. Het vorderingsrecht zou zelfs kunnen zien op 'diensten', zie Handboek Erfrecht 2011, VII.2.1, p. 147.
3 Zie Handboek Erfrecht 2011, VII.2.1, p. 147.

tot de nalatenschap behorend goed als een legaat kan worden aangemerkt indien de bevoordeelde een vorderingsrecht toegekend heeft gekregen, heeft de wetgever bepalingen in de wet opgenomen die erover gaan of dergelijke legaten effect sorteren en zo ja, over de wijze waarop aan deze legaten (waarbij problemen kunnen spelen bij de levering) uitvoering gegeven moet worden.

5.2.2 Hoofdregel art. 4:49 BW: legaat niet-nalatenschapsgoed vervalt

Art. 4:49 BW geeft antwoord op de vraag of en op welke manier een legaat met betrekking tot een niet tot de nalatenschap behorend goed, effect sorteert.[4] Voor de parlementaire geschiedenis met betrekking tot art. 4:49 BW, verwijs ik naar par. 4.3.4.2.

Artikel 4:49 BW luidt:

1. *Een ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat van een bepaald goed, of van een op een bepaald goed te vestigen recht, vervalt indien het goed bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort, tenzij uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild.*
2. *Kan in laatstgenoemd geval degene op wie de verplichting rust, zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering verschaffen, dan is hij gehouden de waarde van het goed uit te keren.*
3. *Voor de toepassing van het eerste lid wordt een goed geacht niet tot de nalatenschap te behoren, indien de erflater tot overdracht van het goed verplicht was en deze verbintenis niet met zijn dood is tenietgegaan.*

Zoals besproken, werd in het oude recht een onderscheid gemaakt tussen het legaat van een goed dat daarna door de erflater werd vervreemd, op grond waarvan dat legaat als herroepen gold (art. 1043 OBW), en de situatie dat het gelegateerde goed ten tijde van het opmaken van het testament niet tot de nalatenschap behoorde, waardoor het legaat verviel omdat het nietig was (art. 1013 OBW). Voor het nieuwe erfrecht heeft de wetgever in art. 4:49 BW als hoofdregel gekozen voor het laten vervallen van het legaat van een bepaald goed als het goed bij het openvallen van de nalatenschap niet daartoe behoort, ongeacht of het goed ten tijde van het maken van het testament ook niet tot de nalatenschap behoorde of sindsdien door de erflater is vervreemd. Lid 3 van art. 4:49 BW doet nog aan de situatie van art. 1043 OBW denken, maar ziet slechts op de situatie dat het gelegateerde goed bijvoorbeeld aan een derde verkocht is door de erflater, en de erflater voor de levering is overleden zodat

4 Art. 4:49 BW kan evenals art. 4:50 BW en art. 4:51 BW ook betrekking hebben op lasten (zie ook par. 4.3.4.3 en 4.3.4.4 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 295). Reden waarom deze artikelen volgens de minister niet zijn opgenomen in Afd. 4.5.2 met als opschrift 'Legaten', hetgeen Breemhaar een argument van te weinig gewicht vindt. Zie Breemhaar 1992, nr. 175, p. 123.

de erfgenamen verplicht zijn dat goed aan de koper te leveren.[5] Het verkochte goed behoort weliswaar nog tot de nalatenschap maar wordt alsdan geacht niet tot de nalatenschap te behoren, zodat het legaat van het tevens verkochte goed in beginsel vervalt, tenzij uit de uiterste wil is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild. Het betreft hier een regeling voor de botsing van twee leveringsverplichtingen met betrekking tot hetzelfde goed.[6]

Een gelegateerd goed dat na het opmaken van het testament gestolen wordt of door brand tenietgaat, kan onder de werking van art. 4:49 BW gebracht worden als het goed daardoor bij het openvallen van de nalatenschap ontbreekt. Tevens zal in situaties waarbij het goed na het legateren buiten de wil van de erflater blijvend uit zijn vermogen is geraakt art. 4:47 BW toegepast kunnen worden (zie par. 4.3.4.1).[7] Dit artikel bepaalt dat *'[w]anneer de uitvoering van een beschikking, anders dan als gevolg van een na het overlijden van de erflater ingetreden omstandigheid, blijvend onmogelijk is, vervalt de beschikking, zonder dat een andere beschikking daarvoor in de plaats mag worden gesteld, tenzij de wet het tegendeel bepaalt, of uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater die andere beschikking zou hebben gemaakt, wanneer hem de onmogelijkheid bekend was geweest.'* Op grond van art. 4:47 BW kan een beschikking, waarvan men ook na uitleg van de beschikking (art. 4:46 BW) heeft moeten constateren dat deze niet uitvoerbaar blijft, mogelijk worden aangevuld.

5.2.3 Uitzondering art. 4:49 BW: legaat niet-nalatenschapsgoed vervalt niet

De erflater zal normaal gesproken niet de wil hebben gehad een bepaald goed van een ander te legateren. Bovendien zijn de erfgenamen niet beschikkingsbevoegd een dergelijk goed te leveren (art. 3:84 lid 1 BW). Dit rechtvaardigt de hierboven vermelde hoofdregel dat het legaat van een niet-nalatenschapsgoed vervalt. Desalniettemin heeft de wetgever er niet aan in de weg willen staan dat de bevoordeelde daadwerkelijk een vorderingsrecht kan worden toegekend indien de erflater bewust een niet tot de nalatenschap behorend goed heeft gelegateerd, zoals een legaat van een aan de erfgenaam toebehorend goed. Onder oud erfrecht kon in zo'n geval enkel een last aan de erfgenaam worden opgelegd (art. 1014 OBW). Zoals in par. 4.3.2 uitvoerig is beschreven is – door het verschuiven van de grens tussen legaat en last – ook bij het in een uiterste wil toekennen van een vorderingsrecht aan een persoon met betrekking tot bepaald goed dat niet tot de nalatenschap behoort, gewoon sprake van een legaat en niet van een last. De vraag is of een dergelijk legaat dient te vervallen.

5 Zie Ter Haar 2004, p. 84-85.
6 Zie Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 190.
7 Zie tevens Perrick 2001b, p. 874-875.

5.2.3.1 Legaat niet-nalatenschapsgoed door erflater niettemin gewild?

Als het gelegateerde nooit de erflater heeft toebehoord, kan het uiteraard een vergissing van de erflater zijn. Het is ook mogelijk dat de erflater juist beoogd heeft om de erfgenaam een verplichting op te leggen zich dit gelegateerde goed te verschaffen zodat het legaat kan worden uitgevoerd.[8] In hoeverre moet deze eventuele bedoeling van de erflater al bij voorbaat worden uitgesloten? De minister meent dat de beschikking inhoudende dat een op het moment van overlijden niet tot de nalatenschap behorend goed wordt gelegateerd weliswaar niet veel gemaakt zal worden, maar toch zeer wel denkbaar is. Daarom acht de minister het gezien de testeervrijheid gerechtvaardigd om voor een dergelijke beschikking – indien de erflater deze niettemin heeft gewild (slot lid 1 van art. 4:49 BW) – een uitzondering te maken op de regel dat een legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed op het moment van overlijden vervalt.[9]

De minister ziet er voor het nieuwe erfrecht dan ook geen bezwaar tegen '(…) *een legaat dat de belaste erfgenaam verplicht een aan deze zelf toebehorend goed aan de legataris te leveren, evenmin als er bezwaar bestaat tegen het legaat van een geldsom die in de boedel niet voorhanden is.*'[10] Evenmin is er volgens hem een reden een legaat te verbieden waarbij een bepaald goed dat aan iemand anders (dus ook niet aan een erfgenaam) toebehoort, wordt gelegateerd en de belaste erfgenamen zich dit goed gemakkelijk kunnen verschaffen.[11] De belaste erfgenamen worden dan mogelijk in een moeilijke positie gebracht zodat de wetgever hen in lid 2 van art. 4:49 BW te hulp schiet: als zij zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering verschaffen, dan zijn zij gehouden de waarde van het goed uit te keren. De minister acht dit, zoals in het vorige hoofdstuk reeds is vermeld, een redelijke oplossing: '*Enerzijds wordt de erfgenaam niet zwaarder belast dan met een geldlegaat ter grootte van de waarde van het goed het geval zou zijn en ontvangt hij niet minder dan de erflater hem had toegedacht (de waarde van zijn erfdeel minus die van het hem opgelegde legaat), anderzijds blijft de legataris niet, ondanks het hem door de erflater toegedachte legaat, met lege handen staan, alleen omdat de derde aan wie het goed toebehoort, het niet of slechts tegen een onredelijk hoge prijs wil afstaan.*'[12] De wetgever vindt het dan tevens redelijk dat de erfgenamen in deze situatie niet schadevergoedingsplichtig worden wegens niet-nakoming van de verbintenis.[13]

8 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 291.
9 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 294.
10 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 294.
11 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 295.
12 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 295.
13 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 292.

Als men de parlementaire geschiedenis laat rusten en een blik werpt op de wettekst, dan is het volgens het slot van lid 1 van art. 4:49 BW voor het niet vervallen van een niet tot de nalatenschap behorend gelegateerd bepaald goed van belang dat 'uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild.' Het gaat hier om een uitleg van de uiterste wilsbeschikking waarbij, ingevolge art. 4:46 lid 1 BW, gelet dient te worden op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt.

F.W.J.M. Schols gaat ervan uit dat een legaat, bij afwezigheid van het goed, in de regel niet op grond van art. 4:49 lid 1 BW zal vervallen als uit de uiterste wil blijkt dat het gelegateerde goed ten tijde van het testeren ook al niet tot het vermogen van erflater behoorde.[14] Voor Perrick lijkt de uitzondering van art. 4:49 lid 1 BW ook van toepassing te zijn als het ontbreken van het gelegateerde goed ten tijde van het maken van het legaat niet expliciet uit de uiterste wil blijkt.[15] Het moge duidelijk zijn dat het legaat van een ontbrekend goed, om niet te vervallen, niet op een vergissing of misrekening dient te berusten maar de erflater daadwerkelijk wist dat het goed niet tot zijn nalatenschap behoorde toen hij het legateerde.[16]

Naast de mogelijkheid dat de erflater bewust een goed dat weliswaar niet tot de nalatenschap, maar wel tot het vermogen van de belaste erfgenaam behoort, heeft gelegateerd en de bedoeling heeft gehad dat deze erfgenaam dit goed aan de legataris levert, kan de erflater bijvoorbeeld ook op het oog hebben dat de erfgenamen de verplichting wordt opgelegd om het gelegateerde goed dat niet aan een van de erfgenamen toebehoort aan te schaffen zodat het legaat kan worden uitgevoerd. Uiteraard verdient het de voorkeur als de erflater uitdrukkelijk in zijn uiterste wil opneemt of het gelegateerde goed bij het ontbreken ervan in de nalatenschap al dan niet vervalt.[17]

Als op grond van art. 4:49 lid 1 BW geconstateerd wordt dat de erflater het legaat van het niet bij het openvallen van de nalatenschap daartoe behorende goed, niettemin heeft gewild, zodat het legaat effect sorteert, zullen de met het legaat belaste personen zich het goed dienen te verschaffen (voor zover het niet al behoort tot het vermogen van de belaste persoon) zodat het legaat kan worden uitgevoerd. De belaste personen worden in lid 2 van art. 4:49 BW tegemoet gekomen: als zij zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste

14 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.16, p. 166.
15 Asser/Perrick 4 2013/184.
16 Perrick 2001b, p. 874.
17 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.16, p. 165. Zie uitbreid over het ontbreken van het gelegateerde goed: Perrick 2001b, p. 872-881, alsmede Asser/Perrick 4 2013/183-185. Perrick gaat ook in op toepassing van art. 4:49 BW indien er een wilsrecht jegens de langstlevende ouder of stiefouder ingevolge art. 4:19 BW of 4:21 BW is of kon worden uitgeoefend en deze (stief)ouder tevens de over te dragen goederen (of de goederen die overgedragen hadden kunnen worden) heeft gelegateerd; zie Perrick 2001 b, p. 876-877.

van een onevenredig grote opoffering kunnen verschaffen, zijn zij gehouden de waarde van het goed uit te keren.

5.2.3.2 Leidt de uitzondering van art. 4:49 BW tot onbillijke uitkomsten?

Hoe dient men deze regeling nu te beoordelen? Kan deze leiden tot onbillijke uitkomsten? En wordt er wellicht zelfs een premie gezet op vreemde beschikkingen?

Voorop dient naar mijn mening te staan dat het heldere onderscheid tussen het legaat en de last onder het huidige recht toe te juichen is. Of een goed al dan niet tot de nalatenschap behoort, is niet van belang voor de kwalificatie als legaat, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt. Duidelijk is vervolgens ook de hoofdregel dat een legaat vervalt als het goed bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort. Eventuele onbillijkheden komen pas aan de oppervlakte als vervolgens, ingevolge de uitzondering, geconstateerd wordt dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild en het legaat toch niet vervalt.

Wat te denken van een door de weinig vermogende erflater opgenomen legaat van het 'Melkmeisje van Vermeer' aan X en de toevoeging dat hij deze beschikking sowieso wenst ook al zal het Melkmeisje nooit tot zijn vermogen behoren? Het legaat zal op grond van art. 4:49 BW niet komen te vervallen en de erfgenamen worden opgezadeld met een onmogelijke opdracht om zich het Melkmeisje te verschaffen dan wel de waarde uit te keren. Het legaat wordt op grond van art. 4:49 lid 2 BW bij de op voorhand kansloze exercitie het schilderij aan te (kunnen) kopen van het Rijksmuseum omgezet in een geldlegaat met een waarde van het legaat. Uiteraard zal er een rol voor de notaris zijn weggelegd om de erflater te weerhouden van het opnemen van dergelijke beschikkingen waardoor de erfgenamen onnodig worden getreiterd en worden belast met legaten die in de verste verte nooit voldaan kunnen worden uit de nalatenschap.

Men kan zich afvragen of een dergelijke gekke regeling enkel door art. 4:49 BW een rol kan spelen en zelfs door deze regeling gefaciliteerd lijkt te worden. Het antwoord luidt: neen. Een weinig vermogende erflater kan evengoed de erfgenamen opzadelen met de uitkering van een legaat van 3 miljoen euro aan de legataris. Ook dat is zonder meer een geldig legaat, nu geld een soortzaak is en niet onder de regeling van art. 4:49 BW valt (zie ook par. 5.2.4). Het mogelijke probleem wordt dus naar mijn mening niet door art. 4:49 BW veroorzaakt. De wetgever biedt namelijk in art. 4:49 BW de erfgenamen voldoende bescherming om een legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed dat de erflater niettemin gewenst heeft, maar dat onmogelijk te verkrijgen is, om te zetten in een geldlegaat.

Het probleem kan vervolgens zijn dat het omgezette geldbedrag in waarde de nalatenschap vele malen overschrijdt. Hier is echter niet art. 4:49 BW de regeling voor om de met het legaat belaste personen te beschermen, maar dient de regeling over de vermindering van legaten uitkomst te bieden. De legaten worden immers op grond van art. 4:120 lid 2 BW verminderd voor zover de nalatenschap niet toereikend is om de schulden uit legaten te voldoen uit de erfdelen van de erfgenamen op wie zij rusten. Bovendien worden de schulden uit legaat slechts ten laste van de nalatenschap voldaan indien alle andere schulden van de nalatenschap (zie art. 4:7 lid 1 BW) daaruit ten volle voldaan kunnen worden (art. 4:120 lid 1 BW). De erfgenaam die met het legaat belast is, welk legaat verminderd kan worden, dient ervoor te waken dat hij de nalatenschap niet zuiver aanvaardt, omdat bij zuivere aanvaarding de erfgenaam alsnog met zijn gehele vermogen aansprakelijk blijft voor zover de betreffende erfgenaam voor deze schuld is verbonden (art. 4:120 lid 5 BW jo. 4:117 lid 2 BW jo. art. 4:184 lid 2 sub a BW). Dit alles laat overigens onverlet dat de erfgenaam weinig vreugde zal beleven aan het aanvaarden van een nalatenschap waar per saldo, na afgifte van het (verminderde) legaat, niets meer voor de erfgenamen resteert. Dit kan zich ook buiten de situatie van art. 4:49 BW voordoen als de erflater het in het testament nader omschreven saldo van de nalatenschap of een zodanig geldbedrag legateert dat er niets meer voor de erfgenamen resteert. De situatie dat de nalatenschap door de erflater kan worden 'uitgehold' door een omvangrijk legaat hangt samen met de testeervrijheid, waartegen art. 4:49 BW terecht niet opkomt. Op andere plekken in Boek 4 BW wordt de positie van de legataris ten opzichte van andere schuldeisers van de nalatenschap achtergesteld en is de mogelijkheid opgenomen van vermindering van het legaat. Bovendien resteert er voor een legitimaris een legitieme portie.

Ik ben van oordeel dat art. 4:49 BW niet bijdraagt aan allerlei onbillijke uitkomsten, laat staan mogelijke vreemde uitkomsten nodeloos faciliteert. De regeling draagt bij aan een evenwichtige balans tussen de geldigheid dan wel het vervallen van het legaat van andermans goed, waarbij de geldigheid van het legaat niet altijd tot de conclusie leidt dat het gelegateerde goed geleverd zal dienen te worden aan de legataris. Mijn conclusie luidt dan ook dat de regeling van art. 4:49 BW goed past binnen het wettelijk systeem met het duidelijke onderscheid tussen legaat en last en met de mogelijkheid van vermindering van het legaat.

5.2.4 Art. 4:49 BW: het ontbreken van een bepaald gelegateerd goed

Aan de formulering van art. 4:49 BW valt op dat het artikel enkel ziet op een legaat van een 'bepaald goed' en dus niet ziet op legaten naar soort bepaalde goederen.[18] Voor een uiterste wilsbeschikking met betrekking tot soortzaken, veelal het legaat van een geldbedrag, geldt dus niet dat deze vervalt als er geen of niet genoeg soortzaken in de nalatenschap zitten. De erfgenamen zullen zich deze dan moeten verschaffen.[19] Dit laat onverlet dat het legaat kan vervallen als op basis van uitleg uit de uiterste wil valt af te leiden dat de erflater de bedoeling had om het legaat te laten vervallen als er op het tijdstip van het overlijden geen goederen van deze soort tot de nalatenschap behoren.[20] Steeds zal een onderscheid gemaakt moeten worden of sprake is van een legaat van 'echte' soortzaken of van een verkapt bepaald goed. In Pitlo/Van der Burght & Ebben wordt het in eerder hoofdstuk al aangehaalde voorbeeld genoemd van het legaat van 'een mud tarwe' of 'alle tarwe die men na zal laten'. In het eerste geval zullen de erfgenamen achter een mud tarwe moeten aangaan, ongeacht of zich tarwe in de nalatenschap bevindt, terwijl in het tweede geval geen sprake meer is van een bepaalde hoeveelheid van een soortzaak maar van een bepaalde zaak, te weten: de tarwe die zich in mijn pakhuis bevindt.[21]

5.2.4.1 Het legateren van andermans goederen: estate planningsmogelijkheden?

Het zal de estate planner in bepaalde situaties als muziek in de oren klinken dat er civielrechtelijk een mogelijkheid bestaat dat goederen die niet tot de (toekomstige) nalatenschap behoren rechtsgeldig door de erflater gelegateerd kunnen worden waardoor de erfgenamen onder omstandigheden verplicht zijn dit legaat uit te voeren. Na uitvoering van het legaat wordt het gelegateerde krachtens erfrecht (met als titel legaat) door de legataris verkregen terwijl het gelegateerde niet uit de nalatenschap afkomstig is. De weg lijkt hiermee geopend om bijvoorbeeld ook een uiterste wilsbeschikking op te maken ten aanzien van het vermogen van de langstlevende echtgenoot (of een deel daarvan of van de waarde) indien dit voor een spreiding van het vererven van vermogen fiscaal gunstig zou kunnen uitpakken en dit niet leidt tot de toepassing van fiscale ficties (zie hoofdstuk 7).

---

18 Zie (o.m.) Handboek Erfrecht 2011, VII.2.16, p. 166, Asser/Perrick 4 2013/183 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 189.
19 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 189.
20 Asser/Perrick 4 2013/183.
21 Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 387.

Wat is de situatie als de erflater ten laste van zijn echtgenoot, de (bloot) eigendom van het vermogen van de langstlevende echtgenoot ten tijde van het overlijden van de erflater, aan zijn kinderen zou legateren?

Een dergelijk ten laste van de langstlevende komend legaat zou kunnen worden beschouwd als een bundeling van allerlei afzonderlijke legaten van bepaalde goederen (de goederen die op de overlijdensdatum van de erflater tot het vermogen van de langstlevende behoren). Mits het gelegateerde geen soortgoed (als bijvoorbeeld een geldbedrag) inhoudt, kan vervolgens geconcludeerd worden dat art. 4:49 BW van toepassing is. De erflater kan dan ook voorkomen dat het legaat vervalt door expliciet te bepalen dat de erflater dit legaat wenst ook al behoren de gelegateerde goederen niet tot zijn nalatenschap (art. 4:49 lid 1 BW). Lid 2 van art. 4:49 BW zal dan weinig soelaas bieden aan de langstlevende nu het hem geen moeite kost zich de gelegateerde goederen te verschaffen omdat hij deze reeds bezit. Indien de langstlevende beneficiair zou aanvaarden, dan lijkt het mij in lijn met art. 4:49 lid 2 BW verdedigbaar dat het legaat wordt omgezet in een geldlegaat, nu art. 4:184 lid 2 sub a BW de langstlevende niet verplicht de schuld uit eigen vermogen te voldoen. Bovendien vermindert art. 4:120 lid 2 BW het legaat (wat betreft verhaal op de goederen van de nalatenschap) tot het erfdeel van de langstlevende.

De estate planner zal zijn echtgenoot echter niet een hak willen zetten, maar slechts in bepaalde omstandigheden in goed overleg willen bekijken of op een zo gunstig mogelijk gespreide manier vermogen naar de volgende generatie kan overgaan, zonder dat een langstlevende hier tijdens leven veel hinder van ondervindt. In het fiscale deel zal dan ook verder bezien worden of, en zo ja in hoeverre art. 4:49 BW hier mogelijk een bijdrage aan kan leveren en hoe de fiscale regelgeving met een dergelijke uiterste wilsbeschikking omgaat (zie hoofdstuk 7). In de volgende paragraaf zal ik stilstaan bij de reikwijdte van art. 4:49 BW en de mogelijke vragen die hierbij spelen.

5.2.5 Legaat ontbrekend bepaald goed ten laste van een erfgenaam

5.2.5.1 Geldt art. 4:49 BW ook bij een legaat ten laste van een bepaalde erfgenaam?

Lid 1 van art. 4:49 BW spreekt over '[e]en ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat (…)'. Uiteraard valt hieronder het legaat dat ten laste van de gezamenlijke erfgenamen komt (zie de hoofdregel van art. 4:117 lid 2 BW).[22] Het lijkt mij, mede gezien de wettekst, buiten twijfel dat lid 1 ook zonder meer de situatie bestrijkt dat het legaat ten laste van één (bepaalde) erfgenaam is gemaakt.[23] Volgens art. 4:7 lid 1 sub h BW is het legaat een schuld van de nalatenschap ook al is maar één erfgenaam schuldenaar geworden. De legataris

22 Zie ook Breemhaar 1992, nr. 175, p. 123.
23 Zo ook Asser/Perrick 4 2013/183. Anders Breemhaar 1992, nr. 178, p. 124.

kan ingeval het goed tot de nalatenschap hoort, eisen dat het goed aan hem wordt geleverd en tevens op grond van art. 4:204 lid 1 aanhef en onder a BW (zie ook art. 3:193 lid 1 BW) via de benoeming van een vereffenaar voorkomen dat het goed aan een niet met het legaat belaste erfgenaam wordt toebedeeld.[24] Het is dus correct om art. 4:49 BW niet toe te passen als het goed zich wel in de nalatenschap bevindt maar aan een niet met het legaat belaste erfgenaam wordt toebedeeld. Alleen als het gelegateerde goed zich niet in de opengevallen nalatenschap bevindt, zal, zowel in de situatie dat het legaat ten laste van de gezamenlijke erfgenamen komt als dat er een erfgenaam is die als enige met het legaat belast is, art. 4:49 BW toepassing vinden.

Is art. 4:49 BW ook van toepassing als het legaat ten laste van een erfgenaam is gemaakt en het gelegateerde goed niet tot de nalatenschap behoort maar wel tot het vermogen van deze met het legaat belaste erfgenaam? Breemhaar meent dat art. 4:49 BW bij een ten laste van een bepaalde erfgenaam komend legaat slechts analoog kan worden toegepast mits het gelegateerde niet tot het eigen vermogen van de met het legaat belaste erfgenaam behoort.[25] Ik ben het echter niet met Breemhaar eens. Ik ben van opvatting dat art. 4:49 BW bij een legaat ten laste van een bepaalde erfgenaam van een niet tot de nalatenschap behorend goed altijd rechtstreeks van toepassing is. Dit is ongeacht de vraag of het gelegateerde goed ten tijde van het overlijden van de erflater tot het vermogen van de met het legaat belaste erfgenaam behoort. Voor de toepasselijkheid van art. 4:49 BW maakt het volgens de wettekst niet uit of het gelegateerde goed de met het legaat belaste erfgenaam toebehoort. Het gelegateerde goed behoort alsdan evenmin bij het openvallen van de nalatenschap daartoe, zoals art. 4:49 BW vereist.

5.2.5.2 Legaat ten laste van een erfgenaam van een niet aan deze erfgenaam toebehorend goed

Indien het gelegateerde goed niet tot het vermogen van de met het legaat belaste erfgenaam behoort, zal het legaat in de regel vervallen ingevolge art. 4:49 lid 1 BW. Indien dit niet het geval mocht zijn omdat uit de uiterste wil is af te leiden dat de erflater het legaat niettemin heeft gewild, dan zal de erfgenaam het goed moeten proberen te verwerven ingevolge lid 2 van art. 4:49 BW mits dit hem niet een onevenredig grote opoffering kost. Bij verwerping door de erfgenaam zal de verplichting van het legaat op grond van art. 4:118 lid 1 BW komen te rusten op degenen aan wie het erfdeel toevalt en zal art. 4:49 BW van overeenkomstige toepassing zijn.[26] Indien vervolgens ingevolge art. 4:49 BW wordt geconstateerd dat het legaat niet vervallen is, kan de belaste persoon op grond van art. 4:118 lid 1 BW volstaan met uitkering aan

24 Asser/Perrick 4 2013/183.
25 Breemhaar 1992, nr. 178, p. 124.
26 Zie Asser/Perrick 4 2013/183.

de legataris van hetgeen hij in de plaats van de belaste persoon uit de nalatenschap geniet of de waarde daarvan.

5.2.5.3 Legaat ten laste van een erfgenaam van een wel aan deze erfgenaam toebehorend goed

Als ik het goed begrijp, verdedigt Breemhaar dat, afhankelijk van de vraag of het gelegateerde goed wel of niet tot het eigen vermogen van de belaste erfgenaam behoort, art. 4:49 BW (analoog) kan worden toegepast. Zoals ik eerder heb opgemerkt, acht ik anders dan Breemhaar art. 4:49 BW – ongeacht het antwoord op de vraag of het gelegateerde de met het legaat belaste erfgenaam toebehoort – gewoon van toepassing mits het gelegateerde goed bij het openvallen van de nalatenschap van de erflater niet daartoe behoort. Waar leidt deze opvatting in concreto toe?

A) Zuivere aanvaarding en legaat van het aan de erfgenaam toebehorend goed
Ingeval de met het legaat belaste erfgenaam de nalatenschap zuiver heeft aanvaard, geldt deze erfgenaam als schuldenaar van het legaat en kan de legataris zich voor deze schuld uit legaat tevens verhalen op het privé-vermogen van de belaste erfgenaam, ongeacht de grootte van het verkregen erfdeel (zie art. 4:184 lid 2 sub a BW, alsmede art. 4:120 lid 2 jo. lid 5 BW). Als de weg van art. 4:49 BW, zoals ik meen, openstaat, dan zal dit de erfgenaam niet baten nu de erflater de beschikking ten laste van de erfgenaam aan wie het goed toebehoort in de regel 'niettemin' gewild zal hebben en de erfgenaam niet ingevolge lid 2 van art. 4:49 BW kan volstaan met uitkering van de waarde omdat de erfgenaam zich het goed niet hoeft te verschaffen nu het al tot zijn vermogen behoort. Alsdan is de uitkomst hetzelfde als die in de redenering van Breemhaar, ervan uitgaande dat hij art. 4:49 BW in een dergelijke situatie niet van toepassing acht.

B) Beneficiaire aanvaarding en legaat van het aan de erfgenaam toebehorend goed
Indien de belaste erfgenaam de nalatenschap echter beneficiair heeft aanvaard zou ik menen dat, ook al behoort het gelegateerde goed tot het privé-vermogen van de belaste erfgenaam en het dus geen onevenredige opoffering kost om het zich te verschaffen, deze erfgenaam toch in geen geval het gelegateerde goed uit eigen vermogen aan de legataris hoeft te leveren. De schuld uit legaat hoeft immers niet ten laste van het eigen vermogen voldaan te worden door de beneficiaire aanvaarding (art. 4:184 lid 2 sub a BW). Dit wordt naar mijn mening niet anders als art. 4:49 lid 2 BW zou moeten worden toegepast.

De vraag blijft of de erfgenaam vervolgens de waarde van het gelegateerde aan de legataris dient uit te keren, althans voor zover het erfdeel van de belaste erfgenaam daarvoor toereikend is (vgl. 4:120 lid 2 BW). Ik zou willen pleiten om (lid 2 van) art. 4:49 BW dan (analoog) toe te passen in die zin dat de erfgenaam weliswaar niet door de beneficiaire aanvaarding de 'grote opoffering'

uit eigen vermogen hoeft te doen door het eigen goed te leveren, maar wel – in lijn met de bevoordelingsbedoeling van de erflater – de waarde van het goed moet uitkeren aan de legataris, voor zover vallend binnen zijn erfdeel (vgl. art. 4:120 lid 2 BW).

C) Verwerping en legaat van het aan de erfgenaam toebehorend goed

Uiteraard kan de erfgenaam zijn erfdeel verwerpen waardoor het legaat, tenzij uit de aard van de verplichting anders voortvloeit (te denken valt aan hoogstpersoonlijke verplichtingen zoals het schilderen van iemands portret), op grond van art. 4:118 lid 1 BW komt te rusten op degenen aan wie zijn erfdeel toevalt. Zij kunnen volstaan met uitkering aan de legataris van hetgeen zij in de plaats van de belaste persoon uit de nalatenschap genieten of de waarde daarvan.

Men kan zich vervolgens afvragen of de op grond van art. 4:118 lid 1 BW met het legaat belaste erfgenamen, als het legaat bijvoorbeeld betrekking had op een aan de verwerpende erfgenaam in privé toebehorend goed, art. 4:49 BW kunnen inroepen en kunnen verdedigen dat het legaat is vervallen. Breemhaar bepleit in een dergelijke situatie, mits het gelegateerde goed niet tot het vermogen van de op grond van art. 4:118 BW belaste personen behoort, (overeenkomstige) toepassing van art. 4:49 BW zodat het legaat in de regel komt te vervallen.[27] Perrick acht art. 4:49 BW ook van overeenkomstige toepassing maar is van mening dat Breemhaar ten onrechte het vereiste stelt dat het goed niet moet behoren tot het vermogen van degene op wie de verplichting uit legaat ingevolge art. 4:118 BW overgaat.[28] Ook ik kan mij niet vinden in het door Breemhaar gestelde vereiste. Het gaat er immers voor (een analoge werking van) art. 4:49 BW alleen om dat een gelegateerd bepaald goed bij het openvallen van de nalatenschap niet tot de nalatenschap van de *erflater* behoort.

Stel dat de erflater een bepaalde erfgenaam heeft belast met een legaat dat betrekking heeft op een aan de erfgenaam toebehorend goed. Zoals ik hierboven verdedigde, zal in dat geval art. 4:49 BW de zuiver aanvaardende erfgenaam niet van zijn schuld uit legaat bevrijden, maar geldt dit ook – na verwerping door de erfgenaam – voor de op grond van art. 4:118 BW met het legaat belaste personen ongeacht of zij zuiver aanvaard hebben?

Op grond van de wetsgeschiedenis kan men betogen dat uit de aard van de verplichting (een bepaald goed van de belaste erfgenaam wordt gelegateerd en deze erfgenaam ontbreekt) voortvloeit dat de verplichting niet ingevolge art. 4:118 lid 1 BW overgaat op degenen aan wie het erfdeel toevalt en daarmee tevens de verplichting vervalt om de waarde uit te keren.[29]

Als de verplichting uit legaat echter wel gewoon overgaat op grond van art. 4:118 BW, dient men dan art. 4:49 BW (analoog) toe te passen? Deze vraag

27 Breemhaar 1992, nr. 167, p. 118 en nr. 178, p. 124.

28 Asser/Perrick 4 2013/183.

29 Vgl. MO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 751-752 over het op grond van art. 4:118 lid 2 BW vervallen van een verplichting.

beantwoord ik bevestigend. Als dat inderdaad het geval is, dan zal de erflater voor de verwerping door de erfgenaam en het vervolgens ontbreken van het gelegateerde in het vermogen van de nieuw belaste personen, veelal niet een expliciete regeling hebben getroffen in zijn testament. Naar mijn mening zal de verwerping van het erfdeel door de met het legaat belaste erfgenaam aan wie het gelegateerde toebehoort, geen afbreuk doen aan de (analoge) werking van art. 4:49 BW. De erflater heeft immers met het legaat ten laste van de erfgenaam aan wie het goed toebehoort, al aangegeven dat hij het legaat – ondanks het ontbreken daarvan in de nalatenschap –niettemin heeft gewild. Mocht dus op grond van art. 4:49 lid 1 BW geconstateerd worden dat het legaat niet vervalt, dan dienen de belaste personen zich alsnog het goed te verschaffen, waarbij geldt dat als dat ten koste gaat van een onevenredig grote opoffering, volstaan kan worden met de waarde van het gelegateerde goed, voor zover deze waarde aan de belaste persoon toegekomen is (art. 4:49 lid 2 BW jo. art. 4:118 lid 1 BW).

Mocht op de op grond van art. 4:118 lid 1 BW belaste persoon een legaat komen te rusten van een goed dat tot zijn vermogen behoort, zal, als uit overeenkomstige toepassing van art. 4:49 BW volgt dat het legaat niet op grond van lid 1 vervalt, de erfgenaam het goed dienen te leveren, tenzij hij beneficiair aanvaardt. Bij beneficiaire aanvaarding kan hij wederom volstaan met, zo bepleit ik, de waarde van het gelegateerde voor zover hij deze in plaats van de belaste persoon uit de nalatenschap geniet (art. 4:49 lid 2 BW jo. 4:118 lid 1 BW).

5.2.6 Legaat ontbrekend bepaald goed ten laste van de legataris

5.2.6.1 Art. 4:49 BW en het legaat ten laste van de legataris?

Art. 4:49 BW voorziet in een regeling voor de situatie van een ontbrekend gelegateerd goed, welk legaat ten laste van een erfgenaam komt. Volgens de letterlijke tekst van art. 4:49 lid 1 BW ziet deze bepaling niet op de situatie dat er een legaat ten laste van een legataris is gemaakt (het sublegaat) en het gelegateerde goed ontbreekt.

Breemhaar bepleit overeenkomstige toepassing van art. 4:49 BW voor de met het sublegaat belaste legataris mits het gelegateerde goed niet tot het vermogen van de belaste legataris behoort.[30] De Commissie Erfrecht 2011 stelt, onder verwijzing naar Breemhaar, voor om ter verduidelijking niet alleen 'een ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat van een bepaald goed' maar ook het legaat dat ten laste van een legataris is gemaakt expliciet in art. 4:49

30 Breemhaar 1992, nr. 178, p. 124 en in navolging van Breemhaar: Handboek Erfrecht 2011, VII.2.16, p. 166.

BW te vermelden.[31] Heeft overeenkomstige toepassing van art. 4:49 BW bij een legaat ten laste van de legataris toegevoegde waarde?

5.2.6.2 Art. 4:49 BW en het legaat ten laste van de legataris van een hem toebehorend goed

Het is vanzelfsprekend dat sublegaten aan de orde komen als de gelegateerde goederen zich niet in de nalatenschap bevinden. Indien een goed zich in de nalatenschap bevindt en de erflater dat aan iemand wenst te legateren, zal hij dat rechtstreeks legateren en niet via een legataris door middel van een sublegaat. Er is dan sprake van een gewoon legaat en mocht dat goed bij het overlijden van de erflater niet tot de nalatenschap behoren, dient art. 4:49 BW direct toegepast te worden.

Indien een legaat ten laste van een legataris wordt gemaakt van een niet tot de nalatenschap maar wel tot het vermogen van de legataris behorend goed, zal overeenkomstige toepassing van art. 4:49 BW (praktisch) altijd tot het oordeel leiden dat de erflater wist dat het gelegateerde goed tot het vermogen van de legataris behoorde (zodat de erflater koos voor de vorm van het sublegaat). Alsdan moet de conclusie zijn dat het legaat niet vervalt en de legataris in beginsel het goed aan de sublegataris dient te leveren. Lid 2 van art. 4:49 BW komt niet meer aan bod nu het goed tot het vermogen van de belaste legataris behoort en er geen sprake van is dat de legataris eerst nog genoodzaakt is zich het goed van een derde te verschaffen.

Dit laat onverlet de mogelijkheid om op grond van art. 4:121 lid 1 BW het sublegaat te verminderen voor zover de *waarde* van het aan de legataris gelegateerde ontoereikend is om de aan hem opgelegde verplichting te voldoen (cursivering, GGBB). De legataris loopt alsdan echter alsnog het risico afscheid te moeten nemen van het ten laste van hem gelegateerde goed, gezien de oplegmogelijkheid die de sublegataris heeft om de volledige voldoening van het legaat te verlangen mits hij het bedrag van de vermindering in geld oplegt (art. 4:122 lid 1 BW). Mocht de sublegataris daar geen gebruik van maken, dan kan de legataris volstaan met de waarde van het verminderde legaat uit te keren (art. 4:122 lid 2 BW).

5.2.6.3 Art. 4:49 BW en verwerping door de met het sublegaat belaste legataris

Indien de legataris het ten laste van hem gelegateerde en aan hem toebehorende goed niet kwijt wil omdat het aan hem gelegateerde niet opweegt tegen de (emotionele) waarde van het subgelegateerde (en hij niet het risico wil lopen dat door de oplegregeling hij het goed ook aan de sublegataris moet verschaffen ingeval de waarde van het hem gelegateerde minder bedraagt dan het

31 Commissie Erfrecht 2011, commentaar bij art. 4:49 BW, p. 18 en zie Breemhaar 1992, nr. 178, p. 124.

goed dat ten laste van hem gelegateerd wordt) dan dient de legataris het legaat te verwerpen (art. 4:201 lid 1 BW).[32] Als hij door verwerping geen legataris wordt, zal, als de uiterste wil hierin niet heeft voorzien, de verplichting met betrekking tot het sublegaat in beginsel komen te rusten op degenen die met het aan de legataris gemaakte legaat waren belast. Zij kunnen volstaan met voldoening aan de sublegataris van (de waarde van) het aan de belaste persoon gelegateerde (art. 4:118 lid 2 BW).

Men kan zich vervolgens afvragen of de op grond van art. 4:118 lid 2 BW met het sublegaat belast geworden personen, als het sublegaat bijvoorbeeld betrekking had op een aan de legataris toebehorend goed, de analoge werking van art. 4:49 BW kunnen inroepen en kunnen verdedigen dat het legaat is vervallen.

Breemhaar bepleit in een dergelijke situatie wederom, mits het gelegateerde goed niet tot het vermogen van de op grond van art. 4:118 BW belaste personen behoort, een analoge toepassing van art. 4:49 BW.[33] Ook Perrick verdedigt de overeenkomstige toepassing, zij het dat hij opmerkt dat Breemhaar ten onrechte het vereiste stelt dat het goed niet behoort tot het vermogen van degene op wie de verplichting uit legaat ingevolge art. 4:118 BW overgaat, welke opvatting van Perrick ik deel.[34]

Uit de parlementaire geschiedenis lijkt overigens te volgen dat bij een sublegaat dat bestaat uit de verplichting voor de legataris om een hem toebehorende specieszaak aan de sublegataris af te staan, deze verplichting gezien het in lid 2 van art. 4:118 BW opgenomen 'tenzij uit haar aard iets anders voortvloeit', niet overgaat op de opvolger als de legataris wegvalt. De verplichting vervalt alsdan voor de opvolger en daarvoor treedt ook niet in de plaats de verplichting om de waarde te vergoeden.[35]

Ervan uitgaande dat de verplichting uit legaat wel ingevolge art. 4:118 lid 2 BW overgaat, dan blijft de vraag onbeantwoord of via overeenkomstige toepassing van art. 4:49 BW (alsnog) wordt bewerkstelligd dat de sublegataris niet met lege handen blijft staan.

Voor de verwerping door de legataris, en het vervolgens ontbreken van het gelegateerde in het vermogen van de nieuwe met het legaat belaste personen, zal veelal niet in de uiterste wil van de erflater een expliciete regeling zijn getroffen waaruit blijkt dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild. Indien op grond van overeenkomstige toepassing van art. 4:49 lid 1 BW het legaat vervalt, zijn de belaste personen niet op grond van art. 4:49 BW

32 Overigens zal voor een legataris die tevens legitimaris is, op grond van art. 4:73 lid 1 sub b BW gelden dat ten laste van de legitimaris gemaakte sublegaten die verplichten tot iets anders dan betaling van een geldsom de waarde van het legaat aan de legitimaris niet in mindering komt van zijn legitieme portie als hij het legaat verwerpt.

33 Breemhaar 1992, nr. 167, p. 118.

34 Asser/Perrick 4 2013, nr. 183.

35 MO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 751-752.

verplicht om de sublegataris te voldoen met (de waarde van) het aan de legataris gelegateerde.

Men kan ook stellen dat het legaat niet vervalt omdat uit het gegeven dat de erflater het legaat met betrekking tot een niet tot zijn nalatenschap behorend goed in het testament had opgenomen al kan worden afgeleid dat deze het legaat niettemin heeft gewild. Een verwerping door de legataris brengt daar geen verandering in. Mocht dus geconstateerd worden dat het legaat niet vervalt, dan dienen de belaste personen zich alsnog het goed (van de 'legataris') te verschaffen. Gaat dit ten koste van een onevenredig grote opoffering, dan kan volstaan worden met de waarde van het gelegateerde goed, voor zover deze waarde aan de belaste persoon gelegateerd was ingevolge art. 4:49 lid 2 BW jo. art. 4:118 lid 2 BW.

Mocht op de op grond van art. 4:118 lid 2 BW belaste persoon een legaat komen te rusten van een goed dat tot het vermogen van deze belaste persoon behoort, zal, als uit overeenkomstige toepassing van art. 4:49 BW volgt dat het legaat niet op grond van lid 1 vervalt, de met het legaat belaste personen het goed dienen te leveren, zij het dat deze verplichting –zo meen ik – wordt beperkt tot de waarde van hetgeen aan de belaste persoon gelegateerd was ingevolge art. 4:118 lid 2 BW.

5.2.6.4 Conclusie overeenkomstige toepassing art. 4:49 BW bij legaat ten laste van legataris

Gezien het bovenstaande kan men concluderen dat art. 4:49 BW in elk geval geen toegevoegde waarde biedt als ten laste van de legataris de verplichting is opgelegd om een eigen goed van de legataris aan de sublegataris te overhandigen, nu de erflater dat legaat bewust gemaakt zal hebben en de legataris in staat is het goed te leveren, onverminderd de verminderingsmogelijkheden van het sublegaat ingevolge art. 4:121 BW. In de redenering van Breemhaar – art. 4:49 BW kan dan niet (analoog) worden toegepast – komt men per saldo tot hetzelfde eindresultaat.

Is (analoge) toepassing van art. 4:49 BW van nut als het gelegateerde goed niet tot het vermogen van de legataris behoort? Deze vraag dient bevestigend beantwoord te worden. Het legaat zal volgens de hoofdregel vervallen. De legataris zal zich alleen het ten laste van hem gelegateerde moeten proberen te verschaffen als blijkt dat de erflater de beschikking zelfs heeft gewild indien het gelegateerde niet aan de legataris zou toebehoren (lid 1 van art. 4:49 BW), waarbij de legataris kan volstaan met de uitkering van de waarde als de legataris zich het goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering kan verschaffen (lid 2 van art. 4:49 BW). Daarnaast staat de legataris ook de mogelijkheid ten dienste om het legaat te verminderen als de waarde van het hem gelegateerde ontoereikend is om aan de hem opgelegde verplichting te voldoen (art. 4:121 lid 1 BW), behoudens de oplegmogelijkheid voor

de sublegataris (art. 4:122 BW). Uiteraard speelt de oplegmogelijkheid slechts in het geval de legataris op grond van art. 4:49 BW verplicht is het gelegateerde goed zelf af te staan en niet kan volstaan met uitkering van de waarde.

5.3 Het legaat ten laste van de huwelijksgemeenschap

5.3.1 Inleiding

Indien de erflater een bepaald goed behorend tot de huwelijksgemeenschap legateert, kan men na het overlijden tot de conclusie komen dat het gelegateerde goed niet tot de nalatenschap behoort indien het is toegedeeld aan de langstlevende echtgenoot. Art. 4:49 BW of art. 4:47 BW (over het al dan niet vervallen van een legaat als de uitvoering onmogelijk is)[36] zouden ons voor dit ontbrekende goed de weg kunnen wijzen, ware het niet dat de wetgever voor deze situatie een specifieke regeling heeft opgenomen in art. 4:51 BW (zie voor de parlementaire geschiedenis ook par. 4.3.4.4).

5.3.2 Bereik art. 4:51 BW

Artikel 4:51 BW luidt:

1. *Wanneer een echtgenoot ten laste van zijn gezamenlijke erfgenamen een bepaald goed uit de huwelijksgemeenschap heeft vermaakt, kan de legataris levering van het gehele goed van hen vorderen, doch zij kunnen, voor zover het goed bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap aan de andere echtgenoot of diens erfgenamen wordt toebedeeld, volstaan met uitkering van de waarde van het goed. Deze bevoegdheid komt ook toe aan de andere echtgenoot die enig erfgenaam is, en diens erfgenamen.*
2. *Het vorige lid is alleen van toepassing indien de huwelijksgemeenschap op het ogenblik dat de beschikking werd gemaakt, nog niet ontbonden was.*

Uitgangspunt van art. 4:51 BW is de geldigheid van het legaat van een bepaald goed uit de huwelijksgemeenschap: de legataris kan van de erfgenamen levering van het gehele goed vorderen, zij het dat als het gelegateerde goed niet aan de nalatenschap maar aan de andere echtgenoot of diens erfgenamen wordt toebedeeld, de erfgenamen kunnen volstaan met uitkering van de waarde van het gelegateerde goed.

Dit artikel is in de plaats gekomen van het in par. 3.4.2.1, besproken art. 950 OBW, op grond waarvan echtgenoten '*ten opzigte van de goederen welke in gemeenschap zijn niet verder [kunnen] beschikken dan over het aandeel dat ieder hunner in de gemeenschap heeft.*' In het oude recht was verder van belang dat

36 Meijers zag art. 4:51 BW als een afwijking van art. 4:47 BW; Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 298.

de boedelscheiding declaratieve werking en terugwerkende kracht had (art. 1129 OBW), zodat na boedelscheiding geconstateerd kon worden dat (bij toedeling aan de langstlevende echtgenoot) het gelegateerde goed nooit tot de nalatenschap behoorde, hetgeen resulteerde in nietigheid van het legaat op grond van het art. 1013 OBW (nietigheid legaat andermans goed).[37] Zoals beschreven, dienden de erfgenamen de legataris alsdan schadeloos te stellen (art. 950 OBW). Dit voorkwam dat de rechten van de legataris door samenspanning van de erfgenamen en de langstlevende echtgenoot gemakkelijk konden worden uitgehold.[38]

5.3.2.1 Verhouding tussen en bereik van art. 4:51 BW en art. 4:49 BW

Nu een met art. 1013 OBW vergelijkbaar artikel in het huidige recht ontbreekt en de verdeling bovendien geen terugwerkende kracht meer heeft, is het niet verwonderlijk dat van de geldigheid van het legaat van een huwelijksgoed wordt uitgegaan.[39] Hierbij dient men zich namelijk te realiseren dat de schuld van de erfgenamen aan de legataris steeds bestaat en blijft bestaan ongeacht de verdeling: of de erfgenamen dienen het gehele goed te leveren, of, ingeval het gelegateerde goed aan de langstlevende is toegedeeld, de erfgenamen kunnen volstaan met uitkering van de waarde van het goed.[40] Ten opzichte van art. 4:49 BW levert dit voor de legataris het voordeel op dat deze niet het risico loopt dat op grond van uitleg van de uiterste wil geconcludeerd kan worden dat het legaat vervalt (zie lid 1 van art. 4:49 BW). Aan uitleg van de uiterste wil komt men door art. 4:51 BW niet toe: het is de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap die bepaalt of de erfgenamen het gehele goed of de waarde daarvan dienen te leveren respectievelijk uit te keren.[41] De erfgenamen op hun beurt worden door art. 4:51 BW niet, zoals in lid 2 van art. 4:49 BW, verplicht om te trachten zich het goed te verschaffen als het gelegateerde goed aan de langstlevende echtgenoot wordt toebedeeld.[42]

Overigens is art. 4:49 BW wel weer van belang voor de situaties die niet onder art. 4:51 BW vallen. Zo volgt uit lid 2 van art. 4:51 BW dat deze regeling niet geldt indien de huwelijksgemeenschap ten tijde van het maken van de beschikking reeds ontbonden was. Dit is bijvoorbeeld het geval als de gemeenschap ten gevolge van echtscheiding was ontbonden ten tijde van het opnemen van het legaat in het testament. Men zal, als vervolgens bij het overlijden van de erflater de reeds ontbonden gemeenschap nog steeds niet is verdeeld en bij de verdeling het gelegateerde niet aan de erfgenamen van de erflater wordt

37 Zie Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 230.
38 Zie Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 230.
39 Vgl. Perrick 2001b, p. 878.
40 Perrick 2001b, p. 879.
41 Zie Kolkman 2006, nr. 1.9.6.1, p. 131.
42 Zie Kolkman 2006, nr. 19.6.1, p. 131.

toebedeeld en het goed dus niet tot de nalatenschap behoort, op grond van art. 4:49 BW moeten bepalen of de erflater de beschikking niettemin heeft gewild.[43]

Ik vraag mij echter af of vervolgens geen sprake is van een dubbele exercitie: nu de erfgenamen bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap het goed niet hebben (kunnen) behouden, ontbreekt het goed in de nalatenschap. Men zou, als op grond van art. 4:49 lid 1 BW geconstateerd wordt dat de erflater het legaat niettemin heeft gewild, ingevolge lid 2 moeten aannemen dat de erfgenamen zich in eerste instantie (wederom) moeten inspannen om zich het goed te verschaffen. Het is dus redelijk om bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap (in deze specifieke situatie dat de gemeenschap voor het overlijden al ontbonden was) al aan te nemen dat de erfgenamen de inspanningsverplichting in de zin van art. 4:49 lid 2 BW hebben om zich het gelegateerde goed te verschaffen, ook al staat dan nog niet vast of het goed daadwerkelijk in de nalatenschap ontbreekt. Hierbij ga ik ervan uit dat men kan aannemen dat de erflater het legaat niettemin wil als het goed niet tot zijn nalatenschap blijkt te behoren

F.W.J.M. Schols gaat er in een situatie dat sprake is van een ontbonden huwelijksgemeenschap en de erflater desalniettemin een goed uit die reeds ontbonden gemeenschap legateert – mijns inziens terecht – vanuit dat mag worden aangenomen dat uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild, ook al blijkt het goed na verdeling in de nalatenschap te ontbreken.[44]

Hetzelfde neemt Perrick aan indien de ten tijde van het maken van de beschikking reeds ontbonden gemeenschap, vervolgens tijdens leven van de erflater is verdeeld en de erflater zich er bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap niet tegen heeft verzet dat het door hem gelegateerde goed aan zijn echtgenoot wordt toebedeeld.[45] Ik betwijfel of dat in algemene zin kan worden aangenomen. Het is immers de erflater zelf die in de hand heeft of het goed tot zijn nalatenschap zal behoren en die, als hij de legataris daadwerkelijk het gelegateerde goed (en niet enkel de waarde) zou willen verschaffen, van deze bedoeling bij de verdeling toch blijk zou mogen geven door zich tegen een toedeling aan zijn echtgenoot te verzetten.

Mocht, zoals Perrick aanneemt, op grond van lid 1 van art. 4:49 BW vastgesteld kunnen worden dat het legaat niet vervalt, dan zijn de erfgenamen ingevolge lid 2 verplicht de waarde uit te keren indien zij zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering kunnen verschaffen.

Breemhaar merkt in dit kader tot slot op dat art. 4:51 BW volgens de wettekst wel toepassing vindt indien de huwelijksgemeenschap na het maken van

43 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.17, p. 169 en Breemhaar 1992, nr. 181, p. 125-126.
44 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.17, p. 169.
45 Asser/Perrick 4 2013/246.

de beschikking en vóór het overlijden van de erflater wordt ontbonden en deze gemeenschap ten tijde van het overlijden nog niet is verdeeld.[46]

5.3.2.2 Art. 4:51 BW en de bijzondere gemeenschap

Er kan niet genoeg benadrukt worden dat art. 4:51 BW ziet op de situatie dat een legaat is gemaakt van een bepaald goed uit de *huwelijksgemeenschap* die door het overlijden van de erflater ontbonden wordt (art. 1:99 lid 1 sub a BW). In tegenstelling tot een eenvoudige gemeenschap behoren tot de huwelijksgemeenschap niet alleen baten maar ook lasten (schulden; zie art. 1:94 lid 5 BW en art. 3:192 BW). De *ontbonden* huwelijksgemeenschap vormt, net als de gemeenschap van een nalatenschap, een bijzondere gemeenschap ingevolge art. 3:189 lid 2 BW. (cursiveringen, GGBB)[47]

Op grond van art. 3:170 lid 3 BW geldt dat uitsluitend alle deelgenoten vóór de verdeling bevoegd zijn om een (gelegateerd) goed te leveren. Bij een door het overlijden van een in gemeenschap van goederen gehuwde erflater, zijn dit derhalve de andere echtgenoot en de erfgenamen van de overleden echtgenoot (waar uiteraard ook de andere echtgenoot toe kan behoren).

Een verdeling bij een bijzondere gemeenschap moet niet gecompliceerd worden door de mogelijkheid dat er allerlei andere en/of extra deelgenoten bij komen doordat bijvoorbeeld aandelen van een goed in de bijzondere gemeenschap door derden worden gekocht, waardoor binnen de nalatenschap tevens kleine gemeenschappen kunnen ontstaan. De eerder besproken artikelen 3:190 BW en 3:191 BW leggen daarom beperkingen op waardoor een deelgenoot niet zonder meer kan beschikken over zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk, dan wel over zijn aandeel in de gehele gemeenschap.

5.3.2.3 Art. 4:51 BW of art. 4:49 BW en de eenvoudige gemeenschap

Voor een eenvoudige gemeenschap geldt het streven naar afwikkeling en verdeling niet en dus ook niet de beperking met betrekking tot het beschikken over een aandeel in een goed: de deelgenoot kan vrij beschikken over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed (art. 3:175 BW).

Men kan bij een eenvoudige gemeenschap denken aan echtgenoten die gehuwd zijn buiten iedere gemeenschap van goederen en gezamenlijk een woonhuis in eigendom verkregen hebben. '*Tot het vermogen van ieder van de echtgenoten behoort dan de onverdeelde helft van het goed; daarover kan ieder van*

46 Breemhaar 1992, nr. 181, p. 125-126.

47 Bijzondere gemeenschappen dienen in de regel – in tegenstelling tot eenvoudige gemeenschappen – te worden afgewikkeld/verdeeld en niet in stand te blijven.

hen bij uiterste wil beschikken', zo valt te lezen bij Luijten & Meijer.[48] Een verdeling is dus niet nodig om te bepalen wat tot de nalatenschap behoort.

Perrick maakt nog een opmerking over de situatie dat de gelegateerde onverdeelde helft niet meer geleverd kan worden doordat de erfgenamen en andere deelgenoot (langstlevende echtgenoot) na het overlijden maar vóór de afgifte van het legaat het gemeenschappelijke goed aan de andere deelgenoot (langstlevende) toedelen, zodat de erfgenamen de tot de nalatenschap behorende onverdeelde helft niet meer aan de legataris kunnen afgeven. In deze situatie zouden, zijns inziens, de erfgenamen tot schadevergoeding aan de legataris verplicht zijn. Zij schieten dan jegens de legataris tekort (art. 6:74 BW), aldus Perrick, en hij vervolgt: '*[w]anneer de mededeelgenoten van het legaat kennis droegen, handelen zij onrechtmatig jegens de legataris.*'[49] Hier is geen sprake van art. 4:49 BW want de gelegateerde onverdeelde helft behoorde bij het openvallen gewoon tot de nalatenschap.

Is door de erflater een *geheel* goed uit een eenvoudige gemeenschap gelegateerd, dan zal art. 4:49 BW weer wel en niet art. 4:51 BW de weg moeten wijzen indien het goed aan de andere deelgenoot wordt toegedeeld (cursivering, GGBB). Van der Burght & Ebben passen art. 4:51 BW analoog toe.[50] Dit ligt echter niet voor de hand nu lid 2 van art. 4:51 BW de werking uitsluit voor de huwelijksgemeenschap die tijdens het maken van de beschikking was ontbonden, laat staan voor een eenvoudige gemeenschap.[51] Zoals Van Mourik schrijft is er bij een legaat uit een eenvoudige gemeenschap sprake van dat de onverdeelde helft die tot de nalatenschap behoort in ieder geval aan de legataris geleverd moet worden. Dit levert geen goederenrechtelijke problemen op. Voor de andere onverdeelde helft geldt dat deze niet tot de nalatenschap behoort (zodat art. 4:49 BW moet worden toegepast) en de erfgenamen, indien het legaat niet vervalt omdat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild, met de andere deelgeno(o)t(en) moeten proberen overeen te komen dat zij deze andere helft toegedeeld krijgen (waarbij de andere deelgeno(o)t(en) hiervoor moet(en) worden betaald) en als dat laatste niet lukt, dat dan de legataris de waarde van de andere helft vergoed krijgt (art. 4:49 lid 2 BW).[52]

5.3.2.4 Art. 4:51 BW en de langstlevende als enig erfgenaam

Tot slot van deze paragraaf zij opgemerkt dat op grond van de tweede zin van art. 4:51 lid 1 BW ook de echtgenoot die enig erfgenaam is, kan volstaan met de uitkering van de waarde van het gelegateerde goed en niet het goed

48 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 234.
49 Asser/Perrick 4 2013/249.
50 Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 243.
51 Zie Van Mourik 2005, p. 347-348, par. 4.3, die tegen de opvatting van Van der Burght & Ebben in gaat. Zie ook Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 243.
52 Van Mourik 2005, p. 347-348, par. 4.3.

in natura behoeft te leveren. Hetzelfde geldt voor de erfgenamen van de echtgenoot/enig erfgenaam indien de echtgenoot voor de uitkering onverhoopt komt te overlijden. Deze door de wetgever gewenste uitkomst volgt overigens niet reeds uit de eerste zin van lid 1 van art. 4:51 BW aangezien er bij het enig erfgenaamschap van de echtgenoot van de erflater geen sprake van is dat het goed aan de langstlevende echtgenoot kan worden toegedeeld omdat de huwelijksgoederengemeenschap niet verdeeld hoeft te worden.

Hoewel de echtgenoot/enig erfgenaam volledig beschikkingsbevoegd is over het gelegateerde goed en deze echtgenoot (zeker na zuivere aanvaarding, waarbij het eigen vermogen van de echtgenoot ook verhaalsmogelijkheden voor de legataris biedt) de verplichting op zich heeft genomen om als erfgenaam dat goed aan de legataris te leveren, acht de wetgever het desalniettemin redelijk dat de overlevende echtgenoot met de uitkering van de waarde kan volstaan ingevolge de tweede volzin van art. 4:51 lid 1 BW.[53] Met deze wetsbepaling wordt gebroken met de rechtspraak onder het oude recht, te weten het Ortgies-Kaat-arrest zoals dat is besproken in par. 3.4.2.1.[54]

Luijten en Meijer achten deze keuze van de wetgever volstrekt onduidelijk en merken op dat het kennelijk niet meer van belang is of de langstlevende echtgenoot/enig erfgenaam zuiver aanvaard heeft.[55]

Breemhaar merkt echter op dat, ook al kan de echtgenoot/enig erfgenaam het gelegateerde goed zonder problemen leveren en ook al heeft de echtgenoot door niet te verwerpen de verbintenis uit het legaat als het ware op zich genomen, de wetgever er rekening mee houdt dat de echtgenoot uit tweeërlei hoofde tot het goed gerechtigd is.[56] De echtgenoot is inderdaad per saldo tot het geheel (en daarmee tot een gemeenschapsgoed) gerechtigd krachtens het huwelijksvermogens- én het erfrecht. Kraan acht het dan ook verdedigbaar dat de wetgever aan de gerechtigdheid krachtens het huwelijksvermogensrecht de voorrang geeft.[57] F.W.J.M. Schols concludeert op grond hiervan dat men met recht kan betogen dat *'(…) een in gemeenschap van goederen gehuwde erflater bij een legaat van een goed altijd het "gevaar" loopt dat de langstlevende, die enig erfgenaam is van de erflater, de legaten omzet in geldlegaten.'*[58] In het verlengde hiervan ligt de voor de praktijk relevante vraag of de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot ook met uitkering van de waarde van het gelegateerde kan volstaan als geen sprake is van een enig erfgenaamschap maar van een wettelijke verdeling op grond waarvan de echtgenoot van rechtswege alle goederen van de nalatenschap verkrijgt (art. 4:13 lid 2 BW). Luijten en Meijer beantwoorden deze vraag, als consequentie van de door hen

53 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 299 en zie tevens Breemhaar 1992, nr. 180, p. 125.
54 HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 260 en zie Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 231.
55 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 231.
56 Breemhaar 1992, nr. 180, p. 125.
57 Kraan 2005, p. 354.
58 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.17, p. 168.

bekritiseerde tweede zin van art. 4:51 lid 1 BW over het enig erfgenaamschap van de echtgenoot, bevestigend.[59]

Kraan volgt hen hierin maar met een andere motivering, ik citeer Kraan: '*De wettelijke verdeling kunnen wij wat dit aspect betreft gelijkstellen aan een verdeling die door de erfgenamen tot stand is gebracht. Als bij die verdeling een gelegateerd goed aan de echtgenoot wordt toebedeeld is deze blijkens de eerste zin niet gehouden het legaat af te geven, al kunnen de erfgenamen bij de verdeling ook anders afspreken. De moeilijkheid bij de wettelijke verdeling is dat een afspraak niet mogelijk is. Het is goed verdedigbaar om de echtgenoot dan de keus te geven om het legaat in natura of in waarde af te geven.*'[60]

Ik denk dat Kraan gelijk heeft al volg ik hem niet in zijn vervolgstap, ik citeer hem wederom: '*Dit geldt echter alleen als het legaat ten laste van alle erfgenamen is gemaakt. Is het legaat alleen ten laste van de langstlevende echtgenoot gemaakt, dan moet deze het legaat afgeven. Een bepaling in die zin ligt, als de wettelijke verdeling niet wordt uitgesloten, voor de hand.*'[61] Hoewel deze door Kraan bepleite beperking (in zijn woorden) voor de hand lijkt te liggen, zie ik niet in waarom een echtgenoot die enig erfgenaam is (en het legaat dus ook geheel ten laste van deze echtgenoot komt), kan volstaan met uitkering van de waarde, en de echtgenoot die alles ingevolge de wettelijke verdeling van rechtswege krijgt toegedeeld maar ten laste van wie een legaat is gemaakt, wel het legaat moet afgeven. Het lijkt alsof Kraan de beschikking van de erflater wil uitleggen en aan het ten laste van de echtgenoot (en dus niet ten laste van de kinderen) opleggen van het legaat de consequentie verbindt dat deze echtgenoot het legaat dan ook moet uitkeren. Dit past echter naar mijn mening niet in de bedoeling van art. 4:51 BW, welk artikel juist een regeling geeft over de werking van het legaat van een huwelijksgemeenschapsgoed, welke werking enkel afhangt van de verdeling van de huwelijksgemeenschap en ongeacht de uitleg van de wil van de erflater. In dit kader zij opgemerkt dat art. 4:51 BW geacht moet worden van dwingend recht te zijn nu de wettekst niet de mogelijkheid vermeldt dat de erflater anders kan beschikken.[62]

5.3.3 Legaat van huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot (I)

Is artikel 4:51 BW van toepassing als de erflater een goed uit de huwelijksgemeenschap heeft gelegateerd aan de andere echtgenoot?

Luijten en Meijer menen van niet nu art. 4:51 BW '(…) *immers een uitvloeisel [is] van het gezamendehandse karakter van de huwelijksgemeenschap, dat eenzijdige beschikking van de erflater over een tot de gemeenschap behorend goed belet in dier*

59 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 231.
60 Kraan 2005, p. 354.
61 Kraan 2005, p. 354.
62 Breemhaar 1992, nr. 183, p. 126.

voege, dat wordt verhinderd, dat deze beschikking – mede – de langstlevende zou binden en in zoverre te zijnen laste zou komen, ook als hij tevens erfgenaam is.'[63]

Als ik het goed begrijp komt hun betoog er verder op neer dat er ook geen behoefte aan art. 4:51 BW zou zijn omdat de erfgenamen zich niet tegen een legaat aan de langstlevende mogen en kunnen verzetten en de langstlevende, ongeacht hoe de verdeling zal worden voltrokken, steeds de gelegateerde zaak zal verkrijgen.[64]

Ook Perrick meent dat art. 4:51 BW bij een legaat van een huwelijksgemeenschapsgoed niet toegepast dient te worden. Perrick schrijft: '*Het gelegateerde behoort niet tot hetgeen tussen de deelgenoten in de ontbonden huwelijksgemeenschap, de langstlevende echtgenoot en de erfgenamen van de overleden echtgenoot, verdeeld moet worden. Het legaat moet vóór de verdeling worden afgegeven. De echtgenoot verkrijgt het gehele gelegateerde goed als legataris dus ten laste van de nalatenschap, ook al was hij krachtens huwelijksgoederenrecht reeds voor de helft daarin gerechtigd. Hof Amsterdam 2 november 1978 in de procedure beëindigd door HR 23 april 1980, NJ 1980, 587, BNB 1980, 17 "dat indien door een erflater bij uiterste wil legaten zijn besproken, ervan moet worden uitgegaan, tenzij uit het testament in andere zin blijkt, dat de erflater heeft beoogd het besproken goed te vermaken ten gunste van de legataris en ten laste van de nalatenschap."*'[65]

De redenering van Perrick – en in het bijzonder de constatering dat het legaat vóór de verdeling moet worden afgegeven – kan mij niet overtuigen. Naar mijn mening zal de huwelijksgemeenschap wel eerst verdeeld moeten worden, zodat duidelijk wordt waaruit de nalatenschap bestaat, en kan vervolgens aan de hand van art. 4:51 BW bepaald worden op welke wijze het legaat effect sorteert. Om dit toe te lichten maak ik allereerst een uitstapje naar een (ogenschijnlijk geheel) ander vraagpunt: kan een legataris zich verhalen op de gehele ontbonden huwelijksgoederengemeenschap?

5.3.4 De legataris en verhaal op de ontbonden huwelijksgemeenschap

Door het overlijden van de in gemeenschap van goederen gehuwde erflater is sprake van een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap (art. 1:99 lid 1 sub a BW) waartoe voor de ene helft de andere echtgenoot en voor de andere helft de erfgenamen van de overleden echtgenoot gerechtigd zijn (vgl. art. 1:100 lid 1 BW). Deze laatste helft van de huwelijksgoederengemeenschap vormt tezamen met buiten de gemeenschap vallende goederen en schulden van de erflater de nalatenschap van de erflater. Met andere woorden: tot de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap behoort voor de helft de (gemeenschap van een) nalatenschap.

63 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 231.
64 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 231.
65 Asser/Perrick 4 2013/248.

De echtgenoot enerzijds en de gezamenlijke erfgenamen (waar de echtgenoot ook toe kan behoren) anderzijds zijn ieder voor de helft gerechtigd tot de ontbonden huwelijksgemeenschap (zie ook: art. 3:198 lid 2 jo. 3:166 lid 2 BW). Als de erflater meer erfgenamen heeft, is nu sprake van een gemeenschap (van een nalatenschap) binnen een gemeenschap (de huwelijksgemeenschap) of zoals Kolkman het verwoordt: '*De nalatenschap vormt een subgemeenschap met eigen regels.*'[66]

Wat is nu de positie van de legataris: kan hij zich verhalen op de gehele ontbonden huwelijksgoederengemeenschap waar slechts de helft de nalatenschap van vormt?

Perrick verdedigt dat alle (in art. 4:7 lid 1 BW vermelde) schulden van de nalatenschap tot de schulden van de ontbonden huwelijksgemeenschap behoren. Een schuldeiser van de nalatenschap kan zich volgens Perrick dan ook voor zijn vordering op grond van art. 3:192 BW op de gemeenschap verhalen.[67] Deze opvatting deel ik niet ten volle omdat ik er niet van overtuigd ben dat een nalatenschapsschuld zoals bijvoorbeeld de schuld uit legaat een schuld is die behoort tot de (ontbonden huwelijks)gemeenschap in de zin van art. 3:192 BW met de op grond van dat artikel bijbehorende verhaalsmogelijkheden op de gehele (ontbonden huwelijks)gemeenschap.

Anders dan Perrick meent Clausing dat de legataris geen schuldenaar van de ontbonden huwelijksgemeenschap is en dat op grond van art. 3:192 BW geen enkel verhaal op de ontbonden huwelijksgemeenschap mogelijk is. Clausing schrijft onder meer: '*De langstlevende echtgenoot (die mogelijk als erfgenaam is uitgesloten) zal niet behoeven te dulden dat schulden die louter het karakter van een schuld van de nalatenschap bezitten, verhaald worden op goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap waarvan hij deelgenoot is.*'[68] Ook deze opvatting onderschrijf ik niet volledig omdat het, zoals ik hierna zal trachten te onderbouwen, mij niet noodzakelijk lijkt om als schuldeiser in de zin van art. 3:192 BW van de ontbonden huwelijksgemeenschap te moeten worden aangemerkt om alsnog verhaalsmogelijkheden te hebben op de onverdeelde helft van de goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap, mits de schuldeiser kan worden aangemerkt als schuldeiser van de nalatenschap, de 'subgemeenschap' (art. 4:7 lid 1 BW en art. 4:184 lid 1 BW).[69]

De schuld van de legataris vormt, indien deze op een of meer erfgenamen rust, een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub h BW), zodat de legataris

66 Kolkman 2006, nr. 2.6.4.2, p. 252.

67 Asser/Perrick 4 2013/244 en Perrick 2001b, p. 878-880, par. 9.

68 Clausing 2001, p. 785

69 Vgl. Van Es met betrekking tot de mogelijkheden van verhaal van nalatenschapsschuldeisers ingevolge art. 4:14 lid 2 BW op een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap die niet verdeeld hoeft te worden omdat de wettelijke verdeling van toepassing is; Van Es 2009a, nr. 14, p. 27-28.

zich kan verhalen op de goederen van de nalatenschap (art. 4:184 lid 1 BW). Het probleem is nu dat de nalatenschap – in de woorden van Kolkman – is ingekapseld in de ontbonden huwelijksgemeenschap.[70] Dit zou geen problemen opleveren indien de schuld van de nalatenschap tevens een schuld van de ontbonden huwelijksgemeenschap zou zijn. Maar is dat ook zo?

5.3.4.1 Behoren de reeds bestaande schulden van de erflater tot de ontbonden huwelijksgemeenschap?

Art. 3:192 lid 1 BW bepaalt: '*Tot de gemeenschap behorende schulden kunnen op de goederen van de gemeenschap worden verhaald.*' Behoren de schulden van de nalatenschap tot de ontbonden huwelijksgemeenschap? Voor de beantwoording van deze vraag dient men een onderscheid te maken tussen de schulden van de nalatenschap die al tijdens het leven van de erflater bestonden (te weten: de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan zoals vermeld in art. 4:7 lid 1 sub a en sub i BW) en de schulden die na het overlijden van de erflater zijn ontstaan (te weten: de overige in art. 4:7 lid 1 BW vermelde schulden zoals de kosten van de lijkbezorging, van executele, van vereffening maar ook de schulden uit legaat).

Waarom is dit onderscheid van belang? Indien de erflater tijdens het leven schulden heeft, zullen deze in de gemeenschap van goederen vallen, behalve als het schulden zijn betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen (art. 1:94 lid 5 sub a BW). Bij de uitgezonderde goederen moet men bijvoorbeeld denken aan goederen die onder uitsluitingsclausule zijn geërfd (art. 1:94 lid 2 sub a BW). De tijdens leven door de erflater gemaakte schulden die in de gemeenschap van goederen zijn gevallen en verhaalbaar zijn op de gemeenschap, zullen bij het overlijden van de erflater tevens schulden van de nalatenschap zijn in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a of i BW. Verhaal op de gehele ontbonden huwelijksgemeenschap is dan echter, los van de kwalificatie als schuld van de nalatenschap en de verhaalsmogelijkheid van art. 4:184 lid 1 BW, mogelijk ingevolge art. 3:192 BW. Van Es spreekt over de 'absolute' voorrang van schulden die verhaald konden worden op de huwelijksgoederengemeenschap.[71] Men leze ook art. 1:100 lid 2 BW: '*Zij die bij de ontbinding van de gemeenschap schuldeiser zijn, behouden het hun toekomende recht van verhaal op de goederen der gemeenschap, zolang deze niet verdeeld zijn.*' En daarmee in samenhang, leze men art. 1:96 lid 1 BW dan voor de ontbonden maar nog niet verdeelde huwelijksgemeenschap: '*Voor een schuld van een echtgenoot kunnen, ongeacht of deze in de gemeenschap is gevallen, zowel de goederen der gemeenschap als zijn eigen goederen worden uitgewonnen.*'

70 Zie Kolkman 2006, nr. 2.6.4.2, p. 250-251.
71 Van Es 2008, p. 898, par. 4.

5.3.4.2 Behoren de na het overlijden van de erflater ontstane schulden van de nalatenschap tot de ontbonden huwelijksgemeenschap?

Voor de andere schulden van de nalatenschap, die dus nog niet bestonden op het ogenblik van het ontbinden van de huwelijksgemeenschap (het overlijden van de erflater), zoals de schuld uit legaat, geldt dat dit niet een schuld is die tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behoort met bijbehorende verhaalsmogelijkheden op de gehele ontbonden huwelijksgemeenschap.[72] Dat deze schuld uit legaat weliswaar verhaalbaar is op de (gemeenschap van een) nalatenschap, die onderdeel vormt van de huwelijksgemeenschap, ingevolge art. 4:184 lid 1 BW maakt nog niet dat men het meerdere ook kan, te weten: verhaal op de gehele ontbonden huwelijksgemeenschap.

Ik deel dan ook niet de opvatting van Perrick dat alle schulden van de nalatenschap behoren tot de schulden van de ontbonden huwelijksgemeenschap.[73] Om Kolkman, met instemming, te citeren: '*Voor andere nalatenschapsschuldeisers dan die van sub a en sub i staat de weg naar de gehele huwelijksgemeenschap niet open, doch slechts die naar de daarin ingekapselde nalatenschap. Deze schuldeisers zijn privéschuldeisers van de deelgenoten in de huwelijksgemeenschap, waar het uitwinning betreft van het andere dan het nalatenschapsdeel.*'[74]

Eigenlijk komt het op de volgende vraag neer: staat de mogelijkheid van verhaal op de ontbonden huwelijksgemeenschap ook open voor een schuldeiser wiens schuld niet kan worden aangemerkt als een tot die gemeenschap behorende schuld (vgl. art. 3:192 BW), maar de schuld wel kan worden aangemerkt als een schuld van de 'subgemeenschap' (de nalatenschap), welke 'subgemeenschap' onderdeel uitmaakt van de ontbonden huwelijksgemeenschap?

5.3.4.3 Conclusie verhaal legataris en andere schuldeisers van de nalatenschap op de ontbonden huwelijksgemeenschap

Ik kom tot de conclusie dat de legataris (als een andere nalatenschapsschuldeiser dan die van sub a en sub i van art. 4:7 lid 1 BW) geen schuldeiser van de gehele ontbonden huwelijksgemeenschap is, maar dat er desondanks wel verhaalsmogelijkheden voor hem bestaan op de nog niet verdeelde ontbonden huwelijksgemeenschap. Per saldo kom ik dan toch bij hetzelfde eindresultaat

72 In die zin ook Kolkman 2006, nr. 2.6.4.2, p. 250-252.

73 Zie voor de m.i. onterechte opvatting van Perrick: Asser/Perrick 4 2013/244 en Perrick 2001b, p. 878-880, par. 9.

74 Kolkman 2006, nr. 2.6.4.2, p. 250-251. Voor deze door Kolkman genoemde 'privéschuldeisers van de deelgenoten' gelden – naar ik meen – bij het verhaal op het andere deel dan het nalatenschapsdeel van de ontbonden huwelijksgemeenschap de beperkingen van uitwinning ingevolge art. 3:190 en 3:191 BW, zoals deze beperkingen ook gelden voor de beschikking door de deelgenoten over de gemeenschap(goederen). Zie ook Van Mourik 2013a, nr. 11, p. 26.

van Perrick als hij schrijft: '(…) *De door Clausing gemaakte opmerking dat de langstlevende echtgenoot niet zal behoeven te dulden dat de bovenvermelde schulden van de nalatenschap op de ontbonden huwelijksgemeenschap worden verhaald, geeft mij wel aanleiding hier nog de vraag te stellen of de langstlevende echtgenoot tegen dit verhaal wel bezwaar kan maken voor zover de helft van de waarde van de goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap na aftrek van de schulden die in de huwelijksgemeenschap zijn gevallen, niet voldoende is om daaruit alle schulden van de nalatenschap te voldoen. (…) De schuldeisers van de nalatenschap kunnen zich naar mijn mening slechts verhalen op de huwelijksgemeenschap voor zover de helft van de waarde van de goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap na aftrek van de schulden die in de huwelijksgemeenschap zijn gevallen, daartoe voldoende is. Is die waarde onvoldoende, dan dient de rangorde die artikel 4.1.3e lid 2* (art. 4:7 lid 2 BW; GGBB), *(…), geeft, in acht te worden genomen.*'[75]

Waar Perrick met een vol glas begint en ik met een leeg glas, komen wij allebei bij een halfvol dan wel halfleeg glas uit. Ook Kolkman acht het mogelijk dat de nalatenschapsschuldeisers zich kunnen verhalen op de onverdeelde huwelijksgemeenschap voor zover de waarde van de nalatenschap dat toelaat. Deze kunnen zich immers verhalen op de nalatenschap en dit wordt niet anders als de nalatenschap deel uitmaakt van een andere bijzondere gemeenschap, zij het dat het aandeel van de goederen waarop verhaal genomen kan worden dan slinkt.[76] Deze waarde is dan ook het uitgangspunt voor het antwoord op de vraag of een legaat overeenkomstig art. 4:120 BW verminderd moet worden nadat de overige schuldeisers van art. 4:7 lid 1 BW uit die waarde zijn voldaan.[77] De uitkomst van de verdeling hoeft dus niet te worden afgewacht.

Voor de nalatenschapsschuldeisers die zich voorheen niet op de gehele ontbonden huwelijksgemeenschap konden verhalen, geldt dat deze, voor zover de waarde van de nalatenschap het niet meer toelaat, de gemeenschap als privé-vermogen van de echtgenoot moeten beschouwen waarvoor de rangorde van art. 4:7 lid 2 BW niet geldt. Hierop is slechts verhaal mogelijk met inachtneming van de artikelen 3:190 en 3:191 BW, mits en voor zover de schuld op de langstlevende echtgenoot als erfgenaam rust en deze de nalatenschap zuiver aanvaardt (zie art. 4:184 lid 2 onder a BW en bij toepassing van de wettelijke verdeling de aansprakelijkheid voor het geheel op grond van art. 4:14 lid 1 BW).

Voor de privé-schuldeiser van de andere echtgenoot, wiens vordering na het overlijden van de erflater is ontstaan, geldt dan dat deze rang neemt na de nalatenschapsschuldeiser ten aanzien van de halve waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap (het nalatenschapsdeel), berekend na aftrek van de schulden die op de huwelijksgemeenschap verhaald konden worden. Ten

75 Perrick 2001a, p. 786. Vgl. ook Asser/Perrick 4 2013/499.
76 Kolkman 2006, nr. 2.6.4.3, p. 253.
77 Vgl. Asser/Perrick 4 2013/244 en 499.

aanzien van de andere helft van de waarde komen de genoemde nalatenschaps- en privé-schuldeisers pondspondsgewijs op, nadat ook hier de schulden die op de huwelijksgemeenschap verhaald konden worden, zijn afgetrokken.[78]

Terecht merkt Perrick op dat als uitsluitend de schulden van art. 4:7 lid 1 sub a BW op de ontbonden huwelijksgemeenschap zouden mogen worden verhaald, omdat deze schulden reeds vóór de ontbinding van de gemeenschap al tot de (huwelijks)gemeenschap behoorden, daarmee de rangorde van art. 4:7 lid 2 BW zou worden doorbroken indien de schulden van de nalatenschap groter zijn dan de waarde van de goederen van de nalatenschap.[79]

Hoewel voor bijvoorbeeld de legataris verhaal op de ontbonden huwelijksgemeenschap dus mogelijk is voor de waarde van de nalatenschap en met inachtneming van de rangorde van art. 4:7 lid 2 BW, zal pas – als er een bepaald huwelijksgemeenschapsgoed is gelegateerd – na verdeling duidelijk worden waar de legataris recht op heeft, gezien art. 4:51 BW. Dit heeft ook voor de uitwinning gevolgen: nu met de uitkomst van de verdeling rekening moet worden gehouden (moet het gelegateerde goed of de waarde worden geleverd/uitgekeerd?), zal een eventueel conservatoir beslag dus voorwaardelijk zijn. In de woorden van Perrick: een voorwaardelijk conservatoir beslag tot levering dat tevens een subsidiair voorwaardelijk conservatoir beslag ter verzekering van de vordering van de legataris tot uitkering van de waarde van het goed is.[80] Indien de erflater overigens een aan hem toebehorend goed heeft gelegateerd, en dit goed niet tot de gemeenschap behoorde waarin hij gehuwd was, zal de verdeling niet afgewacht hoeven te worden (het goed behoort immers niet tot de ontbonden huwelijksgemeenschap) om het goed door de erfgenamen af te doen geven aan de legataris en zal verhaal mogelijk moeten zijn op de nalatenschap, waarbij dus de helft van de waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap mijns inziens tevens tot verhaalsobject dient naast het buiten de gemeenschap nagelaten vermogen.

5.3.5 Legaat van huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot (II)

5.3.5.1 Legaat huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot: art. 4:51 BW?

Keren we terug naar de opvatting van Perrick die meent dat art. 4:51 BW bij een legaat van een huwelijksgemeenschapsgoed aan de andere echtgenoot niet toegepast dient te worden omdat het gelegateerde 'vóór de verdeling' moet worden afgegeven gezien het feit dat het gelegateerde volgens Perrick niet behoort tot: '(…) *hetgeen tussen de deelgenoten in de ontbonden huwelijks-*

78 Vgl. Van Es 2008, p. 898, par. 3.
79 Perrick 2001a, p. 786.
80 Asser/Perrick 4 2013/244.

gemeenschap, de langstlevende echtgenoot en de erfgenamen van de overleden echtgenoot, verdeeld moet worden.'[81]

De constatering van Perrick dat het legaat vóór de verdeling moet worden afgegeven, onderschrijf ik niet in het geval een huwelijksgoed wordt gelegateerd, ongeacht of de legataris de echtgenoot is dan wel een derde. Pas na verdeling van de huwelijksgemeenschap is duidelijk waaruit de nalatenschap bestaat. Van Mourik schrijft hierover: '*Eerst de verdeling van de huwelijksgemeenschap bepaalt wat tot de nalatenschap gerekend mag worden. Tevoren zijn de erfgenamen derhalve tezamen slechts gerechtigd tot een aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap zonder dat vaststaat wat daartoe precies behoort. Beschikking over (een aandeel in) een bepaald tot de nalatenschap goed kan derhalve in beginsel eerst aan de orde zijn na de verdeling van de huwelijksgemeenschap.'*[82] De verdeling bepaalt of het gelegateerde goed aan de erfgenamen of aan de andere echtgenoot is toegedeeld en of de erfgenamen vervolgens op grond van art. 4:51 BW het gelegateerde goed dienen te leveren of kunnen volstaan met uitkering van de waarde aan de legataris. Ik zie niet in waarom het bij een legaat aan de echtgenoot anders is.

De opvatting van Perrick impliceert dat voor de verdeling alle deelgenoten (erfgenamen en de andere echtgenoot) meewerken aan de afgifte van het legaat omdat zij slechts gezamenlijk beschikkingsbevoegd zijn op grond van art. 3:170 lid 3 BW. Nu het legaat geen schuld van de ontbonden huwelijksgemeenschap is, maar enkel van de daarin ingekapselde nalatenschap, zo betoog ik, zie ik geen verplichting voor de andere echtgenoot – die op grond van het huwelijksvermogensrecht gerechtigd is tot de gemeenschap – om aan de afgifte van het legaat en de voldoening van andere nalatenschapsschulden die ook niet als schulden van de ontbonden huwelijksgemeenschap gelden mee te werken. Het gelegateerde goed behoort dus wel degelijk tot hetgeen verdeeld moet worden.

Indien het legaat van het huwelijksgemeenschapsgoed ten voordele van de echtgenoot is gemaakt, maakt dit hem als deelgenoot van de ontbonden huwelijksgemeenschap op grond van het huwelijksvermogensrecht nog (steeds) geen schuldenaar. Art. 4:51 BW dient dus mijns inziens bij een legaat aan de echtgenoot te worden toegepast net zoals bij een legaat aan een derde.[83] Van der Burght en Ebben wijzen er terecht op dat als dit anders zou zijn de echtgenoot er belang bij zou hebben '*(…) dat het hem gelegateerde goed aan de erfgenamen zou worden toegedeeld. Dezen zijn dan immers verplicht het goed uit te keren.'*[84]

---

81 Asser/Perrick 4 2013/248.

82 Van Mourik 2001, nr. 12, p. 23. Zie ook Van Mourik 2013a, nr. 43.2, p. 93.

83 Zo ook (o.a.) Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 241 en Handboek Erfrecht 2011, VII.2.17, p. 169.

84 Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 241.

5.3.5.2 Legaat huwelijksgemeenschapsgoed aan andere echtgenoot en bevoordeling

De erflater zal in de regel de bedoeling hebben de echtgenoot uit zijn nalatenschap te bevoordelen met (de waarde van) het goed bovenop het deel van de ontbonden huwelijksgemeenschap waartoe de echtgenoot krachtens het huwelijksvermogensrecht gerechtigd is.[85] Het legaat komt immers naar zijn aard geheel ten laste van de nalatenschap, dus een erflater zal in de uiterste wil moeten aangeven als hij hier van wenst af te wijken.[86] Zo zou uit de uiterste wil kunnen blijken dat de erflater wenst dat het legaat voor de helft voor rekening van de echtgenoot dient te komen en enkel de andere helft ten laste van de nalatenschap komt, bijvoorbeeld doordat de erflater aan de legataris de verplichting oplegt om de halve waarde in te brengen of doordat de erflater de onverdeelde helft in dit goed aan de echtgenoot legateert.[87]

In het eerste geval (legaat tegen inbreng van de halve waarde) dienen de erfgenamen – indien het gelegateerde bij verdeling van de huwelijksgemeenschap aan de andere echtgenoot is toebedeeld – op grond van art. 4:51 lid 1 BW aan de echtgenoot de waarde van de onverdeelde helft van het gelegateerde goed uit te keren. Indien het goed echter in het eerste geval aan de erfgenamen is toegedeeld, dienen de erfgenamen op grond van art. 4:51 lid 1 BW het goed af te geven en dient de echtgenoot de helft van de waarde in te brengen.

In het tweede geval (legaat onverdeelde helft) geldt dat het gelegateerde goed, gezien ook art. 3:166 lid 3 BW, sowieso in zijn geheel bij de langstlevende terechtkomt, bijvoorbeeld doordat de ontbonden huwelijksgemeenschap partieel wordt verdeeld en het gelegateerde goed niet bij de verdeling wordt betrokken en de onverdeelde helft vervolgens aan de echtgenoot wordt afgegeven krachtens legaat. Er staat dan namelijk niets aan de erfgenamen in de weg om de onverdeelde helft aan de echtgenoot te leveren, al dan niet ingevolge overeenkomstige toepassing van art. 4:51 lid 1 BW. Art. 4:51 BW is naar de letter echter niet toepasbaar omdat er dan met betrekking tot het gelegateerde goed geen verdeling heeft plaatsgevonden.[88] Indien het goed bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap direct al aan de echtgenoot wordt toebedeeld, dan dienen de erfgenamen volgens art. 4:51 BW de waarde van de onverdeelde helft uit te keren aan de echtgenoot. Deze uitkomst is niet anders dan ingeval de onverdeelde helft niet aan de echtgenoot maar aan een derde was gelegateerd.

85 Vgl. Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 241.

86 Zie HR 23 april 1980, *NJ* 1980, 587; *BNB* 1980/173; alsmede Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 241, Handboek Erfrecht 2011, VII.2.17, p. 169 en Asser/Perrick 4 2013/248.

87 Zie de annotatie van J.P. Scheltens onder HR 23 april 1980, *BNB* 1980/173 en Asser/Perrick 4 2013/248.

88 Vgl. Breemhaar 1992, nr. 183, p. 126.

Kortom: toepassing van art. 4:51 BW op een legaat van een huwelijksgemeenschapsgoed aan de echtgenoot leidt in principe tot bevoordeling van de echtgenoot met (de waarde van) het goed, en mocht de erflater dit niet wensen dan kan hij dit in het testament aangeven door bijvoorbeeld een legaat tegen inbreng van de waarde te maken. Deze uitkomst is mijns inziens redelijk en ligt in lijn met de uit de rechtspraak volgende algemene rechtsregel dat een legaat in zijn geheel ten laste van de nalatenschap komt, ook als er sprake is van een gemeenschapsgoed dat aan de echtgenoot is gemaakt.[89]

Perrick komt per saldo tot hetzelfde resultaat, echter niet via de weg van art. 4:51 BW, maar via het legaat dat vóór de verdeling aan de echtgenoot moet worden afgegeven, zodat de echtgenoot het gehele gelegateerde goed als legataris dus ten laste van de nalatenschap verkrijgt, ook al was hij krachtens huwelijksgoederenrecht reeds voor de helft daarin gerechtigd.[90] Perrick schrijft voorts: '*De erflater, die wil bereiken dat zijn echtgenoot een bepaald goed van de huwelijksgemeenschap verkrijgt, doch zulks voor de helft voor rekening van zijn echtgenoot en voor de andere helft voor rekening van zijn erfgenamen is, dient aan zijn echtgenoot zijn onverdeelde helft in dit goed te legateren.*'[91] Zoals eerder uiteengezet, acht ik de visie van Perrick niet overtuigend, temeer daar bovendien bij een gelegateerde onverdeelde helft van een goed de vraag kan worden gesteld of er dan wordt beschikt over een aandeel in een goed, hetgeen op grond van art. 3:190 BW voor de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap in beginsel niet mogelijk is.[92] Een legaat van 'mijn aandeel' in enige bepaalde zaak van de gemeenschap is volgens Luijten en Meijer dan ook uit den boze.[93] Ik vraag mij dan ook af hoe Perrick het legaat van de onverdeelde helft van een ontbonden huwelijksgemeenschapsgoed verenigt met art. 3:190 BW, indien het gelegateerde vóór de verdeling moet worden afgegeven.

5.3.6 Het legaat van het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap?

De vraag resteert tot slot – mogelijk ook van belang in het kader van estate planning – of de erflater ook *zijn gehele aandeel in een ontbonden huwelijksgemeenschap* zou kunnen legateren, alsmede de vraag of art. 4:51 BW hier een rol speelt. Men komt hier eerst op de kwalificatie van de beschikking over het aandeel in een ontbonden huwelijksgemeenschap: is dit een legaat of een erfstelling?

89 Zie HR 23 april 1980, *BNB* 1980, 173 en de annotatie van J.P. Scheltens.
90 Asser/Perrick 4 2013/244.
91 Asser/Perrick 4 2013/244.
92 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 232.
93 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 232.

5.3.6.1 Beschikking over aandeel in ontbonden huwelijksgemeenschap: legaat of erfstelling?

Men kan van opvatting verschillen over de vraag of de beschikking over het aandeel in een ontbonden huwelijksgemeenschap een legaat of een erfstelling oplevert.

Perrick en Van der Burght & Ebben menen dat dan onder de benaming van een legaat sprake is van een erfstelling.[94] Van der Burght & Ebben lijken daarbij wel de eis te stellen dat de erflater naast zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap geen ander vermogen bezit.[95] Perrick stelt die eis niet want hij schrijft: '*Indien hij behalve dat aandeel enige goederen nalaat, die buiten de gemeenschap vallen, zijn deze goederen van die erfstelling uitgesloten, die dan volgens het erfrecht bij versterf vererven, (…).*'[96]

Men zou ook met recht kunnen betogen dat de beschikking over het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap een legaat oplevert.[97] Hierbij moet echter bedacht worden dat tot dat aandeel gemeenschapsschulden behoren die niet door de afgifte van het legaat onder bijzondere titel overgaan. De erfgenamen blijven op grond van art. 4:182 lid 2 BW dus aansprakelijk. In de onderlinge verhouding zal de draagplicht dan bij de legataris dienen terecht te komen, waarover later meer.

Naar de letter van de wet is volgens mij geen sprake van een erfstelling krachtens uiterste wilsbeschikking nu het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap niet de gehele nalatenschap of een aandeel in de gehele nalatenschap betreft, omdat een erfdeel ook een aandeel in de buiten de gemeenschap vallende rechten en verplichtingen zou dienen te omvatten (zie ook: art. 4:115 BW). Ik zou dan ook willen verdedigen dat als de erflater in zijn testament enkel opneemt dat zijn aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap wordt gelegateerd, daadwerkelijk sprake is van een legaat.

Ook Luijten en Meijer gaan er vanuit dat sprake is van een legaat.[98] Zij merken namelijk op dat het mogelijk is het gehele aandeel in een ontbonden huwelijksgemeenschap te legateren omdat volgens art. 3:191 BW voor een dergelijke beschikking geen toestemming van de andere deelgenoten nodig is.[99]

Hetgeen de erflater buiten de huwelijksgoederengemeenschap nalaat, zonder hieraan woorden te wijden in het testament, komt dan naar mijn mening toe aan zijn erfgenamen volgens de wet. Men zou ook kunnen verdedi-

94 Asser/Perrick 4 2013/249 en Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 241.
95 Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 241.
96 Asser/Perrick 4 2013/249.
97 Zie ook Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 235.
98 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 235.
99 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 235.

gen dat dit een legaat oplevert als de erflater in zijn testament wel expliciet 'de overige (buiten de gemeenschap van goederen vallende) goederen aan X had gelegateerd', omdat dan de voor de erfstelling noodzakelijke algemeenheid in deze beschikking ontbreekt.[100] Dat er wellicht door legaten amper of geen privé-vermogen door de erflater resteert voor de erfgenamen, omdat (het grootste deel van) de nalatenschap onder bijzondere titel naar de legataris overgaat, is op de aard van de beschikking volgens Luijten en Meijer niet van invloed.[101] Tevens merken zij op dat het niet: '*(…) van de in het testament gebezigde uitdrukking af[hangt] of van een erfstelling dan wel van een legaat sprake is, doch moet beslist worden naar de aard van de making, zoals zij door de erflater bedoeld en door de wet geduid wordt.*'[102]

De voor de kwalificatie van de beschikking eventueel noodzakelijke uitleg van de uiterste wilsbeschikking (en bedoeling van de erflater) brengt mij aan het twijfelen of daadwerkelijk in alle gevallen dat een aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap gelegateerd wordt, sprake is van een legaat. Wat te denken van de volgende beschikking: 'Ik benoem X tot mijn erfgenaam met uitzondering van de goederen die buiten mijn aandeel in de gemeenschap van goederen zijn gevallen', welke laatste goederen in het testament worden opgesomd? De uitleg van deze beschikking brengt mij ertoe een dergelijke beschikking, op grond waarvan X het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap zal toekomen, aan te merken als een erfstelling en de beschikking met betrekking tot de overige bepaalde goederen aan te merken als een 'stilzwijgend' legaat aan de erfgenamen bij versterf.[103]

Perrick meent echter dat *versterf*erfgenamen (cursivering, GGBB) in plaats van het verkrijgen van een geheel of evenredig deel van de nalatenschap, ook krachtens het erfrecht bij versterf slechts bepaalde goederen kunnen erven, indien de erflater iemand bij testament tot erfgenaam instelt en van deze erfstelling bepaalde goederen uitzondert.[104] De uitgezonderde bepaalde goederen zouden in deze redenering dan een erfstelling ten behoeve van de erfgenamen bij versterf opleveren.

Ik vind het in dit kader door Perrick gemaakte onderscheid tussen een erfgenaam krachtens uiterste wilsbeschikking en krachtens de wet gekunsteld overkomen. Het wettelijke systeem gaat er zowel bij de testamentaire als bij de versterferfgenaam vanuit dat de erfgenaam de erflater opvolgt in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap en van rechtswege schuldenaar wordt van de schulden van de erflater die niet met zijn dood teniet zijn gegaan (art. 4:182 lid 1 en 2 BW en zie art. 4:116 BW). In een 'erfopvolging volgens de wet' die enkel betrekking heeft op bepaalde goederen die

100 Vgl. ook Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 203.
101 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 203.
102 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 203.
103 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 203.
104 Asser/Perrick 4 2013/156. Zie ook Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 385.

van een erfstelling in het testament zijn uitgezonderd, ontbreekt dan het naar mijn mening noodzakelijke algemene karakter, in die zin dat er sprake dient te zijn van de verkrijging van een geheel of evenredig deel van de nalatenschap.

Indien het 'legaat' van het aandeel in de huwelijksgemeenschap, zoals Perrick en Van der Burght & Ebben (ingeval de erflater geen privé-vermogen nalaat) bepleiten, inderdaad een erfstelling oplevert, moge het duidelijk zijn dat art. 4:51 BW geen rol speelt. Art. 4:51 BW gaat immers over *een legaat* van een bepaald goed uit de huwelijksgemeenschap (cursivering, GGBB).

5.3.6.2 Beschikking over gehele ontbonden huwelijksgemeenschap: art. 4:51 BW en art. 4:49 BW?

In het verlengde van het hierboven opgemerkte, vraag ik mij af of Perrick en Van der Burght & Ebben de – theoretische – beschikking inhoudende dat de erflater niet zijn aandeel maar de *gehele* ontbonden huwelijksgemeenschap aan X vermaakt, ook als een erfstelling zouden willen aanmerken (cursivering, GGBB). In dat geval zal, zo meen ik, niet vol te houden zijn dat sprake is van (enkel) een erfstelling omdat X niet van rechtswege kan treden in rechten en verplichtingen die niet de erflater maar diens echtgenoot toebehoren (zie art. 4:182 BW).

Wellicht dat men dit als een erfstelling dan wel legaat aan X van het eigen aandeel van de ontbonden huwelijksgemeenschap kan zien gecombineerd met een legaat aan X van het aandeel van de andere echtgenoot. Dit laatste legaat van het aandeel van de andere echtgenoot in de huwelijksgemeenschap betreft dan een legaat van goederen die in zijn geheel niet tot de nalatenschap behoren. Het lijkt mij verdedigbaar dat art. 4:49 BW, ook al is geen sprake van het legaat van 'een bepaald goed', van (overeenkomstige) toepassing is. Dit levert mijns inziens op dat de erflater bewust goederen die niet tot zijn nalatenschap behoren heeft gelegateerd zodat het legaat van het aandeel van de andere echtgenoot in de ontbonden huwelijksgemeenschap ingevolge analoge toepassing van art. 4:49 lid 1 BW niet vervalt. Stel dat het legaat ten laste van de langstlevende is gemaakt, zou hij op grond van art. 4:49 lid 2 BW ook zijn aandeel moeten afstaan, nu het zich verschaffen daarvan voor hem geen grote opoffering oplevert. Hij doet er verstandig aan om in dit puur theoretische geval de nalatenschap beneficiair te aanvaarden, zodat niet zijn eigen vermogen dient als verhaalsobject voor deze schuld.

Men zou ook aansluiting kunnen zoeken bij overeenkomstige toepassing van art. 4:51 BW als men de beschikking over de gehele huwelijksgemeenschap ziet als één legaat van alle huwelijksgemeenschapsgoederen. Indien de langstlevende dan krachtens huwelijksvermogensrecht de helft van de huwelijksgemeenschap krijgt toegedeeld, zou de legataris van de erfgenamen de in de nalatenschap vallende andere helft van de gemeenschap kunnen opeisen,

alsmede de waarde van de andere helft van de huwelijksgemeenschap die aan de langstlevende is toegedeeld. Ook in dit geval zullen de erfgenamen door de beneficiaire aanvaarding moeten voorkomen dat men uit eigen vermogen moet bijdragen.

Hoewel men zich kan afvragen of dergelijke casus niet louter theoretisch zijn en de schrijver inmiddels elk contact met de realiteit lijkt te hebben verloren, acht ik de behandeling van dergelijke casus toch gerechtvaardigd omdat het legaat nu eenmaal kan verplichten tot allerlei prestaties waaronder het leveren van andermans goed. Dat een gelegateerd goed niet afkomstig is uit de nalatenschap doet, ik kan het niet vaak genoeg benadrukken, geen afbreuk aan de kwalificatie als legaat. Ik stip deze denkbeeldige exercities bovendien aan in het kader van de in het fiscale deel terugkomende vraag in hoeverre vermogen afkomstig van buiten de nalatenschap onder erfrechtelijke titel kan overgaan naar legatarissen (en hierover erfbelasting wordt geheven) en op deze manier de toekomstige nalatenschap van bijvoorbeeld de andere echtgenoot al wordt uitgehold, zodat het vermogen beter gespreid overgaat naar een volgende generatie.

5.3.6.3 Levering aandeel ontbonden huwelijksgemeenschap en art. 4:51 BW?

Ik keer terug naar het legaat van het *eigen aandeel* in de ontbonden huwelijksgemeenschap. Ingeval in navolging van Luijten & Meijer – en daar neig ik persoonlijk naar – de beschikking van de erflater dat 'hij zijn aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap aan X vermaakt', een legaat oplevert, dient men zich af te vragen hoe de levering van dit aandeel bewerkstelligd wordt. Dit leidt namelijk tot praktische problemen nu de legataris, als verkrijger onder bijzondere titel (zie ook art. 3:80 BW), niet op grond van art. 4:182 lid 2 BW aansprakelijk is voor de schulden van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap. Deze aansprakelijkheid komt van rechtswege bij de erfgenamen terecht. Luijten en Meijer zien de levering van het aandeel in een ontbonden bijzondere gemeenschap, zoals de levering van het gehele aandeel in een huwelijksgemeenschap of een maatschapsvermogen, wat de laatste betreft, als volgt: '*Levering van dit aandeel zal kunnen plaatsvinden doordat een onverdeeld aandeel in alle goederen [zal] worden geleverd, onder de voorwaarde dat ook de aandelen in de andere goederen worden geleverd. De schulden dienen naar evenredigheid door de legataris te worden gedragen; hij is evenwel als opvolger onder bijzondere titel nimmer aansprakelijk jegens de schuldeisers tot betaling van deze schulden. De legataris zal vervolgens moeten meewerken aan een verdeling met de andere deelgenoten in de ontbonden gemeenschap.*'[105] Men vergelijke de zogenoemde '*stipulationes partis et pro parte*' bij het Romeinsrechtelijke 'delingslegaat' ('*partitio*

105 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 235.

legata') op grond van welke mondelinge overeenkomsten bij een legaat van een evenredig deel van de nalatenschap, in de onderlinge verhouding tussen de erfgenaam en legataris werd verzekerd dat zij over en weer naar evenredigheid bijdragen in zowel de schulden als recht hebben op de baten (zie par. 2.3.6).

Tot slot resteert de vraag of art. 4:51 BW bij dit legaat van een aandeel van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap, al dan niet analoog, kan worden toegepast. Van directe toepassing is geen sprake nu geen bepaald goed maar een aandeel in het geheel wordt gelegateerd. Overeenkomstige toepassing van art. 4:51 BW lijkt mij echter goed verdedigbaar: indien alle goederen van de huwelijksgemeenschap worden toegedeeld aan de langstlevende en er na verdeling dus geen goederen van de huwelijksgemeenschap door de erflater zijn nagelaten, zal de legataris uitkering van de waarde van het gelegateerde aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap kunnen vorderen van de erfgenamen. Ook Van der Burght en Ebben lijken dit te bepleiten.[106]

5.4 Het legaat tegen inbreng

5.4.1 Algemeen

In de testamentaire praktijk komt men veelvuldig (keuze-)legaten tegen waarbij aan de legataris de verplichting wordt opgelegd om de waarde van het hem gelegateerde aan de nalatenschap te vergoeden. Er wordt dan gesproken van een legaat tegen inbreng (van de waarde).

Het legaat tegen inbreng kent geen wettelijke regeling. Enkel in artikel 4:125 lid 2 BW komt het legaat tegen inbreng aan de orde. Dit artikellid bewerkstelligt dat de erfgenaam aan wie een goed van de nalatenschap is gelegateerd tegen vergoeding van de waarde of een gedeelte daarvan – om liquiditeitsmoeilijkheden te voorkomen[107] – de betaling van die vergoeding kan opschorten tot de verdeling van de nalatenschap, tenzij de erflater anders heeft beschikt.[108] Vervolgens kan op verlangen van een mede-erfgenaam in het kader van de verdeling bereikt worden dat de erfgenaam-legataris de schuld (de vergoeding/het sublegaat) via toerekening op zijn erfdeel voldoet (art. 3:184 lid 1 BW en art. 4:228 lid 2 BW).[109] Door toedeling van de inbrengvordering van de gezamenlijke erfgenamen aan de erfgenaam-legataris gaan de vordering

106 Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 241.
107 Zie NvW 1, Parl. Gesch. Boek 4, p. 778.
108 Vegter merkt op dat voor de toepassing van deze bepaling uiteraard vereist is dat de inbrengvordering ten tijde van de verdeling opeisbaar is. Zie Vegter 2015, p. 83.
109 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 222.

en de schuld door vermenging teniet (art. 6:161 BW).[110] De toerekening heeft, zo merkt Kolkman op, twee voordelen: de legataris hoeft niet met contanten af te rekenen en de mede-erfgenamen (tevens sublegatarissen) lopen geen risico dat de inbrengschuld niet wordt voldaan.[111]

De verplichting tot vergoeding is, zoals hierna ook zal blijken, meestal aan te merken als een (sub)legaat van een geldsom. Dat de verplichting tot vergoeding kwalificeert als een sublegaat valt overigens ook af te leiden uit het gebruik van het woord 'nochtans' in lid 2 van artikel 4:125 BW, met welk woord wordt terugverwezen naar de in lid 1 opgenomen hoofdregel die geldt voor legaten en de opeisbaarheid daarvan.[112] Voor legatarissen met inbrengverplichting die niet tevens erfgenaam zijn, geldt niet de mogelijkheid van opschorting van betaling tot de verdeling (en de daarmee verband houdende toerekening). Voor hen zal gelden dat er gelijk overgestoken moet worden: de legataris kan niet de afgifte van het gelegateerde goed eisen zonder gelijktijdige betaling van de in te brengen waarde en de erfgenamen kunnen van de legataris niet het in te brengen bedrag vorderen zonder afgifte van het gelegateerde goed aan te bieden.[113] Overigens zullen op grond van art. 6:261 lid 2 BW de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing op het legaat tegen inbreng zijn voor zover de aard van het legaat zich daartegen niet verzet.[114] Interessant in dit kader is ook de passage in de parlementaire geschiedenis waarin de wetgever het volgende opmerkt: '*Door het legaat ontstaat een verbintenisrechtelijke verhouding, welke op één lijn moet worden gezien met de verbintenisrechtelijke verhouding, die uit een overeenkomst ontstaat.*'[115]

Voor de peildatum van de inbrengwaarde geldt als regel de overlijdensdatum van de erflater.[116] De legataris verkrijgt immers het legaat met de daaraan gekoppelde inbrengverplichting met het overlijden van de erflater. Dat moment is ook voor de waardering relevant nu Boek 4 BW onder de waarde van de goederen van de nalatenschap de waarde onmiddellijk na het overlijden van de erflater verstaat (art. 4:6 BW). De regel dat de peildatum voor de inbrengwaarde van het gelegateerde goed de overlijdensdatum van de

110 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 222 en Vegter 2015, p. 83. Zie ook Vegter 2015 voor de vraag of gedwongen toedeling ook kan worden verlangd als de inbrengvordering *niet* opeisbaar is (cursivering, GGBB). Vegter concludeert dat op grond van het bepaalde in art. 3:184 lid 1 BW in beginsel geldt dat de niet opeisbare inbrengvordering voor haar contante waarde in de verdeling kan worden betrokken (Vegter 2015, p. 88). Zie ook par. 5.6.2.3

111 Kolkman 2006, nr. 1.9.9.1, p. 139.

112 Zie ook Asser/Perrick 4 2013/578. De in art. 4:125 lid 1 BW opgenomen hoofdregel luidt dat het legaat van een geldsom zes maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar wordt, tenzij de erflater anders heeft beschikt.

113 Zie art. 6:52 BW en HR 5 februari 1982, *NJ* 1982, 457 en hierover Asser/Perrick 4 2013/577 en Kolkman 2006, nr. 1.9.9.1, p. 138-139.

114 Asser/Perrick 4 2013/557.

115 Mo, Parl. Gesch. Boek 4, p. 772.

116 Zie ook HR 13 april 2007, *NJ* 2007, 219, r.o. 3.3.2.

erflater is, kan overigens door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid opzij gezet worden.[117]

Indien aan een legataris twee legaten zijn toegekend, te weten een legaat inhoudende het zakelijk recht van gebruik en bewoning van de woning van erflater en een keuzelegaat met betrekking tot alle goederen tegen inbreng van de waarde, zonder nadere bepalingen in het testament, kan de vraag spelen of de legataris beide legaten ten aanzien van de woning kan uitoefenen en wat het gevolg hiervan is voor de in te brengen waarde. Het Hof Amsterdam bepaalde in een dergelijke zaak, in navolging van de Rechtbank Alkmaar, dat het testament aldus moet worden uitgelegd dat als de legataris beide legaten met betrekking tot de woning heeft aanvaard, de legataris niet de volle eigendom van de woning per sterfdatum dient in te brengen maar de waarde van het bloot eigendomsrecht van de woning per sterfdatum.[118] Dat daarmee het recht van gebruik en bewoning en het bloot eigendomsrecht in één hand komen (waardoor aan de vestiging van eerstgenoemd recht niet wordt toegekomen) doet hieraan niet af, volgens het Hof Amsterdam.[119] De door de rechtbank en het hof gegeven uitleg aan het testament leidt naar mijn mening in deze zaak tot de alleszins redelijke uitkomst dat de legataris door aanvaarding van beide legaten enkel de bloot eigendomswaarde dient in te brengen.

5.4.2 Varianten legaten tegen inbreng

5.4.2.1 Inbrengverplichting als sublegaat

Veelal zal het bij een legaat tegen inbreng de bedoeling zijn dat de gezamenlijke erfgenamen ten laste van de legataris een vorderingsrecht verkrijgen ter hoogte van de waarde in het economisch verkeer van het gelegateerde goed. De inbrengverplichting van de legataris is alsdan te kwalificeren als een ten laste van de legataris gemaakt legaat, een zogenoemd sublegaat.[120] Het in de praktijk gebruikelijke legaat tegen inbreng behelst dus een combinatie van

117 HR 13 april 2007, *NJ* 2007, 219, r.o. 3.3.2. Zie uitgebreid over de waarde in het erfrecht Burgerhart 2008.

118 Zie Hof Amsterdam 22 november 2007, *NJ* 2011, 50 en Hof Amsterdam 7 augustus 2008, *NJ* 2011, 51. Voor de waardering van de in te brengen waarde van de bloot eigendom kunnen volgens een in de zaak geraadpleegde deskundige drie waarderingsmethoden worden gehanteerd. Het hof past de waardering aan de hand van de waarderingsvoorschriften van de Wet Inkomstenbelasting 2001 en het Uitvoeringsbesluit toe, in tegenstelling tot de rechtbank, die gebruik maakte van de waarderingstabellen van de Successiewet 1956. Overigens wordt het cassatieberoep van de legataris met toepassing van art. 81 RO (zonder motivering) door de Hoge Raad verworpen; HR 15 oktober 2010, *RvdW* 2010, 2016.

119 Hof Amsterdam 22 november 2007, *NJ* 2011, 50, r.o. 4.11.

120 De wet definieert het sublegaat niet. Desalniettemin kan uit art. 4:118 en art. 4:121 BW worden afgeleid dat het sublegaat een legaat is waarmee een legataris belast is.

een legaat van een goed en een sublegaat van een geldsom.[121] Overigens impliceert de kwalificatie van de inbrengverplichting als sublegaat, dat als de sublegatarissen – om welke reden dan ook – het sublegaat verwerpen, de legataris van de inbrengverplichting zou zijn ontslagen.[122] In het fiscale deel zal bezien worden of een dergelijke exercitie onder omstandigheden uit fiscaal oogpunt aantrekkelijk kan zijn.

5.4.2.2 Inbrengverplichting als last

Het is echter ook denkbaar dat de testateur er in zijn testament voor kiest de inbrengverplichting van de waarde van het gelegateerde als een last te formuleren, opdat een vorderingsrecht (voor de erfgenamen) ontbreekt en dan dus geen sprake is van een sublegaat. Uiteraard loopt de legataris/'lastplichtige' dan het risico dat zijn recht vervallen wordt verklaard indien hij de last niet uitvoert (art. 4:131 lid 1 BW). Om duidelijk te maken dat de bevoordeelde niet in rechte nakoming kan vorderen, verdient het de voorkeur expliciet in het testament op te nemen dat de lastbevoordeelden (de erfgenamen) een vorderingsrecht missen en de opgelegde verplichting niet bestaat in de uitvoering van een legaat.[123] Het gebruik van het woord 'last' sluit immers niet uit dat eigenlijk sprake is van een legaat (met een vorderingsrecht voor de bevoordeelde; zie ook par. 4.3.2). Dat een 'transformatie' van een in het testament genoemde 'last' naar legaat niet denkbeeldig is, bleek uit een uitspraak van het Hof Leeuwarden van 26 januari 2010.[124] In deze zaak hadden vijf stichtingen een nalatenschap geërfd 'onder de last' om periodiek aan X een bepaald bedrag uit te keren. De belanghebbende voerde aan dat de lijfrenteuitkeringen niet in rechte vorderbaar zijn omdat deze in het in 2001 opgemaakte testament niet zijn ondergebracht onder de 'legaten' maar onder de 'last'. Het hof deelde deze opvatting niet en overwoog: '*Beslissend voor het antwoord op de vraag of een making een legaat of een last is, is of een erflaatster in een uiterste wilsbeschikking een vorderingsrecht heeft toegekend. De vraag of aan belanghebbende een vorderingsrecht is toegekend is derhalve afhankelijk van de wil van de erflaatster. In geval van twijfel of de erflater beoogd heeft een vorderingsrecht toe te kennen, zal de uiterste wilsbeschikking dienen te worden uitgelegd waarbij als uitgangspunt mag worden genomen dat de erflaatster als regel een bij uiterste wilsbeschikking bevoordeelde een vorderingsrecht zal willen toekennen (MvA II, Vaststellingswet 3771, nr. 6, p. 40).*'[125]

121 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.1, p. 148.
122 Zie art. 4:201 lid 1 BW.
123 Zie de definitie van de last in art. 4:130 lid 1 BW en Handboek Erfrecht 2011, VII.2.1, p. 148.
124 Hof Leeuwarden 26 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL2814.
125 Hof Leeuwarden 26 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL2814, r.o. 4.2.

Van een legaat onder last dient men ook te spreken als de testateur een goed aan de legataris legateert onder de verplichting de waarde daarvan binnen negen maanden niet aan de erfgenamen maar bijvoorbeeld aan een door de legataris nader te bepalen goed doel over te maken.[126] Een dergelijke aan de legataris opgelegde verplichting levert geen sublegaat op omdat er niemand is die de nakoming van de verplichting kan vorderen. De (last)bevoordeelde wordt immers nog nader door de legataris bepaald. Een dergelijke variant van het legaat tegen inbreng ligt, nog los van eventuele delegatievraagstukken, niet voor de hand nu met het legaat tegen inbreng veelal bereikt dient te worden dat iemand een bepaald goed uit de nalatenschap gegund wordt zonder dat de waarde van de nalatenschap door het legaat verminderd wordt.

5.4.2.3 Inbrengverplichting als voorwaarde

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de inbrengverplichting ook als een voorwaarde gezien kan worden.[127] Het verschil tussen een legaat onder voorwaarde of een legaat onder last zal niet altijd eenvoudig te maken zijn. Een legataris op wie een last rust, krijgt zijn vorderingsrecht immers onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter (art. 4:131 lid 1 BW). Soms zal de uiterste wil dan ook moeten worden uitgelegd op grond van art. 4:46 BW.[128]

Art. 3:38 lid 1 BW biedt de mogelijkheid om een rechtshandeling onder een voorwaarde te verrichten, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. Indien bij rechtshandeling haar werking van een toekomstig onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld (bijvoorbeeld of de legataris daadwerkelijk de waarde van het gelegateerde zal inbrengen), is de verbintenis voorwaardelijk (art. 6:21 BW). Mocht men tot de conclusie komen dat het legaat een voorwaardelijke verbintenis oplevert en de verplichting tot afgifte van het goed dadelijk dient plaats te vinden, geschiedt deze afgifte door middel van een voorwaardelijke levering met de daaraan gekoppelde goederenrechtelijke werking (art. 3:84 lid 4 BW). Alsdan kan met recht gesproken worden van een legaat onder voorwaarde in de zin van afdeling 4.5.5 BW.[129] Als de toekomstige onzekere gebeurtenis (in casu: het al dan niet inbrengen) plaatsvindt, treedt het rechtsgevolg van de rechtshandeling in (opschortende voorwaarde; als de voorwaarde zou zijn geformuleerd als het daadwerkelijk hebben ingebracht van de waarde binnen een bepaalde periode) of komt die te vervallen (ontbindende voorwaarde; als de voorwaarde zou luiden dat de inbreng niet binnen een bepaalde termijn heeft plaatsgevonden) (art. 6:22 BW). Perrick merkt in dit kader op dat '(…) bij een making onder voorwaarde er

126 Vgl. HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.
127 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221.
128 Handboek Erfrecht 2011, VII.3.2, p. 200-201.
129 Zie Mollema 2007.

in tegenstelling met de last geen *verplichting* bestaat voor de voorwaardelijk geroepene de voorwaarde te vervullen (…).' (cursivering Perrick)[130] Het verschil met de last wordt vervolgens zichtbaar: waar de niet-naleving van de als last geformuleerde inbrengverplichting pas gevolgen heeft indien de rechter het legaat op verzoek van een belanghebbende vervallen heeft verklaard (art. 4:131 BW), komt bij het legaat onder voorwaarde het rechtsgevolg automatisch te vervallen als de ontbindende voorwaarde intreedt.[131]

5.4.2.4 Legaat tegen inbreng en estate planning

In de estate planningspraktijk kon en kan men (zeker voor de invoering van de herziene Successiewet per 1 januari 2010) in flexibele combinatietestamenten de nodige makingen tegenkomen met inbrengverplichtingen. Te denken valt aan de (in de volgende paragraaf) te bespreken keuzelegaten tegen inbreng, veelal ten behoeve van de echtgenoot, bijvoorbeeld bij een vruchtgebruiktestament op grond waarvan de kinderen tot erfgenamen worden benoemd en de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik over de gehele nalatenschap gelegateerd krijgt, met uitzondering van de goederen die zij op grond van het keuzelegaat verkrijgt.

Daarnaast wordt het keuzelegaat tegen inbreng ten behoeve van de langstlevende echtgenoot in combinatietestamenten gebruikt als een vangnet voor het geval de echtgenoot de wettelijke verdeling ongedaan maakt, het erfdeel verwerpt of geen of slechts gedeeltelijk gebruik maakt van de in het testament met een zogenoemde quasi-wettelijke verdeling (waarover in het fiscale deel meer volgt) toegekende mogelijkheden om als afwikkelingsbewindvoerder en/of als executeur, bezwaard met een testamentaire last, de nalatenschap te verdelen als ware er een wettelijke verdeling. De inbrengverplichting zal in het gros van de gevallen gekwalificeerd kunnen worden als een sublegaat van een geldsom, waarbij deze geldsom (vergelijkbaar met de vordering die ontstaat bij de wettelijke verdeling) pas opeisbaar is gemaakt bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot. De langstlevende blijft alsdan de inbrengvordering schuldig aan de erfgenamen.

Maar ook in het turbotestament, dat sinds HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224 niet vaak meer gemaakt zal worden vanwege de toepasselijkheid van art. 10 SW, werd gebruik gemaakt van een variant op de als last geformuleerde inbrengverplichting (welke verplichting vaak als een aan de legataris opgelegd sublegaat zal kwalificeren, zie par. 7.4.1.1). Een turbotestament is een variant op een vruchtgebruiktestament waarmee beoogd wordt de heffing van de (toen nog geheten) successiebelasting (nu: erfbelasting) te drukken: het vruchtgebruik van de nalatenschap wordt gelegateerd aan de langstlevende echtgenoot onder de verplichting om de bloot eigendom van zijn eigen vermogen in de nalaten-

130 Asser/Perrick 4 2013/216.
131 Zie ook Asser/Perrick 4 2013/216.

schap in te brengen (vruchtgebruiklegaat tegen inbreng). De kinderen worden tot erfgenaam benoemd en verkrijgen de bloot eigendom. In tegenstelling tot bij een normaal vruchtgebruiktestament, verkrijgen de kinderen niet alleen de bloot eigendom van het vermogen van de overleden ouder maar dus ook van het vermogen van de langstlevende ouder. De langstlevende verkrijgt als gevolg van dit testament zowel het vruchtgebruik van zijn eigen vermogen als dat van de nalatenschap.[132] Als de langstlevende overlijdt, eindigt het vruchtgebruik en wast de bloot eigendom van het gehele vermogen (waaronder het aandeel van de langstlevende) bij de kinderen aan tot volle eigendom. Civielrechtelijk is dan geen sprake van een erfrechtelijke verkrijging door de kinderen, zodat daarmee getracht werd erfbelasting te vermijden, hetgeen uiteindelijk niet slaagt door de van toepassing zijnde opgenomen fictie in art. 10 SW, waar in het fiscale deel verder op zal worden ingegaan (zie par. 7.4.1).

5.4.2.5 Legaat tegen 'inbreng' en estate planning: het voorwaardelijk afstandslegaat

Ook kan men in de praktijk de verplichting tot vergoeding van de waarde als een voorwaarde voor de verkrijging van het legaat tegenkomen. Een dergelijke verschijningsvorm wordt door Luijten en Meijer gezien in de casus die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310.[133] In dat arrest komt het in de literatuur genoemde 'voorwaardelijk afstandslegaat' aan bod, ten aanzien waarvan de volgende modelbepaling geformuleerd kon worden: '*Ik legateer de juridische eigendom van mijn in Nederland gelegen percelen landbouwgrond aan 'koper' (belanghebbende) onder de voorwaarde dat afstand wordt casu quo is gedaan van het recht op juridische levering, zoals vermeld in de akte van economische eigendomsoverdracht*.'[134] Zonder de fiscale beweegredenen van deze verschijningsvorm van het legaat op deze plek te bespreken (zie uitgebreid par. 7.5), wil ik er nu slechts op wijzen dat deze variant een praktijkvoorbeeld geeft van een legaat (van reeds verkochte maar nog niet geleverde onroerende zaken) waaraan de opschortende voorwaarde is verbonden van voorafgaande afstand van het uit de koop voortspruitend recht op levering.[135] De Hoge Raad (belastingkamer) overweegt onder meer over de mogelijkheid om op grond van het voorwaardelijk afstandslegaat te kunnen verkrijgen als koper of als legataris: '(…) *Het recht op levering uit hoofde van het legaat ontstond dus niet reeds bij en door het overlijden van erflater, maar eerst na afstand van het recht op levering uit hoofde van de koop. Aldus konden in onderhavige zaak op geen enkel tijdstip twee rechten op levering naast elkaar bestaan.*

132 Zie ook onderdeel 3.1.-3.3. van de Conclusie van Advocaat-Generaal C.W.M. van Ballegooijen bij HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.
133 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221.
134 EstateTip Review 2007-33.
135 Zie HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.3.

Dientengevolge geldt in de onderhavige zaak niet wat is overwogen in onderdeel 4.2 van BNB 1987/150, te weten dat het uit de koop voortvloeiende recht op levering van rechtswege tenietging door de overdracht ter uitvoering van het legaat. In de onderhavige zaak is het uit de koop voortvloeiende recht op levering tenietgegaan door afstand daarvan door belanghebbende, die (krachtens de aan het legaat verbonden voorwaarde) voorafging aan het ontstaan van het recht op levering uit hoofde van het legaat.'[136]

Overigens merk ik op dat voor de legataris, die voor zijn onvoorwaardelijke verkrijging als legataris dus afstand heeft moeten doen van zijn recht op levering, de verplichting blijft bestaan om de koopsom aan de erfgenamen te betalen (voor zover de koopsom niet al aan de erflater voldaan was).

5.4.2.6 Het voorwaardelijk afstandslegaat: potestatief?

Men kan zich de vraag stellen of het voorwaardelijk afstandslegaat eigenlijk wel een geldige verbintenis (tot levering) oplevert, nu er geen sprake van lijkt te zijn dat de werking van het voorwaardelijke legaat afhankelijk is gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis in de zin van art. 6:21 BW. Het vervullen van de aan het legaat verbonden opschortende voorwaarde is immers afhankelijk van de wil van een van de partijen, zijnde of de (voorwaardelijke) legataris afstand doet van zijn recht op levering. Een voorwaardelijke 'verbintenis' waarbij de vervulling van de opschortende voorwaarde geheel van de wil van een van de partijen afhankelijk is, ook wel aangeduid als een zuiver potestatieve voorwaarde, levert geen verbintenis op.[137] Men zou bij het voorwaardelijk afstandslegaat wellicht kunnen verdedigen dat geen sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde omdat niet de *enkele* wil van de schuldeiser een rol speelt bij de vervulling van de voorwaarde. Immers bestaat de keuze niet simpelweg uit een 'ik wil of ik wil niet' maar zal de mogelijke legataris, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, een afweging moeten maken of hij de betreffende zaak krachtens legaat of krachtens koop wil verkrijgen. Hierbij zullen bijvoorbeeld verschillende (wenselijke of minder wenselijke) fiscale consequenties van de uitvoering van de koop of van het legaat van invloed op de door hem te maken keuze zijn.[138] Bovendien zal hij tevens voor de verkrijging krachtens legaat een 'offer' moeten brengen, te weten: het doen van afstand van zijn recht op levering. Voor de erfgenamen is de verbintenis tot levering in zoverre niet van de wil van de mogelijke

136 HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.3.

137 Zie TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 146-147 en vgl. art. 1292 OBW, welk artikel blijkens de Toelichting-Meijers niet meer nodig werd geacht voor het huidige BW: '*Artikel 1292 is, voorzover het niet meer zou willen zeggen dan dat een verbintenis "als ik wil" – nog – niet als verbintenis mag gelden, overbodig, en, voorzover het meer zou betekenen ongewenst*' (TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 146-147). De eventuele mogelijkheid van conversie op grond van art. 3:42 BW laat ik hier buiten beschouwing.

138 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/175.

legataris afhankelijk omdat zij sowieso verplicht zijn te leveren, zij het dat de titel kan verschuiven van de levering ter uitvoering van de koop naar die ter uitvoering van het legaat. Deze verschuiving kan echter ook optreden indien het verkochte, maar nog niet geleverde, goed zonder (potestatieve) voorwaarde zou zijn gelegateerd aan de koper. De koper-legataris zou alsdan – gezien HR 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224 – de keuze hebben om afgifte van het legaat te vorderen, dan wel, zij het na verwerping van het legaat, de uitvoering van de koopovereenkomst.

Maar zelfs als aangenomen dient te worden dat bij een voorwaardelijk afstandslegaat wel sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde, zal de soep hier echter, zo meen ik, niet zo heet worden gegeten als zij wordt opgediend. Van belang is namelijk dat de vervulling van de voorwaarde niet van de wil van de schuldenaar van het legaat maar van de wil van de *schuldeiser* (de mogelijke legataris) afhankelijk is. De schuldeiser kan kiezen of hij het eerder gekochte krachtens koop of legaat geleverd wil krijgen (zie de hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad). Voor de eenzijdige overeenkomst leest men in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/175 dat als de vervulling van een opschortende voorwaarde afhangt van de enkele wil van de schuldenaar, de verbintenis nietig is. Over de (on)geldigheid van een voorwaardelijke verbintenis bij een voorwaarde die alleen afhankelijk is van de wil van de schuldeiser wordt daar niet gerept. Indien de voorwaarde afhangt van de wil van de schuldeiser, kan men aannemen dat de verbintenis ontstaat en het de schuldeiser vervolgens vrijstaat of hij gebruikt maakt van zijn vorderingsrecht.[139]

Het voorwaardelijk afstandslegaat lijkt dus niet in de gevarenzone van de ongeoorloofde zuiver opschortende potestatieve voorwaarde te komen, nu de schuldeiser en niet de schuldenaar aan de knoppen zit. Bovendien kan men zich afvragen of de verbintenis van de *enkele* wil van de schuldeiser afhangt. Overigens zal ook bij een verbintenis die op het eerste gezicht alleen van de wil van de schuldenaar lijkt af te hangen, niet te snel de conclusie getrokken dienen te worden dat de verbintenis op die grond nietig is indien de schuldenaar zijn keuze, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, na (bijvoorbeeld) een belangenafweging heeft gemaakt.[140]

Bij dit alles zij nog opgemerkt dat de Hoge Raad in zijn arrest van 16 januari 2004, *NJ* 2004, 487 ('Boerenplaatsje-arrest') in het erfrecht met betrekking tot een tweetrapsmaking een zuiver ontbindende potestatieve voorwaarde sanctioneert.[141] In dit arrest acht de Hoge Raad, voor zowel het oude als het huidige erfrecht, de aan de bezwaarde geboden bevoegdheid geldig op grond

139 Groene Serie Verbintenissenrecht, artikel 21 Boek 6 BW, aant. 20.
140 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/175 en Bauduin 2011, p. 948-949.
141 Zie ook Bauduin 2011, p. 949.

waarvan de bezwaarde kan bepalen[142] voor welk tweetrapsvermogen de voorwaarde in vervulling gaat en welk vermogen dus bij de verwachter terechtkomt. De Hoge Raad overweegt namelijk dat het de erflater bij de in art. 4:141 BW bedoelde tweetrapsmaking vrijstaat '(…) *aan een dergelijke making verbonden voorwaarden aldus te formuleren dat de te vermaken zaak of zaken slechts dan aan de verwachter zal (zullen) toevallen indien deze de bezwaarde overleeft en laatstgenoemde niet bij uiterste wil over die zaak (zaken) heeft beschikt.*'[143]

5.4.3 Bevoordeling?

Een legaat tegen inbreng van de werkelijke waarde vermindert niet de nalatenschap en dus ook niet de verkrijging van de erfgenamen. Indien de legataris tevens erfgenaam is, wordt bewerkstelligd dat een eventueel gewenste gelijke behandeling van de erfgenamen niet wordt verstoord. Te denken valt bijvoorbeeld aan de echtgenoot, die naast de kinderen erfgenaam is, en die alle goederen die tot de nalatenschap behoren of de goederen die hij daarvan verkiest gelegateerd krijgt, onder de verplichting om de waarde van deze goederen te vergoeden aan de nalatenschap (al dan niet door deze vergoeding schuldig te blijven). Voor de estate planner is een dergelijk (keuze)legaat tegen inbreng dan ook een dankbaar instrument. Overigens dient men de vaak gehanteerde formulering 'onder de verplichting om … te vergoeden aan de nalatenschap' eigenlijk te beschouwen als een vorderingsrecht van de erfgenamen, nu de inbrengverplichting veelal als een sublegaat aan de gezamenlijke erfgenamen (dan tevens sublegatarissen) gekwalificeerd dient te worden (zie par. 5.4.2.1). De nalatenschap zelf is immers geen persoon aan wie een vorderingsrecht kan worden toegekend in de zin van art. 4:117 lid 1 BW.

Moet eigenlijk sprake van een bevoordeling zijn om tot de kwalificatie legaat te kunnen komen? De wet eist nergens dat een persoon, om als legataris aangemerkt te kunnen worden, moet worden bevoordeeld. Voldoende is het dat de persoon een vorderingsrecht van de erflater toegekend heeft gekregen (art. 4:117 lid 1 BW). Er kan dan ook geen discussie bestaan over de kwalificatie van het legaat tegen inbreng als (bijvoorbeeld) een legaat met sublegaat, ook al kan van het sublegaat (de inbrengverplichting) niet gezegd worden dat deze door de erflater is opgenomen om de erfgenamen (als sublegatarissen) te bevoordelen. Veeleer is er sprake van dat met het ten laste van de legataris komende sublegaat voorkomen wordt dat de erfgenamen financieel nadeel ondervinden van de uitkering van het legaat.[144] Bij een legaat tegen een te

142 Door het al dan niet bij uiterste wil te hebben beschikt over het vermaakte tweetrapsvermogen.
143 HR 16 januari 2004, *NJ* 2004, 487, r.o. 3.6.
144 Van Mourik 1992, p. 79-80.

lage inbreng, wordt de legataris zelf wel bevoordeeld. De bepalingen van Boek 7 BW, titel 3 (schenking) kunnen zich dan lenen voor een analoge toepassing (zie par. 5.4.4).[145]

Onder het oude recht speelde de vraag of legaten die wel en die niet een bevoordeling inhouden, anders behandeld dienen te worden.[146] De Hoge Raad maakte duidelijk dat geen onderscheid gemaakt dient te worden tussen (de behandeling van) legaten die wel en geen bevoordeling inhouden.[147]

5.4.4 Analogie bepalingen koop en/of schenking?

De positie van de legataris die, door het legaat niet te verwerpen, het gelegateerde kan opeisen, en tevens verplicht is de waarde van het gelegateerde in te brengen, vertoont grote gelijkenis met de positie van een koper van een goed.[148] Luijten en Meijer verwoorden het aldus: '*Het legaat van een registergoed tegen inbreng van de waarde in de boedel is derhalve bij dode wat een koopovereenkomst onder levenden is.*'[149] Zolang de mogelijkheid bestaat het legaat niet te aanvaarden, is eerder sprake van een situatie gelijk aan de optie om het goed te kopen.[150] Is er ruimte om op legaten tegen inbreng de regels van koop toe te passen? De Hoge Raad overwoog in 1982: '*Weliswaar is niet uitgesloten dat het antwoord op rechtsvragen die rijzen ter zake van een legaat als waarom het in de onderhavige zaak gaat, moet worden gevonden aan de hand van analoge toepassing van de bepalingen betreffende koop, maar er is geen grond waarom een zodanige analoge toepassing ook bepalingen waarin bepaalde vragen ten aanzien van legaten reeds beantwoording hebben gevonden, in hun gelding zou beperken.*'[151] Voor het nu geldende recht lijkt mij bovenstaande overweging onverkort relevant: voor zover de wettelijke bepalingen over legaten geen antwoord bieden op vragen, kunnen de bepalingen over koop aanvullend een rol spelen.[152] Kolkman merkt op dat de rol voor een dergelijke analoge toepassing van koopvoorschriften met het nieuwe erfrecht aanzienlijk is verkleind nu het erfrecht gedetailleerde bepalingen met betrekking tot het legaat kent.[153] Kleyn bepleit een vergaande analogie met het contractenrecht (zoals het vereiste van conformiteit van art. 7:17 BW), waarbij er rekening mee moet worden gehouden

145 Kolkman 2006, nr. 1.9.9.2, p. 140.
146 HR 5 februari 1982, *NJ* 1982, 457.
147 HR 5 februari 1982, *NJ* 1982, 457, r.o. 1.
148 Vgl. Kolkman 2006, nr. 1.9.9.2, p. 139 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221.
149 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221.
150 Vgl. Kleyn 2003, p. 72.
151 HR 5 februari 1982, *NJ* 1982, 457, r.o. 1.
152 Zo ook (o.a.) Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221, Kolkman 2006, nr. 1.9.9.2, p. 139, Handboek Erfrecht 2011, VII.2.1, p. 148 en Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 390.
153 Kolkman 2006, nr. 1.9.9.2, p. 139.

dat de erfgenamen niet over de kennis van het gelegateerde goed beschikken die de erflater bezat.[154]

De positie van de legataris is tevens met die van de begiftigde te vergelijken als de legataris een (veel) te lage waarde dient in te brengen. Deze gelijkenis is uiteraard het sterkst bij een legaat 'om niet'. Zoals eerder vermeld, kunnen de bepalingen van schenking in Boek 7 BW zich dan, net als de koopbepalingen, lenen voor een analoge toepassing, voor zover de wettelijke bepalingen over legaten geen uitkomst bieden.[155] Te denken valt bijvoorbeeld aan de analoge toepassing van art. 7:187 lid 1 jo. art. 7:186 lid 1 jo. art 7:183 BW, van welk laatste artikel het eerste lid luidt: '*Een schenker is voor gebreken in het recht of voor feitelijke gebreken alleen aansprakelijk, wanneer hij deze niet heeft opgegeven ofschoon zij hem bekend waren, en de begiftigde deze gebreken niet ter gelegenheid van de aflevering van het geschonken goed had kunnen ontdekken.*'[156]

Een legaat tegen inbreng van een te lage waarde levert deels een making om niet en deels een onder bezwarende titel op, zodat men zich kan afvragen of de regels van koop of de regels van schenking voor analoge toepassing in aanmerking komen. Om dan de toepassing van de regels van schenking te rechtvaardigen, zal de tegenprestatie (de inbreng) gering moeten zijn ten opzichte van de waarde van het gelegateerde goed.[157]

5.4.5 Aanbod tot koop als uiterste wilsbeschikking?

5.4.5.1 Testamentair aanbod tot koop: legaat?

In par. 4.3.3.3 werd al duidelijk dat het testamentaire aanbod tot koop met werking na overlijden door de regering als een legaat wordt aangemerkt. De minister schrijft: '*Het testamentaire aanbod is een legaat in de zin van artikel 4.4.2.1* (art. 4:117 BW; GGBB), *omdat het een met de opgelegde verplichting corresponderend vorderingsrecht aan de aangewezen persoon toekent, een en ander voor het geval deze het aanbod aanvaardt.*'[158] Het nog niet aanvaarde aanbod zelf levert geen vorderingsrecht tot levering van het gelegateerde op, dus in zoverre kwalificeert een testamentair aanbod niet als legaat in de zin van art. 4:117 BW. Kolkman

154 Kleyn 2003, p. 72. Zie ook Kolkman 2006, nr. 1.9.9.2, p. 140 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221.

155 Kolkman 2006, nr. 1.9.9.2, p. 140.

156 Aldus ook Kleyn 2003, p. 72. Zie ook Kolkman 2006, nr. 1.9.9.2, p. 140 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221.

157 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 221 die verwijzen naar HR 6 december 1968, *NJ* 1969, 310 voor het 'omslagpunt' tussen analoge toepassing van de koop- en schenkbepalingen en naar de aard van de handeling die zich tegen toepassing van de regels van schenking kan verzetten ingevolge art. 7:187 lid 1 en art. 7:186 lid 1 BW.

158 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.

merkt op dat men dan eigenlijk spreekt van een voorwaardelijk legaat.[159] Men kan zich met recht afvragen, zoals in de literatuur ruimschoots is gedaan, of een in een testament neergelegd aanbod dan ook past in het gesloten stelsel van de uiterste wilsbeschikkingen van art. 4:42 BW.[160] En als een dergelijk aanbod niet binnen de opsomming van art. 4:42 BW past, is conversie dan mogelijk naar een wel binnen het stelsel passende beschikking (art. 3:42 BW), te weten het legaat? F.W.J.M. Schols beantwoordt deze vraag, met in zijn eigen woorden 'betrachting van enige soepelheid', bevestigend om op die manier aan de laatste wil van de erflater uitvoering te geven.[161] De opmerking van de minister en de uitleg van de uiterste wilsbeschikking met toepassing van art. 4:46 BW rechtvaardigen een dergelijke conclusie.

5.4.5.2 Uiterste wilsbeschikking: ongericht?

Volgens Breemhaar is het echter niet denkbaar dat een uiterste wilsbeschikking een aanbod tot koop behelst, omdat volgens hem een aanbod tot koop een gericht eenzijdige rechtshandeling is en de uiterste wilsbeschikking een ongericht eenzijdige rechtshandeling is.[162] De redenering van Breemhaar gaat mijns inziens niet op aangezien juist omdat het aanbod *in een testament* is gedaan, dit aanbod ongericht is. Een testament heeft immers pas werking na overlijden (art. 4:42 lid 1 BW). Het aanbod in een testament aan mijn neef tot koop van mijn onroerend goed, ervan uitgaande dat dit mogelijk is, richt zich na mijn overlijden op dezelfde manier tot mijn neef als dat een legaat van het onroerend goed tegen inbreng van de waarde aan mijn neef zich richt tot deze legataris.[163] Volgens Hijma dient de gerichtheid van de rechtshandeling niet beoordeeld te worden aan de hand van de erfgenamen of begunstigden van het testament, maar is enkel de rechtshandeling als daad van belang (in casu het maken van het testament).[164] Zelfs als de visie van Hijma gevolgd wordt, is de neef aan wie op grond van het testament het aanbod gedaan moet worden evenmin aanwezig bij het maken van het testament als de neef die legataris is. Mijn conclusie luidt dan ook dat het doen van een aanbod *in een testament* per definitie nog niet gericht is.

Het al dan niet ongericht zijn van de rechtshandeling leidt naar mijn mening dan ook niet tot de conclusie dat een aanbod tot koop ondenkbaar is als uiterste wilsbeschikking. Van Es leest, mijns inziens terecht, de eis van ongerichtheid niet als een extra toevoeging aan het criterium voor een uiterste

159 Kolkman 2006, nr. 1.9.10, p. 141.
160 Ik verwijs naar o.a. Breemhaar 1992, nr. 15, p. 15, Handboek Erfrecht 2011, VI.1.7, p. 115-116, F.W.J. M. Schols 2005, p. 17-19, Kolkman 2006, p. 140-143 en Asser/Perrick 4 2013/135.
161 Handboek Erfrecht 2011, VI.1.7, p. 115-116.
162 Breemhaar 1992, nr. 15, p. 15.
163 Zie ook Van Mourik 1996, p. 149-150, waartegen Hijma 2000, p. 97-98.
164 Hijma 2000, p. 97-98.

wilsbeschikking in art. 4:42 BW van het zijn van een eenzijdige rechtshandeling. Volgens Van Es is de vraag of een aanbod 'eerst werkt na overlijden' veel belangrijker dan de gerichtheidskwestie voor de eventuele kwalificatie als uiterste wilsbeschikking.[165] Dat met een testamentair aanbod werking na overlijden wordt beoogd, moge duidelijk zijn.[166]

5.4.5.3 Aanbod tot koop als testamentaire last?

Zelfs als men met Breemhaar zou moeten aannemen dat een uiterste wilsbeschikking ongericht is, en een aanbod om die reden als uiterste wilsbeschikking ondenkbaar zou zijn, valt nog niet in te zien waarom het doen van het aanbod dan niet als lastverplichting aan de erfgenamen geformuleerd kan worden om het betreffende goed aan de bedoelde persoon voor een bepaald bedrag te koop aan te bieden. Deze verplichting aan de erfgenamen levert, zo zal niemand bestrijden, een geldige uiterste wilsbeschikking op: de testamentaire last. Een testamentaire last kan immers allerlei verplichtingen opleggen zolang de verplichting maar niet bestaat in de uitvoering van een legaat (art. 4:130 lid 1 BW).

Als het aanbod tot koop als geldige uiterste wilsbeschikking kan worden opgenomen in de vorm van een last, is een dergelijke uiterste wilsbeschikking in ieder geval denkbaar. Dit laat onverlet dat de erflater degene aan wie het aanbod moet worden gedaan liever (na aanvaarding) een vorderingsrecht op de erfgenamen zal willen toekennen, dan dat de erfgenamen überhaupt niet verplicht kunnen worden het aanbod te doen, zij het dat dan hun recht vervallen verklaard kan worden (art. 4:131 lid 1 BW).

Na uitvoering van de testamentaire last en aanvaarding van het aanbod, zullen, zo neem ik aan, de regels van koop rechtstreeks van toepassing zijn. Het naleven van de lastverplichting levert dan het gedane aanbod tot koop op, en na aanvaarding daarvan verkrijgt de koper dan immers ten titel van koop en niet ten titel van legaat het goed geleverd.

Overigens zij opgemerkt dat art. 4:120 BW van overeenkomstige toepassing is op de last die strekt tot een uitgave van geld of van een goed uit de nalatenschap. Een dergelijke last wordt tegelijk met een legaat en in gelijke mate verminderd (art. 4:130 lid 3 BW). Een zelfde achtergestelde positie als die van de legataris valt deze lastbevoordeelde dus ten deel. Immers: als de last een verplichting betreft tot een uitgave in geld of tot afgifte van een goed uit de nalatenschap, levert de voldoening van de last eenzelfde effect op als de uitkering van een legaat, zodat een gelijke behandeling met het legaat bij de afwikkeling van de nalatenschap voor de hand ligt.[167] De hier bedoelde last (het doen van een aanbod tot koop) heeft echter primair als doel het doen van

165 Van Es 2006b, p. 356-357, par. 2.
166 Zie Van Es 2006b, p. 356-357, par. 2.
167 Zie VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1188 en Kolkman 2006, nr. 1.11.3.1, p. 181-182.

een aanbod met betrekking tot de koop van een goed en niet de afgifte van het goed, zodat art. 4:130 lid 3 BW wellicht niet rechtstreeks van toepassing is. Desondanks zou ik (analoge) toepassing willen bepleiten nu de last, na aanvaarding van het aanbod, uiteindelijk wel *strekt* tot een afgifte van een goed van de nalatenschap.

Mocht er inderdaad plaats zijn voor (analoge) toepassing van art. 4:130 lid 3 BW, dan komt het mij als een redelijke wetstoepassing voor wanneer vermindering van een dergelijke last enkel zou kunnen als de na aanvaarding van het aanbod tot stand gekomen overeenkomst als gift aangemerkt dient te worden (art. 7:186 lid 1 BW). Deze overeenkomst vertoont dan, hoewel de erflater er tijdens leven nog niet aan gebonden was, gelijkenis met een als quasi-legaat aangemerkte gift ter zake des doods in de zin van art. 4:126 BW, welke schuld (art. 4:7 lid 1 sub i BW) eveneens voor inkorting en vermindering in aanmerking komt net als een legaat. Hoe het ook zij, indien de mogelijkheid van vermindering van de last bestaat op grond van art. 4:130 lid 3 BW, zullen de ten tijde van het overlijden van de erflater bestaande schuldeisers in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a BW, alsmede de andere schuldeisers vermeld in art. 4:7 lid 1 BW, geen nadeel ondervinden van een dergelijke opgenomen last wat betreft de voldoening van hun schulden ten laste van de goederen van de nalatenschap.

5.4.5.4 Conclusie testamentair aanbod tot koop als legaat

Gezien de bovenstaande vermelde discussie over het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen en de vraag of een testamentair aanbod daarin valt, doet men er wijs aan in een testament het legaat tegen inbreng te gebruiken in plaats van een aanbod tot koop op te nemen. De wetgever gaat er zelf ook vanuit dat er geen behoefte bestaat aan het testamentaire aanbod tot koop naast het legaat tegen inbreng.[168] Dit geldt temeer daar nu aangenomen mag worden dat een dergelijk aanbod veelal tot legaat kan worden geconverteerd.[169] Hierdoor wordt ook buiten twijfel gesteld dat degene die het testamentaire aanbod aanvaardt, geen schuldeiser van de erflater wordt in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a BW (een schuld van de erflater zelf die niet met zijn dood teniet is gegaan) en er geen schuld uit koop van de erflater (met de op de koop van toepassing zijnde regels) ontstaat, maar dat diegene een legataris is geworden en het aanvaarde aanbod voor de erfgenamen een schuld uit legaat oplevert (met slechts de regels van koop analoog van toepassing als aanvullende regels op de bepalingen van legaat). De aan de legataris gekoppelde achtergestelde positie binnen het erfrechtelijk systeem, wat betreft de voldoening van deze schuld ten laste van de goederen van de nalatenschap, is hierdoor ook geregeld (zie art. 4:7 lid 1 sub h BW en art. 4:120 BW). Voor het erfrechtelijk systeem

168 Zie Breemhaar 1992, nr. 15, p. 15.
169 Zie F.W.J. M. Schols 2005, p. 19.

en de daarin toegekende positie van de schuldeisers van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 en lid 2 BW) is deze uitkomst van groot belang, nu hiermee wordt gewaarborgd dat met een uiterste wilsbeschikking nooit en te nimmer een schuld in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a BW kan worden gecreëerd met de daaraan gekoppelde voorrangspositie.[170] Het spreekt voor zich dat een andere uitkomst een benadeling van 'echte' reeds bestaande schuldeisers van de erflater zou opleveren. Met een testament kan men uiteraard schuldeisers in het leven blijven roepen, zij het dat deze schuldeisers geen andere (lees: hogere) status kunnen hebben dan die van een legataris met de daaraan verbonden achtergestelde positie.

De erflater kan overigens ook op indirecte wijze door het opmaken van een testament schuldeisers in het leven roepen, die tevens een ten opzichte van de bestaande schuldeisers van de erflater achtergestelde positie hebben. Te denken valt aan de legitimaris (zie art. 4:7 lid 1 sub g en art. 4:63 e.v. BW), als de erflater door het opmaken van een testament de legitieme portie schendt, of aan de schuldeiser uit hoofde van afdeling 2 van titel 3 'de andere wettelijke rechten' (zie art. 4:7 lid 1 sub f BW), als de echtgenoot door de uiterste wilsbeschikking van de erflater bijvoorbeeld niet enig rechthebbende wordt van de tot de nalatenschap behorende en door hen bewoonde woning in de zin van art. 4:29 lid 1 BW. De al menigmaal aan bod gekomen, door de erflater met het testament in leven geroepen, lastbevoordeelde vormt niet een dergelijke schuldeiser van de nalatenschap. Men dient zich te realiseren dat – ondanks dat in Boek 4 BW op verscheidene plaatsen de last die strekt tot een uitgave van geld of van een goed wordt gelijkgesteld aan de schulden van de nalatenschap (in het bijzonder aan de schulden uit legaat) – de last in art. 4:7 BW geen status is toegekend als schuld van de nalatenschap, hoewel deze aanvankelijk in de opsomming van enkele versies van het ontwerp-artikel stond opgenomen. De last kan weliswaar in bepaalde gevallen drukken op de nalatenschap, hij roept echter wegens het, in tegenstelling tot bij een legaat, ontbreken van het vorderingsrecht geen corresponderende schuld in het leven.[171]

170 Vgl. Kolkman 2006, nr. 1.9.10, p. 142-143.

171 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1188. Een erfgenaam kan overigens ook verplicht zijn een last tot uitgave van geld of de levering van een niet tot de nalatenschap behorend goed ten laste van zijn overige vermogen te voldoen voor zover de last op hem rust en hij de nalatenschap zuiver aanvaardt; zie art. 4:184 lid 5 BW.

5.5 Het keuzelegaat en het leerstuk van ongeoorloofde delegatie

5.5.1 Het keuzelegaat (algemeen)

Een keuzelegaat biedt de legataris (veelal de langstlevende echtgenoot) de mogelijkheid om de volle eigendom/gerechtigdheid van alle of bepaalde tot de nalatenschap behorende goederen die hij verkiest gelegateerd te krijgen. Vaak dient de legataris de waarde van de gekozen gelegateerde goederen in te brengen (een sublegaat; zie par. 5.4.2.1), zodat sprake is van een keuzelegaat tegen inbreng. Om de langstlevende echtgenoot als legataris niet gelijk op te zadelen met de inbrengverplichting, wordt in het testament bepaald dat de vergoeding en de eventueel verschuldigde rente pas na het overlijden van de legataris verschuldigd zijn. Op de fiscale consequenties ga ik in het volgende deel in. Het hiervoor bedoelde keuzelegaat zal vaak gecombineerd worden met een vruchtgebruiklegaat op grond waarvan het vruchtgebruik van de goederen die behoren tot de nalatenschap gelegateerd wordt (met uitzondering van de goederen die op grond van het keuzelegaat tegen inbreng door de legataris worden verkregen).[172] Het is denkbaar om vervolgens ook op te nemen dat de legataris bevoegd is dit vruchtgebruiklegaat op een bepaald gedeelte van de nalatenschap of op bepaalde goederen van de nalatenschap te aanvaarden.[173] Dit levert in wezen een vruchtgebruikkeuzelegaat op.

De kinderen worden in testamenten waarin dergelijke keuzelegaten aan de langstlevende zijn opgenomen, meestal voor praktisch de gehele nalatenschap tot erfgenamen benoemd. De echtgenoot/legataris krijgt vaak een klein erfdeel. De combinatie van het keuzelegaat tegen inbreng en het vruchtgebruik(keuze)legaat levert de legataris de mogelijkheid op om te kiezen van welke goederen van de nalatenschap hij de verkrijging van de volle eigendom wenst (tegen inbreng van de waarde, welke waarde hij schuldig kan blijven) en daarnaast van welke niet gekozen goederen hij het vruchtgebruik wenst te verkrijgen.

Vanuit het oogpunt van belastingbesparing bij het tweede overlijden (het overlijden van de langstlevende echtgenoot) verdient het de voorkeur om bijvoorbeeld als legataris wat betreft de goederen waarvan verwacht wordt dat deze na het eerste overlijden behoorlijk in waarde gaan stijgen, niet het keuzelegaat (en de verkrijging van de volle eigendom) uit te oefenen, maar te volstaan met de verkrijging van het vruchtgebruik. De kinderen zullen dan, als erfgenamen, de bloot eigendom verkrijgen, welke bloot eigendom vrij van

172 Zie bijvoorbeeld het 'Model combi-testament van de 21e eeuw' van de Modellen voor het notariaat (ScholsBurgerhartSchols, Sdu).

173 In het fiscale deel zal stilgestaan worden bij de vraag of art. 30 SW hier dan van toepassing is. Dit artikel bewerkstelligt dat de heffing van erfbelasting niet wordt verminderd indien er bijvoorbeeld legaten worden verworpen.

erfbelasting aanwast tot volledige eigendom bij het overlijden van de legataris.[174] Er is immers dan geen sprake van een erfrechtelijke verkrijging. De uitoefening van het keuzelegaat kan vanuit het estate planningsoogpunt dus het beste beperkt worden tot vermogensbestanddelen die gering in waarde stijgen, of tot goederen waaraan de langstlevende emotioneel gehecht is. Overigens kan de rente die de langstlevende verschuldigd is over de niet-opeisbare inbrengverplichting ook resulteren in een erfbelastingbesparing bij het overlijden van de langstlevende. De rente holt namelijk de (toekomstige) nalatenschap van de langstlevende uit, in die zin dat er voor de kinderen een grotere vordering op de langstlevende ontstaat, welke vordering de kinderen bij het overlijden van de langstlevende, als schuld van de erflater, kunnen opeisen zonder daar erfbelasting over verschuldigd te zijn.

Ik merk op dat de bovenstaande regeling met een keuzelegaat tegen inbreng en vruchtgebruiklegaat vaak in de keuzetestamenten wordt vooraf gegaan of juist gevolgd door andere regelingen. Men kan de regeling met de keuzelegaten bijvoorbeeld als vangnet zien voor het geval de langstlevende een wettelijke verdeling ongedaan maakt,[175] of voor het geval de langstlevende geen of beperkt gebruik maakt van de in het testament geboden mogelijkheid om de nalatenschap te verdelen als ware er een wettelijke verdeling (de zogenoemde quasi-wettelijke verdeling waarbij de langstlevende wordt benoemd tot executeur met een opgelegde testamentaire last en tot afwikkelingsbewindvoerder). Het is ook denkbaar om in eerste instantie uit te gaan van een vruchtgebruiktestament met het keuzelegaat tegen inbreng gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat, en vervolgens de quasi-wettelijke verdeling als vangnet op te nemen, het liefst geoptimaliseerd met aanvullend legaat.[176]

Overigens streef ik er niet naar om hier al een volledig beeld te geven van de in de praktijk gehanteerde combinatietestamenten. De bespreking van andere in de praktijk gehanteerde regelingen met betrekking tot legaten komt mijns inziens beter tot zijn recht in het fiscale deel, omdat deze structuren beter te begrijpen zijn tegen de achtergrond van de fiscale beweegredenen. Om deze bewering kracht bij te zetten, wijs ik op het aanvullende legaat, welk legaat bijvoorbeeld luidt: '*Voor zover bij toepassing van het onder… bepaalde nog geen sprake is van een optimale successierechtelijke spreiding, waarbij gelijke marginale*

174 Zie bijvoorbeeld Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 167-170.

175 Indien de erflater een 'universeel keuzelegaat' opneemt, waarbij aan de langstlevende alle tot de nalatenschap behorende goederen zijn gelegateerd die hij of zij zal verkiezen, zonder dat de erflater de wettelijke verdeling geheel buiten toepassing heeft verklaard (art. 4:13 lid 1 BW), zal het keuzelegaat volgens Van Mourik dienen te worden begrepen als een bepaling van de erflater dat de wettelijke verdeling geheel buiten toepassing blijft; Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57. Zo ook: Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 106. In Asser/Perrick 4 2013/70 wordt het niet van toepassing zijn van de wettelijke verdeling al afgeleid uit een 'gewoon' keuzelegaat ten behoeve van de langstlevende.

176 Zie Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 167-170.

tarieven gelden voor mijn echtgenoot en mijn kinderen, legateer ik aanvullend aan mijn echtgenote een zodanig bedrag dat deze spreiding alsnog bereikt wordt, met dien verstande dat de waarde van de verkrijging van mijn echtgenoot geminimaliseerd wordt onder handhaving van de gelijkheid van de marginale tarieven.'

Het doel van flexibele testamenten met allerlei beschikkingen (ook wel combitestamenten of keuzetestamenten genoemd) is om de keuze voor de langstlevende uit te stellen tot na het overlijden van zijn partner, zodat optimaal civiel- en fiscaalrechtelijk kan worden ingespeeld op de situatie alsdan. Men kan zich afvragen of de flexibiliteit bij de combinatie van het keuzelegaat van de volle eigendom tegen inbreng en het vruchtgebruiklegaat vergroot zou kunnen worden door de langstlevende als legataris tevens de mogelijkheid te geven om te kiezen of hij goederen wenst te verkrijgen met een inbrengverplichting of om niet. Men kan zich bovendien afvragen of het überhaupt mogelijk is om de legataris de keuze te geven de goederen te verkiezen die hij als legataris wenst te verkrijgen. Wij betreden nu het gebied van de mogelijkheden en beperkingen van de erflater om beslissingen aan anderen over te laten; de mogelijkheid van de erflater derhalve om de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikking aan derden te delegeren.

5.5.2 Keuzelegaten en het delegatieverbod

'*Tot op heden is het aan de moderne techniek nog niet gelukt te voorspellen, op welke datum het overlijden van een mens zal vallen. Wij hebben wel de zekerheid, dat we overlijden, maar niet wanneer.*'[177] Ruim veertig jaar na deze openingszinnen van Kleyn van zijn tweeluik in het *WPNR* over de delegatiemogelijkheden in het erfrecht, kan geconcludeerd worden dat deze zekerheid nog niet is uitgebreid met de kennis van onze overlijdensdatum, hoewel deze datum steeds meer lijkt te kunnen worden uitgesteld. Over veertig jaar verwacht ik dat dit niet anders zal zijn, tenzij de door ingenieur en (succesvol) toekomstvoorspeller Ray Kurzweil voorspelde intelligente computers bewaarheid worden, welke computers intelligentie en verwerkingscapaciteit van de mens zullen vergroten en die omgekeerd de inhoud van onze hersenen kunnen kopiëren naar een machine die in essentie op dezelfde manier zou werken, zodat wij het 'eeuwige leven' verkrijgen.[178]

Als we terugkeren naar de zekerheid dat wij vooralsnog niet vervangen zullen worden door machines maar door onze rechtsopvolgers, brengt dit ons wederom bij Kleyn: *'(…) Dit onontkoombare feit, dat we afstand moeten doen van onze aardse bezittingen, kunnen we enigszins verzachten door de mogelijkheid te scheppen dat tevoren geregeld wordt, wie de opvolgers in het vermogen zullen worden.*

177 Kleyn 1969a, p. 281.
178 Zie <http://www.nrc.nl/wetenschap/2013/02/20/fantast-interviewt-visionair/>

Voegen wij bij beide elementen "onzekerheid wanneer" en "regeling voor daarna" tezamen, dan doet zich een probleem van uitvoering voor. Nu de toekomstige erflater niet weet op welk moment de overgang zal plaatshebben, is het moeilijk van te voren vast te stellen, wat zal worden nagelaten en wie alsdan in het land der levenden achter zullen zijn gebleven om als uitverkorenen op te treden.'[179]

Om vervolgens zijn inleiding beeldend te besluiten: '*Het is als met de prinses, aan wie is voorspeld, dat op een goede dag eens de prins zal komen, die haar zal bevrijden. Eigenlijk zou zij elke dag een nieuw paard moeten zadelen, dat die dag het best uitgerust is. Evenzo zou elke potentiele erflater iedere dag een nieuw testament moeten maken, hetwelk met de situatie van die dag het meest overeenkomt. Evenals de prinses deze zorg aan haar bedienden opdraagt, zo zou een erflater de regeling op de dies ultima willen overlaten aan een vertegenwoordiger.*'[180]

Kortom: in hoeverre bestaat naar huidig erfrecht de mogelijkheid voor de testateur om de invulling van zijn uiterste wil aan een derde over te laten?

Hoewel de behoefte aan delegatie middels allerlei in het testament geboden keuzemogelijkheden veelal een fiscale achtergrond heeft, blijft het vraagstuk naar de geoorloofdheid van de wilsdelegatie een civielrechtelijk vraagstuk. Het vraagstuk blijft tot op de dag van vandaag actueel, getuige de parlementaire behandeling van de per 1 januari 2010 gewijzigde Successiewet 1956. De staatssecretaris van Financiën schrijft aan de Tweede Kamer onder andere hierover: '*Naar aanleiding van de gesignaleerde ontwikkeling dat in testamenten steeds meer keuzemogelijkheden voor de erfgenamen en legatarissen worden opgenomen, komt de vraag op of er bij testamenten met zeer vergaande keuzemogelijkheden nog wel sprake is van de uitvoering van de wil van de erflater. De vraag wanneer er nog wel en wanneer er geen sprake meer is van de uitvoering van de wil van de erflater is evenwel een vraag van civielrechtelijke aard. Een grens valt hier moeilijk te bepalen. Ook in de literatuur bestaat hierover discussie. Hoe groter de keuzevrijheid van de erfgenamen en legatarissen, hoe minder er sprake is van de uitvoering van de wil van de erflater. Ik zie de gesignaleerde tendens met lede ogen aan. Echter bij de toepassing van de Successiewet geldt als algemeen uitgangspunt dat zo veel mogelijk wordt aangesloten bij hetgeen civielrechtelijk geldt. Het is evenwel niet aan mij als staatssecretaris van Financiën om te bepalen wat civielrechtelijk nog wel als uiterste wil van de erflater geldt en wat niet meer.*'[181]

Voor het fiscale deel is het dus een cruciale vraag of de keuzetestamenten civielrechtelijk wel geldige uiterste wilsbeschikkingen opleveren. Het gaat het bestek van dit hoofdstuk te buiten de wilsdelegatie uitgebreid te behandelen. Desalniettemin zal ik in het navolgende trachten kort uiteen te zetten welke delegatie geoorloofd is en in het bijzonder of het keuzelegaat mogelijk een

179 Kleyn 1969a, p. 281.
180 Kleyn 1969a, p. 281.
181 *Kamerstukken II* 2009, 31 930, nr. 38, p. 9.

beschikking oplevert die strijdig is met het zogenoemde erfrechtelijke delegatieverbod.

5.5.2.1 Het delegatieverbod

De wet kent geen definitie van wilsdelegatie. Bauduin verstaat eronder '*een bepaalde bevoegheidsverlening door de erflater bij uiterste wil aan een bepaald persoon, de gedelegeerde, waarmee deze aan de hand van de eigen wil binnen een bepaalde of redelijke termijn de uiterste wilsbeschikking van erflater nader kan invullen en daarmee de beoogde rechtsgevolgen nader kan vaststellen.*'[182] Bauduin maakt in haar dissertatie 'Wilsdelegatie in het erfrecht' wat betreft de wilsdelegatie een onderscheid tussen het delegeren ten aanzien van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking en het delegeren ten aanzien van de werking van de uiterste wilsbeschikking. Als voorbeeld van delegatie naar inhoud van de uiterste wilsbeschikking geeft Bauduin het legaat van '(…) *mijn handboeken erfrecht aan diegene van mijn neefjes die mijn broer Y binnen zes weken na mijn overlijden zal aanwijzen*'.[183] Alsdan wordt het subject van de uiterste wilsbeschikking (i.c. de legataris) gedelegeerd. Men kan bij het vraagstuk van delegatiemogelijkheden naar 'inhoud' ook het object van de uiterste wilsbeschikking (i.c. omvang van het legaat) onderscheiden.[184] Van de delegatie ten aanzien van de werking van de uiterste wilsbeschikking geeft Bauduin als voorbeeld: '*Mijn vriend X krijgt mijn handboeken erfrecht gelegateerd, tenzij mijn broer Y dit niet wil.*'[185]

De rechtvaardiging voor een beperking van de mogelijkheden om de invulling van de uiterste wilsbeschikking door een derde te kunnen laten invullen, wordt vaak in verband gebracht met het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals neergelegd in art. 4:42 lid 3 BW: '*Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen.*' Uit de parlementaire geschiedenis wordt over art. 4:42 lid 3 BW door de minister opgemerkt: '*Het derde lid van artikel 4.3.1.2 regelt uitdrukkelijk dat een uiterste wilsbeschikking slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt. Daarmee blijft de mogelijkheid bestaan dat de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van de verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander.*'[186]

Bauduin komt in haar dissertatie tot de conclusie dat de hoogstpersoonlijkheid van art. 4:42 lid 3 BW slechts een formeel geldigheidsvereiste betreft en niets zegt over uiterste wilsbeschikkingen waarvan de werking of de inhoud

182 Bauduin 2014 (dissertatie), p. 11 (nr. III. van de Inleiding en verantwoording). Zie ook Bauduin 2011, p. 941, noot 4.
183 Bauduin 2014 (dissertatie), p. 12 (nr. III. van de Inleiding en verantwoording).
184 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.1, p. 225.
185 Bauduin 2014 (dissertatie), p. 12 (nr. III. van de Inleiding en verantwoording).
186 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771.

afhankelijk is gesteld van andermans wil.[187] Het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking zoals neergelegd in art. 4:42 lid 3 BW heeft volgens Bauduin dus geen betrekking op het materiële aspect van de uiterste wilsbeschikking zodat dit artikellid nog niets bepaalt over de vraag of de erflater hoogstpersoonlijk uiterste wilsbeschikkingen kan maken die delegatiebevoegdheden bevatten.[188] Bauduin leest in art. 4:42 lid 3 BW dan ook geen algemeen delegatieverbod.[189] Volgens Breemhaar vloeit mede uit het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking wel een verbod van wilsdelegatie voort inhoudende 'dat het rechtsgevolg waarop een uiterste wilsbeschikking is gericht, door de erflater *zelf* dient te worden bepaald.'[190] Perrick betoogt dat de eis dat de uiterste wil de wil van de erflater is te ver gaat en dat de grens gevonden moet worden bij 'de beschikking afhankelijk stellen van de willekeur van een ander'. Op deze manier kan een beschikking wel mede afhankelijk zijn van de wil van een derde, maar dient de erflater daarbij de derde aan een richtsnoer te binden.[191] Zo bepaalt de legataris bij een keuzelegaat mede wat hem gelegateerd is, aldus Perrick.[192] Ook F.W.J.M. Schols ziet op grond van de parlementaire geschiedenis 'willekeur' als grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde delegatie. Voor de testamentenpraktijk betekent dit volgens Schols dat aan de erflater de mogelijkheid wordt geboden om keuzetestamenten te maken, zij het dat de erflater dan de marsroute mee moet geven die bij het uitvoeren van het testament (en de te maken keuzes op het moment van overlijden) bewandeld moet worden.[193] Van Mourik vult het 'willekeurscriterium' nog nader in door op te merken dat er zijns inziens sprake is van het afhankelijk stellen van de beschikking van de willekeur van een ander als de beschikking voldoende bepaaldheid mist.[194] Bauduin toetst de toelaatbaarheid van wilsdelegatie aan het bepaaldheidsvereiste en aan de aard van de soorten beschikkingen en acht het willekeurscriterium van ondergeschikte betekenis indien er door de gedelegeerde wordt gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.[195]

Zonder allerlei praktische consequenties van het leerstuk van de wilsdelegatie te behandelen, ben ik geneigd om de omvang van het leerstuk grotendeels te laten bepalen door de door de wet aan de beschikkingen gestelde eisen om op grond daarvan te concluderen of sprake is van een geldige erfstelling, legaat

187 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 3.5.4, p. 138. Zie uitgebreid hierover hoofdstuk 3 van haar dissertatie.
188 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 7.2.4.5, p. 338 en par. 3.5.3.4, p. 137.
189 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 7.2.4.7, p. 339.
190 Breemhaar 1992, nr. 74, p. 60.
191 Asser/Perrick 4 2013/148.
192 Asser/Perrick 4 2013/148.
193 Handboek Erfrecht 2011, VI.1.8, p.117.
194 Van Mourik 2013a, nr. 46, p. 109.
195 Bauduin 2011, p. 950. Zie ook uitgebreid deel II en III van Bauduin 2014 (dissertatie).

of last. In navolging van Bauduin ben ik van oordeel dat de aard van de soorten beschikkingen hierbij een belangrijke rol speelt: roept de beschikking goederenrechtelijke wijzigingen (een erfstelling) of enkel verbintenisrechtelijke wijzigingen (een legaat) in het leven?[196] Nu de wet nergens expliciet rept over een delegatieverbod, lijkt het mij logisch om aan te nemen dat indien sprake is van (bijvoorbeeld) een geldige erfstelling, niet snel aangenomen kan worden dat tevens sprake is van ongeoorloofde delegatie. In wezen zou mogen worden aangenomen dat de wetgever met het geven van een definitie voor een door de wet aangemerkte geldige uiterste wilsbeschikking, tevens met die definitie probeert ongeoorloofde delegatie te voorkomen. Hierbij speelt art. 4:42 BW, dat een definitie geeft van een uiterste wilsbeschikking, uiteraard een rol omdat altijd ook in algemene zin bepaald moet worden of is voldaan aan de eisen van een uiterste wilsbeschikking. Ik breng op deze plaats bijvoorbeeld de discussie omtrent het testamentaire aanbod tot koop als uiterste wilsbeschikking in herinnering.

Door voor het delegatieleerstuk vooral aansluiting te zoeken bij de grenzen die al uit het wettelijke systeem volgen (uit de algemene definitie van een uiterste wilsbeschikking in art. 4:42 BW en uit de definities van de in de wet aangemerkte uiterste wilsbeschikkingen), dient niet de indruk te worden gewekt dat hiermee per definitie de poorten naar een ruimhartig delegatiebeleid zijn geopend. Ik ben namelijk van oordeel dat uit het wettelijk systeem de nodige delegatiegrenzen kunnen worden afgeleid, zoals ik hieronder zal toelichten. Ik ben mij er tevens van bewust dat men zich bij het vraagstuk naar de delegatiemogelijkheden dient te realiseren dat het erfrecht in (economische) eigendomsverhoudingen ingrijpt. Hiernaast acht ik het van belang dat de wetgever er in algemene zin naar streeft om geen vermogen buiten het handelsverkeer te houden. Vergelijk in dat kader art. 3:83 BW waarin de overdraagbaarheid van vermogensrechten voorop wordt gesteld. Dit streven naar de in beginsel vrije verhandelbaarheid van vermogensrechten kan in gevaar komen indien ruime erfrechtelijke delegatiemogelijkheden zouden leiden tot onzekerheid na het overlijden van de erflater over bijvoorbeeld de erfgenamen en daarmee tot onduidelijkheid over de voor de schulden van de nalatenschap aan te spreken personen. Daarnaast kan het erfrecht diep in het handelsverkeer ingrijpen indien de erflater voor langere tijd over zijn graf heen regeert. Men kan denken aan allerlei in het testament opgenomen 'meer'trapsmakingen (bij een dergelijke meervoudige overgang is de verwachter tevens bezwaarde voor een hem opvolgend tweede verwachter) zodat het vermogen van de erflater meermalen onder algemene titel overgaat.[197]

196 Bauduin 2011, p. 947 en in het bijzonder noot 49. Zie uitgebreid hierover deel II en III van Bauduin 2014 (dissertatie).

197 Zie over de 'meer'trapsmaking bijv. Stollenwerck 2007, p. 7, par. 2 en Brinkman 2013, p. 437-438, par. 6.

Om duidelijk te maken dat uit de wet zelf al de nodige (delegatie)grenzen volgen, wijs ik op art. 4:115 BW. Volgens dit artikel is een erfstelling '*een uiterste wilsbeschikking, krachtens welke de erflater aan een of meer daarbij aangewezen personen zijn gehele nalatenschap of aandeel daarin nalaat*'. Zoals in par. 4.3.1 is besproken, betekenen de woorden 'daarbij aangewezen' in de definitie dat een derde niet kan bepalen wie de erfgenamen (subject van de erfstelling) zijn en de erfgenamen met het oog op de rechtszekerheid onmiddellijk identificeerbaar moeten zijn.[198] Men kan dus stellen dat de erfstelling waarbij de erfgenamen door een derde kunnen worden aangewezen ongeoorloofde delegatie oplevert, maar men kan met net zo veel recht beweren dat reeds de definitie van de erfstelling in art. 4:115 BW voor deze beschikking een stokje steekt.[199]

Zelfs de vraag of een flexibele erfstelling (bijvoorbeeld dat een erfdeel van de langstlevende echtgenoot zo wordt vastgesteld dat de grote vrijstelling voor de erfbelasting volledig wordt benut)[200] kan men, zo meen ik, oplossen zonder het leerstuk van de wilsdelegatie uit de kast te halen. De vraag of delegatie ten aanzien van de erfdelen mogelijk is, ziet – in de onderscheiding die Bauduin maakt – op het object van de erfstelling.[201] Een erfstelling waarbij de omvang van een erfdeel afhankelijk wordt gesteld van de vrijstelling voor de erfbelasting is op grond van art. 4:115 BW geldig als het niet (i.c.) de langstlevende is die de omvang van het erfdeel bepaalt, maar waar de omvang van het erfdeel op het moment van het overlijden vaststaat, zij het dat nog enig rekenwerk verricht moet worden.[202] Het erfdeel is dus zonder een derde te bepalen. Van Mourik spreekt in dit verband van een objectief bepaalbaar erfdeel en merkt op dat art. 4:115 BW het heeft over het nalaten van 'een

198 Interessant zijn de gedachtes bij wijze van hypotheses van Bauduin dat de rechtszekerheid ook bij een naar geldend recht niet mogelijke aanwijzing door een derde van de erfgenamen niet in gevaar hoeft te komen indien men de door de derde gekozen erfgenamen als erfgenamen onder opschortende voorwaarde zou opvatten waarbij de versterferfgenamen dan als primaire erfgenamen onder ontbindende voorwaarde dienen te worden aangemerkt, zodat nooit zwevend vermogen zou ontstaan. Vervolgens zou Bauduin geen bezwaar hebben tegen een erfstelling met keuzemogelijkheid ten aanzien van de erfgenamen, dat wil zeggen dat de erflater de derde een keuzemogelijkheid biedt ten aanzien van de te bepalen erfgenamen zodat gesproken kan worden van een afgebakende bepaalbaarheid die ruimte biedt voor subjectieve elementen. Zie Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.2.2.4 t/m par. 5.2.3.4, p. 211-218. Indien een dergelijke erfstelling met keuzemogelijkheid mogelijk zou zijn geweest, merk ik wel op dat men zich kan afvragen of een erflater het wenselijk zou vinden dat de versterferfgenamen in een goederenrechtelijke verhouding komen te staan met de door de derde gekozen erfgenamen.

199 Vgl. Handboek Erfrecht 2011, VI.1.8, p.117-118 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.2.

200 Hiermee wordt niet bepleit gebruik te maken van dergelijke merkwaardige erfstellingen. Een van een vrijstelling afhankelijk legaat verdient dan de voorkeur. Hier komt voor de estate planning bij dat een erfstelling niet gedeeltelijk aanvaard kan worden, hetgeen bij een legaat (van een geldbedrag) wel tot de mogelijkheden behoort, zeker indien men de mogelijkheid van gedeeltelijke aanvaarding van het legaat expliciet regelt in het testament.

201 Zie Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.2.4.

202 Zie ook Van Mourik 2009, p. 480-481, Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, p. 1026-1027 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.24.

aandeel' en niet over 'een bepaald aandeel'.[203] Bauduin voegt daaraan toe dat de wettekst evenmin spreekt van een 'daarbij aangewezen aandeel'.[204]

Een erfstelling die de langstlevende de mogelijkheid geeft om gebruik te maken van regeling A of regeling B, in welke regelingen allebei een erfstelling is opgenomen, en de langstlevende echtgenoot de keuze geeft om te kiezen welke regeling (met verschillende erfstellingen) van toepassing is, strandt op hetgeen bepaald is in art. 4:115 BW jo. 4:42 lid 3 BW (wat betreft het laatste artikellid betreft slechts indien men niet enkel een formeel aspect daarin leest[205]). Immers: de langstlevende kan op deze manier zijn erfdeel en de overige vererving regelen, hetgeen echter exclusief is voorbehouden aan de erflater.[206] Men kan op bovenvermelde erfstelling het etiket ongeoorloofde delegatie plakken, welke conclusie echter al voortvloeit uit de grenzen die de wet met de gegeven definitie van de uiterste wilsbeschikking 'erfstelling' heeft aangegeven. Bauduin benadrukt dan ook dat het bepaalbaarheidsvereiste in dit verband doorslaggevend is en concludeert: '*Gelet op de aard van de erfstelling, zullen de erfdelen op het moment van erflaters overlijden steeds objectief duidelijk moeten zijn.*'[207]

5.5.2.2 Het delegatieverbod en het legaat

Wat betekent het zogenoemde delegatieverbod voor de mogelijkheden van de erflater om te legateren?

In de definitie van het legaat (art. 4:117 BW lid 1: '*Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent.*') ontbreken – anders dan bij de definitie van de erfstelling – de woorden 'daarbij aangewezen'. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat, naast de bestaanseis op het moment van overlijden voor de legataris (welke eis ook

203 Van Mourik 2009, p. 480-481.

204 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.2.4.2, p. 219. Gezien de goederenrechtelijke belangen die bij een op de nalatenschap als vermogenseenheid betrekking hebbende erfstelling spelen, hanteert Bauduin een goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste met objectieve maatstaf voor de vaststelling van de omvang van de erfdelen. Desalniettemin merkt zij ook op dat de onzekerheid over de omvang van de erfdelen in feite slechts een verbintenisrechtelijke onzekerheid betreft aangezien de goederenrechtelijke belangen bij het bekend zijn van de erfgenamen gewaarborgd zijn, zodat betoogd kan worden dat voor de omvang van de erfdelen ook met een bepaaldheidsvereiste met subjectieve elementen (zoals het oordeel van een derde) volstaan kan worden. Zie Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.2.4.2, 5.2.4.3 en 5.2.5, p. 220-224. Bauduin heeft in dit kader vooral oog voor de onzekerheid omtrent aansprakelijkheid voor de schulden van de nalatenschap (art. 4:182 lid 2 BW) en is dus impliciet van oordeel dat onzekerheid over de omvang van de erfdelen in verband met de opvolging van rechtswege van voor overgang vatbare rechten, bezit en houderschap ex art. 4:182 lid 1 BW niet tot goederenrechtelijke bezwaren hoeft te leiden.

205 Vgl. Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.2.4.3, p. 220-221.

206 Vgl. Van Mourik 2009, p. 480-481.

207 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.2.5, p. 223.

geldt voor de erfgenaam, art. 4:56 BW), de eis wordt gesteld dat de mogelijkheid tot identificatie van de legataris op grond van de uiterste wilsbeschikking onmisbaar is, maar niet de eis wordt gesteld dat de identificatie al bij het openvallen van de nalatenschap moet kunnen geschieden.[208] Anders dan een erfgenaam (zie art. 4:182 BW) volgt de legataris de erflater bij diens overlijden niet van rechtswege op in diens goederen en schulden. De situatie dat de legataris na het overlijden nog geïdentificeerd moet worden, resulteert niet in onzekerheid over de aansprakelijkheid voor schulden van de nalatenschap, hetgeen wel zou dreigen als erfgenamen nog later zouden mogen worden geïdentificeerd. Dit geeft de erflater bij het bepalen van de legataris, anders dan bij het benoemen van de erfgenamen, meer delegatieruimte.[209] Het al eerder aangehaalde legaat aan de winnaar van de Nobelprijs voor de Vrede in het sterfjaar van de erflater is dan ook mogelijk.[210] De persoon wordt immers door de erflater in zijn hoedanigheid bepaald. De vaststelling van de legataris kan derhalve onomstotelijk na de prijsuitreiking worden voltooid. Een notaris doet er uiteraard verstandig aan om in het testament een regeling te treffen voor bijvoorbeeld het geval dat er in het betreffende jaar geen of misschien juist meer prijswinnaars zijn. Terzijde merk ik op dat de door de erflater opgenomen te volgen route als noodzakelijk onderdeel van de uiterste wilsbeschikking, gezien het vormvereiste van een uiterste wil waarin de uiterste wilsbeschikking moet worden opgenomen (art. 4:42 lid 3 en art. 4:94 BW), uit de uiterste wil zelf moet blijken.[211]

Zwalve meent dat een legaat ten gunste van een persoon die door een derde wordt gekozen uit meer personen die door de erflater zijn aangewezen, geen ongeoorloofde delegatie oplevert.[212] Het gaat in dit geval dus niet om een legataris die kan kiezen wat gelegateerd wordt (object van de beschikking), maar het betreft hier de keuze door een derde van de legataris (subject van de beschikking). Zwalve acht een wettelijke regeling van het legaat met keuzemogelijkheid gewenst, waarbij in eerste instantie bepaald zou moeten worden dat: '*Een testamentaire beschikking, door middel waarvan de aanwijzing van een erfgenaam of legataris afhankelijk wordt gemaakt van een derde nietig is*'.[213] Vervolgens zou dan in een tweede lid bepaald dienen te worden: '*Desalniettemin is geldig de beschikking onder bijzondere titel ten gunste van een persoon, te kiezen door*

208 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 726 en MvT, Parl. Gesch. Boek 4, p. 2001; zie ook par. 4.3.2.4.
209 Vgl. Handboek Erfrecht 2011, VI.1.8, p.118.
210 Zie o.a. Breemhaar 1992, nr. 74, p. 60.
211 Zie o.a. Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221. Hierin wordt wel opgemerkt dat het handelen van de gedelegeerde getoetst moet worden aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid zodat een buiten het testament om gegeven – nietige – instructie wel zijn invloed kan doen gelden.
212 Zwalve 1983, p. 162-163.
213 Zwalve 1983, p. 162-163.

de bezwaarde of een derde, uit meerdere personen die door de erflater zijn aangewezen.'[214] In reactie op de suggestie van Zwalve, schrijft de minister ten tijde van de parlementaire behandeling van de Invoeringswet dat hij geen behoefte heeft aan een regeling als door Zwalve is voorgesteld.[215] Zoals eerder geciteerd, laat de minister tevens weten dat de mogelijkheid blijft bestaan dat *'de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van de verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander.'*[216] Men kan zich afvragen hoe deze opmerking van de minister zich verhoudt met zijn toelichting bij het schrappen van de woorden 'daarbij aangewezen' in de definitie van het legaat in art. 4:117 BW. In de toelichting had de minister immers opgemerkt dat het schrappen geen wijziging brengt in de eis dat de personen (lees: legatarissen) zelf door de erflater moeten worden aangewezen (en niet door een ander).[217]

Het door Zwalve bedoelde legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris wordt ondanks de eerdere uitlatingen in de parlementaire geschiedenis dus door de minister uitdrukkelijk erkend, mits het legaat niet afhankelijk wordt gesteld van de willekeur van een ander. In de door Bauduin in haar dissertatie gemaakte indeling valt het legaat met keuzemogelijkheid onder de vraag in hoeverre delegatie naar inhoud van de uiterste wilsbeschikking (te weten het subject van de uiterste wilsbeschikking: de legataris) mogelijk is. Bauduin komt in haar onderzoek tot de conclusie dat – gezien het verbintenisrechtelijk karakter van het legaat en het soepele bepaaldheidsvereiste dat ten aanzien van verbintenisrechtelijke verhoudingen geldt – voor de inhoud van het legaat kan worden volstaan met bepaalbaarheid.[218] Indien de erflater meer personen noemt, kan hij de keuze wie de legataris zal zijn volgens Bauduin aan een ander overlaten.[219] Er is dan immers sprake van een bepaalbaar subject. De vraag luidt vervolgens of hiermee eveneens wordt voorkomen dat sprake is van willekeur (hetgeen niet mag volgens de minister), waardoor sprake is van ongeoorloofde delegatie. Bauduin constateert echter dat het bepaaldheidsvereiste niet kan voorkomen dat er willekeurig wordt gehandeld door de derde die de legataris moet kiezen, ook al is de groep potentiële legatarissen door de erflater afgebakend. De kans op willekeurig handelen neemt volgens Bauduin hooguit af naarmate de erflater in zijn uiterste wil nog andere objectieve richtlijnen geeft.[220] Te denken valt bijvoorbeeld aan

214 Zwalve 1983, p. 163.
215 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 1771.
216 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 1771.
217 Zie in samenhang MvT, Parl. Gesch. Boek 4, p. 2001 en Mva II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 717. Zie ook par. 4.3.2.4.
218 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.4, p. 231.
219 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.4, p. 231.
220 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.6.2.2, p. 315-316.

de erflater die een bepaald geldbedrag aan een lid van de PvdA wil legateren (afgebakende groep) en voorts als richtlijn meegeeft dat het lid minimaal 5 jaar lid moet zijn. Hoewel de groep door deze eis verder wordt verkleind, ligt willekeur bij de keuze van een persoon binnen deze groep nog steeds op de loer. Bauduin pleit er dan ook voor het willekeurcriterium niet meer in te vullen door te toetsen aan de vraag of de uiterste wilsbeschikking voldoende bepaaldheid mist (zie ook par. 5.5.2.1) maar door te bezien of wordt gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.[221] De redelijkheid en billijkheid zorgen volgens Bauduin voor de nodige objectivering en corrigeren willekeurig handelen.[222] Het willekeurcriterium van de minister geeft zij dan ook een positieve draai door te constateren dat het de erflater in beginsel is toegestaan 'zijn beschikking afhankelijk te stellen van andermans redelijk oordeel.'[223]

Met de opvatting van Bauduin, waarbij de invulling van het begrip willekeur met 'onvoldoende bepaalbaar' verlaten wordt, lijken de mogelijkheden te zijn vergroot om een legataris door een derde te laten aanwijzen uit een door de erflater afgebakende groep. Voor het verschijnen van het proefschrift van Bauduin meende ik dat het voor het voorkomen van willekeur zondermeer nodig zou zijn dat de erflater de derde meegeeft op welke manier de legataris (uit de afgebakende groep) gekozen moet worden. Of in de woorden van Perrick: de derde moet door de erflater aan een richtsnoer worden gebonden.[224] Dit valt mijns inziens prima te onderbouwen met een verwijzing naar art. 4:117 jo. 4:42 BW: indien een derde zelf de legataris mag uitkiezen, is niet voldaan aan het vereiste dat de erflater zelf in de uiterste wilsbeschikking aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent, ook al kan men uiteindelijk concluderen dat een van de door de erflater aangewezen personen een vorderingsrecht zou hebben verkregen. De erflater dient zelf toe te kennen, waarbij enkel de identificatie volgens de door het testament aangewezen weg (via een derde) op een later tijdstip dan het overlijden van de erflater kan worden voltooid. Het door Zwalve mogelijk geachte legaat, levert mijns inziens dan ook een nietige uiterste wilsbeschikking op indien aan de derde geen enkel richtsnoer is gegeven.[225] Gezien het onderzoek van Bauduin kan men hier echter met recht anders over denken aangezien men kan concluderen dat het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van een afgebakende groep potentiële legatarissen (bij naam of in hoedanigheid) zonder verdere richtlijn zondermeer geldig is waarbij willekeur door handelen van de derde met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid kan worden voorkomen. In par.

221 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.6.1, p. 314 en par. 6.6.4, p. 318-319.
222 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.6.4, p. 318-319 en par. 7.4.5, p. 350-351.
223 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.6.4, p. 319.
224 Asser/Perrick 4 2013/148.
225 Zie ook Asser/Perrick 4 2013/148 en Breemhaar 1992, nr. 74, p. 60.

6.4.1.5 zal ik echter in het kader van de afbakening van een legaat en een (onbenoemde persoonlijke) last mijn eigen visie geven over de vraag wanneer een beschikking met een keuzemogelijkheid ten aanzien van de begunstigde nog als legaat zou dienen te kwalificeren. Ik besteed daar ook aandacht aan de vraag in hoeverre de grootte van de groep mogelijk begunstigden nog afbreuk kan doen aan de kwalificatie van de beschikking als legaat en de rechtsverhouding tussen de potentiële legatarissen en de derde die een keuze moet maken.

In elk geval merk ik op deze plek al op dat de erflater die behoefte heeft aan een mogelijkheid om de begunstigde door een derde te laten aanwijzen, dit altijd kan bereiken door de erfgenaam de testamentaire last op te leggen om een bedrag uit te keren aan een door hem te bepalen persoon, ongeacht of de erflater de mogelijk begunstigden heeft genoemd in zijn uiterste wil. De lastbevoordeelde heeft, anders dan de legataris, geen vorderingsrecht en kan in rechte geen nakoming vorderen. Luijten en Meijer merken over de lastbevoordeelde dan ook op dat deze '*door de erflater slechts ruim [kan] worden aangeduid, waarbij degene die met de last bezwaard is binnen die aanduiding vrij is iemand te kiezen, die het voordeel van de last deelachtig zal worden.*'[226] Ook Bauduin ziet ruime mogelijkheden voor wilsdelegatie bij het opnemen van een testamentaire last: '*De last betreft met andere woorden noch goederenrechtelijke, noch verbintenisrechtelijke verhoudingen. Hierdoor geldt voor de last een heel soepel bepaaldheidsvereiste, dat ruimte biedt voor subjectieve elementen van anderen en daarmee dus voor wilsdelegatie.*'[227]

5.5.2.3 Het delegatieverbod en het keuzelegaat

Hierboven kwam – in de indeling van Bauduin – delegatie ten aanzien van de legataris (het subject van het legaat) aan de orde. Daarnaast kan men de vraag stellen naar delegatie ten aanzien van de omvang van het legaat (het object van het legaat), zoals in het kader van het keuzelegaat. Bauduin merkt in algemene zin over delegatie ten aanzien van het object van het legaat het volgende op: '*Het legaat is* (…)*, evenals bijvoorbeeld de koop- of schenkingsovereenkomst, een bron van verbintenissen. Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor een legaat is dan ook hetzelfde als het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor bijvoorbeeld de schenking. Ofwel: bepaalbaarheid voldoet en er is ruimte voor subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde. Althans voorzover Boek 4 BW niet uitdrukkelijk anders bepaalt. En dit doet Boek 4 BW niet.*
Art. 6:227 BW brengt mee dat het object van een verbintenis niet steeds in alle bijzonderheden hoeft te zijn bepaald.(…)'[228]

226 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 244.
227 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.4.7, p. 246.
228 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.3.1, p. 233.

Terugkerend naar de resterende vraag naar de geoorloofdheid van de in par. 5.5.1 besproken mogelijkheden voor de legataris bij keuzelegaten om zelf te bepalen wat onder het legaat valt, merkte Kraan in 1989 al op dat de geldigheid van een dergelijk keuzelegaat door niemand wordt betwist.[229] De vraag luidt vervolgens: waarom niet?

In de literatuur wordt meermalen als belangrijkste argument naar voren gebracht dat een keuzelegaat (bijvoorbeeld het legaat van alle tot de nalatenschap behorende goederen die de legataris verkiest) gezien moet worden als een bundeling van afzonderlijke legaten, te weten: net zoveel legaten als dat er zaken worden aangetroffen in de nalatenschap.[230] Een legaat van al die goederen die de legataris zal verkiezen wordt ook wel aangeduid als een universeel 'keuzelegaat'.[231] Vervolgens wordt aangevoerd dat de legataris bevoegd is om het ene legaat te aanvaarden en het andere te verwerpen. Hierbij zij echter opgemerkt dat voor de verkrijging van een legaat in beginsel geen aanvaarding nodig is.[232] Art. 4:201 lid 1 BW luidt immers: '*Een legaat*

229 Kraan 1989, p. 428.

230 Zie o.a. Kraan 1989, p. 428, Handboek Erfrecht 2011, VI.1.8, p.118, Van Mourik 2013a, nr. 46, p. 109 en nr. 24, p. 51-52, Van Mourik 2010, p. 465-466, Van Mourik 1994, p. 800, Bauduin 201, p. 941, noot 1 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.3.2, p. 234-235.

231 Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57, Van Mourik 2013a, nr. 24, p. 51-52 en nr. 46, p. 109.

232 Het betreft hier de verkrijging van het vorderingsrecht, hetgeen dus zonder aanvaarding mogelijk is (vgl. art. 6:5 lid 2 en art. 7:175 lid 2 BW). Dit laat onverlet dat een aanvaarding door de legataris vervolgens bij de afgifte van het gelegateerde door levering (art. 3:84 BW) wel is vereist. Overigens geeft lid 2 van art. 4:201 BW een belanghebbende de mogelijkheid om de kantonrechter te verzoeken de legataris een termijn te stellen, waarbinnen de legataris moet verklaren of hij al dan niet verwerpt. Bij gebreke van een verklaring binnen de gestelde termijn, verliest de legataris de bevoegdheid om het legaat te verwerpen. Kolkman merkt op dat, gelet op HR 4 september 2009, *RN* 2009, 97, het voor de hand ligt, ook wanneer het testament een termijn noemt waarbinnen de legataris zich dient uit te spreken, bij gebreke van een uitspraak binnen die termijn alsnog een verklaring van de legataris te eisen, desnoods via de route van artikel 4:201 lid 2 BW (zie Kolkman 2009, p. 90). Het ongebruikt laten van de testamentaire termijn heeft immers in beginsel niet tot gevolg dat de legataris geen aanspraak meer kan maken op de begunstiging, nu uit de arresten van de Hoge Raad van 4 september 2009, *RN* 2009, 97 (zie ook onderdeel 15 van de conclusie van de A-G) en HR 27 mei 1995, *NJ* 1994, 536 kan worden afgeleid dat een aan een legaat verbonden tijdsbepaling een nadere omlijning oplevert van de ingevolge het legaat bestaande verplichting het gelegateerde aan de legataris af te geven, maar niet kan worden aangemerkt als een afzonderlijke verplichting, die bestaat naast en moet worden onderscheiden van de uit het legaat voortvloeiende verbintenis. Dit kan anders zijn als de erflater in zijn testament aan het keuzelegaat niet alleen een tijdsbepaling heeft verbonden maar voorts zelf uitdrukkelijk in zijn testament heeft bepaald dat het keuzelegaat komt te vervallen indien de legataris niet binnen een bepaalde periode na het overlijden van de erflater verklaart dat hij van dit keuzelegaat gebruik wenst te maken; zie Rechtbank Haarlem 11 april 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW3948. De Rechtbank Haarlem '*is dan ook van oordeel dat de bewoordingen van het testament een duidelijke zin hebben en, nu [gedaagde sub 1] niet binnen de genoemde termijn een beroep heeft gedaan op het keuzelegaat, het keuzelegaat thans, overeenkomstig de bewoordingen van het testament, is vervallen.*' (r.o. 4.7).

wordt verkregen zonder dat een aanvaarding nodig is, behoudens de bevoegdheid van de legataris om het legaat te verwerpen zolang hij het niet aanvaard heeft.' Men dient dan dus in de vermelde redenering aan te nemen dat de legaten, met betrekking tot de goederen die niet zijn gekozen, door de legataris zijn verworpen.[233] Dit heeft echter tot gevolg dat art. 30 SW van toepassing is, op grond waarvan het verschuldigde bedrag van de erfbelasting ten gevolge van verwerping (in casu: van het legaat) geen vermindering ondergaat. Van Mourik neemt dan ook aan dat alle legaten zijn gemaakt onder opschortende voorwaarde van aanvaarding.[234] Als de legataris aanvaardt, hebben we dan volgens Van Mourik met een normaal legaat te maken. Hoewel ik deze gedachtelijn van Van Mourik volg, stel ik mij niet zonder meer op het (fiscaal aantrekkelijke) standpunt dat een keuzelegaat, zonder nadere bepaling, kan worden geduid als een legaat onder opschortende voorwaarde (van aanvaarding). Deze voorwaarde dient naar mijn mening te blijken uit de uiterste wilsbeschikking, temeer omdat van het wettelijk systeem wordt afgeweken, te weten: dat voor de verkrijging van een legaat geen aanvaarding nodig is (art. 4:201 BW). Op grond van dit wettelijk systeem zou men een keuzelegaat namelijk eveneens kunnen duiden als een legaat onder *ontbindende* voorwaarde (van verwerping).

Men ontkomt aan de discussie of bij een keuzelegaat sprake is van een legaat onder opschortende voorwaarde (van aanvaarding) of onder ontbindende voorwaarde (van verwerping) als men het keuzelegaat kwalificeert als een wilsrecht. De legataris verkrijgt alsdan een wilsrecht om door het uitbrengen van een verklaring een vorderingsrecht te verkrijgen. Ik verwijs voor de fiscale gevolgen hiervan naar par. 7.2.1.3 en 7.2.2.3. Ik ga echter in het vervolg uit van het keuzelegaat als een bundeling van afzonderlijke legaten (net zoveel legaten als dat er zaken worden aangetroffen in de nalatenschap), die de legataris kan verwerpen.[235]

Van een keuze van de inhoud van één legaat hoeft dus – bij de bevoegdheid om het ene legaat te aanvaarden en het andere te verwerpen – geen sprake te zijn, aldus Kraan.[236] Men komt volgens de bovenstaande gedachtegang dus niet noodzakelijkerwijs terecht in de sfeer van delegatie, laat staan in de sfeer van ongeoorloofde delegatie.[237] Om F.W.J.M. Schols te citeren: 'De legataris bepaalt weliswaar indirect wat gelegateerd is, maar de vererving van de nalatenschap is niet slechts van de wil van de legataris afhankelijk,

233 Zie Van Mourik 2009, p. 480-481.
234 Van Mourik 2009, p. 480-481 en Van Mourik 2010, p. 465-466.
235 Zie o.a. Kraan 1989, p. 428, Handboek Erfrecht 2011, VI.1.8, p.118, Van Mourik 2013a, nr. 46, p. 109 en nr. 24, p. 51-52, Van Mourik 2010, p. 465-466, Van Mourik 1994, p. 800, Bauduin 201, p. 941, noot 1 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.3.2, p. 234-235.
236 Kraan 1989, p. 428.
237 Kraan 1989, p. 428, Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221 en Handboek Erfrecht 2011, VI.1.8, p.118.

doch *mede* van de wil van de legataris.'[238] Ook ik ben van oordeel dat bij een keuzelegaat in beginsel geen sprake is van delegatie, zodat de vraag naar de geoorloofdheid achterwege kan blijven.

Zelfs een keuzelegaat met betrekking tot alle goederen van de nalatenschap past zonder problemen in het erfrechtelijk systeem. Een benadeling van schuldeisers van de erflater speelt niet, nu de legataris een achtergestelde positie heeft ten opzichte van de overige schuldeisers van de nalatenschap en de legaten kunnen worden verminderd (zie art. 4:7 lid 1 sub h en lid 2 BW, alsmede art. 4:120 BW). Ondanks de mogelijkheid voor de legataris om, indien de schuld uit legaat op een of meer erfgenamen rust, zich te verhalen op goederen van de nalatenschap volgens de hoofdregel van art. 4:184 lid 1 BW, wordt dit verhaal op de goederen van de nalatenschap namelijk vervolgens in art. 4:120 lid 1 BW beperkt: '*Schulden van de nalatenschap uit een legaat worden slechts ten laste van de nalatenschap voldaan, indien alle andere schulden van de nalatenschap daaruit ten volle kunnen worden voldaan*.'[239] Het verhaal van de legataris op de goederen van de nalatenschap wordt hiermee achtergesteld bij alle andere schulden van de nalatenschap. Dit is een begrijpelijke positie, zo leze men in de parlementaire toelichting: '*Het laagst in rang zijn schulden uit hoofde van een legaat, zoals tot uiting is gebracht in artikel 4.4.2.4* [nu art. 4:120 BW; GGBB]. *Dit heeft goede grond: voordat men anderen bevoordeelt, moet men eerst zijn eigen schulden voldoen*.'[240] Voor zover de nalatenschap niet toereikend is om de schulden uit legaten te voldoen uit de erfdelen van de erfgenamen op wie zij rusten, worden de legaten verminderd (art. 4:120 lid 2 BW). Lid 4 van art. 4:120 BW bepaalt dat de vermindering van een legaat geschiedt door een verklaring aan de legataris door de met het legaat belaste erfgenaam of, bij de wettelijke verdeling, door de echtgenoot die immers ook alle schulden moet voldoen (zie art. 4:13 lid 2 BW en art. 4:14 lid 1 BW).[241] Indien het legaat niet uit de erfdelen van de erfgenamen op wie zij rusten voldaan kan worden en

238 Handboek Erfrecht 2011,VI.1.8, p.118. Zo ook (o.a.) Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221 en Asser/Perrick 4 2013/148.

239 Art. 4:120 lid 1 BW is mijns inziens echter overbodig, aangezien de achtergestelde voldoening van de legataris ten laste van de nalatenschap al blijkt uit de voorrangsregeling van art. 4:7 lid 2 BW.

240 Nota II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 2011.

241 Zie HR 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3643, *NJ* 2013, 488, waarin de Hoge Raad overwoog dat de executeur en de vereffenaar verplicht zijn om (quasi-) legaten te verminderen: '(…) *De executeur heeft op grond van art. 4:144 lid 1 BW onder meer tot taak de schulden van de nalatenschap te voldoen die tijdens zijn beheer uit de goederen van de nalatenschap behoren te worden voldaan. Tot die taak kan behoren dat de executeur legaten vermindert teneinde de andere schulden van de nalatenschap daaruit ten volle te kunnen voldoen (art. 4:120 BW).*' (r.o. 3.5.2) en '(…) *De hoedanigheid van [verweerster] van executeur is gewijzigd in de hoedanigheid van vereffenaar toen zij de erfenis beneficiair aanvaardde (art. 4:195 en art. 4:149 lid 1, aanhef en onder d, BW). Ook de vereffenaar heeft tot taak de schulden van de nalatenschap te voldoen, en ook tot zijn taak behoort voor zover voor dat doel noodzakelijk dat hij legaten of uitkeringen als de onderhavige vermindert (art. 4:211 BW).*' (r.o. 3.5.3).

zodoende wordt verminderd, voorkomt lid 5 van art. 120 BW echter dat de aansprakelijke personen te vroeg juichen: zij blijven 'met hun gehele vermogen' aansprakelijk voor de voldoening van het gehele legaat, uiteraard voor zover de betreffende erfgenaam voor de schuld uit het legaat aansprakelijk is.[242] Kortom: een keuzelegaat met betrekking tot alle goederen van de nalatenschap (zonder inbrengverplichting) kan pas worden uitgevoerd als eerst alle door de wet aangemerkte schuldeisers van de nalatenschap zijn voldaan. Dat er wellicht door uitvoering van het keuzelegaat amper of geen privé-vermogen resteert voor de erfgenamen, omdat feitelijk de gehele de nalatenschap onder bijzondere titel naar de legataris overgaat, is op de aard van de beschikking niet van invloed.[243]

Toch acht ik niet in alle situaties een keuzelegaatregeling gevrijwaard van het ongeoorloofde delegatiegevaar. Wat bijvoorbeeld te denken van een testament waarin ten behoeve van de langstlevende echtgenoot de volgende keuzelegaten zijn opgenomen:[244]

1. keuzelegaat volle eigendom tegen inbreng waarde;
2. keuzelegaat vruchtgebruik tegen inbreng waarde;
3. keuzelegaat volle eigendom vrij van inbreng waarde;
4. keuzelegaat vruchtgebruik vrij van inbreng waarde.

Daarnaast is de langstlevende benoemd tot erfgenaam voor 1/100e gedeelte van de nalatenschap en de kinderen voor 99/100e gedeelte.

De Kamer van Toezicht Rotterdam oordeelde in een tuchtrechtelijke zaak over een door een notaris opgemaakt testament met de hierboven vermelde regeling dat '(…) *de Kamer klagers niet* [kan] *volgen in de redenering dat sprake is van nietige keuzelegaten wegens strijd met het bepaaldheidvereiste of verboden wilsdelegatie. De gekozen legaatvormen zijn immers niet in strijd met de wet.*'[245] Dit oordeel werd vervolgens door het Hof Amsterdam (Notariskamer) gevolgd.[246] Ik vraag mij echter af of de overweging van de Kamer van Toezicht civielrechtelijk houdbaar is. Bezien wij de bovenstaande opgenomen keuzelegaatregeling, op grond waarvan de langstlevende kan kiezen uit vier keuzelegaten, nader, dan kunnen er weinig bezwaren worden aangevoerd tegen de geldigheid van de keuzelegaten afzonderlijk. Men betreedt naar mijn mening echter wel het terrein van de ongeoorloofde delegatie als de vier keuzelegaten in samenhang worden bekeken. De langstlevende krijgt namelijk – indien men het keuzelegaat 1 én 3 of 2 én 4 gezamenlijk bekijkt – de moge-

242 Zie ook Commissie Erfrecht 2011, commentaar bij art. 4:120 lid 5 BW, p. 25.
243 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 203.
244 Ontleend aan Hof Amsterdam (Notariskamer) 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599. Zie ook Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.3.3, p. 235-236.
245 Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-notarissen te Rotterdam, uitspraak gedaan op 13 augustus 2009, te raadplegen via: <http://tuchtrecht.overheid.nl/YC0398>.
246 Hof Amsterdam (Notariskamer) 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599, r.o. 6.1.

lijkheid om zelf te bepalen of hij de waarde zal inbrengen. Nu de inbrengverplichting in de regel gekwalificeerd dient te worden als een sublegaat ten behoeve van de gezamenlijke erfgenamen (lees: de kinderen), bepaalt de langstlevende dus of sprake is van een sublegaat aan de kinderen.[247] Ik kan tot geen andere conclusie komen dan dat dit ongeoorloofde delegatie oplevert. Het is immers de erflater die bepaalt of er een sublegaat aan de kinderen wordt toegekend en niet een derde (de langstlevende in dit geval). De keuzelegaten op zichzelf zijn zonder meer geldig, alleen de combinatie van de keuzemogelijkheden resulteert mijns inziens in ongeoorloofde delegatie.[248] Bauduin komt in haar onderzoek over wilsdelegatie in het erfrecht echter in dit geval tot een andere – minder stellige – conclusie.

Of de hierboven bedoelde keuze – die de echtgenoot wordt geboden om te bepalen of sprake is van een sublegaat – toelaatbaar is, dient volgens Bauduin niet beantwoord te worden in het licht van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking en het daarvoor geldende bepaaldheidsvereiste. Het betreft hier volgens Bauduin met name de *werking* van de uiterste wilsbeschikking, namelijk:
a. 'er is een sublegaat, tenzij je dit niet wilt' of;
b. 'er is een sublegaat, indien je dit wilt'.[249]

Variant a levert een ontbindende (potestatieve) voorwaarde op welke volgens Bauduin niet in strijd is met het wezen van het sublegaat. In variant b is volgens haar sprake van een potestatieve voorwaarde die alleen ontoelaatbaar is indien (i.c.) de langstlevende niet handelt met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.[250] Bauduin concludeert: '*Aan de hand van de formuleringen in de uiterste wil en de interpretatie hiervan, evenals aan de hand van het handelen van de echtgenote, zal zodoende moeten worden beoordeeld of de delegatiebevoegdheid toelaatbaar is.*'[251]

In de visie van Bauduin zal in een bovenstaand geval dus niet zondermeer geconcludeerd kunnen worden dat sprake is van ongeoorloofde delegatie. In variant b wordt de geoorloofdheid van de gemaakte beschikking afhankelijk geacht van de vraag of de langstlevende, op wie het sublegaat zou komen te rusten, handelt met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Overigens betwijfel ik of de (zuiver) potestatieve opschortende voorwaarde (zoals

247 Zo ook Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.3.3, p. 236, die het als volgt verwoordt: '*Zij* [de langstlevende; GGBB] *kan anders gezegd, als ik mij in termen van overeenkomstenrecht uitdruk, bepalen of er sprake is van een 'koop' (legaat tegen inbreng van de waarde) of van een 'schenking' (legaat zonder inbreng van de waarde): 'kies maar tussen koop of schenking'. En als ik mij vervolgens weer in erfrechtelijke termen uitdruk: 'bepaal maar of het sublegaat werkt of niet.*''

248 Vgl. Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, p. 1027.

249 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.3.3, p. 236.

250 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.7, p. 320.

251 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.7, p. 320.

hierboven in variant b is vermeld) toelaatbaar wordt enkel omdat geconstateerd kan worden dat is gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Bovendien is het voor mij niet duidelijk hoe een dergelijke vraag beantwoord moet worden. In welk geval kan geconcludeerd worden dat de langstlevende eigenlijk onredelijk handelt indien zij geen gebruik maakt van de mogelijkheid om een sublegaat tot stand te laten komen? Het lijkt dat Bauduin bij het handelen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid veronderstelt dat er sprake van moet zijn dat er een redelijk oordeel is gevormd, zodat de totstandkoming van de verbintenis niet louter van de enkele wil afhangt en daarmee niet nietig is.[252] De vraag resteert echter wanneer sprake is van een redelijk oordeel en wat in de bovenstaande casus door de langstlevende zou moeten worden meegewogen om tot een redelijk oordeel te komen.

5.6 Het legaat aan een erfgenaam

5.6.1 Algemeen

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de mogelijkheid om een erfgenaam een legaat toe te kennen. Van oudsher wordt een legaat aan een erfgenaam aangeduid als een 'prelegaat'.

In het Romeinse recht bestond naast het 'gewone' prelegaat een bijzondere vorm van een prelegaat: het 'legatum per praeceptionem' (hierna: het voorafnemingslegaat). Het voorafnemingslegaat verschafte de erfgenaam, ten laste van de (mede-)erfgenamen, een zaak welke bij de verdeling van de nalatenschap vooraf genomen kon worden. De zaak werd dus bij wijze van verdeling afgegeven en niet door een levering (zie par. 2.3.5). Bij het 'gewone' prelegaat verkreeg de erfgenaam-legataris het gelegateerde goed als legataris voor het deel dat de andere mede-erfgenamen tot het goed gerechtigd waren. Als erfgenaam verkreeg hij verder het deel waartoe hij zelf als erfgenaam gerechtigd was. Voor zover het legaat ongeldig was omdat het legaat in het Romeinse recht niet ten laste van de erfgenaam zelf kon komen, kwam hem dit deel als erfgenaam toe. Uiteindelijk werd het gelegateerde wel geheel verkregen door de erfgenaam/legataris, zij het dat het deel dat hij niet als legataris verkreeg (iure legati), hij als erfgenaam reeds had verkregen (iure hereditario). Van belang is dus om zich te realiseren dat een gewoon prelegaat geen verkrijging ten laste van de erfgenaam zelf opleverde zodat Voet om die reden voor het Romeins-Hollands recht uiteenzette dat bij een prelegaat de regel dat 'niemand

252 Zie Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.4.4.3, p. 299. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012/175 waar wordt opgemerkt dat indien een oordeel van de schuldenaar is gevormd met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid (en dus de grenzen van de redelijkheid niet overschrijdt), de verbintenis niet afhangt van de willekeur van de schuldenaar.

van zichzelf kan verkrijgen' ('nemo a se ipso capere potest') niet van toepassing is.[253]

Hieronder zal bezien worden of, en zo ja in hoeverre, in het huidige Nederlandse erfrecht een legaat aan een erfgenaam effect sorteert en onder welke titel(s) dan verkregen wordt. Een erfgenaam verkrijgt immers onder algemene titel, terwijl het legaat een opvolging onder bijzondere titel bewerkstelligt. Krijgt de legataris het aandeel waartoe hij als erfgenaam al gerechtigd was als legataris (of in navolging van het Romeinse recht) als erfgenaam? Dit kan namelijk van belang zijn voor de vraag welk deel bij een legaat tegen inbreng moet worden ingebracht. Kennen wij een onderscheid tussen een 'gewoon' prelegaat en het voorafnemingslegaat? En in hoeverre levert het legaat de erfgenaam-legataris een voordeeltje op? Tot slot rijst de voor de estate planningspraktijk relevante vraag of een legaat aan de langstlevende echtgenoot (als erfgenaam) effect sorteert als de wettelijke verdeling van toepassing is.

De hierboven gestelde vragen hebben al de nodige pennen in beweging gebracht.[254] Ik streef er echter naar om de in deze discussie naar voren gebrach-

253 Voet, Pand, ad Lib. XXX, XXXI, XXXII, de legatis et fideicommissis, 7: Praelegata quod attinet, in iis locum non habet regula superior, quod nemo a se ipso capere possit; ex ratione, quia praelegata heres partim jure hereditario, parte jure legati capit; jure quidem legati pro illis partibus, quibus alii defuncto heredes sunt, jure vero hereditario pro ea parte, qua ipse heres est (…). ('Wat betreft prelegaten vindt de bovenstaande regel, dat niemand van zichzelf kan verkrijgen, hier geen toepassing. Dit is daarom omdat de erfgenaam deels als erfgenaam deels als legataris verkrijgt. Hij verkrijgt als legataris wat aangaat die delen waartoe de overige erfgenamen gerechtigd zijn, doch als erfgenaam wat aangaat het deel waartoe hij zelf erfgenaam is.') Zie tevens Asser/Perrick 4 2013/659.

254 Zonder volledigheid na te streven noem ik: A.J.H. Pleysier, 'Het effect van de 'wettelijke verdeling' van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot op een legaat aan de langstlevende echtgenoot in het sinds 1 januari 2003 geldende Nederlandse erfrecht (art. 4:13 BW)', in: R. van den Berg & G. van Niekerk (red.), *Libellus ad Thomasium. Essays in Roman law, Roman-Dutch law and legal history in honour of Philip J. Thomas*, [Pretoria]: University of South Africa Press 2010, p. 299-313, A.J.H. Pleysier, 'Het effect van een legaat aan de langstlevende op de wettelijke verdeling', *JBN* 2011 (3) 17, A.J.H. Pleysier, 'Het legaat aan een erfgenaam in het komend erfrecht (Terug naar Schellens / Schellens)', *De Notarisklerk* 1393 (2000), p. 201-205, P.W. van der Ploeg, 'Verkrijgen wat men reeds heeft', *WPNR* 5697 (1984), p. 285-289, Kolkman 2006, nr. 1.9.7.1, p. 134-136 en nr. 1.9.11, p. 143-145, W.D. Kolkman & P.F. Veltman, 'Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten? (I)', *WPNR* 6592 (2004), W.D. Kolkman & P.F. Veltman, 'Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten? (II, slot)', *WPNR* 6593 (2004), W.D. Kolkman & P.F. Veltman, 'Naschrift op de reactie van G.A. Tuinstra & J.M.M. Laumans-van der Wijst op "Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten?" van mr. W.D. Kolkman en mr. P.F. Veltman WPNR (2004) 6592 en 6593', *WPNR* 6604 (2005), G.A. Tuinstra & J.M.M. Laumans-van der Wijst, 'Reactie op "Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten?" van mr. W.D. Kolkman en mr. P.F. Veltman WPNR (2004) 6592 en 6593', *WPNR* 6604 (2005), P. Blokland & W.M. Kleyn, 'De facultatieve wettelijke verdeling: het redelijke alternatief', *Estate Planner* juni 2007, Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 207, Van Mourik 2013a, nr.

te standpunten over de mogelijkheden van een legaat aan erfgenamen niet te veel te herhalen, maar direct stelling te nemen en gaandeweg te kijken welke hobbels ik op mijn weg bij de onderbouwing van mijn stellingname tegenkom.

5.6.2 Het prelegaat als gewoon legaat?

In het navolgende zal ik bepleiten dat het legaat aan een erfgenaam in wezen niet verschilt van een legaat aan een willekeurige derde. De regels over legaten zijn dan ook onverkort op het legaat aan een erfgenaam van toepassing en er is naar mijn mening geen behoefte (meer) aan een onderscheid tussen een 'gewoon' legaat en het prelegaat (dan wel het specifieke voorafnemingslegaat).

Het legaat aan een erfgenaam is, gelijk elk ander legaat, een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub h BW), die ten laste komt van de gezamenlijke erfgenamen, tenzij anders is bepaald door de erflater (art. 4:117 lid 2 BW).

Bovendien, zo volgt expliciet uit de parlementaire geschiedenis, is het krachtens legaat leveren aan een erfgenaam niet aan te merken als een verdeling, maar te beschouwen als de nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een deelgenoot in de zin van art. 3:182, tweede volzin BW.[255]

Daarnaast kent ons wetboek – in tegenstelling overigens tot in veel continentale wetten[256] – geen specifieke regeling voor een legaat aan een erfgenaam en lijkt het dus geen onderscheid te maken tussen de legataris die wel of niet tevens erfgenaam is. Dit laat onverlet dat het enig erfgenaamschap met zich kan brengen dat een verbintenis tot levering van het gelegateerde teniet kan gaan op grond van art. 6:161 BW. Om het wellicht in de ogen van sommige (met name Romeinsrechtelijk georiënteerde) auteurs hierboven ingenomen boude standpunt kracht bij te zetten, behandel ik eerst beknopt enkele arresten over een erfgenaam die tevens legataris of op andere grond een schuldeiser van de nalatenschap is.

5.6.2.1 Rechtspraak erfgenaam-schuldeiser

De Hoge Raad overwoog in het voor de positie van de erfgenaam-legataris belangrijke Schellens-arrest (HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126) dat '(…) *geen grond bestaat de positie van zulk een legataris anders te beoordelen, indien hij, behalve*

24, p. 51 en nr. 43.1, p. 91, Van Mourik, 'Rechtsvragen rubriek. 3. Wettelijke verdeling en legaat ten behoeve van de echtgenoot', *WPNR* 6740 (2008), p. 108, Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57 enVII.2.1, p. 147-148, Asser/Perrick 4 2013/659 en Breemhaar 1992, nr. 169, p. 119-120.

255 NvW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 613.

256 Zie voor voorbeelden Pleysier 2010, p. 306, noot 26.

legataris, ook kind en erfgenaam van den erflater is'. Annotator Beekhuis schrijft onder het arrest in dit verband: '*Het valt nu niet in te zien, waarom de erflater de bevoegdheid zou missen aan een erfgenaam bepaalde zaken te vermaken in dier voege, dat de bepalingen betreffende legaten van toepassing zullen zijn.*'

Over het legaat aan een erfgenaam overwoog de Hoge Raad in het hierboven aangehaalde Schellens/Schellens-arrest onder meer dat '(…) *het rechtskarakter van een legaat meebrengt dat hij die dit geniet, het gelegateerde goed verkrijgt onder bijzonderen titel;*

O. dat het middel berust op de stelling dat, indien, zoals hier, een legaat gemaakt is aan een persoon die tevens behoort tot de erfgenamen van den erflater, deze het gelegateerde goed niet, als andere legatarissen, onder bijzonderen titel, doch onder algemenen titel verkrijgt;

O. dat als grond voor die stelling onder a wordt aangevoerd dat de verkrijging van de gelegateerde zaak alsdan geschiedt bij scheiding, ten onrechte evenwel, aangezien die zaak, ook indien aan een erfgenaam gelegateerd, niet behoort tot hetgeen tussen de erfgenamen moet worden gescheiden en gedeeld en de legataris de afgifte daarvan uit den onverdeelden boedel kan vorderen; (…)

O. dat, wat tenslotte het onder d gestelde betreft, de omstandigheid dat blijkens 's Hofs beslissing de onderhavige 33 aandelen aan M. Schellens — voor het geheel en niet slechts voor een gedeelte — als legaat werden vermaakt, meebracht dat de desbetreffende testamentaire beschikking haar voor het geheel in de positie van een legataris heeft gesteld en niet slechts voor zodanig gedeelte als waartoe zij tot die aandelen, zonder het legaat, als erfgename niet gerechtigd zou zijn geweest, waaruit volgt dat het legaat als de titel van verkrijging voor het geheel en niet slechts voor zodanig gedeelte van die aandelen behoort te worden aangemerkt;
dat zij mitsdien de haar als legaat vermaakte aandelen voor het geheel onder bijzonderen titel heeft verworven (…).'

De erfgenaam-legataris verkrijgt het gelegateerde goed dus volgens de Hoge Raad voor het geheel als legataris onder bijzondere titel, dus ook het deel wat hij reeds als erfgenaam had. Zoals bekend is de legataris een schuldeiser van de nalatenschap. De positie van erfgenaam en tevens schuldeiser van de nalatenschap, treft men bijvoorbeeld ook aan als de erflater aan de erfgenaam een goed heeft verkocht en dit goed nog niet voor het overlijden van de erflater is geleverd. Een half jaar voor het Schellens-arrest had de Hoge Raad reeds uitgemaakt dat voor de erfgenaam-schuldeiser gold dat '*[h]et voldoen aan een vordering, die één der erfgenamen op de erflater heeft, levert ook niet op een gedeeltelijke scheiding en deling (…).*'[257] Annotator Beekhuis merkt ook hier op dat '*[i]s een goed uit de boedel door de erflater verkocht aan een erfgenaam, dan speelt dit goed voor de boedelscheiding geen rol meer. De situatie is dan niet anders dan wanneer het goed verkocht is aan een derde.*'

257 HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10.

De beide hierboven aangehaalde arresten werden bevestigd in de jaren tachtig van de vorige eeuw.

Uit HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 580 werd nogmaals duidelijk dat de erfgenaam-legataris het gehele gelegateerde goed onder bijzondere titel verkrijgt en eventuele verplichtingen van de erflater (i.c.: een door de erflater gesloten overeenkomst met betrekking tot het onroerend goed dat tevens gelegateerd is) dus niet op de legataris overgaan. Overigens laat dat onverlet dat de erfgenaam-legataris als erfgenaam, net als de overige erfgenamen, wel schadeplichtig kan zijn, naar gelang het erfdeel, voor de schade die ontstaan is (vanwege de onmogelijkheid om de overeenkomst nog na te leven door de uitvoering van het legaat). Met andere woorden: de erfgenaam-legataris blijft als erfgenaam verbonden aan de verplichtingen, tenzij de schuldeiser hem ervan ontslaat.[258]

HR 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224 bevestigde dat: '[i]*ndien, zoals hier, een deelgenoot in een nalatenschap een tot de boedel behorend goed van de erflater heeft gekocht, verkrijgt die deelgenoot door de levering dat goed in zijn geheel ter uitvoering van de koop*.' (r.o. 4.2). Annotator Kleyn merkt op dat de HR in navolging van de A-G beslist dat de '*eigendomsoverdracht krachtens koop ook omvat het zich intussen reeds in eigendom bij de koper krachtens erfrecht bevindende onverdeeld aandeel in het thans geleverde goed.*'[259] A-G Moltmaker voelde in zijn Conclusie er het meest voor om goederenrechtelijk het als volgt te zien: de koper verliest op het moment van de levering krachtens koop zijn eigendom als erfgenaam en krijgt op datzelfde ondeelbare moment zijn eigendom onder bijzondere titel terug.[260]

De positie van de erfgenaam-schuldeiser uit hoofde van legaat of koop van de erflater in de hierboven onder het oude recht gewezen arresten is niet anders als een schuldeiser die geen erfgenaam is. Immers blijkt de gerechtigdheid als erfgenaam met betrekking tot het gelegateerde of verkochte geen afbreuk te doen aan de verkrijging van het gehele goed als legataris dan wel als koper.

5.6.2.2 Beoordeling rechtspraak erfgenaam-schuldeiser

Nu de Hoge Raad meermalen overwoog dat het gelegateerde of verkochte niet behoorde tot hetgeen tussen de erfgenamen moet worden gescheiden en gedeeld, en de legataris of koper de afgifte daarvan dan ook uit de onverdeelde boedel kan vorderen, is hiermee duidelijk, in elk geval voor het OBW-recht, dat het goed aan de erfgenaam-schuldeiser niet bij wijze van verdeling aan

258 Zie Asser/Perrick 4 2013/659 en Smalbraak, 'Verkrijging onder algemene- en bijzondere titel NBW 3.4.4.1', *NJB* 1983, p. 421 en 422 en het naschrift van W.M. Kleyn.

259 Punt 4 annotatie W.M. Kleyn bij HR 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224.

260 Conclusie onder 3.3. van A-G. Moltmaker bij HR 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224.

de schuldeiser (legataris of koper) toekomt. Voor het Romeinsrechtelijke legaat bij voorafneming, dat *wel* bij wege van verdeling moest worden afgegeven,[261] lijkt geen plaats te zijn in de aangehaalde arresten. Ook het Romeinsrechtelijke 'gewone' prelegaat, waarbij gedeeltelijk als legataris en gedeeltelijk als erfgenaam verkregen werd (te weten: de verkrijging als legataris van die delen waartoe de overige erfgenamen gerechtigd zijn, en als erfgenaam van het deel waartoe hij zelf erfgenaam is), vindt men niet in de arresten van de Hoge Raad terug. Sterker nog: de Hoge Raad komt tot een uitkomst van het legaat aan een erfgenaam, te weten dat het geheel als legaat verkregen wordt (los van de verdeling), die niet denkbaar was in het Romeinse recht. Men kan zich afvragen hoe de Hoge Raad tot die uitkomst kwam. Diverse auteurs, waaronder Pleysier en Van der Ploeg, suggereren dat de Hoge Raad wellicht tot zijn beslissing in de Schellens-zaak is gekomen door de (verkeerde) interpretatie die A-G Van Oosten in zijn Conclusie geeft van een uitspraak van Voet.[262] Nu Voet uiteenzette dat bij een prelegaat de regel dat 'niemand van zichzelf kan verkrijgen' ('nemo a se ipso capere potest') niet van toepassing is (omdat er niets ten laste van hemzelf komt nu het deel van het gelegateerde dat overeenkomt met het erfdeel als erfgenaam wordt verkregen),[263] concludeerde Van Oosten uit de uitspraak van Voet over de niet toepasselijkheid van de 'nemo-regel' ten onrechte dat de prelegataris juist wel het gedeelte, waarvoor hij erfgenaam is, als legataris kan opeisen.[264] Van Oosten veranderde het Romeinsrechtelijke gewone prelegaat op die manier in een legaat dat geheel als legataris verkregen wordt en daardoor meer qua uitkomst (het verkrijgen van het geheel) leek op een voorafnemingslegaat, zij het dat geen sprake was van toedeling zoals in het Romeinse recht. Zoals eerder aangehaald, nam de Hoge Raad de uitkomst van Van Oosten, de verkrijging door de erfgenaam-legataris van het geheel als legataris, over.[265]

Pleysier merkt over de uitkomst op dat de Hoge Raad hiermee rekening houdt met de bedoeling van de erflater.[266] Ook in Asser-Perrick wordt opgemerkt dat de Hoge Raad in de Schellens-zaak voor de beslissing cruciale waarde

261 Zie Gai. Inst. 2, 217 en 219.

262 Pleysier 2010, p. 307 en Van der Ploeg 1984, p. 287.

263 Voet, Pand, ad Lib. XXX, XXXI, XXXII, de legatis et fideicommissis, 7: Praelegata quod attinet, in iis locum non habet regula superior, quod nemo a se ipso capere possit; ex ratione, quia praelegata heres partim jure hereditario, parte jure legati capit; jure quidem legati pro illis partibus, quibus alii defuncto heredes sunt, jure vero hereditario pro ea parte, qua ipse heres est (…). ('Wat betreft prelegaten vindt de bovenstaande regel, dat niemand van zichzelf kan verkrijgen, hier geen toepassing. Dit is daarom omdat de erfgenaam deels als erfgenaam deels als legataris verkrijgt. Hij verkrijgt als legataris wat aangaat die delen waartoe de overige erfgenamen gerechtigd zijn, doch als erfgenaam wat aangaat het deel waartoe hij zelf erfgenaam is.') Zie tevens Asser/Perrick 4 2013/659.

264 Conclusie A-G Van Oosten bij HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126.

265 HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126.

266 Pleysier 2010, p. 308.

toekent aan de wil van de erflater, nu er wordt overwogen 'dat het *voor het geheel is vermaakt* en mitsdien het legaat voor het geheel als titel van verkrijging moet worden aangemerkt.'[267] Als bezwaar van deze uitkomst kan volgens Pleysier worden beschouwd dat hiermee tevens wordt geaccepteerd dat de legataris voor zijn eigen breukdeel zowel schuldenaar-erfgenaam en schuldeiser-legataris is en het vreemd is dat de legataris voor zijn eigen breukdeel aan zichzelf moet leveren.[268] Dit laatste bezwaar relativeert hij overigens direct zelf door op te merken dat een levering aan zichzelf zich ook bij de verdeling kan voordoen.[269] Bovendien kan men zich afvragen of de erfgenaam-legataris daadwerkelijk iets verkrijgt wat hij reeds heeft. Inderdaad kan ik niet ontkennen dat de erfgenaam reeds (voor een onverdeeld aandeel) gerechtigd is tot de nalatenschap waarin zich het gelegateerde goed bevindt. Echter, op de erfgenamen (en dus óók op de erfgenaam-legataris zelf wat betreft diens erfdeel) rust een verplichting tot levering van het gelegateerde, een schuld van de nalatenschap.[270] Deze leveringsverplichting verdwijnt pas na uitvoering daarvan. Na levering van het gelegateerde verkrijgt de legataris dus het gelegateerde goed, zonder dat daar nog een leveringsverplichting op rust. In zoverre zou men dus kunnen verdedigen dat de legataris, die tevens erfgenaam is, iets anders heeft verkregen dan hij reeds als erfgenaam had.

Pleysier ziet in de uitkomst van de Hoge Raad, mijns inziens ten onrechte zoals ik hierna zal uiteenzetten, een legaat bij voorafneming (het Romeinsrechtelijke 'legatum per praeceptionem'), dat vóór alle (ver)deling moet worden afgegeven maar welke legaatsvorm niet in het oude erfrecht en ook niet in het huidige erfrecht wettelijk is geregeld.[271] Pleysier vraagt zich (ook voor het huidige recht) af of het arrest van de Hoge Raad tevens ruimte laat voor een ander prelegaat dan dat door een legaat bij voorafneming indien de erflater uitdrukkelijk in het testament zou bepalen dat sprake is van een 'gewoon' legaat.[272] Ik vraag mij af of Pleysier hiermee bedoelt dat hij niet uitsluit dat een legaat aan een erfgenaam voor een deel als legataris en voor een deel als erfgenaam kan worden verkregen (het eerder door mij genoemde 'gewone' prelegaat; zie par. 5.6.1), temeer daar hij opmerkt dat deze oplossing min of meer zijdelings in het Schellens-arrest is verworpen.[273] Ik acht deze oplossing, ook voor het huidige recht, echter niet denkbaar, zoals in de volgende subparagraaf zal worden verdedigd.

---

267 Asser/Perrick 4 2013/659.
268 Pleysier 2010, p. 308-309.
269 Pleysier 2010, p. 309 onder verwijzing naar zijn artikel: A.J.H. Pleysier, 'Moet bij een toedeling de verkrijgende deelgenoot het eigen breukdeel aan zichzelf leveren?', *De Notarisklerk* 1392 (2000), p. 185-186.
270 Vgl. annotatie van Laeijendecker bij HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/149.
271 Pleysier 2010, p. 305-307 en 313 en Pleysier 2011, p. 14, par. 6.
272 Pleysier 2010, p. 307 en met name noot 33.
273 Zie Pleysier 2010, p. 309.

Hierna zal bezien worden of de door de Hoge Raad in de Schellens-zaak en daarop volgende zaken gevolgde koers waarbij een legaat aan een erfgenaam voor het geheel door de legataris onder bijzondere titel wordt verkregen, onverkort voor het huidige BW geldt en of de uitkomst in het systeem van het huidig erfrecht past. Is er inderdaad sprake van dat een legaat aan een erfgenaam een legaat bij voorafneming is? Is met de in het Schellens-arrest naar voren gekomen legaatsvorm, zoals Pleysier opmerkt, inderdaad door de wetgever geen rekening gehouden?[274] En betekent dit alles dus dat naar Nederlands recht een legaat alleen – in de kwalificatie van Pleysier – 'bij wijze van vooruitneming' kan worden gemaakt of is toch ook een prelegaat denkbaar met een gedeeltelijke verkrijging onder algemene en onder bijzondere titel? Of wordt in de arresten van de Hoge Raad meer gezien dan er eigenlijk is en is geen sprake van een andere legaatsvorm? Het moge wellicht al duidelijk zijn dat ik het meest van deze laatste opvatting gecharmeerd ben. De redenen daarvan zal ik hierna uiteenzetten.

5.6.2.3 Het legaat aan een erfgenaam in het huidige erfrecht

De vraag kan gesteld worden of met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (waaronder het erfrecht, zij het pas per 1 januari 2003) de in de zaak Schellens ingezette koers voor de behandeling van het legaat aan een erfgenaam gehandhaafd kan blijven. Het antwoord luidt: ja. Het antwoord kan men vinden in art. 3:182 tweede volzin BW en de parlementaire geschiedenis van dat artikel over de verdeling.

Artikel 3:182 BW luidt: '*Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten, die niet voortspruit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.*'

Uit de parlementaire toelichting op de eindtekst van de tweede zin van het hierboven weergegeven artikel blijkt expliciet dat de wetgever wil aansluiten bij de hierboven weergegeven rechtspraak (waaronder het Schellens-arrest), ik citeer de nota van wijziging: '*De ondergetekende wil vooropstellen dat de bepaling van de tweede zin beoogt aan te sluiten bij de huidige rechtspraak, met name bij HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en 17 januari 1964, NJ 1965, 126. In deze arresten ging het om de voldoening van een vordering uit een door de erflater met twee zijner erfgenamen gesloten koopovereenkomst, respectievelijk van een vordering uit een legaat*

274 Pleysier 2010, p. 305-306.

aan een erfgenaam, derhalve in beide gevallen om de nakoming van een schuld van de nalatenschap aan een of meer erfgenamen. In beide arresten werd aangenomen dat deze nakoming geen verdeling van de nalatenschap opleverde. Buiten twijfel is thans gesteld dat ook de tweede zin van artikel 3.7.1.11 (thans art. 3:182 BW; GGBB) *uitsluitend zodanige gevallen buiten het verdelingsbegrip beoogt te houden.'*[275]

Kortom: hetgeen uit het Schellens-arrest onder het OBW volgde, te weten dat de voldoening van een legaat aan een erfgenaam de nakoming van een schuld van de nalatenschap is en dus geen verdeling opleverde, is voor het nieuwe recht gecodificeerd in de tweede volzin van art. 3:182 BW. Het door de erfgenamen leveren van een goed aan een van de erfgenamen krachtens een met de erflater gesloten koopovereenkomst levert dus ook onder het NBW geen verdeling op, zoals ook al volgde uit het arrest van 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10.

Men zou bij het bovenstaande kunnen opmerken dat uit de parlementaire geschiedenis niet met zo veel woorden volgt dat het legaat (altijd) voor het *geheel* werking heeft als legaat en het dus niet ondenkbaar is dat er enkel voor het deel dat de legataris geen erfgenaam is, inderdaad sprake van de uitvoering van een legaat kan zijn en het overige deel onder algemene titel bij de erfgenaam-legataris terechtkomt. Verdedigd zou dan kunnen worden, zoals Pleysier op grond van de Schellens-zaak niet lijkt uit te sluiten, dat het legaat alleen voor het geheel onder bijzondere titel wordt verkregen als uit het testament niet valt af te leiden dat sprake is van een 'gewoon' prelegaat, bijvoorbeeld omdat het gelegateerde geheel vermaakt is of omdat expliciet in het testament staat dat het legaat vóór de deling moet worden afgegeven.[276]

Hoewel zowel uit de rechtspraak van de Hoge Raad als uit de parlementaire geschiedenis niet expliciet valt op te maken dat een legaat aan een erfgenaam altijd in het geheel onder bijzondere titel verkregen wordt, geven de rechtspraak en de parlementaire geschiedenis ook niet de geringste aanleiding om te concluderen dat een voldoening van een legaat aan een erfgenaam mogelijk is zonder dat het gelegateerde voor het geheel onder bijzondere titel door de erfgenaam-legataris verkregen wordt en de voldoening van het legaat aan een erfgenaam anders is als een legaat aan een derde. Sterker nog: de Hoge Raad overwoog in het Schellens-arrest (HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126) dat '(…) *geen grond bestaat de positie van zulk een legataris anders te beoordelen, indien hij, behalve legataris, ook kind en erfgenaam van den erflater is*'. Art. 3:182 BW laat

275 NvW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 613.

276 Zie Pleysier 2010, p. 307 en met name noot 33 en p. 312. Pleysier stelt zich namelijk de vraag of er voor het huidige recht plaats is voor een 'gewoon' prelegaat indien de erflater uitdrukkelijk in het testament zou bepalen dat sprake is van een 'gewoon' legaat. Zie ook Pleysier 2000b, p. 204 waarin Pleysier voor het huidig erfrecht een stilzwijgend legaat bij voorafneming aanneemt tenzij de erflater met zo veel woorden duidelijk maakt dat het legaat niet bij voorafneming kan worden genomen.

voorts geen andere uitkomst toe dan dat de uitvoering van een legaat aan een erfgenaam geen verdeling oplevert en dus voor het geheel onder bijzondere titel als legataris verkregen wordt. De vraag kan dan blijven of een legaat uitgevoerd kan worden op zodanige wijze dat de erfgenaam-legataris buiten de verdeling om toch voor een deel het gelegateerde onder algemene titel kan verkrijgen. Dit lijkt mij onmogelijk nu de algemene titel – bij meer erfgenamen – alleen is weggelegd voor de verkrijging krachtens de verdeling (zie ook art. 3:186 lid 2 BW). Hier loopt men dan weer op tegen de laatste volzin van art. 4:182 BW: de uitvoering van een legaat is geen verdeling en de verdeling is geen uitvoering van een legaat.

Wellicht zou men tot de uitkomst kunnen komen dat het gelegateerde weliswaar in zijn geheel door de legataris wordt verkregen maar slechts voor een deel als legataris en voor een deel als erfgenaam indien men zou menen dat de uitvoering van het legaat een gedeeltelijke vermenging oplevert voor het deel dat de legataris reeds erfgenaam is (zie art. 6:161 lid 1 BW). De verbintenis zou in die gedachtegang tenietgaan voor het deel dat de legataris (schuldeiser), erfgenaam is (en daarmee een van de schuldenaren van het legaat is), zodat de vordering en schuld zich voor dat deel in een persoon verenigen waardoor het legaat en de leveringsverplichting voor dat deel tenietgaan. Los van het gegeven dat de Hoge Raad er in het Schellens-arrest geen moeite mee had om het legaat geheel onder bijzondere titel door de erfgenaam-legataris te laten verkrijgen, bestrijd ik tevens dat (gedeeltelijk) sprake is van vermenging in de zin van art. 6:161 BW. De gemeenschap van een nalatenschap vormt namelijk, zolang er niet verdeeld is, een afgescheiden vermogen (zie ook art. 3:192 en art. 4:184 BW),[277] zodat de vordering en schuld in van elkaar gescheiden vermogen vallen in de zin van art. 6:161 lid 2 sub a BW.[278] Bovendien, zo merkt Van Es in ander verband op, betekent aansprakelijkheid voor een schuld (i.c. voor zover het legaat dus ten laste van de erfgenaam-legataris zelf komt)

277 Zie ook par. 5.6.3.2 over vermenging en het afgescheiden vermogen bij meerdere erfgenamen.

278 Overigens gaat Vegter er voor *deelbare schulden van de erflater* (art. 4:7 lid 1 sub a BW) aan zijn erfgenaam vanuit dat het afgescheiden vermogen dat de nalatenschap vormt doordat er meerdere erfgenamen zijn niet aan (gedeeltelijke) vermenging in de weg staat op het moment dat de erfgenaam de deelbare schuld van de erflater aan deze erfgenaam erft. Vegter wijst in dit verband op art. 4:182 lid 2 BW op grond waarvan de de erfgenaam van rechtswege schuldenaar wordt van schulden van de erflater (die niet met zijn dood tenietgaan) en de erfgenaam bij een deelbare prestatie verbonden is voor een deel evenredig aan zijn erfdeel. Volgens Vegter laat het in de artikelen 4:184 en 3:192 BW aan de schuldeisers van de nalatenschap toegekende verhaalsrecht 'de werking van de regels die van toepassing zijn op de overgang van de schulden op de erfgenamen onverlet'. Zie Vegter 2005, p. 358. Voor het in deze paragraaf onder meer aan de orde zijnde vraagstuk of een legaat aan een erfgenaam door vermenging (gedeeltelijk) tenietgaat, speelt art. 4:182 lid 2 BW geen rol. Een schuld uit legaat is immers *geen schuld van de erflater* in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a BW maar een schuld van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 lid 1 h BW.

niet dat die schuld voor dat deel tot het vermogen van (i.c. de erfgenaam-legataris) behoort in de zin van art. 6:161 lid 2 onder a BW. De schuld blijft volgens Van Es namelijk tot de gemeenschap behoren (art. 3:192 BW).[279] Dat de prestatie deelbaar is (bijvoorbeeld het legaat van een geldsom), zodat bij een legaat de belaste erfgenamen in beginsel ieder voor een deel, evenredig aan het erfdeel, zijn verbonden (art. 4:117 lid 3 BW), maakt het antwoord op de vraag of de schuld tot de gemeenschap blijft behoren mijns inziens niet anders.[280] Het moge overigens duidelijk zijn dat er in deze paragraaf steeds sprake van is dat de erfgenaam-legataris niet de enig erfgenaam is. In hoeverre een legaat aan de enig erfgenaam door vermenging teniet gaat, komt in par. 5.6.3 aan bod.

Het bovenstaande laat overigens onverlet dat het gelegateerde wel via een overeenkomst tot verdeling (en dus onder algemene titel) bij de erfgenaam-legataris terecht kan komen. In de eerder aangehaalde nota van wijziging bij art. 3:182 BW wordt geschreven: '*Wel een verdeling is er, wanneer een schuld als hier bedoeld* (de schuld uit legaat aan een erfgenaam of de schuld uit verkoop door de erflater aan een erfgenaam; GGBB) *wordt voldaan door inbetalinggeving (artikel 6.1.6.15)* (thans art. 6:45 BW; GGBB) *of schuldvernieuwing (bij voorbeeld afstand van de vordering tegen overbedeling van de deelgenoot-schuldeiser). Er is dan sprake van een nadere overeenkomst tussen de deelgenoten die volgens artikel 3.7.1.11* (thans art. 3:182 BW; GGBB) *een verdeling oplevert.*'[281] Pleysier onderschrijft ook de mogelijkheid dat het gelegateerde geheel onder algemene titel via 'inbetalinggeving' kan worden toegedeeld aan de legataris, waarbij Pleysier opmerkt dat '*de toestemming als bedoeld in art. 6:45 van de schuldeiser, te weten de prelegataris, (…) noodzakelijk voort[vloeit] uit zijn medewerking aan de aldus tot stand gebrachte verdeling der nalatenschap.*'[282] Ik ben het tevens met Pleysier eens dat het Schellens-arrest, waar immers werd overwogen dat de gelegateerde zaak ook '(…) *indien aan een erfgenaam gelegateerd, niet behoort tot hetgeen tussen de erfgenamen moet worden gescheiden en gedeeld* (…)', niet uitsluit, gezien ook de aangehaalde parlementaire toelichting, dat de gelegateerde zaak kan worden toegedeeld aan de erfgenaam-legataris.[283]

Tot slot zij opgemerkt dat ook op grond van de wet de mogelijkheid bestaat dat het gelegateerde goed via verdeling (en dus onder algemene titel) bij de erfgenaam-legataris terecht komt. Ik doel op de in art. 4:228 lid 2 BW neergelegde mogelijkheid dat op verlangen van een erfgenaam-legataris de schuld aan

279 Van Es 2009a, nr. 23.5, p. 45.
280 Vgl. in ander verband een andere opvatting: Perrick 2003, p. 595-596. Perrick acht bij een deelbare vordering van een erfgenaam op de nalatenschap wel gedeeltelijke vermenging mogelijk.
281 NvW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 613.
282 Pleysier 2000b, p. 205 noot 20 en p. 202-204.
283 Pleysier 2000b, p. 202-203.

hem uit – ten tijde van de verdeling opeisbaar – legaat (art. 4:7 lid 1 sub h BW) wordt toegerekend op de aandelen van de mede-erfgenamen. Deze toerekening op verlangen van de erfgenaam-legataris resulteert er dan in dat het gelegateerde goed in het kader van de verdeling aan de erfgenaam-legataris wordt toegedeeld zodat het legaat tenietgaat. Het gelegateerde goed wordt dan ook ingevolge deze wettelijke bepaling als erfgenaam krachtens verdeling en niet als legataris verkregen.[284] Vegter schrijft hierover: '*Het spreekt vanzelf dat als het legaat op deze wijze wordt "afgegeven", van een prelegaat in de door de Hoge Raad bedoelde zin, een legaat dat voor de verdeling uit de boedel wordt voldaan, geen sprake meer is.*'[285]

Vegter plaatst het 'boven op het erfdeel' te ontvangen 'prelegaat' aan een erfgenaam tegenover een legaat aan een erfgenaam welk legaat niet bedoeld is als 'prelegaat' omdat het slechts dient te bewerkstelligen dat een zeker goed uit de nalatenschap op een bepaalde wijze tussen de erfgenamen wordt verdeeld.[286] Met Perrick ben ik van opvatting dat dan geen sprake is van een legaat maar van een delingsvoorschrift.[287] Vegter concludeert echter dat de erflater rechtsgeldig een recht aan een erfgenaam kan legateren om desgewenst toedeling van een bepaald goed aan zichzelf te verlangen. Indien de legataris van dit recht gebruikmaakt, komt er volgens Vegter een obligatoire verdeling van het betreffende goed tot stand, waarna de legataris-erfgenaam vervolgens

---

284 Vegter 2015, p. 84. Vegter merkt tevens op de wetgever bij art. 4:228 lid 2 BW met name heeft gedacht aan de toerekening van een legaat tegen inbreng van de waarde aan een erfgenaam waarbij de inbrengvordering ten tijde van de verdeling van de nalatenschap opeisbaar is. Indien de inbrengvordering (als sublegaat) zelf niet opeisbaar is, acht Veger wat betreft de verkrijging ingevolge schuld uit legaat art. 4:228 lid 2 BW eveneens van toepassing. Wat betreft de inbrengvordering en de daarmee corresponderende inbrengschuld uit sublegaat die op de legataris rust (welke schuld overigens geen schuld van de nalatenschap vormt) concludeert Vegter op grond van de tekst van art. 3:184 lid 1 BW dat gedwongen toerekening van de niet-opeisbare inbrengschuld aan de erfgenaam-legataris mogelijk zou zijn. Art. 4:184 lid 1 BW vereist immers niet zoals art. 4:228 lid 2 BW dat de schuld ten tijde van de verdeling opeisbaar is. In de praktijk zal een ex art. 3:184 lid 1 BW gedwongen toerekening van de inbrengschuld in het kader van bijvoorbeeld een (keuze)legaat tegen inbreng ten behoeve van de langstlevende veelal niet wenselijk zijn, aangezien de niet-opeisbaarheid van de inbrengschuld juist dient te bewerkstelligen dat de langstlevende tijdens leven geen hinder van deze schuld ondervindt. Vegter beveelt dan ook aan om '(…) *aan de langstlevende echtgenoot het recht te legateren van de erfgenamen te kunnen verlangen dat zij zich niet op gedwongen toedeling van de inbrengvordering zullen beroepen.*' Zie Vegter 2015, p. 84-85. Indien de erflater echter niet in zijn uiterste wil een dergelijke beroep op gedwongen toedeling heeft beperkt of uitgesloten, concludeert Vegter dat op grond van het bepaalde in art. 3:184 lid 1 BW in beginsel geldt dat de niet opeisbare inbrengvordering voor haar contante waarde in de verdeling kan worden betrokken (Vegter 2015, p. 88). Zoals ik in par. 7.2.1 zal uiteenzetten zal het keuzelegaat tegen inbreng ten behoeve van de langstlevende in de regel worden gecombineerd met een klein erfdeel (zoals 1/100e) aan hem. Dientengevolge zal de eventuele gedwongen toerekening met het erfdeel dan ook beperkt van omvang zijn.

285 Vegter 2015, p. 84.

286 Vegter 2015, p. 83 en 85.

287 Asser/Perrick 4 2013/659.

van de mede-erfgenamen kan verlangen dat het toegedeelde goed aan hem wordt geleverd (art. 3:186 lid 2 BW).[288] Alsdan zou het goed krachtens verdeling door de erfgenaam worden verkregen en niet als legataris onder bijzondere titel. Aangezien geen sprake is van een prelegaat (waarbij de erflater beoogd heeft het goed voor de verdeling te doen toekomen) of van een voor het overlijden van de erflater aan een erfgenaam verkocht goed, komt men volgens Vegter niet aan de laatste zin van art. 3:182 BW toe, zodat sprake is van een verdeling.[289]

Uitgaande van de door Vegter geschetste interessante mogelijkheid om op deze manier een verdeling tot stand te brengen, zou men naar mijn mening in plaats van het opnemen van een zogenoemde quasi-wettelijke verdeling in een uiterste wil (met aan de langstlevende echtgenoot toegekende mogelijkheden om als afwikkelingsbewindvoerder en/of als executeur, bezwaard met een testamentaire last, de nalatenschap te verdelen als ware er – gedeeltelijk – een wettelijke verdeling), wellicht ook kunnen volstaan met het legateren aan de langstlevende van het recht om toedeling van alle tot de nalatenschap behorende goederen te verlangen tegen inbreng van de waarde (welke inbreng mag worden schuldiggebleven) waardoor de langstlevende (alle) goederen dan ook onder algemene titel kan verkrijgen.

Ik vraag mij echter af of het bovenstaande door Vegter bedoelde legaat resulteert in een geldige *obligatoire* verdeling in de zin van art. 3:182 BW van het betreffende goed. Aanvaardt de legataris het door de erflater verleende wilsrecht tot toedeling, dan krijgt hij weliswaar een vorderingsrecht jegens de erfgenamen om het toegedeelde geleverd te krijgen, maar daarmee zijn de gezamenlijke erfgenamen in het kader van de totstandkoming van de obligatoire verdeling dan niet vrijwillig als partij betrokken. Ik meen dat de obligatoire 'verdeling' tot stand is gekomen tussen de erfgenaam-legataris en de erflater (waarbij uiteraard geldt dat door het overlijden van de erflater – en het op dat moment werking krijgen van de uiterste wilsbeschikking – de gezamenlijke erfgenamen onder algemene titel de erflater hebben opgevolgd). De erflater is zelf echter geen deelgenoot van de nalatenschap-gemeenschap aangezien de gemeenschap (en de daarmee gepaard gaande onverdeeldheid) pas ontstaat door het overlijden van de erflater. Nu de erflater niet lijkt te kwalificeren als deelgenoot in de zin van art. 3:182 BW en de deelgenoten (de erfgenamen) niet vrijwillig medewerken aan de obligatoire verdeling, kan men zich de vraag stellen of een dergelijke aan de erfgenamen opgelegde verdeling onder de definitie van art. 3:182 BW valt. Perrick meent in dit verband overigens dat het verlenen aan een erfgenaam van de bevoegdheid om te bepalen welke goederen hem zullen worden toegedeeld een beschikking oplevert die

288 Vegter 2015, p. 85-87.
289 Vegter 2015, p. 87.

niet in het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen past (zie art. 4:42 BW).[290]

Het is naar mijn mening zonder twijfel mogelijk om de erfgenamen middels een testamentaire last de verplichting op te leggen de nalatenschap op een door de erflater gewenste wijze te verdelen.[291] Anders dan via de bovenstaande door Vegter geopperde weg met gebruikmaking van het legaat, moeten de erfgenamen in de situatie van een hen opgelegde last nog handelen om de verdeling in obligatoire zin tot stand te brengen. Om vervallenverklaring van hun verkrijgingen als erfgenamen te voorkomen, zullen de erfgenamen de krachtens de testamentaire last opgelegde verplichting dienen na te leven en de door de erflater gewenste verdeling tot stand moeten brengen. Aan deze obligatoire verdeling werken alle deelgenoten, te weten de erfgenamen, mee zodat sprake is van een verdeling in de zin van art. 3:182 BW.

Het bovenstaande door Vegter gemaakte onderscheid tussen een prelegaat aan een erfgenaam en een legaat aan een erfgenaam niet bij wijze van prelegaat, bestaat mijns inziens dan ook niet. Behoudens toepassing van art. 4:228 lid 2 BW is er bij een legaat aan een erfgenaam sprake van dat de erfgenaam-legataris het gelegateerde geheel onder bijzondere titel verkrijgt en is het naar mijn mening niet mogelijk dat het legaat een obligatoire verdeling oplevert waarna het toegedeelde krachtens verdeling geleverd zou kunnen worden.

5.6.2.4 Conclusie legaat aan erfgenaam: gewoon legaat?

Mijn conclusie luidt dat een legaat aan een erfgenaam altijd voor het geheel onder bijzondere titel wordt verkregen (behoudens de toepassing van art. 4:228 lid 2 BW), net als elk ander legaat aan een derde. Bij een legaat aan een erfgenaam bestaat alleen nog – in tegenstelling tot een legaat aan een derde – de mogelijkheid dat de erfgenamen (waaronder de erfgenaam-legataris) via de overeenkomst tot verdeling het gelegateerde bij de verdeling aan de erfgenaam-legataris toedelen zodat deze het gelegateerde in zijn geheel onder algemene titel verkrijgt. Het Nederlandse erfrecht kent dus niet, zo meen ik, in navolging van het Romeinse recht een 'gewoon' prelegaat waarbij een deel onder bijzondere en een deel onder algemene titel wordt verkregen.[292]

290 Asser/Perrick 4 2013/136.

291 Zie ook Asser/Perrick 4 2013/72.

292 In tegenstelling tot het Romeinse recht waar veeleer sprake was van een breukdelengemeenschap, lijkt het overdragen van breukdelen bij de verdeling van een specifiek goed van een bijzondere gemeenschap (die de gemeenschap van een nalatenschap is ingevolge art. 3:189 lid 2 BW) niet goed in ons wettelijk systeem te passen (zie ook art. 3:182 en 3:186 BW). Vgl. ook Pleysier 2000b. Men kan zich immers afvragen of het karakter van de bijzondere gemeenschap meebrengt dat een deelgenoot gerechtigd is tot het geheel (met inachtneming van de rechten van de andere deelgenoten) in plaats van tot een aandeel (breukdeel) van de gemeenschap. Vgl. de discussie over het rechtskarakter van de huwelijks-

Het onderscheid tussen een legaat, een prelegaat en de bijzondere variant daarvan zijnde het voorafnemingslegaat acht ik dan ook verwarrend en niet noodzakelijk. Het legaat aan een erfgenaam wordt, gelijk een legaat aan een derde, of zelfs gelijk met de schuld vanwege een (bijvoorbeeld) door de erflater met een erfgenaam gesloten koop, niet als een verdeling gezien (laatste zin art. 3:182 BW), maar moet als schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub h dan wel – voor de schuld uit koop – sub a BW) als een voor rekening van de gemeenschap van een nalatenschap komende schuld door de deelgenoten-erfgenamen worden nagekomen. De constatering van Pleysier dat het legaat aan een erfgenaam 'vóór alle deling' moet worden afgegeven,[293] heeft voor mij geen extra juridische betekenis, dan dat de uitvoering van het legaat geen verdeling is, en in zoverre geen onderdeel van de verdeling is. Uiteraard sluit dat niet uit dat het gelegateerde tot de nalatenschap behoort.[294] Het legaat aan een erfgenaam moet op dezelfde wijze 'voor' de verdeling aan de legataris worden geleverd, als dat het aan de legataris-niet erfgenaam of aan een erfgenaam-koper 'voor' de verdeling moet worden geleverd. Het valt allemaal onder de laatste zin van art. 3:182 BW en maakt dus allemaal geen deel uit van de verdeling zelf. Het legaat aan een erfgenaam is dan ook een gewoon legaat.

Tot slot nog een opmerking: waardetechnisch kan wel bereikt worden dat het legaat als verkrijging *voor de gehele waarde* bovenop het erfdeel van de legataris komt, en in zoverre de waardetechnische uitkomst lijkt op de uitkomst bij een Romeinsrechtelijk voorafnemingslegaat (vergelijk par. 2.3.5). Ik doel op de mogelijkheid voor de erflater om in het testament op te nemen dat het legaat aan de erfgenamen ten laste van de erfgenamen-niet-legatarissen komt ingevolge art. 4:117 lid 2 BW.[295] Wenst de erflater dat de erfgenaam-legataris ook

goederengemeenschap die opnieuw is opgelaaid naar aanleiding van HR 5 oktober 2012, *NJ* 2013, 140 met als voorstander van de breukdelenvisie o.a. L.C.A. Verstappen (annotatie bij genoemd arrest) en als tegenstander van de breukdelenvisie Nuytinck, zie Nuytinck 2012, p. 932-934. Zie ook Sikkema 2013.

293 Zie o.a. Pleysier 2010, p. 313. In par. 5.6.4 zal worden stilgestaan in hoeverre de opvatting van Pleysier en de verwerping door mij daarvan gevolgen heeft voor de vraag of een legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling effect sorteert.

294 Vgl. Pleysier 2010, p. 306 en in het bijzonder noot 24 waaruit lijkt te volgen dat Pleysier uit het oog lijkt te verliezen dat er zich in de boedel ook zaken kunnen bevinden die niet moeten worden 'gescheiden en gedeeld', simpelweg omdat deze nalatenschapsgoederen niet verdeeld hoeven te worden (bijvoorbeeld omdat zij op grond van een legaat aan de legataris geleverd moeten worden).

295 Een door de erflater in een testament opgenomen legaat betreft niet een schuld van de erflater die reeds op de dag van het overlijden bestond en die van rechtswege op de erfgenamen overgaat zoals bedoeld in art. 4:182 BW. Desondanks vormen ook de schulden uit legaten welke op een of meer erfgenamen rusten een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub h BW). Hierbij geldt dat een legaat als hoofdregel op de gezamenlijke erfgenamen komt te rusten, waar bij een deelbare prestatie de belaste erfgenamen ieder voor een deel evenredig aan zijn erfdeel zijn verbonden, tenzij de erflater anders heeft beschikt (art. 4:117 leden 2 en 3 BW). Hoewel art. 4:117 lid 2 BW spreekt over 'ten laste komen van',

voor zijn erfdeel in het gelegateerde moet bijdragen en hij voor het overige bevoordeeld wordt, dan laat hij het legaat, zoals de wet ook als hoofdregel formuleert, ten laste van de gezamenlijke erfgenamen komen (art. 4:117 lid 2 BW). De gelijkenis qua uitkomst met het 'gewone' Romeinsrechtelijke prelegaat doemt dan op. Uiteraard is het ook mogelijk dat de erflater de erfgenaam-legataris geen enkel waardevoordeel gunt en een legaat tegen inbreng maakt (zie par. 5.4). Nu duidelijk is dat het gelegateerde geheel onder bijzondere titel verkregen wordt, zodat ook deze waarde (de waarde van het legaat) in de regel ingebracht moet worden, gaat de legataris er voor de waarde van zijn totale verkrijging (erfdeel en legaat) in vergelijking met de andere erfgenamen niet op vooruit.[296] Dit kan – mits het erfdeel toereikend is[297] – overigens ook bereikt worden door het legaat geheel ten laste van de erfgenaam-legataris te maken, zodat alleen de erfgenaam die het legaat krijgt toegekend, daarvoor draagplichtig is geworden.

5.6.3 Het legaat aan de enig erfgenaam: vermenging?

5.6.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf heb ik ervoor gepleit het legaat aan een erfgenaam als een gewoon legaat aan te merken. Tevens heb ik opgemerkt dat het legaat aan een erfgenaam wel met zich kan brengen dat er in beginsel vermenging

---

betreft het hier, afgaande op de parlementaire geschiedenis, niet de draagplicht maar de aansprakelijkheid voor legaten. Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 742: '*(…) Komt het legaat ten laste van een of meer erfgenamen, dan worden zij dus met het overlijden van de erflater schuldenaar van de legataris (…).*' Met andere woorden: het gaat hier om de vraag wie de schuldenaren van de legataris zijn geworden. Net als bij schulden van de nalatenschap die niet met de dood van de erflater tenietgaan, wordt er dus wat betreft de aansprakelijkheid voor legaten aangeknoopt bij de erfdelen. Hiervan kan in de uiterste wil zijn afgeweken. Het legaat komt niet op de gezamenlijke erfgenamen te rusten als het legaat door de erflater aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen is opgelegd (art. 4:117 lid 2 BW). In dit geval worden dan alleen deze belaste erfgenamen (of legatarissen) schuldenaar, in beginsel dus bij een deelbare prestatie voor een deel evenredig aan het erfdeel (art. 4:117 lid 3 BW). Bij een ondeelbare prestatie, zoals de verplichting om een zaak te leveren, zal sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:6 lid 2 BW). Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 97.

Zoals hierboven vermeld is, ziet art. 4:117 lid 2 BW niet op de draagplicht maar op de aansprakelijkheid, ondanks de verwarrende terminologie 'ten laste van'. Over de (interne) draagplicht regelt de wet niets. Zie Breemhaar 1992, nr. 166, p. 117, Kolkman 2004, nr. p. 29, Kolkman 2006, nr. 3.6.2.1, p. 336 en Handboek Erfrecht 2011, VII.2.4, p. 153. Het is logisch om voor de draagplicht, net als in beginsel bij de draagplicht voor andere schulden van de nalatenschap, aan te sluiten bij de omvang van de erfdelen van de belaste erfgenamen, tenzij uit de uiterste wil anders voortvloeit. Zie Breemhaar 1992, nr. 166, p. 117.

296 Vgl. Pleysier 2000b, p. 201.

297 Gezien de vermindering van het legaat op grond van art. 4:120 BW indien het erfdeel niet toereikend is om de schuld uit legaat te voldoen.

optreedt als de legataris als schuldeiser tevens door het enig erfgenaamschap schuldenaar van het legaat is geworden. Toch blijkt in de praktijk behoefte te bestaan aan het kunnen combineren van het enig erfgenaamschap met een (tweetraps)legaat aan de enig erfgenaam die tevens verkrijger van het legaat onder ontbindende voorwaarde is (de eerste trap). Voordat ik deze behoefte verder toelicht, wil ik eerst stilstaan bij de mogelijkheid van een legaat aan de enig erfgenaam, welk legaat niet door vermenging teniet gaat.

In artikel 6:161 BW kan men vinden wanneer een verbintenis door vermenging teniet gaat, ik citeer:

'1. *Een verbintenis gaat teniet door vermenging, wanneer door overgang van de vordering of de schuld de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen.*
2. *Het vorige lid is niet van toepassing:*
   a. *zolang de vordering en de schuld in van elkaar gescheiden vermogens vallen;*
   b. *in geval van overdracht overeenkomstig artikel 93 van Boek 3 van een vordering aan toonder of order;*
   c. *indien de voormelde vereniging van hoedanigheden het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde, zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan.*
3. *Tenietgaan van een verbintenis door vermenging laat de op de vordering rustende rechten van derden onverlet.'*

5.6.3.2 Vermenging en afgescheiden vermogen in het erfrecht bij meer erfgenamen

Al eerder kwam naar voren dat het legaat aan een erfgenaam niet (gedeeltelijk) door vermenging teniet gaat als er meer erfgenamen zijn omdat de vordering en de schuld in van elkaar gescheiden vermogens vallen zoals bedoeld in art. 6:161 lid 2 sub a BW (zie par. 5.6.2.3). Op grond waarvan komt men tot het afgescheiden vermogen? Voor schuldeisers van de nalatenschap (zoals een legataris; zie art. 4:7 lid 1 sub h BW) geldt als hoofdregel dat deze schulden verhaalbaar zijn op goederen van de nalatenschap (art. 4:184 lid 1 BW), welke goederen met het overlijden van de erflater van rechtswege door de erfgenamen zijn verkregen (art. 4:182 lid 1 BW). De nalatenschap-gemeenschap, met meer erfgenamen dus, vormt volgens art. 4:184 lid 1 BW voor de in art. 4:7 BW genoemde schuldeisers van de nalatenschap (waaronder de legataris), een vermogen waarop rechtstreeks verhaal voor het geheel van de goederen (en dus niet alleen op aandelen) mogelijk is, de zogenoemde verhaalsexclusiviteit.[298]

De verhaalsexclusiviteit met betrekking tot de goederen van de nalatenschap-gemeenschap in zijn geheel geldt niet voor privé-schuldeisers van een erfgenaam. Uiteraard heeft een privé-schuldeiser van de erfgenaam tot aan

298 Zie Kolkman 2006, nr. 2.6.3, p. 242-243.

de verdeling geen verhaal op de goederen van de nalatenschap-gemeenschap als zodanig (in het geheel), want het is een schuldeiser van een erfgenaam persoonlijk en deze kan zich (in principe) dan ook alleen verhalen op wat die erfgenaam toebehoort (zijnde een aandeel in de goederen van de nalatenschap) en niet op andermans goederen (zie art. 3:276 BW). Voor de bijzondere gemeenschap van een nalatenschap, die gericht is op afwikkeling, gelden bovendien speciale regels, zoals de beperking dat verhaal op goederen van de nalatenschap-gemeenschap door een privé-schuldeiser van de erfgenaam/deelgenoot slechts mogelijk is na verdeling maar ook dat deze schuldeiser niet het aandeel van de erfgenaam in een tot deze gemeenschap behorend goed afzonderlijk kan uitwinnen zonder toestemming van de overige deelgenoten (art. 3:190 lid 1 BW). De privé-schuldeiser van de erfgenaam/deelgenoot kan zich tot aan de verdeling wel op het hele erfdeel van een erfgenaam in de nalatenschap verhalen, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit (3:191 lid 1 BW).[299] Dit zal in praktijk echter niet veel gebeuren: wie wil zich immers in een nalatenschap inkopen?[300] Kolkman typeert de uitwinning van een aandeel in de nalatenschap dan ook als een dode loot in ons recht.[301] De privé-schuldeiser zal met zijn verhaal op het vermogen van de erfgenaam dus veelal moeten wachten tot de verdeling, welke verdeling hij ook zelf kan vorderen, doch niet verder dan nodig is voor het verhaal van zijn vordering (art. 3:180 lid 1 BW) en mits er niet vereffend wordt.[302] Bij de verschillende verhaalsmogelijkheden van schuldeisers van de nalatenschap en privé-schuldeisers op de goederen van de nalatenschap, dient bedacht te worden dat een nalatenschap gericht zal zijn op vereffening en discontinuïteit, in tegenstelling tot bijvoorbeeld sommige andere afgescheiden vermogens als een personenvennootschap die zal streven naar continuïteit.

Voor de legataris die tevens een van de erfgenamen is, betekent het bovenstaande dat de legataris weliswaar schuldeiser (art. 4:7 BW) en voor een deel schuldenaar (art. 4:117 BW) van het legaat is, maar dat de schuld – door het afgescheiden vermogen dat de nalatenschap gezien de verhaalsexclusiviteit voor de nalatenschapsschuldeisers vormt – niet tot zijn vermogen behoort zolang de nalatenschap niet is verdeeld, zodat geen vermenging optreedt (art. 6:161 lid 2 sub a BW).[303]

Vegter wijst erop dat de aard van het afgescheiden vermogen na beneficiaire aanvaarding (zie art. 4:200 lid 2 BW en art. 4:224 BW) of bij vereffening op

299 Zie Kolkman 2006, nr. 2.5.3, p. 227-233.
300 Handboek Erfrecht 2011, XIII.4, p. 482.
301 Kolkman 2006, nr. 2.5.3.4, p. 232. Kolkman wijst ook nog op de regel van art. 3:176 lid 2 BW, welke regel de gemeenschap een feitelijke voorrang verschaft op de uitwinnende schuldeiser doordat het uitgewonnen aandeel wordt verkregen onder de last aan de gemeenschap te vergoeden hetgeen de oorspronkelijke deelgenoot haar schuldig was.
302 Art. 3:193 lid 1 jo. 4:222 BW.
303 Zie ook par. 5.6.2.3.

verzoek van een nalatenschapsschuldeiseringevolge art. 4:204 BW niet identiek is aan het afgescheiden vermogen dat wordt gevormd doordat er meerdere erfgenamen zijn die allemaal de nalatenschap zuiver aanvaarden. In het laatste geval hangt het aan de schuldeisers van de nalatenschap toegekende verhaalsrecht op de onverdeelde boedel volgens Vegter samen met de gebonden aard van de gemeenschap (art. 3:190 BW).[304] Vegter spreekt in zijn dissertatie over de 'beschikkingsgebondenheid' van de erfgenamen als oorzaak van het afgescheiden vermogen bij een ervengemeenschap.[305] Er bestaat voor de erfgenamen – anders dan (in beginsel) na beneficiaire aanvaarding – geen verplichting om de nalatenschap te vereffenen in het belang van de nalatenschapsschuldeisers en de erfgenamen kunnen dan ook tot verdeling overgaan (waardoor het afgescheiden vermogen ophoudt te bestaan).[306] Overigens kan een nalatenschapsschuldeiser, onder meer wanneer tot een verdeling van de nalatenschap wordt overgegaan voordat de opeisbare schulden daarvan zijn voldaan, zijn toevlucht nemen tot art. 4:204 lid 1 onder b BW op grond waarvan hij de rechtbank kan verzoeken een vereffenaar te benoemen (zie ook art. 3:193 BW), zodat de nalatenschap een afgescheiden vermogen blijft vormen (en de verhaalsvoorrang voor nalatenschapsschuldeisers van art. 4:224 BW geldt).

5.6.3.3 Enig erfgenaamschap en vermenging

De positie voor bepaalde schuldeisers met rechtstreeks verhaal voor het geheel op de (gemeenschaps)goederen (en dus niet alleen op aandelen), de hierboven genoemde verhaalsexclusiviteit, volgt in algemene zin ook uit Boek 3 BW waar in art. 3:192 BW is bepaald dat tot de gemeenschap behorende schulden op de goederen van de gemeenschap verhaald kunnen worden. Art. 4:184 BW ziet, in tegenstelling tot art. 3:192 BW, niet per se op de nalatenschap-*gemeenschap*. Uit art. 4:184 BW kan dan ook niet worden geconcludeerd dat elke nalatenschap een afgescheiden vermogen vormt. Immers als er één erfgenaam is die de nalatenschap zuiver aanvaardt,[307] is er geen nalatenschap-gemeenschap en is dus geen verdeling nodig zodat de nalatenschap vermengt met zijn eigen vermogen.[308] Er is dan dus geen sprake van een afgescheiden ver-

304 Vegter 2005, p. 357-358.

305 Vegter 1989, zie o.a. p. 74 en 77.

306 Vegter 2005, p. 358. Vegter wijst tevens op art. 3:180 BW op grond waarvan de privéschuldeiser van de erfgenaam die een opeisbare vordering op de erfgenaam heeft, de verdeling kan vorderen (doch niet verder dan nodig is voor het verhaal van de vordering van deze schuldeiser.

307 Zuivere aanvaarding leidt ertoe dat een schuld van de nalatenschap ook op het eigen vermogen van de erfgenaam verhaalbaar is, indien en voor zover de erfgenaam aansprakelijk is voor de schuld van de nalatenschap (art. 4:184 lid 2 sub a BW).

308 Zie HR 16 september 1992, *BNB* 1992/384 waarin de Hoge Raad de fiscale consequenties van vermenging verzacht: ondanks het teniet gaan van een verplichting doordat de schuldeiser van de verplichting enig erfgenaam is geworden, rekent de Hoge Raad deze verplichting toch als een voor de Successiewet 1956 aftrekbare schuld. Zie ook over deze ingewikkel-

mogen met een exclusieve verhaalspositie voor de nalatenschapsschuldeisers. Dit betekent dus ook dat indien de enig erfgenaam schuldenaar van een legaat aan hemzelf is, er vermenging plaatsvindt omdat de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen, zodat de verbintenis uit legaat teniet gaat (art. 6:161 lid 1 BW).

Overigens regelt de wet dat, ondanks een enig erfgenaamschap en zuivere aanvaarding van de erfgenaam, er ten behoeve van een legataris geen vermenging plaatsvindt indien '*een vordering van de erflater op een erfgenaam, een beperkt recht van de erflater op een goed van een erfgenaam, of een goed van de erflater waarop een beperkt recht van een erfgenaam is gevestigd* [is] *gelegateerd,* (…) *tenzij het legaat wordt verworpen.*' (art. 4:50 lid 3 BW). De erflater kan dus een vorderingsrecht op een erfgenaam op grond van een legaat aan een derde cederen en de legataris kan het hem gelegateerde dus toch opeisen. Indien hij echter verwerpt, zal toch de hoofdregel weer gelden en zal vermenging plaatsvinden (de beperkte rechten gaan dan overigens ingevolge art. 3:81 lid 2 sub e BW teniet). Strikt genomen geldt deze bepaling ongeacht het aantal erfgenamen of de wijze van aanvaarding, maar zal, zoals uiteengezet, sowieso geen vermenging optreden als er meer erfgenamen zijn (vanwege het afgescheiden vermogen) of als de enig erfgenaam beneficiair aanvaardt (art. 4:200 lid 2 BW; zie hieronder).

Indien de nalatenschap met het eigen vermogen van de schuldeiser vermengt, zouden voorrechten van art. 4:7 BW geen rol spelen en zouden de schuldeisers van de nalatenschap moeten concurreren met de privé-schuldeisers van de erfgenaam (zie: art. 3:277 lid 1 BW).[309] Aan deze consequentie is te ontkomen doordat de enig erfgenaam beneficiair aanvaardt en/of door toepassing van de formele vereffening van de nalatenschap zoals geregeld is in afdeling 4.6.3. BW, waar ik hieronder kort op zal ingaan. Op die manier krijgt art. 4:184 BW weer betekenis voor de schuldeisers van de nalatenschap (zie art. 4:200 en 4:224 BW).

De regel dat de eigen goederen van de erfgenaam niet met die van de nalatenschap worden vermengd door beneficiaire aanvaarding is neergelegd in art. 4:200 BW. Door de beneficiaire aanvaarding zal de nalatenschap in beginsel vereffend moeten worden (art. 4:200 lid 1 BW, art. 4:195 BW en zie

---

de materie B.M.E.M. Schols 2008, p. 3-9.

309 Overigens is het omgekeerde ook denkbaar: de privé-schuldeiser van een erfgenaam wordt benadeeld als de negatieve nalatenschap door de erfgenaam zuiver wordt aanvaard. Het uitlokken door deze schuldeiser van een vereffening op grond van art. 4:204 lid 1 sub c BW, zodat een afgescheiden vermogen ontstaat, lijkt de privé-schuldeiser weinig te baten aangezien hij bij verhaal op het overig vermogen van de erfgenaam niet – zoals de schuldeiser van de nalatenschap bij verhaal op het afgescheiden vermogen – voorrang geniet maar moet concurreren met de nalatenschapsschuldeisers. Van Es pleit ervoor dat andere dan nalatenschapsschuldeisers zich met voorrang kunnen verhalen op het overige vermogen van de erfgenaam zodat op een evenwichtiger wijze de belangen van de verschillende schuldeisers van de erfgenaam worden gediend. Zie Van Es 2009b, p. 50.

voor de uitzondering op de formele vereffening art. 4:202 lid 1 sub a en lid 2 en 3 BW). Vervolgens geldt tot het einde van de vereffening dat geen vermenging optreedt, hetgeen wordt uitgedrukt in art. 4:200 lid 2 BW: '*Vorderingen van de erflater op de erfgenaam en beperkte rechten van de erflater op een goed van de erfgenaam, alsmede vorderingen van de erfgenaam op de erflater en beperkte rechten van de erfgenaam op een goed van de erflater gaan niet door vermenging teniet.*'

Een afgescheiden vermogen ontstaat dus bij de situatie van één erfgenaam door de beneficiaire aanvaarding ingevolge art. 4:200 BW, alsmede ingevolge de toepassing van de formele vereffening van afdeling 4.6.3 BW. Dit afgescheiden vermogen ontstaat ook door een gehonoreerd verzoek tot benoeming van een vereffenaar (art. 4:204 BW). Er ontstaat bij formele vereffening van de nalatenschap namelijk voorrang op grond van art. 4:224 BW. Het verzoek aan de rechtbank om een vereffenaar te benoemen kan voor de schuldeiser van de nalatenschap van belang zijn als er slechts één erfgenaam is die de nalatenschap, die toereikend is om de schuldeisers van de nalatenschap te voldoen, zuiver aanvaard heeft en deze erfgenaam veel privé-schuldeisers heeft. Alsdan bestaat immers het gevaar voor de nalatenschapsschuldeiser dat deze toch niet ten volle zal worden voldaan doordat privé-schuldeisers zich op de goederen van de nalatenschap gaan verhalen. Als de wettelijke vereffening van toepassing wordt (door benoeming van een vereffenaar door de rechter op verzoek van een schuldeiser van de nalatenschap op grond van art. 4:204 lid 1 sub b BW), wordt de nalatenschap toch als afgescheiden vermogen afgewikkeld, ook al is er maar één erfgenaam, gezien de verhaalspreferentie van schuldeisers van de nalatenschap ten opzichte van privé-schuldeisers van de erfgenaam (art. 4:224 BW en 4:7 BW).[310]

Tevens treedt bij een enig erfgenaamschap geen vermenging op wanneer sprake is van een gescheiden vermogen doordat hetgeen de enig erfgenaam verkrijgt door de erflater in het testament onder bewind is gesteld.[311]

Terugkerend naar de hoofdvraag van deze paragraaf: het legaat aan een enig erfgenaam gaat door vermenging teniet op grond van art. 6:161 lid 1 BW, tenzij een uitzondering van lid 2 van art. 6:161 BW van toepassing is. Een uitzondering is van toepassing zolang de vordering van de legataris en de schuld uit legaat in van elkaar gescheiden vermogens vallen (art. 6:161 lid 2 sub a BW). Alsdan vervalt het legaat niet bij het enig erfgenaamschap indien de enig erfgenaam de nalatenschap beneficiair aanvaardt (art. 4:200 BW), de formele vereffening van toepassing is (art. 4:224 BW) of het verkregene onder bewind staat (HR 11 september 1992, *NJ* 1992, 730). Zijn er hiernaast nog andere uitzonderingen denkbaar?

310 Zie TM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 981-982.
311 Zie HR 11 september 1992, *NJ* 1992, 730.

5.6.3.4 Enig erfgenaamschap en tweetrapslegaat: vermenging?

Resteert de vraag of een – door de (fiscale) praktijk gewenst – (tweetraps)legaat aan de enig erfgenaam mogelijk is. In het model 'Tweetrapslegaat langstlevende'[312] wordt de langstlevende tot enig erfgenaam benoemd en tevens aan de langstlevende (als legataris/bezwaarde) een bedrag gelijk aan een bepaald percentage van de nalatenschap gelegateerd onder een ontbindende voorwaarde in de zin van art. 4:141 BW. Onder de bij de ontbindende voorwaarde aansluitende opschortende voorwaarde (bijvoorbeeld het overlijden van de bezwaarde), wordt het eerder genoemde geldbedrag aan de kinderen gelegateerd (als legataris/verwachter). Fiscaalrechtelijk wordt hiermee beoogd dat bij het eerste overlijden geen erfbelasting verschuldigd is vanwege de grote vrijstelling van de langstlevende en het vermogen van de ouders bij het overlijden van de langstlevende ouder (en daarmee het intreden van de opschortende voorwaarde) door de kinderen zowel verkregen wordt van de eerstoverledene (via het tweetrapslegaat) als van de langstlevende, zodat tweemaal de vrijstellingen voor de kinderen en de eerste schijf van de erfbelasting benut kunnen worden.

Door de bedenkers van dit model wordt opgemerkt dat door gebruik te maken van een tweetrapslegaat en niet van een tweetrapserfstelling, de discussie over de verplichte overeenkomstige toepassing van dwingendrechtelijke vruchtgebruikbepalingen van titel 8 van Boek 3 BW (jaarlijkse opgave/toonplicht e.d.) via art. 4:138 lid 2 BW (welk artikel over een erfstelling onder voorwaarde gaat) niet speelt.[313] Overigens kan men zich afvragen of art. 4:138 BW voor voorwaardelijke legaten niet analoog moet worden toegepast, alhoewel hierover geen communis opinio bestaat.[314] Door het tweetrapslegaat van een geldbedrag is, in tegenstelling tot bij een tweetrapserfstelling, sprake van een obligatoire verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter.[315] Daarnaast wordt door ScholsBurgerhartSchols aangeraden om, gezien zaaksvervangingsvraagstukken,[316] heldere bewijsregels in het testament op te nemen (en

312 Zie Modellen voor het notariaat (ScholsBurgerhartSchols, Sdu).

313 EstateTip Review 2010-11, met een verwijzing naar bedoelde discussie tussen Verstappen en Vegter in het WPNR: J.B. Vegter, 'Over de wettelijke vormgeving van het fideïcommis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fideïcommis', *WPNR* 6486 (2002), p. 317-322, met een reactie van L.C.A. Verstappen en een naschrift van Vegter in *WPNR* 6509 (2002), p. 766-767.

314 Zie Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 425 en Parl. Gesch. Boek 4, p. 2042 en 2047 waaruit volgt dat de wetgever er de voorkeur aan geeft om de figuur van het voorwaardelijke legaat aan de praktijk over te laten. Tegelijkertijd wordt daar opgemerkt dat als de erflater de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter niet in het testament regelt, er in geval van onduidelijkheid alsnog bij de regels van vruchtgebruik aansluiting gezocht kan worden. Zie ook Mollema 2007, p. 146-147, par. 6.

315 Vgl. ook Brinkman 2011, p. 846-852.

316 Vgl. HR 5 oktober 2007, *NJ* 2008, 296 over zaaksvervangingsproblemen bij een tweetrapserfstelling.

bijvoorbeeld met vergoedingsrechten te werken in plaats van de goederenrechtelijke zaaksvervanging), zodat er geen beschikkingsbevoegdheidsvraagstukken bestaan voor de langstlevende die immers enig erfgenaam is.[317] Het fiscale idee achter een dergelijk testament met daarin opgenomen een enig erfgenaamschap en een tweetrapslegaat zal ik in het fiscale deel van het proefschrift uit de doeken doen (zie par. 7.3.2).

Ik beperk mij nu tot de vraag of het tweetrapslegaat niet door vermenging teniet gaat in combinatie met het enig erfgenaamschap. Kennelijk bestaan er in de praktijk enige twijfels.[318] In het model lees ik bijvoorbeeld: '*Indien het prelegaat ten behoeve van mijn <echtgenoot> (…) geen effect sorteert en de erfstelling wel, dan is het legaat aan de verwachters onvoorwaardelijk en onmiddellijk opeisbaar*.'[319]

Los van het feit dat men van een *pre*legaat spreekt (aan welke kwalificatie ik geen juridische betekenis hecht; zie par. 5.6.2), zou men inderdaad geneigd zijn om aan te nemen dat het legaat aan een enig erfgenaam (zonder beneficiaire aanvaarding en zonder toepassing van de wettelijke vereffening) door vermenging teniet gaat. Toch neem ik aan dat daar bij een tweetrapslegaat geen sprake van is en wel op grond van het volgende.

De belangrijkste reden is dat art. 6:161 lid 2 sub c BW in de weg staat aan vermenging van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde. Dat artikellid bepaalt namelijk dat geen vermenging optreedt: '*indien de voormelde vereniging van hoedanigheden het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde, zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan.*' Zonder deze uitzondering zou een verbintenis door vermenging teniet gaan, zonder dat de voorwaarde in vervulling is gegaan, terwijl als de voorwaarde later alsnog in vervulling gaat, de verbintenis niet zou herleven gezien het bepaalde in art. 3:38 lid 2 BW (dat een vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft).[320] Indien bijvoorbeeld (uit hoofde van een geldlening) een reeds bestaande vordering van de erflater op de bezwaarde erfgenaam ingevolge een tweetrapsmaking door deze bezwaarde erfgenaam (erfgenaam onder ontbindende voorwaarde) wordt verkregen, gaat de vordering op de bezwaarde erfgenaam dus niet teniet en kan alsnog bereikt worden dat de verwachtende erfgenaam (erfgenaam onder opschortende voorwaarde) de vordering op de bezwaarde erfgenaam verkrijgt.[321] Hoewel bij het tweetrapslegaat eigenlijk sprake is van een omgekeerde situatie (de legataris heeft

317 EstateTip Review 2010-11. Zie ook EstateTip Review 2011-41 en EstateTip Review 2005-10. Zie uitgebreid over de tweetrapsmaking in de notariële praktijk de dissertatie van R.E. Brinkman (Brinkman 2014).

318 Zie EstateTip Review 2010-11 en EstateTip Review 2004-17.

319 Modellen voor het notariaat (ScholsBurgerhartSchols, Sdu), model 'Tweetrapslegaat langstlevende'.

320 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 590-593.

321 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/339.

van de erflater juist een vorderingsrecht onder ontbindende voorwaarde toegekend gekregen – het tweetrapslegaat – terwijl de legataris tevens als enig erfgenaam met dit legaat belast is), acht ik art. 6:161 lid 2 sub c BW ook van toepassing op deze situatie zodat ook de legataris-verwachter zicht houdt op de verkrijging van het gelegateerde geldbedrag van de erflater via de bezwaarde.[322]

Als we er daarnaast van uitgaan dat voor een tweetrapslegaat art. 4:138 lid 2 BW (toch) analoog dient te worden toegepast en daarmee de vruchtgebruikbepalingen van titel 8 van Boek 3 BW van overeenkomstige toepassing zijn, dient de enig erfgenaam als legataris onder ontbindende voorwaarde op grond van art. 3:211 lid 2 BW (via analoge toepassing van art. 4:138 lid 2 BW), de goederen die onder de 'tweetrap' vallen (de voorwaardelijk gelegateerde goederen) afgescheiden van zijn overige vermogen te houden. Het afzonderen van deze goederen van het eigen vermogen is voor een goede werking van een tweetrapsmaking relevant, zodat er geconcludeerd kan worden dat geen vermenging optreedt op grond van art. 6:161 lid 2 sub a BW. Men vergelijke ook de gescheiden vermogens die ontstaan door de verkrijging onder een testamentair bewind ingevolge HR 11 september 1992, *NJ* 1992, 730.

5.6.4 Het legaat aan de langstlevende echtgenoot en de wettelijke verdeling

5.6.4.1 Belang praktijk bij legaat aan langstlevende en wettelijke verdeling

Tot slot van dit hoofdstuk de vraag of de wettelijke verdeling gecombineerd kan worden met een legaat aan de langstlevende. De langstlevende verkrijgt namelijk door de werking van de wettelijke verdeling van rechtswege de goederen van de nalatenschap (art. 4:13 lid 2 BW). De kinderen zijn weliswaar erfgenaam maar verkrijgen bij de wettelijke verdeling van rechtswege enkel een geldvordering ten laste van de echtgenoot, welke vordering overeenkomt met de waarde van het erfdeel en welke vordering in beginsel niet-opeisbaar is (art. 4:13 lid 3 BW).

Er bestaat behoefte in de estate planningspraktijk aan de mogelijkheid om een legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling te maken om op die manier invloed uit te oefenen op de hoogte van de geldvorderingen van de kinderen en de daarover bij te schrijven rente.

Men tracht – met name vóór de herziening van de Successiewet per 1 januari 2010 en het gewijzigde art. 1 lid 3 SW (zie par. 7.2.2) – bijvoorbeeld het rentepercentage van de geldvordering te kunnen beïnvloeden door in het testament eerst te bepalen dat over de geldvordering een rente verschuldigd is van 6% samengesteld (zodat de vordering voor de Successiewet 1956 nomi-

322 Zo ook EstateTip Review 2004-17.

naal wordt gewaardeerd) en vervolgens het (civielrechtelijke) vruchtgebruik van een zodanig deel van de geldvordering aan de langstlevende te legateren zodat voor de erfbelasting een optimale spreiding van de verkrijgingen wordt bewerkstelligd (de zogenaamde handmatige ventielclausule).[323] Met het vruchtgebruiklegaat wordt getracht te bereiken dat in economische zin geen oprenting plaatsvindt.[324] Tevens wordt de legataris in het testament de bevoegdheid geboden het vruchtgebruiklegaat niet of slechts op een deel van de vordering te aanvaarden.[325] Door het vruchtgebruiklegaat geheel, gedeeltelijk of niet te aanvaarden, kan de langstlevende bewerkstelligen dat de vordering geen, een rente tussen de 0% en 6% (afhankelijk van het deel dat het vruchtgebruiklegaat aanvaard is), dan wel 6% rente draagt.

De bovenstaande handmatige ventielclausule wenst men voor nog meer flexibiliteit te combineren met een zogenaamd 'aanvullend afvullegaat' op basis waarvan de vordering van de kinderen bij wijze van legaat wordt verminderd met een zodanig bedrag dat van een ideale successierechtelijke spreiding sprake is.[326] De langstlevende heeft immers een grote vrijstelling voor de erfbelasting, waarvan via dit legaat alsnog optimaal gebruik gemaakt kan worden (evenals het gebruik maken van de vrijstellingen en eerste schijf bij de kinderen, waarover in het fiscale deel meer). Ook wordt in het betreffende model met een dergelijk aanvullend afvullegaat de langstlevende wederom de mogelijkheid geboden om de vermindering op basis van het legaat niet of slechts gedeeltelijk te aanvaarden en wordt tevens benadrukt dat het legaat uit de aard geen invloed heeft op de omvang van de erfdelen als zodanig.[327]

Maar voor de praktijk spelen niet alleen extra fiscale mogelijkheden een rol als het legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling mogelijk blijkt te zijn. Pleysier geeft daarnaast een voorbeeld van een civielrechtelijke consequentie met betrekking tot de wilsrechten: '*De testateur heeft aan zijn tweede echtgenote, voor zover hier van belang, een keuzelegaat gemaakt van alle activa der nalatenschap tegen inbreng van de waarde. De versterfporties blijven ongewijzigd. Het tweede huwelijk is kinderloos gebleven. Zijn kinderen uit het eerste huwelijk*

323 Zie EstateTip Review 2006-3.

324 Dit wordt expliciet in de handmatige ventielclausule vermeld om de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad van 4 februari 1998, *BNB* 1998, 97 te voorkomen. In dat arrest werd – kort gezegd – een gelegateerd civielrechtelijk vruchtgebruik van de vorderingen uit hoofde van een ouderlijke boedelverdeling fiscaal genegeerd. Zie ook Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 10-11, par. 2.

325 Zie het deel 'Rente op erfrechtelijke vorderingen' in het 'Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last) en tweetrapsafvullegaat', Modellen voor het notariaat (ScholsBurgerhartSchols, Sdu).

326 Zie de uiting van deze wens nog in EstateTip Review 2010-44.

327 Zie het deel 'Rente op erfrechtelijke vorderingen' in het 'Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last) en tweetrapsafvullegaat', Modellen voor het notariaat (ScholsBurgerhartSchols, Sdu) en zie ook o.a. EstateTip Review 2006-48.

vragen zich af of de regels van de wettelijke verdeling van artikel 4:13 BW, meer in het bijzonder de wilsrechten, van toepassing zijn op de gelegateerde zaken.'[328] Pleysier komt tot de conclusie dat dit legaat aan de erfgenaam een legaat bij vooruitneming is, welk legaat met de wettelijke verdeling gecombineerd kan worden en dat de gang van zaken volgens hem als volgt is: *'Eerst worden de gelegateerde zaken afgegeven, vóór alle deling, dus ook vóór de wettelijke verdeling van artikel 4:13 BW. Dat betekent dat de nalatenschap voor wat de aanwezigheid van de boedelzaken 'leeg' is. Er valt dus, voor wat de boedelzaken betreft, niets meer te verdelen, preciezer gezegd: het is onmogelijk dat de boedelzaken van rechtswege naar de langstlevende gaan, omdat zij als het ware al in een eerder stadium, en op een andere wijze, namelijk krachtens legaat, uit de boedel naar de langstlevende zijn gegaan. Daarom kunnen de boedelzaken niet vallen onder de wilsrechten.'*[329] In plaats van boedelzaken bevindt zich volgens Pleysier in de nalatenschap slechts de vordering op de langstlevende vanwege de inbrengverplichting, zodat de wilsrechten slechts op die vordering zien.[330] Ook constateert Pleysier dat door het keuzelegaat tegen inbreng de langstlevende zelf kan bepalen welke boedelzaken onder de wettelijke verdeling vallen, door het legaat ten aanzien van een zaak wel of niet te aanvaarden, zonder de wettelijke verdeling in het geheel uit te schakelen volgens art. 4:18 BW.[331] Ik kom later op de onderbouwing van Pleysier terug.

Men dient bij het voorbeeld van Pleysier in ogenschouw te nemen dat in de literatuur – ingeval de erflater een testament opstelt met een dergelijk 'universeel keuzelegaat' zonder zich daarnaast uit te laten over de toepasselijkheid van de wettelijke verdeling – wordt aangenomen dat uit deze beschikking moet worden afgeleid dat de erflater de afdeling van de wettelijke verdeling buiten toepassing heeft verklaard (art. 4:13 lid 1 BW laatste deel).[332] Ook ik ben van oordeel dat een 'universeel keuzelegaat' niet te rijmen valt met de werking van de wettelijke verdeling. Dit zegt echter nog niets over de mogelijkheid van een enkel legaat aan de langstlevende en de werking van de wettelijke verdeling.[333]

Overigens betwijfel ik – er voor het gemak van uitgaande dat de wettelijke verdeling zich laat combineren met een 'universeel keuzelegaat' aan de langstlevende en dit keuzelegaat ook effect sorteert – de door Pleysier geschetste consequenties wat betreft de wilsrechten, ook al zijn die strikt genomen overeenkomstig het systeem van de wet. Immers: als het legaat tegen inbreng aan een derde was gemaakt, dan viel ook slechts de inbrengvordering in de na-

328 Pleysier 2011, par. 2.
329 Pleysier 2011, par. 7.
330 Pleysier 2011, par. 9.
331 Pleysier 2011, par. 9.
332 Zie o.a. Asser/Perrick 4 2013/70, Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57 en Van Es 2009a, nr. 8, p. 18.
333 Vgl. Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57.

latenschap en kunnen de kinderen de wilsrechten niet meer met betrekking tot de gelegateerde goederen uitoefenen. In wezen worden, als men uitgaat van de werking van de wettelijke verdeling, de wilsrechten door het keuzelegaat tegen inbreng aan de langstlevende vervolgens uitgehold. Als de erflater dat wil bereiken, dan kan hij dat uiteraard het beste bereiken door de wilsrechten expliciet in het testament uit te schakelen (art. 4:25 lid 6 BW). In het voorbeeld spreekt de erflater zich echter niet uit over de toepasselijkheid van de wettelijke verdeling. Dat moge zo zijn, maar het betekent niet dat van twee walletjes gegeten kan worden: of er is geen sprake van een wettelijke verdeling (en zijn er dus geen wilsrechten) of de wettelijke verdeling is van toepassing (met de daarbij behorende wilsrechten die niet zomaar door de langstlevende zelf in het geheel zouden moet kunnen worden uitgehold. Op die manier verdwijnt het door de wetgever bedoelde zicht van de kinderen op familiegoederen als sneeuw voor de zon). Ik neem in het hierboven aangehaalde voorbeeld van Pleysier aan dat de kinderen bij het overlijden van hun ouder een beroep kunnen doen op het bloot eigendomswilsrecht van art. 4:21 BW nu zij immers ingevolge de wettelijke verdeling een geldvordering op de stiefouder verkrijgen ter zake van de nalatenschap van de overleden ouder. Ik zou ervoor willen pleiten (al dan niet met een beroep op de redelijkheid en billijkheid; zie art. 6:2 en vgl. art. 3:166 lid 3 BW) dat, als in navolging van Pleysier geconcludeerd zou worden dat de wettelijke verdeling van toepassing kan zijn in combinatie met een universeel keuzelegaat tegen inbreng aan de langstlevende, de gelegateerde goederen, die immers deel van de nalatenschap van erflater uit hebben gemaakt, alsnog onderworpen kunnen worden aan wilsrechten op grond van art. 4:24 lid 1 BW. Bovendien is de langstlevende nog steeds beschikkingsbevoegd om over de aan hem gelegateerde goederen te beschikken.

De vraag of de wettelijke verdeling gecombineerd kan worden met een legaat aan de langstlevende, is tevens relevant in de situatie dat de langstlevende een legaat (zonder inbrengverplichting) toegekend heeft gekregen. De langstlevende (Kolkman spreekt beeldend van de boze stiefmoeder) kan door uitoefening van het legaat aan zichzelf de vorderingen van de kinderen op grond van de wettelijke verdeling verkleinen en daarmee tevens het bereik van de wilsrechten beperken.[334] De waarde van de op grond van de wilsrechten over te dragen goederen is immers gekoppeld aan de op grond van art. 4:13 lid 3 BW verkregen geldvordering. In zoverre vloeit ook deze (ongewenste) consequentie voort uit de wet die niet alleen de waarde van de op grond van een uitgeoefend wilsrecht over te dragen goederen vermindert, maar tevens de hoeveelheid goederen waarop de wilsrechten uitgeoefend kunnen worden (zoals Pleysier betoogt), mogelijk verkleint.

334 Kolkman 2006, nr. 1.9.7.1, p. 135.

5.6.4.2 Legaat aan langstlevende en wettelijke verdeling: opvattingen literatuur

Vooropgesteld dient te worden dat de vraag of de wettelijke verdeling zich laat combineren met een legaat aan het kind of een derde niet wordt betwist.[335] Legaten zijn namelijk volgens artikel 4:7 lid 1 letter h BW schulden van de nalatenschap en deze schulden komen bij de wettelijke verdeling voor rekening van de langstlevende (artikel 4:13 lid 2 BW en art. 4:14 lid 1 BW). De langstlevende dient dus de gelegateerde goederen aan het kind (dat naast erfgenaam ook legataris is) of aan een derde over te dragen (onder bijzondere titel dus).[336]

De vraag die echter in deze paragraaf speelt is of een legaat aan de *langstlevende* in combinatie met de wettelijke verdeling effect sorteert. Door de wettelijke verdeling ontstaat geen onverdeeldheid aangezien de langstlevende alle goederen en de kinderen hun vordering van *rechtswege* verkrijgen. Een levering, zoals artikel 3:186 lid 1 BW voor de overgang van het toegedeelde bij een verdeling vereist, is bij de wettelijke verdeling dus niet nodig. In zoverre kan men stellen dat de term 'wettelijke *verdeling*' onjuist is.[337] Er is eigenlijk sprake van een toekenning door de wetgever. Men kan zich dus afvragen of een legaat aan de langstlevende goederenrechtelijke werking heeft (is afgifte nog mogelijk?) aangezien de langstlevende al eigenaar is geworden van alle bezittingen en de voldoening van de schulden van de nalatenschap tevens voor zijn rekening komt.[338] En gaat het uit het legaat voortvloeiend vorderingsrecht teniet aangezien de schuldeiser (de langstlevende) en de schuldenaar (de langstlevende) in één persoon samenvallen (artikel 6:161 lid 1 BW), of vallen de vordering en schuld in van elkaar gescheiden vermogens (art. 6:161 lid 2 sub a BW)? De opvattingen in de literatuur zijn verdeeld. Het legaat aan de langstlevende in combinatie met de wettelijke verdeling heeft volgens enkele auteurs i) geen enkel effect, ii) alleen waardetechnisch effect, of iii) zelfs (in sommige gevallen) goederenrechtelijke effect. Ik zal de belangrijkste opvattingen hieronder kort weergeven.

Tuinstra en Laumans-van der Wijst plaatsen kanttekeningen bij de werking van het legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling. Zij zijn van mening dat voor een legaat aan de langstlevende geen ruimte is aangezien de langstlevende van rechtswege al enig eigenaar van alle goederen is geworden. Noch goederenrechtelijk, noch waardetechnisch heeft het legaat volgens

335 Blokland & Kleyn 2007, p. 11. Zie ook Handboek Erfrecht 2011, XI.3.1, p. 411 en Kolkman 2006, nr. 1.9.7.1, p. 134.
336 Blokland & Kleyn 2007, p. 11.
337 Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 62, p. 64.
338 Artikel 4:13 lid 2 en artikel 4:14 lid 1 BW. Zie ook (o.a.) Blokland & Kleyn 2007, p. 11, Kolkman & Veltman 2004a, Kolkman & Veltman 2004c, Tuinstra & Laumans-van der Wijst 2005, Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57 en EstateTip Review 2004-21.

hen effect. *'De waardetechnische, economische situatie wordt in deze geheel en al ingegeven door de goederenrechtelijke werkelijkheid'*, aldus Tuinstra en Laumans-van der Wijst.[339] Wel benadrukken zij dat het legaat wel degelijk civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke gevolgen heeft indien de wettelijke verdeling ongedaan wordt gemaakt of indien de langstlevende zijn erfdeel verwerpt en de langstlevende het legaat als legataris verkrijgt.[340]

Van Mourik meent dat het legaat ten behoeve van de langstlevende van een bepaald goed of geldsom valt te combineren met de wettelijke verdeling en tevens zin kan hebben, ook al heeft de langstlevende van rechtswege al alle tot de nalatenschap behorende goederen verkregen.[341] Ik citeer Van Mourik over de zin van dit legaat: '*Dit moet dan behandeld worden als een 'prelegaat', in die zin dat de vordering van de kinderen dan berekend wordt in de waarde van de nalatenschap, exclusief de waarde van het gelegateerde. Aldus wordt het legaat, voor zover het hun erfdelen (vorderingen) raakt, door de kinderen 'gedragen'. Art. 4:117 BW staat toe dat een legaat ten laste van bepaalde erfgenamen wordt gebracht. Het enkele feit dat 'afgifte' van het gelegateerde niet mogelijk is, ontneemt aan het legaat niet de zin. De wilsrechten van art. 4:10 e.v. BW* (ik neem aan dat 4:19 e.v. BW wordt bedoeld; GGBB) *spelen niet. Ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (art. 4:18 BW) raakt het legaat niet. Dit gegeven betekent niet dat het legaat aan de echtgenoot moet worden beschouwd als een legaat onder de opschortende voorwaarde dat de wettelijke verdeling ongedaan wordt gemaakt.*'[342]

Volgens Van Mourik is het legaat (waardetechnisch) mogelijk, omdat geen vermenging plaatsvindt. De vordering en de schuld vallen in van elkaar gescheiden vermogens: de nalatenschap (met de verplichting uit legaat) en het eigen vermogen van de legataris/langstlevende (met het recht op levering) zijn immers volgens Van Mourik van elkaar gescheiden tot het moment dat de afwikkeling van de nalatenschap is voltooid, waarbij onder afwikkeling onder andere de 'afgifte' van het legaat begrepen kan worden.[343] Overigens wijst Van Mourik erop dat de langstlevende, na een eventuele ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (art. 4:18 BW), aanspraak kan maken op de levering van het gelegateerde en hij dan niet de verdeling hoeft af te wachten.[344]

Van Mourik constateert dus, net als Kolkman, Veltman, Blokland, Kleyn, Tuinstra, Laumans-van der Wijst en Van Es (die dit terecht beperkt tot een legaat van een geldsom of een goed uit de nalatenschap omdat sprake kan zijn van een goederenrechtelijk effect indien een niet tot de nalatenschap

339 Tuinstra & Laumans-van der Wijst 2005, p. 29. Kortom: Tuinstra en Laumans-van der Wijst menen dat het legaat dus geen enkel effect kan sorteren omdat het legaat geen goederenrechtelijke werking heeft.

340 Tuinstra & Laumans-van der Wijst 2005, p. 29.

341 Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57.

342 Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57. Vgl. ook Kolkman & Veltman 2004a, Kolkman & Veltman 2004c.

343 Van Mourik 2008b, p. 108.

344 Van Mourik 2013a, nr. 24, p. 51.

behorend goed wordt gelegateerd, waarop ik hierna terug kom), dat een legaat aan de langstlevende in combinatie met de wettelijke verdeling in elk geval geen goederenrechtelijk effect sorteert nu de langstlevende van rechtswege al alle tot de nalatenschap behorende goederen heeft verkregen.[345] De vervolgvraag luidt: kan het legaat wel 'waardetechnische' gevolgen (zoals voor de heffing van de erfbelasting) hebben, zodat een legaat aan de langstlevende de geldvordering van de kinderen op grond van art. 4:13 lid 3 BW verkleint? Kolkman, Veltman, Van Mourik (zie hierboven) en Van Es beantwoorden deze vraag bevestigend en wijzen erop dat door de afgescheiden vermogens geen vermenging optreedt.[346]

Van Es brengt de uitzondering op de vermenging van art. 6:161 lid 2 sub a BW (de afgescheiden vermogens) in verband met art. 4:14 lid 2 BW op grond waarvan enkele schuldeisers voorrang hebben bij verhaal op de door de langstlevende verkregen goederen,[347] welk artikellid luidt: '*Voor schulden van de nalatenschap, alsmede voor schulden van de echtgenoot die konden worden verhaald op de goederen van een gemeenschap waarvan de echtgenoot en de erflater de deelgenoten waren, neemt de schuldeiser in zijn verhaal op de goederen die krachtens artikel 13 lid 2 aan de echtgenoot toebehoren, rang voor degenen die verhaal nemen voor andere schulden van de echtgenoot.*' Het gevolg van een legaat aan de langstlevende van een geldsom of een bepaald goed is volgens Van Es dat het legaat geen goederenrechtelijke dimensie maar wel een waardetechnisch effect heeft: '*Er vindt geen vermogensverschuiving plaats naar het vermogen van de echtgenoot, maar er is sprake van een vermogensverschuiving binnen het vermogen van de echtgenoot (dat uit twee afgescheiden vermogens bestaat). Wat eerst tot de nalatenschap behoorde, gaat als gevolg van het legaat (als dat tenminste niet verworpen wordt) behoren tot het overige vermogen van de echtgenoot. Een verkleining van de geldvordering van de kinderen ex art. 4:13 lid 3 BW is hiervan het gevolg.*'[348]

Kolkman en Veltman merken bij hun opvatting (dat het legaat een waardetechnisch effect heeft) op dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen aan de ene kant de vraag wie de goederen en de schulden van de nalatenschap verkrijgt en aan de andere kant de vraag in hoeverre men gerechtigd is tot de nalatenschap.[349] De auteurs zijn van mening dat de wettelijke verdeling slechts dwingend voorschrijft wie de goederen en de schulden verkrijgt, te weten: de langstlevende (artikel 4:13 lid 2 BW).[350] De bepaling van de gerechtigdheid tot de omvang van de nalatenschap staat de erflater helemaal vrij: hij kan immers de erfdelen van de langstlevende en de kinderen zelf bepalen.

345 Zie Kolkman & Veltman 2004a, Kolkman & Veltman 2004c, Blokland & Kleyn 2007, Tuinstra & Laumans-van der Wijst 2005 en Van Es 2009a, nr. 12, p. 24.
346 Kolkman 2006, nr. 1.9.7.1, p. 135, Kolkman & Veltman 2004a en Kolkman & Veltman 2005, Handboek Erfrecht 2011, IV.2.2, p. 57 en Van Es 2009a, nr. 12, p. 24.
347 Van Es 2009a, nr. 12, p. 24 en nr. 8, p. 18.
348 Van Es 2009a, nr. 12, p. 24.
349 Kolkman & Veltman 2005, p. 32.
350 Kolkman & Veltman 2005, p. 32.

Voor de toepassing van de wettelijke verdeling is volgens artikel 4:13 lid 1 BW slechts vereist dat de echtgenoot en één of meer kinderen *erfgenamen* zijn. Aan de langstlevende kan bijvoorbeeld een erfdeel van 1% of 99% worden toegekend. Dit staat echter los van het feit dat de langstlevende alle goederen en alle schulden verkrijgt (hetgeen door Tuinstra en Laumans-van der Wijst als 'het wezen van de wettelijke verdeling' wordt beschouwd).[351] De verhouding tussen het kind en de langstlevende wordt door de wijzigingen van de gerechtigdheid niet verstoord; immers dit wordt toegelaten door de wet. Slechts de hoogte van de vorderingen van de kinderen en de schuld van de langstlevende aan de kinderen veranderen hierdoor. Het wijzigen van de erfdelen tast dus ook niet het 'wezen van de wettelijke verdeling' aan. Volgens Kolkman en Veltman is het dan ook een kleine stap om ook het legaat aan de langstlevende binnen de wettelijke verdeling waarde toe te kennen aangezien het ook wettelijk mogelijk is om, door de erfdelen te veranderen, wijzigingen aan te brengen in de (waardetechnische) gerechtigdheid tot de omvang van de nalatenschap.[352] Het zou dan ook mogelijk moeten zijn om door een legaat aan de langstlevende de (waardetechnische) gerechtigdheid aan te passen. Kolkman en Veltman: *'Goederenrechtelijk is het legaat een gepasseerd station, vanwege de werking van artikel 4:13. Voor de bepaling van de gerechtigdheid tot de omvang van de nalatenschap is het legaat echter wel degelijk van belang.'*[353]

Van Es schaar ik voor het gemak onder de auteurs die menen dat het legaat aan de langstlevende enkel een waardetechnisch effect heeft en geen goederenrechtelijke dimensie, mits sprake is van een legaat van een bepaald goed uit de nalatenschap of een geldsom. Voor het legaat aan de langstlevende van goederen die niet tot de nalatenschap behoren (zoals het legaat van een deel van de door de wettelijke verdeling ontstane geldvordering en het legaat van het vruchtgebruik van de geldvordering van de kinderen) constateert Van Es echter terecht dat een dergelijk legaat op grond van art. 4:49 BW geldig is indien uit de uiterste wil is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild. Vervolgens kan wel degelijk sprake zijn van een goederenrechtelijk effect nu de langstlevende het deel van de gelegateerde geldvordering ingevolge art. 4:49 lid 2 BW dient te verschaffen dan wel te trachten om het vruchtgebruik van de geldvordering gevestigd te krijgen.[354]

Naast de opvattingen dat het legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling geen enkel effect of slechts een waardetechnisch effect sorteert, is er ook nog een opvatting dat het legaat goederenrechtelijk effect sorteert. Dit is de opvatting van Pleysier die al bleek uit het in par. 5.6.4.1 gegeven voor-

351 Tuinstra & Laumans-van der Wijst 2005, p. 30.
352 Kolkman & Veltman 2005, p. 32.
353 Kolkman & Veltman 2005, p. 32.
354 Van Es 2009a, nr. 12, p. 24.

beeld van Pleysier.[355] Pleysier ziet het legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling als een legaat bij voorafneming (zie ook par. 5.6.2.2) dat kan worden afgegeven vóór alle deling, en dus ook vóór de wettelijke verdeling. De langstlevende verkrijgt het gelegateerde in de visie van Pleysier dus niet krachtens de wettelijke verdeling, maar geheel onder bijzondere titel als legaat.[356] Pleysier gaat ook in op het bezwaar dat de langstlevende alles al verkregen heeft en het vreemd is om aan zichzelf te moeten leveren. Hij merkt hier onder andere over op: '*Het was in het oude recht zo dat een verdeling terugwerkte, dat wil zeggen dat de eigendom van het toegedeelde op het moment van het overlijden van erflater was overgegaan op degene aan wie was toebedeeld. Maar bij een legaat bij vooruitneming werd ook onder het oude recht het gelegateerde vóór alle deling afgegeven, en dat terwijl de verdeling terugwerkte, zodat ook daar iemand aan zichzelf moest leveren wat hij al had.*'[357] En in een andere bijdrage schrijft Pleysier: '*Vreemd is in de door mij voorgestane constructie op het eerste gezicht dat de wettelijke verdeling niet op het moment van het overlijden van de eerststervende effect heeft, maar als het ware moet 'wachten' tot het prelegaat is afgegeven. Maar die wettelijke verdeling moet in zekere zin ook 'wachten' of de langstlevende op de voet van artikel 4:18, lid 1 BW de wettelijke verdeling ongedaan maakt.*'[358]

Nu de meest belangrijke opvattingen in de literatuur zijn weergegeven, volgt tot slot van dit hoofdstuk mijn eigen beoordeling van de mogelijkheid om een legaat aan de langstlevende te combineren met de wettelijke verdeling.

5.6.4.3 Eigen beoordeling legaat aan langstlevende en wettelijke verdeling

Mijn oordeel wil ik beperken tot de mogelijkheid van het legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling, zonder mijn toevlucht te zoeken tot – in de woorden van Kolkman een 'nogal gekunsteld aandoende manier om vermenging te voorkomen'[359] – beneficiaire aanvaarding (en de vereffening), als middel om via art. 4:200 lid 2 BW en art. 4:224 BW een afgescheiden vermogen te bewerkstelligen.

Welk standpunt neem ik in als ik bovenstaande opvattingen tot mij laat doordringen? Dient de langstlevende in materiële zin als een enig erfgenaam te worden beschouwd nu hij de goederen van de nalatenschap van rechtswege verkrijgt? En betekent dit dat inderdaad vermenging optreedt op grond van art. 6:161 lid 1 BW zodat het legaat geen enkel effect sorteert?

355 Pleysier 2011 en Pleysier 2010.
356 Pleysier 2010, par. V, p. 310-312 en Pleysier 2011, p. 15, nr. 15.
357 Pleysier 2010, nr. 29, p. 311.
358 Pleysier 2011, p. 15, nr. 11.
359 Kolkman 2006, nr. 1.9.7.1, p. 135.

Om met de opvatting van Pleysier te beginnen, zal het de lezer waarschijnlijk niet verbazen dat ik ook (of eigenlijk: juist) bij de van rechtswege werkende wettelijke verdeling, zonder een moment van onverdeeldheid, al helemaal geen ruimte in het erfrecht zie voor een legaatsvorm die vóór alle verdeling (en zelfs vóór de wettelijke verdeling) kan worden afgegeven. Ik zie voor het huidig recht geen aanknopingspunten (ook niet in de rechtspraak; zie mijn conclusie in par. 5.6.2.4) voor het erkennen van een dergelijke legaatsvorm. Het is volgens mij dan ook niet mogelijk om een legaat bij de wettelijke verdeling af te geven voor het moment dat de wettelijke verdeling werkt omdat de wettelijke verdeling op het moment van het overlijden van de erflater van rechtswege werkt.

Betekent dit dan dat er geen enkele ruimte is voor het legaat aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling? Die vraag beantwoord ik ontkennend. Het is naar mijn mening mogelijk om een legaat aan de langstlevende op te nemen in combinatie met de werking van de wettelijke verdeling. In dit verband acht ik het van belang dat de positie van de langstlevende bij de wettelijke verdeling, ook al krijgt hij van rechtswege alle goederen, op cruciale punten afwijkt van het enig erfgenaamschap waarbij de nalatenschap vermengt met het eigen vermogen.

Met inachtneming (en instemming) van hetgeen Van Es, zoals in de vorige paragraaf is aangehaald, heeft opgemerkt over legaten aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling die weldegelijk goederenrechtelijk effect sorteren indien sprake is van een legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed, ben ik voor het overige van oordeel dat een legaat van een nalatenschapsgoed of een geldsom aan de langstlevende een waardetechnisch effect sorteert. Hierbij acht ik het volgende, in samenhang, van belang:

De langstlevende heeft, ook al krijgt hij van rechtswege bij de wettelijke verdeling in afwijking van de eerste zin van art. 4:182 lid 1 BW alle goederen, niet een vergelijkbare positie met die van de enig erfgenaam. De enig erfgenaam wordt op grond van art. 4:182 lid 2 BW tevens van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood teniet gaan. Bij de wettelijke verdeling gelden de gewone regels van de saisine: alle erfgenamen (echtgenoot en kinderen) worden aansprakelijk voor schulden van de erflater. Ook een legaat zal in de regel ten laste van de gezamenlijke erfgenamen komen (art. 4:117 lid 2 BW). Hierbij moet wel opgemerkt worden dat art. 4:14 lid 1 BW vervolgens bepaalt dat de echtgenoot – in afwijking van art. 4:182 lid 2 BW – voor het geheel aansprakelijk is voor de schulden van de nalatenschap. Uit de parlementaire geschiedenis volgt, dat art. 4:14 lid 1 BW een zelfstandige aansprakelijkheid van de echtgenoot voor het geheel van de nalatenschapsschulden vestigt.[360] De kinderen blijven weliswaar aansprakelijk,

360 NvW, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1567.

maar zij kunnen de schuldeisers afweren met een verwijzing naar de echtgenoot van de erflater die voor het geheel aansprakelijk is. Art. 4:14 lid 1 BW heeft betrekking op alle in art. 4:7 lid 1 BW opgesomde schulden. De echtgenoot is dan ook bijvoorbeeld voor het geheel aansprakelijk voor schulden uit legaten die op een of meer erfgenamen rusten (art. 4:7 lid 1 onder h BW).

De positie van de langstlevende als erfgenaam bij de wettelijke verdeling wijkt wat betreft de aansprakelijkheid voor schulden van de nalatenschap af van de aansprakelijkheid van de enig erfgenaam (waar per definitie alleen de enig erfgenaam aansprakelijk is). Deze afwijking impliceert nog niet dat de betreffende schulden niet tot het vermogen van de langstlevende gaan behoren. Als de schuld uit legaat echter geheel tot het vermogen van de langstlevende zou behoren, zou het legaat door vermenging teniet gaan (art. 6:161 lid 1 BW). Men kan echter niet zeggen dat de schuld uitsluitend bij de langstlevende is terechtgekomen en het kind op geen enkele manier meer aan de schuld gebonden is. Dit blijkt als het kind een schuld van de nalatenschap (bijvoorbeeld het legaat) vrijwillig zou voldoen: het kind betaalt voor het deel van zijn aansprakelijkheid niet onverschuldigd, ook al was de echtgenoot ten opzichte van het kind gehouden de schuld te voldoen.[361] Daarnaast dient men zich te realiseren dat niet op het moment van overlijden van de erflater door de werking van de wettelijke verdeling al gezegd kan worden dat het legaat door vermenging teniet gaat. Het is namelijk mogelijk dat de langstlevende de wettelijke verdeling ongedaan maakt (art. 4:18 BW), hetgeen terugwerkende kracht heeft. Door de ongedaanmaking behoort de schuld tot de onverdeelde gemeenschap van een nalatenschap (art. 3:189 lid 2 en art. 3:192 BW), terwijl het vorderingsrecht tot het vermogen van de langstlevende behoort. De ongedaanmaking leidt er dus toe dat geen vermenging optreedt nu de schuld en de vordering in van elkaar gescheiden vermogens vallen ingevolge art. 6:161 lid 2 sub a BW (zie ook par. 5.6.3.2).

Als ik terugkeer naar de wettelijke verdeling en de daarbij geldende aansprakelijkheid van de kinderen en langstlevende voor een deel evenredig aan hun erfdeel voor de schulden van de nalatenschap volgens de hoofdregels van art. 4:182 lid 2 BW en art. 4:117 lid 2 BW, terwijl tevens de langstlevende voor de gehele voldoening van de schulden aansprakelijk is (volgens art. 4:14 lid 1 BW), dan kan men wellicht toch via deze laatste aansprakelijkheid voor het geheel van de langstlevende constateren dat de schuld uit legaat met de vordering tot afgifte van het legaat vermengt. De langstlevende heeft immers van rechtswege alle nalatenschapsgoederen verkregen en is zelf aansprakelijk voor de voldoening van de gehele schuld. Desalniettemin is hier van een vermenging, zoals bij een enig erfgenaam, naar mijn mening geen sprake. Op grond van art. 4:14 lid 2 BW ontstaat mijns inziens een (soort vorm van) afgescheiden vermogen bij de langstlevende echtgenoot, ondanks het feit dat er bij de wettelijke verdeling geen sprake is van een gemeenschap of onverdeeldheid

361 Zie Nota NE, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1568.

met de daarbij geldende verhaalsexclusiviteit (art. 4:184 lid 1 BW en art. 3:192 BW in combinatie met art. 3:190 BW en 3:191 BW; zie ook par. 5.6.3.2). Bij gebreke van een echte gemeenschap kan men beter spreken van (verhaals)voorrang van de nalatenschapsschuldeiser dan van verhaalsexclusiviteit, aangezien de privéschuldeiser zich weldegelijk rechtstreeks kan verhalen op de nalatenschap, zij het pas na de nalatenschapsschuldeisers en de andere in art. 4:14 lid 2 BW genoemde schuldeisers.[362] Hoewel men zich kan afvragen of een dergelijke 'verhaalsvoorrang' voldoende is om het in art. 6:161 lid 2 sub a BW vereiste afgescheiden vermogen te bewerkstelligen om vermenging te voorkomen, ben ik van mening dat hieraan voldaan is, gezien de definitie in de Toelichting-Meijers op de voorloper van dit artikellid: '*Voor van elkaar gescheiden vermogens is kenmerkend dat de schulden die tot het ene vermogen behoren, op de activa van het andere vermogen niet, of pas na de tot dit laatste behorende schulden, verhaalbaar zijn.*'[363] Van dit laatste (verhaal na andere schuldeisers) is in art. 4:14 lid 2 BW sprake, zodat de conclusie moet zijn dat het legaat niet door vermenging teniet gaat op grond van art. 6:161 lid 2 sub a BW. Van Es beschrijft de werking van het legaat treffend door de afgifte (zonder goederenrechtelijke werking dus) voor te stellen als '(…) een vermogensverschuiving *binnen* het vermogen van de echtgenoot (dat uit twee afgescheiden vermogens bestaat).'[364]

Ten slotte wijs ik nog op art. 4:81 lid 2 BW. Hieruit volgt impliciet dat de wet zelf ook blijk geeft van het kunnen bestaan van de combinatie van het legaat aan de langstlevende en de wettelijke verdeling. Art. 4:81 lid 2 BW, dat gaat over de in beginsel niet-opeisbare legitieme portie bij toepassing van de wettelijke verdeling, luidt immers: '*Voorzover de vordering ten laste komt van een legaat aan een ander dan de echtgenoot, leidt de eerste zin niet tot een later tijdstip van opeisbaarheid dan voortvloeit uit lid 1.*'[365]

5.7 TOT SLOT

Dit hoofdstuk vormde de afronding van 'Deel I: Civielrechtelijke aspecten van het legaat' van dit onderzoek. In het hiernavolgende 'Deel II: Het legaat, de wisselwerking tussen het civiele recht en de Successiewet 1956' worden de fiscaalrechtelijk ingegeven toepassingen van het legaat – zoals deze voor een deel in dit hoofdstuk beschreven zijn – besproken met de bijbehorende fiscaal- en civielrechtelijke vragen.

In het komende hoofdstuk zal geanalyseerd worden op welke wijze het legaat en andere verkrijgingen krachtens erfrecht in de heffing ingevolge de Successiewet betrokken worden.

362 Zie Kolkman 2006, nr. 2.6.3, p. 244-245.
363 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 591.
364 Van Es 2009a, nr. 12, p. 24.
365 Zie ook Pleysier 2010, nr. 29, noot 44, p. 310 en Pleysier 2011, p. 14, nr. 5.

DEEL II

Het legaat, de wisselwerking tussen het civiele recht en de Successiewet 1956

6 Het legaat (en de testamentaire lastbevoordeling) als belastbare verkrijging voor de Successiewet 1956

6.1 INLEIDING

Toenmalig staatssecretaris van Financiën De Jager bracht tijdens een gastcollege in april 2008 over zijn plannen voor een nieuwe Successiewet naar voren dat de toenmalige Successiewet – die toen al 150 jaar oud was – dringend aan 'restauratie' toe was.[1] Opgemerkt werd door de staatssecretaris dat de opbrengst van de wet onder druk stond *'(…) doordat handige lieden die een adviseur kunnen betalen, de wet omzeilen met allerhande constructies. Daardoor draait de gewone burger op voor het successierecht. En die verdwaalt vervolgens in de ingewikkeldheid van de tarieven en de voor de leek onlogische opzet. De wet is onbegrepen, niet geliefd en het beeld blijft achter dat de wet onrechtvaardig is.'*[2] In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel signaleerde de staatssecretaris nogmaals dat *'[h]et beeld is ontstaan dat het betalen van belasting ter zake van schenking of overlijden niet langer een zaak is voor de (zeer) rijken, maar veeleer voor de middenklasse.'*[3]

Per 1 januari 2010 is de Successiewet 1956 (hierna: SW) in Nederland daadwerkelijk ingrijpend gewijzigd.[4] Gezien het bovenstaande zal het niet verbazen dat met de gewijzigde wetgeving is getracht testamentvormen te bestrijden die op 'agressieve' wijze de belastingheffing beperken, zoals zogenoemde (super)turbotestamenten en ik-opa-testamenten. In zijn gastcollege merkte de staatssecretaris over dergelijke testamentvormen op dat zij gemeen hebben dat *'(…) meteen of in de toekomst successierecht wordt bespaard door civielrechtelijke kunstgrepen, terwijl als je het economisch bekijkt, men zich geen enkele opoffering hoeft te getroosten.'*[5]

---

1 Zie Boelens 2011, p. 14-15.

2 Zie het gastcollege gehouden door staatssecretaris Jan Kees de Jager op 14 april 2008 te Tilburg, getiteld 'De Wet schenk- en erfbelasting: evenwichtiger, eenvoudiger', <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2008/06/11/de-wet-schenk-en-erfbelasting-evenwichtiger-eenvoudiger.html>.

3 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 3, p. 2.

4 Wat betreft de terminologie is het van belang op te merken dat de termen 'recht van successie' en 'recht van schenking' zijn verdwenen en vervangen zijn door de termen 'erfbelasting' en 'schenkbelasting' (art. 1 lid 1 onder 1° en 2° SW).

5 Gastcollege gehouden door staatssecretaris Jan Kees de Jager op 14 april 2008 te Tilburg, getiteld 'De Wet schenk- en erfbelasting: evenwichtiger, eenvoudiger', <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2008/06/11/de-wet-schenk-en-erfbelasting-evenwichtiger-eenvoudiger.html>.

In het fiscale deel van dit proefschrift worden de fiscaalrechtelijk ingegeven toepassingen van het legaat – zoals deze voor een deel in hoofdstuk 5 reeds zijn beschreven – besproken met de bijbehorende fiscaal- en civielrechtelijke vragen. Hierbij worden de eventuele spanning en wisselwerking tussen het civiele recht en het fiscale recht zichtbaar. Fiscaal ingegeven structuren (waarbij gebruik wordt gemaakt van een legaat) kunnen civielrechtelijke vragen oproepen. Hierbij is het van belang op te merken dat de absolute grens aan het met succes hanteren van fiscale structuren, gelegen is in de geldigheid van de structuren naar civiel recht. Binnen deze absolute grens kan de fiscale wetgever de grenzen verleggen door fiscaal ongewenste (maar civielrechtelijk geldige) structuren aan te pakken.

Uiteindelijk zal in het fiscale deel geoordeeld moeten worden wat gezien de per 1 januari 2010 vernieuwde Successiewet de huidige fiscale én civielrechtelijke mogelijkheden van het legaat zijn. Het is immers van groot belang dat een uiterste wilsbeschikking (zoals een legaat) geldig is en dat deze de door de erflater beoogde werking heeft. Men dient immers te bedenken dat er bij een uiterste wilsbeschikking (die pas werkt bij dode) – anders dan bij rechtshandelingen onder levenden – geen mogelijkheid meer is om een alternatieve beschikking te maken. Duidelijkheid omtrent de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke grenzen van hetgeen men met een legaat kan regelen, is vanuit dit oogpunt gewenst.

Alvorens de fiscaalrechtelijke grenzen van het legaat te onderzoeken, zal eerst bezien dienen te worden op welke wijze het legaat en andere verkrijgingen krachtens erfrecht in de heffing van de Successiewet betrokken worden. Met name zal naast het legaat de fiscale behandeling van de testamentaire last aan bod komen aangezien het verschil tussen het legaat en de (derdebevoordelende) last onder het Oud Burgerlijk Wetboek niet groot en ook niet altijd duidelijk was. Bovendien is met de komst van het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 het 'werkterrein' van het legaat flink uitgebreid ten koste van de last (zie hoofdstuk 4), zodat sommige beschikkingen die voorheen werden aangemerkt als een testamentaire last heden ten dage als legaat kwalificeren.

6.2 De belastbare verkrijging in vogelvlucht

6.2.1 Algemeen

Krachtens de Successiewet worden erfbelasting en schenkbelasting geheven (art. 1 SW). Vóór 1 januari 2010 werden deze heffingen aangeduid met de termen 'recht van successie' respectievelijk 'recht van schenking'. Erfbelasting wordt geheven over '*de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde*' (art. 1 lid 1 onder 1 SW). De schenkbelasting (die wordt geheven over '*de waarde van*

al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde'; art. 1 lid 1 onder 2 SW) zal in het vervolg slechts zijdelings aan bod komen nu het legaat een verkrijging krachtens erfrecht is.

In dit hoofdstuk staat de volgens de Successiewet belastbare verkrijging krachtens erfrecht centraal. De wisselwerking met het civiele recht wordt daarmee direct zichtbaar.[6] Men zal de civielrechtelijke vraag moeten beantwoorden of sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht, om vervolgens de waarde van het verkregene te kunnen belasten met erfbelasting. Hiervoor zal allereerst duidelijk moeten zijn wat een verkrijging 'krachtens erfrecht' is. Verkrijgen erfgenamen, legatarissen en lastbevoordeelden allen krachtens erfrecht? En worden de schuld uit legaat, de met een testamentaire last opgelegde verplichting, alsmede schulden van de erflater eveneens krachtens erfrecht verkregen zodat daarmee de erfrechtelijke verkrijging is verminderd? Niet zelden zal voor de beantwoording van de vraag of, en zo ja, op welke wijze heffing van erfbelasting plaatsvindt, teruggevallen moeten worden op vraagstukken die in het civielrechtelijke deel van het proefschrift naar voren zijn gekomen. Te denken valt in dit kader bijvoorbeeld aan de vraag of een testamentaire beschikking ('ik ken € 10.000 toe aan een persoon die tijdens de promotieplechtigheid aanwezig was, door X na mijn overlijden aan te wijzen') ongeoorloofde delegatie dan wel een legaat of een last oplevert. Zowel de belastbaarheid als de wijze van heffing kunnen, zoals in dit hoofdstuk zal blijken, verschillen afhankelijk van de uitkomst of de verkrijging krachtens legaat of krachtens lastbevoordeling geschiedt. Hier past mijns inziens dan tevens de vraag of verschillen in de (wijze van) heffing gerechtvaardigd worden in het licht van de aansluiting van de heffing krachtens de Successiewet bij de civielrechtelijke verkrijging *krachtens erfrecht*, waartoe zowel de lastbevoordeling als de verkrijging krachtens legaat behoren.

Er moet echter voor worden gewaakt dat men de Successiewet uitsluitend ziet als – in de woorden van Schuttevâer en Zwemmer – 'een soort toegepast burgerlijk recht' waarmee 'de weg naar een zelfstandige fiscale rechtsvinding' geblokkeerd wordt.[7] Schuttevâer en Zwemmer schrijven hierover: '*Juister is het, in deze materie de toepasselijkheid van het burgerlijk recht te doen fungeren als*

6 Voor zover mij bekend is de wisselwerking met het civiele recht in landen die een 'erfbelasting' kennen het uitgangspunt voor de heffing van 'erfbelasting'. Zie over de wijze waarop 42 landen met de dood in de belastingheffing omgaan het 'Cahiers de droit fiscal international' (volume 95b, congres Rome 2010) getiteld 'Death as a taxable event and its international ramifications' van de International Fiscal Association. Op p. 21 van dit cahier wordt in het 'General Report' het volgende opgemerkt: '*In all countries, the private law of succession of an individual forms the basis for the application of correlative taxing provisions, either through IHT* [inheritance tax; GGBB], *ETA* [estate tax; GGBB], *income taxes or other levies or duties of a similar nature*'.

7 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 7.

een soort "verkhypothese", die echter moet wijken zodra enige factor van rechtsvinding dit vergt.'[8]

De vraag of erfbelasting geheven kan worden, wordt niet louter door de civielrechtelijke werkelijkheid (is sprake van een verkrijging krachtens erfrecht?) beheerst. Er zijn immers in de Successiewet fictiebepalingen opgenomen op grond waarvan sommige niet-erfrechtelijke verkrijgingen voor de toepassing van de Successiewet worden 'geacht krachtens erfrecht' te zijn verkregen.[9] Met fictiebepalingen creëert de wetgever reeds vanaf de Successiewet 1859 een grondslag voor heffing om te voorkomen dat het enkel aanknopen bij het civiele recht en civielrechtelijke begrippen de deur open zet voor het ontgaan van (thans) erfbelasting.[10] Schuttevâer en Zwemmer merken in dit kader op: '*Voor het terrein van de successiewetgeving is aansluiting aan de "erfrechtelijke verkrijging" (…) ontoereikend om binnen de sfeer van de belasting te brengen vele verkrijgingen die, hoezeer ook geschiedende ten tijde van de dood van de erflater, toch niet onder de erfrechtelijke titel vallen. Een breder draagvlak diende dus in de wetgeving te worden gebouwd.*'[11] Zonder fictiebepalingen zou men de heffingsgrondslag voor de erfbelasting makkelijk kunnen omzeilen, zoals Van Vijfeijken met het navolgende illustreert: '*Indien immers krachtens overeenkomst wordt verkregen 'uit den boedel' van de erflater, is geen sprake van een verkrijging als erfgenaam of legataris. Indien vervolgens de overeenkomst alleen werking heeft bij het overlijden van de erflater, ligt de verkrijging wel heel dicht tegen die van een erfrechtelijke verkrijging aan.*'[12] Het opnemen van fictiebepalingen in de Successiewet brengt echter geen wijziging in de civielrechtelijke situatie, en beïnvloedt zodoende bijvoorbeeld niet de berekening van de legitimaire vordering.[13] Dit laat onverlet dat het erfrecht in art. 4:126 BW een eigen fictie kent om bepaalde verkrijgingen (krachtens overeenkomst) voor de toepassing van Boek 4 BW gelijk te stellen met een legaat wat betreft de mogelijkheid van inkorting en vermindering en qua laagst gerangschikte positie bij verhaal op de goederen van de nalatenschap.[14] Hierdoor worden (andere) schuldeisers van de nalatenschap (waaronder de legitimaris, alsmede de fiscus; art. 4:7 lid 1 sub g en sub e BW) in bepaalde gevallen beschermd tegen contractuele ver-

8 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 7.

9 Zie de artikelen 1, 6, 8-13a en 16 SW. In artikel 1 SW kan men voor de toepassing van de Successiewet zowel een uitbreiding (leden 2 en 3) als een beperking (leden 4, 5 en 6) van de civielrechtelijke verkrijging krachtens erfrecht terugvinden.

10 Van Vijfeijken 2013, p. 1 en 3.

11 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 88.

12 Van Vijfeijken 2013, p. 3. Hierbij zij opgemerkt dat de overeenkomst slechts betrekking kan hebben op een of meer goederen van de toekomstige nalatenschap en niet op de nog niet opengevallen nalatenschap in het geheel of een evenredig deel daarvan. Een overeenkomst strekkende tot beschikking over de nog niet opengevallen nalatenschap in het geheel of een evenredig deel daarvan is immers ingevolge art. 4:4 lid 2 BW nietig.

13 Zie Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 88 en Van Vijfeijken 2013, p. 1.

14 Zie wat betreft de (lage) positie als schuldeiser van de nalatenschap art. 4:7 lid 1 sub i en lid 2 BW, alsmede art. 4:126 jo. 4:120 BW.

kleining van de nalatenschap.[15] Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de literatuur wat betreft de fictiebepalingen van de Successiewet is bepleit aansluiting te zoeken bij de 'quasilegatenregeling' van art. 4:126 BW, hetgeen niet is geschied.[16]

In een volgend hoofdstuk zullen de fictiebepalingen aan bod komen in het kader van de fiscale behandeling van allerlei in de fiscaal-notariële praktijk gehanteerde structuren (ter vermindering van de erfbelastingdruk) waarbij het legaat een rol speelt. Dit hoofdstuk beperkt zich tot de bespreking van wat civielrechtelijk dient te worden aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht en op welke wijze de heffing van de erfbelasting zich bij deze verkrijging ingevolge art. 1 SW aansluit. Kan er bijvoorbeeld meer krachtens erfrecht vermaakt worden (door middel van legaten) dan er in de nalatenschap zit en wat wordt vervolgens belast? In het bijzonder zullen – mede aan de hand van de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak – de fiscale behandeling van het legaat en de testamentaire last, en in dat verband het civielrechtelijk onderscheid tussen het legaat en de last, besproken worden, alsmede de vraag hoe schulden van de erflater de belastbare erfrechtelijke verkrijging beïnvloeden, om tot slot te bezien of de Successiewet daadwerkelijk op een consistente wijze de civielrechtelijke verkrijging krachtens erfrecht als allesbeslissende grondslag neemt voor de heffing van erfbelasting.

6.2.2 Boedel- en/of verkrijgingsbelasting?

De huidige Successiewet kan aangemerkt worden als verkrijgingsbelasting, in die zin dat de heffing van erfbelasting wordt afgestemd op de persoon van de verkrijger en hetgeen deze specifieke persoon verkrijgt. De verwantschap van de verkrijger tot de erflater is immers relevant voor onder meer de toepasselijke tariefsgroep waarin de verkrijging wordt belast, voor vrijstellingen of voor de werking van fictiebepalingen. De hoogte van de individuele verkrijging is van belang aangezien de verkrijging de heffingsgrondslag vormt en vanwege de progressie in het tarief.

In het verleden trof men bij voorlopers van de successiewetgeving elementen van een boedelbelasting aan. Bij een boedelbelasting/nalatenschapsbelasting vormt de overgang van (het saldo van) de nalatenschap de grondslag voor heffing, zodat dit saldo (tegen een progressief tarief) wordt belast zonder dat rekening wordt gehouden met de persoon van de verkrijger.[17] De nalatenschap van de erflater wordt derhalve tot uitgangspunt genomen.[18] In de

15 Zie art. 4:7 BW en B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2008, par. 6.
16 Zie B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2008 en Van Zielst 2011.
17 Zie Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 55.
18 CB S&E 2014-2015, nr. 1.1.0.B.b.

ordonnantie op het recht van successie van 4 oktober 1805,[19] een eerste algemene Successiewet, was van elke nalatenschap in de Bataafse Republiek een recht van successie verschuldigd over 10% van de waarde van de baten na aftrek van schulden en begrafeniskosten.[20] Men trof in de ordonnantie dus de boedelbelasting als vertrekpunt aan. Daarnaast waren er elementen van een verkrijgingsbelasting opgenomen. Voor de verschuldigde successierechten werd echter niet uitsluitend naar het saldo van de boedel gekeken, aangezien voor wat betreft het versterfaandeel waartoe bepaalde verkrijgers (gezien hun verwantschap tot de erflater) waren gerechtigd een lager percentage, of zelfs een vrijstelling gold.[21] Schuttevâer en Zwemmer concluderen dan ook dat de ordonnantie zich niet duidelijk uitspreekt of het als een 'nalatenschapsbelasting' of 'verkrijgingsbelasting' moet worden aangemerkt.[22]

Met wijzigingen van de successiewetgeving in 1817 en 1859 verdween ook het in de ordonnantie gehanteerde vertrekpunt van een boedelbelasting naar de achtergrond.[23] In de Successiewet 1859 stond in artikel 1 dat '*(…) onder den naam van recht van successie, eene belasting geheven* [wordt] *van de waarde van al wat geërfd of verkregen wordt uit den boedel van een ingezeten des Rijks door zijn overlijden. (…)*'[24] De nadruk kwam te liggen op de verkrijger en hetgeen deze verkrijgt, hetgeen voorts duidelijk tot uitdrukking kwam in artikel 46 (later art. 73) van de wet van 1859, luidende: '*Het recht van successie wordt geheven van het bedrag der waarde, welke door ieder, na aftrek van zijn aandeel in de schulden en lasten, bij artikel 27* [later artikel 50; GGBB] *vermeld, wordt geërfd of verkregen. (…)* ' Door dat artikel werd tevens pas duidelijk dat schulden en lasten in aanmerking moesten worden genomen, hetgeen volgens De Leeuw kenmerkend is voor het recht van successie (ten opzichte van het destijds tevens bestaande recht van overgang).[25]

19 Publicatie van Hun Hoog Mogende, vertegenwoordigende het Bataafsch Gemeenebest, houdende Ordonnantie eener Belasting op het Regt van Successie, alomme in het Bataafsch Gemeenebest in te vorderen, van 4 oktober 1805.

20 De Wilde 1905, p. 57.

21 De Wilde 1905, p. 57.

22 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 56.

23 Zie ook Wegwijs in de Successiewet 2014, p. 3.

24 In art. 1 van de Successiewet 1817, die per 1 januari 1818 gold, stond een vergelijkbare definitie van het 'regt van successie'.

25 Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 66. Daar wordt over artikel 1 dan ook opgemerkt: '*Wat dit artikel zegt moet dus uit de verdere bepalingen der wet worden aangevuld. Eerst daarna krijgt men de waarheid te zien.*' En in hetzelfde handboek valt op p. 711 over art. 73 SW te lezen: '*Ware de inhoud van het eerste lid van dit artikel ingelascht in art. 1, er zou minder misverstand zijn ontstaan. Beter dan art. 1 wijst toch art. 73 den aard van het successierecht aan; het doet de dwaalleer te niet, dat het successierecht geheven wordt van het zuiver saldo der nalatenschap; het stelt buiten twijfel dat men voor de berekening der belasting niets te maken heeft met dat saldo, doch alleen met de waarde, die ieder uit den boedel verkrijgt, verminderd met het deel van de lasten en schulden, dat hij draagt.*'

6.2.3 'Uit de boedel'

De waarde die door ieder *uit de boedel* werd geërfd of verkregen, na aftrek van het aandeel in de lasten en schulden dat mocht worden afgetrokken, viel dus onder de heffing van successierechten ingevolge de Successiewet 1859. In een eerste ontwerp van 1857 ontbrak aanvankelijk – in afwijking van de wet van 1817 – 'uit den boedel' in artikel 1.[26] De Tweede Kamer vreesde echter dat het ontbreken hiervan ertoe zou leiden dat onder meer – niet uit de boedel komende[27] – weduwe- en wezenpensioenen en levensverzekeringen aan heffing van successierecht zouden worden onderworpen nu deze weldegelijk door het overlijden van de erflater verkregen zijn.[28] Hoewel de minister bestreed dat het overlijden de oorzaak van de verkrijging van het weduwepensioen was – het overlijden zou het ogenblik van de verkrijging vormen – werden de woorden 'uit den boedel' alsnog in artikel 1 opgenomen.[29] Wat tot iemands boedel zou behoren, was een vraag naar burgerlijk recht (voor zover geen sprake was van een toepasselijke fictie). Het leed toen dan ook geen twijfel dat de boedel enkel zou bestaan uit vermogensrechten zodat de Successiewet niets van doen had met familierechtelijke bevoegdheden.[30]

Het alsnog opnemen van de woorden 'uit den boedel' leverde de interessante vraag op of dit impliceerde dat nooit meer dan het actief van de boedel belast kon worden. Gedachtig het in het Burgerlijk Wetboek van 1838 opgenomen art. 1015 (luidende: '*Legaten van onbepaalde zaken, doch van een zeker geslacht, zijn bestaanbaar, hetzij de erflater zoodanige zaken hebbe nagelaten of niet*'; zie ook par. 3.4.4) kan men tot de volgende casus komen: erflater benoemt Z tot enig erfgenaam en laat een nalatenschap achter met een actief van ƒ 100.000 en een passief van ƒ 50.000 en legateert aan X een geldbedrag groot ƒ 70.000. Erfgenaam Z aanvaardt de nalatenschap zuiver.[31] Civielrechtelijk was duidelijk dat het gehele legaat van ƒ 70.000 door X van erfgenaam Z – die immers zuiver aanvaard had en volledig aansprakelijk was voor de voldoening van het legaat – opgeëist kon worden.[32] Twee opvattingen waren echter vervolgens denkbaar, te weten dat het gehele legaat met successierecht belast kon worden of

---

26 Zie *Kamerstukken II* 1856/57, nr. CXXIII, ondernummer 3, p. 1133 en *Kamerstukken II* 1857/58, nr. XVI, ondernummer 4, p. 347.

27 Zie bijv. HR 29 juni 1888, *W.* 5588, uit welk arrest volgt dat het recht op uitkering van de verzekerde som ingevolge de levensverzekering niet behoorde tot de nalatenschap (noch tot de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap) '(…) *zoodat verweerderesse daartoe alleen gerechtigd was krachtens haar eigen recht uit de overeenkomst, door haren man te haren behoeve gesloten.*'

28 *Kamerstukken II* 1857/58, nr. XVI, ondernummer 3, p. 260 en De Wilde 1905, p. 90-91.

29 Zie *Kamerstukken II* 1857/58, nr. XVI, ondernummer 4, p. 347 en De Wilde 1905, p. 91-92.

30 Klaassen 1936, p. 72.

31 Zie De Wilde 1905, p. 92-93.

32 Vgl. De Wilde 1905, p. 94-95.

dat slechts het deel voor zover de waarde van het legaat *uit het actief van de boedel* kon worden verkregen, belast kon worden.[33]

De eerstgenoemde opvatting werd onder meer door Wiersma en Klaassen verdedigd en de laatstgenoemde door De Wilde.[34] In deze discussie werd ten faveure van de eerstgenoemde opvatting een juiste wisselwerking tussen het burgerlijke en het fiscale recht benadrukt: '(…) *in plaats van eerst aan 't gemeene recht te vragen of en wat uit de nalatenschap wordt verkregen en daarna aan de successiewet hoe dat moet worden belast, keert men de zaak om en laat men de belastingwet het eerste bepalen, eene taak waarvoor zij niet bestemd is, die integendeel geheel in strijd is met haar doel en daarom noodzakelijk tot verkeerde resultaten leidt.*'[35]

De Wilde achtte de tweede opvatting echter geenszins in strijd met de bovenstaande wisselwerking: '*Het belast wel degelijk hetgeen ieder persoonlijk verkrijgt – en wel naar burgerlijk recht – en laat geenszins die verkrijging door de successiewet bepalen, doch vraagt aan deze alleen waarover het recht moet worden geheven.*'[36] De in de Successiewet 1859 opgenomen eis van 'uit de boedel' zorgde zijns inziens dan voor een fiscale beperking van de waarde die in de heffing betrokken kon worden.

De verdedigers van de eerste opvatting (de belastbaarheid van het gehele legaat) brachten op grond van het burgerlijk recht op hun beurt naar voren dat indien vervangbare zaken gelegateerd waren, alles uit de nalatenschap verkregen werd, ook al overtroffen de gelegateerde zaken het actief van de boedel.[37] Klaassen: '*Uit den boedel kan alleen worden verkregen wat in den boedel is. Toch wordt algemeen aangenomen, dat die beperking den fiscus niet belet legaten van vervangbare zaken (b.v. contanten) te belasten, al laat de erflater die niet, of niet zoveel als er vermaakt zijn, na. Legaten blijven ongetwijfeld legaten niettegenstaande zij onbepaalde zaken tot voorwerp hebben; art. 1015 B.W. stelt dit ondubbelzinnig vast.*'[38] Volgens Klaassen dienden de woorden 'uit den boedel' dus te worden weggeredeneerd, tenzij men met de Administratie (overeenkomstig een advies van de Landsadvocaat) wilde aannemen dat onbepaalde zaken, gezien het eigenaardig karakter van onbepaalde zaken, als het ware geacht worden in de boedel aanwezig te zijn, nu de bestaanbaarheid van dergelijke legaten berustte op een uitdrukkelijke wetsbepaling.[39] Bovendien werd door Klaassen

33 De Wilde 1905, p. 93-95.
34 De Wilde 1905, p. 93-96.
35 De Wilde 1905, p. 94.
36 De Wilde 1905, p. 96.
37 Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 101-103.
38 Klaassen 1936, p. 104.
39 Klaassen 1936, p. 104 en 119, alsmede wat betreft de brief van de Administratie van 19 oktober 1917 die in overeenstemming was met het advies van de Landsadvocaat: *P.W.* 11171. Volgens Sprenger van Eyck/De Leeuw stelt de Landsadvocaat, gezien art. 1015 OBW, ten onrechte voorop dat hetgeen gelegateerd wordt in de boedel aanwezig moet zijn, zie: Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 90.

aangevoerd dat de wetgever – met de toevoeging 'uit den boedel' – enkel zou hebben willen voorkomen dat uitkeringen uit levensverzekeringen en dergelijke belast zouden kunnen worden, maar niet met de toevoeging de heffing van successierechten zou hebben willen beperken tot het actief van de boedel.[40]

6.2.4 Krachtens erfrecht

Zoals uit het vervolg van het hoofdstuk zal blijken, speelde bovenstaande discussie niet meer sinds 1956. Vanaf 1956 vindt men in artikel 1 van de Successiewet de woorden 'uit de boedel' niet meer terug en is slechts doorslaggevend of de verkrijging 'krachtens erfrecht' is geschied. Hiermee werd duidelijk dat zowel de waarde van hetgeen verkregen werd krachtens het legaat van soortgoederen (art. 1015 OBW) als de waarde van hetgeen een erfgenaam of legataris uit zijn eigen goederen ingevolge art. 1014 OBW uitkeerde aan een derde (hetgeen als een last werd aangemerkt met een nakomingsactie, zie par. 3.4.3), onder de heffing van successierechten viel, aangezien zonder twijfel was dat dergelijke verkrijgingen *krachtens erfrecht* werden verkregen.[41]

Onder het vóór 1 januari 2003 geldende erfrecht gold, evenals onder het huidige erfrecht, dat men als erfgenaam, als legataris of als lastbevoordeelde, krachtens erfrecht kon verkrijgen. In de komende paragraaf wordt eerst de periode tot 1 januari 2003 besproken omdat met het daarna gewijzigde erfrecht het werkterrein van het legaat flink is uitgebreid ten koste van de last. Onder het legaat worden heden ten dage namelijk alle beschikkingen begrepen waarmee door de erflater een vorderingsrecht wordt toegekend aan de legataris (art. 4:117 lid 1 BW), terwijl onder het Oud Burgerlijk Wetboek ook aan derdebevoordelende testamentaire lasten (met betrekking tot niet tot de nalatenschap behorende zaken), een nakomingsactie voor de lastbevoordeelde werd verbonden (zie par. 3.4.3). Nu voor de kwalificatie als legaat het toekennen door de erflater van een vorderingsrecht vooropstaat, past het ook dat met het sinds 1 januari 2003 geldende erfrecht de mogelijkheid van een legaat van een niet tot de nalatenschap behorend bepaald goed – afgezien van de mogelijkheid van het legateren van soortgoederen – bestaat. Hierbij zij aangetekend dat een dergelijk legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed volgens de hoofdregel vervalt, tenzij uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild (art. 4:49 lid 1 BW en zie par. 5.2). In paragraaf 6.4 zal ingegaan worden op de verkrijgingen krachtens erfrecht onder

---

40 Zie Klaassen 1936, p. 103-104 en 119-121. Klaassen geeft op p. 119-120 enkele voorbeelden van volgens hem onredelijke uitkomsten indien de heffing van successierechten, ingeval een legataris het volledige aan hem gelegateerde bedrag van de zuiver aanvaard hebbende erfgenamen uitbetaald krijgt, vervolgens zou afhangen van de vraag of de waarde van het legaat het actief van de boedel overtreft.

41 Vgl. Schuttevâer 1977, p. 80.

het per 1 januari 2003 in Boek 4 BW opgenomen geldende erfrecht en op welke wijze deze verkrijgingen naar huidig recht in de heffing van de erfbelasting worden betrokken. Maakt het bijvoorbeeld voor de (wijze van) heffing van de (thans) erfbelasting uit of aan een erfrechtelijke verkrijging een vorderingsrecht is verbonden (het legaat) of dat een dergelijk vorderingsrecht juist ontbreekt (de testamentaire last)? En is het antwoord op deze vraag tevens relevant voor de mogelijkheid van de met het legaat of de last belaste personen om de waarde van het legaat of de last op hun eigen belastbare verkrijging te mogen aftrekken?

6.3 Door de Successiewet in aanmerking te nemen schulden, legaten en lasten voorafgaande aan het per 1 januari 2003 geldende erfrecht

6.3.1 Successiewet 1859

Onder meer het per 1 oktober 1838 ingevoerde Burgerlijk Wetboek, dat de Franse Code Civil verving, noodzaakte om de Successiewet 1817 grondig te herzien. De Successiewet moest worden aangepast aan deze nieuwe burgerlijke wetgeving.[42] Dat het wetsvoorstel voor de nieuwe Successiewet tot allerlei beschouwingen in het parlement aanleiding gaf, was volgens de minister van financiën niet verwonderlijk: '*De wetgeving op het regt van successie is gewis een der moeijelijkste onderwerpen op het gebied van fiscaal regt. De wet toch behoort beginselen te bevatten, waarin de tallooze schakeringen der erfopvolging en beschikkingen ter zake des doods kunnen worden opgelost en tevens regelen, welke de belangen der schatkist beschermen.*'[43]

In artikel 1 van de Successiewet 1859[44] stond dat krachtens de wet wordt geheven: '(…) *recht van successie van de waarde van al wat geërfd of verkregen wordt uit den boedel van een ingezeten des Rijks door zijn overlijden.* (…)' Uit paragraaf 6.2.2 bleek dat artikel 1 voor een volledig beeld in samenhang met art. 73 SW (voorheen art. 46 SW) gezien moest worden, luidende: '*Het recht van successie wordt geheven van het bedrag der waarde, welke door ieder, na aftrek van zijn aandeel in de schulden en lasten, bij artikel 50* [voorheen artikel 27 SW;[45] GGBB] *vermeld, wordt geërfd of verkregen.* (…)'

42 Klaassen 1936, p. 60.
43 *Kamerstukken II* 1857/58, nr. XVI, ondernummer 4, p. 344.
44 Uitgaande van de wettekst in 1932.
45 Zie voor het Ontwerp van wet op het regt van successie en van overgang *Kamerstukken II* 1856/57, nr. CXIV, ondernummer 2 en voor een Gewijzigd Ontwerp *Kamerstukken II* 1857/58, nr. XVI, ondernummer 6.

6.3.1.1 Schulden en lasten in de Successiewet 1859

In navolging van art. 1146 OBW[46] werd er in art. 73 SW een onderscheid gemaakt tussen schulden en lasten. Het burgerlijk recht begreep onder *schulden* de vorderingen ten laste van de erflater en onder *lasten* de andere verplichtingen die niet op de erflater rustten en die na het overlijden zijn ontstaan, maar die wel ten laste van de boedel komen en door erfgenamen gedragen moeten worden, zoals begrafeniskosten.[47]

Ten opzichte van de in art. 1146 OBW bedoelde schulden en lasten, werden de in aanmerking te nemen schulden en lasten in de Successiewet nader omlijnd. Slechts het aandeel in de in art. 50 SW vermelde schulden en lasten kwam in aftrek op de verkregen belastbare waarde. Ingevolge art. 50 werd door de Successiewet 1859 onder lasten, verplichtingen die niet rustten op de erflater, slechts verstaan de begrafeniskosten, welke daar nader omschreven werden. Boedelkosten en executeursloon vormden voor de Successiewet dus geen aftrekpost.

De volgens art. 50 SW in aanmerking te nemen schulden waren onder meer de schulden ten laste van de overledene (sub a) mits aan de in het artikel genoemde voorwaarden werd voldaan, zoals dat '(…) *in de aangifte moet worden verklaard, dat den aangever niet gebleken is, dat de daarin vermelde bewijzen werden opgemaakt of afgegeven om de betaling van successierechten te ontgaan;* (…)'. Daarnaast werd rekening gehouden met de '*interesten, renten, huren en pachten, tot en met den dag van het overlijden*' (art. 50 sub b), alsmede met '*de schulden, op het tijdstip van het overlijden, voortspruitende uit het beroep van den overledene*' (art. 50 sub c), bepaalde huisschulden en belastingschulden (sub d en e). In wezen konden – indien aan de in art. 50 SW vermelde voorwaarden voldaan werd – alle schulden ten laste van de erflater voor aftrek in aanmerking komen nu onder de in art. 50 sub a SW bedoelde schuld alle schulden van de erflater gebracht konden worden die niet onder de sub b tot met f genoemde schulden zouden vallen.[48]

6.3.1.2 Aftrekbaarheid legaten in de Successiewet 1859?

Hoewel art. 1146 OBW sprak over de draagplicht voor 'schulden, legaten en andere lasten', werd in de Successiewet 1859 (in bijvoorbeeld art. 73 lid 1 SW) niet expliciet gerept over de mogelijkheid van aftrek van legaten (of de aftrek van door de erflater opgelegde testamentaire lasten) op de eigen verkrijging indien men met deze legaten of lasten belast was. Aangenomen werd dat uit

---

46 Art. 1146 OBW luidt: '*De erfgenamen die eene erfenis hebben aanvaard moeten in de betaling der schulden, legaten en andere lasten, zoo veel dragen als in evenredigheid staat met hetgeen ieder uit de nalatenschap ontvangt.*'

47 De Wilde 1907, p. 229.

48 Klaassen 1936, p. 97.

art. 1 SW in combinatie met art. 73 SW voortvloeide dat, nu de waarde van legaten (van bepaalde of vervangbare zaken; overeenkomstig art. 1004 en 1015 OBW, met inachtneming van art. 1013 OBW over nietige legaten van bepaalde zaken van iemand anders) belast werd bij de legataris, deze waarde van de legaten afgetrokken diende te worden van de belastbare verkrijging door degenen op wie de verplichtingen uit de legaten rustten.[49] Door niemand werd deze aftrek betwist, mede ter voorkoming van dubbele belasting.[50] Voor deze aftrek was het niet van belang of de verkrijging van het legaat bij de legataris was vrijgesteld. Ook een sublegaat kwam bij de met het sublegaat belaste persoon op zijn verkrijging in mindering.[51] Dat legaten voor aftrek in aanmerking dienden te komen, werd ook *a contrario* uit het tweede lid van art. 73 van de Successiewet 1859 afgeleid waar voor het recht van overgang bepaald was dat wordt geheven over de waarde van de zaken 'zonder aftrek van legaten, schulden of lasten'.[52] Sprenger van Eyck/De Leeuw merkten hier verder over op: '*Hoewel het eerste lid alleen van schulden en lasten spreekt en aftrek van legaten niet noemt, gaat de wetgever hier uit van de gedachte, dat het eerste lid ook aftrek van legaten (van vervangbare zaken) voor de berekening van het successierecht toelaat. Dit acht hij dus opgesloten in de bepaling dat het recht wordt geheven over het bedrag dat door ieder wordt geërfd of verkregen. Het bevestigt de (…) opmerking, dat art. 73 niets beslist ten aanzien van de belastbaarheid van aan de erfgenamen opgelegde lasten en hun aftrek van het erfdeel ter vaststelling van hetgeen door ieder wordt verkregen.*'[53]

6.3.1.3 Aftrekbaarheid testamentaire lasten in de Successiewet 1859?

De artikelen 73 en 50 SW leken dus niets te beslissen over de aftrekbaarheid van legaten op de eigen belastbare verkrijging voor verkrijgers die met deze legaten belast waren, noch over de aftrekbaarheid van door de erflater aan een erfstelling of legaat verbonden lasten (waar art. 1014 OBW een voorbeeld van geeft), aan welke lasten lastbevoordeelden een vermogensrechtelijke voordeel ontleenden.[54] Artikel 1014 OBW was van belang in verband met het volgens art. 1013 OBW nietige legaat indien de erflater een bepaald goed van een ander heeft gelegateerd (zie par. 3.4.2 en 3.4.3). Art. 1014 OBW luidde vervolgens namelijk: '*De bepaling van het vorige artikel belet echter niet dat aan den erfgenaam of legataris, als voorwaarde, de verpligting kan worden opgelegd om aan derden zekere uitkeeringen uit zijne eigene goederen te doen, of schulden kwijt te schelden.*'

49 Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 90-91 en p. 711.
50 Klaassen 1936, p. 108 en 117-118.
51 Klaassen 1936, p. 117-118.
52 Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 90-91 en p. 712 en Klaassen 1936, p. 117-118.
53 Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 712.
54 Vgl. Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 404.

De aftrekbaarheid van bovenbedoelde lasten op de verkrijging van de erfgenaam of legataris aan wie deze verplichting was opgelegd, hing samen met het antwoord op de vraag of de lastbevoordeelde zelf in de heffing van successierechten betrokken kon worden.

A) HR 27 maart 1914

Zoals uit hoofdstuk 3 bleek, was er onder het oude burgerlijk recht veel discussie over het verschil tussen een legaat en last, en met name de last waaraan een derde een vermogensrechtelijk voordeel ontleende. Dit onderscheid werd nog lastiger te maken door een arrest van de Hoge Raad in 1914. In dit arrest werd door de Hoge Raad beslist dat een derdebevoordeelde bij een testamentaire last ook een vordering tot nakoming van de last heeft tegen degene aan wie door de erflater de verplichting is opgelegd.[55] De wet erkent namelijk, aldus de Hoge Raad, het recht van de bevoordeelde in art. 1014 OBW en de wetgever hanteert onder andere blijkens art. 934 OBW[56] als leidraad dat bij uiterste wil gemaakte beschikkingen zoveel mogelijk 'gevolg' moeten hebben. Er is een uitdrukkelijke wetsbepaling nodig volgens de Hoge Raad om bij een door de wet erkend recht van de derdebevoordeelde aan een dergelijke bevoordeling de vordering tot nakoming te ontzeggen.[57] Voordat het arrest was gewezen, ging men ervan uit dat nakoming van lasten uitsluitend werd gewaarborgd door de mogelijkheid dat de erfstelling of het legaat waaraan de last was verbonden vervallen kon worden verklaard ingevolge art. 1051 OBW. Meijers merkte naar aanleiding van het arrest op dat art. 1051 OBW over de vervallenverklaring niet meer nodig is als een lastbevoordeelde een vordering tot nakoming heeft. '*De opvatting van den H.R. heeft tot gevolg, dat de nakoming van een last door twee acties beschermd wordt, een legaat slechts door één*', aldus Meijers.[58] Vóór het arrest was de fiscale conclusie dan ook: '*De derde-bevoordeelde ontleende aan het testament dus geen recht en de vraag of het hem toegekende vermogensvoordeel als een verkrijging uit den boedel belast moet worden, moest om die reden ontkennend beantwoord worden.*'[59]

Vanuit materieel oogpunt leek er door het arrest van de Hoge Raad in 1914 in het burgerlijk recht geen verschil meer te bestaan tussen de positie van de ex art. 1014 OBW derdebevoordeelde bij een testamentaire last die in rechte nakoming kon vragen van de aan de erfgenaam of legataris bij testament opgelegde verplichting en de positie van de legataris met zijn vorderingsrecht jegens een erfgenaam of legataris. Voor de heffing van recht van successie kwam door het arrest dan ook de vraag op of het door de derdebevoordeelde

55 HR 27 maart 1914, *W* 9649, *NJ* 1914, 622.

56 Art. 934 OBW luidt: '*In zoodanig geval, moeten ook de bewoordingen worden opgevat in den zin die met den aard der beschikking en derzelver onderwerp het meest overeenkomt, en bij voorkeur in dier voege dat de beschikking eenige uitwerking of gevolg hebbe.*'

57 HR 27 maart 1914, *W* 9649, *NJ* 1914, 622.

58 Aantekening 1 bij HR 27 maart 1914, *W* 9649.

59 Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 92.

verkregene op grond van de testamentaire last evenals de verkrijging door de legataris aan heffing van successierechten onderhevig zou zijn. Zowel de derdebevoordeelde als de legataris hadden immers een vordering tot nakoming. Leverde dit dus allebei belastbare verkrijgingen op?

Nam men tot uitgangspunt dat de Successiewet enkel belastte hetgeen 'uit de boedel' werd verkregen – hetgeen hierboven onder meer aan bod kwam in het kader van de belastbaarheid van legaten die het actief van de boedel overtroffen– dan kon men verdedigen dat de hierboven bedoelde testamentaire lasten buiten de heffing van de successierechten vielen nu de vermogensvoordelen niet uit de boedel kwamen, maar zaken van de erfgenaam of de legataris betroffen (zie art. 1014 OBW).[60] Hetzelfde zou gelden indien men overeenkomstig rechtspraak van de Hoge Raad onder 'geërfd of verkregen' zoals opgenomen in art. 1 SW 1859 enkel het als erfgenaam of legataris verkrijgen, zou verstaan.[61] Dit zou vervolgens echter resulteren in een onredelijke uitkomst omdat de erfgenaam of legataris die de last was opgelegd, verplicht was de last uit te voeren (de lastbevoordeelde kon de nakoming immers afdwingen) terwijl de waarde van de last niet in mindering kwam op de verkrijging van de erfgenaam of legataris. Indien sprake was geweest van een legaat in plaats van een last, had de met het legaat belaste erfgenaam of legataris de waarde van het gelegateerde wel in mindering op zijn eigen verkrijging kunnen brengen.[62]

Klaassen gaf als voorbeeld de testamentaire verplichting aan de erfgenaam om een bepaald toonderaandeel van de erflater aan een ander af te staan, hetgeen als legaat bij de bevoordeelde belast zou worden en welke verplichting bij de erfgenaam in mindering zou komen. Hetzelfde zou gelden indien de erflater aan de erfgenaam de verplichting had opgelegd om een niet nader aangeduid aandeel aan een ander af te staan. Dit was immers een (geldig) legaat van een onbepaalde zaak (art. 1015 OBW). Indien de erflater de erfgenaam de verplichting had opgelegd om een aan de erfgenaam zelf toebehorend bepaald aandeel over te dragen (zie art. 1014 OBW), zou het vreemd zijn als de heffing zich niet bij deze verkrijging aansloot. De derde verkreeg immers ook dan een aandeel en de erfgenaam was verplicht het aandeel aan de derde af te geven.[63]

In de literatuur vond men het verschil in fiscale behandeling tussen een legaat en een last ten behoeve van een bepaald aangewezen derde dan ook niet gerechtvaardigd met name nu door het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1914 het verschil tussen het legaat en de last miniem was geworden.

60 Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 97.

61 Zie o.a. HR 12 juni 1896, *W.* 6823 en HR 20 november 1896, *W.* 6889. De Hoge Raad verwijst in dit kader ook naar de wetsgeschiedenis van art. 1 SW van de wet van 13 mei 1859 (*Stb.* nr. 36).

62 Zie Klaassen 1936, p. 106.

63 Klaassen 1925, p. 302.

Zowel de legataris als de lastbevoordeelde kon immers een recht aan het testament ontlenen.[64] Ook de enge uitleg van 'geërfd of verkregen' werd niet gestaafd door andere wetsbepalingen in de Successiewet: in de artikelen 19, 28 onder 3, 29 onder 4 en 42 SW werd namelijk niet alleen gesproken van erfgenamen en legatarissen, maar ook van 'verdere verkrijgers' of 'andere verkrijgers onder bijzonderen titel'. Bovendien zou, zo bracht Klaassen naar voren, met de formulering 'geërfd of verkregen' vooral gevolg zijn gegeven aan de door de Tweede Kamer geuite wens om de levensverzekering buiten de belastingheffing te houden en zou de regering hiermee niet per definitie een enge uitleg hebben voorgestaan.[65] Pas tien jaar na het arrest van 1914 werd in een aanschrijving op 28 mei 1924 (*P.W.* 11930/*WPNR* 2867 (1924), p. 696) door de Administratie teruggekomen op de leer die in overeenstemming was met het advies van de Landsadvocaat (*P.W.* 11171), op grond van welke laatste leer de derdebevoordeelde niet belast kon worden omdat deze niet uit de boedel had verkregen. Noch de vordering tot nakoming, noch hetgeen uitgekeerd wordt, zou namelijk komen 'uit de boedel'.[66] De Administratie schreef dat '(…) *de tot nu toe door de administratie gehuldigde leer, omtrent lastbepalingen, waaraan een actie tot nakoming kan worden ontleend, niet langer juist voorkomt. Nu bij arrest van den Hoogen Raad van den 27 maart 1914, is beslist, dat degene, die bij testament door een last is bevoordeeld, daaraan een vorderingsrecht ontleent, is het verschil tusschen een legaat en een last, zoo het nog bestaat, zoo klein geworden, dat er geen reden is ze voor de toepassing der Successiewet zoo geheel verschillend te behandelen. Bovendien is de bestaande leer onbillijk, daar zij niet de werkelijke verkrijgingen belast. Mitsdien kan een last, waaraan een actie is verbonden, op dezelfde wijze belast worden als een legaat, en behoort de waarde daarvan, evenals dat met een legaat van vervangbare zaken geschiedt, afgetrokken te worden van de waarde der verkrijging van dengene, die de last moet uitvoeren.*'[67]

De last (ten behoeve van een bepaald aangewezen derde) waaraan een nakomingsactie was verbonden moest dus volgens de hierboven vermelde nieuwe leer van de Administratie voor de Successiewet hetzelfde worden behandeld als een legaat. Was aan de last echter voor niemand een actie verbonden, bijvoorbeeld de last om het geërfde te besteden aan de studie, dan bleef een dergelijk last buiten beschouwing.[68] Gelijk hierboven over de aftrek

64 Klaassen 1936, p. 106 en Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 97-98.

65 Klaassen 1925, p. 302.

66 Zie hierover Klaassen 1925, p. 302-303. Nu het voor het bestaan van de legaten van vervangbare zaken niet noodzakelijk is dat er een voldoende hoeveelheid van die zaken in de boedel aanwezig is (zie art. 1015 OBW), zou deze redenering in principe ook naar voren gebracht kunnen worden voor legaten van vervangbare zaken. Echter volgens de Landsadvocaat, zou de bestaanbaarheid van deze legaten berusten op een uitdrukkelijke wetsduiding (art. 1015 OBW) gezien het eigenaardig karakter van onbepaalde zaken. De legaten van vervangbare zaken zouden alsdan (fiscaal) geacht worden in de boedel aanwezig te zijn.

67 *WPNR* 2867 (1924), p. 696 en *P.W.* 11930.

68 Klaassen 1936, p. 108 en Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 98. Vgl. *P.W.* 12526.

van legaten is beschreven, werd voor de belastbare lasten vervolgens bepaald (anders zou sprake zijn van dubbele heffing van belasting) dat de waarde van de last in mindering kwam op de verkrijging van degene die met de last belast was.[69]

De in de literatuur gestelde (theoretische) vervolgvraag luidde of de nieuwe leer paste in het systeem van de wet. Dat een verkrijging door een derde-bevoordeelde op grond van een last (met nakomingsactie) evenals de verkrijging als erfgenaam of als legataris belast werd ingevolge de Successiewet, volgde immers niet letterlijk uit art. 1 SW. Evenmin maakte het toenmalige art. 73 SW duidelijk dat dergelijke lasten, alsmede legaten (zoals eerder bleek), voor aftrek in aanmerking kwamen. Met de in art. 73 SW bedoelde lasten werden enkel de in art. 50 SW genoemde lasten (de begrafeniskosten) bedoeld en niet de (in art. 1014 OBW bedoelde) testamentaire lasten die door de erflater aan een erfgenaam of legataris waren opgelegd. In de literatuur werd echter ook al jaren voordat de nieuwe leer bekend werd gemaakt, verdedigd dat art. 73 SW enkel een beperking opsomde van lasten die in het passief van de nalatenschap toelaatbaar waren en de wet met art. 73 SW niet de testamentaire lasten (en ook niet legaten) op het oog had.[70] Immers, de in art. 73 SW bedoelde lasten beïnvloeden (verminderen) het *belastbare* saldo van de gezamenlijke verkrijgers terwijl de testamentaire lasten dat per definitie niet doen aangezien ofwel de lastbevoordeelde ofwel (volgens de oude leer) degene die de last moet uitvoeren in de heffing betrokken zou worden voor de waarde van de verplichting.[71] Levenkamp verdedigde dan ook dat (de voorloper van) bedoeld artikel niet bepaalt dat andere lasten als de daar bedoelde geen invloed zouden hebben op de heffing van het recht van successie.[72] Hoewel van de in *P.W.* 11930 vermelde nieuwe leer in de memorie van toelichting van de Successiewet van 1927 werd uitgegaan, werd deze leer desalniettemin niet expliciet in de successiewetgeving vastgelegd.[73] In de Successiewet 1956 treffen we, zo zullen we in de komende paragrafen zien, echter wel andere formuleringen voor de belastbare verkrijging en voor de in aftrek komende zaken aan.

Zoals eerder is aangestipt, zal in het kader van dit erfrechtelijke/fiscaalrechtelijke onderzoek niet afzonderlijk worden ingegaan op de andere heffingen (dan het recht van successie) die krachtens de Successiewet worden geheven zoals het recht van overgang ('van de waarde van alle onroerende zaken, binnen het Rijk gelegen of gevestigd, door erfenis, legaat of schenking verkregen van iemand die niet is ingezetene des Rijks'; art. 1 onder 2 SW, zoals geldend

69 *WPNR* 2867 (1924), p. 696, *P.W.* 11930 en Klaassen 1936, p. 108.
70 Levenkamp 1911, p. 52-53 en Klaassen 1925, p. 303.
71 Vgl. Levenkamp 1911, p. 52-53 en Klaassen 1925, p. 303.
72 Levenkamp 1911, p. 52.
73 *Kamerstukken II* 1926/27, nr. 306, ondernummer 3, p. 2. Zie ook Klaassen 1936, p. 107-108.

volgens de gewijzigde Successiewet in 1917). Daarnaast wordt krachtens de Successiewet sinds 1917 – om te voorkomen dat heffing van successierechten gemakkelijk ontgaan kon worden door bij leven vermogen over te hevelen – het recht van schenking geheven (van de waarde van al wat door schenking wordt verkregen van een ingezetene des Rijks; zie art. 1 onder 3 SW). Ingevolge de in de volgende subparagraaf te bespreken Successiewet 1956 werden tot en met 31 december 2009 genoemde drie belastingen geheven.[74]

6.3.2 Successiewet 1956 (tot 1 januari 2003)

Minister van Financiën Lieftinck constateerde in 1948 bij de voorbereiding van de door hem toegezegde technische herziening van de Successiewet dat deze herziening zich niet zou kunnen beperken tot enkele onderdelen. De Successiewet 1859 was bijna twintigmaal gewijzigd, hetgeen volgens de minister ernstig afbreuk had gedaan aan de systematiek van de wet.[75] Het wetsontwerp van 1948 vormde de basis van de wet die op 1 augustus 1956 in werking zou treden: de Successiewet 1956 (wet van 28 juni 1956, *Stb.* 1956, 362). De Successiewet 1956 zoals wij die vandaag de dag kennen, is sinds 1956 veelvuldig gewijzigd, waarvan de herziening per 1 januari 2010 de meest recente grote wijziging vormt. In deze subparagraaf wordt bezien op welke wijze de Successiewet, zoals die in augustus 1956 in werking trad, verschilde van de Successiewet 1859 wat betreft de heffingsgrondslag voor de successierechten en met name de belastbaarheid (en de aftrekbaarheid) van de legaten en testamentaire lasten. Omdat met de invoering van het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 de wettelijke definities van het legaat en de testamentaire last zijn veranderd, en daarmee het 'werkterrein' van het legaat ten koste van de last is uitgebreid, zal in een volgende subparagraaf afzonderlijk aandacht besteed worden aan de behandeling van het legaat en de last onder de Successiewet sinds 2003.

Zoals de lezer wellicht heeft geconstateerd, wordt weinig aandacht besteed aan de belastbaarheid van de verkrijging door een erfgenaam, omdat – in tegenstelling tot bijvoorbeeld de verkrijging ingevolge een testamentaire last – het zonder twijfel is dat hetgeen een erfgenaam verkrijgt onder de heffing van het recht van successie valt. De vraag of, en zo ja in hoeverre, de Successiewet 1956 aftrek van legaten en testamentaire lasten (en schulden van de erflater) toelaat op een erfrechtelijke verkrijging voor diegene die met de genoemde verplichtingen is opgezadeld, is uiteraard ook voor de erfgenaam relevant.

Het systeem van de Successiewet 1956 bleef – de minister had het in de memorie van toelichting over een technische herziening waardoor de wet beter

74 Het recht van overgang is met ingang van 1 januari 2010 afgeschaft.
75 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT).

geformuleerd en toegankelijker zou zijn dan tot dusver[76] – grotendeels gelijk aan het systeem van de Successiewet 1859. Toch waren er ten opzichte van de wet van 1859 relevante (tekstuele) wijzigingen aangebracht in de heffingsgrondslag van de Successiewet en de belastbaarheid (en aftrekbaarheid) van legaten en testamentaire lasten, welke wijzigingen duidelijkheid dienden te geven op in vorige (sub)paragrafen gesignaleerde vraagstukken.

6.3.2.1 Art. 1 SW: waarde verkrijging krachtens erfrecht belast

Om met de heffingsgrondslag van het recht van successie te beginnen, bepaalt de Successiewet 1956 in art. 1 dat (naast recht van overgang en recht van schenking) recht van successie wordt geheven '*van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand, die ten tijde van dat overlijden binnen het Rijk woonde.*' (art. 1 lid 1 onder 1 SW; onderstreping, GGBB).

Ten opzichte van art. 1 onder 1 SW 1859 valt op dat in plaats van 'geërfd of verkregen' de wet spreekt over 'krachtens erfrecht'. Daarnaast is de zinsnede 'uit den boedel' verdwenen.

De minister merkte in de memorie van toelichting over de gewijzigde formulering van art. 1 SW op: '*De wetsgeschiedenis van 1859, in verband met hetgeen onder vigueur van de Successiewet van 1817 werd aangenomen, heeft van de aanvang af buiten twijfel gesteld, dat alleen verkrijgingen krachtens erfrecht aan successierecht onderworpen waren. De wijze, waarop dit in de wet tot uitdrukking was gebracht – door opneming van de woorden "uit den boedel" –, heeft echter in vroeger jaren wel twijfel doen rijzen ten aanzien van de vraag of inderdaad alle verkrijgingen krachtens erfrecht tot heffing van recht aanleiding gaven. In het bijzonder rees deze vraag met betrekking tot een verkrijging krachtens een testamentaire lastbepaling, waaraan de jurisprudentie een actie tot nakoming verbindt, in gevallen waarin de bevoordeelde in het testament is aangewezen (vgl. het arrest van de Hooge Raad van 27 Maart 1914, W. v. h. R. no. 9649). Ook hebben de vermelde woorden voet gegeven aan de opvatting, dat nimmer meer belast kan worden dan het beloop van de waarde van het actief van de nalatenschap. Een beperkte leer ten aanzien van de beide bedoelde punten is, ook naar het oordeel van de schrijvers, zonder goede grond en in strijd met het beginsel, dat de heffing gebaseerd is op de overgang van vermogen krachtens erfrecht, waarbij het niet terzake doet of de vermogenswaarden, welke krachtens erfrecht overgaan, zich al dan niet feitelijk in de nalatenschap bevonden (vgl. ook artikel 1015 van het Burgerlijk Wetboek).*'[77]

---

76 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT). Overigens werd de herziening door de Tweede Kamer beschouwd als meer dan een technische herziening en leek men kamerbreed te vinden dat geen sprake was van een vereenvoudiging. Zie bijv. *Handelingen II* 1949/50, 915, nr. 4, p. 31 (VV II).

77 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT). De minister merkt op die plaats tevens over het schrappen van 'uit den boedel' op: '*Nog in een ander opzicht heeft het gebruik van het woord "boedel" tot gevolgtrekkingen geleid, welke de ondergetekende weinig rationeel acht. Men heeft met een beroep op die term namelijk verdedigd, dat de successiebelasting slechts zou kunnen*

Met het nieuwe art. 1 SW werd dus duidelijk dat alle verkrijgingen krachtens erfrecht onder de heffing vielen, dus ook de testamentaire lasten waaraan door de rechtspraak een nakomingsactie was verbonden. Deze lasten worden ook wel aangeduid als de benoemde persoonlijke lasten.[78] Bij zo'n last moet een erfgenaam of legataris een hem toebehorend goed aan een derde uitkeren. Ook was dus duidelijk dat het gehele legaat onder art. 1 SW viel indien bijvoorbeeld vervangbare zaken/soortzaken (art. 1015 OBW) waren gelegateerd, zelfs al overtroffen de legaten het saldo of zelfs het actief van de nalatenschap. Indien in dit laatste geval de erfgenamen zuiver hadden aanvaard, zodat het tekort uit eigen zak moest worden voldaan, waren zij verplicht het gehele legaat uit te keren en werd dit legaat volledig belast. Immers werd het legaat voor het geheel beschouwd als verkrijging krachtens erfrecht.[79] Indien overigens de erfgenaam de nalatenschap beneficiair aanvaard had en de legaten niet uit de nalatenschap voldaan konden worden, diende echter bij (onverplichte) volledige uitkering van het legaat door de erfgenaam van het legaat de conclusie te zijn dat het door de erfgenaam toegevoegde bedrag niet krachtens erfrecht verkregen was.[80]

De vraag bleef hoe om te gaan met testamentaire lasten waaraan geen nakomingsactie was verbonden omdat ofwel de last geen verplichting oplegde waardoor een persoon werd bevoordeeld (de onpersoonlijke last; bijvoorbeeld de verplichting om voor het paard van de erflater te zorgen)[81] ofwel omdat de last weliswaar de strekking had andere personen te bevoordelen maar waarbij de erflater de bevoordeelde niet zelf heeft bepaald maar het aan een ander overliet om deze bevoordeelde aan te wijzen (de onbenoemde persoonlijke last; zoals de making dat X enig erfgenaam is onder de verplichting om binnen zes maanden na het overlijden van de erflater aan een door hem te bepalen goed doel € 10.000 uit te keren).[82] Hierop wordt in par. 6.3.2.4 ingegaan in het kader van het arrest van de Hoge Raad van 2 maart 1966 (*BNB*

---

worden geheven terzake van de overgang van die vermogenswaarden, die in civielrechtelijke zin als "zaken" (artikel 555 van het Burgerlijk Wetboek) kunnen worden beschouwd. Een tot het vermogen van een erflater behorende "goodwill", welke aan de erfgenamen toevalt, werd aldus in strijd met de economische werkelijkheid buiten het bereik van de heffing geplaatst. (…) Op deze wijze komt – in verband met het voorgestelde weglaten van de term "uit den boedel", waarover hierna nog wordt gesproken – buiten alle twijfel te staan, dat, ook indien het beroep of bedrijf van de erflater een zekere "goodwill" bezat, welke als gevolg van het overlijden aan de erfgenamen toevloeit, deze over de waarde van die goodwill successierecht zullen hebben te betalen. Bij die wijziging sluit aan het vervangen, in artikel 1, van de woorden "uit den boedel" door "krachtens erfrecht", waardoor bovendien in situaties, als eerder bedoeld, buiten twijfel is gesteld, dat de volledige verkrijging krachtens erfrecht de gebeurtenis is, waaraan artikel 1 de heffing verbindt.'

78 Van Straaten 2002, p. 632 en 634.

79 Schuttevâer 1977, p. 80 en Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 67.

80 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 68 en Verbeke & Van Vijfeijken 2000, p. 32.

81 Zie voor voorbeelden Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 67 en 68.

82 Zie voor deze kwalificaties: Van Straaten 2002, p. 632 en 634 en zie HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.

1966/106), welk arrest over de fiscale behandeling van de onbenoemde persoonlijke last duidelijkheid zou verschaffen.

6.3.2.2 Art. 5 SW: aftrek schulden, legaten en lasten

Nu art. 1 SW aan bod is gekomen, verdient art. 5 lid 1 van de Successiewet 1956 aandacht, luidende: '*Het recht van successie wordt geheven van hetgeen ieder verkrijgt, eventueel na aftrek van zijn aandeel in de volgens deze wet voor aftrek in aanmerking komende schulden, legaten en lasten.*'

Hoewel men op grond van art. 1 lid 1 onder 1 SW, net als bij de Successiewet 1859, nog de indruk zou kunnen hebben dat de nalatenschap als zodanig belast wordt, volgt uit art. 5 lid 1 SW duidelijk dat sprake is van een verkrijgingsbelasting (zie par. 6.2.2). De heffing van successierechten sluit volgens art. 5 lid 1 SW bij ieders persoonlijke verkrijging krachtens erfrecht aan.[83] In vergelijking met de voorloper van art. 5 SW, zoals deze in art. 73 van de Successiewet 1859 was opgenomen, zijn in het nieuwe artikel expliciet 'legaten' als aftrekpost opgenomen. In de memorie van toelichting (alsmede in de overige parlementaire stukken, voor zover ik dat heb kunnen nagaan) ontbreekt een echte toelichting op deze toevoeging. In de memorie van toelichting wordt over art. 5 lid 1 SW slechts opgemerkt: '*Dit artikel dat, in overeenstemming met de strekking van het tegenwoordige artikel 73, de in artikel 1 reeds in het algemeen omschreven belastingplicht nader uitwerkt, is redactioneel vereenvoudigd.*'[84]

Vanuit het oogpunt dat onder de Successiewet 1859 (in art. 73 lid 1 SW) niet expliciet vermeld was dat legaten in aftrek kwamen op de verkrijging van diegenen die belast waren met het legaat (hoewel niemand daaraan twijfelde),[85] lijkt art. 5 lid 1 SW in dit kader zekerheid te geven. Het gebruik van het woord 'eventueel' maakt het echter onduidelijk en lijkt de suggestie te wekken van een vrijblijvendheid. Ook voor het overige komt de formulering mij vreemd voor nu art. 5 lid 1 SW spreekt over de volgens deze wet 'voor aftrek in aanmerking komende schulden, legaten en lasten', terwijl enkel voor de schulden en lasten in de Successiewet duidelijk wordt gemaakt welke in aanmerking mogen worden genomen voor de aftrek. In art. 20 lid 1 SW wordt over de lasten bepaald dat: '*Voor de regeling van het recht van successie kunnen van de nalatenschap als lasten slechts worden afgetrokken de begrafeniskosten (…) voor zover zij niet bovenmatig zijn.*'[86] Wat betreft de schulden, bepaalt lid 3 van

83 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 63.

84 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 18 (MvT).

85 Zie Klaassen 1936, p. 108 en Sprenger van Eyck/De Leeuw 1930, p. 404.

86 In lid 2 van art. 20 SW worden vervolgens de begrafeniskosten (later: kosten van lijkbezorging) gedefinieerd: 'Onder de begrafeniskosten kunnen worden begrepen de sommen, besproken of uitgekeerd voor de uitvaart van de erflater en de te zijnen behoeve te houden kerkelijke diensten of godsdienstige plechtigheden, sedert de dag van zijn overlijden tot en met het eerste jaargetijde, zulks geëvenredigd aan de stand en het vermogen van de overledene, met inachtneming van het plaatselijk gebruik en de bijzondere omstandigheden.'

art. 20 SW: '*De schulden ten laste van de erflater kunnen slechts worden afgetrokken voor zover zij in rechte vorderbaar zijn en alsdan behoudens het navolgende (…)*'. In de memorie van toelichting wordt – voor zover relevant – vermeld: '*De in deze bepaling voorkomende regeling betreffende de aftrek van lasten en schulden verschilt in materieel opzicht nagenoeg niet van die van het huidige artikel 50.*'[87] Schuttevâer benadrukt dat de term 'lasten' in art. 20 SW een 'redactioneel rudiment' uit de 19e eeuw is, welk gebruik tot misvatting zou kunnen leiden omdat art. 20 SW niets van doen heeft met testamentaire lasten.[88] Art. 20 SW stelt volgens Schuttevâer enkel vast welke door de erfgenamen na het overlijden van de erflater gemaakte kosten van de boedelafwikkeling ('boedellasten') in aanmerking voor aftrek mogen komen.[89]

6.3.2.3 Tussenconclusie legaten en lasten in de zin van art. 5 Successiewet 1956

Tot welke tussenconclusie leidt de invoering van de Successiewet 1956 voor de belastbaarheid van legaten en testamentaire lasten naar mijn mening? Uit art. 1 SW volgt enerzijds dat alle legaten onder de heffing van het recht van successie vallen, terwijl art. 5 lid 1 SW anderzijds duidelijk maakt dat alle legaten voor aftrek in aanmerking komen bij diegenen die (en voor het deel waarmee diegenen) met het legaat belast zijn. Ondanks de formulering in art. 5 lid 1 SW wordt door de wet niet nader gedefinieerd welke legaten in aanmerking komen voor aftrek. Een nadere afbakening zou overigens ook niet nodig zijn geweest omdat tegenover de aftrekbare legaten altijd de legaten belast worden bij de legataris. Bovendien kan de vraag rijzen of het vermelden van legaten in art. 5 lid 1 SW noodzakelijk was, nu in art. 1 lid 1 onder 1 SW de waarde van de verkrijging krachtens erfrecht belast wordt en deze verkrijging, zo kan betoogd worden, eveneens verminderd wordt door hetgeen waarmee de verkrijger ingevolge het erfrecht belast wordt, zoals een verplichting uit legaat of testamentaire lastbepaling die door de erflater bij testament aan de erfgenaam (of legataris) is opgelegd.[90] Deze vraag laat ik vooralsnog even rusten. Ik kom hier in de afrondende beschouwing op terug.

Voorts constateer ik dat de Successiewet zoals deze op 1 augustus 1956 in werking trad – door lezing van art. 5 lid 1 SW in samenhang met art. 20 lid 1 SW – onder lasten niet de testamentaire lasten lijkt te verstaan. Dit is opmerkelijk omdat er met de formulering van art. 1 SW geen twijfel over bestond dat ook de verkrijging door een lastbevoordeelde (met nakomingsactie) onder de heffing viel, zoals ook vóór 1956 ingevolge de leer van de Administratie van 28 mei 1924 ten gevolge van het arrest van de Hoge Raad van 27 maart

87 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 21 (MvT).
88 Schuttevâer 1977, p. 119.
89 Schuttevâer 1977, p. 119.
90 Vgl. Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 87.

1914[91] reeds duidelijk was gemaakt. Heffing over hetgeen de lastbevoordeelde, die in het testament door de erflater was aangewezen, verkreeg, zou dan logischerwijs met zich moeten brengen (gelijk de leer van de Administratie) dat bij diegenen die met de verplichting van de last waren opgezadeld, de waarde van deze last in mindering gebracht kon worden op hun eigen verkrijgingen. Had de wetgever dan niet vanuit een oogpunt van systematiek en consistentie – zoals hij immers ook voor legaten had gedaan – deze testamentaire lasten moeten opnemen als aftrekpost in art. 5 lid 1 SW (ongeacht de vraag of het nodig was om legaten op die plaats op te nemen)? Of moest men aannemen dat de wetgever eveneens onder de voor aftrek in aanmerking te nemen 'lasten' in art. 5 lid 1 SW, naast de in art. 20 lid 1 SW omschreven in aanmerking te nemen lasten des boedels (de begrafeniskosten) ook de testamentaire lasten met nakomingsactie op het oog had?[92] Dat de wetgever sinds 1956 onder lasten in art. 5 SW ook testamentaire lasten verstond, lijkt mij niet erg waarschijnlijk nu de wettekst op geen andere plek dan art. 20 SW lasten noemt die voor aftrek in aanmerking komen, noch uit de wetsgeschiedenis volgde dat de wetgever in art. 5 lid 1 SW ook de testamentaire lasten bedoelde. En als de wetgever weldegelijk met art. 5 lid 1 SW ook de testamentaire lasten had bedoeld, werd niet duidelijk gemaakt welke testamentaire lasten volgens de wet voor aftrek in aanmerking kwamen, zoals de wettekst van art. 5 SW voorschrijft.[93] Kwamen (benoemde en onbenoemde) persoonlijke lasten en onpersoonlijke lasten alle voor aftrek in aanmerking?

Schuttevâer merkt dan ook op: '*Dat de wetgever ook weer in 1956, ongelukkig heeft gehandeld door in art. 5, lid 1, in wezen de redactie van art. 73 der oude wet te bestendigen is wel duidelijk.*'[94] Ondanks de gebrekkig geformuleerde wettekst en de onduidelijkheid met welke lasten rekening gehouden mocht worden, kon gezien de toen reeds bestaande leer van de Administratie van 28 mei 1924 (naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1914), aangenomen worden dat de waarde van de last waaraan een actie was verbonden (de zogenoemde benoemde persoonlijke last, die zelf op grond van art. 1 lid 1 onder 1 SW belast werd; en die per 1 januari 2003 is aan te merken als legaat, waarover hierna meer), in mindering kwam op de waarde van de verkrijging van diegene die de last moest uitvoeren. Maar ook dan resteerde de vraag – nu duidelijk was gemaakt (blijkens de memorie van toelichting)[95] dat onder art. 1 SW alle verkrijgingen krachtens erfrecht onder de heffing van recht van successie vielen – of verkrijgingen ingevolge testamentaire lastbevoordelingen waarbij de bevoordeelde niet individueel was aangewezen (de zogenoemde onbenoemde persoonlijke last) onder de heffing zouden vallen – en de met

91 Zie voor deze leer *WPNR* 2867 (1924), p. 696 en *P.W.* 11930.
92 Vgl. Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 86-87.
93 Vgl. Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 87.
94 Schuttevâer 1977, p. 121.
95 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT).

deze last bezwaarden dan de waarde van de last zouden kunnen aftrekken van hun eigen verkrijgingen. De (nog niet bepaalde) lastbevoordeelde beschikte immers niet over een nakomingsactie zodat men de vraag kon stellen of de bevoordeelde krachtens erfrecht in de zin van art. 1 lid 1 onder 1 SW verkreeg. Het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad zou hier duidelijkheid over verschaffen. En tot slot was er nog de vraag hoe om te gaan met de onpersoonlijke lasten waarbij er geen lastbevoordeelde was.

6.3.2.4 De onbenoemde persoonlijke last: HR 2 maart 1966, BNB 1966/106

In 1966 verschafte de Hoge Raad duidelijkheid over de fiscale behandeling van de onbenoemde persoonlijke lasten, de last waarbij de derde die bevoordeeld wordt nog niet in persoon is aangewezen door de erflater.

Het ging in het arrest om de fiscale behandeling van een door de erflater aan zijn echtgenote vermaakt legaat ad ƒ 100.000,- onder de last om dit bedrag binnen zes maanden na het overlijden van de erflater uit te keren aan weldadige instellingen, waarbij het aan de legataris was om te bepalen welke instellingen zouden verkrijgen en welk bedrag de gekozen instelling zou ontvangen. De echtgenote had ter uitvoering van de last aan negentien rechtspersonen elk ƒ 5.000,- en aan twee rechtspersonen elk ƒ 2.500,- uitgekeerd.

Nu het ter keuze van de legataris was wie met het haar gelegateerde bedrag bevoordeeld zouden worden, was geen sprake van een benoemde persoonlijke last, waarbij de lastbevoordeelde op grond van het hierboven meermalen genoemde arrest (HR 27 maart 1914) een vordering tot nakoming toekwam. De met de last belaste persoon (i.c. de echtgenote/legataris) kon de onbenoemde persoonlijke last dus naast zich neerleggen, zij het dat de vervallenverklaring van het aan deze persoon vermaakte dan mogelijk was ingevolge art. 1051 BW (vgl. art. 4:131 BW). Met een niet uitgevoerde last zou fiscaal uiteraard geen rekening worden gehouden. De vraag was echter of de Successiewet rekening moest houden met deze last indien de last was uitgevoerd en er dus (i.c.) bepaalde instellingen waren die waren bevoordeeld. Verkregen de instellingen krachtens erfrecht zoals art. 1 SW voorschrijft? Was heffing bij deze instellingen dus mogelijk en vond vervolgens aftrek van de waarde van deze last op verkrijging van de (i.c.) met de last belaste legataris plaats?

De Inspecteur zag het legaat onder last als verkrijging van de echtgenote van erflater uit de nalatenschap en belastte het legaat als zodanig met successierecht, zonder enige aftrek ter zake van de aan het legaat verbonden last, omdat – daargelaten de geldigheid van de opgelegde last – de aanduiding van de weldadige instellingen zo onbepaald was, dat de lastbevoordeelden niet een vordering tot nakoming konden instellen.

Het Hof 's-Gravenhage bevestigde de beschikking van de Inspecteur. Het hof ging allereerst uit van de (civielrechtelijke) geldigheid van de beschikking omdat het niet inzag waarom erflater niet een zodanige last zou kunnen opleggen, welke voor de legataris de verplichting schiep om het gelegateerde

bedrag op een bepaalde, in het testament aangeduide wijze, te besteden. Vervolgens constateerde het hof dat de volgens art. 5 SW voor aftrek in aanmerking komende lasten kunnen worden onderscheiden in lasten, welke op de nalatenschap als zodanig rusten en die volgens art. 20 SW in aanmerking genomen mogen worden als aftrekpost (de kosten van de lijkbezorging) en de lasten die aan een making zijn verbonden (de testamentaire lasten). Onderzocht moest volgens het hof worden of enkel testamentaire lasten waaraan tegenover de verplichting van (i.c.) de legataris om de last uit te voeren een vordering van de lastbevoordeelde staat, voor aftrek in aanmerking komen, of dat alle lasten verbonden aan een making voor aftrek in aanmerking komen, dus ook de lasten die bewerkstelligen dat (i.c.) de legataris niet degene is die van het legaat in feite genot heeft ook al ontbreekt er vervolgens een lastbevoordeelde die de legataris tot nakoming van de last kan dwingen.

Het hof vond de sleutel in de beantwoording van de vraag of, net als de verkrijging ingevolge de last met nakomingsactie, de last zonder nakomingsactie is aan te merken als een verkrijging krachtens erfrecht (in de zin van art. 1 SW). Het hof beantwoordde deze vraag ontkennend. Degene die als gevolg van de aan de legataris opgelegde last iets geniet, waarop hij geen aanspraak heeft kunnen maken, kan volgens het hof niet geacht worden het door hem genotene krachtens erfrecht te hebben verkregen. Het hof onderbouwde de conclusie dat de verkrijging op grond van een onbenoemde persoonlijke last niet als verkrijging krachtens erfrecht valt aan te merken als volgt: '(…) *dat toch erfopvolging, welke volgens art. 877 BW alleen door de dood plaats heeft, is een wijze van eigendomsverkrijging, althans – voor zover het betreft verkrijging door erfrecht onder bijzondere titel – een titel tot eigendomsverkrijging of ruimer gezegd een verbintenisscheppend feit; dat dit meebrengt, dat van een verkrijgen krachtens erfrecht – makingen over de hand terzijde gelaten – slechts kan worden gesproken, indien door het overlijden hetzij zaken op iemand overgaan hetzij iemand op dat tijdstip het recht verkrijgt zaken of andere geldswaardige prestaties terstond of in de toekomst te vorderen; dat tot de personen, die in deze positie verkeren, niet kunnen worden gerekend instellingen, die iets verkrijgen niet door het overlijden van de erflater, maar als gevolg van een latere handeling van een legataris, waarop zij geen invloed kunnen uitoefenen; dat hieruit volgt, dat hetgeen deze instellingen uiteindelijk feitelijk hebben verkregen niet behoort tot de verkrijgingen krachtens erfrecht, welke op grond van het bepaalde in de artt. 1 en 5 Succ. '56 met succ.recht kunnen worden belast;*'[96]

Omdat de verkrijging door de instellingen volgens het hof niet belast kan worden aangezien geen sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht in de zin van art. 1 SW, is de conclusie van het hof dan ook dat de Inspecteur terecht bij de echtgenote het legaat heeft belast zonder aftrek vanwege de haar opgelegde last. Het is volgens het hof, gezien de onbelastbaarheid van de last

96 Zie de geciteerde overwegingen van het hof, opgenomen in HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.

zonder nakomingsactie op grond van art. 1 SW, niet aannemelijk dat art. 5 SW mede doelt op de last zonder nakomingsactie. Indien wel aftrek had plaatsgevonden, zou er immers een gedeelte van het zuiver saldo van de nalatenschap niet in de heffing van het recht van successie worden betrokken, hetgeen volgens het hof in strijd is met het bepaalde in art. 1 SW dat recht van successie wordt geheven van al hetgeen door erfrecht wordt verkregen.

In cassatie wordt door de echtgenote aangevoerd dat het hof heeft miskend dat de instellingen uiteindelijk krachtens erfrecht hebben verkregen, ook al was een handeling door de legataris noodzakelijk zodat vast kwam te staan wie bevoordeeld werden. Daarnaast had het hof blijkens de toelichting bij het tweede cassatiemiddel ten onrechte de zinsnede uit art. 5 SW 'volgens de wet voor aftrek in aanmerking komende lasten' in het geding gebracht omdat in art. 5 SW – gezien de bepalingen in art. 73 jo. 50 SW 1859 (zie par. 6.3.1) – slechts de in art. 20 SW omschreven lasten worden bedoeld en niet de testamentaire lasten. Hoe het legaat onder last behandeld moet worden, dient volgens de echtgenote beantwoord te worden aan de hand van algemene beginselen die aan de heffing van het recht van successie ten grondslag liggen. Gedoeld wordt op het beginsel dat voorheen al in art. 73 lid 1 SW 1859 was neergelegd (zie over art. 73 lid 1 SW par. 6.3.1) en op hetgeen tevens in de memorie van toelichting bij het Ontwerp van de Successiewet 1948 (uiteindelijk de Successiewet 1956) is benadrukt, te weten, citerend uit de memorie van toelichting: '*De geldende Successiewet kent in vele gevallen de mogelijkheid om tot herziening van de oorspronkelijke rechtsberekening over te gaan, indien door een gebeurtenis na het overlijden aan de erfgenamen de vermogensrechtelijke voordelen van de uitoefening van een aanspraak als evenbedoeld alsnog toevallen, doch spreekt niet op voldoende duidelijke wijze een algemeen beginsel uit. Door verduidelijking van de tot dusver geldende regeling wordt thans, beter dan tot dusver het geval was, in de wet tot uitdrukking gebracht, dat de heffing van het successierecht zich richt naar hetgeen uiteindelijk als gevolg van de erfrechtelijke overgang wordt verkregen (vgl. nader ad artikelen 45 en 53 van het ontwerp).*'[97] Omdat de heffing van het successierecht zich volgens het tweede cassatiemiddel dus dient te richten naar hetgeen waarmee men uiteindelijk als gevolg van een erfrechtelijke verkrijging in de zin van art. 1 SW wordt verrijkt, had dit geschetste beginsel eveneens '(…) *tot gevolg dat belangh., nu zij, aangezien op haar de plicht rustte aan de haar opgelegde last te voldoen, door het onderhavige legaat niet werd verrijkt of gebaat, zij ter zake van het door haar verkregen legaat geen succ.recht is verschuldigd.*";'.[98]

De Hoge Raad overweegt dat het hof terecht is uitgegaan van de geldigheid van het in de zaak door de erflater gemaakte legaat onder last, zodat de legataris verplicht was binnen de gestelde termijn het haar gelegateerde bedrag onder instellingen van weldadigheid, naar haar eigen keuze, te verdelen. De

97 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT).

98 Zie de toelichting op het tweede cassatiemiddel, opgenomen in HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.

bedragen zouden vervolgens zijn overgemaakt ter voldoening aan de testamentaire last. De Hoge Raad concludeert dan ook dat indien de echtgenote aan de verplichting heeft voldaan door de gelegateerde som geld onder door haar gekozen instellingen te verdelen: '(…) *deze instellingen uitkeringen, gedaan ter uitvoering van de uiterste wil des erflaters, hebben verkregen, welke verkrijgingen als verkrijgingen krachtens erfrecht ingevolge artikel 1, lid 1, der Successiewet 1956 met inachtneming van de overige bepalingen dier wet aan het recht van successie zijn onderworpen; dat hieraan – anders dan het Hof heeft gemeend – niet afdoet, dat niet reeds de aan de making verbonden last op zichzelf voor bepaalde bevoordeelden een recht tot het vorderen van nakoming in het leven riep, doch dat dit recht afhankelijk was gesteld van de wijze van uitvoering van de aan het legaat verbonden last; (…) dat deze bedragen ingevolge artikel 5, lid 1, der Successiewet 1956 voor aftrek van het aan belanghebbende onder de last tot uitkering gelegateerde bedrag in aanmerking komen; dat mitsdien de beide voorgestelde middelen doel treffen en de Hoge Raad ten principale kan recht doen;*'[99]

Met dit arrest werd dus duidelijkheid verschaft: indien de onbenoemde persoonlijke last is uitgevoerd, en er dus een bevoordeelde is aan wie de uitkering is gedaan, deze bevoordeelde krachtens erfrecht heeft verkregen. Vervolgens kan bij de bevoordeelde over de waarde van de uitkering dus ingevolge art. 1 lid 1 onder 1 SW geheven worden. Ingevolge art. 53 SW kan restitutie plaatsvinden van het eventueel aanvankelijk geheven successierecht ten laste van degene die verplicht was de last uit te voeren.[100]

Onder de Successiewet 1859 was de rol van de lastbevoordeelden bescheiden, nu voor lastbevoordeelden (tot het arrest van 1914) aangenomen werd dat zij niet beschikten over een recht tot nakoming.[101] Zoals reeds eerder uiteengezet is, was duidelijk dat de voorloper van art. 5 SW, art. 73 SW 1859, wat betreft de voor aftrek in aanmerking te nemen lasten slechts oog had op een bepaalde last van de boedel (de begrafeniskosten) en niet op testamentaire lasten. In navolging van het tweede cassatiemiddel, concludeerde Schuttevâer in zijn noot bij het arrest dat art. 5 lid 1 SW nog een rudiment van de oude wetgeving bevat.[102] Immers lijkt de Successiewet 1956 – in navolging van de Successiewet 1859 – onder lasten nog steeds slechts de begrafeniskosten (later: kosten van de lijkbezorging) te verstaan. Nergens in de wet wordt bepaald dat, en zo ja welke, testamentaire lasten voor aftrek in aanmerking komen, zoals de wettekst van art. 5 lid 1 SW voorschrijft. De Hoge Raad schaarde desondanks de testamentaire lasten, waarbij de bevoordeelde geen nakomingsactie toekomt omdat deze nog niet in persoon zijn aangewezen,

99 HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.
100 Schuttevâer 1977, p. 112.
101 Schuttevâer 1977, p. 121-122.
102 Annotatie H. Schuttevâer bij HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.

onder de ingevolge art. 5 lid 1 SW voor aftrek in aanmerking komende lasten indien de lasten zijn uitgevoerd.

Op grond van de in par. 6.3.1.3 beschreven nieuwe leer van de Administratie naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1914 (*NJ* 1914, 622) was reeds duidelijk dat bij de persoonlijke lasten waarbij derdebevoordeelde een vordering tot nakoming toekwam, deze bevoordeelde over de waarde van zijn verkrijging in de heffing van art. 1 SW werd betrokken. Daarbij paste dat degene die met deze last belast was, de waarde van de last in aftrek kon brengen op zijn verkrijging. Met het hiervoor besproken arrest van 1966 was er nu ook duidelijkheid over de fiscale behandeling van de onbenoemde persoonlijke last. Uiteraard zal voor de civielrechtelijke geldigheid van de testamentaire last ten voordele van niet individueel aangewezen personen vereist zijn dat in de uiterste wil door de erflater zelf een richtsnoer aangegeven is waaraan de lastbevoordeelde moet voldoen.[103] Zoals hierna uit par. 6.4.1.5 zal blijken kan het vervolgens (onder het huidige erfrecht) soms lastig zijn om te bepalen of sprake is van een onbenoemde persoonlijke last of een legaat.

Van Duyn merkte naar aanleiding van het arrest van 1966 op dat niet de conclusie getrokken moet worden dat alle lasten, waaraan geen vordering tot nakoming is verbonden, aftrekbaar zijn.[104] Het besproken arrest van 1966 zag immers niet op de zogenoemde onpersoonlijke lasten (waar er geen bevoordeelde is), bijvoorbeeld de last om voor de erflater een standbeeld op te richten. Op de fiscale behandeling van deze onpersoonlijke lasten onder de Successiewet 1956 zal hierna worden ingegaan.

6.3.2.5 De onpersoonlijke last

Waar bij de hiervoor besproken testamentaire persoonlijke lasten beoogd wordt een derde te bevoordelen (benoemd dan wel onbenoemd), leidt de uitvoering van een onpersoonlijke last niet tot bevoordeling van een of meer personen. Met andere woorden: de lastbevoordeelde ontbreekt. Te denken valt aan de veelvuldig in de literatuur genoemde voorbeelden zoals de verplichting tot het laten lezen van missen, de verplichting om een standbeeld voor de erflater op te richten, om het huisdier van de erflater te verzorgen of om het gelegateerde bedrag aan te wenden voor het maken van een studiereis.[105] Wat betreft de heffing ingevolge art. 1 SW leidt de onpersoonlijke last tot de onvermijdelijk conclusie dat – nu een lastbevoordeelde ontbreekt – de uitvoering van de last niet leidt tot een erfrechtelijke verkrijging bij een persoon. Hoewel er geen lastbevoordeelde is bij wie ingevolge art. 1 SW kan worden geheven, is er wel

103 Klaassen/Luijten/Meijer II 2008, nr. 244 en Asser/Perrick 4 2013/215.
104 Van Duyn 1966, p. 151-152.
105 Zie o.a. Schuttevâer 1977, p. 107, Van Straaten 2002, p. 632 en Wegwijs in de Successiewet 2014, p. 35-36.

altijd een erfgenaam of legataris (zie art. 4:130 BW) aan wie een dergelijke onpersoonlijke last is opgelegd. Vervolgvraag is dan ook of de met de last belaste persoon, indien deze de last uitvoert, in het systeem van de Successiewet rekening mag houden met deze last. Oftewel: komt de onpersoonlijke last in aftrek op de verkrijging van de persoon aan wie de last is opgelegd?

Uit rechtspraak volgt dat de uitvoering van onpersoonlijke lasten niet leidt tot aftrek op de verkrijging van de personen aan wie de last is opgelegd.[106] Aangezien er ook geen persoon is die bevoordeeld wordt door de last en derhalve als verkrijger in de heffing wordt betrokken, luidt de conclusie dat onpersoonlijke lasten geen invloed op de heffing ingevolge de Successiewet hebben. Schuttevâer merkt over de behandeling van de onpersoonlijke last in de Successiewet op: '*Een derde die bij de uitvoering van de last enig voordeel ontvangt is hier niet, en de waardevoorschriften (art. 21; (…)) laten niet toe het mindere voordeel van erfgenaam of legataris in een lagere schatting tot uitdrukking te brengen. Een illustratief geval levert Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, PW 18 356, BNB 1974/295 (over een som ad f 75 000, ingevolge erflaters testament uit de boedel te reserveren als voorziening voor de levenslange verzorging van erflaters rijpaard). Hier treft de wetgever m.i. geen blaam; men kon moeilijk, door het maken van differentiaties, allerlei onmeetbare factoren introduceren.*'[107]

De last om het verkregene op een bepaalde wijze te gebruiken leidt evenmin tot aftrek.[108] In Cursus Belastingrecht wordt het voorbeeld gegeven dat als X een geldbedrag van € 10.000 gelegateerd krijgt onder de last daarvan een postzegelverzameling te kopen, het duidelijk is dat er niemand door de last wordt bevoordeeld (noch wordt benadeeld). Volgens Cursus Belastingrecht ligt het voor de hand dat X in dit geval voor € 10.000 belast wordt omdat X zelf door de uitvoering van de last niet verarmt.[109] Overigens teken ik hierbij aan dat de constatering dat X belast wordt *omdat de uitvoering van de last hem niet verarmt* voor de fiscale behandeling van de onpersoonlijke last niet doorslaggevend is. In het hierboven door Schuttevâer aangehaalde arrest over de verzorging van het rijpaard van de erflater werden de erfgenamen ook belast zonder dat aftrek vanwege de testamentaire last werd toegelaten terwijl de verplichting voor de erfgenamen weldegelijk een negatieve waarde had (Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, *BNB* 1974/295).[110]

106 Zie o.m. Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, *BNB* 1974/295, Hof 's-Hertogenbosch 6 april 1973, *BNB* 1974/40 en vgl. voor de vermogensbelasting HR 22 juni 1955, *BNB* 1955/283.
107 Schuttevâer 1977, p. 107.
108 CB S&E 2014-2015, nr. 4.1.0.D.b en vgl. HR 29 juni 1988, *BNB* 1988/267.
109 CB S&E 2014-2015, nr. 4.1.0.D.b.
110 Zie over dit arrest ook Van der Burght 1975, p. 177-179.

In bovenbedoelde zaak van het rijpaard waren de erfgenamen ingevolge een uiterste wilsbeschikking van de erflater verplicht de verzorging van het rijpaard van de erflater te bekostigen (waarvoor van de nalatenschap een effectenpakket ter waarde van ƒ 75.000 werd afgezonderd, om uit de revenuen daarvan het onderhoud van het paard te bekostigen), voor welke verplichting in deze zaak in economische zin een negatieve waarde werd aangenomen van ƒ 30.000. Desalniettemin achtte het hof het bedrag van ƒ 30.000 niet als testamentaire last aftrekbaar nu er sprake was van een onpersoonlijke last omdat: '(…), *gelijk de inspecteur uitvoerig heeft uiteengezet, ook niet kan worden gesproken van een aan een making verbonden last ten behoeve van een bepaald – als verkrijger aan te merken – persoon, wiens verkrijging de verkrijgingen van de erfgenamen zou verminderen;*'.[111]

Nu het hof duidelijk had gemaakt dat de uitvoering van de onpersoonlijke last niet in aftrek kon worden gebracht op de verkrijging van de erfgenamen, diende het voorts te oordelen over de stelling van belanghebbende dat de testamentaire last een verminderende invloed zou hebben op de waardering van het actief van de nalatenschap dat door de erfgenamen werd verkregen. Immers werd door de belanghebbende betoogd dat ter uitvoering van het testament een deel van de geërfde effecten is geblokkeerd (waardoor deze voor de erfgenamen een lagere waarde hebben), alsmede dat aan het paard een negatieve waarde moet worden toegekend. Het hof ging hier echter niet in mee en overwoog: '(…) *dat voorts de bepaling, dat een deel van de nalatenschap afgezonderd moet worden voor de verzorging van het paard, niet kan bewerkstelligen, dat de geldwaarde van de afgezonderde effekten op zichzelve lager wordt; dat deze bepaling voor de erfgenamen slechts de verplichting schept de revenuen daarvan op een bepaalde wijze te besteden;*[112] *dat niet aannemelijk is, dat, bij de uitvoering van*

111 Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, *BNB* 1974/295. De constatering dat een dier geen verkrijger is zou overigens anders luiden indien een dier als rechtssubject zou kunnen worden aangemerkt.
Zie bijvoorbeeld voor een pleidooi in deze richting het opiniestuk van Paul Cliteur en Hans Baaij, 'Geef het dier rechten naar zijn eigen aard', *Trouw* 18 december 2013, <http://www.trouw.nl/tr/nl/5116/Filosofie/article/detail/3564269/2013/12/18/Geef-het-dier-rechten-naar-zijn-eigen-aard.dhtml>. Zie in dit kader (o.a.) ook P.B. Cliteur, 'De filosofie van dierenrechten', in: Braeckman J. (Red.) *Ethiek van DNA tot 9/11*, Amsterdam 2005: Amsterdam University Press. 135-159. Cliteur schrijft daar op p. 146 over het dier en het eigendomsrecht onder meer: '*Het is duidelijk dat, wanneer men niet wil weten van het dier als 'eigenaar' van iets, van 'stelen' geen sprake kan zijn. Toch denk ik dat velen in ieder geval het gevoel hebben dat, wanneer een mens iets wegneemt dat een dier heeft gevonden, verzameld of eventueel na lang zoeken bijeengegaard, hij iets wegneemt wat hem niet toekomt.*' Overigens was een dier tot de invoering van art. 3:2a BW op 1 januari 2013 volgens het vermogensrecht een zaak.

112 Aangezien de revenuen van de afgezonderde effecten moeten worden aangewend ter verzorging van het paard, lijkt de waarde van de verplichting ingevolge de Successiewet met de vruchtgebruikwaarde van de effecten overeen te komen. Voor de erfgenamen resteert alsdan de bloot eigendomwaarde van de effecten. De waardering van de onpersoonlijke last hoeft in dit geval dus niet het probleem te zijn, hetgeen overigens bij andere onpersoonlijke lasten in de regel weldegelijk moeilijkheden zal opleveren.

het testament overeenkomstig de bedoeling van de erflaatster, noemenswaardige inkomsten van het paard zouden kunnen worden getrokken; dat het verzorgen van het paard evenmin een besteding is, welke de erfgenamen voor zichzelve zouden kiezen of waardoor zij – afgezien van hun belang de last na te komen – worden gebaat; dat het in verband hiermede duidelijk is, dat in economische zin het nagelaten paard voor hen een negatieve waarde heeft, welke kan worden gesteld op ongeveer f 30 000; dat onder het begrip verkoopwaarde, alsook dat van geldswaarde, bedoeld in art. 21, onder I, letter f, Succ. '56 echter niet wordt verstaan de waarde, die de nagelaten zaken voor de erfgenamen – in hun omstandigheden – hebben, maar daarmede wordt gedoeld op de waarde van de nagelaten zaken in objektieve zin; dat dit belet bij de schatting van de waarde van het paard rekening te houden met de op de erfgenamen rustende verplichtingen ten aanzien van de verzorging daarvan; dat deze verplichtingen niet voortvloeien uit het bezit van het paard als zodanig maar uit de hun persoonlijk in hun hoedanigheid van de erfgenamen opgelegde last;'.[113] Voor de Successiewet wordt in dit arrest wat betreft de waardering van nagelaten zaken dus uitgegaan van de objectieve waarde van de nagelaten zaken, zonder rekening te houden met door de erflater aan de erfgenamen (in hun hoedanigheid van erfgenamen) opgelegde verplichtingen.[114] Dergelijke persoonlijke lasten zijn immers in beginsel niet zodanig aan het verkregene verbonden dat een willekeurige derde daar ook aan gebonden zou zijn.[115]

Tot slot wees het hof de belanghebbende op de mogelijkheid van een beroep op de hardheidsclausule door te overwegen: '(…) *dat, voorzover deze wetstoepassing zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard als bedoeld in art. 63 AWR, slechts de Minister van Financiën bevoegd is hieraan tegemoet te komen;*'[116] Van der Burght leidt hieruit af dat het hof niet erg enthousiast is over zijn product en ervoor pleit – omdat hij zelf het resultaat ook niet bevredigend acht, hoewel alles klopt – dat '*er op het stuk van de aftrekbaarheid van de testamentaire lasten "iets" moet gebeuren: de "regel", onpersoonlijke lasten niet, persoonlijke lasten wél aftrekbaar, zal moeten worden gemitigeerd ten gunste van bepaalde onpersoonlijke lasten.*'[117] Aan het eind van dit hoofdstuk zal in de afrondende beschouwing over de fiscale behandeling van de lasten en legaten in de Successiewet hierop worden teruggekomen.

113 Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, *BNB* 1974/295. Zie over dit arrest ook Van der Burght, 1975, p. 177-179.
114 Zie Van der Burght 1975, p. 178.
115 Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, Aantekening 13.9, Last tot instandhouding bij: Successiewet 1956, Artikel 21.
116 Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, *BNB* 1974/295.
117 Van der Burght 1975, p. 179.

6.3.2.6 Schema legaten en lasten onder het oude erfrecht

Oud erfrecht (vóór 2003)	Vorderingsrecht?	Aftrekbaar voor de Successiewet 1956 (vóór 2003)?
Legaat	*ja (vgl. HR 11 mei 1984)*	*ja (art. 5 lid 1 SW)*
Benoemde persoonlijke last	*ja (HR 27 maart 1914)*	*ja (vgl. P.W. 11930, 1924, art. 5 lid 1 SW)*
Onbenoemde persoonlijke last	*nee*	*ja (HR 2 maart 1966, art. 5 lid 1 SW)*
Onpersoonlijke last	*nee*	*nee*

6.4 DOOR DE SUCCESSIEWET IN AANMERKING TE NEMEN SCHULDEN, LEGATEN EN LASTEN SINDS HET PER 1 JANUARI 2003 GELDENDE ERFRECHT

Na de voorgaande (historische) beschrijving van de voor het recht van successie belastbare verkrijging en de daarbij in aanmerking te nemen aftrekposten, is het een kleine stap naar de hedendaagse belastbare verkrijging en aftrekposten zoals deze opgenomen zijn in – en ik beperk mij tot de artikelen die in het voorgaande zijn besproken – art. 1 lid 1 onder 1, art. 5 lid 1 en art. 20 lid 1, 2 en 3 SW. Met de ingrijpende herziening van de Successiewet 1956 per 1 januari 2010 is de benaming van het 'recht van successie' en 'recht van schenking' gewijzigd in 'erfbelasting' en 'schenkbelasting'. Het 'recht van overgang' is sindsdien afgeschaft.

Behalve het per 1 januari 2010 opnemen van 'erfbelasting' in plaats van 'recht van successie' hebben de voor dit hoofdstuk relevante artikelen sinds de invoering van de Successiewet in 1956 geen wijziging ondergaan.[118] Voor de volledigheid worden de huidige wetsbepalingen van de art. 1 lid 1 onder 1, art. 5 lid 1 en art. 20 lid 1, 2 en 3 SW opgenomen.

Artikel 1

1. *Krachtens deze wet worden de volgende belastingen geheven: 1°. erfbelasting over de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde; (…)*

118 De wijziging van de in art. 20 lid 2 SW opgenomen omschrijving van de kosten van lijkbezorging laat ik buiten beschouwing.

Artikel 5
1. *De erfbelasting wordt geheven van hetgeen ieder verkrijgt, eventueel na aftrek van zijn aandeel in de volgens deze wet voor aftrek in aanmerking komende schulden, legaten en lasten. (…)*

Artikel 20
1. *Voor de regeling van de erfbelasting kunnen van de nalatenschap als lasten slechts worden afgetrokken de kosten van lijkbezorging voor zover zij niet bovenmatig zijn.*
2. *Onder de kosten van lijkbezorging kunnen worden begrepen de sommen, besproken of uitgekeerd voor de uitvaart van de erflater en de tot een jaar na het overlijden te zijnen behoeve te houden godsdienstige of levensbeschouwelijke plechtigheden.*
3. *De schulden ten laste van de erflater kunnen slechts worden afgetrokken voor zover zij rechtens afdwingbaar zijn en alsdan behoudens het navolgende:*
   a. *lopende renten en andere periodieke verplichtingen, alsmede zakelijke belastingen, dijk- en polderlasten, molen- en sluisgelden en soortgelijke omslagen zijn slechts aftrekbaar tot en met de dag van het overlijden;*
   b. *belastingschulden kunnen niet worden afgetrokken, voor zover daarvoor ontheffing kan worden verkregen. (…)*

Zonder er verder op deze plaats op in te gaan, merk ik alvast op dat de lezer die in art. 20 SW een uitwerking zoekt van legaten en testamentaire lasten die volgens de Successiewet voor aftrek in aanmerking komen, tevergeefs naar deze uitwerking zoekt.

Hoewel de wettekst van de hierboven geciteerde artikelen nagenoeg overeenkomt met de tekst van de wet zoals die in 1956 werd ingevoerd, is er door de wijziging van Boek 4 BW (het erfrecht) per 1 januari 2003 een belangrijke verschuiving ontstaan in wat civielrechtelijk als legaat en wat als testamentaire last wordt aangemerkt. Dit verschil in afbakening sinds 1 januari 2003 heeft ook gevolgen voor de fiscale behandeling van legaten en testamentaire lasten.

6.4.1 Het nieuwe erfrecht: het gewijzigde werkterrein van het legaat ten opzichte van de last en de fiscale gevolgen

6.4.1.1 Definities legaat en last onder het erfrecht sinds 2003

Zoals in hoofdstuk 4 uitvoerig aan bod is gekomen, is met de komst van het nieuwe erfrecht in 2003 op een duidelijke manier onderscheid gemaakt tussen het legaat en de testamentaire last (waarvan in het OBW geen begrip was opgenomen). De testamentaire last is volgens art. 4:130 lid 1 BW '(…) *een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan de gezamenlijke erfgenamen, of aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen een verplichting oplegt, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat.*' Het onderscheid moet dus helder worden door naar de definitie van het legaat te kijken. Immers, een uiterste wilsbeschikking

waarin een verplichting wordt opgelegd die niet valt te kwalificeren als de uitvoering van een legaat, valt als een testamentaire last aan te merken. Zoals bekend is het legaat '(…) *een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent.*' (art. 4:117 lid 1 BW). Voor de kwalificatie als legaat is, anders dan onder het oude erfrecht, de aard van de prestatie niet meer relevant, noch of de opgelegde verplichting betrekking heeft op een goed dat al dan niet tot de nalatenschap behoort.[119] In dit kader is enkel van belang of tegenover de verplichte persoon iemand staat aan wie de erflater een vorderingsrecht heeft toegekend.[120] In de parlementaire stukken valt, zoals ook in hoofdstuk 4 is aangehaald, te lezen: '*Is het element dat de beschikking een verplichting jegens een of meer in de uiterste wil aangewezen personen schept aanwezig bevonden, dan is het een verdere vraag van interpretatie van de uiterste wil, of daarin aan die persoon of personen een vorderingsrecht wordt toegekend. Hierbij kan als uitgangspunt worden genomen dat een erflater zulks in den regel beoogt, maar het is mogelijk dat onthouding van een vorderingsrecht in de uiterste wil uitdrukkelijk is bepaald of anderszins daaruit voortvloeit.*'[121]

Dat de door de erflater opgelegde verplichting ziet op een niet tot de nalatenschap behorend goed, maakt de uiterste wilsbeschikking onder het huidige erfrecht dus niet meer om die reden een last. Doorslaggevend voor de kwalificatie als legaat of last is of de erflater met de beschikking (van bijvoorbeeld andermans zaak) een vorderingsrecht toekent (aan de persoon aan wie de zaak door de belaste personen dient te worden afgegeven). Bij een bevestigende beantwoording is sprake van een geldig legaat. Dat hier dan sprake is van een legaat van andermans zaken, is slechts relevant voor de vervolgvraag: sorteert dit legaat effect (art. 4:49 BW)? Voor de vraag of het legaat vervalt, is relevant of de erflater niettemin het legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed heeft gewild. Ik verwijs de lezer naar hoofdstuk 5.

Voor de kwalificatie als last, dient de verplichting tot nakoming van de last geen vorderingsrecht van de 'lastbevoordeelde' op te leveren jegens de personen aan wie de erflater de verplichting uit hoofde van de last heeft opgelegd. De verplichting tot nakoming van de testamentaire last kan derhalve dan ook niet worden aangemerkt als een schuld van de met de last belaste personen jegens de lastbevoordeelde.[122] De testamentaire lastverplichting wordt dan ook niet als schuld van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 lid 1 BW aangemerkt.[123] De 'lastbevoordeelde' heeft dus, anders dan de legataris,

119 Zie ook Handboek Erfrecht 2011, VII 2.2.
120 Zie MvA II, Parl.Gesch. Boek 4, p. 717.
121 MvA II, Parl.Gesch. Boek 4, p. 718.
122 Zie Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 240.
123 Overigens wordt op sommige plekken de last (tot uitgave van geld of een goed uit de nalatenschap) met een schuld van de nalatenschap gelijkgesteld, nu deze lasten lijken op een legaat (welke wel een schuld van de nalatenschap vormt: art. 4:7 lid 1 sub h BW); zie bijvoorbeeld art. 4:184 lid 5 BW, art. 4:211 lid 1 BW, art. 4:13 lid 2 BW en art. 4:130 lid 3 BW.

geen recht op nakoming. Nu de nakomingsactie voor de lastbevoordeelde ontbreekt, geldt voor de lastbevoordeelde niet dat hij op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap moet bestaan, zoals ingevolge art. 4:56 lid 1 BW wel voor erfgenamen en legatarissen vereist is om aan een making een recht te kunnen ontlenen.[124] Het niet nakomen van de last kan – in tegenstelling tot het niet nakomen van een legaat – wel leiden tot vervallenverklaring van de verkrijging van degene op wie de last rust (art. 4:131 BW), zij het dat de lastbevoordeelde de actie tot vervallenverklaring niet kan instellen.[125]

Om overigens twijfel te voorkomen of de erflater beoogd heeft de bevoordeelde een eigen actie (een vorderingsrecht) toe te kennen, zodat ofwel sprake is van een legaat danwel van een last, zou de erflater ervoor kunnen kiezen om zijn bedoeling – gebruikmakend van de testeervrijheid – expliciet op te nemen, zijnde de bedoeling om de bevoordeelde een eigen recht te geven of hem juist het vorderingsrecht te onthouden.[126]

Levert het huidige erfrecht een verschil op met de afbakening van de last en het legaat zoals deze onder het oude erfrecht gemaakt werd? Met andere woorden: kunnen de onder het oude erfrecht als last aangemerkte beschikkingen (de zogenoemde onpersoonlijke, benoemde persoonlijke en onbenoemde persoonlijke lasten) ook onder het erfrecht sinds 2003 nog als testamentaire last worden aangemerkt? En wat zijn de fiscale gevolgen?

6.4.1.2 Onpersoonlijke lasten onder het nieuwe erfrecht: last of legaat?

Het moge duidelijk zijn dat de eerder in dit hoofdstuk aan bod gekomen onpersoonlijke last ook onder het nieuwe erfrecht als testamentaire last dient te blijven worden aangemerkt. Er wordt immers niet beoogd andere personen te bevoordelen zodat er geen 'lastbevoordeelde' kan worden aangewezen, laat staan een persoon aan wie een vorderingsrecht door de erflater is toegekend, zoals voor een legataris geldt.[127] Voor deze onpersoonlijke last blijft dus gelden wat hiervoor over de fiscale behandeling van de onpersoonlijke last is opgemerkt, namelijk dat deze geen invloed heeft op de heffing ingevolge de Successiewet. Er is geen bevoordeelde bij wie kan worden geheven, noch een persoon bij wie de last in aftrek gebracht mag worden.[128] Dit blijkt ook voor de toepassing van de huidige Successiewet uit het Besluit van 20 december 2012, nr. BLKB2012/417M, paragraaf 4, waar de staatssecretaris van Financiën schrijft: '*Een verkrijging wordt onder meer verminderd met de aan de verkrijging verbonden lasten (artikel 5 van de Successiewet). Op een verkrijging komen slechts*

124 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 243.
125 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 786-787.
126 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 239 en B.M.E.M. Schols 2007, p. 542.
127 Vgl. Van Straaten 2002, p. 632 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 238-239.
128 Vgl. Van Straaten 2002, p. 632 en 634.

in mindering de lasten die leiden tot een verkrijging bij iemand anders (de zogenoemde lastbevoordeelde). Het betreft hier een persoonlijke last. Het gevolg is dat zogenoemde onpersoonlijke lasten niet in mindering kunnen worden gebracht op een verkrijging. Van een onpersoonlijke last is sprake als niemand als lastbevoordeelde van de opgelegde verplichting is aan te wijzen, bijvoorbeeld een verkrijging onder de last een dier te verzorgen. De "lastbevoordeelde" is het dier; dit is echter geen rechtssubject en kan dus niet iets verkrijgen als lastbevoordeelde.'

6.4.1.3 Benoemde persoonlijke testamentaire last onder het nieuwe erfrecht: last of legaat?

Bij de persoonlijke lasten heeft de erflater, in tegenstelling tot bij de onpersoonlijke lasten, wel oog op bevoordeling. In dit hoofdstuk wordt steeds een onderscheid gemaakt tussen de 'benoemde' en 'onbenoemde' persoonlijke lasten.

De benoemde persoonlijke last (of derdebevoordelende last) strekt tot bevoordeling van een bepaalde door de erflater aangewezen derde (al dan niet kwalitatief aangewezen).[129] Te denken valt bijvoorbeeld aan de verplichting voor erfgenaam Y om zijn huis aan X over te dragen, hetgeen onder het Oud Burgerlijk Wetboek geen legaat opleverde nu het huis niet tot de boedel behoort (zie art. 1014 OBW). Desalniettemin beschikte de lastbevoordeelde (X), net als de legataris, over een nakomingsactie ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1914. Dit resulteerde onder het oude erfrecht in een klein verschil tussen het legaat en de derdebevoordelende last met nakomingsactie. De positie van legataris verschilde erin dat de legataris schuldeiser van de nalatenschap was (en uit die nalatenschap werd voldaan), terwijl de lastbevoordeelde slechts schuldeiser van de met de last bezwaarde (Y) was (en uit het vermogen van Y bevoordeeld werd).[130]

Nu de 'lastbevoordeelde' onder het huidig erfrecht gezien de omschrijving van de testamentaire last in art. 4:130 lid 1 BW per definitie geen vorderingsrecht meer kan toekomen en dit enkel is voorbehouden aan de legataris (ongeacht of de verplichting ziet op de levering van een bepaalde niet tot de nalatenschap behorende zaak), dient de conclusie te zijn dat de benoemde persoonlijke last (of derdebevoordelende last) met de vordering tot nakoming onder het huidige recht een legaat oplevert.[131] Het werkingsterrein van het legaat is dus ten koste van de testamentaire last uitgebreid. De 'benoemde persoonlijke last' is per 1 januari 2003 aan te merken als een legaat.

---

129 Vgl. Van Straaten 2002, p. 632 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 238.

130 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 238 en zie hoofdstuk 3 voor de parlementaire geschiedenis waaruit dit blijkt.

131 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 239 en 242 en Van Straaten 2002, p. 632 en 634.

Voor de *fiscale* behandeling per 2003 van de bevoordeling ingevolge een benoemde persoonlijke last veranderde er weinig, ook al is de testamentaire bevoordeling sindsdien aan te merken als een legaat, waarbij ik ervan uit ga dat de erflater het vorderingsrecht niet expliciet aan de bevoordeelde heeft onthouden.[132] Ten tijde van het oude erfrecht werd de benoemde persoonlijke last (met nakomingsactie dus) volgens de Successiewet 1956 al op dezelfde wijze behandeld als de verkrijging krachtens legaat. Met de formulering van art. 1 SW was door de wetgever duidelijk gemaakt dat, evenals de verkrijging door een legataris of erfgenaam, de verkrijging door een lastbevoordeelde (met nakomingsactie) onder de heffing viel.[133] Heffing over hetgeen de lastbevoordeelde, die in het testament door de erflater was aangewezen, verkreeg, bracht dan logischerwijs met zich dat bij diegenen die met de verplichting van de last waren opgezadeld, de waarde van deze last in mindering gebracht kon worden op hun eigen verkrijgingen. Hetzelfde gold en geldt voor de aftrek van de met het legaat belaste personen (art. 5 lid 1 SW).

6.4.1.4 Onbenoemde persoonlijke testamentaire last onder het nieuwe erfrecht: last of legaat?

De onbenoemde persoonlijke last is een last ten voordele van nog nader door de bezwaarde aan te wijzen personen.[134] Luijten en Meijer spreken over een bevoordeling van 'derden in het algemeen, omdat zij behoren tot een categorie in wier belang de erflater iets wil doen'.[135] Als voorbeeld noemen zij 'de missionarissen en zendelingen, die in Zuid-Afrika werkzaam zijn'.[136]

De onbenoemde persoonlijke last troffen wij aan in het arrest van de Hoge Raad van 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 (zie par. 6.3.2.4). Uit dat arrest valt af te leiden dat sprake is van een geldige testamentaire last, zelfs al wordt de bevoordeelde ruim aangeduid (de weldadige instellingen) en de bezwaarde vervolgens de keuze heeft om binnen die ruime aanduiding de instellingen te kiezen aan wie het geld toekomt.[137] B.M.E.M. Schols ziet voor de erflater nagenoeg onbeperkte delegatiemogelijkheden in het kader van de testamentaire last: '*De ondergrens om nog te kunnen spreken van testamentaire last is slechts dat het moet gaan om een door erflater opgelegde 'verplichting*'.[138] Onder verwijzing naar het bovengenoemde arrest,[139] oordeelt Schols dat sprake is van ruimhar-

132 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 239 en B.M.E.M. Schols 2007, p. 542.
133 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT).
134 Vgl. Van Straaten 2002, p. 632.
135 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 238.
136 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 238.
137 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 242.
138 B.M.E.M. Schols 2007, p. 433.
139 Tevens wordt door B.M.E.M. Schols verwezen naar HR 30 september 1925, *WPNR 2922* (1926).

tige jurisprudentie wat betreft de omschrijving van de verplichtingen.[140] Er zijn volgens hem zo goed als geen beperkingen aan de inhoud van de last, hetgeen volgens Schols niet vreemd is omdat tegenover de last het vorderingsrecht ontbreekt.[141]

Voor de hier te beantwoorden vraag of een onbenoemde persoonlijke last onder het huidige erfrecht ook nog kan worden aangemerkt als een testamentaire last, zou ik willen constateren dat juist het moeten ontbreken van een vorderingsrecht om aangemerkt te kunnen worden als testamentaire last, met zich brengt dat de lastbevoordeelde niet volledig gespecificeerd kan zijn door de erflater. Anders moet geconstateerd worden dat een vorderingsrecht aan de bevoordeelde is toegekend en dus sprake is van een legaat. Geconcludeerd kan dan ook worden dat de onder het oude erfrecht aangeduide onbenoemde persoonlijke lasten eveneens onder het sinds 2003 geldende erfrecht als testamentaire lasten gekwalificeerd dienen te worden, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de lastbevoordeelde persoon door de bezwaarde nog aangewezen moet worden (uit een algemeen/ruim aangeduide groep) en derhalve niet beschikt over een vorderingsrecht.[142] De Hoge Raad ging immers al in het genoemde arrest uit 1966 bij dergelijke lasten uit van het ontbreken van een nakomingsactie.[143] De onbenoemde persoonlijke last valt onder het nieuwe erfrecht nog steeds aan te merken als een testamentaire last aangezien – in de woorden van Van Straaten: '(…) *er dan* (…) *geen lastbevoordeelde is die onmiddellijk aan het testament van de erflater een recht op nakoming ontleent.*'[144]

A) Lastbevoordeelde bij de onbenoemde persoonlijke last; na aanwijzing een vorderingsrecht?

Omdat de derdebevoordeelde bij de benoemde persoonlijke last onder het huidig recht is aan te merken als een legataris (nu deze onmiddellijk na het overlijden van de erflater over een vorderingsrecht beschikt), en omdat er bij de huidige testamentaire last (wegens het ontbreken van een vorderingsrecht) per definitie geen schuldeiser is, wordt in de literatuur opgemerkt dat het gebruik van de term 'lastbevoordeelde' onder het nieuwe erfrecht niet meer geoorloofd zou zijn.[145] Met Luijten en Meijer ben ik echter van opvatting dat er niets tegen is om deze term bij de hier besproken onbenoemde persoonlijke last te blijven gebruiken, omdat er in het kader van de uitvoering van een dergelijke testamentaire last uiteindelijk bevoordeelden aanwezig zijn.[146]

---

140 B.M.E.M. Schols 2007, p. 433.
141 B.M.E.M. Schols 2007, p. 433.
142 Vgl. HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 en Van Straaten 2002, p. 632.
143 HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.
144 Van Straaten 2002, p. 632.
145 Zie Breemhaar 1992, p. 139, Breemhaar 2006, p. 43, Van Gompel 2006, p. 10 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 242.
146 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 242.

Daarbij dient, aldus Luijten en Meijer, bedacht te worden dat deze lastbevoordeelde onder het huidige erfrecht nimmer een vorderingsrecht toekomt om het toegezegde voordeel af te dwingen.[147] Indien men zou hebben geconstateerd dat met het overlijden van de erflater reeds een vorderingsrecht bestond, was immers sprake geweest van een legaat en niet van een last.

Men kan zich afvragen of na aanwijzing door de lastbezwaarde van de lastbevoordeelde wel een vorderingsrecht voor de aangewezen lastbevoordeelde kan ontstaan. Van Straaten lijkt daar vanuit te gaan.[148] Indien Van Straaten hiermee betoogt dat door de aanwijzing van de lastbevoordeelde voor hem een vorderingsrecht ontstaat, kan ik deze opvatting niet onderschrijven. Mijns inziens kan ook na aanwijzing de beoogde lastbevoordeelde op grond van het erfrecht geen nakoming eisen. Het niet-nakomen door de lastbezwaarde kan binnen het erfrecht enkel gesanctioneerd worden met de vervallenverklaring van zijn verkrijging ingevolge art. 4:131 lid 1 BW. Dit laat onverlet dat de lastbezwaarden zich contractueel kunnen binden door ter uitvoering van de last (ten behoeve van een bepaald doel) een beoogd lastbevoordeelde een aanbod te doen om bijvoorbeeld een bepaald bedrag over te maken dat al dan niet in het kader van het door de erflater in het testament opgenomen doel moet worden besteed. Na aanvaarding van dit aanbod komt dan een overeenkomst tot stand.[149] Breemhaar betoogt naar mijn mening terecht dat, ook al ontbreekt een schuldeiser bij een testamentaire last, het ontbreken van de schuldeiser er niet aan in de weg staat dat ter uitvoering van de last een contractuele aanspraak kan ontstaan jegens de lastbezwaarde.[150] De verplichting tot nakoming vindt dan haar oorsprong in de – met gebruikmaking van de contractsvrijheid – gesloten overeenkomst tussen de lastbezwaarden en de beoogd lastbevoordeelde maar kan niet worden ontleend aan de in het testament opgenomen lastbepaling. Indien de lastbezwaarden er alsnog voor kiezen de last op een andere wijze uit te voeren (die eveneens past in de door de erflater opgelegde verplichting), plegen de lastbezwaarden weliswaar wanprestatie jegens de beoogd lastbevoordeelde met wie zij een overeenkomst hebben gesloten, maar kan naar mijn mening geen sprake zijn van een vervallenverklaring in de zin van art. 4:131 lid 1 BW.[151] Hierbij ga ik ervan uit dat de door de erflater opgelegde verplichting wordt uitgevoerd, zij het dat bijvoorbeeld alsnog ten opzichte van een ander als lastbevoordeelde de verplichting wordt uitgevoerd.

147 Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 242.
148 Van Straaten 2002, p. 634.
149 Breemhaar 2006, p. 43-44.
150 Breemhaar 2006, p. 43-44.
151 Vgl. Breemhaar 2006, p. 43-44.

B) Fiscale behandeling onbenoemde persoonlijke last

Nu de onbenoemde persoonlijke last onder het huidige recht ook nog steeds aangemerkt moet worden als een testamentaire last, geldt hetgeen in par. 6.3.2.4 over de fiscale behandeling van de onbenoemde persoonlijke last is opgemerkt ten gevolge van HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 onverkort, in die zin dat rekening met deze last gehouden mag worden voor de heffing van de erfbelasting (eventueel met toepassing van art. 45 en de verrekening van art. 53 SW) na uitvoering van de last. De bevoordeelde wordt alsdan voor de krachtens erfrecht (ingevolge de lastbevoordeling) verkregen waarde op grond van art. 1 lid 1 onder 1 SW (zie ook art. 45 lid 3 SW) in de heffing betrokken. De lastbezwaarde kan dan deze waarde van zijn verkrijging aftrekken (al dan niet gebruikmakend van de mogelijkheid om achteraf te verrekenen op grond van art. 53 SW). Indien de last niet wordt uitgevoerd, kan er voor de Successiewet geen rekening mee worden gehouden. De lastbevoordeelde is immers niet, zoals de legataris (zie art. 4:7 lid 1 onder h BW), een schuldeiser van de nalatenschap. Wel dreigt voor de lastbezwaarde dan de vervallenverklaring van zijn verkrijging (art. 4:131 BW). Anders dan de lastbevoordeelde, verkrijgt de legataris onmiddellijk een aan het testament ontleend vorderingsrecht,[152] waarnaar de heffing zich dan ook – ongeacht of het legaat reeds is uitgevoerd – richt. Uiteraard dient de legataris het legaat, dat wordt verkregen zonder dat aanvaarding nodig is, dan niet te hebben verworpen (art. 4:201 BW).

6.4.1.5 Civielrechtelijk intermezzo: eigen visie op de afbakening legaat en onbenoemde persoonlijke last

Met het bovenstaande dient niet de indruk gewekt te worden dat de afbakening tussen een onbenoemde persoonlijke testamentaire last en een legaat in alle gevallen duidelijk is, vooral als men zich de vraag stelt of een beschikking niet een legaat in plaats van een last oplevert omdat sprake is van een door de erflater afgebakende groep van personen waaruit de bevoordeelde gekozen kan worden.

Bij de hiervoor besproken onbenoemde persoonlijke last hoeft in beginsel geen sprake te zijn van een afgebakende groep en hoeft de erflater dus niet zelf de kring van voor de last in aanmerking komende personen te bepalen.[153] Wanneer de erflater (en niet een derde) wel een afgebakende groep van personen aanwijst waaruit een derde (bijvoorbeeld de executeur) de legatarissen kan bepalen, acht Bauduin deze beschikking – onder verwijzing naar de

152 Art. 4:117 lid 1 BW.

153 Vgl. B.M.E.M. Schols 2007, p. 433 en Bauduin 2013, p. 27, noot 15. Zie ook Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.4.7, p. 246, waar Bauduin concludeert dat voor de last een heel soepel bepaaldheidsvereiste geldt en enkel het noemen van het doel van de verplichting volstaat.

parlementaire geschiedenis[154] – een geldig legaat. Zij spreekt in dat kader over een legaat met keuzeverlening of keuzemogelijkheid, bij welk legaat niet het voorwerp van het legaat of het al dan niet aanvaarden centraal staat, maar de mogelijkheid dat een derde van de erflater de bevoegdheid heeft verkregen na het overlijden van de erflater de legataris te kiezen.[155] Los van het door Bauduin onderzochte vraagstuk naar de mogelijkheden van wilsdelegatie in het erfrecht (zie daarover ook uitgebreid par. 5.5.), komt bij mij de vraag op wanneer een groep zodanig afgebakend (benoemd) is dat sprake zal zijn van een legaat (mits uiteraard ook de prestatie omschreven is) en wanneer de groep niet als afgebakend (dus als onbenoemd) kan worden aangemerkt zodat sprake zal zijn van een testamentaire last (de onbenoemde persoonlijke last).[156]

De door de erflater aan een erfgenaam opgelegde verplichting om een bepaald geldbedrag naar eigen keuze te verdelen onder weldadige instellingen, leverde ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 2 maart 1966, *BNB* 1966/106, zoals besproken in par. 6.3.2.4, een geldige testamentaire last op. De Hoge Raad constateerde '(…) *dat niet reeds de aan de making verbonden last op zichzelf voor bepaalde bevoordeelden een recht tot het vorderen van nakoming in het leven riep, doch dat dit recht afhankelijk was gesteld van de wijze van uitvoering van de aan het legaat verbonden last;* (…)'[157] Om die reden (het ontbreken van een vorderingsrecht) kan ook voor het huidig recht gesteld worden dat een dergelijke bepaling niet als legaat kwalificeert. De groep van (rechts)personen is dan – in de redenering van Bauduin en Schols – kennelijk niet zodanig door de erflater afgebakend dat er sprake kan zijn van een legaat. Bauduin schrijft in haar dissertatie naar aanleiding van bovenstaande casus als volgt: '*Voor een rechtsgeldig legaat dient erflater namelijk individueel of in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen te noemen, waaruit de echtgenote dan vervolgens de keuze kan maken. Hiervan is bij de ruime formulering 'weldadige instellingen' geen sprake.*'[158]

Alvorens de vraag wanneer een groep zodanig afgebakend (benoemd) is dat sprake zal zijn van een legaat naar Nederlands recht aan een nadere studie te onderwerpen, is het interessant om ter vergelijking een uitstap te maken naar een zaak die in 1970 aan het House of Lords van het Verenigd Koninkrijk werd voorgelegd. In de zaak McPhail vs. Doulton (ook bekend als de zaak

154 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771. Zoals in par. 5.5.2.2 eerder geciteerd, laat de minister in de betreffende parlementaire passage weten dat de mogelijkheid blijft bestaan dat '*de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van de verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander.*'

155 Bauduin 2012, p. 10-11, Bauduin 2013, p. 27, noot 15 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.4.

156 Zie uitgebreid over het legaat met keuzemogelijkheid Bauduin 2014 en Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.2.4.

157 HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106.

158 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.4.3.5, p. 243.

Re Baden's Deed Trust (no 1))[159] diende het House of Lords te oordelen over de geldigheid van de door Bertram Baden ingestelde 'discretionary trust' ten behoeve van '(…) *any of the officers and employees or ex-officers or ex-employees of the Company or to any relatives or dependants of any such persons in such amounts at such times and on such conditions (if any) as they think fit* (…)'.[160] Tot die tijd moesten de bevoordeelden (beneficiairies) van een 'discretionary trust' 'listable' zijn, dat wil zeggen dat de mogelijk bevoordeelden op ieder moment boven tafel moesten kunnen komen zodat een complete lijst gemaakt kon worden van alle mogelijk bevoordeelden. Op deze manier diende bewerkstelligd te worden dat rechterlijke controle mogelijk was en kon de rechter zo nodig zelf de trust uitvoeren.[161] Deze eis kon, zoals in deze zaak, tot praktische problemen leiden indien niet te allen tijde is vast te stellen wie tot de groep behoren. Stel dat er bijvoorbeeld een trust is ingesteld ten behoeve van de inwoners van de stad Londen, dan was het niet mogelijk een complete lijst te maken omdat de lijst van inwoners van Londen continu door verhuizingen, geboortes en overlijdens zou komen te veranderen. Gezien het belang van het gebruik van een 'discretionary trust' in het Engelse rechtssysteem was het wenselijk dat niet snel tot ongeldigheid van deze rechtsfiguur geconcludeerd zou worden. Het House of Lords heeft de bovenvermelde 'complete list'-test in de McPhail vs. Doulton-zaak dan ook verlaten. Sinds McPhail vs. Doulton is het voldoende dat iedereen kan zeggen dat degene die wordt bevoordeeld, behoort tot de groep waaruit de bevoordeelde gekozen dient te worden, de zogenoemde 'is or is not'-test, of zoals door Lord Wilberforce geformuleerd: '(…) *the trust is valid if it can be said with certainty that any given individual is or is not a member of the class.*'[162] Overigens zal een 'discretionary trust' ten behoeve van 'all the residents of Greater London' (waarschijnlijk) ook onder de 'is or is not'-test, zij het op andere gronden, nietig blijven omdat deze trust een zodanig grote groep mogelijk bevoordeelden omvat dat het voor de trustee onwerkbaar is om een onderzoek te doen naar de reikwijdte van de groep mogelijk bevoordeelden en zijn taken behoorlijk uit te voeren.[163]

A) Voorbeeld Van Mourik

Wat vervolgens te denken van de door Van Mourik – in het kader van het delegatieverbod – gestelde vraag of een executeur de legataris mag aanwijzen '(…) *als de erflater een legaat maakt ten behoeve van "een als ANBI geregistreerde stichting die zich ten doel stelt middeleeuwse vestingwerken beleefbaar te maken"?*'[164] Van Mourik is van oordeel dat sprake is van een (geldig) legaat, ik citeer hem:

159 House of Lords 6 mei 1970, [1970] UKHL 1, zie: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1970/1.html
160 House of Lords 6 mei 1970, [1970] UKHL 1, p. 9.
161 Riddall 2002, p. 36-37.
162 House of Lords 6 mei 1970, [1970] UKHL 1, p. 16.
163 Riddall 2002, p. 38-40.
164 Van Mourik 2013b, p. 1172.

'(…) Het legaat wordt gemaakt door de erflater maar aan de executeur is de last opgelegd te bepalen wie de legataris zal zijn. Door het overlijden ontstaat als schuld van de nalatenschap een vordering onder opschortende voorwaarde. En wel voor alle als ANBI geregistreerde stichtingen die zich ten doel stellen middeleeuwse vestingwerken beleefbaar te maken. Hier is sprake van delegatie. De executeur bepaalt zelfstandig de inhoud van de beschikking door een keuze uit te brengen ten aanzien van de identiteit van de legataris. Zijn rechtshandeling wordt toegerekend aan de erflater en niet aan de erfgenamen. Ik neem thans aan dat Bauduin ten aanzien van dit geval de stelling inneemt dat deze delegatie geen afbreuk doet aan de eis dat de uiterste wilsbeschikking 'persoonlijk' moet zijn gemaakt. Daar stem ik graag mee in.'[165] Volgens Van Mourik is wel sprake van ongeoorloofde delegatie als de persoon van de legataris volstrekt onbepaald is, zodat in theorie ieder natuurlijke of rechtspersoon op aarde door het overlijden van de erflater een vordering onder opschortende voorwaarde verkrijgt.[166]

B) Opschortende (potestatieve) voorwaarde?

Het vraagstuk omtrent de wilsdelegatie verder grotendeels buiten beschouwing latend, vraag ik mij af of de conclusie van Van Mourik dat de erflater met deze beschikking voor alle als ANBI geregistreerde stichtingen die zich ten doel stellen middeleeuwse vestingwerken beleefbaar te maken inderdaad een vorderingsrecht (onder opschortende voorwaarde) heeft toegekend, zodat zij aangemerkt kunnen worden als legataris (onder 'opschortende voorwaarde' dat hij wordt uitgekozen door de executeur, althans zo neem ik dan aan).

Met het overlijden van de erflater staat bij beschikkingen – waarbij de keuze van de bevoordeelde aan een derde wordt gelaten – niet onmiddellijk vast welke (rechts)persoon als legataris[167] (al dan niet in een bepaalde hoedanigheid aangeduid) het gelegateerde kan opeisen, nu de legataris door de executeur gekozen dient te worden.[168] Hiermee is dus niet zozeer de *verkrijging* voor een bepaalde legataris voorwaardelijk maar is vooral de *kwalificatie als legataris* voorwaardelijk. Van een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW lijkt mij geen sprake. De werking van de beschikking hangt mijns inziens immers niet zozeer af van een toekomstige onzekere gebeurtenis, maar veeleer van een potestatief (opschortend) element, afhankelijk van het handelen van een persoon namelijk 'wie kiest de executeur als bevoordeelde' en sterker nog 'maakt de executeur überhaupt een keuze'? Bij dit laatste is van belang dat naar mijn mening niet de mogelijkheid bestaat om de executeur te dwingen om een keuze te maken, zoals hierna ook aan bod zal komen. Met andere woorden: het lijkt van het handelen van de executeur af te hangen of een legaat

165 Zo stelt derhalve Van Mourik, zie Van Mourik 2013b, p. 1173.
166 Van Mourik 2013b, p. 1173.
167 Er voor het gemak even van uitgaande dat in navolging van Van Mourik sprake is van een legataris en niet van een lastbevoordeelde.
168 Zie par. 5.5.2.2 en vgl. Breemhaar 1992, nr. 74, p. 60.

tot stand komt (kiest de executeur?) en wie dan vervolgens bevoordeeld wordt (wie kiest de executeur?). Ik betwijfel dan ook of de conclusie van Van Mourik, dat sprake is van een 'vordering onder opschortende voorwaarde' houdbaar is, mede gezien art. 6:21 BW.[169] Veeleer is de totstandkoming van het legaat voorwaardelijk, zoals ik hieronder zal uiteenzetten.[170] Overigens merk ik op dat art. 6:21 BW, om over het bestaan van een verbintenis (van de erfgenamen jegens de legataris) onder opschortende voorwaarde te kunnen spreken, alleen van toepassing kan zijn indien het legaat onder opschortende voorwaarde door de legataris verkregen (niet verworpen) is in de zin van art. 4:201 BW.[171]

De door Van Mourik geduide 'opschortende voorwaarde' dient men naar mijn mening in zijn voorbeeld te beschouwen als de opschortende voorwaarde dat de executeur de betreffende ANBI als legataris kiest. Is hier vervolgens dan sprake van een legaat waarvan de werking in wezen afhangt van een opschortende potestatieve voorwaarde in strijd met het wezen van een verbintenis (nu verbintenissen ook uit een legaat voortvloeien)?[172] Of is een dergelijke voorwaarde niet in strijd met het wezen van een verbintenis ervan uitgaande dat de keuze afhangt van het *redelijk oordeel* van de executeur?[173] Of is überhaupt geen sprake van een potestatieve voorwaarde omdat de *werking* van het legaat niet van de wil van de executeur afhangt (dat zou het geval zijn geweest als het legaat was gemaakt '*indien* de executeur een geschikte stichting zou aanwijzen'), maar enkel de *inhoud* nader bepaald wordt door de executeur (welke stichting verkrijgt het legaat waarvan de inhoud al vastligt?).[174]

Anders dan Bauduin lijkt te doen,[175] neig ik ernaar om aan te nemen dat voor de door Van Mourik geschetste beschikking met keuzemogelijkheid wat betreft de bevoordeelde, in het kader van de *werking* van de beschikking de leer omtrent de potestatieve voorwaarde weldegelijk een rol kan spelen nu de wil van een ander (de executeur) van invloed zal zijn op de totstandkoming van het legaat. Het is immers mogelijk dat de executeur niet zal kiezen en vervolgens de vraag gesteld kan worden of een mogelijk bevoordeelde als legataris het maken van een keuze kan afdwingen (zie ook hierna). Indien

169 Van Mourik 2013b, p. 1173. Vgl. ook Mollema 2007 (par. 2) over makingen onder voorwaarde.

170 Vgl. op geheel ander terrein de discussie tussen W.M. Kleyn en W.G. Huijgen over de mogelijkheid om te leveren aan een BV in oprichting en het in die discussie door Huijgen gemaakte onderscheid tussen de (al dan niet voorwaardelijke) verkrijging van het goed en de (al dan niet voorwaardelijke) verkrijger. Zie W.M. Kleyn, 'Een oud probleem in een nieuw kleed? Overdracht aan een BV in oprichting', *JBN* 1992, nr. 124 en de reactie van W.G. Huijgen in datzelfde afleveringsnummer.

171 Zie ook art. 3:38 lid 1 BW over de mogelijkheid een rechtshandeling (i.c. het maken van de uiterste wilsbeschikking) onder voorwaarde te verrichten.

172 Vgl. Bauduin 2014, par. VIII tot en met XI.

173 Vgl. Bauduin 2014, par. X en XI. Vgl. ook Bauduin 2014 (dissertatie), (o.a.) par. 6.4.5.2, p. 301 en par. 6.7, p. 319-321.

174 Zie Bauduin 2014, par. V.

175 Bauduin 2014, par. V.

inderdaad sprake zou zijn van een potestatieve voorwaarde dan meen ik dat, zolang de executeur geen keuze heeft gemaakt (de opschortende potestatieve voorwaarde dus nog niet is vervuld), het legaat zelf niet bestaat zodat er nog geen verbintenissen uit het legaat kunnen voortvloeien en dus ook geen sprake kan zijn van een vorderingsrecht uit legaat.

C) Alternatief vorderingsrecht of gemeenschap van een vorderingsrecht?

Stel dat er – in tegenstelling tot het bovenstaande – van uitgegaan moet worden dat geen sprake is van een potestatief element (de werking van het legaat hangt niet van de wil van de executeur af omdat aangenomen zou moeten worden dat de executeur verplicht kan worden een keuze uit te brengen, zoals in de parlementaire stukken door de minister wordt opgemerkt, zie ook de volgende subparagraaf),[176] komt dan aan de mogelijk te bevoordelen persoon een (alternatief) vorderingsrecht toe zolang de executeur nog geen keuze heeft gemaakt uit de door de erflater (enigszins) afgebakende groep? Of in het voorbeeld van Van Mourik: verkrijgen de bedoelde ANBI's (gezamenlijk of zelfstandig) direct na het overlijden van de erflater een (alternatief) vorderingsrecht?

De gedachte zou kunnen opkomen dat bij de hier bedoelde ANBI's sprake is van een alternatief vorderingsrecht: ANBI X of ANBI Y of ANBI Z etc., ter keuze van een derde, beschikt over een vorderingsrecht. Een dergelijke alternatieve verbintenis (zie art. 6:17 e.v. BW) kent het Nederlands vermogensrecht echter niet; hoewel de schuldenaar bij de alternatieve verbintenis een keuze heeft, ziet deze keuze niet op het subject (de schuldeiser) maar op het object van de verbintenis.[177]

Evenmin voorziet het vermogensrecht in een situatie dat een prestatie verschuldigd is aan een nog te kiezen schuldeiser uit meer schuldeisers, in een zelfstandig vorderingsrecht voor iedere potentiële schuldeiser, zodat iedere schuldeiser het geheel kan opeisen. Zwalve wijst erop dat in art. 6:15 BW slechts wordt uitgegaan van de situatie dat tussen de schuldeisers een gemeenschap bestaat, hetgeen juist bij het legaat met keuzemogelijkheid, waar de schuldeisers alternatief zijn genoemd, niet het geval is.[178] Hierbij dient bedacht te worden dat de executeur op grond van het testament aan ieder van de door de erflater bedoelde ANBI's bevrijdend kan betalen en er tussen de ANBI's als mogelijke schuldeisers geen rechtsbetrekking bestaat.[179] Zwalve achtte een wettelijke regeling voor het legaat met keuzemogelijkheid dan ook gewenst.[180] Ook de minister is van oordeel dat bij het legaat met keuzemogelijkheid noch de afdeling over de pluraliteit van schuldeisers (art. 6:15 en art. 6:16 BW), noch

176 Zie MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1213.
177 Vgl. Zwalve 1983, p. 160.
178 Zwalve 1983, p. 162.
179 Zwalve 1983, p. 162.
180 Zwalve 1983, p. 162.

de afdeling van de alternatieve verbintenissen (art. 6:17-20 BW) van toepassing is.[181] De minister merkt op: '*De eerste afdeling heeft betrekking op prestaties die aan meer schuldeisers toekomen. Dat doet zich hier niet voor, nu de prestatie hier slechts aan één schuldeiser toekomt, nl. aan die welke door de erfgenaam wordt aangewezen. De tweede afdeling ziet op het geval dat de schuldenaar aan één schuldeiser alternatief verschillende prestaties verschuldigd is. Hier is daarentegen maar één prestatie verschuldigd, terwijl de alternativiteit alleen ziet op de vraag wie de schuldeiser is.*'[182]

D) Rechtsvordering tot het maken van een keuze?

De minister ziet echter anders dan Zwalve, zoals ook in par. 5.5.2.2 reeds is aangehaald, geen behoefte aan een nadere regeling. De minister gaat er hierbij vanuit dat degene die een keuze moet uitbrengen, verplicht is om een keuze te doen jegens de in aanmerking komende personen, welke keuze een rechtshandeling oplevert. Voor een zodanig geval zijn volgens de minister in de wet op een andere plaats regels te vinden die het mogelijk maken dat degene die de keuze moet uitbrengen, daartoe gedwongen kan worden. De minister doelt op afdeling 3.11.4 BW (en het huidige art. 3:300 BW) en ik citeer hem: '*De rechter kan derhalve òf een vertegenwoordiger aanwijzen die de keuze zal doen, in welk geval hij kan bepalen dat de keuze zijn goedkeuring behoeft. Dit resultaat is in overeenstemming met wat reeds thans geldt bij een overeengekomen bindende partijbeslissing, waarbij de betreffende partij in gebreke blijft om de desbetreffende beslissing te geven* (…)'[183] Mijns inziens verliest de minister hier uit het oog dat de door de erflater opgelegde verplichting *an sich* voor (i.c.) de executeur *om een legataris uit te kiezen*, sowieso geen legaat oplevert. Hier is sprake van een aan de executeur opgelegde testamentaire last om te kiezen.[184] Zoals uitvoerig aan bod is gekomen, ontbreekt bij een testamentaire last juist de persoon van een schuldeiser. Derhalve is de executeur dan ook jegens niemand verplicht de keuze te maken (behoudens de dreiging van de vervallenverklaring van zijn eventuele verkrijging; art. 4:131 BW), zodat niemand een door de minister bedoelde rechtsvordering jegens de executeur kan instellen om een keuze uit te brengen.

Daarnaast ziet de minister (na het in werking treden van Boek 4 BW) de mogelijkheid voor de rechter om bij het uitblijven van de beslissing art. 4:123 BW toe te passen '(…) *en de prestatie langs deze weg aan een of meer van de aangewezen personen te doen toekomen. Een verdere bijzondere voorziening voor dit geval komt niet nodig voor.*'[185] Naar mijn mening biedt ook art. 4:123 BW in dit geval geen uitkomst. Dit artikel ziet blijkens het eerste lid op wijziging of (gedeeltelij-

181 MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1213.
182 MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1213.
183 MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1213.
184 Zie Van Mourik 2013b, p. 1173.
185 MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1213.

ke) opheffing van de verbintenis uit het legaat door de rechter op verzoek van de legataris of van hem die met het legaat belast is op grond van na het overlijden van de erflater ingetreden omstandigheden welke van dien aard zijn, dat de andere partij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van die verbintenissen niet mag verwachten. Art. 4:123 BW ziet dus op wijziging van de inhoud van de verbintenis en niet op de mogelijkheid om de legataris aan te wijzen.

Zolang de executeur dus geen keuze maakt, zie ik geen mogelijkheid de executeur hiertoe te dwingen.

E) Geldig legaat mits geen willekeur

Op grond van de parlementaire geschiedenis kan men concluderen dat de minister van oordeel is dat het legaat met keuzemogelijkheid geldig is en er bovendien geen nadere regelgeving gewenst is. Art. 4:42 lid 3 BW (dat een uiterste wilsbeschikking slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt) staat er volgens de minister niet aan in de weg dat de erflater een derde aanwijst die zal bepalen wie van de door de erflater aangewezen personen het legaat zal genieten. Wat volgens de minister niet mag, is de beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander.[186] Bauduin merkt op dat er minder ruimte voor willekeur is, naarmate de groep specifieker is afgebakend. Bovendien kan volgens haar zo nodig de aanvullende of corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) een correctie brengen, zodat voor willekeur niet gevreesd hoeft te worden.[187]

Met de bovenvermelde opvatting van de minister lijkt dus een einde gemaakt te kunnen worden aan de in deze subparagraaf beschreven vragen naar aanleiding van het voorbeeld van Van Mourik: er is volgens de minister sprake van een geldig legaat met een keuzemogelijkheid voor de executeur. Toch ben ik niet geheel door de minister overtuigd van de kwalificatie van deze beschikking als legaat. Dat de bedoelde beschikking geen ongeoorloofde delegatie oplevert, onderschrijf ik. Zeker met gebruikmaking van de beschikking 'testamentaire last', zal de door de erflater geboden mogelijkheid voor de lastbezwaarde om de 'lastbevoordeelde' uit een groep te kiezen niet snel ongeoorloofd zijn, nu aan het nakomen van de testamentaire lastverplichting per definitie nooit een vorderingsrecht kan zijn gekoppeld.[188] Echter blijft de kwalificatie van de beschikking met een keuzemogelijkheid voor een derde – zoals een executeur – ten aanzien van de vraag wie het voordeel mag genieten voor mij een vraagpunt. Kwalificeert de bedoelde beschikking als legaat of als testamentaire last?

186 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771.
187 Bauduin 2014, par. XI. Zie ook Bauduin 2014 (dissertatie), par. 6.6.3 en 6.6.4.
188 Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 244.

F) Conclusie: legaat of onbenoemde persoonlijke last en aanvullende eis

Zolang de executeur zich niet uitspreekt, kan, zo meen ik, geen van de beoogd bevoordeelden het gelegateerde opeisen. Indien men vervolgens aanneemt dat zonder het maken van een keuze door de executeur, de potestatieve opschortende voorwaarde (dat de executeur een legataris kiest) voor het bestaan van een legaat niet is vervuld, kan mijns inziens geen sprake zijn van een vorderingsrecht uit legaat omdat de beschikking zelf niet bestaat.

Maar ook als men betoogt dat geen sprake is van een potestatieve opschortende voorwaarde, lijkt het mij verdedigbaar dat zonder de door de executeur gemaakte keuze geen (alternatieve) schuldeiser is aan te wijzen aan wie een zelfstandig vorderingsrecht toekomt, ook niet een vorderingsrecht onder een opschortende voorwaarde nu de verbintenis tussen de met het legaat belaste personen en de legataris niet als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW valt aan te merken. Evenmin beschikken de (alternatieve) schuldeisers over een tot een gemeenschap behorend vorderingsrecht. Met het overlijden van de erflater lijkt dus geen vorderingsrecht (tot afgifte van het voordeel) voor de mogelijk bevoordeelde te ontstaan, ook niet onder opschortende voorwaarde. Deze conclusie staat los van de vraag of de mogelijk bevoordeelden over een rechtsvordering beschikken waardoor een door de derde (executeur) gemaakte keuze kan worden afgedwongen (zie art. 3:296 en 3:300 BW), welke vraag ik eveneens negatief beantwoord. Niet goed valt daarom in te zien dat men een dergelijke beschikking kan kwalificeren als een legaat, waarbij naar mijn mening onmiddellijk met het overlijden een (voorwaardelijk) vorderingsrecht door de erflater moet worden toegekend aan de legataris (in persoon of in zijn hoedanigheid).

Bovendien vraag ik mij af of de door de erflater in het voorbeeld van Van Mourik aangeduide groep bevoordeelden niet te onbepaald is om hier überhaupt een vorderingsrecht voor de bevoordeelde aan te kunnen verbinden.[189] Hoewel de bevoordeelde in het voorbeeld van Van Mourik ten opzichte van HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 (waar het door de erflater vastgestelde bedrag uitgekeerd diende te worden aan 'weldadige instellingen' naar keuze van de echtgenote) nader is afgebakend, zie ik rechtens niet zodanig relevante verschillen met de beschikking die in het arrest van de Hoge Raad van 2 maart 1966, *BNB* 1966/106, centraal stond dat geoordeeld zou moeten worden dat in Van Mouriks voorbeeld sprake is van een legaat. Ik ben dan ook van mening dat de beschikking van Van Mourik valt te kwalificeren als een testamentaire last.

Zelfs in het geval door de erflater een 'legaat' is gemaakt aan een persoon ter keuze van de executeur uit een door de erflater afgebakende groep (A, B of C), waarbij voor het gemak wordt aangenomen dat de beschikking geen willekeur (zoals de minister bedoelt) oplevert, vraag ik mij af of op het moment dat de executeur zijn keuze heeft uitgebracht gezegd kan worden dat het

189 Vgl. Zwalve 1983, p. 160.

vorderingsrecht door de erflater is toegekend, zoals de definitie van het legaat in art. 4:117 lid 1 BW voorschrijft. De erflater heeft de executeur niet een zodanig richtsnoer gegeven dat bij de vaststelling van de legataris iedere derde tot aanwijzing van dezelfde legataris zou komen. Wat mij betreft zal dus alleen dan sprake van een legaat zijn als de wijze waarop de legataris wordt vastgesteld, afhangt van een objectief toekomstige onzekere gebeurtenis.[190] De eis dat de vaststelling van de legataris niet van de keuze van een derde kan afhangen maar dat de erflater in zijn testament het richtsnoer dient mee te geven aan de hand waarvan de legataris vastgesteld moet worden, zodat iedere willekeurige derde tot dezelfde conclusie wat betreft de persoon van de legataris komt (zie ook par. 5.5.2.2), vindt men niet expliciet terug in de parlementaire geschiedenis en ook in de literatuur lijkt men niet een dergelijke eis te stellen.[191] Het tegenovergestelde is eerder het geval zoals blijkt uit de door Bauduin in haar dissertatie onderzochte mogelijkheden van wilsdelegatie in het erfrecht. Bauduin concludeert bijvoorbeeld dat het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris, waarbij de erflater een afgebakende groep van personen noemt waaruit de keuze kan worden gemaakt, niet in strijd met de aard van het legaat is. Immers is volgens haar wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van het legaat, binnen de kaders die bepaalbaar zijn, toegestaan.[192] Toch zou ik in het kader van de duidelijke afbakening tussen een legaat en een testamentaire last willen pleiten voor toepassing van de hierboven door mij geformuleerde strengere eis, die wat mij betreft voortvloeit uit art. 4:117 lid 1 BW en een praktische oplossing biedt.[193]

Met toepassing van deze eis wordt verzekerd dat de erflater *zelf* het vorderingsrecht toekent. Indien de persoon van de legataris niet meer van de keuze door een derde kan afhangen, is na het overlijden van de erflater onmiddellijk duidelijk wie als legataris zal optreden en wie dus zal verkrijgen (al dan niet

190 Zie over een dergelijke gebeurtenis Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/168.

191 Vgl. De ruimhartige opvatting van de minister in MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771 en zie in de literatuur bijvoorbeeld. Bauduin 2012, Bauduin 2014 en Bauduin 2014 (dissertatie).

192 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.3.4, p. 236-237.

193 Om dit te illustreren geef ik een voorbeeld dat ik ontleen aan het proefschrift van Bauduin. Volgens Bauduin is het mogelijk om de volgende testamentaire last aan de legataris op te leggen: '*ik legateer aan Johan een geldbedrag van€100.000,- onder de verplichting de helft van dit bedrag uit te keren aan een van mijn neefjes, die mijn broer zal aanwijzen.*' Zie Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.4.3.6, p. 244. Op grond van hetgeen Bauduin in par. 5.3.2.4 heeft geschreven over het legaat met keuzemogelijkheid zou de hierboven genoemde verplichting ook kunnen worden aangemerkt als een sublegaat dat ten laste van Johan komt aangezien de erflater een afgebakende groep van mogelijk sublegatarissen (de neefjes) heeft genoemd waaruit de derde (de broer van de erflater) dient te kiezen. Of sprake is van een testamentaire last of (sub)legaat hangt i.c. dan vervolgens af van de vraag of de erflater heeft gewenst een vorderingsrecht toe te kennen aan het gekozen neefje. Indien men de door mij geformuleerde strenge eis zou volgen, zou de hierboven vermelde verplichting enkel in de vorm van een last gegoten kunnen worden omdat de erflater niet in zijn uiterste wilsbeschikking heeft aangegeven op welke wijze moet worden bepaald aan wie hij het vorderingsrecht toekent.

na het in vervulling gaan van een opschortende voorwaarde; zie art. 6:21 BW), of op welke wijze de legataris geïdentificeerd moet worden (bijvoorbeeld omdat de legataris in zijn hoedanigheid is aangewezen zoals 'de winnaar van de Ako Literatuurprijs in het jaar na mijn overlijden').[194] Tevens wordt hiermee bewerkstelligd dat het niet onduidelijk zal zijn *of* een legaat ontstaat, omdat het bestaan van het legaat niet meer afhangt van de keuze die een derde moet uitbrengen, welke keuze naar Nederlands recht niet lijkt te kunnen worden afgedwongen, en door welke keuzemogelijkheid het (onzekere) bestaan van het legaat mogelijk afhangt van een opschortende potestatieve voorwaarde. Tot slot wordt de (feitelijke) discussie voorkomen of de door de erflater bevoordeelde groep zodanig afgebakend is dat sprake is van een legaat, en wanneer deze niet voldoende afgebakend is zodat sprake is van een testamentaire last. Zowel in het geval de executeur een bepaalde persoon als legataris dient te kiezen uit drie door de erflater aangewezen personen als in het geval de executeur een lid moet kiezen uit een door de erflater aangeduid ledenbestand van een studentenvereniging in een bepaald jaar (met 1000 leden), zal in beide gevallen wat mij betreft slechts sprake kunnen zijn van een testamentaire last. Naar huidig recht zou men over deze kwalificatie kunnen twijfelen, zoals uit deze subparagraaf bleek. Om terug te keren naar de eerder besproken McPhail vs. Doulton-zaak in het Engelse recht, zou wat mij betreft een eis in het Nederlands recht die vergelijkbaar is met de in die zaak voor de geldigheid van de 'discretionary trust' gestelde 'is or is not'-eis, alsmede de daarvoor geldende 'complete list'-eis, te ruimhartig zijn voor de kwalificatie als legataris. De enkele constatering dat een door de executeur gekozen studentlid inderdaad in het betreffende jaar lid is van de studentenvereniging en van de groep bevoordeelden eveneens een lijst gemaakt kan worden, zou deze persoon in mijn visie naar Nederlands recht geen legataris dienen te maken.

G) Fiscale consequenties kwalificatie beschikking met keuzemogelijkheid: legaat of testamentaire last

Indien men met mij aanneemt dat de in deze subparagraaf bedoelde beschikking met keuzemogelijkheid een testamentaire last oplevert, zal na uitvoering van de last bij de lastbevoordeelde over zijn verkrijging, die hij net als een erfgenaam of legataris krachtens erfrecht heeft verkregen, erfbelasting geheven kunnen worden ingevolge art. 1 lid 1 onder 1 SW. Degene die met deze last belast wordt, kan de waarde van deze verplichting na uitvoering van de last op zijn verkrijging in aftrek brengen (zie art. 5 lid 1 SW). Dat de heffing zich aansluit bij het moment van uitvoering, hangt samen met het ontbreken van een vorderingsrecht voor de lastbevoordeelde (zie par. 6.4.1.4).

194 Vgl. MvA, Parl. Gesch. Boek 4, p. 726.

Indien men echter aanneemt dat sprake is van een legaat en onmiddellijk een vorderingsrecht ontstaat, wordt direct met het legaat rekening gehouden. Dat wil zeggen dat de legataris direct wordt belast (art. 1 lid 1 onder 1 SW) en de met het legaat belaste persoon het legaat in aftrek op zijn verkrijging kan brengen (art. 5 lid 1 SW). Zoals hierboven betoogd, neem ik aan dat er niet onmiddellijk een mogelijke legataris is die beschikt over een vorderingsrecht zolang de executeur nog een keuze moet maken wie de legataris zal zijn. Directe heffing bij de 'legataris' zou daarom praktische problemen opleveren. Bovendien zou het merkwaardig zijn als aan de andere kant het legaat reeds voor aftrek in aanmerking zou komen bij de met het legaat belaste persoon. Vervolgens zou bepleit kunnen worden dat sprake is van een legaat onder opschortende voorwaarde[195] dan wel dat sprake is van een legaat waarvan het bestaan afhangt van een opschortende potestatieve voorwaarde.

In het eerste geval (het legaat onder opschortende voorwaarde) komt de verbintenis direct tot stand. Het legaat verplicht al tot afgifte, zij het middels een voorwaardelijke levering. Uit art. 3:84 lid 4 BW volgt dat een overdracht onder goederenrechtelijk werkende voorwaarde mogelijk is.[196] De opschortende voorwaarde doet de werking van de (uit het legaat voortvloeiende) verbintenis aanvangen indien de opschortende voorwaarde (de toekomstige onzekere gebeurtenis) plaatsvindt.[197] Voor de verkrijger krachtens een legaat onder opschortende voorwaarde, geldt tevens dat hij in beginsel ook op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde nog moet bestaan (art. 4:137 BW). Fiscaalrechtelijk wordt pas op het moment dat de opschortende voorwaarde vervuld is bij de legataris erfbelasting geheven over de dan geldende waarde in het economisch verkeer van de verkrijging ingevolge art. 45 lid 3 SW.[198] De met het legaat belaste personen kunnen dan op verzoek in aanmerking komen voor belastingteruggave nu hun verkrijging door het in vervulling gaan van de voorwaarde is verminderd (art. 53 lid 1 SW).

Per saldo zal hetzelfde voor de heffing van de erfbelasting gelden als er geconcludeerd wordt dat geen sprake is van een legaat onder opschortende voorwaarde maar dat sprake is van een legaat waarvan het bestaan afhangt van een opschortende potestatieve voorwaarde. Civielrechtelijk ontstaat c.q. ontstaan de verbintenis(sen) voortvloeiend uit het legaat pas met het in vervulling gaan van de opschortende potestatieve voorwaarde. Fiscaalrechtelijk zal er ook dan pas geheven kunnen worden, omdat dan sprake is van een legaat waarmee de Successiewet rekening houdt. Zoals ik heb bepleit, zou ik echter willen aannemen dat een 'legaat' waarvan het bestaan afhangt van een potestatieve opschortende voorwaarde kwalificeert als een 'testamentaire last'.

195 Van Mourik 2013b, p. 1173.
196 Mollema 2007, par. 6.
197 Zie art. 6:21 en 6:22 BW.
198 CB S&E 2014-2015, nr. 7.1.0.B en nr. 7.1.0.C.

H) Voorwaardelijke verkrijgingen en de heffing krachtens de Successiewet

In het verlengde van het vorengaande maak ik nog een opmerking over de belastbaarheid van het legaat onder opschortende voorwaarde en andere voorwaardelijke erfrechtelijke verkrijgingen onder de Successiewet. Het verbaast mij namelijk dat voor een making onder opschortende voorwaarde niet expliciet een artikel in de Successiewet is opgenomen waaruit volgt dat de heffing zich richt naar het moment van het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde.[199] De verbintenis onder opschortende voorwaarde komt immers civielrechtelijk al onmiddellijk tot stand, zij het dat de werking van de verbintenis met het plaatsvinden van de gebeurtenis aanvangt.[200]

Vergelijk in het kader van de voorwaardelijke verkrijging art. 1 lid 9 SW voor de gift onder opschortende voorwaarde waarin, in afwijking van het civiele recht,[201] expliciet is bepaald dat deze gift voor de Successiewet geacht wordt tot stand te komen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld. Deze fictiebepaling bewerkstelligt dat voor de heffing wordt aangesloten bij het vervullen van de voorwaarde, zowel voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een in Nederland belastbare schenking, als voor het tarief en de waarde van het geschonkene.[202]

Sonneveldt merkt op dat voor een voorwaardelijke *erfrechtelijke* verkrijging geldt dat deze verkrijging krachtens de Successiewet feitelijk wordt belast op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.[203] De systematiek van de Successiewet dient aldus verstaan te worden dat met het overlijden van de erflater de belastbare verkrijging heeft plaatsgevonden ingevolge art. 1 SW, zij het dat op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde over de dan geldende waarde van de verkrijging en naar de dan geldende tarieven en vrijstellingen wordt geheven.[204] Aan het civiele recht wordt recht gedaan

---

199 Enkel voor het geval dat er wordt verkregen doordat de opschortende voorwaarde bij een tweetrapsmaking wordt vervuld, is in de Successiewet een regeling getroffen. Art. 21 lid 4 SW bepaalt namelijk dat bij de verkrijging door de vervulling van een opschortende voorwaarde welke zich aansluit bij de ontbindende voorwaarde van het overlijden van een eerdere verkrijger, het tijdstip waarop het genot voor de verwachter aanvangt voor de bepaling van de aard en waarde van het verkregene beslissend is.

200 Zie over de voorwaardelijke verbintenis en de opschortende voorwaarde art. 6:21 BW en art. 6:22 BW, alsmede art. 3:38 lid 1 BW over de mogelijkheid een rechtshandeling onder voorwaarde te verrichten. Zie ook CB S&E 2014-2015, nr. 7.1.0.C. Om bij een legaat van een voorwaardelijke verbintenis (van de met het legaat belaste erfgenamen jegens de legataris) te kunnen spreken, zal er overigens van uitgegaan dienen te worden dat het legaat onder opschortende voorwaarde door de legataris verkregen is in de zin van art. 4:201 BW.

201 Zie HR 30 maart 2007, *BNB* 2007/181.

202 *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 26-27.

203 Sonneveldt 2004, par. 1.2.

204 Vgl. HR 15 februari 1967, *BNB* 1967/90. Schuttevâer merkt in zijn noot bij dat arrest op dat: '(…) *de HR zich implicite heeft verenigd met het oordeel van het Hof dat het over de nadere verkrijging verschuldigde recht berekend wordt, naar de toestand op het moment van de nadere verkrijging.*'' Zie ook CB S&E 2014-2015, nr. 7.1.0.B en 7.1.0.C.

indien men inderdaad het overlijden van de erflater als ijkpunt neemt voor het constateren van een belastbare verkrijging, waarbij het uit praktisch oogpunt valt te begrijpen – bijvoorbeeld om schattingsproblemen te voorkomen – dat feitelijk wordt geheven (en naar de tarieven en vrijstellingen) op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Dit laatste zou wat mij betreft duidelijker tot uitdrukking gebracht dienen worden in art. 45 lid 3 SW (en art. 53 lid 1 SW), waarbij art. 21 lid 4 SW wellicht ter inspiratie kan dienen.[205]

6.4.1.6 Schema legaten en lasten onder het oude en het huidige erfrecht

Oud erfrecht (vóór 2003)	Vorderingsrecht?	Aftrekbaar voor de Successiewet 1956 (vóór 2003)?	Huidig erfrecht	Vorderingsrecht?	Aftrekbaar voor de huidige Successiewet 1956?
Legaat	*ja (vgl. HR 11 mei 1984)*	*ja (art. 5 lid 1 SW)*	Legaat	*ja (art. 4:117 lid 1 BW)*	*ja (art. 5 lid 1 SW)*
Benoemde persoonlijke last	*ja (HR 27 maart 1914)*	*ja (vgl. P.W. 11930, 1924, art. 5 lid 1 SW)*	Legaat	*ja (art. 4:117 lid 1 BW)*	*ja (art. 5 lid 1 SW)*
Onbenoemde persoonlijke last	*nee*	*ja (HR 2 maart 1966, art. 5 lid 1 SW)*	Onbenoemde persoonlijke last (testamentaire last)	*nee (art. 4:130 lid 1 BW)*	*ja (HR 2 maart 1966, art. 5 lid 1 SW)*
Onpersoonlijke last	*nee*	*nee*	Onpersoonlijke last (testamentaire last)	*nee (art. 4:130 lid 1 BW)*	*nee*

205 Zie ook CB S&E 2014-2015, nr. 7.1.0.C. In dit kader dient overigens niet – zoals voor de gift onder opschortende voorwaarde (art. 1 lid 9 SW) – een bepaling opgenomen te worden inhoudende dat een erfrechtelijke verkrijging onder opschortende voorwaarde voor de toepassing van de Successiewet geacht wordt te zijn verkregen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld zodat op dat moment beoordeeld zou dienen te worden of sprake is van een belastbaar feit. Een dergelijke bepaling zou namelijk bewerkstelligen dat men zich kan afvragen of er op dat moment (te weten: dat de voorwaarde wordt vervuld) nog wel 'door het overlijden van iemand' in de zin van art. 1 lid 1 onder 1 SW verkregen wordt.

6.5 HET LEGAAT (EN DE TESTAMENTAIRE LASTBEVOORDELING) ALS BELASTBARE VERKRIJGING: EEN AFRONDENDE BESCHOUWING

In dit hoofdstuk is uitvoerig aan bod gekomen op welke wijze erfrechtelijke verkrijgingen, en in het bijzonder de verkrijging krachtens legaat alsook de verkrijging op grond van een testamentaire lastbevoordeling, onder de huidige Successiewet 1956 in de heffing van de erfbelasting worden betrokken. Art. 1 lid 1 onder 1 SW vormt de grondslag om de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen te belasten.

Waar sprake is van enerzijds een verkrijging ingevolge een legaat of testamentaire lastbevoordeling, zijn er anderzijds een of meer personen aansprakelijk voor dit legaat (zie art. 4:117 lid 2 en 3 BW) dan wel belast met de uitvoering van de opgelegde testamentaire last (zie art. 4:130 lid 1 en 2 BW). Of, en zo ja in hoeverre, de met het legaat of de met testamentaire last belaste erfgenamen of legatarissen, de waarde van dit legaat of de testamentaire last in aftrek op hun verkrijging mogen brengen, is bepaald in art. 5 SW en is wat betreft de aftrek van de testamentaire last (de onbenoemde persoonlijke last en de onpersoonlijke last) nader afgebakend c.q. beperkt door rechtspraak.

Uit de eveneens besproken voorlopers van de Successiewet 1956, bleek al dat art. 1 SW in samenhang met art. 5 SW (art. 46 en later art. 73 in de Successiewet 1859) gelezen moet worden om te kunnen concluderen dat de heffing zich aansluit bij de waarde van ieders verkrijging en niet bij de heffing over de waarde van de boedel als zodanig. In art. 5 lid 1 SW staat namelijk dat erfbelasting wordt geheven van hetgeen *ieder verkrijgt*, eventueel na aftrek van zijn aandeel in de volgens deze wet voor aftrek in aanmerking komende schulden, legaten en lasten. In art. 20 SW wordt vervolgens beschreven welke lasten en schulden voor de regeling van de erfbelasting kunnen worden afgetrokken.

6.5.1 Verkrijging krachtens erfrecht

Met de Successiewet 1956 werd in art. 1 duidelijk gemaakt dat – in tegenstelling tot de Successiewet 1859 – het niet relevant is of er geërfd of verkregen is 'uit de boedel'. Om te kunnen heffen dient enkel sprake te zijn van een verkrijging *krachtens erfrecht*. Dat de erflater bijvoorbeeld niet tot de nalatenschap behorende zaken heeft gelegateerd, impliceert dus niet dat dit legaat niet in de heffing van de erfbelasting kan worden betrokken. Indien een dergelijk legaat niet vervalt op grond van art. 4:49 BW, zal de verkrijging van niet tot de nalatenschap behorende zaken ingevolge het legaat (dan wel indien lid 2 van art. 4:49 BW van toepassing is: uitkering van de waarde van deze goederen) bij de legataris leiden tot een verkrijging krachtens erfrecht. De uitdrukking 'krachtens erfrecht' heeft een civielrechtelijke lading nu wordt

gedoeld op verkrijgingen krachtens Boek 4 BW, in welk Boek zoals bekend het erfrecht is opgenomen.[206] De in Boek 4 BW te vinden erfrechtelijke verkrijgers zijn (in het bijzonder) de erfgenaam (zowel de erfgenaam bij versterf als de testamentaire erfgenaam; zie art. 4:1 en 4:116 en 4:117 BW), de (sub)legataris (art. 4:117 BW e.v.) en de lastbevoordeelde (art. 4:130 BW e.v.).

Van Mourik schrijft: '*Hij die de rechtsgrond van zijn verkrijging vindt in het erfrecht, verkrijgt 'krachtens erfrecht'. Zowel een erfgenaam als een legataris en een lastbevoordeelde verkrijgen 'krachtens erfrecht'. De hier bedoelde rechtsgrond pleegt als 'titel'[te] worden aangeduid.*'[207]

Ten overvloede wordt hierbij opgemerkt dat de erfgenaam *onder algemene titel*[208] verkrijgt, zoals – wat betreft de verkrijging van goederen door erfopvolging – volgt uit art. 3:80 lid 2 BW, alsmede – voor zowel de opvolging onder algemene titel in de goederen als de schulden – uit art. 4:182 BW. Rechtsopvolging onder algemene titel kan volgens Verstappen als volgt worden omschreven: '(…) *de opvolging in of de verkrijging van goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen, welke opvolging of verkrijging gebaseerd is op één titel, de rechtsgrond of rechtvaardiging voor de opvolging of de verkrijging, zonder dat voor de verkrijging van de afzonderlijke goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen levering, schuld- dan wel contractsoverneming is vereist.*'[209]

Voor de legataris geldt dat hij rechtsopvolger *onder bijzondere titel* is. De legataris heeft immers enkel een vorderingsrecht toegekend gekregen. Voor de overdracht van een gelegateerd goed is nog vereist dat het goed ten titel van legaat aan de legataris geleverd wordt (zie art. 3:80 lid 3 BW en art. 3:84 lid 1 BW).

Hoewel men bij een verkrijging krachtens erfrecht steeds aan de erfgenaam, de legataris en de lastbevoordeelde denkt, dient ook de legitimaris die tijdig een beroep op zijn legitieme portie heeft gedaan (art. 4:63 BW e.v.) niet vergeten te worden. De legitimaris verkrijgt immers door de uitoefening van een erfrechtelijk wilsrecht een geldvordering op (in beginsel) de gezamenlijke erfgenamen (zie art. 4:79 sub a en 4:80 lid 1 BW). De Successiewet houdt in het kader van de aangifteplicht voor een verkrijging ten gevolge van de uitoefening van een wilsrecht enerzijds (art. 45 lid 3 SW), en vermindering van de aanslag vanwege de wijziging in het verkregene (art. 53 lid 1 SW), rekening met een beroep op de legitieme portie. Met B.M.E.M. Schols kan men zich overigens afvragen

206 Zie Van Mourik 2002, p. 131 en Wegwijs in de Successiewet 2014, p. 29.

207 Van Mourik 2002, p. 132. Zie verder uitgebreid over 'de betekenis van verkrijgingen krachtens erfrecht voor fiscale wetgeving Van Vijfeijken in haar oratie: Van Vijfeijken 2000.

208 Men dient zich – wat betreft de verhouding van het begrip 'titel' in deze alinea ten opzichte van de in de vorige alinea genoemde 'titel' – te realiseren dat de 'titel' *krachtens erfrecht* zowel een verkrijging krachtens *algemene titel* als krachtens *bijzondere titel* omvat. Andersom geldt dat een verkrijging krachtens algemene titel of krachtens bijzondere titel niet per se een verkrijging krachtens erfrecht is (zie art. 3:80 lid 2 en 3 BW).

209 Handboek Erfrecht 2011, XIII 2.

of wat betreft de aftrekbaarheid van de legitieme portie op de verkrijging van een erfgenaam niet een grondslag in art. 5 jo. art. 20 SW opgenomen had moeten worden.[210]

Daarnaast zijn in Boek 4 BW ook nog andere verkrijgingen krachtens erfrecht te vinden die dus in beginsel ingevolge art. 1 lid 1 onder 1 SW onder de heffing van erfbelasting vallen. Te denken valt aan (theoretisch gezien) de executeursbeloning,[211] de verkrijging van vruchtgebruik door de uitoefening van de echtgenoot van de 'andere wettelijke rechten' zoals opgenomen in afdeling 2 van titel 3 van Boek 4 BW, of de in die afdeling ingevolge in art. 4:35 of art. 4:36 BW opgenomen 'sommen ineens'. Op grond van art. 4:36 BW kan (onder meer) een kind van de erflater, dat voor de erflater arbeid heeft verricht zonder een voor die arbeid passende beloning te ontvangen, aanspraak maken op een som ineens, strekkende tot een billijke vergoeding (het zogenoemde salaire differé). Voor laatstgenoemde verkrijging krachtens erfrecht geldt wat betreft de fiscale behandeling ingevolge de Successiewet een besluit van de minister van Financiën op grond waarvan onder omstandigheden wordt goedgekeurd dat de verkrijging wordt vrijgesteld van heffing van erfbelasting.[212]

Voor de genoemde verkrijgingen die niet worden vrijgesteld van de heffing van erfbelasting, vraag ik mij af of in art. 5 SW – nu daar ook alleen de aftrekmogelijkheid van bepaalde schulden, legaten en lasten staan opgenomen – tevens de aftrek van de schulden voor de erfgenamen in verband met bovenstaande verkrijgingen had moeten worden vermeld (in aanvulling op de in art. 53 lid 1 SW opgenomen mogelijkheid dat de aanslag kan worden verminderd als er buiten de aangiftetermijn wijziging wordt gebracht in het verkregene).

Verkrijgingen ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding, bijvoorbeeld op grond van art. 4:13 lid 4 BW (voor welke rentevergoedingen

---

210 Vgl. ook B.M.E.M. Schols 2006a, p. 154-155.

211 B.M.E.M. Schols 2006a, p. 155. Theoretisch gezien wordt de (gehele) door de erflater in zijn testament aan de executeur toegekende beloning door de executeur 'krachtens erfrecht' verkregen. In Cursus Belastingrecht S&E 4.1.0.D.c valt echter te lezen dat voor zover de testateur aan personen zoals de executeur '*een beloning heeft toegekend die bovenmatig is in verhouding tot de door hen verrichte werkzaamheden, (…) het bovenmatige deel van de beloning behandeld [moet] worden als een legaat.*' Uit het Besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/676M, *Stcrt.*2010, 8446, par. 5, lijkt eveneens te volgen dat de beloning zelf (in beginsel) niet in de heffing van erfbelasting wordt betrokken (onder omstandigheden is de beloning wel belast met inkomstenbelasting) en dat de beloning eveneens geen aftrekbare last vormt in de zin van art. 20 SW. Het zou m.i. de voorkeur verdienen indien een dergelijke (on)belastbaarheid van de executeursbeloning een wettelijke grondslag kent.

212 Besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/676M, *Stb.* 2010, 8446. Onder par. 4 van dat besluit is het volgende opgenomen: '(…) *Ik keur met toepassing van artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hardheidsclausule) goed dat de in de uiterste wil toegekende beloning of het salaire differé wordt vrijgesteld van de erfbelasting. De goedkeuring geldt voor zover de beloning of het salaire differé bij het kind feitelijk als belastbaar inkomen uit werk en woning in de heffing van inkomstenbelasting dan wel in de loonheffing is betrokken.*'

in art 1 lid 3 en lid 4 SW beperkingen in tijd zijn aangelegd om voor de Successiewet als verkrijging krachtens erfrecht te mogen worden aangemerkt), of verkrijgingen krachtens de uitoefening van de wilsrechten van de art. 4:19-22 BW (welke verkrijging op grond van art. 1 lid 5 SW voor de Successiewet niet wordt aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht), zijn eveneens civielrechtelijke verkrijgingen krachtens erfrecht. Deze verkrijgingen brengen geen nieuwe erfrechtelijke verkrijgers ten tonele maar vullen slechts de verkrijging nader in.

Uit het bovenstaande volgt dat de Successiewet de erfrechtelijke verkrijging dus in civielrechtelijk zin inkleurt, zij het dat de Successiewet sommige verkrijgingen, die civielrechtelijk als verkrijging krachtens erfrecht gelden, niet als zodanig aanmerkt (zie bijvoorbeeld art. 1 lid 5 SW). Daarnaast heeft de fiscale wetgever – om te voorkomen dat te gemakkelijk erfbelasting ontgaan zou kunnen worden – juist sommige verkrijgingen die niet als verkrijgingen krachtens erfrecht kunnen worden aangemerkt, toch beschouwd als verkrijgingen krachtens erfrecht. Dit zijn de zogenoemde fictieve verkrijgingen krachtens erfrecht. De fictieve verkrijgingen krachtens erfrecht worden in dit hoofdstuk buiten beschouwing gelaten, en zullen in volgende hoofdstukken aan bod komen.

Door voor de invulling van de verkrijging 'krachtens erfrecht' aan te sluiten bij het civiele recht en vervolgens over de waarde van al wat krachtens erfrecht door iemand verkregen wordt erfbelasting te heffen, zoals is neergelegd in de artikelen 1, 5 en 20 SW, zullen deze artikelen van de Successiewet in het navolgende aan een korte civielrechtelijke analyse worden onderworpen. Hierbij zal gekeken worden naar de wijze waarop de fiscale wetgever het begrip verkrijging 'krachtens erfrecht' in de Successiewet nader aanvult door de in art. 5 en 20 SW opgenomen aftrekmogelijkheden. Bezien zal worden of de in de Successiewet opgenomen bepalingen met betrekking tot de heffingsgrondslag aansluiten bij het civiele recht en diens terminologie, en indien gewenst op een logische en consistente wijze afwijkingen aanbrengen ten opzichte van het civiele recht. Is vereenvoudiging en/of aanvulling van de huidige regeling omtrent de heffingsgrondslag gewenst (zie par. 6.5.2 en 6.5.3)?

Ik merk in dit kader op dat als de fiscale wetgever de waarde van de (civielrechtelijke) verkrijging krachtens erfrecht tot uitgangspunt neemt voor de heffing van erfbelasting, het de wetgever uiteraard vrijstaat om in de Successiewet deze erfrechtelijke verkrijging (en de eventuele aftrekmogelijkheden) nader te beperken of uit te breiden. Een uitbreiding of beperking kan bijvoorbeeld door de wetgever wenselijk worden geacht indien de vaststelling van de civielrechtelijke verkrijging krachtens erfrecht niet leidt tot het gewenste object dat belast dient te worden of leidt tot problemen bij de waardering van het verkregene. Met name valt hierbij te denken aan de vraag of, en zo ja, op welke

manier, testamentaire lasten in de heffing betrokken dienen te worden en/of tot aftrek kunnen leiden, al dan niet op grond van rechtspraak. Daarbij kan men zich tot slot afvragen of de huidige behandeling door de Successiewet van legaten en testamentaire lasten een bevredigende uitkomst oplevert. Ik besluit dit hoofdstuk met een eigen tekstvoorstel voor de heffingsgrondslag van de erfbelasting in de Successiewet 1956.

Ter illustratie van een zaak waarbij het de vraag was of er krachtens erfrecht was verkregen en of deze verkrijging dus ingevolge art. 1 SW belast was, kan het fiscale arrest van de Hoge Raad van 13 september 1995, *BNB* 1995/313, naar aanleiding van het zogenoemde Moordhuwelijk-arrest (HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593) dienen. De (bekende) casus is als volgt. Erflaatster (mevrouw Van Wylick, 72 jaar oud en hulpbehoevend) hertrouwt in 1983 in algemene gemeenschap van goederen met L (haar verpleger). Het huwelijk brengt een aanzienlijke vermogensverschuiving teweeg aangezien L vrijwel niets bezit en erflaatster over een aanzienlijk vermogen beschikt. Erflaatster wordt vijf weken later door haar echtgenoot L op geraffineerde wijze vermoord. Erflaatster heeft geen uiterste wil gemaakt en laat twee kinderen uit haar eerste huwelijk achter. L wordt wegens moord strafrechtelijk veroordeeld en is onwaardig als erfgenaam uit haar nalatenschap te verkrijgen (art. 4:885 OBW, thans art. 4:3 BW).[213] Wat betreft de vraag of echtgenoot L in het kader van de verdeling van de algemene gemeenschap van goederen aanspraak kan maken op de helft van het tot die gemeenschap behorende vermogen voor zover dat is aangebracht door erflaatster oordeelt de Hoge Raad in zijn arrest van 7 december 1990 als volgt (r.o. 3.3): '*In de omstandigheden die het Hof (...) tot uitgangspunt heeft genomen, is het Hof terecht tot het oordeel gekomen dat de onverkorte toepassing van de krachtens artikel 1:100 lid 1 BW tussen deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap geldende regel van verdeling bij helfte – in de bewoordingen van artikel 6:2 lid 2 NBW – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Op die grond heeft het hof dan ook geoordeeld dat L bij de verdeling van die gemeenschap geen aanspraak kan maken op toedeling van de goederen die van de zijde van Van Wylick in die gemeenschap zijn gevallen.*'

Nadat dit arrest is gewezen, is bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap het gehele tot de gemeenschap van goederen behorende vermogen (met uitzondering van enkele roerende zaken welke door L ten huwelijk waren aangebracht) aan de kinderen van erflaatster toegedeeld. De kinderen komen vervolgens in beroep tegen de hen opgelegde navorderingsaanslagen in het recht van successie omdat zij menen dat zij niet het (vrijwel) gehele vermogen van de huwelijksgoederengemeenschap krachtens erfrecht hebben verkregen, maar slechts de helft van dat vermogen. Zij stellen zich op het standpunt dat zij bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap het

213 Zie HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593, r.o. 3.1.1.

aandeel van echtgenoot L in deze huwelijksgoederengemeenschap hebben verkregen. Onduidelijk blijft overigens onder welke titel zij menen het aandeel van L in de huwelijksgoederengemeenschap verkregen te hebben.[214]

Advocaat-Generaal Moltmaker merkt in zijn conclusie treffend op dat de gerechtigdheid krachtens huwelijksvermogensrecht in dit geval (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) voor wat betreft de erflaatster (vrijwel) de gehele huwelijksgemeenschap betreft, zodat daarmee ook de omvang van de nalatenschap is bepaald.[215] De Hoge Raad maakt vervolgens eveneens korte metten met het betoog van de kinderen en overweegt (r.o. 3.3.): '*Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat ingevolge artikel 1:100 lid 1 BW de echtgenoten vanaf het tijdstip van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap gerechtigd zijn voor gelijke delen in het vermogen van die gemeenschap. Blijkens het onder 3.1 vermelde arrest van de Hoge Raad is deze regel in het onderhavige geval niet onverkort van toepassing en kon de echtgenoot van erflaatster bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap geen aanspraak maken op toedeling van de goederen die van de zijde van erflaatster in de gemeenschap waren gevallen. Hieruit volgt dat door het overlijden van erflaatster belanghebbenden als rechtsopvolgers onder algemene titel gerechtigd waren tot de goederen die van de zijde van erflaatster in de gemeenschap waren gevallen. Mitsdien hebben belanghebbenden die goederen krachtens erfrecht verkregen. Het van een andere opvatting uitgaande middel faalt derhalve.*'[216]

In dit bijzondere geval kon er (mijns inziens) geen andere conclusie zijn dan dat de erfgenamen van erflaatster over al hetgeen bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap aan hen was toegedeeld – ook voor zover dat meer dan de helft van deze gemeenschap betrof – successierechten verschuldigd waren nu de aanspraak op het toegedeelde behoorde tot de nalatenschap van erflaatster en derhalve door de kinderen als erfgenamen krachtens erfrecht werd verkregen.

6.5.2 Het object van de erfbelasting en de aansluiting bij het erfrecht: vereenvoudiging en/of aanvulling van de huidige regeling gewenst?

Met art. 1 lid 1 onder 1 SW wordt bewerkstelligd dat alle verkrijgingen die op grond van Boek 4 BW denkbaar zijn, waarvan de verkrijgingen door een erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde de voornaamste zijn, in beginsel onder de heffing van de erfbelasting vallen. De wetgever hoeft dan ook niet bang te zijn dat er erfrechtelijke verkrijgingen zijn die niet onder het heffingsbereik van de Successiewet vallen.

214 Zie noot Laeijendecker bij HR 13 september 1995, *BNB* 1995/313.
215 Concl. A-G Moltmaker, punt 2.12 bij HR 13 september 1995, *BNB* 1995/313.
216 HR 13 september 1995, *BNB* 1995/313.

Vervolgens zal de vraag gesteld kunnen worden of, en zo ja hoe, de wetgever bij de belastbare verkrijging rekening houdt met door de erflater aan de erfrechtelijke verkrijger opgelegde legaten, testamentaire lasten en schulden van de erflater. Deze vraag is in dit hoofdstuk uitgebreid behandeld. Onbehandeld is echter de vraag of voor de huidige mogelijkheid om op ieders verkrijging zijn aandeel in de in art. 5 SW bedoelde schulden, legaten en lasten in aftrek te mogen brengen, niet reeds een basis in art. 1 SW gevonden kan worden omdat men zou kunnen bepleiten dat de genoemde verplichtingen/schulden de in art. 1 SW belaste verkrijging krachtens erfrecht beïnvloeden. Bij een negatieve beantwoording van deze vraag is dan daadwerkelijk een nadere regeling noodzakelijk, zoals thans is opgenomen in art. 5 jo. art. 20 SW. Een nadere regeling op art. 1 SW is ook gewenst als men juist de civielrechtelijke verkrijging krachtens erfrecht voor de regeling van de erfbelasting anders wil inkleuren. Bij dit alles kan men zich tevens de vraag stellen of de nadere regeling van art. 5 jo. art. 20 SW, en de daarin gehanteerde formulering, op een correcte wijze aansluit bij of afwijkt van het erfrecht en de door Boek 4 BW gehanteerde terminologie.

6.5.2.1 Voorstel Schuttevâer/Zwemmer

Schuttevâer en Zwemmer merkten in hun handboek over de Nederlandse Successiewetgeving, ten tijde van het oude erfrecht, reeds op dat art. 1 lid 1 onder 1 SW de heffingsgrondslag te ongenuanceerd aanduidt en dit artikel voor een beter beeld aangevuld dient te worden met de inhoud van art. 5 lid 1 SW (waaruit volgt dat de heffing zich richt naar ieders verkrijging na aftrek van ieders aandeel in de volgens de wet voor aftrek in aanmerking komende schulden, legaten en lasten).[217] Bovendien stelden zij zich – mijns inziens terecht – de vraag in hoeverre de inhoud van art. 5 SW (zoals wij die vandaag de dag nog kennen), al dan niet naast de inhoud van art. 1 SW, behouden moet blijven. Ik citeer Schuttevâer/Zwemmer hierover: '*Art. 5, lid 1 – (…) geeft, nu nog afgezien van de hierna bedoelde onduidelijkheid, te weinig en te veel, – doch in hoofdzaak is er een 'te veel'. De bepaling toch doet te zeer alléén denken aan de gevallen waarin iemand verkrijgt als erfgenaam; dat zij óók ziet op verkrijgingen onder bijzondere titel (legaat of derdenbevoordelende last) is daaruit nauwelijks af te leiden. In zover is er een 'te weinig'. Onduidelijk is de bepaling voorts in zover zij toestaat ('eventueel'!) de aftrek van het aandeel van de verkrijger in de 'volgens deze wet voor aftrek in aanmerking komende schulden, legaten en lasten'. Wat wordt met 'lasten' bedoeld? In 1859 stellig uitsluitend de in art. 20 voor aftrek vatbare 'lasten des boedels' – zijnde de begrafeniskosten (…). Want de 'derden-bevoordelende', bij testament geschapen lasten* [thans als legaat aan te merken, zie par. 6.4.1.3; GGBB] *speelden in 1859 nog geen rol. Of moet men aannemen dat sinds 1956 de wet onder deze term*

217 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 86 en Schuttevâer 1977, p. 121.

óók de testamentaire lasten begrijpt, die bevoordeling van een derde beoogden? Maar dán heeft art. 5 lid 1 toch verzuimd, tevens te zeggen, wélke lasten dan 'volgens de wet' voor aftrek in aanmerking komen! En indien men zodanige vermelding, gezien het stelsel der wet, overbodig acht – aldus onze mening – dan volgt daaruit slechts dat de gehele toevoeging omtrent de modaliteiten van aftrek nutteloos is.'[218]

Schuttevâer en Zwemmer kwamen, nu de toegevoegde waarde van art. 5 SW volgens hen beperkt is, met een vereenvoudiging van de omschrijving van de heffingsgrondslag in art. 1 SW, waarin een deel van art. 5 SW is verwerkt. Wederom citeer ik Schuttevâer/Zwemmer: '*Art. 5, lid 1 zou aanzienlijk bekort kunnen worden, zodanig zelfs dat de bepaling zonder schade aan de leesbaarheid van de wet naar art. 1, lid 1, sub 1 zou kunnen worden overgebracht. Wij zagen immers dat het gaat om belasting van de waarde van de erfrechtelijke verkrijging, – een waarde waarvan de nadere bepaling in art. 21 wordt teruggevonden. Die waarde is voor de erfgenamen de waarde van hun aandeel in de baten, te verminderen met de waarde van de schulden en (boedel)lasten voorzover de wet (art. 20) de aftrek toestaat. Voor de erfgenamen wordt uiteraard eveneens in mindering gebracht de waarde van de testamentaire makingen, voorzover de voldoening daarvan voor hun rekening komt. Voor de verkrijgers onder bijzondere titel tenslotte is object van de belasting de waarde van hetgeen de erflater hun heeft toegedacht. Tot zover is er niets dat in het kader van het wettelijk bestel ook maar enige wettelijke definiëring behoeft. Ook over de kwestie van aftrek van lasten waarbij de derde-bevoordeelde niet individueel is aangewezen, is met name sinds het (…) arrest van de Hoge Raad* [bedoeld wordt het in par. 6.3.2.4 besproken arrest van 2 maart 1966, *BNB* 1966/106; GGBB] *geen enkel dubium. En, om de rij te sluiten: onpersoonlijke lasten komen in het stelsel der wet niet voor aftrek in aanmerking. Daarover geeft de cryptische tekst van art. 5, lid 1, geen uitsluitsel (…)., maar dát heeft nu juist sinds 1817 aan niemand interpretatieve pijn gegeven. Een eventuele toekomstige Successiewet zal dus moeten volstaan met in art. 1 te vermelden: het successierecht is verschuldigd over de waarde van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt. Onzes inziens zou daarmede een optimaal einde bereikt zijn van een lange en moeizame weg in begripsvorming en wetsinhoud.'*[219]

Het in de laatste alinea van bovenstaand citaat door Schuttevâer en Zwemmer gedane voorstel tot wijziging van art. 1 SW is echter nooit door de wetgever overgenomen. Desalniettemin zijn er, juist ook onder het sinds 2003 geldende erfrecht, naar mijn mening goede redenen voor de wetgever om zich aan te sluiten bij de voorgestelde vereenvoudiging, al dan niet aangevuld met enige specifieke beperkingen of uitbreidingen van aftrekmogelijkheden. Voor eventuele wijzigingen geldt wat mij betreft – gezien de wisselwerking tussen Boek 4 BW en de Successiewet – dat de formulering hiervan zich bij voorkeur zo veel

218 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 86-87 en vgl. Schuttevâer 1977, p. 121-122.
219 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 87 en vgl. Schuttevâer 1977, p. 122-123.

mogelijk dient aan te sluiten bij de terminologie van Boek 4 BW, zoals ik hierna zal uiteenzetten.

6.5.3 Eigen voorstel heffingsgrondslagregeling erfbelasting in de Successiewet 1956

6.5.3.1 Art. 1 lid 1 SW

Wat betreft art. 1 lid 1 onder 1 SW zou ik het toejuichen als daar, in navolging van het voorstel van Schuttevâer en Zwemmer, tot uitdrukking zou worden gebracht dat de heffing van erfbelasting zich aansluit bij ieders verkrijging, door in art. 1 lid 1 onder 1 SW het woord 'iemand' toe te voegen. Hetzelfde zou overigens ook mogen gelden voor de heffing van schenkbelasting (in art. 1 lid 1 onder 2 SW). In art. 1 SW wordt dan in een oogopslag duidelijk dat sprake is van een verkrijgingsbelasting en niet van een boedelbelasting (vgl. par. 6.2.2.). Dit laat onverlet dat de erfbelasting (zoals ook thans het geval is) elementen van een boedelbelasting behoudt, bijvoorbeeld doordat de woonplaats (en in het geval van art. 3 lid 1 SW zelfs de nationaliteit) van de erflater van belang is voor de vraag of er belasting geheven kan worden (art. 1 lid 1 SW).

Art. 1 SW lid 1 zou alsdan kunnen luiden:
Krachtens deze wet worden de volgende belastingen geheven:
1°. erfbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens erfrecht verkrijgt door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde;
2° schenkbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens schenking verkrijgt van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde.

Met bovenstaand artikel wordt, evenals het huidige artikel 1 SW, bewerkstelligd dat de waarde van al wat de erfgenaam, de legataris en de lastbevoordeelde krachtens erfrecht verkrijgen, onder de heffing van erfbelasting valt. Uit HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 volgt dat de lastbevoordeelde na uitvoering van de onbenoemde persoonlijke last immers ook *krachtens erfrecht* verkrijgt en dat zijn verkrijging dus ook onder de heffing zal vallen. De onder het oude erfrecht als benoemde persoonlijke last aangemerkte beschikking, is thans te kwalificeren als legaat, zodat de legataris voor een dergelijke verkrijging zal worden belast. Ook de overige op grond van Boek 4 BW aan te merken erfrechtelijke verkrijgers (zoals de legitimaris) zullen ingevolge art. 1 SW in de heffing van erfbelasting kunnen worden betrokken (daargelaten de mogelijkheid om in besluiten met toepassing van de hardheidsclausule uitzonderingen te maken). Wat betreft de onpersoonlijke last geldt logischerwijs dat wegens het ontbreken van een bevoordeelde niet iemand iets krachtens erfrecht verkrijgt en dus geen heffing ingevolge art. 1 SW kan plaatsvinden.

Op grond van het hierboven opgenomen art. 1 SW wordt ieders erfrechtelijke verkrijging in de heffing van de erfbelasting betrokken. Dient er vervolgens naar mijn mening nog iets geregeld te worden om de in art. 5 SW jo. art. 20 SW bedoelde schulden, legaten en lasten in aftrek te brengen op de in art. 1 SW bedoelde verkrijging of kan art. 1 SW daarvoor al een grondslag bieden, zoals Schuttevâer en Zwemmer (onder het oude erfrecht) betoogden?[220]

6.5.3.2 Nadere regeling aftrek schulden van de erflater noodzakelijk?

Wat betreft de in art. 5 SW jo. art. 20 lid 3 SW genoemde mogelijkheid van aftrek van *schulden ten laste van de erflater*, voor zover zij rechtens afdwingbaar zijn, en alsdan behoudens enkele in art. 20 lid 3 SW vermelde specificeringen, geldt dat dergelijke schulden in het in Boek 4 BW opgenomen erfrecht als schulden van de nalatenschap, te weten de 'schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan' worden aangemerkt, zoals bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub a BW en in art. 4:7 lid i BW (door de erflater aangegane schulden die ingevolge art. 4:126 BW worden aangemerkt als quasi-legaat). Voor dergelijke schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan, geldt ingevolge de saisine-regel van art. 4:182 lid 2 BW dat de erfgenamen hier van rechtswege schuldenaar van worden. In art. 4:182 lid 2 BW valt te lezen dat bij een deelbare prestatie – in afwijking van de hoofdregel van art. 6:6 lid 1 BW dat ieder van de schuldenaren voor een gelijk deel verbonden is – ieder van de erfgenamen verbonden is voor een deel evenredig aan zijn erfdeel, tenzij het een ondeelbare prestatie betreft of de erfgenamen hoofdelijk zijn verbonden (zie art. 6:6 lid 2 BW). Dit laatste is bijvoorbeeld het geval als de erflater met zijn schuldeiser is overeengekomen dat ieder van zijn erfgenamen hoofdelijk aansprakelijk zal zijn (zie art. 6:6 lid 3 BW). Bij een ondeelbare prestatie kan men denken aan de verbintenis tot levering van een zaak.

Onder het oude erfrecht bestond discussie over de vraag of nalatenschapsschulden met het overlijden van de erflater op de erfgenamen overgingen of pas na aanvaarding van de nalatenschap.[221] Nu het onder het huidige erfrecht zonder meer duidelijk is, gezien art. 4:182 lid 2 BW, dat de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan, *van rechtswege* overgaan op de erfgenamen,[222] is het wat mij betreft een kleine stap om te bepleiten dat de waarde van de verkrijging krachtens erfrecht (zoals bedoeld in art. 1 lid 1 onder 1 SW) niet alleen de waarde van de krachtens erfrecht verkregen goederen (zie art. 21 SW en art. 4:6 BW) inhoudt, maar ook de 'verkrijging' van de schulden van de erflater ingevolge art. 4:182 lid 2 BW behelst. Met andere

220 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 86-87.

221 Zie Handboek Erfrecht 2011, XIII.2, p. 466.

222 Zuivere aanvaarding door de erfgenaam bewerkstelligt dat verhaal voor de schuldeiser van de nalatenschap op het overig vermogen van de erfgenaam mogelijk is voor zover de schuld (ingevolge art. 4:182 lid 2 BW) op de erfgenaam rust; art. 4:184 lid 2 sub a BW.

woorden: het vermelden van schulden van de erflater als een afzonderlijke aftrekpost, zoals thans in art. 5 jo. art. 20 lid 3 SW, om louter duidelijk te maken dat de schulden van de erflater in mindering gebracht mogen worden op de erfrechtelijke verkrijging, is vanwege de automatische civielrechtelijke overgang van deze schulden op de erfgenamen niet nodig. Het erfdeel van een erfgenaam omvat tevens de aansprakelijkheid voor een deel van deze schulden. Over de (interne) draagplicht van de erfgenaam ter zake van de schulden van de erflater regelt Boek 4 BW niets. Het is logisch om voor de draagplicht ter zake van schulden van de erflater, net als in beginsel bij de draagplicht voor andere schulden van de nalatenschap, aan te sluiten bij de omvang van de erfdelen.[223] Hierbij merk ik op dat de aansprakelijkheid niet altijd overeenkomt met de draagplicht van de erfgenaam ter zake van de schuld van de erflater.

Men dient in dit kader te denken aan een ondeelbare prestatie zoals de verbintenis om een onroerend goed te leveren. Betreft een schuld van de erflater een ondeelbare prestatie, dan zal een erfgenaam ingevolge art. 4:182 lid 2 BW hoofdelijk zijn verbonden. Dit zal echter niet betekenen dat de erfgenaam ook geheel draagplichtig is ter zake van deze schuld (indien er meer erfgenamen zijn).

Ook is het denkbaar dat de draagplicht ter zake van een schuld van de nalatenschap afwijkt van de aansprakelijkheid indien een erfgenaam beneficiair heeft aanvaard en zijn erfdeel (stel 1/2 deel) niet toereikend is voor de schuldeiser van de erflater om de helft van een deelbare schuld daaruit te voldoen terwijl de andere erfgenaam (voor 1/2 deel) de nalatenschap zuiver heeft aanvaard en zijn privé-vermogen (naast zijn erfdeel) wel door de schuldeiser kan worden uitgewonnen voor de op hem rustende helft van de schuld (zie art. 4:184 lid 2 sub a BW). Hoewel beide erfgenamen ieder voor de helft aansprakelijk zijn voor de deelbare schuld van de erflater (art. 4:182 lid 2 BW), zal de erfgenaam die beneficiair aanvaard heeft uiteindelijk in dit voorbeeld minder dan de helft van de schuld dragen.

De heffing van de erfbelasting zal zich mijns inziens bij de civielrechtelijke werkelijkheid van de uiteindelijke draagplicht van de erfrechtelijke verkrijger dienen aan te sluiten.[224] In mijn tekstvoorstel voor een nieuw art. 1 en art. 20 SW zal ik dan ook met het gebruik van 'ten laste van' aansluiting zoeken

223 Breemhaar 1992, p. 117.

224 In het voorbeeld van de twee erfgenamen waarbij voor de erfgenamen per saldo niets (belastbaar) verkregen wordt uit de nalatenschap, zal voor de erfgenaam die zuiver aanvaard heeft en die met zijn eigen vermogen een deel van de schuld van de nalatenschap heeft moeten dragen, deze extra draagplichtigheid (ten opzichte van de beneficiair aanvaard hebbende erfgenaam) mijns inziens op de heffing van de erfbelasting van invloed kunnen zijn als de zuiver aanvaard hebbende erfgenaam die draagplichtigheid nog in aftrek kan brengen op zijn eventuele aanwezige belastbare fictieve erfrechtelijke verkrijgingen.

bij de draagplicht van de erfrechtelijke verkrijgers ter zake van een schuld van de nalatenschap.

Bij het vorenstaande past een belangrijke kanttekening nu art. 1 SW ziet op het erfrechtelijk 'verkrijgen'. Men kan met recht de goederenrechtelijke tegenwerping maken dat enkel goederen – en dus geen schulden – 'verkregen' kunnen worden. Art. 4:182 lid 2 BW regelt slechts dat de erfgenamen van rechtswege voor de schulden van de erflater *aansprakelijk* worden. In zoverre is mijn conclusie – dat de volgens art. 1 SW te belasten 'verkrijging krachtens erfrecht' ook de door de erfgenamen van rechtswege 'verkregen' schulden van de erflater bevat – dan ook een civielrechtelijk onjuiste conclusie. Hoewel ik mij hiervan terdege bewust ben, zou ik toch niet 'verkrijgen' in de zin van art. 1 lid 1 onder 1 SW op deze enge (goederenrechtelijke) manier willen uitleggen. De heffingsgrondslag dient mijns inziens gelezen te worden in het licht van de eerder aangehaalde passage in de memorie van toelichting van de wet die leidde tot de Successiewet 1956, te weten: '*Door verduidelijking van de tot dusver geldende regeling wordt thans, beter dan tot dusver het geval was, in de wet tot uitdrukking gebracht, dat de heffing van het successierecht zich richt naar hetgeen uiteindelijk als gevolg van de erfrechtelijke overgang wordt verkregen (vgl. nader ad artikelen 45 en 53 van het ontwerp).*'[225] De uiteindelijke verkrijging van de erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde vormt naar mijn mening eveneens de heffingsgrondslag. Men dient de verkrijging zoals opgenomen in art. 1 SW mijns inziens dan ook te verstaan als een 'netto-verkrijging' (activa minus passiva) dan wel, zoals Schuttevâer/Zwemmer lijkt te doen, bij art. 1 SW de nadruk te leggen op de *waarde* van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen en dus niet zozeer op de verkrijging.[226]

Ook als men met mij van oordeel is dat art. 1 SW tevens rekening houdt met de van rechtswege op de erfgenamen overgegane schulden van de erflater, is niet gezegd dat een nadere precisering in de Successiewet – zoals thans is weergegeven in art. 20 lid 3 e.v. SW – niet gewenst is. Indien de wetgever de op de erfgenamen van rechtswege overgegane 'schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan', zoals bedoeld in art. 4:182 lid 2 BW, voor wat betreft de verminderende invloed op de belastbare verkrijging wil beperken tot de schulden die rechtens afdwingbaar zijn, blijft een nadere regeling noodzakelijk. Ik verwijs naar art. 20 lid 3 van het tot slot opgenomen tekstvoorstel.

Mijn conclusie luidt dat de vermelding in art. 5 lid 1 SW – dat ieders aandeel in de volgens de Successiewet voor aftrek in aanmerking komende schulden van de erflater (zoals uitgewerkt in art. 20 lid 3 SW) van ieders belastbare

225 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT).
226 Zie Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 63 en B.M.E.M. Schols 2006a, p. 154.

verkrijging kan worden afgetrokken – overbodig is gezien art. 4:182 lid 2 BW (en de daarmee gepaard gaande draagplicht). Wel is het noodzakelijk om de van rechtswege op de erfgenamen overgegane schulden van de erflater nader in de Successiewet af te bakenen indien de fiscale wetgever van mening is dat deze automatisch in mindering komende schulden van de erflater te ruim omschreven zijn.

Indien men meent dat het civielrechtelijk onjuist is wanneer bij de waarde van de 'verkrijging krachtens erfrecht' reeds rekening wordt gehouden met bepaalde schulden van de nalatenschap die door het overlijden (van rechtswege) ten laste van de erfgenamen komen, zou men het in par. 6.5.3.1 door mij geformuleerde nieuwe art. 1 lid 1 onder 1 SW bijvoorbeeld als volgt aan kunnen vullen:

'Krachtens deze wet worden de volgende belastingen geheven:

1°. erfbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens erfrecht verkrijgt door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde onder aftrek van de waarde van de schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht ten laste van de verkrijger komen met inachtneming van het bepaalde in art. 20 lid 3 en lid 8 SW;'

Ik merk hierbij op dat een dergelijke toevoeging beoogt tot uitdrukking te brengen dat enkel de *door het overlijden krachtens erfrecht* ten laste van de erfgenamen komende schulden en verplichtingen mogen worden afgetrokken, zoals de schulden van de erflater, de schulden uit legaat en de schulden ter zake van de legitieme porties waarop krachtens art. 4:80 BW aanspraak wordt gemaakt. De aftrekbaarheid van deze schulden wordt echter wel nader afgebakend in het nieuwe door mij geformuleerde art. 20 lid 3 en lid 8 SW wat betreft de aftrekbaarheid van schulden van de erflater c.q. de aftrekbaarheid van testamentaire lasten. Na het overlijden van de erflater ontstane schulden van de nalatenschap (die veelal verband houden met de afwikkeling van de nalatenschap), zoals de kosten van de vereffening, de kosten van executele en de kosten van de lijkbezorging, dienen in beginsel niet voor aftrek in aanmerking te komen (zoals thans eveneens het geval is, met uitzondering van de kosten van de lijkbezorging; art. 20 lid 1 en 2 SW. Zie ook art. 20 lid 1 en 2 SW in mijn voorstel). Dergelijke kosten verminderen immers het belastbaar saldo van de nalatenschap nu er tegenover de betreffende schuldenaar geen verkrijger is die in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken (bij gebreke aan een krachtens erfrecht verkregen vorderingsrecht; zie par. 6.5.3.3).

Indien met de aanvullende formulering in het door mij voorgestelde nieuwe art. 1 lid 1 onder 1 SW wordt bereikt dat zonder meer duidelijk is dat enkel de *door het overlijden krachtens erfrecht* ten laste van de erfgenamen komende schulden en verplichtingen mogen worden afgetrokken, verdient deze formulering de voorkeur temeer daar met deze formulering geen afbreuk wordt gedaan aan de goederenrechtelijke betekenis van het begrip 'verkrijging'.

6.5.3.3 Andere in art. 4:7 BW vermelde schulden van de nalatenschap in aftrek?

In Boek 4 BW worden limitatief de schulden van de nalatenschap vermeld in art. 4:7 lid 1 BW. De kwalificatie als schuldeiser van de nalatenschap is op verschillende plaatsen in het erfrecht van belang. Onder meer valt te denken aan de mogelijkheid van een schuldeiser van de nalatenschap om zijn vordering ingevolge art. 4:184 lid 1 BW op de goederen van de nalatenschap te kunnen verhalen.

De door art. 4:7 lid 1 BW aangemerkte schulden van de nalatenschap zijn:
'*a. de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan, voor zover niet begrepen in onderdeel i; b. de kosten van lijkbezorging, voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene; c. de kosten van vereffening van de nalatenschap, met inbegrip van het loon van de vereffenaar; d. de kosten van executele, met inbegrip van het loon van de executeur; e. de schulden uit belastingen die ter zake van het openvallen der nalatenschap worden geheven, voor zover zij op de erfgenamen komen te rusten; f. de schulden die ontstaan door toepassing van afdeling 2 van titel 3; g. de schulden ter zake van legitieme porties waarop krachtens artikel 80 aanspraak wordt gemaakt; h. de schulden uit legaten welke op een of meer erfgenamen rusten; i. de schulden uit giften en andere handelingen die ingevolge artikel 126 worden aangemerkt als legaten.*'

Voor de in art. 4:7 lid 1 onder sub a en i BW bedoelde schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan, geldt dat deze door de overgang van rechtswege op de erfgenamen (art. 4:182 lid 2 BW) en de daarmee gepaarde draagplicht van de erfgenamen, de waarde van het erfdeel van de erfgenamen verminderen. Men dient zich bij de 'aftrek' van deze schulden van de erflater (een schuld van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a en i BW) te realiseren dat – in tegenstelling tot de aftrek van legaten (ook een schuld van de nalatenschap, zie art. 4:7 lid 1 sub h BW) en de aftrek van uitgevoerde testamentaire lastbevoordelingen – de aftrek van de schulden van de erflater erin resulteert dat het belastbare saldo wordt verminderd. Immers staat er tegenover de afgetrokken schulden van de erflater logischerwijs geen verkrijger *krachtens erfrecht* met een vorderingsrecht, welk vorderingsrecht ingevolge de Successiewet belast wordt. De vordering van de schuldeiser op de erflater is reeds tijdens leven ontstaan, en er ligt dan ook geen erfrechtelijke titel aan ten grondslag. Nu de erflater is komen te overlijden, zijn de erfgenamen gehouden de schulden die de erflater had te voldoen. Het is dan ook niet meer dan logisch dat met deze civielrechtelijke werkelijkheid rekening wordt gehouden door bij de heffing van erfbelasting deze schulden te mogen aftrekken op de erfrechtelijke verkrijging ingevolge art. 5 SW jo. art. 20 lid 3 SW. Het is tevens begrijpelijk dat de fiscale wetgever aan de voor aftrek in aanmerking komende schulden van de erflater, in aanvulling op het erfrecht, (al dan niet ter voorkoming van misbruik) eisen stelt.

A) Niet in de heffing betrokken schulden van de nalatenschap

Ook voor enkele andere in art. 4:7 lid 1 BW genoemde schulden van de nalatenschap (naast de schulden van de erflater), geldt dat daartegenover geen schuldeiser staat die in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken. In dit kader valt te denken aan de kosten van executele, de kosten van lijkbezorging en de kosten van vereffening van de nalatenschap.[227] Dergelijke schulden van de nalatenschap, die pas *na* het overlijden van de erflater ontstaan en waarvoor de erfgenamen ingevolge het erfrecht niet van rechtswege schuldenaar worden, hebben (in beginsel) dan ook geen invloed op de heffing van de erfbelasting en worden dus niet in aftrek gebracht op de (belastbare) verkrijging van de erfgenamen. Aan de vordering van bijvoorbeeld de schuldeiser van de nalatenschap ter zake van de kosten van de lijkbezorging (zoals de begrafenisondernemer) ligt geen erfrechtelijke titel ten grondslag. Op grond van het verbintenissenrecht zal vastgesteld moet worden wie als schuldenaren van een dergelijke schuld kunnen worden aangemerkt. Wat betreft de vervulling door de executeur van zijn taak bepaalt art. 4:145 lid 2 BW dat de executeur hierbij gedurende zijn beheer de erfgenamen in en buiten rechte vertegenwoordigt. En ook de vereffenaar vertegenwoordigt bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte (art. 4:211 lid 2 BW). Vanuit het idee dat deze schulden, bij gebreke aan een in de heffing te betrekken schuldeiser met een krachtens erfrecht verkregen vorderingsrecht, het te belasten saldo voor de heffing van erfbelasting verkleinen, is het negeren van deze schulden door de Successiewet eveneens begrijpelijk. Bovendien staat de omvang van deze schulden van de nalatenschap met het overlijden van de erflater niet vast en zou aftrek van deze schulden van de nalatenschap het ontwijken van erfbelasting in de kaart kunnen spelen door deze schulden (kunstmatig) ho(o)g(er) te laten uitvallen. Alleen voor de kosten van de lijkbezorging (zie art. 4:7 lid 1 sub b BW) maakt de Successiewet een uitzondering: deze kosten kunnen van de nalatenschap als lasten worden afgetrokken voor zover zij niet bovenmatig zijn (art. 20 lid 1 SW). Onder het huidige erfrecht worden de kosten van de lijkbezorging, voor zover zij in overeenstemming met de omstandigheden van de overledene zijn, als schuld van de nalatenschap aangemerkt (art. 4:7 lid 1 sub b BW).[228] In de Successiewet worden de kosten van de lijkbezorging echter als 'last' (lees: boedellast) aangemerkt. Ook voor de Successiewet zou

227 Overigens valt hier ook te denken aan de erfbelastingschuld ter zake van de opengevallen nalatenschap, voor zover de schuld op de erfgenamen komt te rusten; zie art. 4:7 lid 1 sub e BW. Logischerwijs wordt de fiscus als schuldeiser van de nalatenschap voor de erfbelastingclaim niet zelf weer in de heffing van de erfbelasting betrokken.

228 Van Mourik merkt over deze wettelijke formulering 'voor zover zij in overeenstemming met de omstandigheden van de overledene zijn' gevat op dat het antwoord op de vraag. 'Wat de omstandigheden van de overledene zijn', is dat de overledene 'in de omstandigheid verkeert dat hij dood is'. Van Mourik concludeert dan ook dat de wetgever zal doelen op de leefomstandigheden en welstand van de overledene in de periode voorafgaand aan het overlijden; Handboek Erfrecht 2011, II.8.2, p. 35.

ik deze kosten – ter voorkoming van verwarring – als schuld van de nalatenschap willen aanmerken, die als na het overlijden ontstane schuld van de nalatenschap bij wijze van uitzondering (beperkt) voor aftrek in aanmerking komt.

B) Aftrek kosten van de lijkbezorging

Voor de kosten van de lijkbezorging – al dan niet onder verwijzing naar art. 4:7 lid 1 sub b BW – zou dus expliciet de huidige aftrekmogelijk, zoals thans in art. 20 lid 1 en lid 2 SW is opgenomen, gehandhaafd dienen te blijven om te bewerkstelligen dat dergelijke na het overlijden ontstane kosten in aftrek kunnen komen op de belastbare erfrechtelijke verkrijging. Wat mij betreft zou in art. 20 SW de misleidende term 'lasten' dienen te verdwijnen en aansluiting gezocht dienen te worden bij art. 4:7 lid 1 sub b BW, waar de kosten van de lijkbezorging als schuld van de nalatenschap worden aangemerkt.

Daarnaast zou in de wetsbepaling met betrekking tot de aftrek van de kosten van de lijkbezorging duidelijker tot uitdrukking gebracht kunnen worden dat sprake is van een verkrijgingsbelasting, zodat per verkrijger, indien van toepassing, rekening wordt gehouden met de op de betreffende verkrijger rustende kosten van de lijkbezorging. Anders dan voor de schulden van de erflater, wordt in Boek 4 BW niet bepaald wie de schuldenaren van de kosten van de lijkbezorging zijn, laat staan dat het schuldenaarschap van rechtswege ontstaat. Dit zal op grond van het algemeen vermogensrecht (verbintenissenrecht) bepaald moeten worden. Vaak zal een van de erfgenamen de opdracht aan de begrafenisondernemer geven (zie art. 7:400 e.v. BW). Dan is in elk geval die persoon als opdrachtgever aansprakelijk en is zijn gehele vermogen uitwinbaar voor de aangegane schuld (zie art. 3:276 BW). Het is goed denkbaar dat de persoon met deze rechtshandeling de gezamenlijke erfgenamen rechtsgeldig heeft vertegenwoordigd, zodat ook zij als schuldenaren verbonden zijn (naar evenredigheid van de erfdelen zo neem ik aan; vgl. art. 4:182 lid 2 BW). Uiteraard kan de begrafenisondernemer zich als schuldeiser van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub b BW) verhalen op de goederen van de nalatenschap (art. 4:184 lid 1 BW). De draagplicht van de erfgenamen voor deze kosten zal zich ook aansluiten bij de evenredigheid van de erfdelen.

In theorie is het echter ook denkbaar dat een niet-erfgenaam de opdracht aan de begrafenisondernemer heeft gegeven en de kosten van de lijkbezorging voor zijn rekening neemt zonder daarbij de erfgenamen vertegenwoordigd te hebben en zonder dat vervolgens verhaal wordt of kan worden gehaald op de goederen van de nalatenschap nu de vordering van de begrafenisondernemer door voldoening door de niet-erfgenaam teniet is gegaan.[229] In een dergelijk geval rusten de kosten van de lijkbezorging niet op de erfgenamen

229 Vgl. Breemhaar 2013, p. 56-57, die voor een dergelijk geval een bepaling mist waardoor deze niet-erfgenaam de door hem voldane kosten van de lijkbezorging alsnog ten laste van de nalatenschap kan brengen.

(in de zin van art. 4:184 lid 2 sub a BW) nu de erfgenamen immers geen schuldenaren van de overeenkomst tot opdracht zijn.[230] Bovendien zijn de erfgenamen in dit theoretische geval evenmin draagplichtig indien de kosten van de lijkbezorging niet op de goederen van de nalatenschap zijn verhaald (zie art. 4:184 lid 1 BW). Volgens mijn tekstvoorstel (zie hierna) is er dan ook enkel aftrek mogelijk op de verkrijging van de erfgenaam voor de ten laste van de erfgenaam gekomen kosten van de lijkbezorging. Het huidige artikel 20 lid 1 SW lijkt echter ook voor de niet ten laste van de erfgenamen (en de nalatenschap) gekomen kosten van de lijkbezorging aftrek toe te laten, hetgeen te ruim geformuleerd is indien ervan uitgegaan zou moeten worden dat in sommige gevallen de kosten van de lijkbezorging niet ten laste van de erfgenamen (en de nalatenschap) zijn gekomen.

Een nieuw art. 20 lid 1 SW zou als volgt kunnen worden geformuleerd (zie ook het tot slot in par. 6.5.3.6 opgenomen tekstvoorstel): '*Van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt, kunnen voor de regeling van de erfbelasting de kosten van de lijkbezorging als bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek worden afgetrokken die ten laste komen van de betreffende verkrijger.*'

C) In de heffing betrokken schulden van de nalatenschap; aftrekmogelijkheid codificeren?

Tot slot zijn er nog schulden van de nalatenschap die bij de schuldeiser wel een verkrijging krachtens erfrecht bewerkstelligen. Te denken valt natuurlijk aan de schuld uit legaat welke op een of meer erfgenamen rust (art. 4:7 lid 1 sub h BW), maar ook aan de schuld ter zake van de legitieme portie waarop krachtens art. 4:80 BW aanspraak wordt gemaakt (art. 4:7 lid 1 sub g BW) alsmede aan de schuld ontstaan door toepassing van afdeling 2 van titel 3 van Boek 4 BW, de 'andere wettelijke rechten' (art. 4:7 lid 1 sub f BW). Deze schuldeisers van de nalatenschap verkrijgen hun vordering krachtens erfrecht (zie bijv. bij de aanspraak op sommen ineens het bestaan van de vordering op de gezamenlijke erfgenamen zoals vermeld in art. 4:37 BW).

Wat betreft de verkrijging van het legaat en de aftrek van het legaat voor de met het legaat belaste persoon, bieden art. 1 en art. 5 SW de grondslag voor heffing dan wel aftrek. Voor de andere hier genoemde verkrijgingen als schuldeiser van de nalatenschap die onder de heffing van erfbelasting vallen ingevolge art. 1 SW, vroeg ik mij reeds af of art. 5 SW – nu daar de aftrekmogelijkheid van bepaalde schulden (ten laste van de erflater), legaten en lasten wel staat opgenomen – tevens de aftrek van de schulden voor de erfgenamen die (binnen de aangiftetermijn) door bovenstaande verkrijgingen zijn ontstaan, had moeten vermelden (in aanvulling op de in art. 53 lid 1 SW opgenomen

230 Zie Breemhaar 2013, p. 56-57.

mogelijkheid dat de aanslag kan worden verminderd als er wijziging wordt gebracht in het verkregene).

Aangezien ik (in mijn voorstel)[231] de te belasten verkrijging door iemand krachtens erfrecht van art. 1 SW ruim uitleg (als een netto-verkrijging), meen ik dat de door Boek 4 BW gevestigde aansprakelijkheid en de daarmee gepaard gaande draagplicht van de gezamenlijke erfgenamen voor de hierboven genoemde schulden (zie bijvoorbeeld art. 4:80 lid 1 BW voor de aansprakelijkheid van de gezamenlijke erfgenamen voor de legitimaire vordering) bewerkstelligen dat de waarde voor de erfgenamen van hun erfdeel (hun erfrechtelijke verkrijging) daarmee is verminderd. Voor de schuld uit legaat zal ik dit hieronder nader uiteenzetten. Een expliciete vermelding in art. 5 lid 1 BW is ook in het kader van de hierboven bedoelde schulden van de nalatenschap – indien men mijn ruimere uitleg van (een nieuw) art. 1 SW zou onderschrijven – niet noodzakelijk. Zoals in par. 6.5.3.2. naar voren kwam, zou men art. 1 lid 1 onder 1 SW ook zodanig kunnen formuleren dat daarmee zonneklaar is dat bepaalde erfrechtelijke schulden en verplichtingen in aftrek komen. Voordeel hiervan is dat men geen afbreuk hoeft te doen aan het begrip 'verkrijgen' in goederenrechtelijke zin. Het artikel zou dan als volgt kunnen luiden:
'*Krachtens deze wet worden de volgende belastingen geheven:*
1°. erfbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens erfrecht verkrijgt door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde onder aftrek van de waarde van de schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht ten laste van de verkrijger komen met inachtneming van het bepaalde in art. 20 lid 3 en lid 8 SW;'

6.5.3.4 Nadere regeling aftrek legaten noodzakelijk?

Art. 5 lid 1 SW bepaalt onder meer dat voor de heffing van erfbelasting ieders aandeel in de volgens de Successiewet voor aftrek in aanmerking komende legaten in aftrek komt op hetgeen ieder verkrijgt. Vervolgens dient men vast te stellen dat de Successiewet echter nergens bepaalt welke legaten voor aftrek in aanmerking komen. Dat is ook niet nodig, nu er bij alle legatarissen (al dan niet na het in vervulling gaan van een eventueel aan het legaat verbonden opschortende voorwaarde) erfbelasting geheven kan worden over het krachtens legaat verkregene (art. 1 lid 1 onder 1 SW). Is het wel nodig dat in de Successiewet in algemene zin bepaald wordt dat ieders aandeel voor de schuld uit legaat in mindering komt op de eigen verkrijging? Ook voor de schuld uit legaat is deze bepaling in art. 5 lid 1 SW, onder verwijzing naar het civiele recht, naar mijn mening niet nodig.

231 Art. 1 lid 1 onder 1 SW van mijn voorstel luidt: *'Krachtens deze wet worden de volgende belastingen geheven: 1°. erfbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens erfrecht verkrijgt door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde;'*

Het moge duidelijk zijn dat een door de erflater in een testament opgenomen legaat niet een schuld van de erflater betreft die reeds op de dag van het overlijden bestond en die van rechtswege op de erfgenamen overgaat zoals bedoeld in art. 4:182 BW. Desondanks vormen, zoals meermalen vermeld, de schulden uit legaten welke op een of meer erfgenamen rusten, ook een door Boek 4 BW aangemerkte schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub h BW). Voor de schuld uit legaat geldt dat deze als hoofdregel op de gezamenlijke erfgenamen komt te rusten, waar bij een deelbare prestatie de belaste erfgenamen ieder voor een deel evenredig aan zijn erfdeel zijn verbonden (art. 4:117 leden 2 en 3 BW). Hoewel art. 4:117 lid 2 BW spreekt over 'ten laste komen van', betreft het hier, afgaande op de parlementaire geschiedenis, niet de draagplicht maar de aansprakelijkheid voor legaten.[232] Met andere woorden: het gaat hier om de vraag wie de schuldenaren van de legataris zijn geworden.[233] Net als bij schulden van de nalatenschap die niet met de dood van de erflater tenietgaan, wordt er dus wat betreft de aansprakelijkheid voor legaten aangeknoopt bij de erfdelen. Hiervan kan in de uiterste wil zijn afgeweken. Het legaat komt niet op de gezamenlijke erfgenamen te rusten als het legaat door de erflater aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen is opgelegd (art. 4:117 lid 2 BW). In dit geval worden dan alleen deze belaste erfgenamen (of legatarissen) schuldenaar, in beginsel dus bij een deelbare prestatie voor een deel evenredig aan het erfdeel (art. 4:117 lid 3 BW). Bij een ondeelbare prestatie, zoals de verplichting om een zaak te leveren, zal sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:6 lid 2 BW).[234] Het is logisch om voor de draagplicht ter zake van de schuld uit legaat aan te sluiten bij de omvang van de erfdelen, tenzij uit de uiterste wil anders voortvloeit.[235] Een legaat ten laste van een legataris, noemt men, zoals bekend, een sublegaat. Een dergelijk sublegaat vormt overigens geen schuld van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 lid 1 sub h BW, zodat de sublegataris zich niet kan verhalen op de goederen van de nalatenschap (zie art. 4:184 lid 1 BW).

Wat betekent de bovenstaande civielrechtelijke uitweiding over legaten voor art. 1 SW en art. 5 SW? Naar mijn mening leidt de aansprakelijkheid (en de daarmee gepaard gaande draagplicht) van personen voor de schuld uit legaat ingevolge art. 4:117 BW, tot de conclusie dat bij de volgens art. 1 SW belastbare verkrijging van de met het legaat belaste personen (gezamenlijke erfgenamen dan wel een of meer erfgenamen of legatarissen; zie art 4:117 BW) reeds met de door het erfrecht ontstane aansprakelijkheid voor de schuld uit legaat

232 Zie Commissie Erfrecht 2011, commentaar bij art. 4:117 lid 2 BW en Handboek Erfrecht 2011, VII.2.4, p. 152.

233 Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 742: *'(…) Komt het legaat ten laste van een of meer erfgenamen, dan worden zij dus met het overlijden van de erflater schuldenaar van de legataris (…).'*

234 Zie ook: Parl. Gesch. Boek 6, p. 97.

235 Breemhaar 1992, p. 117.

rekening dient te worden gehouden. Een wettelijke bepaling waarin de aftrek van legaten wordt voorgeschreven, zoals thans is opgenomen in art. 5 lid 1 SW, is dus ook in dit kader naar mijn mening niet nodig.

6.5.3.5 Nadere regeling aftrek testamentaire lasten noodzakelijk?

Tot slot rijst de vraag of art. 5 lid 1 SW (of een andere wettelijke bepaling) nodig is om te bewerkstelligen dat testamentaire lasten voor aftrek in aanmerking komen.

A) Verwarring 'last' in de zin van art. 5 lid 1 SW

Zoals ik in par. 6.3.2.3 schreef, ben ik van oordeel, met onder meer een beroep op de parlementaire geschiedenis, dat de in art. 5 lid 1 SW genoemde 'lasten' nooit zagen op testamentaire lasten, en nog steeds niet daarop zien. De enige volgens de Successiewet voor aftrek in aanmerking komende lasten worden in art. 20 lid 1 SW vermeld: '*Voor de regeling van de erfbelasting kunnen van de nalatenschap als lasten slechts worden afgetrokken de kosten van de lijkbezorging voor zover zij niet bovenmatig zijn.*' Het behoeft geen betoog dat art. 20 lid 1 SW niet ziet op testamentaire lasten in de zin van art. 4:130 BW e.v. Art. 20 lid 1 SW ziet op 'boedellasten', kosten die na het overlijden van de erflater zijn ontstaan en betrekking hebben op de boedel. Onder het huidige erfrecht worden de kosten van de lijkbezorging als schuld van de nalatenschap aangemerkt (art. 4:7 lid 1 sub b BW), zoals hierboven in par. 6.5.3.3 reeds aan de orde is gekomen. Zoals vermeld, verdient het mijns inziens aanbeveling om aansluiting te zoeken bij het civiele recht en ook de door de Successiewet voor aftrek in aanmerking te nemen kosten van de lijkbezorging, niet als last aan te merken maar als een voor aftrek in aanmerking te nemen schuld van de nalatenschap. De term 'last' dient voor de heffing van erfbelasting exclusief voorbehouden te zijn aan de testamentaire last in de zin van art. 4:130 BW. Immers volgens het erfrecht kan men *als erfgenaam of legataris* slechts een verplichting door de erflater opgelegd krijgen doordat de erflater overeenkomstig art. 4:130 lid 1 BW een dergelijke verplichting in een uiterste wilsbeschikking heeft opgenomen: de testamentaire last.

Dat de voor de heffing van erfbelasting voor aftrek in aanmerking komende lasten van art. 5 lid 1 SW thans voor de nodige verwarring zorgen, blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, *BNB* 2013/196, en in het verlengde hiervan eveneens reeds uit het arrest van de Hoge Raad van 7 april 1993, *BNB* 1993/200. In deze arresten werd geoordeeld dat een door de erflater tijdens leven aan de toekomstig erfgenamen opgelegde verplichting voor aftrek in aanmerking kwam als last in de zin van art. 5 lid 1 SW.

Met name het arrest van 13 juli 2013 geeft naar mijn mening blijk van een miskenning door de Hoge Raad van de civielrechtelijke werkelijkheid.[236] In cassatie dient in die zaak uitgegaan te worden van een door de erflater vóór zijn overlijden met beide erfgenamen gemaakte afspraak inhoudende dat [B] na het overlijden van de erflater om niet in de woning mocht blijven wonen. Het Hof 's-Gravenhage heeft deze afspraak aangemerkt als een derdenbeding, dat door [B] vóór het overlijden van de erflater is aanvaard. Nu dit oordeel van het hof volgens de Hoge Raad van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk is, kan het niet in cassatie op juistheid worden getoetst. De door het hof daaraan gegeven kwalificatie geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad.[237] En dan volgt de fiscale conclusie van de Hoge Raad over deze afspraak: '*Het Hof heeft terecht geoordeeld dat de last die voor de erfgenamen uit dit derdenbeding voortvloeit voor hen een last vormt in de zin van artikel 5, lid 1, van de* SW*, die op de waarde van hun verkrijging in mindering komt. Het antwoord op de vraag of de verkrijging uit het derdenbeding in de heffing van successierecht kan worden betrokken is voor die vermindering niet van belang.*'[238]

De laatste zin van de geciteerde overweging van de Hoge Raad vooralsnog buiten beschouwing latend (hier kom ik in het kader van de onpersoonlijke lasten op terug), zie ik op geen enkele wijze in dat de tijdens leven gemaakte afspraak tussen de erflater en de (toekomstige) erfgenamen een last in de zin van art. 5 lid 1 SW kan opleveren. Civielrechtelijk zijn de toekomstig erfgenamen niet gebonden aan deze afspraak in hun hoedanigheid van erfgenamen, maar als privé-personen. Gezien het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen,[239] kunnen erfgenamen als zodanig alleen maar verplichtingen opgelegd worden middels een door de erflater gemaakte uiterste wilsbeschikking, te weten de testamentaire last van art. 4:130 lid 1 BW. Daar is hier in casu geen sprake van. De conclusie is dan ook dat de erfgenamen reeds *tijdens leven* van de erflater als contractspartij in privé zijn gebonden aan de met de erflater gemaakte afspraak. Dit impliceert zelfs dat zij gehouden zouden zijn om B na het overlijden van de erflater om niet in de woning te laten wonen, ook al zouden zij geen erfgenamen blijken te zijn geworden. Indien zij alsdan de afspraak niet zouden kunnen nakomen, pleegden zij dus wanprestatie ten opzichte van B (art. 6:74 e.v. BW). Van een aan de *erfgenamen* door de erflater opgelegde last, kan dan ook geen sprake zijn, zodat art. 5 lid 1 SW hier geen toepassing kan vinden. Het moge duidelijk zijn dat hier ook geen sprake is van een last zoals bedoeld in art. 20 lid 1 SW (kosten van de lijkbezorging). Er is mijns inziens na aanvaarding door de partijen een driepartijenovereen-

236 Zie uitgebreid over dit arrest en de naar aanleiding van dit arrest spelende rechtsvragen Brouwer & Kooiman 2015.
237 HR 13 juli 2013, *BNB* 2013/196, r.o. 4.1-4.3.1.
238 HR 13 juli 2013, *BNB* 2013/196, r.o. 4.3.2.
239 Zie in dit verband art. 4:42 lid 1 BW, art. 4:4 BW en hoofdstuk 4.

komst ontstaan, waarbij door de erflater aangegane verplichtingen[240] in zijn nalatenschap als art. 4:7 lid 1 sub a BW-schulden (schulden van de erflater) kwalificeren. Ingevolge art. 4:182 lid 2 BW worden de erfgenamen (die overigens eveneens partij bij de driepartijenovereenkomst zijn) door het overlijden van de erflater van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan.

De interessante vraag of in casu wellicht geen sprake was van een schenking ter zake des doods (zie art. 7:177 lid 1 BW, waarvan een notariële akte opgemaakt had moeten worden om niet met het overlijden van de schenker te vervallen indien de schenking niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd), zoals in deze zaak door de staatssecretaris pas in cassatie en daarmee te laat was aangevoerd, zal ik buiten beschouwing laten omdat dit het bestek van dit onderzoek te buiten gaat.

B) Alsnog regeling aftrek testamentaire lasten nodig?

In dit hoofdstuk is uitvoerig aan bod gekomen dat benoemde persoonlijke lasten met nakomingsactie onder het oude erfrecht, thans kwalificeren als een legaat. Tevens is duidelijk geworden dat de zogenoemde onpersoonlijke lasten niet aftrekbaar zijn. Wat de testamentaire lasten betreft, spelen dus alleen de onbenoemde persoonlijke lasten een rol in de heffing van erfbelasting. Na uitvoering van de onbenoemde persoonlijke last vindt heffing plaats bij de lastbevoordeelde en aftrek bij degene aan wie de lastverplichting was opgelegd (HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 en zie tevens art. 1 lid 1, art. 5 lid 1, art. 45 lid 3 en art. 53 lid 1 SW). Dat de heffing zich aansluit bij de uiteindelijke verkrijging van de lastbevoordeelde en tevens aftrek toelaat, is een zeer redelijke uitkomst. De vraag is of de wet een nadere regeling dient te treffen – al dan niet in aanvulling op de rechtspraak – om te codificeren met welke testamentaire lasten wel en geen rekening wordt gehouden in de Successiewet. Zoals ik heb betoogd, ziet art. 5 lid 1 SW niet op testamentaire lasten. En al zou art. 5 lid 1 SW wel de testamentaire lasten op het oog hebben, maakt deze bepaling niet duidelijk of onderscheid gemaakt dient te worden tussen de aftrek van een onbenoemde persoonlijke last en de aftrek van een onpersoonlijke last.

Voordat de noodzaak van een nadere regeling verder wordt onderzocht, maak ik in het kader van de wisselwerking tussen het civiele en het fiscale recht een opmerking over de behandeling van sommige testamentaire lasten in het erfrecht. Zoals al vaak in dit hoofdstuk naar voren is gekomen, is aan de nakoming van de testamentaire last geen vorderingsrecht verbonden (anders was het een legaat geweest). Of zoals Bauduin het verwoordt: '*Hij* [de testa-

240 I.c. kan men wellicht verdedigen dat de afspraak dat B om niet in de woning van de erflater mag blijven wonen na overlijden van de erflater ook voor de erflater opgevat dient te worden als een door hem aangegane verplichting.

mentaire last; GGBB] *roept enkel een verplichting in het leven, zonder vorderingsrecht.*'[241] Alsmede merkt Bauduin op: '*De last betreft met andere woorden noch goederenrechtelijke, noch verbintenisrechtelijke verhoudingen.*'[242] De last levert een verplichting van eigen aard op, namelijk een verplichting die niet afdwingbaar is. De testamentaire last roept dan ook geen verbintenis in het leven op grond waarvan nakoming van de last gevorderd kan worden.[243] De huidige vormgeving van de last moet dan ook bezien worden tegen de achtergrond dat de wetgever onder het huidige erfrecht een pragmatische afbakening tussen de last en het legaat heeft willen creëren (zie o.a. par. 4.3.2). Met de last kunnen de erfgenamen volgens art. 4:130 lid 1 BW verplichtingen opgelegd krijgen die niet bestaan in de uitvoering van een legaat (zodat een met de verplichting corresponderend vorderingsrecht dient te ontbreken).

Als de testamentaire last echter een verplichting betreft die bestaat uit een uitgave in geld of de afgifte van een goed uit de nalatenschap (bijvoorbeeld aan nader te bepalen bevoordeelden), levert de voldoening van de last eenzelfde effect op als de uitkering van een legaat, zodat een gelijke erfrechtelijke behandeling met het legaat (dat wel een schuld van de nalatenschap vormt: art. 4:7 lid 1 sub h BW) bij de afwikkeling van de nalatenschap voor de hand ligt.[244] De testamentaire last (tot uitgave van geld of een goed uit de nalatenschap) wordt dan ook op meer plekken in Boek 4 BW met een schuld van de nalatenschap gelijkgesteld; zie bijvoorbeeld art. 4:184 lid 5 BW, art. 4:211 lid 1 BW, art. 4:13 lid 2 BW en art. 4:130 lid 3 BW. Men dient zich ondanks deze gelijkstelling op verscheidene plaatsen in Boek 4 BW te blijven realiseren dat de last in art. 4:7 BW geen schuld van de nalatenschap vormt.[245] De last kan weliswaar in bepaalde gevallen drukken op de nalatenschap, hij roept echter wegens het ontbreken van het vorderingsrecht, in tegenstelling tot een legaat, geen corresponderende schuld in het leven.[246] Het zal bij de civielrechtelijke gelijkstelling (in de regel) steeds gaan om een onbenoemde persoonlijke last, met welke last na uitvoering (zie HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106) fiscaalrechtelijk rekening wordt gehouden als erfrechtelijke verkrijging. Voor de regeling van de erfbelasting komt de gelijkenis met het legaat dus tot uiting doordat

241 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.4.3.3, p. 241.

242 Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.4.7, p. 246. Waarbij Bauduin in noot 141 op p. 240 aantekent dat de vervallenverklaring als bedoeld in art. 4:131 BW wel goederenrechtelijk effect heeft.

243 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/11.

244 Zie VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1188 en Kolkman 2006, p. 181-182.

245 De last stond overigens aanvankelijk in de opsomming van enkele versies van het ontwerpartikel van art. 4:7 BW opgenomen.

246 VV II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1188. Een erfgenaam kan overigens ook verplicht zijn een last tot uitgave van geld of de levering van een niet tot de nalatenschap behorend goed ten laste van zijn overige vermogen te voldoen voor zover de last op hem rust en hij de nalatenschap zuiver aanvaardt; zie art. 4:184 lid 5 BW.

de bevoordeling door deze last, evenals de verkrijging krachtens legaat, in de heffing wordt betrokken.

Ik keer terug naar de vraag of een nadere regeling wat betreft de aftrek van testamentaire lasten in de Successiewet gewenst is. Om op grond van de Successiewet rekening te mogen houden met de (aftrek van) onbenoemde persoonlijke testamentaire lasten zou art. 1 SW (al dan niet in combinatie met art. 45 en art. 53 SW) wat mij betreft al een voldoende heffingsgrondslag vormen. Art. 1 SW bewerkstelligt uiteraard de heffing over het verkregene door de lastbevoordeelde bij de onbenoemde persoonlijke last, maar vormt mijns inziens ook een grondslag om rekening te mogen houden met de uitvoering van een door de erflater opgelegde testamentaire lastverplichting, welke verplichting immers krachtens Boek 4 BW (te weten: art. 4:130 lid 1 BW) aan de gezamenlijke erfgenamen of aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen is opgelegd. Wederom beschouw ik de verkrijging krachtens erfrecht dan als een 'netto-verkrijging', waarbij rekening gehouden dient te worden met op grond van Boek 4 BW 'verkregen' erfrechtelijke verplichtingen en schulden.[247] De door de erflater opgelegde verplichting ingevolge de testamentaire last beïnvloedt de erfrechtelijke verkrijging van de met de testamentaire last belaste verkrijgers, temeer daar de erfgenaam of legataris op wie een testamentaire last rust, zijn recht verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter (art. 4:131 lid 1 BW).

Indien overigens een vervallenverklaring door de rechter wordt uitgesproken (art. 4:131 lid 2 BW) heeft dat uiteraard ook gevolgen voor de erfbelasting. De erfgenaam op wie de testamentaire last rust, verkreeg zijn recht onder ontbindende voorwaarde, welke ontbindende voorwaarde intreedt met de vervallenverklaring. Door de vervallenverklaring verkrijgen de overige erfgenamen hetgeen wat was verkregen door degene wiens recht vervallen verklaard is op grond van aanwas (art. 4:48 BW) dan wel – indien van een testamentaire erfstelling geen sprake was – verkrijgen de erfgenamen bij versterf op grond van het erfrecht bij versterf.[248] Deze (nadere) verkrijging, door het in vervulling gaan van een voorwaarde, zal bij hen dan ook belast worden op grond van art. 1 lid 1 onder 1 SW in combinatie met art. 45 lid 3 SW, terwijl degene wiens recht vervallen is verklaard mijns inziens in aanmerking zal komen voor vermindering van de aanslag op grond van art. 53 lid 1 SW. Ik neem aan dat

247 Hetzelfde geldt indien niet wordt uitgegaan van een 'netto-verkrijging' mits in art. 1 lid 1 onder 1 SW expliciet duidelijk wordt gemaakt dat de waarde van de schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht ten laste van de verkrijger komen, in aftrek komt van de belastbare verkrijging.

248 Opgemerkt zij hierbij dat op grond van art. 4:12 lid 1 BW en art. 4:10 lid 2 BW (behoudens voor de echtgenoot van de erflater) bij plaatsvervulling kan worden opgekomen.

voor de berekening van de nadere verkrijging, zeker indien tussen de eerdere verkrijging en de nadere verkrijging uit dezelfde nalatenschap enige tijd verloopt, aansluiting gezocht kan worden bij de wijze waarop volgens het arrest van de Hoge Raad van 12 april 2013 (*BNB* 2013/153) de verschuldigde erfbelasting bij de tweede verkrijging uit dezelfde nalatenschap berekend moet worden. In dat arrest ging het over de wijze van berekening van de heffing over een nadere verkrijging door verwachters (erfgenamen onder opschortende voorwaarde; zie art. 4:141 BW) ingevolge een tweetrapsmaking, welke verkrijgers ook al rechtstreeks als erfgenaam een deel hadden verkregen uit de nalatenschap. De positie van de erfgenamen die door het intreden van de ontbindende voorwaarde wegens de door de rechter uitgesproken vervallenverklaring tweemaal uit dezelfde nalatenschap (door de aanwas) verkrijgen, komt immers overeen met die van de verwachters in het genoemde arrest die ingevolge de tweetrapsmaking ook een tweede keer uit dezelfde nalatenschap verkregen.

Ik keer terug naar de wel uitgevoerde testamentaire last. Art. 1 SW dient naar mijn mening dus op die manier uitgelegd te worden dat de uitgevoerde testamentaire lastverplichting de verkrijging krachtens erfrecht vermindert van degene op wie de testamentaire last ingevolge art. 4:130 BW was komen te rusten. Eerst na uitvoering van de testamentaire onbenoemde persoonlijke last dient de verkrijging zich hierbij aan te sluiten omdat de verplichting niet kan worden afgedwongen door de lastbevoordeelde. Een nadere regeling is wat de onbenoemde persoonlijke last betreft, niet noodzakelijk.

Wat is rechtens wat betreft de *onpersoonlijke* last? Niemand verkrijgt op grond van een dergelijke last dus er is geen lastbevoordeelde die ingevolge art. 1 SW in de heffing betrokken kan worden. Wel is/zijn er een perso(o)n(en) op wie de testamentaire last rust, en voor wie de vraag gesteld kan worden of hij/zij de testamentaire lastverplichting na uitvoering in mindering mag/mogen brengen op hun verkrijging. Zonder nadere regeling zou op grond van mijn uitleg van de verkrijging krachtens erfrecht in de zin van art. 1 SW (al dan niet in combinatie met art. 45 en art. 53 SW), ook een op grond van art. 4:130 BW door de erflater opgelegde verplichting die valt aan te merken als een onpersoonlijke last, de verkrijging krachtens erfrecht van de lastbezwaarde verminderen indien de last wordt uitgevoerd, nog los van waarderingskwesties van een onpersoonlijke lastverplichting.

In concreto: aan de verplichting om het rijpaard van de erflater te verzorgen kon in het in par. 6.3.2.4 aangehaalde arrest een negatieve waarde worden toegekend van *ƒ* 30.000,-. Kan de met de last verplichte persoon deze *ƒ* 30.000,- van zijn te belasten verkrijging aftrekken? Deze *ƒ* 30.000,- is de erfrechtelijke verkrijger immers kwijt aan de verplichting om het paard te verzorgen. De

waardering van de verplichting vormde hier niet het probleem.[249] Uit rechtspraak volgt echter dat met dergelijke onpersoonlijke lasten geen rekening gehouden wordt. Het zou mijns inziens dan wel wenselijk zijn om deze uitkomst – die de door mij gehanteerde uitleg van de verkrijging krachtens erfrecht nader inperkt omdat alle (uitgevoerde) testamentaire lasten de verkrijging ingevolge art. 1 SW zouden verminderen – uitdrukkelijk in de wet op te nemen. Men zou hiervoor inspiratie kunnen putten uit art. 5 lid 2 SW waar voor de schenkbelasting reeds is bepaald dat onpersoonlijke lasten niet in aftrek gebracht mogen worden (zie art. 20 lid 8 en lid 9 in mijn tekstvoorstel in par. 6.5.3.6).

C) Geen aftrek onpersoonlijke lasten te billijken?

Dat de met onpersoonlijke lasten belaste personen voor de regeling van de erfbelasting deze lasten niet in mindering op hun verkrijging kunnen brengen, valt in het kader van de waardering (zie art. 21 SW) van dergelijke onpersoonlijke verplichtingen te billijken.[250] Bij de testamentaire last tot verzorging van het rijpaard van de erflater was het 'mindere voordeel' van de met de last bezwaarde persoon kennelijk wel vast te stellen, waarbij het voorbeeld van het rijpaard in zoverre ongelukkig is aangezien de erfgenamen als eigenaren van het paard uiteraard gehouden zijn om het dier te verzorgen en eten te geven. Ook bij de verplichting tot de oprichting van een bronzen beeld van de erflater zal uiteindelijk duidelijk worden wat deze (ongetwijfeld prijzige) verplichting heeft gekost. Moeilijker wordt het uiteraard met verplichtingen die strekken tot het maken van een studiereis of het lezen van jaarlijkse missen ter nagedachtenis van de overledene. Met een beetje goede wil zou ook na uitvoering van dergelijke verplichtingen vastgesteld kunnen worden of aan een dergelijke verplichting een waarde in het economisch verkeer kan worden toegekend, en zo ja welke waarde (zodat de wijziging in het verkregene kan resulteren in een vermindering van de aanslag via art. 53 lid 1 SW).

Bij de hierboven genoemde voorbeelden van onpersoonlijke lasten zal de niet-aftrekbaarheid van de onpersoonlijke last bij de heffing van erfbelasting met name voor de verkrijger problematisch zijn bij lasten die erin resulteren dat de verkrijger op wie de last rust in verband met de uitvoering van de last een (wezenlijk) financieel nadeel ondervindt doordat hij erfbelasting verschuldigd is over de gehele verkrijging zonder rekening te houden met door de verkrijger gemaakte kosten in verband met de uitvoering van de last. Als de erfgenaam krachtens erfrecht 100 verkrijgt en op hem de testamentaire last rust een bronzen beeld van de erflater op te richten (welke verplichting dient te worden

249 Overigens zal de waarde van het paard van belang zijn voor de bepaling van de omvang van de nalatenschap. De waarde van het paard zelf zal in de heffing worden betrokken aangezien de erfgenamen het paard van de erflater krachtens erfrecht zullen verkrijgen.

250 Vgl. Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 67-68.

gewaardeerd op 20), zal deze erfgenaam erfbelasting verschuldigd zijn over 100. Dit levert een onbillijk resultaat op vanuit het perspectief dat deze erfgenaam per saldo niet meer zal toekomen dan 80 (en bij niet-uitvoering van de last de vervallenverklaring van de gehele verkrijging dreigt).[251] De vergelijking bij de uitvoering van een last met de voldoening aan een natuurlijke verbintenis dringt zich enigszins op, in die zin dat de voldoening aan een natuurlijke verbintenis eveneens niet afdwingbaar is en ook geen schenking oplevert. In de Successiewet wordt de voldoening aan een natuurlijke verbintenis in bepaalde gevallen fiscaal gefaciliteerd (zie art. 32 lid 1 onder 10 SW en art. 33 lid 1 onderdeel 12 SW). In zoverre zou het niet vreemd zijn indien in de Successiewet onder omstandigheden rekening zou mogen worden gehouden met de uitvoering van bepaalde onpersoonlijke lasten.

Bij de last om (een deel van) het verkregene op een bepaalde wijze te gebruiken of te besteden (zoals het dienen te maken van een studiereis) stuit de niet-aftrekbaarheid van de last naar mijn mening op minder grote bezwaren aangezien de verkrijger wel degelijk van zijn gehele in de heffing betrokken verkrijging kan genieten, zij het (voor een deel) op een door de erflater voorgeschreven wijze.[252] De niet-aftrekbaarheid van de onpersoonlijke last om jaarlijks een mis te doen lezen (of soortgelijke lasten) zal voor de verkrijger beperkte nadelige gevolgen met zich brengen aangezien (ook bij aftrekbaarheid) aan een dergelijke verplichting geen of een beperkte waarde in het economisch verkeer kan worden toegekend. Men zou de uitvoering van dergelijke verplichtingen kunnen vergelijken met het nakomen van een niet op geld te waarderen 'gentleman's agreement' jegens de erflater, zij het dat de niet-naleving van de testamentaire last weldegelijk juridische consequenties (vervallenverklaring van het verkregen recht) kan hebben.

---

251 Overigens zou een dergelijk onbillijk resultaat ook gesignaleerd kunnen worden in het kader van gemaakte boedelafwikkelingskosten (zie ook art. 4:7 lid 1 sub c en d BW), nu deze kosten (eveneens) niet in aftrek komen op een belastbare verkrijging krachtens de Successiewet. Het is echter denkbaar dat men een aanzienlijk deel van de verkrijging krachtens erfrecht moet aanwenden om de boedelafwikkelingskosten te voldoen, terwijl de gehele verkrijging in de heffing betrokken wordt. Anders dan bij een opgelegde testamentaire lastverplichting dreigt er in verband met de verplichting de boedelafwikkelingskosten te voldoen echter geen vervallenverklaring van de verkrijging en zal er ook geen bevoordeelde zijn aan te wijzen die zelf in de heffing kan worden betrokken (vgl. de lastbevoordeelde bij de onbenoemde persoonlijke last). Met name acht ik voor de vraag waarom met een onpersoonlijke last eventueel wel in het kader van de heffing van erfbelasting rekening zou dienen te worden gehouden en met gemaakte boedelkosten niet, van belang dat de testamentaire lastverplichting reeds met het overlijden van de erflater bestaat en krachtens erfrecht op een erfgenaam of legataris rust. Voor de boedelkosten geldt dat uiteraard niet. Vanuit het perspectief van de erfbelasting als tijdstipbelasting zou men dan ook naar voren kunnen brengen dat met een testamentaire last wel rekening gehouden zou dienen te worden en niet met na het overlijden gemaakte boedelkosten.

252 Vgl. over de niet-aftrekbaarheid van de last om een verkregen zaak op een bepaalde wijze te gebruiken of te besteden HR 29 juni 1988, *BNB* 1988/267.

Ongeacht de grootte van het eventuele 'financiële nadeel' voor de verkrijger op wie de last rust, is, zoals reeds bekend, geen enkele onpersoonlijke last voor de heffing van de schenk- en erfbelasting aftrekbaar. Een vanuit de fiscale wetgever sterk argument om onpersoonlijke lasten niet voor aftrek in aanmerking te laten komen, vind ik het ontstaan van een heffingsvacuüm waar het gevaar van misbruik op de loer ligt indien aftrek mogelijk zou zijn terwijl de onpersoonlijke last zelf niet in de heffing kan worden betrokken. Het zou immers kunnen dat de erflater door het opnemen van onpersoonlijke lasten in het testament met name de heffing van erfbelasting wenst te ontgaan. Neem als voorbeeld een testamentaire last met betrekking tot de kosten van de boedelbehandeling. De kosten van de boedelbehandeling, die na het overlijden van de erflater zijn ontstaan, komen ingevolge de Successiewet niet voor aftrek in aanmerking.[253] De Successiewet maakt slechts een uitzondering voor de na het overlijden ontstane kosten van de lijkbezorging (art. 20 lid 1 en 2 SW). Gesteld nu dat aan de erfgenamen een testamentaire lastverplichting is opgelegd om alle notariskosten van de boedelbehandeling voor hun rekening te nemen (hetgeen uiteraard ook zonder lastverplichting reeds aan de orde zal zijn), dan zouden dergelijke kosten via een met de testamentaire lastverplichting gecreëerde omweg alsnog in mindering komen op de verkrijging van de erfgenamen. Dit zal niet de bedoeling van de wetgever zijn blijkens de enige gemaakte uitzondering voor aftrek van 'boedellasten' (zijnde de kosten van lijkbezorging) in art. 20 lid 1 en lid 2 SW.

Kortom: voor de praktische uitvoerbaarheid van de regeling van de erfbelasting lijkt het mij gerechtvaardigd dat in beginsel geen rekening wordt gehouden met onpersoonlijke lasten (het liefst duidelijk gemaakt met een wettelijke bepaling; zie art. 20 lid 8 in het in par. 6.5.3.6 opgenomen tekstvoorstel).[254] Toch blijf ik deze verdedigbare uitkomst onbevredigend vinden, zeker omdat men allerlei gradaties van onpersoonlijke lasten kan onderscheiden. Ik plaats daarom enkele kanttekeningen bij de niet-aftrekbaarheid van de onpersoonlijke last en beargumenteer waarom men wellicht toch rekening zou kunnen houden met een onpersoonlijke last in het kader van de waardering van *de verkrijging* (art. 21 lid 1 SW) indien de last betrekking heeft op het verkregene (zie hierna onder kanttekening 3). Tot slot bepleit ik dat aftrek van de met de uitvoering van een onpersoonlijke last verband houdende kosten gerechtvaardigd zou

253 De schuldeiser van de kosten van de boedelbehandeling verkrijgt ook niet krachtens erfrecht een te belasten vordering, ook al levert de met de vordering van deze schuldeiser corresponderende schuld wellicht een schuld van de nalatenschap op indien deze schuld onder kosten van vereffening van de nalatenschap zoals bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub c BW geschaard kan worden.

254 Bovendien kan men naar voren brengen dat ook in het geval geen rekening wordt gehouden met een aan de erfrechtelijk verkrijger opgelegde onpersoonlijke last, de erfrechtelijk verkrijger er in de regel door zijn erfrechtelijke verkrijging altijd op vooruit zal gaan, en zo niet, altijd gelegenheid heeft zijn erfdeel of legaat te verwerpen.

kunnen zijn in het geval een onpersoonlijke last wordt uitgevoerd waarvan de verplichting door de erflater (qua uitgaven en tijdsbestek) geconcretiseerd is, zoals de lastverplichting om binnen een jaar een bronzen beeld van de erflater met een waarde van € 50.000 op te richten in het Van der Werffpark te Leiden.

Kanttekening 1: geen heffing bij een ander, geen aftrek?
De Hoge Raad lijkt het uitgangspunt 'geen heffing bij een ander dus ook geen aftrek' niet als heilig te beschouwen. In het in deze paragraaf aangehaalde arrest van 12 juli 2013 overweegt de Hoge Raad namelijk (al betrof het in dat arrest geen onpersoonlijke last): '*Het Hof heeft terecht geoordeeld dat de last die voor de erfgenamen uit dit derdenbeding voortvloeit voor hen een last vormt in de zin van artikel 5, lid 1, van de SW, die op de waarde van hun verkrijging in mindering komt. Het antwoord op de vraag of de verkrijging uit het derdenbeding in de heffing van successierecht kan worden betrokken is voor die vermindering niet van belang.*'[255]

Kanttekening 2: mogelijkheden tijdens leven?
Ik vraag mij af of de erflater reeds tijdens leven een persoon kan binden – welke persoon tevens erfgenaam zal zijn – om na zijn overlijden het inmiddels beruchte rijpaard van de erflater te verzorgen. Is het bijvoorbeeld mogelijk dat de (toekomstig) erflater met X een overeenkomst van opdracht sluit (zie art. 7:400 e.v. BW), die niet eindigt met het overlijden van de erflater (zie art. 7:410 BW), op grond waarvan X verplicht is om het rijpaard na het overlijden van de erflater te verzorgen met het door de opdrachtgever reeds tijdens leven overgemaakte geldbedrag (of bij het overlijden van de erflater door de erfgenamen over te maken geldbedrag; als schuld van de erflater in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a BW)? Dit overgemaakte bedrag is bijvoorbeeld een schatting van de door X te maken onkosten (vgl. art. 7:406 BW). Het lijkt mij dat er gezien art. 1 lid 7 SW jo. art. 7:186 lid 2 BW geen schenking geconstateerd kan worden. Er is geen sprake van vrijgevigheid bij de (toekomstig) erflater: de erflater heeft niet de verrijking van X (of iemand anders) gewild.[256] Zou men echter constateren dat er sprake is van een schenking onder een onpersoonlijke last, dan

255 HR 13 juli 2013, *BNB* 2013/196, r.o. 4.3.2.

256 Zie HR 15 juni 1994, *NJ* 1995, 755, waaruit volgt dat een 'gewilde vermogensverschuiving' voldoende is voor het aannemen van vrijgevigheid. Er wordt ook wel gesproken van de bevoordelingsbedoeling in geobjectiveerde zin. Achterliggende bedoelingen en motieven van de schenker zijn daarvoor niet relevant. Zie in dit verband tevens HR 11 april 2003, *NJ* 2003, 493. In het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 12 juli 2002, *BNB* 2002/317, werd overwogen dat bewustheid van bevoordeling niet voldoende is. Ik citeer de Hoge Raad: '*Opmerking verdient nog dat, naast bewustheid van bevoordeling, de wil tot bevoordelen een afzonderlijk vereiste vormt voor het aannemen van een schenking in de zin van artikel 1, lid 2, van de Successiewet 1956, en dat de aanwezigheid van de wil tot bevoordeling zelfstandig moet worden beoordeeld op grond van de omstandigheden, en niet kan worden afgeleid louter uit de aanwezigheid van bevoordelingsbewustheid bij degene die bevoordeelt.*' (r.o. 3.5)

is op grond van art. 5 lid 2 SW duidelijk dat deze last niet in aftrek komt zodat er schenkbelasting verschuldigd zal zijn over het door de erflater ter beschikking gestelde bedrag.

Ik zal het bovenstaande illustreren met een getallenvoorbeeld.

Erflater A heeft een vermogen van € 100.000 (inclusief de waarde van het paard) en wenst dat X na zijn overlijden de verzorging van zijn rijpaard op zich neemt. Hoe kan A dit (onder meer) bewerkstelligen en wat zijn de fiscale gevolgen? Door een ter zake deskundige is berekend dat de kosten van de levenslange verzorging van het paard – met inachtneming van de leeftijd en de gezondheid van het paard – naar verwachting € 10.000 zullen bedragen.

– *Optie 1:*
X wordt door A tot enig erfgenaam benoemd en krijgt de testamentaire last opgelegd om het paard levenslang te verzorgen.

Omdat de uitvoering van de last niet leidt tot bevoordeling van een of meer personen, is er sprake van een onpersoonlijke last. Een onpersoonlijke last komt voor de heffing van erfbelasting niet voor aftrek in aanmerking, zodat X belast wordt voor de erfrechtelijke verkrijging van € 100.000.

– *Optie 2:*
X wordt door A tot enig erfgenaam benoemd en krijgt tijdens leven van A reeds € 10.000 geschonken onder de last om met dat geldbedrag na het overlijden van erflater A het paard te verzorgen.

X zal belast worden met schenkbelasting voor de verkrijging van € 10.000. De aan de schenking verbonden last komt niet voor aftrek in aanmerking omdat noch de schenker, noch een derde door de last wordt gebaat (art. 5 lid 2 SW). Als A een aantal jaren na de schenking komt te overlijden en X het restant van het vermogen van A (waarde € 90.000, waaronder het paard) krachtens erfrecht verkrijgt, wordt X voor deze verkrijging krachtens erfrecht met erfbelasting belast. Per saldo is X ook in dit voorbeeld, ondanks de last om het paard levenslang te verzorgen, voor € 100.000 belast (zij het gespreid en een deel met schenkbelasting en een deel met erfbelasting).

Bovenstaande uitkomsten van de werking van de Successiewet wat betreft de belastbaarheid van lasten zullen reeds bekend voorkomen. Wat is de situatie als A met een overeenkomst van opdracht werkt?

– *Optie 3:*
Erflater A sluit met X een overeenkomst van opdracht die niet eindigt met het overlijden van de erflater op grond waarvan X verplicht is om het rijpaard na het overlijden van de erflater te verzorgen met het door de opdrachtgever reeds tijdens leven overgemaakte geldbedrag ad € 10.000 (of door de erfge-

na(a)m(en) over te maken geldbedrag; als schuld van de erflater in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a BW). Dit overgemaakte bedrag is een schatting van de door X te maken onkosten. Tevens wordt X door A tot enig erfgenaam benoemd.

Indien de overeenkomst van opdracht op een dergelijke wijze civielrechtelijk kan worden vormgegeven, dan zou ik menen dat het geldbedrag ad € 10.000 – dat is overgemaakt in het kader van de overeenkomst van opdracht – niet belast kan worden met schenk- of erfbelasting aangezien civielrechtelijk geen sprake is van een gift of een erfrechtelijke verkrijging. Per saldo bedraagt de nalatenschap van A € 90.000. Over deze € 90.000 (waaronder de waarde van het paard) is erfbelasting verschuldigd. Alsdan wordt met de waarde van de verplichting om het paard te verzorgen rekening gehouden in die zin dat over die waarde geen erf- of schenkbelasting wordt geheven.

De uitkomst is naar mijn mening niet anders indien A en X waren overeengekomen dat het geldbedrag ad € 10.000 pas na het overlijden (zodat de erflater er tijdens leven geen hinder van ondervindt) betaald zou dienen te worden. De verplichting van de erflater tot betaling komt dan door het overlijden van de erflater op de enig erfgenaam te rusten (art. 4:7 lid 1 sub a BW jo. 4:182 lid 2 BW), waarna deze verplichting in civielrechtelijke zin door vermenging teniet-gaat. De vordering en schuld verenigen zich dan in één persoon (te weten X; art. 6:161 lid 1 BW). Op grond van het arrest van de Hoge Raad van 16 september 1992, BNB 1992/384, zal men kunnen concluderen dat de verplichting tot betaling van € 10.000 desalniettemin behoort tot de aftrekbare schulden voor de Successiewet en dit niet anders is wanneer de verplichting teniet is gegaan uitsluitend doordat de schuldeiser van die verplichting de enige erfgenaam is geworden van de erflater-schuldenaar.[257]

Mocht dit inderdaad mogelijk zijn zonder dat wordt geheven ingevolge de Successiewet (optie 3, al dan niet op een vergelijkbare wijze vormgegeven), dient men dan onder het mom van 'wat men tijdens leven (onbelast) kan, moet men ook na overlijden kunnen' voor de Successiewet te constateren dat de onpersoonlijke last ingevolge een testamentaire lastverplichting in aftrek gebracht zou moeten worden? Of geldt juist het omgekeerde: 'nu het tijdens leven kan worden geregeld, is het aan de erflater om het desgewenst tijdens leven te regelen'? Uiteraard kan niet uitgesloten worden dat een dergelijke gang van zaken getroffen wordt met *fraus legis* indien men zou aanvoeren dat de overeenkomst van opdracht louter is gesloten met de bedoeling om de niet-aftrekbaarheid van een onpersoonlijke testamentaire last voor de Successiewet te omzeilen.

257 Zie r.o. 3.3 van HR 16 september 1992, *BNB* 1992/384.

Overigens dient bedacht te worden dat X bij optie 3 (en overigens ook bij optie 2) een verplichting aangaat, terwijl het nooit en te nimmer zeker is dat X ook daadwerkelijk erfgenaam zal zijn (en dus ook het paard zelf zal erven; hetgeen uiteraard geen afbreuk doet aan de aangegane verplichting).[258] Hier komt een wezenlijk verschil tussen het contractenrecht en het erfrecht wat betreft de nakoming naar voren; een gesloten overeenkomst dient te worden nageleefd terwijl het op erfrechtelijk gebied nooit afdwingbaar is om tot erfgenaam benoemd te worden (gezien art. 4:4 BW).

Kanttekening 3: waardedrukkend effect aan activa-zijde en passiva-zijde?
Voor de hierboven onder kanttekening 2 geschetste opties geldt dat men zich kan afvragen of de last daadwerkelijk belastend is, in die zin dat als men als erfgenaam een paard verkrijgt, het met name in het belang van deze erfgenaam is dat het hem toekomende paard verzorgd wordt en gezond blijft. Ook zonder een dergelijke lastverplichting zal men voor het paard zorgen en er als eigenaar van het dier overigens ook toe gehouden zijn. Vanuit dit perspectief valt dan ook te billijken dat met een dergelijke onpersoonlijke last geen rekening wordt gehouden voor de heffing van schenk- en erfbelasting. Daarentegen kan niet ontkend worden dat aan de onpersoonlijke lastverplichting om het paard van de erflater te verzorgen of om bijvoorbeeld een bronzen beeld van de erflater op te richten een waarde in het economisch verkeer kan worden toegekend, zodat deze verplichting (als men vervolgens de erfrechtelijke verkrijging beschouwt als het saldo van de activa minus de passiva) wel degelijk een waardedrukkend effect heeft op de uiteindelijke verkrijging door de erfgenaam of legataris op wie de last rust. De verkrijger kan zijn erfdeel of legaat niet zonder de lastverplichting aanvaarden, sterker nog: ingevolge art. 4:131 BW verkrijgt hij zijn recht onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter. De testamentaire lastverplichting maakt dan ook zonder meer deel uit van de erfrechtelijke verkrijging en beïnvloedt deze in negatieve zin. Indien de wetgever desondanks geen rekening wenst te houden met de waarde van de verplichting (de passiva-zijde van de verkrijging) ingevolge een onpersoonlijke last (zoals thans geldend recht is), verdient het mijns inziens de voorkeur (zoals reeds door mij is opgemerkt) dat de niet-aftrekbaarheid van de onpersoonlijke last in de wet wordt opgenomen (zie in dat kader art. 20 lid 8 in het in par. 6.5.3.6 opgeno-

258 Een uiterste wilsbeschikking (een eenzijdige rechtshandeling) kan immers steeds eenzijdig door de erflater herroepen worden (art. 4:42 BW). Gezien art. 4:4 BW kan de erflater ook niet gebonden worden aan een afspraak om een bepaalde persoon tot erfgenaam te benoemen. Wellicht is het denkbaar om de overeenkomst van opdracht te sluiten onder de voorwaarde dat X ook daadwerkelijk erfgenaam zal zijn. Ik meen echter dat er dan in wezen een verplichting wordt opgelegd aan een persoon (X) in zijn *hoedanigheid van erfgenaam* zodat de erflater voor het opleggen van een dergelijke verplichting aan een erfgenaam – gezien het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:42 lid 1 BW) – een uiterste wilsbeschikking (i.c. de testamentaire last) dient te maken (art. 4:130 BW).

men tekstvoorstel). Daarmee is echter niet het volledige verhaal verteld. Als de testamentaire last nader civielrechtelijk wordt geanalyseerd, meen ik dat men ook dient te constateren dat een testamentaire last gevolgen kan hebben voor (de waardering van) het verkregene (de activa-zijde) door degene op wie de testamentaire last rust.

Het Hof 's-Gravenhage ging in de zaak over de testamentaire last tot verzorging van het rijpaard (10 mei 1974, *BNB* 1974/295) ervan uit dat de verkrijging van de nagelaten zaken zelf niet voor een lager bedrag gewaardeerd moet worden omdat er een testamentaire last was opgelegd. De waarde in objectieve zin was voor het hof doorslaggevend. Voor zover het hof in die zaak bedoelde dat de geërfde effectenportefeuille (die apart gezet diende te worden om aan de verplichting tot verzorging van het paard van erflater te voldoen) door de verplichting om afgezonderd te worden niet minder waard is geworden als effectenportefeuille, ben ik het in beginsel met het hof eens. De verplichting ziet immers op de passiva-zijde terwijl de waardering van de effectenportefeuille op de activa-zijde betrekking heeft. Desalniettemin zal naar het thans geldende erfrecht – wegens de goederenrechtelijke werking van de opgelegde testamentaire last – een testamentaire last voor de verkrijger gevolgen hebben voor de gehele verkrijging (dus in bovenstaande zaak ook voor de verkrijging van de effectenportefeuille). Aan de verkrijger is – zoals meermalen vermeld – een verplichting opgelegd, welke verplichting bij niet uitvoering erin kan resulteren dat zijn verkregen recht, de *gehele* verkrijging, vervallen wordt verklaard (art. 4:131 BW).

Stel dat de met de testamentaire last tot verzorging van het paard belaste erfgenaam het paard van de erflater (waarde € 25.000) wenst te verkopen. Zonder testamentaire last had de erfgenaam het paard zonder problemen kunnen verkopen en leveren voor € 25.000. Staat een testamentaire last aan een dergelijke verkoop en levering van het paard in de weg?

Door de testamentaire last verkrijgt de erfgenaam[259] zijn recht ingevolge art. 4:131 lid 1 BW onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter. Indien deze vervallenverklaring door de rechter wordt uitgesproken, heeft de vervulling van de ontbindende voorwaarde goederenrechtelijk effect, zij het zonder terugwerkende kracht (zie art. 3:38 lid 2 BW). Het recht van de erfgenaam vervalt door de door de rechter uitgesproken vervallenverklaring. De persoon was tot dat moment erfgenaam.[260] Maar ook indien (nog) geen sprake is van het gevaar van het uitspreken van de vervallenverklaring, heeft de opgenomen testamen-

259 In het vervolg ga ik uit van een last die aan een erfgenaam is opgelegd en niet aan een legataris (zie art. 4:130 lid 1 BW), tenzij ik anders aangeef.

260 Handboek Erfrecht 2011, VII 3.3.

taire lastbepaling goederenrechtelijke gevolgen voor de erfgenaam op wie de testamentaire last rust. Aan het verkrijgen van het recht als erfgenaam op wie een testamentaire last rust is een ontbindende voorwaarde verbonden. Zolang de last niet is nagekomen, kan de ontbindende voorwaarde nog intreden en beschikt de erfgenaam slechts over een voorwaardelijk verkregen recht. De testamentaire lastverplichting heeft dan ook goederenrechtelijke gevolgen voor de gehele verkrijging en daarmee voor de eventuele verkoop en levering van een geërfd goed, waaronder het paard.[261] Goederenrechtelijk kan de erfgenaam aan de koper van het paard alleen maar het paard leveren onder dezelfde voorwaarde als waaronder de erfgenaam het paard verkregen heeft ('*nemo plus*-regel').[262] Uitgaande van bovengenoemde goederenrechtelijke beperkingen vanwege de opgelegde testamentaire last, zal het in het voorbeeld niet vanzelfsprekend zijn dat de erfgenaam € 25.000 verkrijgt voor een voorwaardelijk geleverd paard. Indien de koper op de hoogte is van de testamentaire last en de daarmee gepaard gaande goederenrechtelijke consequenties, zal zijn gebrek aan goede trouw zich er (waarschijnlijk) tegen verzetten dat hij een beroep kan doen op een derdenbeschermingsbepaling van Boek 3 BW.[263] De testamentaire last resulteert erin dat de erfgenaam gezien de nemo-plusregel in beginsel niet onvoorwaardelijk het krachtens erfrecht verkregen paard kan leveren, welk probleem zich ook zal voordoen bij de verkoop van andere (onder hetzelfde recht onder ontbindende voorwaarde) geërfde goederen (zolang de last niet is nagekomen).[264] Aangezien een erflater bij een opgenomen testamentaire last niet vaak een aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde zal hebben opgenomen, is het mijns inziens echter goed verdedigbaar – in navolging van Perrick[265] – dat in dit geval art. 4:138 lid 3 BW (dat gaat over een voorwaardelijke erfstelling) kan worden toegepast.[266] Art. 4:138 lid 3 BW bepaalt dat bij een erfstelling onder ontbindende voorwaarde

261 Waarbij zij opgemerkt dat dieren geen zaken (en dus ook geen goederen) zijn en de bepalingen met betrekking tot zaken slechts beperkt op dieren van toepassing zijn (zie art. 3:2a BW).

262 De koper wordt onder omstandigheden beschermd door de derdenbeschermingsbepalingen van Boek 3 BW, zie bijvoorbeeld art. 3:86, art. 3:89 en art. 3:24 BW. Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 784-785.

263 Zie over de gevolgen van vervallenverklaring en eventuele derdenbescherming ook Duin 2015, par 7.1-7.3, p. 177-180.

264 Zie ook Duin 2015, par. 7, p. 177. Overigens merk ik op dat indien bijvoorbeeld sprake zou zijn van een derdebevoordelende last, en de last de uitkering van een bepaald geldbedrag aan nader te bepalen begunstigden betreft, de lastbezwaarde een onvoorwaardelijk recht zal kunnen overdragen aangezien geld een soortgoed betreft. Vgl. Duin 2015, p. 179.

265 Asser/Perrick 4 2013/216. Anders Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 251.

266 Hoewel volgens art. 4:131 lid 1 BW bij een erfgenaam of legataris op wie een testamentaire last rust sprake is van het verkrijgen van een *recht* onder ontbindende voorwaarde, meen ik dat deze terminologie zich er niet tegen verzet om art. 4:138 BW over een onder voorwaarde gemaakte erfstelling (in dit verband een onder ontbindende voorwaarde gemaakte erfstelling) van toepassing te laten zijn op de verkrijging van een erfgenaam aan wie een testamentaire last is opgelegd.

zonder een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde, de erfgenaam onder ontbindende voorwaarde bevoegd is de goederen te vervreemden en te verteren op dezelfde voet als een vruchtgebruiker aan wie deze bevoegdheid is gegeven, voor zover de erflater niet anders heeft bepaald. Een aan de erfgenaam opgelegde last ingevolge art. 4:138 lid 3 BW hoeft naar mijn mening dan ook niet de bovenstaande goederenrechtelijke bezwaren bij vervreemding van geërfde goederen op te leveren.

Hoewel de erfgenaam op wie een testamentaire last rust het geërfde ingevolge art. 4:138 lid 3 BW (onvoorwaardelijk) zal kunnen vervreemden en verteren, geldt art. 4:138 lid 3 BW (over een *erfstelling* onder een voorwaarde) naar de letter van de wet niet voor het door de *legataris* onder ontbindende voorwaarde verkregen recht wegens de op hem rustende testamentaire last. Voor de legataris zal dus gelden dat zolang hij de last niet is nagekomen, hij een derde slechts een voorwaardelijk recht kan verschaffen, tenzij de erflater art. 4:138 lid 3 BW analogisch van toepassing zou hebben verklaard.[267]

Eveneens is het denkbaar dat de erflater ingevolge (analogische toepassing van) het slot van art. 4:138 lid 2 BW de erfgenaam of de legataris de bevoegdheid toekent om de goederen te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden.[268] Aangezien het toekennen van deze bevoegdheid aan de erfgenaam of legataris aan wie de last wordt opgelegd, volgens de Commissie Erfrecht van de KNB in de overgrote meerderheid van de gevallen de bedoeling zal zijn van de testateur, heeft de Commissie Erfrecht het volgende voorgesteld. Ik citeer de Commissie: '*Aangezien het slechts incidenteel voorkomt dat de testateur niet wenst dat de verkrijger laatstbedoelde bevoegdheid heeft, en de bepaling van art. 4:138 lid 2 BW noopt tot het opnemen van een voor de testateur onbegrijpelijke bepaling, bepleit de commissie een wijziging van art. 4:138 lid 2 BW, in die zin dat daarin wordt opgenomen dat de verkrijger onder een ontbindende voorwaarde welke het gevolg is van een aan hem opgelegde last de bevoegdheid heeft om de verkregen goederen te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden, tenzij de testateur uitdrukkelijk het tegendeel heeft bepaald. Alhoewel niet in lijn met art. 3:84 lid 4 BW, zou een*

267 Vgl. Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 2042 en 2047 waaruit volgt dat de wetgever het aan de erflater overlaat om de regeling wat betreft voorwaardelijke legaten nader vorm te geven. Duin wijst erop dat bij de verkrijging van een legaat onder last, de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde als regelend recht gezien kan worden onder verwijzing naar het algemeen vermogensrecht en het van regelend recht zijnde art. 3:84 lid 4 BW. Zie Duin 2015, par. 6, p. 177.

268 Duin tekent hierbij aan dat aangenomen kan worden dat de erflater slechts deze bevoegdheid wenst te verlenen indien de onvoorwaardelijke vervreemding in overeenstemming is met de last. Vervolgens constateert Duin dat overeenkomstige toepassing van art. 4:138 lid 2 BW wellicht ruimte biedt om onvoorwaardelijke vervreemding en bezwaring alleen toe te staan in het geval de vervreemding in overeenstemming met de last is. Zie Duin 2015, par. 7.3, p. 179.

dergelijke regeling wel zeer praktisch zijn, aangezien deze dan zou aansluiten bij de meerderheid van de gevallen.'[269]

De bovenstaande problematiek heeft betrekking op de goederenrechtelijke consequenties die kunnen spelen bij vervreemding van een willekeurig goed dat een erfgenaam (of legataris) op wie een testamentaire last rust, krachtens erfrecht heeft verkregen. Mocht een lastverplichting specifiek betrekking hebben op een goed behorend tot de nalatenschap (door mij aan te duiden als een 'onpersoonlijke accessoire last'), dan komt naar mijn mening een extra (civielrechtelijk) probleem naar voren bij de eventuele vervreemding van dat betreffende goed. In het eerder gegeven voorbeeld heeft de last betrekking op het uit de nalatenschap verkregen paard, aangezien dat paard verzorgd dient te worden. Overigens zullen veel onpersoonlijke lasten geen betrekking hebben op een verkregen nalatenschapsgoed. Bij de verplichting om een marmeren standbeeld voor de erflater op te richten of om een studiereis te maken, zal geen specifiek nalatenschapsgoed in het bijzonder getroffen worden door de opgelegde verplichting. Dit is anders als de erflater de last heeft opgelegd om van het hem toebehorende, zich in zijn garage bevindende, marmeren blok een standbeeld te laten maken. Deze last heeft dan specifiek betrekking op het door de erflater nagelaten marmeren blok, hetgeen in theorie gevolgen zou kunnen hebben voor de waardering van de verkrijging krachtens erfrecht van dit marmeren blok. Hetzelfde zou men dan ook kunnen bepleiten wat betreft de waardering van het krachtens erfrecht verkregen paard waarbij de verkrijger een testamentaire lastverplichting is opgelegd om voor het paard van de erflater te zorgen, zoals ik hierna zal uiteenzetten.

Afhankelijk van de formulering van de door de erflater opgenomen lastbepaling zal bij de verkoop van het paard voor de erfgenaam het gevaar bestaan dat zijn gehele erfrechtelijke verkrijging vervallen wordt verklaard indien de verkoop en levering van het paard (en dus het veranderen van eigenaar van het paard) niet te verenigen zouden zijn met de nakoming van de testamentaire lastverplichting in de toekomst. Men zal dus van geval tot geval dienen te beoordelen of (en op welke wijze) de verkoop en levering van i.c. het paard er niet aan in de weg staan dat de opgelegde testamentaire lastverplichting nagekomen kan blijven worden om vervallenverklaring van de gehele erfrechtelijke verkrijging te voorkomen.

---

269 T.J. Mellema-Kranenburg, P. Blokland, W.D. Kolkman, F.W.J.M. Schols & R.L. Albers-Dingemans, 'Concept-Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW (II, slot)', *WPNR 6867* (2010), zie onderdeel 'Art. 4:131 lid 1 'Vervallenverklaring' jo. art. 138 lid 2 BW 'Rechtsverhouding tussen de rechthebbende onder ontbindende en die onder opschortende voorwaarde'. Overigens vind ik het door de Commissie Erfrecht aanhalen van art. 3:84 lid 4 BW ongelukkig aangezien dat artikellid gaat over de levering ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis, terwijl de last geen verbintenis is.

Om het paard te kunnen verkopen is het wellicht noodzakelijk dat de erfgenaam-verkoper met de koper afspraken moet maken om te bewerkstelligen dat de erfgenaam zijn lastverplichting kan blijven nakomen. De nieuwe eigenaar zal bijvoorbeeld de erfgenaam toegang moeten geven tot het paard zodat de erfgenaam het paard kan blijven verzorgen.[270] Eveneens is het denkbaar dat een voorziening moet worden getroffen voor de situatie dat de nieuwe eigenaar het paard in de toekomst zou verkopen aan een nieuwe verkrijger (terwijl de erfgenaam verplicht blijft het paard te verzorgen). De koper zal bijvoorbeeld middels een kettingbeding op straffe van een boete verplicht dienen te worden jegens de erfgenaam-verkoper om de rechtsopvolgers van de koper (alsmede hun rechtsopvolgers) dezelfde verplichting met betrekking tot het paard op te leggen ten behoeve van de erfgenaam-verkoper.

Bovenstaande problematiek zal zich niet voordoen bij een testamentaire last die niet een verplichting oplegt met betrekking tot een goed van de nalatenschap, zoals de veelvuldig genoemde last tot het maken van een studiereis of tot het doen lezen van missen. Dergelijke onpersoonlijke lasten (die ik 'onpersoonlijke niet-accessoire lasten' noem) zullen niet de vraag oproepen of de verkoop van een geërfd goed aan de nakoming van de lastverplichting in de weg staat. De lastverplichting heeft immers geen betrekking op een goed van de nalatenschap. Maar ook bij een dergelijke 'onpersoonlijke niet-accessoire last' geldt het eerdergenoemde probleem, te weten dat men de krachtens erfrecht verkregen goederen wellicht slechts voorwaardelijk kan leveren zolang niet zeker is dat de last is uitgevoerd. Het zou daarom denkbaar kunnen zijn dat de koper om die reden garanties van de erfgenaam wil verkrijgen dat de erfgenaam zijn testamentaire last zal uitvoeren zodat de ontbindende voorwaarde nooit zal intreden.

Gezien het bovenstaande kan men concluderen dat een testamentaire last kan leiden tot civielrechtelijke problemen bij de vervreemding van een krachtens erfrecht verkregen goed, in het bijzonder geldt dat voor vervreemding van het nalatenschapsgoed indien daarop de testamentaire last betrekking heeft (door mij aangeduid als een 'onpersoonlijke accessoire last'). In het laatste geval zal bezien moeten worden of door mogelijke vervreemding van het goed de lastverplichting nog kan worden nagekomen (en of er dus een reëel gevaar van vervallenverklaring van de verkrijging bestaat) en/of nadere regelingen tussen de verkoper en koper moeten worden getroffen om de uitvoering van de last te kunnen (blijven) verzekeren.

Waartoe dienen de vorengaande civielrechtelijke beschouwingen voor de toepassing van de Successiewet te leiden? Het door de Successiewet negeren

270 Overigens zou het gegeven dat de erfgenaam de verzorging van de koper uit handen zal nemen ook een waardestijgend effect op de verkoopprijs kunnen bewerkstelligen.

van de *verplichting* uit een onpersoonlijke last kan enkel, zoals eerder in deze paragraaf is opgemerkt, begrepen worden vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, hanteerbaarheid van de waarderingsvoorschriften van de wet en het voorkomen van het ontgaan van heffing. Ik zal mij om die redenen, zoals eerder vermeld, dan ook (met tegenzin) aansluiten bij het uitgangspunt dat enkel persoonlijke testamentaire lasten voor aftrek in aanmerking komen, zij het dat bij de persoonlijke lasten de verrekening (via art. 53 SW) mogelijk is nu er – anders dan bij een onpersoonlijke last – een 'lastbevoordeelde' op grond van art. 1 SW in de heffing kan worden betrokken. Desalniettemin meen ik dat in het kader van de waardering van de *verkrijging* ingevolge art. 21 lid 1 SW rekening zou kunnen worden gehouden met eventuele 'onpersoonlijke accessoire lasten' en dat de wet hiertoe reeds een grondslag biedt. Een dergelijke testamentaire lastverplichting beïnvloedt in negatieve zin de waarde in het economisch verkeer van (in het bijzonder) het goed waarop de last betrekking heeft. Ik zou dan ook willen verdedigen dat in het kader van de in art. 21 lid 1 SW in aanmerking te nemen waarde in het economisch verkeer van het verkregene, de door mij gesignaleerde civielrechtelijke complicaties bij eventuele vervreemding van het goed waar de 'onpersoonlijke accessoire last' betrekking op heeft, voor de door de Successiewet aan de erfrechtelijke verkrijging van dit goed toe te kennen waarde een waardedrukkend effect zouden kunnen hebben.

Hoewel de met de last belaste verkrijger zijn (gehele) recht onder ontbindende voorwaarde verkrijgt (waarmee in civielrechtelijke zin rekening gehouden dient te worden zolang de last nog niet is nagekomen en de ontbindende voorwaarde nog kan intreden), zal ik – ondanks civielrechtelijke gevolgen daarvan – niet uitgaan van een waardedrukkend effect met betrekking tot al hetgeen de verkrijger op wie de last rust voorwaardelijk heeft verkregen. Immers acht ik het verdedigbaar dat art. 4:138 lid 3 BW van toepassing zal zijn zodat de erfgenaam in de regel de bevoegdheid zal toekomen om de verkregen goederen te vervreemden en te verteren. Bovendien lijkt het in het systeem van de Successiewet te passen om geen rekening te houden met een eventueel waardedrukkend effect van een verkrijging onder ontbindende voorwaarde.[271] De Successiewet geeft echter alleen een regeling voor de waardering van een specifieke erfrechtelijke verkrijging onder ontbindende voorwaarde. In de Successiewet is namelijk in art. 21 lid 2 SW een bepaling opgenomen wat betreft de waardering van een verkrijging van goederen onder ontbindende voorwaarde van overlijden waarbij zich een opschortende voorwaarde ten gunste van de verwachter aansluit (een zogenoemde tweetrapsmaking; zie art. 4:141 BW).

271 Bij een verkrijging onder ontbindende voorwaarde zal onmiddellijk worden geheven nu direct uitvoering gegeven zal worden aan de verbintenis; zie CB S&E 2014-2015, nr. 7.1.0.C. Ingevolge art. 53 lid 1 SW komt de verkrijger onder ontbindende voorwaarde wel voor vermindering van de aanslag in aanmerking als de ontbindende voorwaarde wordt vervuld.

Volgens art. 21 lid 2 SW dienen deze goederen in dat geval in aanmerking te worden genomen naar de waarde van die goederen als waren zij onvoorwaardelijk verkregen.[272] Deze bepaling roept bij mij dan ook in eerste instantie de vraag op of een verkrijging onder ontbindende voorwaarde *zonder* een daarbij aansluitende verkrijging onder opschortende voorwaarde ten gunste van een verwachter (zoals bij een testamentaire last het geval zal zijn) dus niet gewaardeerd hoeft te worden als een onvoorwaardelijke verkrijging. In dat geval zou dus bij de heffing ingevolge de Successiewet met de voorwaardelijkheid rekening dienen te worden gehouden, waarbij de vraag nog onbeantwoord blijft hoe deze voorwaardelijkheid gewaardeerd zou moeten worden. Bij de verkrijging van een recht onder ontbindende voorwaarde omdat er een testamentaire last is opgelegd, zou men dan de voorwaarde moeten waarderen, bijvoorbeeld door acht te slaan op de kans dat de verkrijging vervallen wordt verklaard. Desalniettemin dient in het systeem van de Successiewet te worden aangenomen dat een verkrijging onder ontbindende voorwaarde (ook zonder een daarbij aansluitende verkrijging onder opschortende voorwaarde ten gunste van een verwachter) in eerste instantie wordt belast als ware het een onvoorwaardelijke verkrijging.[273] Het verdient naar mijn mening de voorkeur als dit in de wet tot uitdrukking wordt gebracht, bijvoorbeeld met een aan art. 21 lid 2 SW vergelijkbare bepaling.

De slotsom is wat mij betreft dan ook dat alleen in het geval van een verkrijging van een goed waarop de last betrekking heeft, een waardedrukkend effect toegelaten zou kunnen worden ingevolge art. 21 lid 1 SW.[274] Hoewel de testamentaire last op de *persoon* van een erfgenaam of legataris rust, heeft de 'onpersoonlijke accessoire last' met betrekking tot een nalatenschapsgoed (tot

272 Ingevolge art. 53 lid 1 SW komt de verkrijger onder ontbindende voorwaarde in dit geval bij vervulling van de voorwaarde niet in aanmerking voor vermindering van de aanslag.

273 Zie Sonneveldt 2004, par. 1.2. Ik meen dat de navolgende redenering die in de parlementaire geschiedenis is gebruikt om ten aanzien van de verkrijging onder ontbindende voorwaarde door de bezwaarde in het geval van een tweetrapsmaking geen waardedrukkend effect aan te nemen, eveneens kan worden toegepast voor een verkrijging onder ontbindende voorwaarde sec. Ik citeer uit de parlementaire geschiedenis van art. 21 SW: '*De bezwaarde eigenaar toch verkrijgt volledige rechten en niet, zoals een vruchtgebruiker, alleen maar genotsrechten. De bezwaarde mag dan ook, anders dan de vruchtgebruiker, onder bepaalde voorwaarden het fideïcommissair vermogen vervreemden en bezwaren (art. 1032 BW). Weliswaar is de bezwaarde in verschillende opzichten beperkt in de beschikking over zijn goederen, doch dat feit kan op zichzelf geen afdoend motief vormen voor een andere schattingsmethode dan die voor goederen waarvan het volledige recht wordt verkregen.*' (MvA, *Kamerstukken II* 1953/54, 915, nr. 5, p. 15 en 16.)

274 De waarde in het economisch verkeer is in beginsel de verkoopwaarde. De Hoge Raad heeft meermalen overwogen dat onder waarde in het economische verkeer als bedoeld in artikel 21 lid 1 van de SW moet worden verstaan 'de prijs, die bij aanbieding ten verkoop op de meest geschikte wijze en na beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde zou zijn besteed.' Zie bijvoorbeeld HR 6 april 2007, *V-N* 2007/2025 en HR 6 maart 1963, *BNB* 1963/113. Zie uitgebreid over de waarde in de Successiewet 1956: Burgerhart 2008, p. 295-376.

instandhouding, verzorging en dergelijke) mijns inziens een waardeverminderende werking ten aanzien van het *verkregene* aangezien deze last zodanig aan het verkregene is verbonden dat vervreemding van het verkregene niet zonder meer mogelijk is zolang de ontbindende voorwaarde nog kan intreden.[275] Deze door mij voorgestane benadering brengt echter de moeilijke vraag met zich hoe de verkrijging van het verkregene in dat specifieke geval gewaardeerd zou dienen te worden en of nadere regelgeving daarvoor noodzakelijk is. Wellicht kan men de waarde op een forfaitaire wijze bepalen bijvoorbeeld door eerst aan de verplichting (om het paard te verzorgen, om het standbeeld op te richten met het door de erflater nagelaten marmeren blok) een waarde toe te kennen om vervolgens te bepalen dat van deze waarde van de verplichting een vastgesteld percentage in aftrek gebracht mag worden op de waarde in het economisch verkeer (zonder rekening te houden met de 'onpersoonlijke accessoire last') van het betreffende nalatenschapsgoed. Hierbij zal eveneens rekening dienen te worden gehouden met de geschatte duur van de uitvoering van de lastverplichting. Gedurende deze periode zal vervreemding van het verkregen goed waar de last betrekking op heeft op civielrechtelijke problemen stuiten wegens de mogelijkheid van de vervallenverklaring.

De moeilijkheden die de waardering van het verkregen goed (waar de testamentaire last betrekking op heeft) in mijn benadering met zich brengt, roepen wellicht de terechte vraag op of de rechtspraktijk met een dergelijke voorgestane benadering gebaat is. *Quod non.* Desalniettemin acht ik het van belang om met het bovenstaande inzichtelijk te maken dat een testamentaire last van invloed kan zijn op de verkrijging van een goed en daarmee op de waardering van dat goed. Hiermee wordt geen afbreuk gedaan aan de heersende leer, inhoudende dat de testamentaire onpersoonlijke last*verplichting* (de passivazijde van de verkrijging) niet voor aftrek in aanmerking komt. Mijn betoog richt zich namelijk op de waardering van het verkregene (activa-zijde). De door mij voorgestane waardering is mijns inziens in lijn met hetgeen Burgerhart in zijn proefschrift over 'Waarde en erfrecht' in algemene zin over de waardering in de Successiewet opmerkt, te weten: '*Zoals gezegd dient bij de waardering te worden bedacht dat de heffing van successiebelastingen de waarde van goederen in overgang betreft die belanden bij een verkrijger, waarbij van de persoon van de erflater of schenker dient te worden geabstraheerd (objectivering), en de verkrijging dient te worden bezien tegen de achtergrond van de maatschappelijke werkelijkheid waarin de verkrijger zich bevindt (subjectivering). In alle gevallen zullen de voor de heffing van successiebelastingen relevante waarderingsfactoren, ook als deze de*

275 Vgl. Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, Aantekening 13.9, Last tot instandhouding bij: Successiewet 1956, Artikel 21.

betrokken subjecten betreffen, objectief, in een virtuele werkelijkheid, moeten worden beoordeeld.'[276]

Ook indien men overigens in het kader van de waardering van het verkregen goed feilloos rekening zou kunnen (en mogen) houden met het waardedrukkend effect van de testamentaire lastverplichting die op het goed betrekking heeft, zal niet voorkomen worden dat mijn benadering in vergelijkbare gevallen tot verschillende en daarmee onbevredigende resultaten zal kunnen leiden. Om bij het klassieke voorbeeld van de testamentaire last tot oprichting van een (marmeren) beeld van de erflater te blijven, zal bij de heffing van erfbelasting geen rekening gehouden worden met deze onpersoonlijke lastverplichting. Om deze last uit te voeren zullen de erfgenamen op wie de last rust, desalniettemin een blok marmer dienen aan te schaffen en vervolgens een kunstenaar de opdracht moeten geven (en betalen) om er een beeld van de erflater van te maken. Indien de erflater (met een nalatenschap van dezelfde omvang) de lastverplichting had opgelegd om met het tot de nalatenschap behorende stuk marmer een beeld te laten oprichten (de onpersoonlijke accessoire last), zou in de door mij voorgestane benadering rekening met deze last mogen worden gehouden in het kader van de waardering van het krachtens erfrecht verkregen blok marmer. Ook deze erfgenamen zullen vervolgens een kunstenaar moeten betalen om van het blok marmer het beeld te maken. Hoewel in beide situaties voor de erfgenamen per saldo hetzelfde resteert (zijnde de nalatenschap verminderd met het blok marmer dan wel het geld waarmee een blok marmer is gekocht en verminderd met het loon van kunstenaar), zal de belastbare verkrijging voor de erfgenamen in het tweede geval kleiner zijn indien men de door mij naar voren gebrachte benadering zou volgen. Om aan een dergelijke onwenselijk uitkomst te ontkomen, zou men de bovenstaande benadering links moeten laten liggen dan wel uitdrukkelijk moeten verwerpen.

Men dient naar mijn mening tot slot te bezien of desalniettemin tegemoet kan worden gekomen aan het gevoel dat de uitvoering van sommige onpersoonlijke lasten wel degelijk tot aftrek zou moeten leiden. In het meest ideale wettelijke systeem zou de nodige flexibiliteit geboden moeten worden zodat rekening kan worden gehouden met de concrete omstandigheden van de onpersoonlijke last (zie hierna kanttekening 4).

---

276 Burgerhart 2008, p. 351. Op p. 352 van het proefschrift merkt Burgerhart op dat '(…) *objectieve* factoren waarmee *men* als verkrijger rekening zal behoren te houden, zoals contractuele bepalingen alsmede persoonlijke of zakelijke rechten van derden, wel op de waardering van invloed zijn.' Burgerhart verwijst in dit kader onder meer naar HR 3 maart 1993, *BNB* 1993/129 en HR 3 april 1974, *BNB* 1974/140.

Kanttekening 4: geen aftrek, tenzij …?
Zoals uit het bovenstaande valt af te leiden, zijn verschillende gradaties van onpersoonlijke lasten te onderscheiden. Sommige lasten zijn niet in geld waardeerbaar, zoals de last om elk jaar ter nagedachtenis aan de erflater het lievelingsgedicht van de erflater in familiekring voor te dragen. Bij het uitvoeren van dergelijke lasten doemt de vergelijking met een 'gentleman's agreement' jegens erflater op. Het moge duidelijk zijn dat de omvang en inhoud van de last nauw samenhangen met de formulering van de opgelegde verplichting. Heel concreet is bijvoorbeeld de last om een bronzen beeld van de erflater in het Van der Werffpark te laten oprichten, aan welke oprichting maximaal € 50.000 besteed mag worden. Deze last is wat betreft uitgaven concreet en afgebakend. Het is mogelijk dat de erflater deze last ook nog in tijd heeft begrensd door de te bepalen dat het beeld binnen een jaar moet zijn opgericht. Alsdan worden de erfgenamen geconfronteerd met een last die zowel wat betreft de uitgaven als in tijd is afgebakend. Is het gerechtvaardigd om met een dergelijke aan de erfgenamen opgelegde concrete last op geen enkele wijze rekening te houden?

De wetgever zal bij het treffen van een regeling altijd worstelen met rechtvaardigheid aan de ene kant en rechtszekerheid en uitvoerbaarheid aan de andere kant. De rechtszekerheid en uitvoerbaarheid brengen met zich dat in beginsel een op de verkrijger rustende onpersoonlijke last niet tot aftrek zou moeten leiden. Indien men zou mogen streven naar een perfect wettelijk systeem en de uitvoerbaarheid op de achtergrond zou plaatsen, zou er mijns inziens ruimte moeten zijn om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. De rechtvaardigheid kan immers met zich brengen dat men met de ene onpersoonlijke last wel rekening houdt en met de andere niet. Men dient zich dan echter de vraag te stellen wat de elementen zijn die ertoe kunnen leiden dat wel rekening met de onpersoonlijke last zou mogen worden gehouden (welke tot aftrek op de belastbare verkrijging kan leiden) waarbij men ook oog houdt voor uitvoerbaarheidsaspecten.

Te denken valt aan bijvoorbeeld de volgende elementen:
1. Civielrechtelijke aspecten van de last.
2. Komt de last ten goede aan degene op wie de last rust of heeft deze persoon er niets aan?
3. Ligt in de last besloten het zijn van een goed huisvader?
4. Is de last concreet van aard, aan een concrete termijn gebonden en op geld waardeerbaar?

Ad 1. In het vorengaande werd aangevoerd dat er civielrechtelijke aspecten aan een testamentaire last zijn verbonden waarmee rekening gehouden zou kunnen worden in het kader van de waardering van het verkregene, mits de last op het verkregene betrekking heeft. Aan deze benadering waren echter

de nodige praktische bezwaren verbonden en bovendien leidt deze benadering tot ongewenste uitkomsten, zodat aan de civielrechtelijke aspecten naar mijn mening geen doorslaggevende betekenis toekomt bij het antwoord op de vraag wanneer met een onpersoonlijke last rekening gehouden dient te worden.

Ad 2. De last om met het gelegateerde bedrag een studiereis te maken komt uiteindelijk ook aan de legataris ten goede zodat er geen noodzaak bestaat om met een dergelijke onpersoonlijke last rekening te houden. Dit kan anders zijn als degene op wie de last rust op geen enkele wijze in het kader van de last voordeel ondervindt. Zie hierna ad 4.

Ad 3. In de last om het rijpaard van de erflater te verzorgen ligt in wezen niet meer besloten dan de last om een goed huisvader te zijn, in casu een goede baas van het dier. Het verwaarlozen van een dier levert bovendien een strafbaar feit op.[277] Voor onpersoonlijke lasten waarin enkel besloten ligt om een goed huisvader te zijn (vgl. art. 7a:1781 lid 1 BW) bestaat geen noodzaak om hiermee rekening te houden in het kader van de heffing van erfbelasting.

Ad 4. Indien sprake is van een concrete last die op geld waardeerbaar is en waarvan degene op wie de last rust geen voordeel van de last ondervindt (zie ad 2.), zou de uitvoering van de last naar mijn mening in het meest ideale systeem wel degelijk dienen te leiden tot aftrekbaarheid van de kosten die gemaakt zijn in verband met de uitvoering van de last op de verkrijging van degene op wie de last rust. Dit zou naar mijn mening overigens ook kunnen gelden als de erflater niet duidelijk heeft gemaakt binnen welke termijn de last moet worden uitgevoerd aangezien men – zoals ook bij de onbenoemde persoonlijke last – pas met de last rekening zou dienen te houden na uitvoering daarvan.

Dus indien de erfgenaam overeenkomstig de hem opgelegde last een bronzen beeld van de erflater in het Van der Werffpark in Leiden van € 50.000 heeft opgericht, zou er naar mijn mening geen bezwaar tegen bestaan om van de belastbare verkrijging van de erfgenaam de uitvoeringskosten van de last van € 50.000 in aftrek te brengen. Indien men in de Successiewet een regeling zou opnemen die dit mogelijk zou maken, dient men uiteraard oog te houden voor het belang van de uitvoerbaarheid van een dergelijke regeling. Men zou de uitvoerbaarheid kunnen verzekeren door als uitgangspunt op te nemen dat geen aftrek voor onpersoonlijke lasten wordt toegelaten, tenzij degene op wie de last rust met bescheiden (zoals bonnetjes) kan aantonen dat hij de last heeft uitgevoerd en welke kosten hij daarvoor heeft gemaakt. De bewijslast ligt

277 Zie per 1 juli 2014 de Wet Dieren.

alsdan op de belastingplichtige op wie de testamentaire last rust. Zie in mijn tekstvoorstel art. 20 lid 8, tweede volzin SW (par. 6.5.3.6).

Men kan zich in het kader van het bovenstaande afvragen of het gerechtvaardigd is dat de gemaakte kosten ter uitvoering van de last wel in aftrek komen, terwijl bijvoorbeeld gemaakte kosten van vereffening van de nalatenschap of kosten van de executele niet in aftrek voor de Successiewet komen, terwijl laatstbedoelde kosten in civielrechtelijke zin zelfs als schulden van de nalatenschap worden aangemerkt (zie art. 4:7 lid 1 sub c en d BW). Anders dan bij een opgelegde testamentaire lastverplichting dreigt er in verband met de verplichting de kosten van vereffening van de nalatenschap (of executele) te voldoen geen vervallenverklaring van de verkrijging. Met name acht ik voor de vraag waarom met een onpersoonlijke last eventueel wel in het kader van de heffing van erfbelasting rekening zou dienen te worden gehouden en met gemaakte kosten van vereffening van de nalatenschap niet, van belang dat de testamentaire lastverplichting reeds met het overlijden van de erflater bestaat en krachtens erfrecht op een erfgenaam of legataris rust. Voor de gemaakte kosten van vereffening van de nalatenschap geldt dat uiteraard niet. Vanuit het perspectief van de erfbelasting als tijdstipbelasting[278] zou men dan ook naar voren kunnen brengen dat rekening gehouden zou dienen te worden met de waardering van de testamentaire lastverplichting. De *uitvoeringskosten* van de lastverplichting worden echter pas na het overlijden gemaakt zodat om die reden op zijn beurt verdedigd kan worden dat de heffing van de erfbelasting daar in beginsel geen rekening mee kan houden. Bovendien zijn de uitvoeringskosten niet hetzelfde als de waarde van de lastverplichting, nog los van de vraag hoe de waarde van een lastverplichting dient te worden vastgesteld. Men zou immers met recht kunnen bepleiten dat de waarde van de lastverplichting vele malen de uitvoeringskosten van de last overtreft. Stel dat aan een erfgenaam, die € 1.000.000 krachtens erfrecht verkrijgt, de last wordt opgelegd om een beeld van de erflater op te richten met een waarde van € 50.000 en de erfgenaam daadwerkelijk het beeld voor dat bedrag opricht. Men kan vervolgens concluderen dat de lastverplichting ten tijde van het overlijden van erflater veel meer waard is dan € 50.000 aangezien bij niet-uitvoering van de last de gehele erfrechtelijke verkrijging van € 1.000.000 vervallen verklaard kan worden.

Nu de *waarde van de lastverplichting* in wezen niet is vast te stellen en het daarom begrijpelijk is dat de waarde van de lastverplichting geen rol speelt bij de heffing van de erfbelasting, kunnen de *kosten van de uitvoering* van de lastverplichting daarentegen uiteindelijk wel worden vastgesteld. Men zou daarom analoog aan art. 53 lid 1 SW (vgl. ook de toegelaten aftrek in HR

278 Waarbij bijvoorbeeld geen rekening wordt gehouden met de uitkomst van een verdeling, vgl. HR 2 januari 1903, *PW* 9536.

2 maart 1966, *BNB* 1966/106) kunnen bepleiten dat de heffing van de erfbelasting zich na uitvoering van de onpersoonlijke last onder omstandigheden dient te richten naar de uiteindelijke verkrijging krachtens erfrecht (waarbij rekening wordt gehouden met de uitvoeringskosten van de last). Het moge duidelijk zijn dat de erfrechtelijke verkrijger op wie de last rust de uitvoeringskosten van de last moet maken om te voorkomen dat zijn erfrechtelijke verkrijging kan worden vervallen verklaard. Per saldo resteert er immers per definitie voor de erfrechtelijke verkrijger die niet geconfronteerd wenst te worden met een vervallenverklaring van zijn verkregen recht een netto-verkrijging, zijnde de erfrechtelijke verkrijging minus de gemaakte kosten ter uitvoering van de last. Deze uiteindelijke verkrijging betreft dus de verkrijging waarbij rekening wordt gehouden met schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht op de verkrijger rusten (waaronder onder omstandigheden de uitgevoerde opgelegde onpersoonlijke last zoals in art. 20 lid 8 SW van mijn in par. 6.5.3.6 opgenomen tekstvoorstel is bepaald; zie ook art. 1 SW van dit tekstvoorstel).

D) Conclusie

Voor de praktische uitvoering van de regeling van de erfbelasting lijkt het mij ook na de door mij geschetste kanttekeningen gerechtvaardigd dat in beginsel geen rekening wordt gehouden met onpersoonlijke lasten (het liefst duidelijk gemaakt met een wettelijke bepaling; zie art. 20 lid 8 in het in par. 6.5.3.6 opgenomen tekstvoorstel). Indien men echter na uitvoering van de lastverplichting – welke verplichting reeds met het overlijden van de erflater bestaat en krachtens erfrecht op de erfgenaam (of legataris) rust – kan aantonen wat de uitvoering van de last heeft gekost, kan ik mij (vgl. ook art. 53 lid 1 SW) vinden in een bepaling op grond waarvan deze kosten in mindering gebracht zouden mogen worden op de belastbare verkrijging (zie art. 20 lid 8, tweede volzin SW in mijn tekstvoorstel dat hierna in par. 6.5.3.6 is opgenomen). Per saldo resteert voor de erfrechtelijke verkrijger die niet geconfronteerd wenst te worden met een vervallenverklaring nooit meer dan een netto-verkrijging, zijnde de erfrechtelijke verkrijging minus de gemaakte kosten ter uitvoering van de last.

De slotsom van deze paragraaf dient vooralsnog te zijn – gezien de huidige niet-aftrekbaarheid van een testamentaire onpersoonlijke last voor de heffing van erfbelasting en de aan de testamentaire lastbepaling verbonden verstrekkende goederenrechtelijke consequenties vanwege de mogelijke vervallenverklaring – dat de erflater er bij het maken van een uiterste wilsbeschikking verstandig aan doet te bezien of het daadwerkelijk gewenst is om voor het bereiken van zijn doelstelling een testamentaire (onpersoonlijke) lastbepaling

op te nemen of dat met een verzoek (geformuleerd als wens) aan de erfrechtelijke verkrijgers volstaan kan worden.[279]

6.5.3.6 Tekstvoorstel wettelijke regeling heffingsgrondslag (art. 1 en 20 SW)

Al het bovenstaande kan wat mij betreft leiden tot de volgende bepalingen.

Artikel 1
1. *Krachtens deze wet worden de volgende belastingen geheven:*
1°. *erfbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens erfrecht verkrijgt door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde [onder aftrek van de waarde van de schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht ten laste van de verkrijger komen met inachtneming van het bepaalde in art. 20 lid 3 en lid 8 SW];*
2° *schenkbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens schenking verkrijgt van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde.*
(…)

Artikel 5 vervalt en artikel 5 lid 2 wordt opgenomen in artikel 20 lid 9.

Artikel 20
1. *Van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt, kunnen voor de regeling van de erfbelasting de kosten van de lijkbezorging als bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek en lid 2 van dit artikel worden afgetrokken die ten laste komen van de betreffende verkrijger.*
2. *Onder de kosten van lijkbezorging kunnen voor de toepassing van deze wet worden begrepen de sommen, besproken of uitgekeerd voor de uitvaart van de erflater en de tot een jaar na het overlijden te zijnen behoeve te houden godsdienstige of levensbeschouwelijke plechtigheden.*
3. *Van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt, kunnen voor de regeling van de erfbelasting de in art. 4:182 lid 2 BW bedoelde schulden van de erflater die door het overlijden van de erflater ten laste van de verkrijger komen, slechts in aanmerking worden genomen voor zover zij rechtens afdwingbaar zijn en alsdan behoudens het navolgende:*
   a. *lopende renten en andere periodieke verplichtingen, alsmede zakelijke belastingen, dijk- en polderlasten, molen- en sluisgelden en soortgelijke omslagen zijn slechts aftrekbaar tot en met de dag van het overlijden;*
   b. *belastingschulden kunnen niet worden afgetrokken, voor zover daarvoor ontheffing kan worden verkregen.'*
(…)
8. *Van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt, kan voor de regeling van de erfbelasting de op de verkrijger rustende testamentaire lastverplichting slechts*

279 Zie ook Handboek Erfrecht 2011, VII 3.2 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 241.

in aanmerking worden genomen indien de bevoordeelde ingevolge deze testamentaire last in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken. [Indien er geen bevoordeelde in de heffing kan worden betrokken, terwijl de lastverplichting concreet van aard is, zijn de met uitvoering van de last direct verband houdende kosten slechts aftrekbaar indien de verkrijger op wie de lastverplichting rust kan aantonen dat de last daadwerkelijk is uitgevoerd en de uitvoering van de last het eerder bedoelde geldbedrag heeft gekost.]

9. *Van hetgeen iemand krachtens schenking verkrijgt, kunnen voor de regeling van de schenkbelasting de aan de betreffende schenking verbonden lasten en verplichtingen, waardoor hetzij de schenker, hetzij een derde wordt gebaat, worden afgetrokken. [Indien er geen bevoordeelde in de heffing kan worden betrokken, terwijl de lastverplichting concreet van aard is, zijn de met uitvoering van de last direct verband houdende kosten slechts aftrekbaar indien de verkrijger op wie de lastverplichting rust kan aantonen dat de last daadwerkelijk is uitgevoerd en de uitvoering van de last het eerder bedoelde geldbedrag heeft gekost.]*

6.6 TOT SLOT

In dit hoofdstuk is bezien op welke wijze het legaat en andere verkrijgingen krachtens erfrecht in de heffing van de Successiewet worden betrokken. Het legaat kan pas begrepen worden in het licht van de afbakening met de testamentaire last, zodat naast het legaat in het bijzonder de fiscale behandeling van de testamentaire last aan bod is gekomen, ook in historisch perspectief. Met de komst van het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 is het 'werkterrein' van het legaat flink uitgebreid ten koste van de last, zodat sommige beschikkingen die voorheen werden aangemerkt als een testamentaire last heden ten dage als een legaat kwalificeren. De wijze van heffing van de Successiewet blijkt te verschillen afhankelijk van de vraag of sprake is van een verkrijging krachtens legaat of krachtens lastbevoordeling. Hierbij is de vraag gesteld of verschillen in de (wijze van) heffing gerechtvaardigd worden in het licht van de aansluiting van de heffing van erfbelasting bij de civielrechtelijke verkrijging *krachtens erfrecht*, waartoe zowel de lastbevoordeling als de verkrijging krachtens legaat behoren. Indien sprake is van een onpersoonlijke last (waarbij dus geen lastbevoordeelde aanwezig is), heb ik bepleit dat aftrek van de met de uitvoering van een onpersoonlijke last verband houdende kosten gerechtvaardigd zou kunnen zijn in het geval een onpersoonlijke last wordt uitgevoerd waarvan de verplichting door de erflater geconcretiseerd is. In dit hoofdstuk kom ik uiteindelijk tot de conclusie dat aanpassing van de heffingsgrondslag voor de Successiewet wenselijk is en heb ik een tekstvoorstel voor een nieuw art. 1 en art. 20 van de Successiewet geformuleerd.

In het volgend hoofdstuk worden verschillende toepassingsgebieden van het legaat onderscheiden die men in het kader van estate planning aantreft. Anders

dan in dit hoofdstuk staat in het komend hoofdstuk niet alleen de daadwerkelijke verkrijging krachtens erfrecht door de legataris centraal die op grond van art. 1 SW in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken, maar met name ook de *fictieve* verkrijgingen krachtens erfrecht die dergelijke 'estate planningslegaten' in de toekomst kunnen opleveren.

7 Het legaat als estate planningsinstrument en de Successiewet 1956

7.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden verschillende toepassingsgebieden van het legaat onderscheiden die men in het kader van estate planning aantreft. Hierbij zal aandacht worden besteed aan de mogelijke toepassing van de fictiebepalingen van de in 2010 gemoderniseerde Successiewet 1956. In het bijzonder zal geanalyseerd worden of, en zo ja, op welke wijze de verschillende te onderscheiden toepassingsgebieden van legaten trachten te bewerkstelligen dat de heffing van erfbelasting wordt beïnvloed. Hierbij dient bedacht te worden dat men met toepassing van legaten in testamenten, naast het aan de legataris in beginsel willen toekennen van een vermogensvoordeel, niet altijd dezelfde doelen tracht te bereiken. Met afvullegaten zal men bijvoorbeeld beogen belasting te besparen bij het overlijden van de eerste echtgenoot (waarbij heffing van extra erfbelasting bij het overlijden van de langstlevende voor lief wordt genomen), terwijl met legaten in turbotestamenten of ik-opa-testamenten met name gepoogd wordt een belastingbesparing bij het tweede overlijden (het overlijden van de langstlevende echtgenoot) te bewerkstelligen.

Bij estate planning, de discipline waarbij men zich met civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten bezighoudt van vermogensovergang (door – in het bijzonder – overlijden),[1] is met enige regelmaat sprake van een kat-en-muisspel tussen de wetgever en de estate planningspraktijk. Zo heeft de wetgever in reactie op in de praktijk gehanteerde – en in zijn ogen – 'agressieve testamentvormen' met de modernisering van de Successiewet in 2010 getracht dergelijke testamentvormen onder de heffing van de Successiewet te brengen. Volgens de toenmalige staatssecretaris van Financiën werd met deze testamenten onmiddellijk of in de toekomst successierecht bespaard door middel van civielrechtelijke kunstgrepen, terwijl vanuit economisch oogpunt geen enkele

1 Zie over het fenomeen estate planning Van Mourik 2007. Sonneveldt omschrijft de kern van de estate planning in een interview in het Weekblad voor Fiscaal Recht als '(…) *het doen overgaan van vermogen op anderen, op een wijze die aansluit bij hetgeen de overdrager voor ogen staat, zonder daarbij de fiscale mogelijkheden uit het oog te verliezen*.' Sonneveldt plaatst hierbij echter de kanttekening dat het zijns inziens belangrijk is dat de planning hanteerbaar is, dat voorzichtig wordt omgegaan met structuren en dat cliënten begrijpen wat er aan hen geadviseerd wordt. Zie De Kroon & Helmer 2014.

opoffering heeft plaatsgevonden. Zonder aanpassing van de Successiewet zou heffing (gedeeltelijk) achterwege blijven omdat dergelijke 'kunstgrepen' veelal niet onder de belastbare (fictieve) erfrechtelijke verkrijging geschaard konden worden. Thans dient dan ook bezien te worden op welke wijze het legaat onder de gemoderniseerde Successiewet nog een rol op het gebied van estate planning speelt, alsmede of de wetgever niet is doorgeschoten in het aanpakken van de eerder bedoelde 'agressieve testamentvormen'. Echter kan niet volstaan worden met eventuele aanbevelingen aan de wetgever. Ook op de adviseurs van de testateurs rust een verantwoordelijkheid om de testateur een deugdelijk en hanteerbaar testament op te laten stellen en te behoeden voor het toepassen van 'kunstgrepen' waarbij immers altijd de kans bestaat dat de wetgever daartegen met wetgeving zal opkomen. Sonneveldt verwoordt het belang van hanteerbaarheid van de estate planning als volgt: '*Teneinde een fiscaal optimum na te streven, wordt vaak alles uit de kast gehaald en ontstaan situaties die juridisch niet langer overeenstemmen met hetgeen cliënten voor ogen stond. Deze vorm van adviseren draagt ook een bepaalde kwetsbaarheid in zich. Vergelijk een Jenga-toren. Je trekt er één bouwsteen uit en dan stort het hele bouwwerk in. Denk hierbij maar aan de ingewikkelde superturbo- en ik-opa-testamenten. Terwijl een degelijke structuur, en daarmee bedoel ik vooral een eenvoudigere structuur, tegen een stootje kan en de tand des tijds weet te doorstaan. Iets wat in de huidige tijd veel waard is.*'[2]

Uiteraard zullen naast de fiscaalrechtelijke aspecten juist ook de daarmee samenhangende civielrechtelijke aspecten van de in de estate planning gebruikte soorten legaten, voor zover deze niet eerder aan bod zijn gekomen, de revue passeren.

Het hoofdstuk wordt besloten met de vraag of de wetgever het gebruik van legaten (en andere uiterste wilsbeschikkingen) die de heffing van erfbelasting op niet gewenste wijze beïnvloeden, kan tegengaan met één specifieke fictiebepaling.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat in dit hoofdstuk vooral aandacht besteed zal worden aan het gebruik van de legaten binnen gezinsverband van een erflater, zijn langstlevende echtgenoot en hun gezamenlijke kinderen (alsmede eventuele kleinkinderen). Van belang is voorts te vermelden dat de aanduiding het 'eerste overlijden' ziet op het overlijden van de erflater (de eerststervende/de eerstoverledene) en het 'tweede overlijden' op het heengaan van de langstlevende echtgenoot. Overigens geldt het in dit hoofdstuk opgemerkte onverkort voor geregistreerde partners (met kinderen).[3] Voor de ongehuwd (meerderjarige) samenwonenden geldt dat deze ook als 'partner' voor

2 De Kroon & Helmer 2014.

3 Zie wat betreft het erfrecht art. 4:8 lid 1 BW en voor de fiscale wetgeving art. 2 lid 6 AWR en art. 5a lid 1 sub a AWR.

de Successiewet kunnen worden aangemerkt indien de personen voldoen aan de in art. 1a SW opgenomen vereisten.[4] Deze vereisten komen voor de erfbelasting kortweg neer op het gedurende zes maanden samenwonen op hetzelfde GBA-adres met een notarieel samenlevingscontract met daarin opgenomen een zorgverplichting dan wel gedurende ten minste vijf jaar samenwonen op hetzelfde GBA-adres indien geen sprake is van een notarieel samenlevingscontract. Op het gebied van het erfrecht geldt wel een belangrijk verschil tussen gehuwden en ongehuwd samenwonende partners: ongehuwden zijn geen versterferfgenamen van elkaar (art. 4:10 BW) en kunnen niet de wettelijke verdeling maken (art. 4:13 lid 1 BW). Indien zij kinderen hebben kunnen zij de wettelijke verdeling nabootsen door het opnemen van de quasi-wettelijke verdeling in het testament of door de samenwonende partner te benoemen tot enig erfgenaam en het kind een niet-opeisbaar geldbedrag te legateren ter grootte van zijn versterferfdeel (waarbij de partner als echtgenoot wordt aangemerkt).[5]

7.1.1 De te onderscheiden toepassingsgebieden van legaten in de estate planning

In dit hoofdstuk worden de volgende vier toepassingsgebieden van legaten door mij onderscheiden, te weten:

1. Legaten die aan de legataris de keuze geven van hetgeen hem gelegateerd wordt (keuzelegaten al dan niet tegen inbreng van de waarde) of de keuze bieden om per saldo de rente over een niet-opeisbare erfrechtelijke vordering te kunnen bepalen (de zogenoemde handmatige ventieltechniek). Zie par. 7.2.
2. Legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen, zoals (tweetraps)afvullegaten, legaten ter grootte van een vrijstelling en tweetrapslegaten (bijvoorbeeld ten behoeve van de kinderen gecombineerd met het enig erfgenaamschap van de langstlevende zodat bij het overlijden van de langstlevende alsnog gespreid uit twee nalatenschappen door de kinderen verkregen wordt. Zie par. 7.3.
3. Legaten (van niet tot de nalatenschap behorende goederen en van zich niet in de nalatenschap bevindende geldbedragen) die bewerkstelligen dat

4 Ook komen deze personen ingevolge art. 5.4 lid 6 Wet IB 2001 eveneens in aanmerking voor de defiscalisering van bepaalde verkrijgingen krachtens erfrecht.

5 In het kader van de samenwonende partner en het erfrecht is van belang dat de erflater ten behoeve van zijn levensgezel met wie hij een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan een voorwaarde aan een making kan verbinden inhoudende dat de vordering van een legitimaris voor zover deze ten laste van de levensgezel zou komen eerst opeisbaar is na diens overlijden (art. 4:82 BW). Op deze manier kan ook de samenwonende partner worden beschermd tegen een beroep van een kind op zijn legitieme portie.

een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind, zoals de niet-opeisbare ik-opa-legaten (en de vergelijkbare ik-opa-last), (super)turbolegaten alsmede vruchtgebruiklegaten tegen inbreng. Zie par. 7.4.
4. Legaten die betrekking hebben op reeds tijdens leven aan de legataris verkochte zaken, zoals het voorwaardelijk afstandslegaat. Zie par. 7.5.

Van de bovenstaande toepassingsgebieden van de legaten wordt in algemene zin de werkwijze besproken waarop de legaten hun doel trachten te bereiken. In dat kader komen enkele verschijningsvormen van dergelijke legaten aan bod. De in de praktijk gehanteerde verschijningsvormen van legaten worden logischerwijs niet allemaal (uitputtend) besproken. Bovendien is de werking van de huidige fictiebepalingen reeds door meer auteurs aan een grondige studie onderworpen.[6]

Nadat de werkwijze van de legaten per toepassingsgebied is beschreven zullen de besproken legaten aan een nadere fiscaalrechtelijke analyse worden onderworpen, waarbij met name de vraag centraal zal staan of en in hoeverre art. 30 SW en de fictiebepalingen art. 10 SW en art. 11 lid 2 SW van toepassing zijn en – in een slotbeschouwing – of dat op een verdedigbare wijze geschiedt en of aanpassing van de wetgeving wenselijk is.

7.2 Het keuzelegaat (tegen inbreng) en het legaat ter bepaling van de rente

In deze paragraaf worden de legaten behandeld die aan de legataris een keuze geven. Allereerst komt het legaat aan bod dat de legataris de mogelijkheid biedt te kiezen welke goederen hij gelegateerd wenst te krijgen, te weten: de keuzelegaten van tot de nalatenschap behorende goederen al dan niet tegen inbreng van de waarde van het gelegateerde gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat. Daarnaast wordt het gebruik van het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat beschreven dat als doel heeft om per saldo de rente over een erfrechtelijke niet-opeisbare vordering te kunnen bepalen (de zogenoemde handmatige ventieltechniek). Tot slot wordt in deze paragraaf bezien op welke wijze de Successiewet de besproken legaten behandelt.

6 In dit kader valt met name te denken aan de fiscale monografie van I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956. Fiscale monografieën ; nr. 100*, Deventer: Kluwer 2013. Eveneens kan gedacht worden aan bijvoorbeeld A.R. Autar, C.B. Baard, W.D. Kolkman, F. Sonneveldt (red.), *Compendium Estate Planning*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014 en W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, Zutphen: Walburgpers 2013.

7.2.1 Het keuzelegaat (tegen inbreng)

7.2.1.1 Het keuzelegaat ten behoeve van de partner

Met het gebruik van keuzelegaten tracht men in de testamentenpraktijk de legataris de mogelijkheid te bieden om te kunnen kiezen van welke tot de nalatenschap behorende goederen hij de volle eigendom gelegateerd wenst te krijgen, al dan niet onder de verplichting voor de legataris om de waarde van de gekozen goederen in te brengen. De inbrengverplichting zal civielrechtelijk gekwalificeerd kunnen worden als een sublegaat ten behoeve van de erfgenamen, ervan uitgaande dat de testateur aan de gezamenlijke erfgenamen een vorderingsrecht (als sublegatarissen) heeft wensen toe te kennen. Het legaat tegen inbreng is alsdan een combinatie van een legaat van een goed en een sublegaat van een geldsom.[7] Om te voorkomen dat de legataris direct de waarde van de gekozen goederen dient te vergoeden, zal in het testament bepaald zijn dat de vergoeding en de eventueel verschuldigde rente pas na het overlijden van de legataris verschuldigd zijn. Veelal wordt daarnaast het vruchtgebruik van de niet gekozen goederen aan dezelfde legataris gelegateerd, waarbij de vruchtgebruiker de bevoegdheid wordt verleend de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen te vervreemden en verteren.[8] Het is mogelijk om vervolgens ook op te nemen dat de legataris bevoegd is dit vruchtgebruiklegaat slechts op bepaalde goederen van de nalatenschap te aanvaarden. Dit levert in wezen een vruchtgebruikkeuzelegaat op. Voor de civielrechtelijke aspecten van een keuzelegaat verwijs ik naar par. 5.5.

De bovenstaande combinatie van het keuzelegaat en het vruchtgebruiklegaat treft men veelal aan ten behoeve van de (successierechtelijke) partner van de erflater. De kinderen worden dan niet zelden voor praktisch de gehele nalatenschap (bijvoorbeeld voor 99/100 deel) tot erfgenamen benoemd. De echtgenoot/legataris krijgt vaak nog maar een klein erfdeel, bijvoorbeeld een erfdeel van slechts 1/100 deel zodat in beginsel een groot deel van het vermogen reeds naar de volgende generatie overgaat, zij het dat de langstlevende door de opgenomen keuzelegaten (en afvullegaten; zie par. 7.3) zijn verkrijging kan uitbreiden.[9]

Reeds in par. 5.5.1 werd opgemerkt dat het vanuit het oogpunt van erfbelastingbesparing bij het overlijden van de echtgenoot/legataris de voorkeur verdient dat deze echtgenoot als legataris het keuzelegaat niet uitoefent wat betreft de goederen waarvan verwacht wordt dat deze na het eerste overlijden

7 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.1, p. 148.
8 Art. 3:212 lid 2 en 3:215 lid 1 BW.
9 Door de echtgenoot niet te onterven, is het derhalve ook nog mogelijk om krachtens de titel 'verdeling' van de nalatenschap goederen bij de echtgenoot te laten terechtkomen.

behoorlijk in waarde gaan stijgen.[10] Deze in de waarde gestegen goederen zullen immers bij overlijden van de echtgenoot opnieuw in de heffing van de erfbelasting betrokken worden. De echtgenoot kan wat deze goederen betreft volstaan met de verkrijging van het vruchtgebruik. De kinderen zullen dan, als erfgenamen, de hoofdgerechtigdheid (hierna in dit verband te noemen: bloot eigendom) verkrijgen, welke bloot eigendom vrij van erfbelasting aanwast tot volle(dige) eigendom bij het overlijden van de legataris.[11] De uitoefening van het keuzelegaat kan alsdan het beste worden beperkt tot vermogensbestanddelen die gering in waarde stijgen, of tot goederen waaraan de langstlevende emotioneel gehecht is. Tot slot kan de rente die de langstlevende verschuldigd is over de niet-opeisbare inbrengverplichting ook resulteren in een erfbelastingbesparing bij het overlijden van de langstlevende. De rente holt namelijk de (toekomstige) nalatenschap van de langstlevende uit, in die zin dat voor de kinderen een grotere vordering op de langstlevende ontstaat, welke vordering de kinderen bij het overlijden van de langstlevende, als schuld van de erflater, kunnen opeisen zonder daar erfbelasting over verschuldigd te zijn.

Sinds 1 januari 2012 zijn onder meer de niet opeisbare geldvorderingen die de kinderen verkrijgen indien de echtgenoot het keuzelegaat tegen inbreng uitoefent en de inbreng schuldig blijft, alsmede de verkrijging door de kinderen van goederen waarop door de uitoefening van het vruchtgebruiklegaat een vruchtgebruik ten behoeve van de echtgenoot van de overleden ouder rust, gedefiscaliseerd voor box 3 van de inkomstenbelasting (zie art. 5.4 lid 1 sub b en lid 3 sub a Wet IB 2001).[12] Wat betreft de inkomstenbelasting volstaat dus een (eenvoudig) testament met bedoeld keuzelegaat tegen inbreng en vruchtgebruiklegaat als testament waarin men de nodige keuzemogelijkheden voor de echtgenoot wenst (al dan niet aangevuld met de nog nader te bespreken renteclausules en afvullegaten).[13]

---

10 Te denken valt aan goederen die sneller in waarde stijgen dan 6% samengesteld. Anders zou de echtgenoot er vanuit het perspectief van besparing van erfbelasting bij zijn overlijden beter aan doen de goederen in volle eigendom te verkrijgen door uitoefening van een keuzelegaat waardoor er een inbrengvordering ten behoeve van de kinderen zou kunnen zijn ontstaan waarover een rente van 6% samengesteld had kunnen worden bijgeschreven (zodat het belastbaar vermogen bij overlijden van de langstlevende echtgenoot door deze renteschulden zou zijn verkleind).

11 Zie bijvoorbeeld Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 167-170.

12 Hetgeen betekent dat deze verkrijgingen niet tot de bezittingen van het kind worden gerekend voor box 3 van de inkomstenbelasting. De met de vorderingen corresponderende schulden worden dan echter ook bij de echtgenoot niet tot de schulden gerekend (art. 5.4 lid 2 Wet IB 2001) en het door de echtgenoot op grond van de uiterste wilsbeschikking verkregen vruchtgebruik wordt in aanmerking genomen voor de waarde die deze goederen zouden hebben indien daarop geen vruchtgebruik zou rusten (art. 5.4 lid 4 Wet IB 2001).

13 Zie ook B.M.E.M. Schols 2013c, p. 121-122, B.M.E.M. Schols 2012, p. 112-114 en B.M.E.M. Schols 2013a, p. 12.

Eveneens vallen wat betreft de erfbelasting de verkrijging van de niet-opeisbare geldvordering ten gevolge van de uitoefening door de legataris van een legaat volle eigendom tegen inbreng (ingevolge art. 10 lid 6 SW) en de verkrijging van de goederen waarop krachtens legaat een vruchtgebruik rust ten behoeve van de legataris niet onder de fictie van art. 10 SW bij het overlijden van de langstlevende. Zie hierna par. 7.2.1.4.

Desalniettemin zal een testament met het keuzelegaat tegen inbreng én vruchtgebruiklegaat ten behoeve van de echtgenoot in de praktijk veelal worden voorafgegaan of gevolgd door andere regelingen.[14] Men kan de regeling met het keuze- en vruchtgebruiklegaat bijvoorbeeld als vangnet zien voor het geval de langstlevende een wettelijke verdeling ongedaan maakt (art. 4:18 BW), of voor het geval de langstlevende (als afwikkelingsbewindvoerder en/of als executeur met een opgelegde testamentaire last) geen of beperkt gebruik maakt van de in het testament geboden mogelijkheid om de nalatenschap te verdelen als ware er een wettelijke verdeling (de zogenoemde quasi-wettelijke verdeling). Het is ook denkbaar om in eerste instantie uit te gaan van het keuzelegaat tegen inbreng gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat, en vervolgens de quasi-wettelijke verdeling als vangnet op te nemen (geoptimaliseerd met het in par. 7.3.1 te bespreken aanvullend legaat). Ondanks de gunstige fiscale behandeling van het keuzelegaat volle eigendom tegen inbreng gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat, heeft het opnemen van de quasi-wettelijke verdeling (als vangnet) volgens B.M.E.M. Schols nog steeds toegevoegde waarde. Uiteraard is het dan noodzakelijk dat de langstlevende echtgenoot mede-erfgenaam is (voor welk deel dan ook). Schols wijst erop dat het denken en uitwerken van de keuzelegaten tegen inbreng nog in de 'erfrechtelijke kinderschoenen' staan, terwijl men in het erfrecht met de ouderlijke

14 Men kan zich de vraag stellen of er gevaar dreigt dat een kind/erfgenaam als legitimaris (artikel 4:63 lid 2 BW) in het geval van een keuzelegaat tegen inbreng (welke inbreng mag worden schuldig gebleven) gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat ten behoeve van de echtgenoot zijn legitieme portie zal inroepen. Als uitgangspunt geldt dat al hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht (zijn erfdeel) kan verkrijgen, in mindering komt van zijn legitieme portie (artikel 4:72 BW). De waarde van het erfdeel wordt bij verwerping van dat erfdeel door de legitimaris binnen drie maanden na het overlijden van de erflater echter *niet* in mindering op zijn legitieme portie gebracht indien de legitimaris belast was met een legaat van vruchtgebruik van de nalatenschap ten behoeve van de langstlevende (artikel 4:72 onder b BW). Het legaat verplicht alsdan tot iets anders dan betaling van een geldsom of overdracht van goederen der nalatenschap, namelijk tot vestiging van een beperkt recht. Daarom is het in het in deze paragraaf besproken testament met een vruchtgebruiklegaat van belang dat de erflater in zijn uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn echtgenoot de voorwaarde stelt dat de vordering van de legitimaris pas bij diens overlijden en/of in andere gevallen opeisbaar is (artikel 4:82 en 4:83 BW). Enkel voor zover deze vordering ten laste komt van de echtgenoot is deze niet-opeisbaar, zodat de vraag relevant is of en in hoeverre de (overige) erfgenamen (broers en/of zussen van de legitimaris) wel geconfronteerd kunnen worden met een beroep door de legitimaris op de legitieme portie voor zover geconcludeerd kan worden dat daarmee de verkrijging van de echtgenoot niet wordt geraakt.

boedelverdeling en de (quasi-)wettelijke verdeling ruimschoots ervaring heeft met verdelingsvarianten en de afwikkeling daarvan. Te denken valt in dit kader aan het treffen van een regeling over de aansprakelijkheid voor schulden. De redacteur van het testament kan, aldus Schols, bovendien gebruikmaken van de in de wet neergelegde regeling van de wettelijke verdeling.[15] Wat betreft de fiscale behandeling van de varianten wijst Schols op de mogelijkheid dat wellicht ooit nog fiscale faciliteiten aan een verkrijging krachtens verdeling van de nalatenschap worden gekoppeld terwijl deze niet voor een verkrijging krachtens legaat zouden gelden.[16] In het 'Model vruchtgebruik-keuzelegaat met executele en afwikkelingsbewind' van ScholsBurgerhartSchols wordt dan ook opgenomen dat de bewindvoerder op basis van art. 4:171 BW bevoegd is alle goederen van de nalatenschap aan de langstlevende toe te delen indien de langstlevende deze niet via het keuzelegaat wenst te verkrijgen. De langstlevende kan de goederen van de nalatenschap dan zowel krachtens legaat (via het keuzelegaat tegen inbreng van de waarde) als ten titel van verdeling verkrijgen. Uiteraard ontstaat door toedeling aan de langstlevende een vordering van de kinderen op de langstlevende.

Alvorens het keuzelegaat (tegen inbreng) gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat aan een nadere erfbelastingtechnische analyse te onderwerpen, attendeer ik de lezer in de volgende subparagraaf op het gebruik van dergelijke legaten ten behoeve van de kinderen en de partner in het kader van de facultatieve wettelijke verdeling.

7.2.1.2 Het keuzelegaat ten behoeve van de kinderen en de partner: de facultatieve wettelijke verdeling

In de vorige subparagraaf is de situatie besproken dat de langstlevende echtgenoot de mogelijkheid heeft – al dan niet als vangnet bij een (quasi-)wettelijke verdeling – om zijn (kleine) erfdeel aan te vullen met gewenste verkrijgingen krachtens keuzelegaat (tegen inbreng) gecombineerd met vruchtgebruiklegaten (en afvullegaten).

Het is echter ook denkbaar in het testament een omgekeerde weg te bewandelen door de langstlevende van rechtswege alle goederen te laten verkrijgen, en de kinderen de mogelijkheid te bieden om krachtens uitoefening van een keuzelegaat aanspraak te maken op goederen. Gedoeld wordt op de in de

15 B.M.E.M. Schols 2013c, p. 122, B.M.E.M. Schols 2012, p. 112-114 en B.M.E.M. Schols 2013a, p. 12.

16 Schols wijst in dit verband op de nog nader te bespreken verschillende fiscale behandeling van de bijgeschreven rente in art. 10 lid 5 SW bij een door een verdeling ontstane niet-opeisbare onderbedelingsvordering en de behandeling van de bijgeschreven rente bij een niet-opeisbaar legaat zoals bedoeld in art. 10 lid 9 SW. Zie B.M.E.M. Schols 2012, p. 113-114. Zie ook B.M.E.M. Schols 2013c, p. 122 en B.M.E.M. Schols 2013a, p. 12.

praktijk ontwikkelde facultatieve wettelijke verdeling.[17] Bij de facultatieve wettelijke verdeling wordt de werking van de wettelijke verdeling gecombineerd met legaten ten behoeve van de kinderen (al dan niet onder de verplichting voor de kinderen om van die goederen het vruchtgebruik of zelfs de volle eigendom aan de echtgenoot af te staan).[18] Voor zover er geen behoefte aan bestaat goederen reeds bij de kinderen ingevolge uitoefening van het keuzelegaat terecht te laten komen, hoeft er niets gedaan te worden.[19] Door de werking van de wettelijke verdeling worden door de echtgenoot van rechtswege de goederen van de nalatenschap verkregen zonder dat een verdeling nodig is (art. 4:13 lid 2 en 4:182 lid 1, tweede zin, BW). Ten behoeve van de kinderen is bij de facultatieve wettelijke verdeling echter een keuzelegaat van alle tot de nalatenschap behorende goederen opgenomen tegen inbreng van de waarde van de gekozen goederen. Het uitbrengen van een keuze door de legataris is aan geen wettelijke termijn gebonden. Met de driemaandentermijn van de ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (art. 4:18 BW) heeft dit niets van doen. Derhalve kunnen de kinderen – tenzij de testateur anders bepaalt – ook na drie maanden na het overlijden van de erflater gebruik maken van het keuzelegaat zodat goederen van de nalatenschap door de echtgenoot aan de kinderen dienen te worden geleverd ten titel van legaat. De erfrechtelijke verkrijgers hebben dus in beginsel de tijd om te bezien in hoeverre uitoefening van het keuzelegaat wenselijk is. Men dient overigens acht te slaan op art. 4:51 BW op grond van welk artikel verdedigd kan worden dat – indien op de nalatenschap van de erflater de wettelijke verdeling van toepassing is en de erflater in gemeenschap van goederen gehuwd was – de langstlevende echtgenoot bij een legaat van een bepaald goed uit de huwelijksgemeenschap kan volstaan met uitkering van de waarde van het gelegateerde. Ik verwijs naar par. 5.3.2.4.

Evenals bij de in par. 7.2.1.1 besproken combinatie van keuzelegaat en vruchtgebruiklegaat zal de erflater met het testament willen bewerkstelligen dat zijn echtgenoot verzorgd achter wordt gelaten, zij het dat het bij de facultatieve wettelijke verdeling niet de echtgenoot is die zijn verkrijging nader invult, maar het aan de kinderen als legatarissen ligt of zij door gebruik te maken van het keuzelegaat goederen van de nalatenschap aan het vermogen van de langstlevende onttrekken. Ter bescherming van de belangen van de echtgenoot, wordt het kind/de legataris bij wijze van sublegaat de verplichting opgelegd om de waarde van de gekozen goederen in de nalatenschap in te brengen. Deze inbreng zal onmiddellijk bij de afgifte van het legaat dienen plaats te vinden, tenzij anders wordt overeengekomen. Het is bijvoorbeeld denkbaar

17 Zie Blokland & Kleyn 2007.

18 Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6.2.

19 Hetgeen een voordeel oplevert ten opzichte van de quasi-wettelijke verdeling waar nog een boedelverdeling (met alle daarbij behorende kosten) nodig is om te bewerkstelligen dat de echtgenoot alle goederen verkrijgt.

dat afgesproken wordt dat de inbrengschuld verrekend wordt met de vordering die het kind krachtens de wettelijke verdeling op de echtgenoot heeft verkregen.[20] Eveneens wordt ten behoeve van de echtgenoot een sublegaat van het recht van vruchtgebruik (al dan niet met toekenning van de bevoegdheid tot vervreemding en vertering van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen)[21] opgenomen van de door de kinderen gekozen goederen, dan wel van de laatstbedoelde goederen die de echtgenoot kiest.[22] Dit sublegaat is derhalve ook aan te merken als een keuzelegaat. Bij de door de kinderen in te brengen waarde van de gekozen goederen, wordt rekening gehouden met het gegeven of de echtgenoot het vruchtgebruik van de goederen verkrijgt door gebruikmaking van het sublegaat.

A) Facultatieve wettelijke verdeling en legaat aan de langstlevende echtgenoot
Bij de facultatieve wettelijke verdeling speelt het vraagstuk van de mogelijkheid om de wettelijke verdeling te combineren met een (rechtstreeks) legaat aan het kind of aan de echtgenoot een belangrijke rol. Wat betreft het legaat aan het *kind* is er geen enkele twijfel. De echtgenoot is bij werking van de wettelijke verdeling verplicht de schulden uit legaat te voldoen (zie art. 4:7 lid 1 sub h jo. 4:13 lid 2 jo 4:14 lid 1 BW). Niets staat eraan in de weg dat de echtgenoot – die door werking van de wettelijke verdeling van rechtswege alle goederen van de nalatenschap heeft verkregen – de door de kinderen ingevolge het keuzelegaat gekozen goederen ten titel van legaat aan de kinderen levert.[23]

Het legaat van een nalatenschapsgoed aan de *echtgenoot* is bij werking van de wettelijke verdeling vanuit goederenrechtelijk perspectief problematisch, nu deze echtgenoot reeds alle nalatenschapsgoederen met het overlijden van de erflater van rechtswege heeft verkregen (art. 4:13 lid 2 BW). Desalniettemin gaat de verplichting uit een legaat ten behoeve van de echtgenoot naar mijn mening niet door vermenging teniet aangezien de schuld en het vorderingsrecht in gescheiden vermogens vallen (art. 4:14 lid 2 BW en art. 6:161 lid 2 sub a BW).[24] Ook na beneficiaire aanvaarding door de echtgenoot, waardoor de nalatenschap niet met eigen vermogen van de echtgenoot vermengt (art. 6:161 lid 2 sub a BW jo. art. 4:200 lid 2 BW en in het kader van de vereffening art. 4:202 lid 1 sub a BW en art. 4:224 BW), komt aan het legaat mijns inziens geen

20 Blokland & Kleyn 2007, p. 10 en Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6.2.
21 Art. 3:212 lid 2 en 3:215 lid 1 BW.
22 Zie nader over de vormgeving van de facultatieve wettelijke verdeling Blokland & Kleyn 2007, p. 10-11, Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6, Compendium Estate Planning 2014, p. 272 en Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 122.
23 Zie ook Blokland & Kleyn 2007, p. 11 en Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6.2.
24 Zie ook par. 5.6.4.3 en Van Es 2009a, p. 18 en p. 24.

goederenrechtelijke werking toe.[25] De door Pleysier geuite opvatting dat het mogelijk is om bij de wettelijke verdeling vóór alle verdeling een legaat af te geven (zodat het legaat wel goederenrechtelijke werking kan hebben), heb ik verworpen.[26] Wel heb ik verdedigd dat het legaat van een nalatenschapsgoed aan de echtgenoot een waardetechnisch effect kan bewerkstelligen, in die zin dat het legaat van invloed kan zijn op de hoogte van de door de kinderen verkregen wettelijke verdelingsvorderingen ex 4:13 lid 3 BW. Zie uitgebreid over deze problematiek par. 5.6.4.

Vanwege de waarschijnlijke onmogelijkheid van de combinatie van de wettelijke verdeling met een legaat aan de echtgenoot dat *goederenrechtelijk* effect sorteert, is er bij de facultatieve wettelijke verdeling voor gekozen om slechts ten behoeve van de kinderen een (rechtstreeks) keuzelegaat op te nemen en aan de echtgenoot te volstaan met het sublegaat van de waarde van de door de kinderen gekozen goederen en het sublegaat van het recht van vruchtgebruik van deze gekozen goederen (of eventueel zelfs de vol eigendom).[27] Het sublegaat levert vervolgens geen gevaar van vermenging op aangezien de hoedanigheid van de schuldeiser en die van schuldenaar van het sublegaat zich niet in de persoon van de echtgenoot verenigen (zie art. 6:161 lid 1 BW). De verplichting uit een sublegaat rust immers op de legataris (i.c. het kind; zie ook art. 4:117 lid 2 en 4:121 lid 1 BW) en het vorderingsrecht komt toe aan de sublegataris (i.c. de echtgenoot). Anders dan bij legaten die op erfgenamen rusten, levert het sublegaat geen schuld van de nalatenschap op (art 4:7 lid 1 sub h BW), zodat niet geldt dat ingevolge art. 4:14 lid 1 en 4:13 lid 2 BW dit legaat door de echtgenoot voldaan moet worden. Terecht wordt door Blokland en Kleyn dan ook verdedigd dat het sublegaat ten behoeve van de echtgenoot zich met de wettelijke verdeling laat verenigen nu de echtgenoot zijn vorderingsrecht jegens de kinderen uitoefent.[28]

Om niet in de sfeer van ongeoorloofde delegatie te komen, veronderstel ik dat het aan de erflater is om vast te leggen of de echtgenoot door uitoefening van het sublegaat het vruchtgebruik óf de volle eigendom van de door de kinderen gekozen goederen kan verkrijgen. Zie par. 5.5.2.3.

B) Alternatieve vormgeving facultatieve wettelijke verdeling?

Voor het geval met Pleysier aangenomen zou kunnen worden dat een rechtstreeks legaat aan de echtgenoot zich wel laat combineren met de wettelijke

25 Van Es spreekt over een vermogensverschuiving binnen het vermogen van de echtgenoot dat uit twee afgescheiden vermogens bestaat. Zie Van Es 2009a, p. 24.

26 Zie Pleysier 2010 en Pleysier 2011, alsmede mijn visie in par. 5.6.2 en 5.6.4. Ook Blokland betwijfelt of er wel ruimte is voor de afgifte van een legaat voorafgaande aan de verdeling van de nalatenschap, nu de wettelijke verdeling per het moment van overlijden werkt, zie Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6.2.

27 Blokland & Kleyn 2007, p. 11 en Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6.2.

28 Blokland & Kleyn 2007, p. 11 en Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6.2.

verdeling, zou dat de facultatieve wettelijke verdeling volgens Blokland een stuk eenvoudiger maken.[29] Het is mij niet geheel duidelijk op welke wijze in dat geval de facultatieve wettelijke verdeling een stuk eenvoudiger gemaakt kan worden. Om de goederen (of de bloot eigendom daarvan) bij de kinderen en niet bij de echtgenoot terecht te laten komen, ontkom je in het geval van een wettelijke verdeling niet aan een (keuze)legaat aan de kinderen (ook indien je zou aannemen dat een legaat voorafgaande aan de 'verdeling' mogelijk is). De aan de kinderen opgelegde inbrengverplichting kwalificeert als een sublegaat en rust op de legataris die uit eigen vermogen het sublegaat dient te voldoen. Eventueel zou in plaats van het sublegaat kunnen worden gekozen voor een rechtstreeks legaat ten behoeve van de echtgenoot van een geldbedrag overeenkomend met de waarde van de door het kind ingevolge het keuzelegaat gekozen goederen, welk legaat ex art. 4:117 lid 2 BW door de erflater ten laste van het betreffende kind is gebracht. Overigens acht ik een dergelijk legaat aan de echtgenoot ook denkbaar indien men met mij aanneemt dat een legaat van een geldbedrag aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling slechts een waardetechnisch effect bewerkstelligt.[30] De goede werking van een dergelijk legaat is in dit geval bij werking van de wettelijke verdeling echter beperkt tot de situatie dat de waarde van de door het kind gekozen goederen de met zijn erfdeel overeenkomende wettelijke verdelingsvordering niet overtreft. Immers zijn voor het kind de schulden van de nalatenschap (waaronder het ten laste van hem als erfgenaam komende legaat) enkel van belang voor de vaststelling van de omvang van zijn wettelijke verdelingsvordering. Indien de ten laste van het kind komende schulden van de nalatenschap zijn vordering overtreffen, wordt de vordering van het kind uit hoofde van de wettelijke verdeling op nihil gesteld. Slechts de echtgenoot is (na zuivere aanvaarding) draagplichtig voor het geval dat de schulden van de nalatenschap de baten overtreffen (art. 4:14 lid 4 BW), hetgeen in extremis zou betekenen dat de echtgenoot gedeeltelijk voor het legaat aan hemzelf draagplichtig is, zodat het legaat voor dat deel geen nut meer heeft.[31] Van een vereenvoudiging ten opzichte van de huidige vormgeving van de facultatieve wettelijke verdeling (met legaten aan de kinderen en sublegaten aan de echtgenoot) is mijns inziens dan geen sprake. Bovendien wordt bij een sublegaat bewerkstelligd dat de legataris verplicht is om het sublegaat tot de waarde van het hem gelegateerde te voldoen,[32] ongeacht de omvang van zijn erfdeel (i.c. de wettelijke verdelingsvordering).

29 Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 10.8.6.2.

30 Zie par. 5.6.4.3.

31 Zonder werking van de wettelijke verdeling had gegolden dat de erfgenaam na zuivere aanvaarding de op hem rustende schuld uit legaat desnoods uit zijn overig vermogen moet voldoen; zie art. 4:120 lid 5 jo. 4:184 lid 2 sub a BW.

32 Zie art. 4:121 BW over vermindering van sublegaten indien en voor zover de waarde van het gelegateerde ontoereikend is.

7.2.1.3 De fiscale behandeling van het keuzelegaat (tegen inbreng) gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat en het eerste overlijden

Indien door de legataris (hier: de echtgenoot) gebruik gemaakt wordt van de keuzelegaten (tegen inbreng) en het vruchtgebruiklegaat, zal de echtgenoot over de waarde van de krachtens erfrecht gekozen goederen[33] (door uitoefening van het keuzelegaat) en van het krachtens erfrecht verkregen vruchtgebruik[34] van de (overige) goederen (door uitoefening van het vruchtgebruiklegaat) erfbelasting moeten betalen ingevolge art. 1 lid 1 onder 1 SW.

Indien de legataris de waarde van de gekozen goederen dient in te brengen (keuzelegaat tegen inbreng), kan hij de in te brengen waarde in mindering brengen op zijn verkrijging (art. 5 lid 1 SW). De inbrengverplichting is immers veelal te kwalificeren als een sublegaat (zie par. 5.4.2.1). Uiteraard zal hetgeen ingebracht wordt op zijn beurt weer in de heffing betrokken worden bij de verkrijgers daarvan. Indien de inbrengverplichting kan worden aangemerkt als een sublegaat komt de waarde toe aan de sublegatarissen. Overigens zullen de sublegatarissen dezelfde personen als de erfgenamen zijn indien de testateur de legataris verplicht de waarde van de gekozen goederen ten tijde van zijn overlijden in te brengen in zijn nalatenschap.

Bij de waardering van de inbrengverplichting is het van belang of de waarde daadwerkelijk dient te worden ingebracht, of dat de waarde tijdens het leven van de legataris mag worden schuldiggebleven. Indien de schuld aan de sublegataris mag worden schuldiggebleven, wordt voor de heffing van de erfbelasting rekening gehouden met de in het testament opgenomen rente over de ontstane vordering, dan wel onder de in art. 1 lid 3 SW bedoelde gevallen met een na het overlijden vastgestelde rente (zie par. 7.2.2.3 over de zogenoemde wettelijke ventieltechniek). Eveneens kan hierbij van belang zijn of het gekozen goed en de daardoor ontstane inbrengverplichting zien op de verkrijging van een als woning in gebruik zijnde onroerende zaak zoals bedoeld in art. 21 lid 5 SW. Voor de waarderingen van dergelijke woningen geldt sinds 1 januari 2010 verplicht de WOZ-waarde (art. 21 lid 5 SW).

In het kader van het verzorgd achterlaten van de echtgenoot zal de echtgenoot op grond van het testament de inbrengverplichting schuldig mogen blijven. Bij de facultatieve wettelijke verdeling zagen wij echter dat het kind direct de waarde van de gekozen goederen dient in te brengen. Door de verplichting om direct de waarde van de krachtens legaat gekozen goederen in te brengen,

---

33 Zie art. 21 lid 5 SW wat betreft de verkrijging van de in dat artikellid bedoelde onroerende zaken waarbij dient te worden uitgegaan van de WOZ-waarde.

34 Zie voor de waardering van het verkregen vruchtgebruik de art. 18, 21 lid 14 SW en de art. 5 en 10 Uitv. Besl. SW.

zal de verkrijging van deze legataris per saldo nihil bedragen en dus geen erfbelasting verschuldigd zijn bij deze legataris ten aanzien van het legaat tegen inbreng. Dit kan anders zijn als de in te brengen waarde afwijkt van de waarde van het gekozen goed omdat ten aanzien van de verkrijging van dat goed volgens de Successiewet een verplichte waarderingsregel moet worden toegepast en deze waarde afwijkt van de in te brengen waarde (in het economisch verkeer). Dit kan aan de orde zijn bij de verkrijging van een woning zoals bedoeld in art. 21 lid 5 SW krachtens een legaat tegen inbreng. Van Mourik en Van Vijfeijken hebben over de fiscale behandeling van een dergelijk legaat het volgende opgemerkt: '*Betreft het een legaat tegen inbreng van 'de waarde' dan kan het in te brengen geldbedrag hoger uitvallen dan het bedrag dat als WOZ-waarde staat genoteerd. De inbrengverplichting is erfrechtelijk een sublegaat. Tot de nalatenschap behoort een verplichting tot levering van het gelegateerde en een vordering op de legataris die overeenkomt met 'de waarde' van het gelegateerde. Ten laste van de legataris wordt nu niets geheven, de erfgenamen worden belast voor 'de waarde' van de gelegateerde zaak. Als de WOZ-waarde hoger is dan de door de legataris in te brengen waarde worden de erfgenamen belast voor de verkrijging van het in te brengen bedrag. De legataris wordt nu belast over de WOZ-waarde na aftrek van het bedrag dat moet worden ingebracht. Zie in deze zin ook de staatssecretaris in zijn brief van 10 oktober 2011, nr. DB2011/293U, onderdeel 14.*'[35]

Men kan over de invulling van de in te brengen waarde (en in wezen over de uitleg van een sublegaat) ook anders denken. Blokland, Burgerhart en Kolkman schrijven: '*Wij kunnen ons goed voorstellen dat een erflater in een dergelijk geval bij het maken van het betreffende legaat voor ogen had dat de legataris als 'erfrechtelijke koper' buiten de heffing van erfbelasting zou blijven. Feiten en omstandigheden zijn in dergelijke situaties bepalend voor de omvang van het sublegaat, niet een waardeforfait (dat ten tijde van het maken van het testament wellicht nog niet eens bestond) noch een beleidsstandpunt van de Belastingdienst.*'[36]

Overigens merken Van Mourik en Van Vijfeijken – mijns inziens terecht – op dat indien de inbreng *schuldig* kan worden gebleven met betrekking tot de verkrijging van een woning, voor de bepaling van de waardering van de *inbrengvordering* voor de Successiewet moet worden uitgegaan van het waarderingsvoorschrift van art. 21 lid 5 SW (de WOZ-waarde van de woning; cursiveringen, GGBB). Zij verwijzen in dit kader naar het arrest van de Hoge Raad van 13 december 1995, *BNB* 1996/70, waarin de Hoge Raad voor de heffing ingevolge de Successiewet overweegt dat het toen geldende waarderingsvoorschrift voor de woning eveneens gold voor een verkregen onderbedelingsvordering die afhankelijk is van de waarde van de woning.[37] De Hoge Raad

35 Van Mourik & van Vijfeijken 2012, p. 620.
36 Blokland, Burgerhart & Kolkman 2013, par. 8. Zie ook EstateTip Review 2014-20.
37 Van Mourik & van Vijfeijken 2012, p. 620. Zie ook CB S&E 2014-2015, nr. 8.8.0.D.

overweegt expliciet dat daaraan niet kan afdoen dat bij het overlijden van de langstlevende de overbedelingsvorderingen in de dan openvallende nalatenschap gewaardeerd worden naar de werkelijke (civielrechtelijke) waarde van die vorderingen.[38] In het kader van de waardering van een onderbedelingsvordering uit hoofde van de wettelijke verdeling, heeft de Hoge Raad in 2014 bevestigd dat de waarderingsmaatstaf van art. 21 lid 5 SW moet worden gehanteerd ten aanzien van een onderbedelingsvordering uit hoofde van de wettelijke verdeling (en de met een dergelijke vordering corresponderende schuld) voor zover de waarde van de vordering afhankelijk is van een in art. 21 lid 5 SW bedoelde woning.[39]

A) Keuzemogelijkheid en art. 30 SW?

Men kan zich in het kader van het overlijden nog afvragen of de keuzemogelijkheid met betrekking tot uitoefening van het keuzelegaat (tegen inbreng) en voor de niet gekozen goederen het vruchtgebruiklegaat kan leiden tot toepassing van art. 30 SW. Op grond van art. 30 lid 1 SW ondergaat het bedrag van de belastingen geen vermindering ten gevolge van verwerping of van afstand van rechten. Algemeen wordt aangenomen dat art. 30 SW niet geldt bij een keuzemogelijkheid waarbij de keuze ziet op twee of meer erfrechtelijke verkrijgingen (i.c. of met betrekking tot een nalatenschapsgoed het keuzelegaat volle eigendom – al dan niet tegen inbreng – uitoefenen of het vruchtgebruiklegaat). Formeel is geen sprake van verwerping indien de legataris een keuze maakt. Van Houte verwoordt het als volgt: '*Immers, de erfgenaam of de legataris is verplicht een bepaalde keuze te maken. Dat betekent dat hij gedwongen is de overige mogelijkheden niet te aanvaarden. Anders gezegd: de keuze voor een van de varianten impliceert dat de andere mogelijkheden vervallen. Dat vervallen is een rechtsgevolg van de keuze, maar geen positieve daad van verwerping welke art. 30 Successiewet 1956 induceert. Bovendien bestaat er geen rechtsregel, die inhoudt dat men als erfgenaam de successierechtelijk meest ongunstige keuze uit het testament dient te maken.*'[40]

De vraag resteert of door de keuze afstand is gedaan van rechten (te weten het prijsgeven van vermogensrechtelijke aanspraken op een of meer goederen)[41] in de zin van art. 30 SW. Ook deze vraag wordt in de literatuur ontkennend beantwoord. In Cursus Belastingrecht wordt het volgende opgemerkt: '*Als wij ons in dit kader beperken tot twee testamentaire keuzemogelijkheden, is juridisch gezien sprake van twee voorwaardelijke beschikkingen: de ene beschikking (a) die geldt onder de ontbindende voorwaarde dat voor de andere beschikking (b) wordt gekozen, terwijl die andere beschikking (b) geldt onder de opschortende voorwaarde dat niet voor beschikking (a) wordt gekozen. Als nu wordt gekozen voor de*

38 HR 13 december 1995, *BNB* 1996/70, r.o. 3.5.
39 HR 11 april 2014, *BNB* 2014/195.
40 Van Houte 2003, p. 140-141.
41 CB S&E 2014-2015, nr. 9.3.0.C.

beschikking a wordt niet toegekomen aan de beschikking b. Strikt beschouwd lijkt ons dan geen sprake van een afstand van recht omdat de keuze voor beschikking a juridisch gezien iets anders is dan het afleggen van een verklaring waarin uitdrukkelijk afstand wordt gedaan van de aanspraak die ontleend had kunnen worden aan beschikking b. Art. 30, lid 1, geldt dan niet.'[42]

Hoewel ik mij in het bovenstaande kan vinden, meen ik dat aan de toepassing van art. 30 SW kan worden toegekomen indien de legataris het keuzelegaat niet (volledig) uitoefent (dus niet alle goederen van de nalatenschap verkiest) en vervolgens het vruchtgebruiklegaat niet geheel aanvaardt. Alsdan geldt dat de keuze voor beschikking a niet automatisch betekent dat de andere beschikking geheel wordt aanvaard. Met andere woorden: als een legataris niet het keuzelegaat volle eigendom (tegen inbreng) uitoefent met betrekking tot goed X, dan betekent dit dat hij in beginsel bij een combinatie met het vruchtgebruiklegaat het vruchtgebruik van goed X verkrijgt (zie ook art. 4:201 BW). Tot zover kan er mijns inziens geen heffing ingevolge art. 30 SW plaatsvinden. Indien de legataris vervolgens het vruchtgebruik van dit goed niet aanvaardt, lijdt het voor mij geen twijfel dat art. 30 SW kan worden toegepast. Hierbij zij echter opgemerkt dat bij een keuzemogelijkheid ten behoeve van de echtgenoot het gevaar van art. 30 SW – als dat artikel van toepassing zou zijn – zelden een rol zal spelen omdat de echtgenoot van de erflater over een veel grotere vrijstelling beschikt (art. 32 lid 1, onderdeel 4, onder a SW. In 2015: € 633.014) dan de kinderen (art. 32 lid 1, onderdeel 4, onder c SW. In 2015: € 20.047), zodat ook bij aanvaarding van het legaat door de echtgenoot niet snel heffing zou hebben plaatsgevonden.[43]

Indien enkel een keuzelegaat is opgenomen (zonder vruchtgebruiklegaat), dan ontkomt men mijns inziens niet aan de werking van art. 30 SW. Anders dan hierboven betekent het niet aanvaarden van het keuzelegaat niet dat het vruchtgebruik van het goed gelegateerd wordt. De keuze voor bepaalde goederen van de nalatenschap betekent in een dergelijke constellatie dat afstand wordt gedaan van de mogelijkheid om de andere goederen van de nalatenschap gelegateerd te krijgen. Men zou zelfs kunnen aannemen dat sprake is van verwerping van de niet gekozen goederen indien men ervan uitgaat dat een keuzelegaat evenzovele legaten betreft als er goederen tot de nalatenschap behoren. Van Mourik meent dat toepassing van art. 30 SW in die gedachte voorkomen kan worden indien alle legaten worden gemaakt onder opschortende voorwaarde van aanvaarding.[44] Zie hierover ook par. 5.5.2.3 en par. 7.2.2.3. Indien men met Van Mourik het keuzelegaat juridisch duidt als een legaat onder *opschortende* voorwaarde (van aanvaarding) van

42 CB S&E 2014-2015, nr. 9.3.0.B.c. In dit kader wordt verwezen naar Van Vijfeijken 2002b, p. 784-786.
43 CB S&E 2014-2015, nr. 9.3.0.B.c.
44 Van Mourik 2009, p. 480-481.

even zovele goederen als tot de nalatenschap behoren,[45] meen ik dat men alsnog niet aan de toepassing van art. 30 SW kan ontsnappen. Immers geeft de legataris alsnog zijn vermogensrechtelijke aanspraken op bepaalde goederen prijs indien hij door zijn handeling (i.c. het niet aanvaarden) niet (alle) goederen van de nalatenschap krachtens legaat verkrijgt omdat de opschortende voorwaarde dan niet is vervuld. De legataris heeft het in dit geval helemaal zelf in de hand of de voorwaarde wordt vervuld en of het legaat effect sorteert.

Indien men het keuzelegaat duidt als de verkrijging door de legataris van een *wilsrecht* om door het uitbrengen van een verklaring een vorderingsrecht te verkrijgen, zou men dienen te concluderen dat art. 30 SW bij het keuzelegaat geen enkele rol speelt nu het niet gebruikmaken van een wilsrecht niet tot heffing van erfbelasting leidt (zie ook par. 5.5.2.3).[46] Als men hiervan uitgaat zou de combinatie van het keuzelegaat volle eigendom gecombineerd met het vruchtgebruikkeuzelegaat (zodat de legataris niet alleen kan aangeven welke bestanddelen hij wel en niet in volle eigendom wenst te verkrijgen maar ook kan aangeven van welke goederen, die de legataris niet in volle eigendom wenst te verkrijgen, hij al dan niet het vruchtgebruik wil hebben) ook niet tot art. 30 SW kunnen leiden omdat sprake is van twee wilsrechten. Desondanks lijkt het in deze situatie niet uitgesloten te zijn dat art. 30 SW alsnog een rol kan spelen.[47]

7.2.1.4 De fiscale behandeling van het keuzelegaat (tegen inbreng) gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat en het tweede overlijden

In deze subparagraaf zal beknopt bezien worden wat de fiscale situatie is indien de echtgenoot – ten behoeve van wie het keuzelegaat tegen inbreng en het vruchtgebruiklegaat waren opgenomen – komt te overlijden. In algemene zin geldt dat door het overlijden van de echtgenoot de inbrengvorderingen (ten behoeve van de kinderen) opeisbaar zijn, welke vorderingen ontstaan zijn indien de echtgenoot ingevolge het keuzelegaat de volle eigendom van goederen van de nalatenschap van de eerstoverledene heeft verkozen onder de verplichting om de waarde daarvan schuldig te erkennen. Over de inbrengvordering is bij het overlijden van de eerstoverledene reeds erfbelasting door de legataris verschuldigd geweest. De schuld aan het kind vormt bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot vervolgens een schuld in de nalatenschap van de langstlevende echtgenoot als bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub a BW. Het kind zal de vordering (en de bijgeschreven rente) kunnen opeisen zonder dat hierover erfbelasting verschuldigd is (zie art. 5 lid 1 en 20 lid 3 SW), tenzij geconcludeerd zou worden dat een fictiebepaling (van art. 9 of 10 SW) van toepassing is (zie hierna).

---

45 Zie Van Mourik 2010, p. 465-466.

46 Men vergelijke de (niet uitgeoefende) koopoptie. Zie voor de heffing en vermindering van erfbelasting bij wel uitgeoefende wilsrechten art. 45 lid 3 SW en art. 53 lid 1 SW.

47 Zie Estate Planning, nr. 15.4.01 en 15.10.15a.

Wat betreft de uitoefening van het vruchtgebruiklegaat door de echtgenoot, zal door het overlijden van de echtgenoot het vruchtgebruik ten behoeve van de echtgenoot van de goederen van de nalatenschap van rechtswege eindigen zodat de blote eigendom bij de erfgenamen (kinderen) tot volle eigendom aanwast (zie art. 3:203 lid 2 BW). Deze aanwas vindt niet krachtens erfrecht plaats, zodat deze aanwas niet belast zal worden met erfbelasting tenzij de fictie van art. 10 SW van toepassing zou zijn. Art. 10 SW zal eerst beknopt geïntroduceerd worden.

A) De ratio van art. 10 SW

Het doel van art. 10 SW is dat (te vererven) vermogen van een erflater dat tijdens zijn leven is omgezet in een levensafhankelijk (niet-verervend) genotsrecht, en dus bij het overlijden van de erflater civielrechtelijk niet tot zijn nalatenschap behoort omdat het verkregen genotsrecht bij het overlijden eindigt, door de fictie van art. 10 SW kan worden belast als ware het een erfrechtelijke verkrijging. Indien niet volgens een fictiebepaling geheven zou kunnen worden, zou, door een dergelijke verkleining van het verervend vermogen (waarover in de toekomst erfbelasting geheven kan worden) terwijl de toekomstig erflater gedurende zijn leven nog het genot van het vermogen heeft behouden en de last van de omzetting niet voelt, volgens de wetgever te gemakkelijk erfbelasting ontgaan kunnen worden.[48] Hoewel de erflater het omgezette vermogensbestanddeel niet meer nalaat, wordt er geheven alsof het vermogensbestanddeel zich nog wel in het vermogen van de erflater bevindt.[49] Anders gezegd: met de fictiebepaling van art. 10 SW wordt beoogd om de waardeaangroei van de bloot naar volle eigendom onder de heffing van de erfbelasting te krijgen.

Het klassieke voorbeeld is het geval dat een ouder aan zijn kind de eigendom van zijn woning verkoopt en overdraagt onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik. Bij het overlijden van de ouder eindigt het vruchtgebruik (art. 3:203 lid 2 BW). De ouder kan zodoende de rest van zijn leven in de woning blijven wonen. De bloot eigendom van het kind groeit bij het overlijden van zijn ouder van rechtswege aan tot volle eigendom, zonder dat sprake is van een vererving. Op grond van art. 10

48 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19 en Van Vijfeijken 2002a, p. 74-75. Deze kerngedachte geldt overigens ook voor art. 10 SW in de gewijzigde Successiewet (zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 30-31).

49 Overigens geldt art. 10 SW alleen als het gaat om een rechtshandeling waarbij de verkrijger de partner of een bloed- of aanverwant (of zijn/haar partner) tot en met de vierde graad van de erflater is en het genot niet meer dan 180 dagen voor het overlijden van de erflater is geëindigd. Hetgeen daadwerkelijk door de verkrijger voor zijn verkrijging is opgeofferd of van hetgeen door de erflater ten laste van de verkrijger werd bedongen, kan op de waarde van de fictieve verkrijging in mindering worden gebracht ingevolge art. 7 SW, alsmede kunnen de eventueel reeds betaalde overdrachtsbelasting en schenkbelasting in mindering strekken van de verschuldigde belasting (dit alles vermeerderd met een enkelvoudige rente van 6%).

SW wordt vervolgens bij dit overlijden alsnog erfbelasting ten laste van het kind over de verkrijging van de woning geheven alsof het kind de woning krachtens erfrecht van zijn ouder heeft verkregen.

B) Rechtshandeling in de zin van art. 10 SW[50]

Na wijziging van de Successiewet luidt art. 10 lid 1 SW per 1 januari 2010 als volgt:

'1. *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 diens 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 periodieke uitkering, en*
   b. *het vruchtgebruik onderscheidenlijk de periodieke uitkering ten laste is gekomen van de verkrijger.*'

In de inleiding van dit hoofdstuk is opgemerkt dat met de gewijzigde successiewetgeving getracht is testamentvormen te bestrijden die op 'agressieve' wijze de belastingheffing beperken, zoals de zogeheten (super)turbotestamenten en ik-opa-testamenten. Door de wetswijziging zou het voortaan zonneklaar moeten zijn dat bij dergelijke testamentvormen sprake is van een belastbare (fictieve) verkrijging.[51] In de wetsgeschiedenis werd naar voren gebracht dat het niet zeker was of de toenmalige wettekst afdoende was om tot belastingheffing te komen. Lange tijd bestond onduidelijkheid of de overledene, al dan niet in het kader van de afwikkeling van het testament van een ander, zelf partij is geweest bij een rechtshandeling.[52] Aanvankelijk werd daarom in het eerste wetsvoorstel het woord 'rechtshandeling' rücksichtslos geschrapt uit art. 10 SW.[53] In verband met het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009,[54] dat tijdens het wetgevingsproces werd gewezen, heeft de wetgever in de nota van wijziging het woord 'rechtshandeling' laten staan. De Hoge Raad gaf het begrip 'rechtshandeling' namelijk de uitleg die de wetgever met de fictiebepaling voor ogen had.[55] Of zoals critici wellicht naar voren zullen brengen: de wetgever heeft het arrest van de Hoge Raad zo geïnterpreteerd dat de rechtsregel overeenkomt met de door de wetgever gewenste uitleg van het begrip rechtshandeling.

---

50 Deze subparagraaf vormt een bewerking ontleend aan mijn bijdrage Boelens 2011, p. 31-42.
51 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 3, p. 19-20.
52 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 3, p. 19-20.
53 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 2, p. 4. Zie voor kritiek hierop o.a. B.M.E.M. Schols 2009b, p. 487-492.
54 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.
55 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 34 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 10, p. 3.

Voordat het arrest werd gewezen, waren er twee belangrijke visies over de uitleg van het begrip 'rechtshandeling' in de zin van art. 10 SW.

Onder meer Vegter en Verstraaten legden het begrip 'rechtshandeling' beperkt uit en meenden dat een krachtens testament verplicht verrichte rechtshandeling geen rechtshandeling is waarbij de langstlevende partij was in de zin van art. 10 SW, maar dat slechts sprake was van een uitvoeringshandeling die gebaseerd is op het testament.[56] Het begrip rechtshandeling werd door hen beperkt uitgelegd: zij verdedigden dat een eenzijdige rechtshandeling als een testament niet kwalificeert als een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW, omdat art. 10 SW eist dat de erflater partij bij de rechtshandeling was zodat het volgens hen moet gaan om een obligatoire overeenkomst (of een verbintenisscheppende overeenkomst).[57] Bij het opstellen van een testament is slechts één persoon betrokken, de toekomstige erflater, die men niet kan aanduiden als een partij, aldus Verstraaten.[58]

Onder andere Van Vijfeijken verdedigde echter de 'grammaticale' interpretatie van het begrip rechtshandeling, zijnde dat de rechtshandeling elke handeling is die gericht is op enig rechtsgevolg.[59] Volgens Van Vijfeijken is bijvoorbeeld de levering (een goederenrechtelijke overeenkomst) van de blote eigendom de rechtshandeling in de zin van art. 10 SW, ongeacht of deze voortvloeit uit een obligatoire overeenkomst of een eenzijdige testamentaire making.[60]

Het arrest van de Hoge Raad waarin (enige) duidelijkheid werd gegeven over de uitleg van het begrip 'rechtshandeling' ging over de vraag of een zogenoemd turbotestament onder het bereik van art. 10 SW viel. Het turbotestament zal in par. 7.4.1 uitgebreid besproken worden. Een turbotestament is een variant op een vruchtgebruiktestament waarmee beoogd wordt de heffing van het (toen geheten) recht van successie te drukken: het vruchtgebruik van de nalatenschap wordt gelegateerd aan de langstlevende echtgenoot onder de verplichting om de bloot eigendom van zijn eigen vermogen in de nalatenschap in te brengen (vruchtgebruiklegaat en inbrenglegaat). De kinderen worden tot erfgenaam benoemd en verkrijgen de bloot eigendom. In tegenstelling tot bij een normaal vruchtgebruiktestament, verkrijgen de kinderen niet alleen de bloot eigendom van het vermogen van de overleden ouder maar dus ook van het vermogen van de langstlevende ouder. De langstlevende verkrijgt als gevolg van dit testament zowel het vruchtgebruik van het eigen vermogen als dat van de nalatenschap.[61] Als de langstlevende overlijdt, eindigt het

56 Vegter 2003b, p. 546 en Verstraaten 2008, p. 144.

57 Zie art. 6:213 lid 1 BW: *'Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan.'*

58 Verstraaten 2006, p. 79.

59 Van Vijfeijken 2002a, p. 89-91. Vgl. ook art. 3:33 BW.

60 Van Vijfeijken 2002a, p. 89.

61 Zie ook onderdeel 3.1.-3.3. van de Conclusie van Advocaat-Generaal C.W.M. van Ballegooijen bij HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.

vruchtgebruik en wast de bloot eigendom van het gehele vermogen (waaronder het aandeel van de langstlevende) bij de kinderen aan tot volle eigendom. Hierbij zijn geen successierechten verschuldigd, tenzij geoordeeld zou worden dat art. 10 SW op dit geval van toepassing is.

Het oordeel van de Hoge Raad over toepasbaarheid van art. 10 SW op het turbotestament was kort maar krachtig: *'Het middel faalt voor zover het bepleit dat artikel 10 SW niet op de onderwerpelijke situatie van toepassing is. De aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last waren rechtshandelingen waarbij de vader als partij was betrokken.* [onderstreping, GGBB] *Deze rechtshandelingen hebben tot gevolg gehad dat belanghebbende ten laste van het vermogen van de vader een aandeel in de onder 3.1.2, tweede volzin bedoelde blote eigendom heeft verkregen. Hiermee is voldaan aan de eisen die artikel 10, lid 1, SW 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.'*[62]
Tevens oordeelde de Hoge Raad dat de Successiewet geen mogelijkheid biedt om de betaalde successierechten, die bij het eerste overlijden verschuldigd waren in verband met de verkrijging door de kinderen van de ingebrachte blote eigendom afkomstig van de langstlevende, in mindering te brengen op de bij het overlijden van de langstlevende door art. 10 SW verschuldigde successierechten over de volle waarde van het door de langstlevende destijds ingebrachte vermogen.[63]

Zoals vermeld maakte de wetgever dankbaar gebruik van de door de Hoge Raad gegeven ruime invulling aan het begrip rechtshandeling en concludeerde hij naar aanleiding van het arrest dat het begrip 'rechtshandeling' weer kon terugkeren in de wettekst van art. 10 SW. Immers gold nu volgens de wetgever dat *'[o]nder het begrip rechtshandeling moet worden verstaan elke handeling die gericht is op een bepaald rechtsgevolg. Toepassing van artikel 10 vereist dus niet dat er een overeenkomst door de erflater is gesloten. Zo vormt ook het accepteren van een last of het aanvaarden van een legaat tegen inbreng een rechtshandeling in de zin van artikel 10 (Hoge Raad van 19 juni 2009, nr. 08/01165, LJN BG6455).'*[64]

Overigens meen ik dat – anders dan uit het arrest lijkt te volgen – de verkrijging van een legaat niet in alle gevallen de voor art. 10 SW relevante rechtshandeling oplevert aangezien art. 4:201 BW als hoofdregel bepaalt dat een legaat (te weten: het vorderingsrecht, zie art. 4:117 BW) verkregen wordt zonder dat aanvaarding nodig is. Alsdan wordt een legaat verkregen zonder dat er een rechtshandeling verricht is. De voor art. 10 SW relevante rechtshandeling verschuift bij een legaat van een goed in dat geval mijns inziens naar achteren, te weten naar het moment dat de legataris als partij betrokken is bij de levering

62 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224, r.o. 3.3.1.
63 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224, r.o. 3.3.2.
64 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 36-37.

(afgifte) van het gelegateerde goed en de levering aanvaardt. Indien in verband met de afgifte van het goed eigendomsrechten van de legataris worden omgezet in genotsrechten, kan art. 10 SW alsnog in beeld komen.

C) Art. 10 SW en het verschil tussen 'ten koste' en 'ten laste' van het vermogen
Het vereiste in art. 10 SW dat 'ten koste' van het vermogen (afkomstig van het vermogen) van de erflater moet zijn verkregen ziet op het omzetten van (vererfbare) eigendomsrechten in (niet-vererfbare) genotsrechten. De erflater had eerst de volle eigendom van een goed en heeft vervolgens de blote eigendom daarvan geschonken of overgedragen aan een verkrijger die niet is uitgezonderd in art. 10 lid 4 sub a SW. Voor de toepassing van art. 10 SW is het niet vereist dat degene die de rechtshandeling verricht verarmt.[65] Met andere woorden: het betalen van een zakelijke koopsom aan de erflater als tegenprestatie (een verkrijging onder bezwarende titel) voor de verkrijging van de bloot eigendom verhindert de toepassing van art. 10 SW niet. Wel komt ingevolge art. 7 SW de betaalde koopsom (en de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting of de reeds betaalde schenkbelasting) in mindering op de fictieve verkrijging c.q. de verschuldigde erfbelasting. Met art. 10 SW wordt immers getracht om de waardeaanwas van blote naar volle eigendom in de heffing te betrekken.[66]

Daarnaast heeft de wetgever met 'ten laste' van het vermogen sinds 1 januari 2010 goederen onder de heffing van art. 10 SW willen brengen als fictieve verkrijging krachtens erfrecht indien de erflater op deze goederen onder bezwarende titel (met eigen middelen) een vruchtgebruik heeft verworven.[67] In het laatste geval zet de erflater niet het eigendomsrecht van het goed om aangezien hij nooit meer heeft gehad dan het recht van vruchtgebruik van het goed, maar worden wel vererfbare eigen middelen (hier: de koopsom) omgezet in een genotsrecht. Door deze wetswijziging valt de zogenoemde gesplitste aankoop ook onder de werking van art. 10 SW, bijvoorbeeld indien het kind de bloot eigendom en de ouder het vruchtgebruik van een bepaald goed koopt of indien het kind aan zijn ouder het vruchtgebruik van een hem toebehorend goed verkoopt.[68] Indien de erflater het vruchtgebruik van een goed zonder tegenprestatie verworven heeft, wordt er niets door de erflater omgezet en speelt art. 10 SW dan ook niet.[69]

---

65 Van Vijfeijken 2013a, p. 94-95 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 36.
66 Van Vijfeijken 2013a, p. 94-95.
67 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 36 en Van Vijfeijken 2013a, p. 96-97.
68 Van Vijfeijken 2013a, p. 96-98 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.B.c.
69 Van Vijfeijken 2013a, p. 97. Van Vijfeijken werpt in haar bijdrage 'De fictiebepalingen met ingang van januari 2010', *WPNR* 6833 (2010), par. 2.6.1 de volgende interessante vraag op: '*Wordt een vruchtgebruik verkregen voor een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer, dan rijst de vraag wat rechtens is. Enerzijds kan worden betoogd dat hij het vruchtgebruik heeft verworven ten laste van zijn vermogen. In dat geval is art. 10 op het gehele vruchtgebruikver-*

D) Art. 10 SW en het legaat tegen inbreng

Kan op grond van het hierboven vermelde arrest van de Hoge Raad over het turbotestament geconcludeerd worden dat de schuldiggebleven inbrengvordering ten gevolge van de uitoefening van het keuzelegaat tegen inbreng ingevolge art. 10 SW (onder het oude recht en het huidige recht) belast zou worden?

Ingevolge het arrest van de Hoge Raad kon men concluderen dat indien de legataris een keuzelegaat tegen inbreng aanvaardt (dan wel de afgifte van het legaat plaatsvindt), er sprake is van een in art. 10 lid 1 SW bedoelde rechtshandeling waarbij de legataris partij is. Art. 10 lid 1 SW vereist voorts dat er ten koste van het vermogen van de erflater (i.c. de legataris) is verkregen in verband met een rechtshandeling (i.c. het aanvaarden van het legaat tegen inbreng) waarbij de erflater partij is, en de erflater in verband daarmee tot aan zijn overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip het genot heeft gehad van een vruchtgebruik. Hieraan is voldaan indien men de schuldiggebleven inbreng in verband met de aanvaarding van het legaat (en de verkrijging van de goederen) beschouwt als hetgeen ten koste van het vermogen van de erflater komt, van welk schuldiggebleven bedrag de legataris het genot van een vruchtgebruik behoudt indien hij niet elk jaar daadwerkelijk 6% rente betaalt aan de erfgenamen (art. 10 lid 3 SW).[70] Van Vijfeijken merkt hierover

mogen van toepassing. Anderzijds kan worden betoogd dat hij het vruchtgebruik deels heeft verworven ten laste van zijn eigen vermogen en deels om niet heeft verkregen. In dat geval is art. 10 van toepassing op het laatstgenoemde deel van het vruchtgebruikvermogen. Deze laatste uitleg komt mij gezien doel en strekking van art. 10 als juist voor.' Deze uitleg valt mijns inziens echter niet te rijmen met de wettekst. Als ik het goed zie, acht Van Vijfeijken in haar monografie over de fictieve verkrijgingen in een dergelijk geval art. 10 SW in eerste instantie wel in zijn geheel van toepassing op het vruchtgebruikvermogen, zij het dat zij vervolgens constateert dat bij de verkrijging van een vruchtgebruik voor een veel lagere waarde, geen of een geringe heffing zal plaatsvinden omdat (ik neem aan ingevolge art. 7 SW) de fictieve verkrijger de waarde van het vermogensbestanddeel ten tijde van de rechtshandeling in mindering kan brengen (met 6% enkelvoudige rente), en deze vermindering enkel wordt verlaagd met de ontvangen (lage) vergoeding voor het genotsrecht. Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 97-98. Deze benadering in haar monografie lijkt meer (dan de benadering in haar bovengenoemde bijdrage in WPNR) in lijn te liggen met de benadering van de staatssecretaris in zijn beantwoording van Kamervragen d.d. 14 november (DGB 2011/6811U). In zijn beantwoording van vraag 7 gaat de staatssecretaris ook van toepassing van art. 10 SW uit indien de ouder het vruchtgebruik van een goed van een kind voor (bijvoorbeeld) een koopsom van 1 euro betaalt. Vervolgens neemt de staatssecretaris de waarde van de woning op het tijdstip van overlijden van de vruchtgebruiker en vermeldt hij dat daarop op grond van artikel 7 de opoffering voor de bloot eigendom gerelateerd aan het tijdstip waarop het vruchtgebruik is gekocht in mindering mag worden gebracht vermeerderd met jaarlijks 6% rente daarover. Zie ook P. Blokland in Compendium Estate Planning 2014, p. 11, die kritisch is over de werking van art. 10 SW bij een splitsing *na* aankoop (waarbij het kind de volle eigendom van een derde koopt en vervolgens het vruchtgebruik voor een zakelijke prijs overdraagt aan zijn ouder(s); zie ook het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 4 april 2012, BLKB 2012/103M, *Stcrt.* 7145, onderdeel 2).

70 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 142.

op: '*Die schuldigerkenning gaat ten koste van zijn eigen vermogen. Deze zat immers niet in de nalatenschap, maar ontstaat eerst nadat uitvoering aan de making is gegeven.*'[71]

Ook de wetgever gaat ervan uit dat art. 10 SW – zonder een daarin opgenomen uitzondering – na het wijzen van het arrest van toepassing zou zijn op een legaat tegen inbreng.[72] Zo merkt de wetgever (voordat de wijziging werd voorgesteld) op: '*In geval van een keuzelegaat tegen inbreng van de waarde waarbij de inbrengschuld (en de eventuele rente daarop) tijdens leven niet door de legataris wordt voldaan, komt artikel 10 wel in beeld. Het aanvaarden van het legaat is een rechtshandeling van de legataris, evenals de schuldigerkenning van de inbreng. Dit betekent dat als geen of een te lage rente over de inbrengschuld wordt betaald, bij het overlijden van de langstlevende artikel 10 van toepassing is op de vordering (vermeerderd met de eventuele rente). Dit is overigens onder de huidige redactie van artikel 10 ook al het geval. Het wetsvoorstel brengt daarin dus geen verandering.*'[73]

De wetgever ziet bij een legaat tegen inbreng dus zowel het aanvaarden van het legaat als het schuldigerkennen van de inbreng als de relevante rechtshandelingen voor art. 10 SW. Ik meen dat de schuldigerkenning echter niet als een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW kwalificeert indien deze inbrengverplichting kwalificeert als een sublegaat. De inbrengschuld van de legataris vindt zijn grond dan in de uiterste wil van de eerststervende en niet in een rechtshandeling waarbij de legataris (de langstlevende) partij is.[74]

Volgens Van Vijfeijken is art. 10 SW geschreven voor een situatie zoals bij het legaat tegen inbreng (welk schuldiggebleven mag worden) waarbij de inbrengschuld het vermogen van de legataris verkleint, zonder dat hij zich een voelbaar offer getroost (door feitelijk geen rente te betalen tijdens leven).[75]

Men zou naar voren kunnen brengen dat het genot niet ziet op hetgeen door de voor art. 10 lid 1 SW relevante rechtshandeling (i.c. het aanvaarden van het legaat tegen inbreng dan wel de afgifte van het goed) wordt verkregen. Immers ziet het genot niet op de gelegateerde zaken maar op daarmee gepaard gaande inbrengvordering. Dit hoeft echter geen belemmering voor de toepassing van art. 10 lid 1 SW te zijn aangezien art. 10 lid 1 SW enkel vereist dat 'in verband met' de rechtshandeling het genot moet zijn ontstaan.[76] Van Vijfeijken haalt in dit kader de memorie van toelichting bij de totstandkoming van de Successiewet 1956 aan waaruit volgt dat het er slechts om gaat of de

71 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.3.
72 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 18 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, D, p. 56.
73 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 35.
74 Zo ook Stollenwerck 2006, p. 21.
75 Van Vijfeijken 2013a, p. 142.
76 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.2.

erflater een genotsrecht heeft voorbehouden in verband met een rechtshandeling waarbij hij vermogen aan de verkrijger heeft overgedragen en niet is vereist dat het in verband met de rechtshandeling door de erflater genotene, moet zijn genoten van de in verband met de rechtshandeling door de verkrijger verkregen zaken.[77]

De hierboven vermelde redenering over toepassing van art. 10 SW op een legaat tegen inbreng (zonder uitzondering) gaat echter niet op indien het legaat verkregen wordt zonder aanvaarding (er dus geen rechtshandeling is verricht) én men daarnaast van oordeel is dat de afgifte van het gelegateerde goed geen verband houdt met het ontstaan van het genot van de inbrengvordering. Ik doel hiermee op het onder het oude recht door Vegter verwoorde standpunt dat art. 10 SW niet van toepassing is op het legaat tegen inbreng. Vooropgesteld dient te worden dat de beperkte uitleg van Vegter van het begrip 'rechtshandeling' in de zin van art. 10 SW – inhoudende dat een krachtens testament verplicht verrichte rechtshandeling geen rechtshandeling is waarbij de langstlevende partij– door het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 achterhaald is.[78] Van belang blijft naar mijn mening het resterende deel van zijn standpunt, hetgeen op het navolgende neerkomt.

Door het legaat tegen inbreng verkrijgen de (overige) erfgenamen een vorderingsrecht op de langstlevende waardoor zij dus tevens (sub)legatarissen zijn (art. 4:117 lid 1 en 2 BW). Hun vorderingsrecht is dus ook een legaat dat krachtens testament bij overlijden is verkregen (art. 4:201 lid 1 BW). De langstlevende verkrijgt als gevolg van het overlijden enerzijds als legataris een vorderingsrecht tot levering van het goed en anderzijds van rechtswege een schuld aan de sublegatarissen (de erfgenamen; i.c. de kinderen). Het sublegaat ontstaat immers ook als gevolg van het overlijden van de eerststervende. Als gevolg van het overlijden van de eerststervende zijn de erfgenamen dus enerzijds verplicht tot afgifte van het legaat aan de langstlevende en verkrijgen zij anderzijds als sublegatarissen een vorderingsrecht tot betaling van een geldsom jegens de langstlevende. Aangenomen dient te worden dat indien de langstlevende het legaat verwerpt, daarmee tevens het (sub)legaat ten behoeve van de overige erfgenamen teniet is gegaan, vergelijk art. 4:118 lid 2 BW.[79] Zowel Vegter als Stollenwerck vinden de kwalificatie van het keuzelegaat tegen inbreng als een sublegaat van cruciaal belang.[80] De langstlevende erkent dus volgens hen niet (vergelijk de hierboven vermelde opvatting) in het kader van de afgifte van het goed schuldig, want de inbrengschuld van de langstlevende aan de sublegatarissen ontstaat van rechtswege op het moment van overlijden van de eerststervende. De schuld gaat pas teniet als de

77 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.2 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19.
78 Vegter 2003b, p. 546.
79 Vegter 2003a, p. 422.
80 Vegter 2003a, p. 423 en Stollenwerck 2006, p. 20.

langstlevende het legaat verwerpt (vgl. art. 4:118 lid 2 BW). De verplichting van de legataris (de langstlevende) om jegens de sublegatarissen de aan het sublegaat verbonden verbintenissen (die alleen op de legataris rusten en geen schulden van de nalatenschap zijn; art. 4:7 lid 1 sub h BW) na te komen, ontstaat niet door de levering van het gelegateerde maar door het niet verwerpen van het legaat.[81] Het niet verwerpen van het legaat is echter geen rechtshandeling in de zin van artikel 10 SW, aldus Vegter.[82] Vegter schrijft: *'De leveringshandeling heeft enkel tot gevolg dat het recht op levering van moeder (door betaling) teniet gaat en dat moeder* (lees: langstlevende; GGBB) *eigenaar wordt van het gelegateerde object. Deze leveringshandeling raakt de krachtens het testament van de erflater ontstane inbrengverplichting van moeder niet. De zoon* (lees: erfgenamen/ kinderen; GGBB) *kan de inbrengverplichting dus ook niet in verband met deze leveringshandeling van moeder verkregen hebben. De juridische status van de bij het overlijden van de erflater verkregen inbrengvordering is voor en na de levering dezelfde.'*[83]

Met het arrest van de Hoge Raad lijkt het belang van de redenering van Vegter aan betekenis te hebben ingeboet. Indien de legataris het legaat tegen inbreng aanvaardt, is reeds sprake van een rechtshandeling in de zin van art. 10 lid 1 SW in verband waarmee het genot ontstaat. Art. 10 lid 3 SW bepaalt dat voor de toepassing van art. 10 SW de erflater geacht wordt een genot van een vruchtgebruik te hebben gehad van de in art. 10 lid 1 SW bedoelde goederen (hier: het met de inbrengverplichting overeenkomende geldbedrag) indien hij tegenover het genot dat hij van de goederen heeft aan degene ten laste van wie het genot komt niet jaarlijks daadwerkelijk een bedrag betaalt dat ten minste gelijk is aan het percentage bedoeld in art. 21 lid 14 SW (thans: 6) van de waarde van de goederen in onbezwaarde staat. Zonder daadwerkelijke betaling van deze rente staat alsdan niets aan toepassing van art. 10 SW in de weg, hetgeen in de huidige wet tot uitdrukking komt doordat de wetgever het nodig heeft geacht om in art. 10 lid 6 SW een uitzondering voor het legaat tegen inbreng op te nemen. Indien men met Vegter wijst op de situatie waarin een legaat wordt verkregen doordat men niet verwerpt en vervolgens de nadruk legt op de inbrengverplichting van de legataris die ook zonder leveringshandeling is ontstaan, dan kan men zich met recht afvragen in verband met welke rechtshandeling het genot van de inbrengvordering wordt verkregen. Ook Sonneveldt en De Kroon lijken zich af te vragen bij welke rechtshandeling de legataris bij het keuzelegaat tegen inbreng partij is geweest.[84] Toch meen ik dat de wetgever door het opnemen van 'in verband met een rechtshan-

81 Stollenwerck 2006, p. 21.
82 Vegter 2003b, p. 546.
83 Vegter 2003b, p. 546.
84 Estate Planning 2010, nr. 4.5.2, p. 168. Ook los van het antwoord op die vraag zijn Sonneveldt en De Kroon van oordeel dat art. 10 SW niet lijkt te gelden bij een keuzelegaat tegen inbreng omdat er niets ten laste van het vermogen van de erflater/langstlevende echtgenoot is gegaan.

deling' geen causaliteit op het oog heeft zodat niet noodzakelijk is dat door de rechtshandeling (i.c. de levering van het gelegateerde en het aanvaarden daarvan door de legataris), het genot moet zijn ontstaan.

E) Legaat tegen inbreng en ratio art. 10 SW

De bedoeling van art. 10 SW is dat (te vererven) vermogen van een toekomstige erflater welk vermogen tijdens zijn leven is omgezet in een levensafhankelijk (niet-verervend) genotsrecht, toch bij zijn overlijden kan worden belast doordat het vermogen ingevolge art. 10 SW geacht wordt krachtens erfrecht te worden verkregen door de 'bloot-eigenaar' (een fictieve erfrechtelijke verkrijging).[85] Hierdoor dient voorkomen te worden dat te gemakkelijk transacties worden aangegaan die tot doel hebben om ten nadele van de fiscus een verkleining van de toekomstige nalatenschap te bewerkstelligen waarover erfbelasting geheven kan worden. De toekomstige erflater getroost zich immers door een dergelijke transactie tijdens leven geen voelbaar offer omdat hij in het genot blijft van het afgestane vermogen.[86] Gezien de mogelijkheid voor de verkrijger om ingevolge art. 7 SW onder meer de betaalde koopsom en de betaalde schenk- of overdrachtsbelasting, in mindering te brengen op de fictieve verkrijging c.q. de verschuldigde erfbelasting, wordt duidelijk dat art. 10 SW tracht om de waardeaangroei van bloot eigendom naar volle eigendom van het overgedragen of geschonken goed onder de heffing van de erfbelasting te brengen.

Bij het legaat tegen inbreng wordt door de schuldigerkenning vererfbaar vermogen (een geldbedrag) omgezet in een genotsrecht (een schuldiggebleven geldbedrag waarvan de erflater dus het genot behoudt). Zonder twijfel is er voldaan aan het omzetten van eigendomsrechten in genotsrechten, hetgeen overigens geen wettelijke terminologie is. Anders dan bij bijvoorbeeld het klassieke voorbeeld van een overdracht van een goed onder voorbehoud van vruchtgebruik, zal door de uitoefening van het legaat tegen inbreng niet zonder meer sprake zijn van de verkleining van het verervend vermogen van de legataris waarover in de toekomst erfbelasting geheven kan worden. Tegenover de inbrengverplichting van de legataris staat per definitie de verkrijging van de volle eigendom van goederen ter waarde van de inbrengverplichting, welke goederen gaan behoren tot het (vererfbaar en daarmee belastbaar) vermogen van de legataris. Desalniettemin blijkt niet uit de wettekst van art. 10 lid 1 SW dat per saldo in verband met de in art. 10 lid 1 SW bedoelde rechtshandeling een verkleining van het te vererven vermogen noodzakelijk is.[87] Met

85 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 30 en *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19.

86 *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19.

87 Vgl. de discussie onder het oude recht tussen Stubbé en Hoogeveen over de vraag of een vordering die ten gevolge van de quasi-wettelijke verdeling is ontstaan onder art. 10 SW viel en of voor de werking van art. 10 SW (de door Stubbé verdedigde) eis geldt dat een

andere woorden: voor art. 10 SW lijkt enkel als rechtsgrond te gelden dat er (vererfbare) eigendomsrechten worden omgezet in (niet-vererfbare) genotsrechten en niet dat daardoor per saldo tevens een verkleining van de belastbare nalatenschap plaatsvindt.[88] Een verarming van de erflater door de omzetting is – zo wordt ook straks bij de uitleg van 'ten koste van' en 'ten laste van' zijn vermogen in de zin van art. 10 lid 1 SW uiteengezet – in ieder geval niet nodig.[89] Immers indien de erflater voor de overdracht van de bloot eigendom van het goed het vruchtgebruik daarvan behoudt alsmede een zakelijke koopsom verkrijgt voor de overgedragen bloot eigendom, is hij in economische zin niet verarmd. Alsdan is wel sprake van een verkleining van het verervend (en daarmee belastbaar) vermogen, aangezien het vruchtgebruik bij het overlijden van de erflater tenietgaat en dus niet vererft (art. 3:203 lid 2 BW) en enkel de koopsom (wellicht nog) tot zijn vermogen behoort.

Indien in verband met de in art. 10 lid 1 SW bedoelde rechtshandeling naast de bedoelde omzetting van eigendomsrechten in genotsrechten eveneens vererfbare eigendomsrechten verkregen worden, kan dat mijns inziens niet voorkomen dat een heffing op grond van art. 10 SW plaatsvindt. De wetgever heeft het immers ook nodig geacht om in het geval van een quasi-wettelijke verdeling, waarbij de echtgenoot alle goederen van de nalatenschap in eigendom kan verkrijgen en ten gevolge daarvan niet-opeisbare onderbedelingsvorderingen voor de kinderen ontstaan ter grootte van hun erfdeel, een uitzondering in art. 10 lid 5 SW op te nemen. Indien verkleining van de belastbare nalatenschap doorslaggevend zou zijn voor de werking van art. 10 SW, dan zou deze uitzondering in het geval van een quasi-wettelijke verdeling niet nodig zijn omdat – in de woorden van Stubbé – 'door de verdeling van de nalatenschap van de eerststervende (de rechtshandeling) de nalatenschap van de langstlevende niet kleiner [is] dan die zou zijn geweest zonder de rechtshandeling.'[90]

In de slotbeschouwing van dit hoofdstuk kom ik terug op de vraag of hiermee op een juiste wijze invulling wordt gegeven aan de terechte wens van de wetgever om te voorkomen dat te gemakkelijk erfbelasting ontgaan zou kunnen worden. Zou de strekking van art. 10 SW niet te allen tijde dienen te zijn dat er een verkleining van de nalatenschap moet plaatsvinden om aan toepassing

---

verkleining van de nalatenschap vereist is. Zie Hoogeveen, 2006 en Stubbé 2006. Anders dan Stubbé in zijn opinie in *NTFR* veronderstelde, vond de wetgever het voor de door de quasi-wettelijke verdeling ontstane vordering nodig om een expliciete uitzondering in art. 10 lid 5 SW op te nemen om de door quasi-wettelijke verdeling ontstane vorderingen niet onder de heffing van art. 10 lid 1 SW te laten vallen.

88 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 30.

89 Zie ook de brief van de staatssecretaris aan de KNB van 28 oktober 2009 als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86.

90 Stubbé 2006.

van de fictie toe te komen zonder dat een uitzondering nodig is?[91] De wetgever heeft het in elk geval noodzakelijk geacht om een uitzondering in art. 10 lid 6 SW op te nemen om te bewerkstelligen dat het legaat van de volle eigendom tegen inbreng per 1 januari 2010 niet onder de heffing van art. 10 lid 1 SW zou vallen.[92] Een dergelijke expliciet in de wet opgenomen uitzondering rechtvaardigt mijns inziens niet de eventueel naar voren te brengen gedachte dat slechts sprake zou zijn van een nadere verduidelijking van lid 1 van art. 10 SW, zodat men toch zou dienen te concluderen dat in art. 10 lid 1 SW reeds de eis van de verkleining van de nalatenschap besloten zou liggen.

F) Het legaat tegen inbreng en de uitzondering van art. 10 lid 6 SW

Zoals eerder vermeld bestond volgens Van Vijfeijken geen bezwaar art. 10 SW toe te passen bij een legaat tegen inbreng waarbij de inbreng schuldiggebleven wordt en de rente niet jaarlijks betaald wordt.[93] De wetgever heeft echter in art. 10 lid 6 SW een uitzondering voor het legaat tegen inbreng (waarvan op grond van een testamentaire bepaling de in te brengen geldsom schuldig mag worden gebleven) opgenomen om te voorkomen dat er een verschil in behandeling ontstond tussen een overbedelingschuld uit hoofde van een (quasi-)wettelijke verdeling (welke niet onder art. 10 SW valt)[94] en de schuld uit hoofde van een legaat tegen inbreng. De wetgever merkt over het opnemen van de uitzondering van art. 10 lid 6 SW op: '*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*

91 Vgl. B.M.E.M. Schols 2012, p. 112 waarin hij opmerkt dat de strekking achter de genotsfictie is dat men niet nalatenschapsverkleinend bezig mag zijn.

92 Uit *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 35 bleek dat de wetgever ervan uitging dat het legaat tegen inbreng onder oud recht onder art. 10 SW zou kunnen vallen.

93 Van Vijfeijken 2013a, p. 142.

94 Wat betreft de niet-opeisbare vordering uit hoofde van wettelijk verdeling vindt art. 10 SW geen toepassing omdat deze vordering door het kind van rechtswege verkregen wordt (art. 4:13 lid 3 SW). Er vindt dus geen rechtshandeling door de langstlevende hiervoor plaats. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 34. Dit is anders bij de quasi-wettelijke verdeling waar in eerste instantie sprake is van een onverdeeldheid en dus niet van een verdeling van rechtswege. In dit kader heeft de wetgever in art. 10 lid 5 SW een uitzondering opgenomen voor onderbedelingsvorderingen die ontstaan zijn 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.

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.'[95]

De uitzondering is als volgt in art. 10 lid 6 SW geformuleerd: *'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 dat ten gevolge van het overlijden van de erflater teniet gaat.'*

De conclusie voor het in deze paragraaf besproken keuzelegaat *volle* eigendom tegen inbreng is dan ook dat de schuldiggebleven inbrengverplichting bij het overlijden van de legataris (de echtgenoot) niet onder de heffing van art. 10 SW valt, zodat het kind dit bedrag zonder de heffing van erfbelasting kan opeisen. Ingevolge art. 10 lid 6 SW geldt de uitzondering enkel in het geval van de inbreng van een geldsom waarbij deze geldsom op grond van het testament mocht worden schuldiggebleven, hetgeen bij de in deze paragraaf behandelde testamenten steeds uitdrukkelijk zal zijn opgenomen. Indien het testament niet deze mogelijkheid biedt maar de legataris en de erfgenamen overeenkomen dat de inbreng mag worden schuldig gebleven (waarbij een zakelijke rente slechts wordt bijgeschreven) wordt het schuldigerkende bedrag (en de eventuele bijgeschreven rente) ingevolge art. 10 lid 1 SW belast.[96]

In het testament zal veelal – zoals de uitzondering van art. 10 lid 6 SW vereist – de mogelijkheid zijn geboden om de bij te schrijven rente te bepalen (al dan niet in afwijking van een in een testament opgenomen rente via een tenzij-clausule). Een dergelijke rentevaststelling valt niet onder de werkingssfeer van art. 10 lid 1 SW indien deze rentevaststelling binnen de aangiftetermijn wordt vastgesteld (zoals bedoeld in art. 1 lid 3 SW; zie par. 7.2.2.3). Indien met de rentevaststelling via art. 1 lid 3 SW rekening wordt gehouden, wordt deze vaststelling immers als het ware aan de erflater (de eerststervende echtgenoot) toegerekend zodat er geen rechtshandeling is verricht als bedoeld in art. 10 lid 1 SW (door de langstlevende echtgenoot).[97] De bijgeschreven rente kan dus wel onder de werking van art. 10 lid 1 SW vallen indien de legataris en erfgenamen buiten de aangiftetermijn een rente vaststellen of afwijken van een in een testament opgenomen rente in welk testament geen tenzij-clausule (zoals bedoeld in art. 1 lid 3 sub a SW) is opgenomen.[98] Een redelijke wetstoe-

95 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 13, p. 18-19.
96 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 143.
97 Zie hierover *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 34.
98 Zie Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.1 en Van Vijfeijken 2013a, p. 143.

passing brengt met zich dat art. 10 lid 1 SW in een dergelijk geval slechts dan van toepassing is indien en voor zover de vaststelling van de rente buiten de aangiftetermijn (of in afwijking van het testament) een verhoging van de rente bewerkstelligt. Alsdan wordt feitelijk die rente geschonken, van welke rente de legataris het genot mag behouden, zodat er eigendomsrechten van de legataris worden omgezet in genotsrechten.[99] Ik geef een voorbeeld.

Indien de rente van 2% samengesteld over de inbrengvordering bij een legaat tegen inbreng (welke volgens het testament van A mag worden schuldiggebleven) na de aangiftetermijn door de legataris B wordt vastgesteld op 6% samengesteld, is sprake van een schenking van de legataris B aan de (overige) erfgenamen (C) ingevolge art. 1 lid 1 onder 2 SW (zie ook art. 1 lid 4 SW). Bij het overlijden van A wordt voor de heffing van erfbelasting slechts rekening gehouden met een schuldiggebleven inbrengvordering die 2% samengestelde rente draagt. Indien B komt te overlijden en alle rente is bijgeschreven is de situatie volgens de parlementaire geschiedenis in een vergelijkbaar geval als volgt: '*Bij het overlijden van B is artikel 10 dan niet van toepassing op de testamentaire rente van 2%. Het restant van de rente (4% over de hoofdsom gedurende het aantal verstreken jaren) betreft een schuldiggebleven schenking van B aan C waarop artikel 10 wel van toepassing is. Die situatie verschilt immers niet van iedere andere schuldig gebleven schenking, waarbij niet jaarlijks 6% wordt betaald. De ter zake van de schenking eerder in rekening gebrachte schenkbelasting, vermeerderd met een enkelvoudige rente van 6%, kan* [op] *grond van artikel 7 van de Successiewet 1956 worden verrekend met de verschuldigde erfbelasting.*'[100] De hoofdsom van de inbrengvordering en de testamentaire rente vallen niet onder de werking van art. 10 SW omdat de rente en het schuldig blijven van de inbrengvordering voortvloeien uit het testament en zodoende onder de uitzondering van art. 10 lid 6 SW vallen.[101]

Wat is rechtens indien in het bovenstaande geval buiten de aangiftetermijn een lagere rente wordt vastgesteld? De testamentaire rente bedroeg bijvoorbeeld 6% samengesteld en vervolgens wordt de rente (door de legataris en de erfgenamen) vastgesteld op 2%. De erfgenamen (de kinderen) doen hiermee een belastbare schenking aan de legataris (de langstlevende echtgenoot) ingevolge art. 1 lid 1 onder 2 SW (al dan niet omdat zij geacht worden een schenking te hebben gedaan ingevolge art. 1 lid 4 SW). Door deze rentevaststelling worden echter geen eigendomsrechten van de legataris omgezet in genotsrechten. Of in de woorden van Peters van Neijenhof: het 'genot' van de legataris

99 Zie Peters van Neijenhof 2010, par. 2.4 en B.M.E.M. Schols 2012, p. 110.
100 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, nr. F, p. 6-7.
101 Vgl. Van Vijfeijken 2013a, p. 142-143 en zie ook noot 136 op p. 138.

wordt kleiner, zodat men bij overlijden van de legataris niet aan art. 10 SW toekomt.[102]

G) Het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng en de uitzondering van art. 10 lid 6 SW

De tweede volzin van art. 10 lid 6 SW maakt duidelijk dat de uitzondering voor het legaat tegen inbreng niet geldt voor zover de schuldig gebleven inbreng direct of indirect verband houdt met de verkrijging door de erflater van een vruchtgebruik dat ten gevolge van het overlijden van de erflater teniet gaat. Gedoeld wordt op een legaat van vruchtgebruik tegen inbreng van de waarde van het vruchtgebruik, welke waarde mag worden schuldiggebleven. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom deze beperking in art. 10 lid 6 SW is gemaakt.[103] Van Vijfeijken neemt aan dat de wetgever het voor een vruchtgebruiklegaat tegen inbreng niet nodig vond om een uitzondering voor art. 10 SW te maken omdat een dergelijk legaat juist bewerkstelligt dat de nalatenschap van de legataris wordt verkleind. Met het overlijden van de legataris eindigt immers van rechtswege het vruchtgebruik (zodat de legataris dat niet meer kan nalaten) en wordt de nalatenschap vervolgens verkleind doordat tot de nalatenschap de inbrengschuld (de schuldiggebleven geldsom) behoort.[104] In par. 7.4.3 wordt teruggekomen op het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng (als legaat waarmee een toekomstige nalatenschap wordt verkleind) en de door Van Vijfeijken gesignaleerde dubbele heffing die de uitzondering van art. 10 lid 6 SW in combinatie met art. 10 lid 1 SW mogelijk naar de letter van de wet met zich brengt.[105]

Overigens zien de in deze paragraaf bedoelde testamenten steeds op een legaat van volle eigendom tegen inbreng van de waarde in combinatie met een vruchtgebruiklegaat zonder inbrengverplichting, zodat men niet te maken heeft met het in art. 10 lid 6 SW bedoelde vruchtgebruiklegaat tegen inbreng.

H) Art. 9 SW en de rente over de schuldiggebleven inbrengvordering

Indien het gevaar van toepasselijkheid van art. 10 SW niet bestaat in het kader van de bijgeschreven rente bij een legaat tegen inbreng omdat sprake is van een testamentaire rente of van een rente die overeenkomstig art. 1 lid 3 SW 'als het ware' aan de erflater wordt toegerekend, dient men echter nog wel bedacht te zijn op de toepassing van art. 9 SW.[106] Art. 9 SW speelt indien een hogere rente (de zogenoemde bovenmatige rente) wordt bijgeschreven dan in het geval een samengestelde rente had gegolden naar het rentepercentage als bedoeld in art. 21 lid 14 SW (thans: 6%). Met dit artikel beoogt de wetgever

102 Peters van Neijenhof 2010, par. 2.4
103 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 13, p. 18-19.
104 Van Vijfeijken 2013a, p. 143 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2.
105 Van Vijfeijken 2013a, p. 143 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2 en Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2.
106 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 11-12.

te voorkomen dat een nalatenschap op papier wordt uitgehold door een bovenmatige rentebijschrijving over een niet-opeisbare erfrechtelijke geldvordering te laten gelden en zodoende te voorkomen dat heffing van erfbelasting bij het tweede overlijden wordt ontgaan.[107] Van Vijfeijken merkt in dit kader overigens op dat onduidelijk is waarom de wetgever een uitholling van de nalatenschap met een rente die lager is dan 6% samengesteld wel geoorloofd vindt anders dan dat wordt aangevoerd dat 6% een normrente voor de Successiewet is.[108]

Wat betekent art. 9 SW voor het legaat tegen inbreng waarbij de inbreng wordt schuldiggebleven en waarbij ingevolge het testament of ex art. 1 lid 3 SW een rente geldt die hoger ligt dan het in art. 9 lid 2 SW bedoelde percentage van (thans) 6% samengesteld? Een inbrengvordering zal bij het eerste overlijden (van degene die het testament heeft opgesteld met het legaat tegen inbreng) in aanmerking genomen worden voor ten hoogste de nominale waarde (art. 9 lid 1 SW). Bij het tweede overlijden (het overlijden van de legataris) zal de bovenmatige rente (de bijgeschreven rente voor zover die hoger is dan indien de vordering een rente van 6% samengesteld had gedragen) – aannemende dat de vordering dan op grond van het testament opeisbaar is en nog niet tijdens leven van de legataris is voldaan[109] – als fictieve verkrijging krachtens erfrecht (van de legataris die de inbreng met bovenmatige rente is schuldiggebleven) worden aangemerkt (art. 9 lid 2 SW).

I) Het vruchtgebruiklegaat (zonder inbreng) en art. 10 SW

Hoewel het aanvaarden van het vruchtgebruiklegaat zonder inbrengverplichting (door de echtgenoot), gezien de rechtspraak van de Hoge Raad, een rechtshandeling is in de zin van art. 10 SW en de legataris weliswaar partij is bij de rechtshandeling die leidt tot afgifte van het recht van vruchtgebruik is toch geen sprake van toepassing van art. 10 SW. Immers is er in verband met de verkrijging van het vruchtgebruik niets 'ten koste' van het vermogen van de legataris gegaan aangezien deze geen eigenaar van de goederen uit de nalatenschap is ervan uitgaande dat de legataris niet tevens erfgenaam is.[110] Noch is in het kader van de verkrijging van het vruchtgebruiklegaat iets 'ten laste' van het vermogen (d.w.z. onder bezwarende titel) van de legataris gegaan omdat deze het vruchtgebruik om niet verkrijgt.[111]

---

107 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 14 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 5.

108 Van Vijfeijken 2013a, p. 80.

109 Opeisbaarheid of aflossing van de vordering tijdens leven van de legataris levert een fictieve verkrijging krachtens schenking op wat betreft de bovenmatige rentecomponent van de vordering (art. 9 lid 2 SW). Zie over onvolkomenheden in art. 9 SW o.a. Kooiman 2012a en Kooiman 2012b.

110 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 36.

111 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 145.

Indien de legataris eveneens erfgenaam is, dient deze wel zijn erfdeel (na verdeling) in volle eigendom te verkrijgen (al dan niet in de vorm van een zakelijke onderbedelingsvordering) en niet voor dit deel vruchtgebruik te verkrijgen om heffing van art. 10 SW te voorkomen. Als het erfdeel ook wordt omgezet in een vruchtgebruik, dan zet de verkrijger eigendomsrechten (zijn erfdeel) om in genotsrechten (vruchtgebruik), zodat door deze verrichte rechtshandeling (de verdeling) art. 10 SW kan worden toegepast voor de omvang van het omgezette erfdeel.[112]

Voor het testament waarin het keuzelegaat tegen inbreng gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat als vangnet fungeert (bijvoorbeeld bij een (quasi-) wettelijke verdeling), rijst de vraag of art. 10 SW kan spelen indien de langstlevende het erfdeel verwerpt (waardoor geen sprake meer kan zijn van een (quasi-)wettelijke verdeling)[113] en vervolgens gebruik maakt van het vruchtgebruiklegaat. De staatssecretaris is er tijdens het wetgevingsproces in het kader van de modernisering van de Successiewet duidelijk over: '*Indien een erflater in zijn testament de wettelijke verdeling bevestigt en aanvullend opneemt dat ingeval de langstlevende partner de nalatenschap verwerpt hij het vruchtgebruik van de nalatenschap krijgt gelegateerd, kunnen zich twee rechtsfeiten voordoen. Indien de partner verwerpt, geeft hij zijn erfdeel prijs waardoor hij als legataris aanspraak heeft op het vruchtgebruik van de nalatenschap. Het vruchtgebruik is bij hem opgekomen in verband met de rechtshandeling van het verwerpen. Voor wat betreft zijn erfdeel heeft de langstlevende partner dan ten koste van zijn vermogen het genot van een vruchtgebruik gehad. Of anders gezegd, de langstlevende heeft voor de omvang van zijn erfdeel eigendomsrechten omgezet in genotsrechten en dat is precies waarop artikel 10 ziet.*'[114]

Van Vijfeijken vraagt zich echter af of het standpunt van de staatssecretaris houdbaar is aangezien de verwerping door een erfgenaam ingevolge art. 4:190 lid 4 BW terugwerkt tot het openvallen van de nalatenschap zodat deze geacht wordt nooit erfgenaam te zijn geweest.[115] De conclusie zou volgens Van Vijfeijken dan ook moeten zijn dat deze dan ook nimmer de volle eigendom van de goederen van de nalatenschap heeft gehad en van een omzetting van deze

112 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 132 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.B.e, alsmede de brief van de staatssecretaris aan de KNB van 22 oktober 2009 als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86, p. 2-3.

113 Wat betreft de toepassing van wettelijke verdeling vereist art. 4:13 lid 1 BW namelijk dat de erflater zijn echtgenoot en een of meer kinderen als erfgenamen achterlaat. Verwerping door de echtgenoot van de nalatenschap resulteert erin dat de echtgenoot geacht wordt nooit erfgenaam te zijn geweest; zie art. 4:190 lid 4 BW.

114 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, D, p. 22.

115 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.3.

eigendom geen sprake kan zijn.[116] Er is dus niets ten koste van het vermogen van de echtgenoot gegaan.[117]

De staatssecretaris houdt echter vooralsnog voet bij stuk en blijft van oordeel dat in deze situatie het uitgangspunt is dat art. 10 SW van toepassing is omdat eigendomsrechten worden omgezet in genotsrechten.[118] Vervolgens kondigt hij desondanks een beleidsbesluit aan, ik citeer: '*Ik realiseer me dat dit bij keuzetestamenten in sommige gevallen tot een ongewenste beperking van de keuze kan leiden. Daarom overweeg ik hierover een beleidsbesluit uit te brengen waarin voor bona fide gevallen de werking van genoemd artikel 10 wordt beperkt. Ik denk daarbij aan een goedkeuring als de nalatenschap wordt verdeeld binnen een bepaalde termijn na het overlijden.*'[119] Vervolgens lijkt de staatssecretaris enige tijd na bovenstaande aankondiging de toepassing van art. 10 SW in de situatie van het verwerpen van een erfdeel gevolgd door aanvaarding van het vruchtgebruiklegaat te nuanceren. Ik citeer hem wederom: '*In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik aangegeven dat ook in de situatie dat verwerping plaatsvindt door de echtgenoot en de echtgenoot in plaats daarvan een testamentair vruchtgebruik krijgt, de mogelijkheid bestaat dat artikel 10 van de Successiewet 1956 van toepassing is. Of artikel 10 van toepassing is, is namelijk afhankelijk van een aantal factoren, zoals de testamentaire bepalingen en de wijze waarop een eventuele huwelijksgoederengemeenschap die tussen de erflater en zijn echtgenoot bestond, wordt verdeeld. Als daarbij eigendomsrechten die de echtgenoot had, worden omgezet in vruchtgebruik, dan is artikel 10 in overeenstemming met doel en strekking daarop van toepassing. In het licht van het vorenstaande kan ik de stelling dat verwerpen terugwerkende kracht heeft en dat daardoor geen sprake kan zijn van een omzetting die voor artikel 10 is vereist, niet in zijn algemeenheid onderschrijven. Omdat een en ander genuanceerder ligt en het gevaar bestaat dat een strikte wetstoepassing tot een ongewenste beperking van bepaalde keuzemogelijkheden in een keuzetestament kan leiden, overweeg ik daarom hierover een beleidsbesluit uit te brengen waarin voor bona fide gevallen de werking van artikel 10 wordt beperkt.*'[120]

De toelichting van de staatssecretaris maakt op geen enkele manier duidelijk op welke wijze testamentaire bepalingen dan wel de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap kunnen bewerkstelligen dat er bij een echtgenoot na verwerping van het erfdeel (met terugwerkende kracht) en aanvaarding van het vruchtgebruiklegaat toch iets ten koste van het vermogen kan zijn gegaan zoals art. 10 SW vereist. Bij de verdeling van een eventuele huwelijksgoederengemeenschap kan ik mij in eerste instantie nog indenken dat de staatssecretaris wellicht meent dat er iets ten laste van de echtgenoot is gegaan

116 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.3.
117 Van Vijfeijken 2013a, p. 133.
118 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 004, nr. 5, p. 4.
119 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 004, nr. 5, p. 4.
120 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 17, p. 24.

vanwege de tijdens het huwelijk bestaande gerechtigdheid tot de gemeenschap van goederen, terwijl de eindsituatie is dat de echtgenoot wat betreft de *nalatenschap* (de helft van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap) ondanks het toegekende erfdeel slechts het vruchtgebruik van (enkele) voorheen tot de gemeenschap van goederen behorende goederen heeft verkregen. Mocht dit inderdaad de redenering van de staatssecretaris betreffen, dan doet deze redenering geen recht aan het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 1995, *BNB* 1995/105, waaruit kan worden opgemaakt dat voor de toepassing van art. 10 SW wordt aangesloten bij de uitkomst van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap.[121] Na verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap is duidelijk wat tot de nalatenschap behoort. Vervolgens verwerpt de echtgenoot een erfdeel in die nalatenschap en verkrijgt hij ingevolge het legaat enkel het vruchtgebruik van de goederen van de nalatenschap. Van deze in vruchtgebruik verkregen goederen kan mijns inziens niet gezegd worden dat de echtgenoot hierdoor (wat betreft de helft?) eigendomsrechten heeft omgezet omdat de goederen ooit hebben behoord tot de gemeenschap van goederen waartoe de echtgenoot gerechtigd is geweest. Bovendien zou in deze redenering ook bij de aanvaarding van een vruchtgebruiklegaat (zonder dat er een erfdeel is toegekend en dus ook zonder verwerping van een erfdeel) geconcludeerd kunnen worden dat sprake zou zijn van 'omzetting', hetgeen ook volgens de wetgever niet aan de orde is. Daarnaast kan men op grond van het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 1995, *BNB* 1995/105, betogen dat het verwerpen van het erfdeel en het verdelen van de huwelijksgoederengemeenschap twee afzonderlijke rechtshandelingen betreffen, waardoor er ook geen sprake van is dat 'in verband met' de verdeling een genotsrecht is voorbehouden door de echtgenoot.[122] Indien de relevante rechtshandeling voor art.

121 Vgl. Van Rijn 2003, par. 6.

122 De Hoge Raad overwoog in *BNB* 1995/105, r.o. 3.3.: '*Het Hof heeft geoordeeld, dat belanghebbenden op grond van het bepaalde in artikel 10 van de Successiewet 1956 de hun bij de gedeeltelijke verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap toegescheiden onverdeelde helft van de woning geacht moeten worden bij het overlijden van erflaatster krachtens erfrecht te hebben verkregen. Aan dit oordeel ligt kennelijk ten grondslag de opvatting dat, ingeval bij verdeling van een door het overlijden van een der echtgenoten ontbonden huwelijksgemeenschap vermogensbestanddelen worden toegescheiden aan de gezamenlijke erfgenamen in hun hoedanigheid van gerechtigden tot de nalatenschap van de overleden echtgenoot en vervolgens afgifte van het gelegateerde levenslang vruchtgebruik van de gehele nalatenschap aan de langstlevende echtgenoot plaatsvindt, bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot de toegescheiden vermogensbestanddelen door de erfgenamen van die echtgenoot voor de toepassing van artikel 10 van de Successiewet 1956 geacht moeten worden krachtens erfrecht te zijn verkregen. Die opvatting kan evenwel niet als juist worden aanvaard. In een situatie als hierbedoeld is van een 'verband' als bedoeld in artikel 10 van de Successiewet 1956 geen sprake. Het vruchtgebruik staat los van de toescheiding.*' De staatssecretaris heeft bevestigd dat de in dit arrest spelende turboverdeling (verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap waarbij alle bezittingen aan de nalatenschap worden toegedeeld met toekenning van een onderbedelingsvordering aan de echtgenoot gevolgd door afgifte van het vruchtgebruiklegaat aan de echtgenoot) ook onder de gemoderniseerde Successiewet niet tot toepassing van art. 10 SW leidt. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 21.

10 SW de verwerping van het erfdeel zou zijn, kan men mijns inziens niet stellen dat in verband daarmee iets ten koste van het vermogen van de erflater is gegaan. Ik meen dan ook dat art. 10 SW niet van toepassing is en om die reden een besluit van de staatssecretaris niet noodzakelijk is.[123] Voor de situatie dat er verworpen wordt, heeft de wetgever art. 30 SW opgenomen op grond waarvan kan worden voorkomen dat verwerping (van een erfdeel) leidt tot een lagere heffing.

Zo lang niet duidelijk is of na verwerping van een erfdeel en verkrijging ingevolge het vruchtgebruiklegaat art. 10 SW op het 'omgezette' erfdeel van toepassing is,[124] luidt het praktische advies om het erfdeel (van in dit geval de echtgenoot) zo veel mogelijk te beperken.[125]

7.2.2 Het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat ter bepaling van de rente op erfrechtelijke vorderingen (de handmatige ventieltechniek)

In het voorgaande is besproken op welke wijze de echtgenoot (of de kinderen) de mogelijkheid wordt geboden om middels (keuze)legaten te bewerkstelligen dat hij de volle eigendom of het vruchtgebruik van de door hem gewenste goederen van de nalatenschap kan verkrijgen.

Hierna staat de mogelijkheid voor (in de regel) de echtgenoot centraal om middels een legaat te kunnen bepalen hoe hoog (per saldo) de rente is die de echtgenoot verschuldigd is aan de kinderen over een schuld aan hen. Bij veel langstlevende-testamenten zullen er voor de kinderen niet-opeisbare vorderingen op de langstlevende echtgenoot ontstaan, bijvoorbeeld doordat de wettelijke verdeling of de ouderlijke boedelverdeling van toepassing is. Eveneens kunnen dergelijke vorderingen jegens de langstlevende zijn ontstaan door de verdeling van de nalatenschap waarbij de kinderen zijn onderbedeeld en een onderbedelingsvordering verkrijgen (denk aan de uitvoering van de quasi-wettelijke verdeling) of ten gevolge van de uitoefening door de echtgenoot van een (keuze)legaat tegen inbreng, welke inbrengverplichting de echtgenoot schuldig kan blijven zodat het kind een niet-opeisbare vordering verkrijgt. Ook kan men denken (bijvoorbeeld in het geval van niet-gehuwden zodat de wettelijke verdeling niet mogelijk is ook al hebben zij kinderen) aan de situatie dat de partner van de erflater tot enig erfgenaam is benoemd en de kinderen een legaat verkrijgen ter grootte van hun erfdeel volgens de wet, waarbij de

123 Zo ook Van Vijfeijken in haar monografie over de fictieve verkrijgingen, zie Van Vijfeijken 2013a, p. 133.

124 Vgl. de brief van de staatssecretaris aan de KNB van 22 oktober 2009 als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86, p. 2-3.

125 Estate Planning, nr. 15.5.01.

partner voor de berekening van het legaat ter grootte van het erfdeel volgens de wet als echtgenoot wordt aangemerkt. In al deze gevallen zal de vordering van het kind op de langstlevende – in het kader van het ongestoord kunnen doorleven van de langstlevende – in de regel niet opeisbaar zijn gedurende het leven van de langstlevende.[126]

7.2.2.1 De rente over erfrechtelijke vorderingen en de waardering volgens de Successiewet

De hoogte van de bij te schrijven rente over de vordering is voor de Successiewet van belang omdat deze – binnen een bepaalde bandbreedte – de verschuldigde erfbelasting bepaalt.[127] Indien sprake is van een renteloze niet-opeisbare vordering van de kinderen verkrijgt de langstlevende echtgenoot voor de Successiewet het volledige fictieve vruchtgebruik van de niet direct opeisbare vordering van de kinderen.[128] Voor de waardering van dit door de langstlevende verkregen fictieve vruchtgebruik van de vordering en de verkrijging van de 'bloot-eigendom' van de vordering door de kinderen, dienen de art. 18, 21 lid 11, 21 lid 14, 21 lid 15 SW,[129] de art. 5 en 10 Uitv. Besl. SW[130] en het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 1989 (*BNB* 1989/260)[131] in acht te worden genomen. De waarde van het fictieve vruchtgebruik van de langstlevende van de renteloze vorderingen bedraagt 6% van de nominale waarde van de vordering (de jaarlijkse fictieve vruchtgebruikopbrengst; art. 21 lid 14 SW in verbinding met art. 10 Uitv. Besl. SW) vermenigvuldigd met de factor die behoort bij de leeftijd van de langstlevende (art. 5 Uitv. Besl. SW). De waarde van de 'bloot eigendom' van de vordering is de nominale waarde van

126 Zie ook Compendium Estate Planning 2014, p. 275-276.

127 Zie hierover ook Boelens 2009, p. 319-329, waaraan onderstaande alinea's ontleend zijn.

128 De langstlevende heeft een fictief vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen aangezien hij gedurende zijn leven het genot heeft van de niet-opeisbare vordering zonder dat hij daarvoor een zakelijke tegenprestatie verricht. Dit heet een fictief vruchtgebruik omdat geen sprake is van een civielrechtelijk vruchtgebruik. Art. 18 lid 1 SW bepaalt namelijk dat vruchtgenot, gebruik en bewoning, vruchten en inkomsten, jaarlijkse opbrengsten en soortgelijke uitkeringen uit daartoe aangewezen goederen voor de Successiewet mede worden aangemerkt als een vruchtgebruik.

129 Dit artikellid ziet op een wettelijke verdelingsvordering waarvoor de wettelijke verhoging van art. 4:13 lid 4 BW geldt

130 Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956.

131 Uit dit arrest volgt dat sprake is van een fictief vruchtgebruik indien de rente samengesteld (een enkelvoudige rente dient dus eerst tot samengestelde rente te worden herleid) lager is dan de zakelijke rente. De Hoge Raad hanteert in het arrest het in art. 10 Uitv. Besl. SW vermelde rentepercentage (momenteel 6%) als norm bij de beoordeling of sprake is van een te lage rente. Indien de samengestelde rente dus lager dan 6% is, is het fictieve vruchtgebruik 6% – (de omgerekende) samengestelde rente. Bij een samengestelde rente van 6% over de vordering is er dus geen fictief vruchtgebruik en wordt de vordering nominaal gewaardeerd.

de vordering minus het fictieve vruchtgebruik van de langstlevende van de vordering (art. 21 lid 11 SW).[132]

Kortom: de langstlevende heeft een (gedeeltelijk) fictief vruchtgebruik van de vordering indien de rente (omgerekend naar samengestelde rente) over de vordering lager is dan een normale zakelijke rente (thans 6% samengesteld; art. 10 Uitv. Besl. SW). Volgens art. 21 lid 14 SW in verbinding met art. 10 Uitv. Besl. SW, wordt het fictieve vruchtgebruik van de langstlevende kleiner naarmate de rente dichter in de buurt komt van 6% samengesteld. De contante waarde (of bloot eigendomwaarde) van de successierechtelijke verkrijging van de vordering door de kinderen wordt hierdoor groter totdat deze, bij een 6% (of hogere rente) samengestelde rente, gelijk is aan de nominale waarde van de vordering. De langstlevende heeft dan geen fictief vruchtgebruik meer.[133]

7.2.2.2 De gevolgen van rente over een erfrechtelijke vordering

De hoogte van de rente over een vordering heeft niet alleen gevolgen voor de heffing van erfbelasting bij het eerste overlijden (het overlijden van de eerststervende echtgenoot) maar ook bij het tweede overlijden (het overlijden van de langstlevende echtgenoot). Een hoge rente over de vordering kan namelijk voor 'uitholling' van de nalatenschap van de langstlevende zorgen en besparing van erfbelasting bij het tweede overlijden. Bij het overlijden van de langstlevende wordt immers niet de eerder vastgestelde successierechtelijke waarde van de vordering van de kinderen in mindering op de nalatenschap van de langstlevende gebracht, maar de nominale vordering met de werkelijk bijgeschreven civielrechtelijke rente. Dit is namelijk een civielrechtelijke schuld van de nalatenschap[134] zodat de dan opeisbare vorderingen belastingvrij door de kinderen uit de nalatenschap van de langstlevende kunnen worden opgeëist.[135] Of daadwerkelijk een besparing gerealiseerd zal worden, hangt in het bijzonder van het aantal overlevingsjaren van de langstlevende af. Keerzijde van een hoge rente is namelijk dat dit bij het eerste overlijden in het algemeen (in vergelijking met een lage rente) een dure variant is aangezien

132 Boelens 2009, p. 320-321.

133 De geldvordering wordt ingevolge het per 1 januari 2010 ingevoerde art. 9 lid 1 SW voor ten hoogste de nominale waarde in aanmerking genomen. Hierdoor heeft de wetgever een einde gemaakt aan de discussie over de vraag of waardering van de vordering boven de nominale waarde mogelijk is indien de rente hoger is dan 6% samengesteld. Een hogere rente heeft wel gevolgen voor de heffing indien de vordering met de bovenmatige rente opeisbaar wordt of eerder wordt afgelost, zie art. 9 lid 2 SW.

134 Art. 4:7 lid 1 sub a BW en zie bij toepassing van de wettelijke verdeling art. 4:13 lid 3 sub b BW. Zie ook art. 20 lid 3 en art. 5 lid 1 SW waaruit blijkt dat bij de heffing van de erfbelasting rekening wordt gehouden met rechtens afdwingbare schulden van de erflater die op een verkrijger rusten (zie uitgebreid hoofdstuk 6).

135 Voor zover de vordering niet is opgerent met een rente die hoger is dan indien de vordering een samengestelde rente van 6% had gedragen. Deze bovenmatige rente wordt ingevolge art. 9 lid 2 SW immers als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht beschouwd.

de grote vrijstelling van de langstlevende[136] wellicht niet optimaal wordt benut en alsdan geen optimale spreiding van erfbelasting bij het eerste overlijden wordt bewerkstelligd. De grote vrijstelling wordt in dat geval waarschijnlijk niet optimaal 'gevuld' aangezien de langstlevende slechts zijn erfdeel en (bijna) geen fictief vruchtgebruik van de vorderingen van zijn kinderen verkrijgt, terwijl de kinderen wel door de hoge rente voor de verkrijging van een vordering voor een (bijna) nominale waarde worden belast.[137] Of de totaal verschuldigde erfbelasting, de erfbelasting van het eerste en tweede overlijden bij elkaar opgeteld, bij een hoge rente lager zal zijn dan de totale erfbelasting bij de keuze voor een lagere rente, hangt ervan af of het nadeel van de hogere erfbelasting bij het eerste overlijden bij een hoge rente voldoende gecompenseerd kan worden door een jarenlange 'papieren' uitholling van de nalatenschap bij het tweede overlijden door de rentebijschrijvingen op de vordering.

De uitholling van de toekomstige nalatenschap van de langstlevende als gevolg van een hoge rente, kan grote vormen aannemen als de langstlevende op het moment van overlijden van de eerststervende nog (relatief) jong is en in goede gezondheid verkeert. Dit kan vervelende en zeer ongewenste consequenties hebben, bijvoorbeeld als de langstlevende een nieuwe partner heeft en/of opnieuw kinderen krijgt. Als gevolg van de uitholling kan hij aan hen weinig of niets meer nalaten.

7.2.2.3 De wettelijke ventieltechniek

Voor de testateur is het al met al een lastig dilemma om in zijn uiterste wil een keuze te maken voor juist een hoge of lage rente. Op het moment van het opmaken van de uiterste wil is het immers lastig in te schatten hoe de situatie op het moment van zijn overlijden zal zijn (zoals leeftijd en gezondheid van de langstlevende). Om die reden is het praktisch als er een mogelijkheid voor de kinderen en de langstlevende is om, zonder het gevaar van de heffing

136 Art. 32 lid 1 onder 4 sub a SW. In het jaar 2015 bedraagt deze partnervrijstelling €633.014. Overigens kan in het geval van grote vermogens een hoge rente erin resulteren dat bij het eerste overlijden niet meer erfbelasting verschuldigd is dan in de situatie dat een lagere rente had gegolden. Dit is bijvoorbeeld het geval als de verkrijging door de langstlevende van zijn erfdeel (zonder het fictief vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen), alsmede de bloot eigendom van de door de kinderen verkregen vorderingen reeds in de hoogste tariefschijf zouden vallen. Zie voor een voorbeeld par. 9 van Burgerhart, Van Ewijk, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2010. Bij het tweede overlijden leidt de hogere rente uiteraard tot een grotere belastingbesparing.

137 Een lagere rente kan in combinatie met een of meer schenkingen (bijvoorbeeld bij wijze van schuldigerkenning) door de langstlevende aan de kinderen in de jaren dat hij de partner overleeft, ook een besparing van erfbelasting bij het tweede overlijden opleveren. Door de schenkingen zal de toekomstige nalatenschap van de langstlevende verminderen met als voordeel dat gebruik gemaakt wordt van het progressievoordeel en van de jaarlijkse schenkbelastingvrijstellingen doordat het vermogen in gedeelten geschonken wordt (en niet in één keer bij het overlijden van de langstlevende vererft) en de verkrijging steeds weer vanaf de laagste tariefschaal in de heffing betrokken zal worden.

van schenkbelasting, de rente kort na het overlijden van de testateur te kunnen vaststellen. Hierdoor zou dan optimaal rekening kunnen worden gehouden met de situatie op dat moment en met de dan geldende tarieven en vrijstellingen.[138]

De wetgever heeft in het per 1 januari 2010 geldende art. 1 lid 3 SW duidelijk gemaakt wanneer de verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding binnen de aangiftetermijn wordt gevolgd voor de heffing van de erfbelasting. De ruimere mogelijkheid om op basis van art. 1 lid 3 SW te kunnen variëren met de rente over de vordering wordt ook wel de 'wettelijke ventieltechniek' genoemd.[139]

Onder de voor 1 januari 2010 geldende Successiewet bestond veel onduidelijkheid wanneer gebruik gemaakt kon worden van de (toen) in art. 1 lid 2 en lid 5 SW neergelegde mogelijkheid om binnen de aangiftetermijn voor het successierecht een renteovereenkomst te sluiten waarbij de wijziging van de rente beschouwd werd als een verkrijging krachtens erfrecht zodat deze verkrijging gevolgd werd voor het successierecht en geen heffing van schenkingsrecht plaatsvond.[140] Enkel de vorderingen die voortvloeiden uit de wet-

138 Dit is een bewerking van par. 3 van Boelens 2009, p. 321.

139 Deze term is geïntroduceerd door de gebroeders B.M.E.M. en F.W.J.M. Schols en door W. Burgerhart. Zie Burgerhart, Van Ewijk, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2004 en Burgerhart, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2003. 'Ventiel' omdat de verkrijging van de langstlevende door de wettelijke bepalingen kan worden 'opgepompt' en men deze verkrijging ook weer kan laten 'leeglopen'.

140 Zie Boelens 2009, p. 319-329, met verwijzingen naar de opvattingen in de literatuur en de stand van zaken in de lagere rechtspraak destijds. Met name bestond veel onduidelijkheid over de vraag of een afwijking van een in het testament opgenomen rente (zonder een in het testament opgenomen 'tenzij-clausule') ingevolge een renteovereenkomst als bedoeld in art. 4:13 lid 4 BW voor de Successiewet gevolgd werd voor een wettelijke verdelingsvordering of voor een vordering die daarmee inhoudelijk overeenkomt (zoals de vordering uit hoofde van de ouderlijke boedelverdeling). De Hoge Raad heeft op 25 juni 2010 voor een casus onder de voor 1 januari 2010 geldende Successiewet duidelijk gemaakt dat ook zonder de 'tenzij-clausule' de overeengekomen rente (waarbij werd afgeweken van een testamentaire rente) fiscaal gevolgd werd. De Hoge Raad overwoog (HR 25 juni 2010, *BNB* 2010/ 274): *'3.3.3 De tekst van artikel 1, lid 2, van de SW verzet zich er niet tegen dat onder 'een overeenkomst met betrekking tot rentevergoeding als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek' mede wordt begrepen een overeenkomst als de onderhavige. Niet valt in te zien waarom de woorden 'rentevergoeding als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek' niet zouden verwijzen naar elke vergoeding van rente – de wettelijke rente, een testamentair bepaalde rente of een overeengekomen rente – over de in lid 3 van dat artikel bedoelde geldsom. 3.3.4. De geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1, lid 2, van de SW geeft ook geen aanleiding tot een beperktere uitleg, zoals die waarvan het Hof is uitgegaan. In de passage aangehaald in onderdeel 4.15 van de conclusie van de Advocaat-Generaal – die overeenstemt met de passage uit de notitie over fiscale aspecten van het ab intestaat erfrecht, aangehaald in onderdeel 4.8 van die conclusie – staat integendeel vermeld dat een overeengekomen rentevergoeding die afwijkt van een testamentair bepaalde rente 'in beginsel op dezelfde wijze [wordt] behandeld als een rentevergoeding die nog bij testament is bepaald'. Uit het vervolg van deze passage volgt*

telijke verdeling of die inhoudelijk overeenkwamen met de wettelijke verdeling kwamen onder omstandigheden in aanmerking voor de 'wettelijke ventieltechniek'. Om te bewerkstelligen dat het ook mogelijk was om een rente vast te stellen die werd gevolgd door de Successiewet voor niet-opeisbare vorderingen waarvan het onder het oude recht onduidelijk was of deze 'inhoudelijk overeenkomen met de wettelijke verdeling' in de zin van art. 1 lid 5 (oud) SW (zoals vorderingen ingevolge de quasi-wettelijke verdeling of vorderingen ingevolge de uitoefening door de langstlevende van het keuzelegaat van de goederen van de nalatenschap tegen inbreng van de waarde, waarbij de inbreng werd schuldig gebleven), werd in de praktijk door het trio Schols-Burgerhart-Schols de hierna te bespreken 'handmatige ventielclausule/ handmatige ventieltechniek' ontworpen.[141]

Sinds 1 januari 2010 is in art. 1 lid 3 SW duidelijk gemaakt wanneer de vaststelling van een rente wordt gevolgd. Art. 1 lid 3 SW luidt: '*De verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding op grond van: a. een uiterste wilsbeschikking ten aanzien van vorderingen en schulden die zijn ontstaan krachtens erfrecht, of b. een overeenkomst als bedoeld in artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, wordt voor de toepassing van deze wet geacht alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen.*'

Art. 1 lid 4 SW bepaalt vervolgens: '*Indien de rentevergoeding, bedoeld in het derde lid, wordt vastgesteld of overeengekomen na de in dat lid bedoelde termijn, wordt het daaruit voortvloeiende voordeel geacht krachtens schenking te zijn verkregen.*'

Zonder uitgebreid op het toepassingsgebied van art. 1 lid 3 en lid 4 SW in te gaan, kan geconstateerd worden dat binnen de aangiftetermijn de vaststelling van de rente voor de heffing van erfbelasting wordt gevolgd indien sprake is van krachtens erfrecht verkregen vorderingen en schulden (zoals de verkrijging van een vordering ten gevolge van bijvoorbeeld een legaat tegen inbreng, een niet opeisbaar legaat, de wettelijke verdeling, de ouderlijke boedelverdeling of de quasi-wettelijke verdeling[142]) waarbij in het testament ('op grond van

dat de wetgever alleen een beperking heeft willen aanbrengen ter zake van de termijn waarbinnen, na het overlijden, nog overeenkomsten ter zake van rentevergoeding kunnen worden gesloten waarvan de uitkomst voor de toepassing van de SW met een erfrechtelijke verkrijging wordt gelijkgesteld.' Zie over dit arrest en de betekenis van dit arrest voor het huidig recht (o.a.) Pijpers 2011, p. 497-502 en B.M.E.M. Schols 2011.

141 EstateTip Review 2006-3. In de literatuur is de handmatige ventielclausule o.a. besproken in Van Ewijk 2007, p. 1-2, Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 10-11, Baard & Martens 2007a, p. 6-7 en Blokland 2006, p. 48.

142 In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de vordering ingevolge de quasi-wettelijke verdeling krachtens erfrecht ontstaat (zodat art. 1 lid 3 sub a SW kan worden toegepast) of dat bij de quasi-wettelijke verdeling enkel het krachtens erfrecht verkregen aandeel in de nalatenschap en niet het resultaat van de verdeling in de heffing wordt betrokken (benadrukkende dat de Successiewet als tijdstipbelasting en niet als tijdvakbelasting is bedoeld) ten gevolge van het arrest van de Hoge Raad van 2 januari 1903, *PW* 9536. Zie

de uiterste wilsbeschikking') de mogelijkheid wordt geboden om een (afwijkende) rente vast te stellen (de tenzij-clausule)[143] of – wat betreft de wettelijke verdeling – de rente is vastgesteld op grond van een binnen de aangiftetermijn gesloten renteovereenkomst als bedoeld in art. 4:13 lid 4 BW.[144] Wordt de rentevergoeding vastgesteld of overeengekomen na de in art. 1 lid 3 SW bedoelde aangiftetermijn, dan wordt het daaruit voortvloeiende voordeel geacht krachtens schenking te zijn verkregen, zodat dit voordeel wordt belast met schenkbelasting (art. 1 lid 4 jo. art. 1 lid 1 onder 2 SW).

A) Het keuzelegaat tegen inbreng en de bepaling van de rente

In antwoord op de vraag van de Tweede Kamer hoe men om moet gaan met de rente als het keuzelegaat tegen inbreng pas wordt afgegeven na de aangifte-

in laatstbedoelde zin o.a. Van Vijfeijken 2010b, par. 2 en CB S&E 2014-2015, nr. 7.5.0. B.M.E.M. Schols meent dat het arrest van de Hoge Raad van 2 januari 1903 op een contractuele verdeling van toepassing is maar niet geldt voor de quasi-wettelijke verdeling. De quasi-wettelijke verdeling heeft volgens hem te gelden als een 'semi-non-contractuele testamentaire verdeling'. Zie B.M.E.M. Schols 2007, p. 528-543 en zie ook B.M.E.M. Schols 2012, p. 101-103. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de staatssecretaris ervan uitgaat dat de vordering ingevolge de quasi-wettelijke verdeling is ontstaan krachtens erfrecht indien het testament met de daarin opgenomen quasi-wettelijke verdeling de civielrechtelijke toets kan doorstaan, zodat op de vordering art. 1 lid 3 SW van toepassing is. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 22. Een van deze uitlating van de staatssecretaris afwijkend standpunt in een brief van de Belastingdienst te Rotterdam op 6 juni 2013, *V-N* 2013/40.14, werd dan ook bekritiseerd in de literatuur. Zie o.a. Van Vijfeijken 2013b en B.M.E.M. Schols 2013b. Op 21 november 2013 is de inspecteur teruggekomen op zijn eerdere standpunt, zie *Notamail* 2013-313.

143 Hierbij maakt het niet uit of de bevoegdheid in het testament alleen aan de langstlevende of aan de erfgenamen in gezamenlijk overleg is gegeven. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 12.

144 In het kader van een testament met een daarin opgenomen wettelijke verdeling lijkt het mij raadzaam om in de praktijk naast een eventueel opgenomen testamentaire rente altijd een 'tenzij-clausule' op te nemen. Naar mijn mening is het onder huidig recht niet duidelijk hoe artikel 4:13 lid 4 BW zich verhoudt met art. 1 lid 3 sub b SW in het geval de wettelijke verdeling van toepassing is en de erflater in zijn testament een 'vaste rente' heeft opgenomen (dus zonder 'tenzij-clausule'). Als er in dit geval door de erfgenamen binnen de aangiftetermijn een andere rente wordt overeengekomen, vloeit de bevoegdheid tot het vaststellen van een andere rente dan wel voort uit art. 4:13 lid 4 BW en wordt de overeengekomen rente dus voor de heffing van de erfbelasting gevolgd? Op grond van de wetsgeschiedenis bij de wijziging van de Successiewet (met name de bedoeling van de staatssecretaris bij het tot stand komen van de nieuwe wetgeving) lijkt deze vraag naar mijn mening negatief beantwoord te moeten worden. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 11-13 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 13, p. 16-17. Zo ook Schoenmaker 2010. Pijpers is echter van oordeel dat er geen 'tenzij-clausule' nodig is bij een in een testament opgenomen wettelijke verdeling met rentebepaling omdat art. 1 lid 3 sub b SW volgens haar dan wel van toepassing is gezien de uitleg die de Hoge Raad aan art. 4:13 lid 4 BW heeft gegeven in HR 25 juni 2010, *BNB* 2010/274. Volgens Pijpers strookt de beperktere uitleg van de staatssecretaris niet met de uitleg van de Hoge Raad en is de tekst van de wet op dit specifieke punt niet gewijzigd. Zie Pijpers 2011, p. 497-502. In die zin ook B.M.E.M. Schols 2011.

termijn, heeft de staatssecretaris (terecht) geantwoord dat voor de werking van art. 1 lid 3 SW binnen de bedoelde aangiftetermijn de keuze voor het legaat moet zijn uitgebracht en de rente moet zijn overeengekomen, maar het niet noodzakelijk is dat het legaat ook binnen de aangiftetermijn is afgegeven.[145] De legataris heeft immers van de erflater een vorderingsrecht toegekend gekregen (art. 4:117 lid 1 BW), welk vorderingsrecht (ook zonder afgifte van het legaat) in de heffing van erfbelasting wordt betrokken (art. 1 lid 1 onder 1 SW), ervan uitgaande dat de legataris het legaat niet op ondubbelzinnige wijze heeft verworpen (art. 4:201 BW).[146]

Art. 1 lid 3 SW verwijst overigens naar de aangiftetermijn van art. 45 SW. In art. 45 lid 1 SW is als hoofdregel opgenomen dat de inspecteur de termijn voor het doen van aangifte voor de erfbelasting zodanig vaststelt dat deze niet eerder verstrijkt dan acht maanden na het overlijden. Schoenmaker wijst op situaties dat de aangiftetermijn op een later tijdstip begint te lopen zoals op het moment van de in art. 45 lid 3 SW genoemde gebeurtenissen. Onder deze gebeurtenissen wordt onder andere verstaan de verkrijging ten gevolge van de vervulling van een voorwaarde, of ten gevolge van de uitoefening van een wilsrecht voortspruitende uit ten sterfdage of ten tijde van de verkrijging bestaande of ontstane rechtsverhoudingen. Dit kan volgens Schoenmaker voor het keuzelegaat betekenen dat ingevolge art. 45 lid 3 SW een nieuwe aangiftetermijn gaat lopen zodra de legataris het legaat heeft aanvaard, met welke termijn voor de werking van art. 1 lid 3 SW rekening moet worden gehouden.[147] Schoenmaker verwijst naar Van Mourik die het keuzelegaat juridisch duidt als '*een legaat onder opschortende voorwaarde (van aanvaarding) van even zovele goederen als tot de nalatenschap behoren*'.[148] Indien men dat zou aannemen, zou men de aanvaarding van het keuzelegaat als een vervulling van een opschortende voorwaarde kunnen beschouwen zodat art. 45 lid 3 SW van toepassing is. In par. 5.5.2.3 en 7.2.1.3 heb ik echter mijn twijfels geuit over deze juridische duiding van Van Mourik, onder meer omdat hierdoor van het wettelijk systeem van art. 4:201 BW wordt afgeweken, zijnde dat voor de verkrijging van een legaat geen aanvaarding nodig is. Bovendien bevat deze 'opschortende voorwaarde' een (ongeoorloofd) potestatief element: de vervulling van de voorwaarde hangt niet van een toekomstige onzekere gebeurtenis af (vgl. art. 6:21 BW), maar enkel van de wil van de legataris. Als desondanks kan worden aangenomen dat voor de verkrijging van het legaat weldegelijk aanvaarding als uitgangspunt dient te worden genomen, dan zie ik er geen probleem in om de aanvaarding van het legaat (evenals normaal gesproken

145 *Kamerstukken II* 2009/10, 31930, nr. 76, p. 3.
146 Zie ook Schoenmaker 2010, onder verwijzing in noot 39 naar Hof Arnhem 24 januari 2002, nr. 99/00592, *Notafax* 2002, 104.
147 Schoenmaker 2010.
148 Van Mourik 2010, p. 465-466.

de verwerping van het legaat) te beschouwen als de uitoefening van een (op het erfrecht gebaseerd) wilsrecht zoals bedoeld in art. 45 lid 3 SW.[149] Alsdan begint bij de aanvaarding van het keuzelegaat (de keuze van de goederen) een nieuwe aangiftetermijn te lopen waarmee art. 1 lid 3 SW rekening dient te houden.

Aangezien het toepassingsgebied van de hierboven aangestipte 'wettelijke ventieltechniek' thans niet meer beperkt is tot de vorderingen ingevolge de wettelijke verdeling of van beschikkingen die met de wettelijke verdeling inhoudelijk overeenkomen, komt de vraag op of er nog behoefte is aan de toepassing van het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat in het kader van de 'handmatige ventieltechniek'. Alvorens daarbij stil te staan, wordt eerst kort de werking van de handmatige ventieltechniek beschreven.

7.2.2.4 De handmatige ventieltechniek

'Veiligheid en flexibiliteit' zijn vaak gebezigde kernwoorden voor de estate planningspraktijk.[150] Het is dan ook niet verwonderlijk dat voor het geval de 'wettelijke ventieltechniek' onder de vóór 1 januari 2010 geldende Successiewet niet zou blijken te werken bij bijvoorbeeld de quasi-wettelijke verdeling, gezocht is naar een praktische oplossing die kan fungeren als een noodvoorziening, te weten: de 'handmatige ventielclausule/ handmatige ventieltechniek.'[151]

De handmatige ventieltechniek komt onder het huidig recht op het volgende neer: de erflater bepaalt dat voor het geval en onder de voorwaarde dat binnen de aangiftetermijn bij het sluiten van een renteovereenkomst mocht blijken dat op deze overeenkomst art. 1 lid 3 SW niet van toepassing is, over de niet-opeisbare (onderbedelings- of inbreng)vorderingen (van de kinderen) jaarlijks een samengestelde rente verschuldigd is zodat geen sprake is van een fictief vruchtgebruik in de zin van het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 1989, *BNB* 1989/260, thans 6%.[152] De vorderingen van de kinderen worden dan op hun nominale waarde gewaardeerd zodat de langstlevende geen fictief

149 Vgl. Schoenmaker 2010, noot 41 en zie over de uitoefening van wilsrechten CB S&E 2014-2015, nr. 7.1.0.D.

150 Zie o.a. Van Ewijk 2007, p. 1.

151 EstateTip Review 2006-3. In de literatuur is de handmatige ventielclausule o.a. besproken in Van Ewijk 2007, p. 1-2, Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 10-11, Baard & Martens 2007a, p. 6-7 en Blokland 2006, p. 48. Zie meer recent Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 11.14.5.2, Compendium Estate Planning 2014, p. 277-278 en Kopinsky 2011.

152 Vóór 2010 werd veelal als uitgangspunt een *enkelvoudige* rente genomen die overeenkomt met een samengestelde rente van 6% ('de BNB 1989/260-rente'). Thans is het verstandig om te werken met een samengestelde rente om te voorkomen dat er geen heffing ingevolge art. 9 lid 2 SW kan plaatsvinden indien de vordering ten tijde van aflossing of opeisbaarheid is opgerent met een enkelvoudige rente die hoger is dan de rente van de vordering indien de vordering een samengestelde rente van 6% had gedragen.

vruchtgebruik van de vorderingen heeft (zie par. 7.2.2.1).Vervolgens wordt onder dezelfde voorwaarde tot een bepaald maximum het civielrechtelijke vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen aan de langstlevende gelegateerd. Het vruchtgebruik van een zodanig gedeelte van de vordering wordt aan de langstlevende gelegateerd, dat er een optimale successierechtelijke spreiding plaatsvindt. Dit is het geval als het vruchtgebruik successierechtelijk een zodanige waarde heeft dat het marginaal tarief over de totaal belaste verkrijging van de langstlevende gelijk is aan het marginaal tarief over de belaste verkrijging per kind, waarbij de waarde van de verkrijging van de langstlevende geminimaliseerd wordt onder handhaving van de gelijkheid van de marginale tarieven (rekening houdend met vrijstellingen, imputatie van pensioenrechten en met overige (fictieve) verkrijgingen, alsmede met het optimaal benutten van eventuele bedrijfsopvolgingsfaciliteiten).[153] Over het gedeelte van de vorderingen waarvan de langstlevende het civielrechtelijke vruchtgebruik verkrijgt, wordt voor de goede orde bepaald dat het civielrechtelijke vruchtgebruik de functie heeft dat in economische zin de facto geen oprenting plaatsvindt.[154] Tot slot wordt bepaald dat de legataris bevoegd is het vruchtgebruiklegaat niet of slechts op een gedeelte van de vordering te aanvaarden.[155] Anders dan bij een erfstelling, is gedeeltelijke verwerping in beginsel mogelijk.[156] Dit kan volgens F.W.J.M. Schols anders zijn indien het legaat op zo'n manier is opgesteld dat, al dan niet na uitleg van de uiterste wilsbeschikking, dient te gelden dat alleen een keuze tussen geheel aanvaarden of verwerpen mogelijk is.[157] Het wordt in dat kader verstandig geacht om in het testament expliciet op te nemen dat de langstlevende bevoegd is (i.c.) het vruchtgebruiklegaat niet of slechts op een gedeelte van de vordering te aanvaarden.[158]

Indien de langstlevende dit vruchtgebruiklegaat volledig aanvaardt, zal bij het eerste overlijden veelal besparing van erfbelasting plaatsvinden. De vordering van de kinderen rent dan echter (bijna) niet op, hetgeen een eventuele erfbelastingbesparing bij het tweede overlijden verhindert. Als de langstlevende het vruchtgebruiklegaat (grotendeels) verwerpt, behoudt de vordering

153 Zie het 'Voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat' onder 'RENTE OP ERFRECHTELIJKE VORDERINGEN' in 'Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last)' ontleend aan ScholsBurgerhartSchols, Modellen van het Notariaat' van Sdu Uitgevers. Zie ook Estate Planning, nr. 15.1.15b.

154 Estate Planning, nr. 15.1.15b, Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 11.14.5.2 en EstateTip Review 2006-3.

155 Zie het 'Voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat' onder 'RENTE OP ERFRECHTELIJKE VORDERINGEN' in 'Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last)' ontleend aan ScholsBurgerhartSchols, Modellen van het Notariaat' van Sdu Uitgevers. Zie ook Estate Planning, nr. 15.1.15b.

156 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.4, p. 152 en Asser/Perrick 4 2013/557.

157 Handboek Erfrecht 2011, VII.2.4, p. 152. F.W.J.M. Schols merkt op dat 'alles of niets' bijvoorbeeld niet bij een geldlegaat het geval zal zijn.

158 EstateTip Review 2006-3.

wel (grotendeels) de hoge rente (van 6% samengesteld) met een mogelijke erfbelastingbesparing bij het tweede overlijden. Dit heeft mogelijk weer als nadeel dat bij het eerste overlijden geen sprake is van een optimale successierechtelijke spreiding van de verkrijgingen omdat de grote vrijstelling van de langstlevende niet optimaal wordt benut. Dit kan vervolgens weer gecorrigeerd worden door het zogenoemde 'afvullegaat'. Het afvullegaat heeft echter tot (nadelig) gevolg dat de vorderingen van de kinderen worden verkleind. Zie par. 7.3 voor een uitgebreide behandeling van het afvullegaat.

De functie van het (voorwaardelijk) vruchtgebruiklegaat is dus dat over het deel van de vordering van het kind waarvan de langstlevende het vruchtgebruiklegaat heeft aanvaard, in economische zin geen oprenting plaatsvindt. Dit wordt expliciet in de handmatige ventielclausule vermeld om de gevolgen van het – in de literatuur sterk bekritiseerde[159] – arrest van de Hoge Raad van 4 februari 1998, *BNB* 1998/97 te voorkomen.[160] In dat arrest werd – kort gezegd – een gelegateerd civielrechtelijk vruchtgebruik van de vorderingen uit hoofde van een ouderlijke boedelverdeling fiscaal genegeerd. In het geval van de toepassing van de handmatige ventielclausule is dat uitdrukkelijk *niet* de bedoeling. Baard en Martens zijn dan ook van mening dat de praktische gevolgen van het arrest *BNB* 1998/97 (het negeren van het recht van vruchtgebruik omdat het vruchtgebruik in dat geval alleen maar bewerkstelligde dat de langstlevende tijdens haar leven in feite de aan de kinderen toekomende rente uit de onderbedelingsvordering niet hoefde te betalen en dit reeds uit de ouderlijke boedelverdeling volgde) met de handmatige ventielclausule omzeild worden door in de renteclausule nadrukkelijk op te nemen dat het recht van vruchtgebruik, in vergelijking met de casus uit het arrest, wel een wezenlijk doel heeft: namelijk de beïnvloeding van de effectieve hoogte van de rente doordat het vruchtgebruik juist moet bewerkstelligen dat de vordering niet oprent.[161] Het gedeelte van de vordering waarvan de langstlevende het vruchtgebruik heeft bij de handmatige ventielclausule, rent door dit vruchtgebruiklegaat niet op en heeft dan uiteraard ook als gevolg dat bij het tweede overlijden erfbelastingtechnisch geen oprenting in aanmerking wordt genomen, zodat niet van twee walletjes wordt gegeten.[162]

Door het legaat van het civielrechtelijke vruchtgebruik van de vorderingen aan de langstlevende te legateren, wordt in feite de situatie bereikt dat de vordering per saldo weer renteloos wordt. De hoogte van de rente kan door de langstlevende bepaald worden doordat de langstlevende het vruchtgebruiklegaat geheel of gedeeltelijk kan verwerpen. Indien het vruchtgebruiklegaat

159 Zie o.a. Zwemmer 1998 en CB S&E 2014-2015, nr. 8.8.0.B. Van Mourik en Verstraaten zijn in ieder geval ervan overtuigd dat het civielrechtelijke vruchtgebruiklegaat oprenting van de vordering voorkomt, zie Van Mourik & Verstraaten 1995.

160 Zie ook Baard & Martens 2007a, p. 6-7.

161 Baard & Martens 2007a, p. 6-7.

162 Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11.

slechts voor de helft wordt aanvaard, wordt per saldo de rente op 3% gesteld.[163] In wezen zit dan op de halve vordering nog steeds een rente van 6% en heeft de langstlevende van de andere helft van de vordering het civielrechtelijke vruchtgebruik zodat over dat deel de vordering niet oprent.[164] Indien de langstlevende het vruchtgebruiklegaat geheel verwerpt is de rente dus, zoals in het begin van de testamentaire clausule is bepaald, 6% samengesteld.

Ik zou overigens menen dat gezegd mag worden dat door de aanvaarding door de langstlevende van het gehele civielrechtelijke vruchtgebruiklegaat van de vordering (waarover als uitgangspunt 6% samengestelde rente is verschuldigd), geen oprenting zal plaatsvinden waardoor de langstlevende voor de Successiewet per saldo het fictieve vruchtgebruik van de (renteloze) niet-opeisbare vordering heeft.

7.2.2.5 Het belang van de handmatige ventieltechniek onder huidig recht

Het toepassingsgebied van de 'wettelijke ventieltechniek' van art. 1 lid 3 SW is verruimd doordat niet alleen rentevaststellingen betreffende geldvorderingen voor de 'wettelijke ventieltechniek' in aanmerking komen die ten gevolge van de wettelijke verdeling (of ten gevolge van uiterste wilsbeschikkingen die inhoudelijk daarmee overeenkomen) zijn ontstaan maar alle binnen de met inachtneming van art. 45 SW vastgestelde aangiftetermijn gesloten rentevaststellingen betreffende vorderingen, mits deze vorderingen krachtens erfrecht zijn ontstaan en de uiterste wilsbeschikking voor de rentevaststelling de mogelijkheid biedt. Een legaat tegen inbreng van de waarde welke inbreng op grond van het testament wordt schuldig gebleven komt sinds 2010 ook voor toepassing van de 'wettelijke ventieltechniek' in aanmerking indien het testament de mogelijkheid biedt voor een rentevaststelling.[165] Derhalve is het belang van de 'handmatige ventieltechniek' – als noodvoorziening voor het geval de 'wettelijke ventieltechniek' niet van toepassing zou zijn – afgenomen in vergelijking met de vóór 1 januari 2010 geldende Successiewet.

In de literatuur komt men de volgende redenen tegen waarom de handmatige ventieltechniek ook onder de gemoderniseerde Successiewet alsnog van nut kan zijn:

1. Het gebruik van de handmatige ventielclausule kan ten opzichte van een rentevaststelling zoals bedoeld in art. 1 lid 3 SW een besparing van erfbelas-

163 EstateTip Review 2006-3.

164 Kopinsky heeft in een artikel uiteengezet dat met toepassing van de handmatige ventielclausule (waardoor bijvoorbeeld voor de halve vordering een rente geldt van 6% en de vordering voor de andere helft renteloos is) belasting bespaard kan worden ten opzichte van het gebruik van een renteovereenkomst (waarin 3% rente wordt overeengekomen). Zie Kopinsky 2011.

165 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31930, nr. 10, p. 11-13.

ting bij het tweede overlijden opleveren.[166] Stel bijvoorbeeld dat ingevolge een rentevaststelling een rente van 2% samengesteld wordt afgesproken en deze situatie wordt vergeleken met de situatie dat ingevolge de handmatige ventieltechniek per saldo een rente van 2% samengesteld zou gelden. Dit laatste is het geval als met betrekking tot de vordering (waarover ingevolge de handmatige ventielclausule in beginsel 6% samengestelde rente verschuldigd is) het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat van de vordering voor twee/derde deel door de echtgenoot wordt aanvaard, zodat voor twee/derde deel de vordering renteloos gemaakt wordt en voor een/derde deel de vordering een samengestelde rente van 6% draagt. Bij het eerste overlijden wordt de vordering met 2% samengestelde rente of met de per saldo 2% samengestelde rente (namelijk een/derde deel van de vordering met 6% samengestelde oprenting) voor de Successiewet op gelijke wijze in de heffing betrokken. Pas bij het tweede overlijden (mits dat ten minste een jaar later plaatsvindt) zal er een verschil zijn voor de heffing van de erfbelasting omdat de vordering met de rente ingevolge de handmatige ventielclausule sneller toeneemt.[167] De belastbare nalatenschap van de echtgenoot wordt met deze vordering met (hogere) rente verkleind.[168]

2. Met de handmatige ventielclausule heeft men niet te maken met het sluiten van een renteovereenkomst en de daarvoor van belang zijnde aangiftetermijn (zie de rentevaststelling van art. 1 lid 3 SW) en kan men ook na verloop van de aangiftetermijn de rente (per saldo) vaststellen met gebruikmaking van het erfrechtelijke mechanisme van art 4:201 BW, zijnde het (gedeeltelijk) aanvaarden/verwerpen van een vruchtgebruiklegaat.[169] In de woorden van Blokland: *'De handmatige ventielclausule speelt zich civielrechtelijk geheel binnen het erfrecht af.'*[170]
3. De handmatige ventieltechniek kan als noodvoorziening wenselijk zijn bij de quasi-wettelijke verdeling en andere flexibele testamenten voor het geval twijfel mocht blijven bestaan over het in de parlementaire geschiedenis gemaakte voorbehoud dat dergelijke testamenten de civielrechtelijke toets dienen te doorstaan, dan wel over de vraag of de vordering ingevolge een quasi-wettelijke verdeling krachtens erfrecht is ontstaan.[171]

166 Zie (met een cijfervoorbeeld) Kopinsky 2011.
167 Kopinsky 2011, p. 3.
168 Ook laat Kopinsky zien dat tussentijdse aflossing van de schuld aan de kinderen bij de handmatige ventielclausule zonder heffing van schenkbelasting voor een groter bedrag kan dan bij een rentevaststelling, zie Kopinsky 2011, p. 3-4.
169 Zie o.a. Compendium Estate Planning 2014, p. 178 en Blokland 2012, noot 3 en Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11.
170 Blokland 2012, noot 3.
171 Zie Compendium Estate Planning 2014, p. 178 en over het voorbehoud van de civielrechtelijke toets *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 22.

4. Met de handmatige ventielclausule vermijdt men de vraag of een erfrechtelijke renteovereenkomst waarbij de niet tijdens leven van de langstlevende opeisbare rente hoger wordt vastgesteld als een schenking ter zake des doods moet worden aangemerkt[172] zodat van de schenking een notariële akte moet worden opgemaakt en de schenking persoonlijk moet zijn aangegaan om te voorkomen dat deze met het overlijden van de schenker (de langstlevende) vervalt (zie art. 7:177 lid 1 BW en het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011, *BNB* 2012/46).[173] De handmatige ventielclausule maakt immers gebruik van de mogelijkheid om een legaat te verwerpen, hetgeen volgens art. 4:201 lid 3 BW vormvrij kan geschieden.[174]
5. De handmatige ventielclausule zou de mogelijkheid bieden van het doen van een 'gratis papieren schenking'.[175] Hiermee wordt gedoeld op de mogelijkheid dat de langstlevende tijdens leven ten behoeve van de kinderen uit vrijgevigheid afstand doet van (een deel van) het civielrechtelijke vruchtgebruik van de vorderingen.[176] Door de afstand dragen de vorderingen per saldo weer (meer) rente, welke rente ingevolge het testament niet opeisbaar is. Feitelijk wordt er dan dus een rente geschonken, zonder dat bij deze 'schenking op papier' tijdens leven rente verschuldigd zou zijn.[177]

Bij het gebruik van de handmatige ventieltechniek worden in de literatuur ook enkele kanttekeningen geplaatst, waarvan de belangrijkste hieronder worden opgesomd.

1. Een geplaatste kanttekening – welke overigens niet zozeer op de deugdelijkheid van de techniek ziet – is dat een in een testament opgenomen handmatige ventielclausule een (bijna) onleesbare clausule vormt die nauwelijks aan de testateur is uit te leggen, dan wel vervolgens door de testateur wordt begrepen.[178]
2. Bij het genoemde voordeel van de handmatige ventielclausule dat de rente (per saldo) niet binnen de aangiftetermijn hoeft te worden vastgesteld (zoals bij de wettelijke ventieltechniek van art. 1 lid 3 SW) wordt gewezen op het

172 Zie reeds vóór het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011 in bevestigende zin op de vraag of de renteovereenkomst waarbij een hogere rente wordt overeengekomen als schenking ter zake des doods moet worden aangemerkt Blokland 2008, nr. 9 en Boelens 2009, p. 324. De kwalificatie als schenking ter doods heeft ook gevolgen voor de mogelijkheid van inkorting (ter voldoening van de legitieme portie) of vermindering van de schenking, zie art. 4:126 BW.

173 Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 11.14.5.2.3 en Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11. Zie over het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011 en de gevolgen voor erfrechtelijke renteovereenkomsten Bende 2013, par. 6-9.

174 Zie Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11.

175 Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 11.14.5.2.5.

176 Overigens vereist afstand de medewerking van de kinderen, zie art. 3:224 BW.

177 Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 11.14.5.2.5 en Estate Planning, nr. 15.1.15b.

178 Zie o.a. Pijpers 2011, p. 499 en Blokland, 2008, nr. 9.

gevaar dat het middels de handmatige ventieltechniek (per saldo) aanpassen van de rente buiten de aangiftetermijn toch in de heffing van schenkbelasting zou kunnen worden betrokken. Dit laatste zou het geval kunnen zijn indien een rechter van oordeel zou zijn dat bij de handmatige ventielclausule sprake is van een samenstel van rechtshandelingen met als enig doel om de rente aan te passen, zodat op de handmatige ventielclausule ook art. 1 lid 3 en lid 4 SW van toepassing zouden zijn.[179] De vaststelling van de rente buiten de aangiftetermijn zou alsdan leiden tot een schenking (art. 1 lid 4 SW). Ook zou het gebruik van de handmatige ventielclausule dan eveneens geen uitkomst bieden voor het geval men twijfelt of de rente over de vordering ingevolge een quasi-wettelijke verdeling via art. 1 lid 3 onder a SW kan worden vastgesteld. Als art. 1 lid 3 SW alsnog ook van toepassing zou zijn op de handmatige ventielclausule, heeft men de onzekerheid niet kunnen wegnemen.[180]

3. Hoewel dit niet echt als een kanttekening aangemerkt kan worden, wordt (door de bedenkers van de handmatige ventielclausule[181]) opgemerkt dat de handmatige ventielclausule een beperkt bereik heeft, evenals de wettelijke ventieltechniek. Hiermee wordt gedoeld op het gegeven dat door toepassing van de handmatige ventielclausule de verkrijging binnen de bandbreedte van de waarde voor de Successiewet van het (civielrechtelijke of fictieve) vruchtgebruik van de vordering kan fluctueren. Indien sprake is van zo groot mogelijke vorderingen van de kinderen (bijvoorbeeld door hen een erfdeel van in totaal 99,9% toe te kennen), kan men met de ventieltechniek de grootst mogelijke verschuiving bewerkstelligen, omdat het fictieve of civiele vruchtgebruik van deze vorderingen de grootst denkbare is aangezien deze bijna overeenkomt met de vruchtgebruikwaarde van de gehele nalatenschap.[182] Indien er vervolgens na aanvaarding van het

179 Zie Pijpers 2011, p. 499 (noot 15) en Schuurman-van Nifterik 2010, p. 6 en p. 8 (noot 25). Schuurman-van Nifterik ziet desalniettemin een rol voor de handmatige ventieltechniek als vangnetbepaling in het testament onder het motto 'Baat het niet dan schaadt het niet'.

180 Vgl. Schuurman-van Nifterik 2010, p. 6 en p. 8, die er overigens van uitgaat dat de vordering krachtens een quasi-wettelijke verdeling onder het bereik van art. 1 lid 3 SW valt.

181 Estate Planning, nr. 15.1.15b.

182 Stel dat de langstlevende voor 0,01% tot erfgenaam wordt benoemd, en de kinderen voor 99,99% en de langstlevende 62 jaar is ten tijde van het overlijden van de erflater. Als het erfdeel van de kinderen ingevolge de (quasi)-wettelijke verdeling bestaat uit een niet-opeisbare vordering jegens de langstlevende, wordt de langstlevende bij een rente van 6% samengesteld over de vorderingen belast voor een erfrechtelijke verkrijging van 0,01% van het saldo van de nalatenschap en wordt hij bij een rente van 0% belast voor een verkrijging van ca. 60% van het saldo van de nalatenschap wegens de verkrijging van het fictieve vruchtgebruik van de vordering. Te weten 99,99% van 6% x 10 (de bij de leeftijd van de langstlevende behorende factor ex art. 5 Uit. Besl. SW). Door een rente vast te stellen tussen de 0% en 6% samengesteld kan de langstlevende zijn successierechtelijke verkrijging bepalen tussen ca. 0% en 60% van het saldo van de nalatenschap. Indien het fiscaalrechtelijk wenselijk is dat de langstlevende meer dan 60% van het saldo van de nalatenschap volgens de Successiewet verkrijgt, speelt het aanvullende legaat een rol.

vruchtgebruiklegaat van de handmatige ventielclausule behoefte aan bestaat om de verkrijging van de echtgenoot verder te vergroten (zodat de vrijstelling van de echtgenoot optimaal wordt benut), dan kan het afvullegaat uitkomst bieden (zie par. 7.3).[183]

7.2.2.6 Eigen visie over het belang van de handmatige ventieltechniek onder huidig recht

Onder het oude recht bestond behoefte aan de creatieve vondst van de handmatige ventieltechniek als noodvoorziening omdat onduidelijkheid bestond over de vraag bij welke renteovereenkomsten gebruik gemaakt kon worden van de in art. 1 lid 2 en lid 5 (oud) SW opgenomen 'wettelijke ventieltechniek'. Het moge duidelijk zijn dat de noodzaak van het opnemen van een handmatige ventielclausule in een testament aanzienlijk is afgenomen sinds de per 1 januari 2010 in art. 1 lid 3 SW opgenomen 'wettelijke ventieltechniek'. Thans kan als voornaamste reden voor het opnemen van de handmatige ventieltechniek genoemd worden de mogelijkheid om ook na de aangiftetermijn de rente (per saldo) te kunnen bepalen.

Vanuit het oogpunt van eenvoud (en daarmee in de regel gepaard gaande degelijkheid) van in een testament opgenomen clausules, zou ik de adviespraktijk willen meegeven om de handmatige ventielclausules slechts op te nemen in die gevallen dat nog enige twijfels zouden bestaan over de vraag of een rentevaststelling onder art. 1 lid 3 SW valt (zoals bij een vordering krachtens de quasi-wettelijke verdeling) en in de situatie waarbij verwacht kan worden dat de aangiftetermijn te kort is om (per saldo) een rente vast te stellen zodat het van nut kan zijn om de mogelijkheid te hebben om ook na de aangiftetermijn de rente (per saldo) nog vast te kunnen stellen. Hierbij dient men naar mijn mening echter rekening te houden met het risico dat de rentecomponent van de vordering van het kind (na verwerping door de echtgenoot van het vruchtgebruiklegaat) mogelijk ingevolge art. 10 SW belast zou kunnen worden, zoals ik in par. 7.2.2.8 beschrijf.

Ik teken aan dat men nauwkeurig op de formulering van de voorwaardelijkheid van de handmatige ventielclausule moet letten indien men met de ventielclausule wil bewerkstelligen dat per saldo ook na de aangiftetermijn een rente kan worden vastgesteld. Indien men de handmatige ventielclausule voor een dergelijke situatie voorwaardelijk wil opnemen, zou men deze onder de voorwaarde kunnen opnemen dat de echtgenoot[184] niet binnen de in art.

183 Estate Planning, nr. 15.1.15b.

184 Het maakt voor de werking van art. 1 lid 3 sub a SW niet uit of de bevoegdheid tot rentevaststelling in het testament alleen aan de langstlevende of aan de erfgenamen in gezamenlijk overleg is gegeven. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 12.

1 lid 3 SW bedoelde aangiftetermijn de rente over de vordering anders vaststelt.[185] Indien blijkt dat de echtgenoot geen andere rente heeft vastgesteld, zal na de aangiftetermijn de handmatige ventielclausule werken met als uitgangspunt de 6% samengestelde rente over de vordering in combinatie met het vruchtgebruiklegaat van deze vordering. Het is dan de erflater die deze rente heeft bepaald, zodat art. 1 lid 4 SW over een vastgestelde of overeengekomen rente niet van toepassing is.

Indien men echter van oordeel is dat de handmatige ventielclausule – als samenstel van rechtshandelingen – een vaststelling van een rente oplevert, welke vaststelling voor de Successiewet alleen binnen de aangiftetermijn wordt beheerst door art. 1 lid 3 SW,[186] zal de rente ook bij de handmatige ventielclausule binnen de aangiftetermijn moeten zijn vastgesteld om heffing van schenkbelasting te voorkomen (zie in par. 7.2.2.5 de kanttekeningen onder 2). De handmatige ventielclausule heeft dan weinig toegevoegde waarde meer ten opzichte van de wettelijke ventieltechniek,[187] behoudens de eerder in par. 7.2.2.5 onder 1. bij het nut van de clausule genoemde mogelijkheid van belastingbesparing. Ook kan in dat geval de handmatige ventielclausule geen uitkomst meer bieden in het geval daarmee juist getracht werd art. 1 lid 3 SW te omzeilen zoals bij eventueel nog bestaande onduidelijkheden over de mogelijkheid van een rentevaststelling over een vordering krachtens quasi-wettelijke verdeling.

In het navolgende besteed ik aandacht aan enige civielrechtelijke aspecten die spelen indien de handmatige ventielclausule en de (quasi-)wettelijke verdeling worden gecombineerd. Men zou zich kunnen afvragen of het civielrechtelijk mogelijk is om ingevolge de handmatige ventielclausule het vruchtgebruik van een vordering krachtens (quasi-)wettelijke verdeling te legateren, aangezien de vordering krachtens (quasi-)wettelijke verdeling niet tot de nalatenschap behoort. Men belandt hier bij de vraag naar de werking van een legaat van een op een bepaald goed te vestigen recht, welk bepaald goed bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort. Art. 4:49 lid 1 BW bepaalt dat een dergelijk legaat vervalt, tenzij uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild (zie uitgebreid over art. 4:49 BW en het legaat van andermans zaken par. 5.2). Het moge duidelijk zijn dat in het geval van de handmatige ventielclausule de erflater expliciet het vrucht-

185 Vgl. het 'Voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat' onder 'RENTE OP ERFRECHTELIJKE VORDERINGEN' in 'Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last)' ontleend aan ScholsBurgerhartSchols, Modellen van het Notariaat' van Sdu Uitgevers.

186 De wet bepaalt in art. 1 lid 3 SW dat: '*De verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding op grond van: a. (…), of b. (…), wordt voor de toepassing van de wet geacht alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen.*' (onderstreping, GGBB)

187 Zie Pijpers 2011, p. 499 (noot 15).

gebruiklegaat van de niet tot de nalatenschap behorende vorderingen[188] van de kinderen heeft gewild zodat het legaat niet vervalt. Tot slot komen in deze paragraaf nog enige civielrechtelijke aspecten aan bod die spelen indien (keuze)legaten tegen inbreng en niet-opeisbare legaten gecombineerd worden met de handmatige ventieltechniek.

A) Civielrechtelijke aspecten handmatige ventielclausule en wettelijke verdeling

Om daadwerkelijk te bewerkstelligen dat het vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen door de echtgenoot verkregen wordt, zal degene op wie de verplichting uit legaat rust het vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen moeten verschaffen (art. 4:49 lid 2 BW) en zal het vruchtgebruik daadwerkelijk ten behoeve van de echtgenoot gevestigd moeten worden (art. 3:81 en 3:98 BW). De kinderen zullen dus moeten meewerken aan het afstaan van het vruchtgebruik. Indien de erflater het vruchtgebruiklegaat ten laste van de kinderen heeft laten komen (ingevolge art. 4:117 lid 2 BW), rust de verplichting als bedoeld in art. 4:49 lid 2 BW om zich het gelegateerde goed te verschaffen in beginsel op de kinderen, zij het dat door de werking van de wettelijke verdeling zal gelden dat de echtgenoot verplicht is de schulden van de nalatenschap te voldoen en het legaat af te geven (zie art. 4:13 lid 2 en 4:14 lid 1 BW).[189] Ik meen echter dat een redelijke wetstoepassing bij de combinatie van de wettelijke verdeling en een gewild legaat ten laste van de kinderen van een niet tot de nalatenschap behorend goed, erin resulteert dat in dit geval niet volstaan kan worden met de uitkering aan de echtgenoot van de waarde van het gelegateerde in de zin van art. 4:49 lid 2 BW omdat het voor de kinderen niet een onevenredig grote opoffering oplevert om zich het vruchtgebruik van de eigen vordering te verschaffen. Hoewel bij werking van de wettelijke verdeling de goederen van het kind (ongeacht een eventuele zuivere aanvaarding) niet kunnen worden uitgewonnen, geldt een uitzondering voor de door de wettelijke verdeling ontstane geldvordering van het kind (art. 4:14 lid 3 BW). Ondanks het gegeven dat deze bepaling in de praktijk geen nut lijkt te hebben,[190] zou deze bepaling in deze situatie (gek genoeg) van nut kunnen zijn voor verhaal van de legataris (de echtgenoot die als legataris eveneens schuldeiser van de nalatenschap is; art. 4:7 lid 1 sub h BW) voor de verkrijging van het vruchtgebruik van de vordering.

188 Uit art. 4:30 lid 2 BW kan men afleiden dat de geldvordering van het kind als bedoeld in art. 4:13 lid 3 BW (wettelijke verdeling) geen goed van de nalatenschap is, aangezien voor goederen van de nalatenschap in art. 4:30 lid 1 BW een regeling is opgenomen.

189 Van Es lijkt er echter bij werking van de wettelijke verdeling van uit te gaan dat de verplichting om zich ingevolge art. 4:49 lid 2 BW het gelegateerde goed te verschaffen, ook bij een ten laste van de kinderen komend legaat, bij de echtgenoot ligt. Van Es 2009a, p. 24.

190 Zie Handboek Erfrecht 2011, IV.6.3.

B) Civielrechtelijke aspecten handmatige ventielclausule en quasi-wettelijke verdeling

Bij de quasi-wettelijke verdeling is zondermeer duidelijk dat in het kader van het legaat van het vruchtgebruik van de door de quasi-wettelijke verdeling ontstane niet-opeisbare onderbedelingsvordering – ervan uitgaande dat het vruchtgebruiklegaat via art. 4:117 lid 2 BW door de erflater ten laste van de kinderen is gebracht – niet door de kinderen volstaan kan worden met uitkering van de waarde (art. 4:49 lid 2 BW). Er staat voor de kinderen namelijk niets aan in de weg om zich het vruchtgebruik van de vordering te verschaffen aangezien de vordering hen toebehoort. Desalniettemin signaleer ik wel een probleem indien het kind de nalatenschap beneficiair aanvaard zou hebben (zie ook par. 5.2.5.3), waardoor verhaal op het overig vermogen niet mogelijk is (zie art. 4:184 lid 2 sub a BW), ook al rust de schuld uit legaat op het betreffende kind. Ik heb bepleit dat in dat geval het kind met (analoge) toepassing van art. 4:49 lid 2 BW de waarde van het goed (i.c. het vruchtgebruik van de vordering) dient uit te keren (gezien de bevoordelingsbedoeling van de erflater), voor zover vallend binnen zijn erfdeel (vgl. art. 4:120 lid 2 BW).[191] Aangezien de vordering van het kind overeenkomt met het erfdeel, zal het vruchtgebruik van deze vordering per definitie de waarde van het erfdeel niet overtreffen. Indien slechts met uitkering van de waarde volstaan kan worden, zal het doel van de handmatige ventielclausule niet bereikt worden omdat het vruchtgebruik van de vordering nodig is om de rente te kunnen bepalen. De conclusie voor een goede werking van de handmatige ventielclausule dient dan ook te zijn dat de medewerking (en/of zuivere aanvaarding) van het kind noodzakelijk is om te bewerkstelligen dat daadwerkelijk het vruchtgebruik van de vordering gevestigd wordt.[192]

C) Civielrechtelijke aspecten (keuze)legaten tegen inbreng en niet-opeisbare legaten gecombineerd met de handmatige ventieltechniek

In het vorengaande werd de (onderbedelings)vordering van het kind waarvan het vruchtgebruik ingevolge de handmatige ventieltechniek werd gelegateerd steeds als erfgenaam uit hoofde van de (quasi-)wettelijke verdeling verkregen. De geconstateerde civielrechtelijke bijzonderheden hadden te maken met het gegeven dat in wezen het vruchtgebruik van een niet tot de nalatenschap behorend goed wordt gelegateerd en met de vraag op welke manier de met het legaat belaste erfgenaam deze schuld van de nalatenschap dient te voldoen. Van deze situaties moet onderscheiden worden de situatie dat de handmatige ventieltechniek wordt toegepast in het kader van een (keuze)legaat tegen inbreng waarvan de waarde mag worden schuldiggebleven of een niet-opeisbaar legaat. Anders dan onder het voor 1 januari 2010 geldende recht is thans

191 Zie par. 5.2.5.3 'Beneficiaire aanvaarding en legaat van het aan de erfgenaam toebehorend goed'.

192 Vgl. Van Es 2009a, p. 24.

met art. 1 lid 3 SW duidelijk geworden dat een rentevaststelling bij een (keuze)legaat tegen inbreng waarvan de waarde mag worden schuldiggebleven of bij een niet-opeisbaar legaat (van een geldbedrag) gevolgd wordt voor de heffing van erfbelasting indien deze rente binnen de aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen en het testament de mogelijkheid tot een rentevaststelling biedt. De behoefte aan het gebruik van de handmatige ventieltechniek bij bedoelde legaten is dan ook beperkt tot (met name) de situatie dat men ook na de aangiftetermijn de rente nog wil kunnen bepalen (zie par. 7.2.2.5).

Hoe dient men bovenstaande combinaties civielrechtelijk te duiden? Ik begin met de langstlevende-regeling houdende een keuzelegaat tegen inbreng waarbij niet-opeisbare inbrengvorderingen van de kinderen jegens de langstlevende ontstaan: de langstlevende heeft (alle) goederen gelegateerd gekregen tegen inbreng van de waarde van die goederen in de nalatenschap, waarbij voor het gemak de kinderen de enige erfgenamen zijn. Over een veilige toepassing van de handmatige ventieltechniek bestond onder het oude recht bij het keuzelegaat tegen inbreng eigenlijk geen discussie.[193] De vorderingen die ontstaan door de inbrengverplichting worden voor de erfbelasting gevolgd aangezien deze vorderingen kwalificeren als een verkrijging van een (sub)legaat door de kinderen van de langstlevende (die de goederen als legataris heeft verkregen onder de verplichting om de waarde aan de kinderen te vergoeden). Het vruchtgebruiklegaat van de vordering volgens de handmatige ventielclausule kwalificeert vervolgens ook weer als een sublegaat ten laste van de kinderen (die zowel erfgenaam als (sub)legataris zijn). Zie de artikelen 4:117 lid 2, 4:118 lid 2 en 4:121 BW waaruit valt af te leiden dat een sublegaat ten laste van een legataris mogelijk is. Aangezien de kinderen de vorderingen als sublegataris verkrijgen en bij toepassing van de handmatige ventielclausule het vruchtgebruik van de vordering vervolgens aan de langstlevende gelegateerd zal worden, zijn de vruchtgebruiklegaten in wezen sub-sub-legaten: het vruchtgebruik(sub-sub)legaat. Dit is geen wettelijke terminologie, maar ik vermeld het om te duiden hoe de constructie daadwerkelijk in elkaar zit.

Anders dan bij de handmatige ventieltechniek in combinatie met de (quasi)wettelijke verdeling, komt hier het vruchtgebruiklegaat van de (inbreng)vordering ten laste van het kind in de hoedanigheid van legataris. Er is dan ook geen sprake van een schuld van de nalatenschap.[194] Derhalve is geen sprake van een ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat, en vindt art. 4:49 BW geen

193 Zie ook 'Bepalingen keuzelegaat' in het langstlevende testament (onder oud recht) 'estate planningsvariant combi quasi-wettelijke verdeling' van Schols-Burgerhart-Schols ('Modellen van het Notariaat' van Sdu Uitgevers). In deze bepalingen wordt de flexibele renteclausule (met de handmatige ventielclausule en het afvullegaat) voor zover mogelijk van overeenkomstige toepassing verklaard op het keuzelegaat tegen inbreng.

194 Zie art. 4:7 lid 1 sub i BW: enkel de schulden uit legaten welke *op een of meer erfgenamen rusten* vormen een schuld van de nalatenschap.

toepassing. De legataris op wie een sublegaat rust, wordt echter door de wet beschermd aangezien art. 4:121 lid 1 BW bepaalt dat de (sub)legataris bevoegd is de hem opgelegde (sub-)sublegaten te verminderen, voor zover de waarde van het hem gelegateerde ontoereikend is om aan de hem opgelegde verplichtingen te voldoen. In casu zal de legataris van deze bevoegdheid geen gebruik kunnen maken omdat het voor hem per definitie geen probleem oplevert om van de (als (sub)legataris) verkregen inbrengvorderingen het vruchtgebruik te leveren.

En hoe kan men tot slot de combinatie van een niet-opeisbaar legaat en de handmatige ventieltechniek duiden? Aangezien de wettelijke verdeling voor samenwoners met kinderen niet mogelijk is (zie art. 4:13 lid 1 juncto 4:8 lid 1 BW), wordt in de praktijk onder meer gebruik gemaakt van een testament dat ongeveer het resultaat heeft van een wettelijke verdeling (ook wel aangeduid als de 'nagebootste wettelijke verdeling' of 'pseudo-ouderlijke boedelverdeling'[195]): de partner wordt tot enig erfgenaam van de nalatenschap benoemd en aan ieder van de kinderen wordt een geldvordering op de partner gelegateerd ter grootte van het erfdeel dat de kinderen zouden hebben gekregen indien zij uit hoofde van de wet als erfgenaam tot de nalatenschap waren geroepen en waarbij voor de vaststelling van de grootte van hun erfdeel de partner als echtgenoot wordt aangemerkt. De vordering van de kinderen is onder andere pas opeisbaar indien de langstlevende partner overlijdt of indien de partner in staat van faillissement is verklaard. De kinderen zijn dus legatarissen. Indien voor de vaststelling van de rente bij deze vordering als vangnet de handmatige ventielclausule wordt opgenomen, komt het vruchtgebruiklegaat van de vordering ten laste van een legataris (zie art. 4:117 lid 2 BW). Er is dus hier sprake van ('gewone') sublegaten.

7.2.2.7 Fiscale behandeling van de handmatige ventieltechniek en het eerste overlijden

Indien na het overlijden van de erflater gebruik wordt gemaakt van de in zijn testament opgenomen handmatige ventielclausule, zal daarmee getracht worden te bewerkstelligen dat de verkrijging van de vordering waarvan het civielrechtelijke vruchtgebruik is gelegateerd, voor de Successiewet wordt gewaardeerd als ware de vordering renteloos voor het deel dat het vruchtgebruiklegaat van de vordering niet is verworpen.

Door de eventuele verwerping van het legaat is uitdrukkelijk geen schenkbelasting verschuldigd. Art. 1 lid 8 SW bepaalt namelijk dat onder schenking niet wordt begrepen de bevoordeling als gevolg van verwerping door een (erfgenaam of) legataris. Wel zal, in het geval het legaat niet geheel wordt aanvaard, art. 30 SW van toepassing kunnen zijn. Art. 30 SW bepaalt dat het bedrag van de belastingen ten gevolge van verwerping (in casu: van het legaat)

195 Zie over deze terminologie Blokland 2011, p. 90.

geen vermindering ondergaat. Kortom: door dit artikel wordt bereikt dat door het niet of gedeeltelijk aanvaarden van het legaat niet minder erfbelasting zal worden geheven dan in het geval het legaat volledig zou zijn aanvaard.[196] Bij de niet of gedeeltelijke aanvaarding van het vruchtgebruiklegaat zal echter meestal meer erfbelasting zijn verschuldigd dan in het geval dat het vruchtgebruiklegaat volledig wordt aanvaard. Indien het legaat volledig wordt aanvaard, resulteert dat in een verkrijging van het vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen door de langstlevende echtgenoot. Dit is (vaak) de goedkoopste variant aangezien de langstlevende een zeer ruime vrijstelling[197] heeft zodat hierdoor juist een gunstige successierechtelijke spreiding wordt bewerkstelligd. Het niet (geheel) aanvaarden van het vruchtgebruiklegaat zal dus echter bij het eerste overlijden een duurdere variant zijn, hetgeen op de koop toe wordt genomen aangezien bij het tweede overlijden erfbelasting bespaard kan worden doordat de vordering in dat geval (volledig of gedeeltelijk) blijft oprenten. De 'goedkoopste' variant staat, zo kan geconcludeerd worden, (in de meeste gevallen) 'voorop' zodat art. 30 SW bij de handmatige ventielclausule geen toepassing vindt.[198] Of in de woorden van B.M.E.M. Schols: '*Indien meer erfbelasting wordt verschuldigd door verwerping is art. 30 SW een dode letter.*'[199]

7.2.2.8 Fiscale behandeling van de handmatige ventieltechniek en het tweede overlijden; art. 10 SW?

Nadat de handmatige ventielclausule is toegepast zullen de kinderen (althans degenen die de niet-opeisbare vorderingen hebben verkregen) bij het overlijden van de echtgenoot (degene in elk geval ten behoeve van wie het vruchtgebruiklegaat was opgenomen) de vordering kunnen opeisen met de bijgeschreven rente die per saldo van toepassing is door gebruikmaking van de handmatige ventielclausule zonder dat dan erfbelasting verschuldigd is. Immers vormen de met vorderingen van de kinderen corresponderende schulden rechtens afdwingbare schulden van de erflater (zie art. 20 lid 3 SW).

In december 2006 schreven Van Ewijk en Schoenmaker dat een verhoging van de rente die het gevolg is van verwerping van het vruchtgebruiklegaat niet tot toepassing van art. 10 SW leidt, ervan uitgaande dat verwerping niet wordt aangemerkt als een rechtshandeling als bedoeld in art. 10 SW.[200] De Hoge Raad maakte in zijn arrest over het zogeheten turbotestament op 19 juni 2009

196 Zie ook Compendium Estate Planning 2014, p. 278, Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 11.14.5.2.5 en Estate Planning, nr. 15.1.15b.
197 Art. 32 lid 1 onder 4 sub a SW. In het jaar 2015 bedraagt deze partnervrijstelling € 633.014.
198 Zie ook Compendium Estate Planning 2014, p. 278, Handboek Familievermogensrecht 2013/2014, nr. 11.14.5.2.5 en Estate Planning, nr. 15.1.15b.
199 B.M.E.M. Schols 2013a, p. 10.
200 Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11.

duidelijk dat in dat geval de aanvaarding van een legaat en de uitvoering van een last zijn aan te merken als in art. 10 SW bedoelde rechtshandelingen.[201] Zoals eerder vermeld, sloot de Hoge Raad zich hiermee aan bij onder andere Van Vijfeijken die de interpretatie van het begrip rechtshandeling in de normale juridische betekenis van het woord verdedigde, zijnde dat de rechtshandeling elke handeling is die gericht is op enig rechtsgevolg.[202] Onder meer Vegter en Verstraaten legden het begrip 'rechtshandeling' beperkt uit en meenden dat een krachtens testament verplicht verrichte rechtshandeling geen rechtshandeling is waarbij de langstlevende partij was in de zin van art. 10 SW, maar dat slechts sprake was van een uitvoeringshandeling die gebaseerd is op het testament.[203] Het begrip rechtshandeling werd door hen beperkt uitgelegd: zij verdedigden dat een eenzijdige rechtshandeling als het maken van een testament niet kwalificeert als een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW, omdat art. 10 SW eist dat de erflater partij bij de rechtshandeling was zodat het volgens hen moet gaan om een obligatoire overeenkomst (of een verbintenisscheppende overeenkomst).[204] Aangezien de Hoge Raad blijkens het arrest van 19 juni 2009 deze beperkte interpretatie niet heeft gevolgd doordat de Hoge Raad ook andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten onder de werking van art. 10 SW heeft laten vallen, kan men zich de vraag stellen of de verwerping van het vruchtgebruiklegaat bij de handmatige ventielclausule kwalificeert als een rechtshandeling in de zin van art. 10 lid 1 SW. Deze vraag dient gezien het hierboven vermelde arrest van de Hoge Raad naar mijn mening bevestigend beantwoord te worden omdat ook de verwerping kan kwalificeren als een handeling die is gericht op een rechtsgevolg, namelijk dat de legataris het toegekende vorderingsrecht niet wenst te verkrijgen. Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord of deze kwalificatie leidt tot toepassing van art. 10 SW. Door het verwerpen van het vruchtgebruiklegaat wordt bewerkstelligd dat over de vordering (6% samengestelde) rente wordt bijgeschreven. Het zou denkbaar kunnen zijn dat de verkrijging van het kind van de rente die de echtgenoot door het verwerpen verschuldigd wordt ten laste van zijn vermogen en waarvan de echtgenoot het fictieve vruchtgebruik houdt wegens de (testamentaire) niet-opeisbaarheid daarvan, kan worden aangemerkt als een belastbare verkrijging in de zin van art. 10 lid 1 SW.[205] Alsdan is naar mijn mening de rentecomponent van de vordering ingevolge art. 10 SW belast. De zekerheid dat een rentevaststelling waarop art. 1 lid 3 SW van toepassing is niet leidt tot art. 10 SW omdat deze rechtshandeling

201 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.
202 Van Vijfeijken 2002a, p. 89-91. Vgl. ook art. 3:33 BW.
203 Vegter 2003b, p. 546 en Verstraaten 2008, p. 144.
204 Zie art. 6:213 lid 1 BW: '*Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan.*'
205 Anders Estate Planning, nr. 15.1.15b.

wordt toegerekend aan de erflater[206] (degene die het testament heeft gemaakt), heeft men immers (juist) niet door gebruikmaking van de handmatige ventielclausule.

Overigens meen ik dat de niet-opeisbare vordering zelf in elk geval niet onder de werking van art. 10 SW valt. In de situatie vóór de verwerping van het vruchtgebruiklegaat bestaat er immers ook al een vruchtgebruik van de vordering aangezien in het testament zal zijn bepaald dat de vorderingen van de kinderen pas opeisbaar zijn bij het overlijden van de langstlevende en de langstlevende niet daadwerkelijk jaarlijks een (eventuele) rente hoeft te betalen. De langstlevende heeft dus al vóór het verwerpen van het legaat het genot van de vordering, zoals bedoeld in art. 10 lid 1 SW. Het zou in dat geval dus merkwaardig zijn om het verwerpen van het vruchtgebruiklegaat te beschouwen als de rechtshandeling in verband waarmee de langstlevende het genot van de niet-opeisbare vordering heeft gehad. Overigens geldt ook voor de eventueel verschuldigde rente dat de niet-opeisbaarheid van de rente niet het gevolg is van de verwerping van het vruchtgebruiklegaat, maar het gevolg van hetgeen de erflater in zijn testament heeft bepaald.[207] In dat verband zou het dus vreemd zijn als art. 10 SW over de bijgeschreven rente (de rentecomponent van de vordering) wordt toegepast aangezien de niet-opeisbaarheid (en daarmee het vruchtgebruik van de langstlevende van de over de rente bijgeschreven vorderingen van de kinderen in de zin van art. 10 SW) er al was en niet is ontstaan door de verwerping van het vruchtgebruiklegaat. Bovendien is de rentebijschrijving op de vordering het gevolg van het verwerpen van het legaat; voor de bevoordeling als gevolg van verwerping van een legaat wordt uitdrukkelijk in art. 1 lid 8 SW bepaald dat geen sprake is van een schenking in de zin van de Successiewet. Dit kan naar analogie van belang zijn omdat in het kader van de besproken wettelijke ventieltechniek van art. 1 lid 3 en lid 4 SW slechts kan worden toegekomen aan toepassing van art. 10 SW indien de rentevaststelling kan worden aangemerkt als een (fictieve) schenking (waarbij een hogere rente dient te worden vastgesteld; zie par. 7.2.1.4).

Doordat naar mijn mening desalniettemin het risico bestaat dat de rentecomponent van de vordering na verwerping van het vruchtgebruiklegaat in de heffing van art. 10 SW kan worden betrokken, wordt het belang van de handmatige ventielclausule in de praktijk nog verder beperkt (zie par. 7.2.2.6).

206 Zie hierover *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 34 en o.a. B.M.E.M. Schols 2012, p. 109-110 en B.M.E.M. Schols, B.M.E.M. Schols 2011, par. 4. Schols spreekt over een gangenstelsel achter art. 1 lid 3 en lid 4 SW dat leidt naar de ficties van art. 9 of art. 10 SW.

207 Vgl. Blokland 2006, p. 51.

7.3 Legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen

Het tweede toepassingsgebied van legaten dat ik wil onderscheiden zijn de legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen. Te denken valt aan zogenoemde (tweetraps)afvullegaten, legaten (aan bijvoorbeeld een kleinkind) ter grootte van een vrijstelling en de tweetrapslegaten ten behoeve van de kinderen gecombineerd met het enig erfgenaamschap van de langstlevende. Bij de laatste situatie wordt beoogd dat na het eerste overlijden (nog) geen heffing van erfbelasting plaatsvindt en bij overlijden van de langstlevende alsnog gespreid (uit twee nalatenschappen) door de kinderen verkregen wordt.

Bij het toepassen van de hierboven genoemde legaten zal voorop staan dat optimaal gebruik wordt gemaakt van vrijstellingen en van de eerste tariefgroep (de zogeheten vrijstellings- en tariefsoptimalisatie).[208] Het door mij in dit hoofdstuk te maken onderscheid in vier toepassingsgebieden van het legaat is echter niet absoluut, in die zin dat het gebruik van een legaat slechts in een van de vier toepassingsgebieden zou zijn onder te brengen. De handmatige ventieltechniek met het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat (alsmede de wettelijke ventieltechniek) kunnen eveneens worden ingezet voor vrijstellings- en tariefsoptimalisatie (bij het eerste overlijden), en hadden dus met recht ook in deze paragraaf besproken kunnen worden. In het kader van vrijstellings- en tariefsoptimalisatie zal dan ook de wisselwerking tussen het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat in het kader van de handmatige ventieltechniek en het aanvullend legaat in deze paragraaf besproken worden.

Hoewel met ik-opa-legaten en lasten eveneens kan worden bewerkstelligd dat de verkrijgingen bij het eerste overlijden optimaal gespreid verkregen worden en gebruik gemaakt kan worden van kleinkindvrijstellingen, zullen dergelijke legaten pas in par. 7.4 besproken worden. Dergelijke legaten aan een kleinkind worden vaak zo vormgegeven dat een renteloos en niet-opeisbaar geldbedrag wordt gelegateerd ter grootte van de vrijstelling van het kleinkind, waarbij voor de vaststelling van het geldbedrag rekening moet worden gehouden met de renteloosheid en de niet-opeisbaarheid (gedurende het leven van de ouder van het kind ten laste van wie het legaat komt).[209] Met andere woorden: de (lagere) contante waarde (bloot eigendomwaarde) van het legaat komt overeen met het vrijgestelde bedrag, zodat de nominale waarde van het legaat een veelvoud van het vrijgestelde bedrag behelst. Het verkleinen van de toekomstige nalatenschap van degene die met het legaat belast is, ligt bij

208 Zie bijvoorbeeld Estate Planning, nr. 15.1.15.c.

209 Vgl. o.a. het 'Legaat kleinkinderen (vrijstellingsoptimalisatie)' in 'Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last)' ontleend aan ScholsBurgerhartSchols, Modellen van het Notariaat' van Sdu Uitgevers.

dergelijke legaten aan de kleinkinderen op de loer met alle fiscale gevolgen van dien (te weten: de mogelijke werking van art. 10 lid 9 SW). Bij het in par. 7.4 te bespreken 'klassieke' ik-opa-testament heeft een kind van zijn vader (alsmede 'opa') een testamentaire last opgelegd gekregen om als 'tussengeneratie' een bedrag schuldig te erkennen aan zijn kind (het kleinkind van opa dus). Het schuldig erkende renteloze bedrag is opeisbaar bij het overlijden van het kind, waardoor op het moment van overlijden van het kind ook een voordeel wordt behaald aangezien de vordering van het kleinkind een waardesprong heeft gemaakt van de contante (bloot eigendom) naar de nominale waarde. Een dergelijk testament werd onder het oude recht gemaakt met het oog op deze uitholling van de nalatenschap van het kind. Bij het in deze paragraaf te bespreken aanvullend legaat en tweetrapslegaat bij een enig erfgenaamschap speelt een dergelijke verkleining van een toekomstige nalatenschap geen (centrale) rol. Om die reden is er door mij voor gekozen om het onderscheid te maken.

Met de in deze paragraaf te bespreken legaten die een optimale spreiding van de verkrijgingen wensen te bewerkstelligen, wordt met name getracht de mogelijkheid te bieden om desgewenst de heffing van erfbelasting bij het eerste overlijden te beperken. In de regel zal het niet verwerpen van dergelijke legaten gepaard gaan met een hogere heffing van erfbelasting bij het tweede overlijden. De te bespreken tweetrapslegaten dienen er zorg voor te dragen dat de besparing van erfbelasting direct na het eerste overlijden (bijvoorbeeld door de aanvaarding van het gehele aanvullend legaat of door het enig erfgenaamschap), niet resulteert in een extreem dure variant bij het tweede overlijden doordat bij het tweede overlijden middels de tweetrapsmaking alsnog een deel van de nalatenschap van de eerst overledene (door de kinderen) krachtens erfrecht wordt verkregen en derhalve een gespreide verkrijging plaatsvindt.

Aangezien het bij de in deze paragraaf aan bod komende legaten niet gaat om een verkleining van een toekomstige nalatenschap maar om het bieden van een mogelijkheid om bij het eerste overlijden de heffing van erfbelasting te beperken middels een optimale spreiding van de verkrijgingen, en dit eveneens in de regel leidt tot een hogere heffing van erfbelasting bij het tweede overlijden, is er (terecht) geen reden om dergelijke legaten met fictiebepalingen (bij het tweede overlijden) te bestrijden. Ook bij het eerste overlijden hoeft men niet te vrezen dat de in deze paragraaf besproken legaten strijdig zijn met doel en strekking van de Successiewet. Reeds in een arrest uit 1990 over een ik-opa-clausule overwoog de Hoge Raad dat: *'(…) het oordeel van het Hof dat het een testateur vrijstaat zijn makingen aldus over zijn nakomelingsschap te*

verdelen dat een minimum aan successierecht verschuldigd is, indien de realiteit van alle makingen wordt vastgesteld, niet onjuist is (…).'[210]

Zoals eerder vermeld is, geeft dit hoofdstuk geen volledige beschrijving van de legaten die men onder de door mij gehanteerde toepassingsgebieden zou kunnen scharen. In deze paragraaf zal bijvoorbeeld (ook) niet het ik-vader-legaat beschreven worden, welk legaat ook in de verhouding langstlevende en kinderen een optimale benutting van de vrijstellingen en spreiding over de tariefgroepen dient te bewerkstelligen. Men kan in dit kader denken aan een 'ik-vader-vruchtgebruiklegaat' ingevolge waarvan aan de echtgenoot een zodanig gedeelte van het vruchtgebruik van de nalatenschap wordt gelegateerd dat de successierechtelijke waarde daarvan wordt belast tegen een marginaal heffingspercentage dat gelijk is aan het heffingspercentage van de kinderen.[211] De verkrijging van de langstlevende van het vruchtgebruik zal bij zijn overlijden niet nogmaals vererven aangezien het vruchtgebruik door het overlijden komt te eindigen (art. 3:203 lid 2 BW) en aanwast bij de erfgenamen (de kinderen). Overigens ligt in dit geval in abstracto de omvang van het door de echtgenoot te verkrijgen vruchtgebruik vast en is het verstandig om ook een dergelijk vruchtgebruiklegaat te combineren met het keuzelegaat tegen inbreng van de waarde (zie par. 7.2).

7.3.1 Het opvul- en afvullegaat (aanvullend legaat)

Met het in de praktijk genoemde opvullegaat en afvullegaat wordt getracht optimaal gebruik te maken van vrijstellingen en lagere tarieven in de Successiewet. De verkrijging krachtens dergelijke legaten bewerkstelligt een aanvullende verkrijging op hetgeen (veelal) de langstlevende reeds heeft verkregen krachtens bijvoorbeeld een (quasi-)wettelijke verdeling of de uitoefening van een keuzelegaat tegen inbreng gecombineerd met een vruchtgebruiklegaat. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen het 'opvullegaat' en het 'afvullegaat'.

Bij het *opvullegaat* wordt de verkrijging van de langstlevende 'opgevuld' zodat zo veel mogelijk gebruik gemaakt kan worden van de voor de partner geldende grote vrijstelling (in 2015: € 633.014). De opvulling tracht men te bewerkstelligen door ten behoeve van de langstlevende en ten laste van de kinderen een zodanig geldbedrag te legateren dat optimaal gebruik gemaakt wordt van de partnervrijstelling.[212] Bij de vaststelling van het opvullegaat dient rekening te worden gehouden met eventuele fictieve verkrijgingen door

210 HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121, r.o. 4.5.

211 Compendium Estate Planning 2014, p. 305-306 en Burgerhart, Van Ewijk, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2010, par. 2.

212 Compendium Estate Planning 2014, p. 278 en Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 128.

de echtgenoot alsmede met een verkleining van de vrijstelling door pensioenimputatie (zie art. 32 lid 2 SW).

Bij het *afvullegaat* staat niet alleen het optimale gebruik van de partnervrijstelling voorop, maar wordt ook getracht met het legaat (ten laste van de kinderen) een optimale successierechtelijke spreiding tussen de verkrijgers (lees: de langstlevende echtgenoot en de kinderen) te bewerkstelligen. Bij een dergelijk legaat wordt een zodanig bedrag aan de langstlevende echtgenoot gelegateerd dat zijn verkrijging tegen hetzelfde marginale tarief wordt belast als dat van andere erfgenamen (de kinderen).[213] Dit komt er in de praktijk op neer dat eerst getracht wordt met het legaat te bewerkstelligen dat zowel de vrijstelling van de langstlevende (in 2015: € 633.014) als die van het kind (in 2015: € 20.047) worden benut, en vervolgens dat de verkrijgingen van de echtgenoot en het kind tegen hetzelfde tarief (10% of 20%) worden belast, waarbij de verkrijging van de echtgenoot zo veel mogelijk geminimaliseerd wordt.[214] Vanuit fiscaal perspectief is het voordeliger om de verkrijging van de echtgenoot alsdan te minimaliseren aangezien de verkrijging van de echtgenoot (indien deze niet met vruchtgebruik wordt aangevuld) bij zijn overlijden wellicht nogmaals vererft en uiteindelijk toch weer (vaak) bij de kinderen terechtkomt (en heffing van erfbelasting kan plaatsvinden).[215]

Overigens duid ik in het vervolg zowel het opvullegaat en het afvullegaat liever aan als 'aanvullend legaat'. Indien men toch het onderscheid wenst te handhaven, merk ik voor de goede orde op dat ik hierna vooral zal ingaan op de werking van afvullegaat.

Anders dan bij een eventueel 'flexibel' erfdeel (waar voor de vaststelling van de erfdelen ook rekening wordt gehouden met de omvang van de nalatenschap en het gebruik van vrijstellingen), biedt het aanvullend legaat meer flexibiliteit aangezien het legaat – anders dan een erfstelling – ook gedeeltelijk aanvaard kan worden. Het is uiteraard aan de redacteur van het testament om een aanvullend legaat vorm te geven, maar het verdient de voorkeur om uitdrukkelijk te vermelden dat gedeeltelijke aanvaarding van het legaat tot de mogelijkheden behoort.[216] Indien de langstlevende gebruik maakt van het aanvullend legaat wordt zijn verkrijging vergroot en die van het kind verkleind. Veelal

213 Compendium Estate Planning 2014, p. 278, Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 128 en Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11.

214 Speetjens geeft als voorbeeld dat indien de verkrijgingen van de langstlevende en het kind allebei in de 20%-schijf vallen, het de voorkeur verdient om de verkrijging van de langstlevende zodanig te verminderen dat deze nog net in de 10%-schijf valt. Hierdoor zal het bedrag van de vermindering niet bij de echtgenoot maar bij het kind in de 20%-schijf vallen. Zie Compendium Estate Planning 2014, p. 278.

215 Compendium Estate Planning 2014, p. 278, Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 128 en Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11.

216 Estate Planning, nr. 15.1.15c.

zal dit tot uitdrukking komen in het feit dat de schuld uit legaat die ten laste van het kind komt ingevolge het testament wordt verrekend met de geldvordering die het kind heeft gekregen uit hoofde van de (quasi-)wettelijke verdeling of een keuzelegaat tegen inbreng.

7.3.1.1 Aanvullend legaat en wettelijke verdeling

Bij de combinatie van de wettelijke verdeling en een aanvullend legaat ten laste van de kinderen en ten behoeve van de langstlevende, komt weer de vraag op of een legaat aan de langstlevende te combineren valt met de wettelijke verdeling. Zie uitgebreid hierover par. 5.6.4. Zoals ik al meermalen heb betoogd, zal dit legaat geen goederenrechtelijk effect sorteren aangezien de langstlevende van rechtswege de goederen van de nalatenschap heeft verkregen en hij eveneens de schulden van de nalatenschap – waaronder de schuld uit legaat ten behoeve van hemzelf – dient te voldoen (art. 4:13 lid 2 en 4:14 lid 1 BW jo. art. 4:7 lid 1 sub h BW). Desalniettemin gaat het legaat mijns inziens niet door vermenging teniet omdat de schuld uit legaat en het vorderingsrecht bij de langstlevende in gescheiden vermogens vallen (art. 6:161 lid 2 onder a BW en art. 4:14 lid 2 BW).[217] Het legaat heeft derhalve een waardetechnisch effect aangezien het legaat – dat ingevolge art. 4:117 lid 2 BW ten laste van (i.c.) de kinderen kan worden gebracht – een verkleining van de geldvordering bewerkstelligt die het kind van rechtswege uit hoofde van de wettelijke verdeling overeenkomstig zijn erfdeel heeft verkregen jegens de langstlevende (art. 4:13 lid 3 BW).

Ook Baard en Martens menen dat het afvullegaat rechtstreeks kan worden toegepast bij een wettelijke verdeling.[218] De erflater moet dan volgens hen bepalen dat het gelegateerde bedrag zal worden verrekend met de vorderingen van de kinderen uit hoofde van de wettelijke verdeling. Geregeld moet dan volgens hen worden dat de vordering voor een zodanig gedeelte opeisbaar is als nodig is om het ten laste van de desbetreffende erfgenaam komende deel van het legaat te kunnen verrekenen.[219] De noodzaak van dit laatste betwijfel ik echter aangezien de geldvordering van het kind uit hoofde van de wettelijke verdeling overeenkomt met de waarde van het erfdeel (art. 4:13 lid 2 BW). Derhalve dient bij de vaststelling van de geldvordering rekening te worden gehouden met schulden van de nalatenschap die ten laste van het kind/erfgenaam komen, waaronder het legaat dat ingevolge art. 4:117 lid 2 BW ten laste van het kind is gebracht.

Het door Baard en Martens gesignaleerde probleem dat het kind na zuivere aanvaarding (zonder testamentaire verminderingsregeling) wellicht het *opvullegaat* uit eigen zak dient te voldoen (bijvoorbeeld indien het saldo van de

217 Zie Van Es 2009a, nr. 12, p. 24.
218 Baard & Martens 2007b, p. 8. Zie ook Compendium Estate Planning 2014, p. 269.
219 Baard & Martens 2007b, p. 8.

nalatenschap kleiner is dan de vrijstelling van de langstlevende), speelt niet bij werking van de wettelijke verdeling.[220] Indien de ten laste van het kind komende schulden van de nalatenschap erin resulteren dat het erfdeel van het kind per saldo negatief zou zijn, wordt de met het erfdeel overeenkomende vordering van het kind uit hoofde van de wettelijke verdeling op nihil gesteld. Slechts de echtgenoot is (na zuivere aanvaarding) draagplichtig voor het geval dat de schulden van de nalatenschap de baten overtreffen (art. 4:14 lid 4 BW).

7.3.1.2 Het aanvullend legaat en quasi-wettelijke verdeling of keuzelegaat tegen inbreng

Indien het aanvullend legaat ten laste van de kinderen wordt toegepast bij een quasi-wettelijke verdeling of een keuzelegaat tegen inbreng, wordt – anders dan bij de wettelijke verdeling – niet van rechtswege door het kind als erfgenaam een vordering overeenkomend met het erfdeel verkregen en zal de echtgenoot niet van rechtswege alle goederen van de nalatenschap verkrijgen. De twijfel of het legaat ten behoeve van de echtgenoot goederenrechtelijk effect sorteert bestaat hier dus niet. Na verdeling ingevolge de quasi-wettelijke verdeling of door uitoefening van het keuzelegaat tegen inbreng ontstaat voor het kind een (in de regel) niet-opeisbare (onderbedelings- of inbreng)vordering jegens de echtgenoot. Om die reden is het raadzaam om te bepalen dat het gebruikmaken van het aanvullend legaat erin resulteert dat het legaat ten laste van het kind verrekend wordt met de vordering die is ontstaan in het kader van de verdeling of inbreng en het legaat derhalve tot gevolg heeft dat de vordering van de kinderen dienovereenkomstig verminderd wordt.[221] Alsdan kan veiligheidshalve opgenomen worden dat de vordering voor een zodanig gedeelte opeisbaar is als nodig is om het ten laste van de desbetreffende kind komende deel van het legaat te kunnen verrekenen.[222] Op deze manier wordt immers bewerkstelligd dat beide vorderingen opeisbaar zijn en er daardoor sprake is van gelijksoortige prestaties (zie art. 6:127 lid 2 BW).

Men dient bij de formulering van het legaat rekening te houden met de mogelijkheid dat een erfgenaam die de nalatenschap zuiver aanvaard heeft, gehouden is het legaat desnoods uit zijn overig vermogen te voldoen indien zijn erfdeel niet toereikend is (zie art. 4:184 lid 2 sub a BW en art. 4:120 lid 5 BW).[223] Het is bijvoorbeeld denkbaar dat het saldo van de nalatenschap kleiner is dan de vrijstelling van de echtgenoot maar groter dan het saldo van de vrijstellingen van de overige erfgenamen (kinderen) bij elkaar. Alsdan zal het niet de bedoeling zijn dat de ideale spreiding ingevolge het aanvullend legaat

220 Baard & Martens 2007b, p. 11. Zie ook Compendium Estate Planning 2014, p. 278.
221 Estate Planning, nr. 15.1.15c.
222 Vgl. Baard & Martens 2007b, p. 8.
223 Compendium Estate Planning 2014, p. 278.

betekent dat de kinderen een verkrijging krijgen ter grootte van de vrijstelling en eveneens het bedrag van de gehele partnervrijstelling aan de langstlevende wordt gelegateerd, terwijl het saldo van de nalatenschap (of het erfdeel van erfgenaam) daar niet toereikend voor is. Het is raadzaam om in het testament te bepalen dat het legaat, indien dit niet uit de erfdelen voldaan kan worden van degenen op wie het legaat rusten, wordt verminderd tot de waarde van de erfdelen zodat ook geen aansprakelijkheid met het gehele vermogen resteert voor de erfgenamen die zuiver aanvaard hebben (vgl. 4:120 lid 2 en lid 5 BW).[224] Een dergelijk beschermend mechanisme – zonder dat om die reden beneficiaire aanvaarding nodig is – wordt ook bereikt indien bepaald wordt dat het aanvullend legaat enkel verrekend mag worden met (en tot de hoogte van) de vordering die door gebruikmaking van de quasi-wettelijke verdeling is ontstaan of met de inbrengvordering die door uitoefening van het keuzelegaat tegen inbreng is ontstaan.[225]

Indien men als notaris een testament opstelt maar daarin opgenomen een quasi-wettelijke verdeling, een erfdeel voor de langstlevende van 1% en een erfdeel voor de kinderen van 99%, en men eveneens een aanvullend legaat ten behoeve van de langstlevende opneemt, kan uitoefening van het aanvullend legaat betekenen dat de vorderingen van de kinderen drastisch verkleind worden en de langstlevende per saldo de gehele nalatenschap verkregen heeft zonder omvangrijke schulden aan de kinderen te hebben. Uiteraard is dit afhankelijk van de omvang van de nalatenschap en laat dit onverlet de mogelijkheid van een kind om een beroep te doen op zijn legitieme portie. Aangezien het oog van de testateur wellicht op de erfdelen valt ('slechts 1% ten behoeve van de langstlevende?'), dient men zich ervan te verzekeren dat de testateur ook met een hierboven bedoelde uitkomst kan leven (de langstlevende als ware hij een soort enig erfgenaam).

7.3.1.3 Het aanvullend legaat en/of de rentebepaling via de (handmatige) ventieltechniek

Zoals in de vorige paragraaf al uitgebreid aan bod is gekomen, is het bij bijvoorbeeld de aanpassing van de rente over de vordering uit hoofde van de wettelijke verdeling of een legaat tegen inbreng vooral de vraag of de verschuldigde erfbelasting bij het eerste of tweede overlijden geminimaliseerd dient te worden. Een hoge rente over de vordering leidt in de regel bij het tweede overlijden tot besparing van erfbelasting mits de langstlevende in elk geval nog een aantal jaren blijft leven en de vordering derhalve kan oprenten.

---

224 Zie ook Handboek Erfrecht 2011, VII.2.12, p. 160 en Baard & Martens 2007b, p. 11.

225 Vgl. het 'Aanvullend afvullegaat' zoals opgenomen in het Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last)' ontleend aan Schols-BurgerhartSchols, Modellen van het Notariaat' van Sdu Uitgevers.

Bij het eerste overlijden is dit vaak een duurdere optie omdat de langstlevende niet een fictief vruchtgebruik[226] van de vordering verkrijgt en daardoor de vrijstelling van de langstlevende meestal niet kon worden 'opgevuld'. De langstlevende heeft, zo kwam menigmaal naar voren, een grote vrijstelling (in 2015: € 633.014). Indien weinig gebruik van de vrijstelling wordt gemaakt doordat bijvoorbeeld een wettelijke verdeling geldt en de rente door de erflater op 6% samengesteld was bepaald en aan de renteclausule een 'tenzij' was toegevoegd, dan zouden de erfgenamen door toepassing van artikel 1 lid 3 SW de verkrijging van de langstlevende kunnen vergroten met (fictief) vruchtgebruik door een lagere rente over de vordering overeen te komen (zie par. 7.2.2). Nadeel is dat dit ervoor zorgt dat de vordering amper meer oprent: de besparing bij het eerste overlijden moet dus worden afgewogen tegen het nadeel bij de heffing van erfbelasting bij het tweede overlijden (de nalatenschap van de langstlevende zal door de laagrentende vordering amper zijn uitgehold). Een goed alternatief voor dezelfde besparing bij het eerste overlijden – waarbij de rente over de vordering in stand blijft, zij het dat de vordering wordt verkleind – biedt het besproken aanvullend legaat.[227] Het aanvullend legaat dient immers ervoor zorg te dragen dat bij het eerste overlijden de vrijstellingen worden benut (vrijstellingsoptimalisatie) en de spreiding van de heffingsgrondslag optimaal is (tariefoptimalisatie).[228] Het aanvullend legaat zorgt bovendien voor een nadere vrijstellings- en tariefoptimalisatie indien deze optimalisatie nog niet door de toepassing van de (handmatige) ventieltechniek bereikt kan worden. Met de (handmatige) ventieltechniek kan men slechts een verkrijging met de waarde van het (fictieve) vruchtgebruik van de vordering vergroten of verkleinen.[229]

Het uitsluitend gebruik maken van de renteclausule om de verkrijging van de langstlevende te vergroten kan over twee overlijdens bezien, in vergelijking met het aanvaarden van aanvullend legaat, resulteren in een lagere heffing van erfbelasting indien de langstlevende nog maar een aantal jaren leeft. Dit is verklaarbaar omdat door de renteclausule (en het verlagen van de rente) de verkrijging van de langstlevende bij het eerste overlijden wordt opgevuld met fictief vruchtgebruik en het fictieve vruchtgebruik als voordeel heeft dat het bij het tweede overlijden verdampt en onbelast bij de 'fictieve' bloot eigendom van de kinderen aanwast.[230] Het aanvullend legaat daarentegen vult de verkrijging van de langstlevende bij het eerste overlijden (in de regel) op met volle eigendom, die bij het tweede overlijden wel belast vererft. Overi-

226 Fictief vruchtgebruik heeft als voordeel dat dit fictieve vermogen niet is belast bij het tweede overlijden en als nadeel dat de vordering van de kinderen niet oprent.
227 Zie o.a. over het 'afvullegaat' Van Ewijk & Schoenmaker 2006, Baard & Martens 2007b, EstateTip Review 2006-48 en EstateTip Review 2007-36.
228 EstateTip Review 2007-36.
229 Estate Planning, nr. 15.1.15c.
230 Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 13.

gens kan dit nadeel enigszins gecompenseerd worden indien de langstlevende tijdens zijn leven schenkingen aan de kinderen doet.

De vordering van de kinderen bij het aanvullend legaat is echter door het aanvullend legaat kleiner geworden dan de vordering bij toepassing van alleen de renteclausule, maar het aanvullend legaat tast de hoogte van de rente over de vordering niet aan, terwijl de vordering bij toepassing van de renteclausule door de verlaging van de rente slechts langzamer zal oprenten. Na een periode draait het om en wordt het aanvullend legaat successierechtelijk over twee overlijdens bezien goedkoper, aangezien de (kleinere) vordering zeer snel oprent.[231] Bij het eerste overlijden zijn de statistische levensverwachting en het risico van eerder overlijden van de langstlevende weer van belang voor een goed afgewogen keuze. De langstlevende heeft bovendien bij het aanvullend legaat veel keuzevrijheid. Indien hij een maximale besparing van erfbelasting bij het eerste overlijden wenst, dan aanvaardt hij het aanvullend legaat in zijn geheel. Indien hij echter de voorkeur geeft aan een besparing bij het tweede overlijden door de oprenting van de vordering (de vordering die niet te veel door toepassing van het aanvullend legaat wordt verkleind), kan hij het legaat (gedeeltelijk) verwerpen (art. 4:201 lid 1 BW), zoals we ook in de vorige paragraaf bij de handmatige ventielclausule zagen.[232] Bij (gedeeltelijke) verwerping van het aanvullend legaat zal ook in dit geval art. 30 SW niet snel toepassing vinden aangezien verwerping van het legaat ervoor zorgt dat er in de regel meer erfbelasting is verschuldigd aangezien immers bij aanvaarding van het legaat een optimale successierechtelijke spreiding bij het eerste overlijden bewerkstelligd zou worden.

In de Modellen voor het notariaat (Sdu) van ScholsBurgerhartSchols wordt in het 'Aanvullend afvullegaat' benadrukt dat het legaat een voorwaardelijk (opschortend) karakter heeft. Immers luidt het begin van het daar geformuleerde 'Aanvullend afvullegaat': '*Opschortend, nadat de rente vaststaat op basis van hetgeen door mij als uitgangspunt is bepaald dan wel op basis van de renteovereenkomst in de zin van artikel 1 lid 3 Successiewet 1956 dan wel nadat de (gedeeltelijke) aanvaarding/verwerping van het voorwaardelijk vruchtgebruik heeft plaatsgevonden, legateer ik alsnog aanvullend (boven op erfdelen of een ((civielrechtelijk) vruchtgebruik)legaat) aan (…).*' Met andere woorden: het aanvullend afvullegaat werkt pas nadat duidelijk is hoe hoog de rente over de door de kinderen verkregen erfrechtelijke niet-opeisbare vorderingen (uit hoofde van de quasi-wettelijke verdeling of ten gevolge van de uitoefening van het keuzelegaat tegen inbreng) is. De rente staat pas vast als er sprake is van een testamentaire rente waarvan niet is afgeweken, of door een rentevaststelling in de zin van art. 1 lid 3 SW of door het wel of niet aanvaarden van het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat

231 EstateTip Review 2007-36.
232 EstateTip Review 2006-48.

bij de handmatige ventieltechniek. Vervolgens wordt het aanvullend afvullegaat (door de echtgenoot) verkregen in aanvulling op de erfdelen en de eventueel verkregen (vruchtgebruik)legaten of het verkregen fictief vruchtgebruik (door gebruikmaking van de quasi-wettelijke verdeling en/of het keuzelegaat tegen inbreng gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat).[233] De gedachte hierbij is dat enkel door het niet of gedeeltelijk aanvaarden van dit aanvullend afvullegaat als 'extraatje' geen omzetting van eigendomsrechten in genotsrechten wordt bewerkstelligd en zodoende art. 10 SW niet van toepassing is.[234] Om de werking van het aanvullend legaat te illustreren, geef ik een voorbeeld.

7.3.1.4 Voorbeeld

Stel de nalatenschap bedraagt € 2.000.000 en er zijn vier erfgenamen: de langstlevende (62 jaar) en drie kinderen. De erflater heeft een quasi-wettelijke verdelingstestament gemaakt met een rentebepaling met tenzij-clausule en een aanvullend legaat. De langstlevende is een zeer klein erfdeel toegekend (1/100 deel) en de kinderen is het overige voor gelijke delen (ieder 33/100 deel) toegekend. De langstlevende (tevens 'executeur-afwikkelingsbewindvoerder') verdeelt als ware er een wettelijke verdeling en de kinderen krijgen ieder een niet-opeisbare onderbedelingsvordering ter grootte van hun erfdeel jegens de langstlevende. Per saldo verkrijg de langstlevende € 20.000, zijnde alle goederen ter waarde van € 2.000.000 en overbedelingsschuld aan de kinderen van € 1.980.000.

Voor een optimale besparing bij het eerste overlijden, zou de (niet-geïmputeerde) vrijstelling van € 633.014 eerst naar de langstlevende moeten gaan (Successiewetcijfers 2015). Vervolgens resteert nog € 2.000.000 – € 633.014 = € 1.366.986, dat we zodanig over de vier erfgenamen moeten verdelen dat zij allen in dezelfde tariefgroep vallen en waarbij de verkrijging van de langstlevende wordt geminimaliseerd. € 1.366.986 gedeeld door vier is: € 341.746,50. De verkrijgingen vallen (ook bij het kind na aftrek van zijn vrijstelling van € 20.047) in de 20%-schijf. De extra verkrijging van de langstlevende wordt geminimaliseerd zo dat deze net niet binnen de 20%-schijf valt, te weten bij € 121.295. De verkrijging van de drie kinderen bedraagt alsdan (1.366.986-121.295)/3 = € 415.230,33 (welke verkrijging valt binnen de 20%-schijf). Kortom indien de langstlevende in dit voorbeeld € 754.309 (633.014 + 121.295) verkrijgt en de drie kinderen elk € 415.230 verkrijgen, is de erfbelastingbesparing bij het eerste overlijden optimaal.

Stel dat de testamentaire rente over de vorderingen 6% samengesteld is, dan worden de vorderingen van de kinderen nominaal gewaardeerd: € 660.000 (33% van 2.000.000). Indien de langstlevende (met de kinderen) een lagere rente had vastgesteld

233 Estate Planning, nr. 15.1.15c.
234 Estate Planning, nr. 15.1.15c.

middels de tenzij-clausule, had hij al een deel van zijn vrijstelling kunnen vullen met het fictieve vruchtgebruik van de vorderingen van de kinderen.

Vervolgens treedt het aanvullend legaat in werking, waardoor de langstlevende in totaal, naast zijn erfdeel van € 20.000 (1% van 2.000.000) een bedrag van € 734.309 gelegateerd krijgt en dit verrekend wordt met de vordering van de kinderen. De vordering van de kinderen zal dus met (734.309/3) € 244.769,67 worden verminderd tot een bedrag van (660.000-244.769,67) € 415.230,33. De besparing van erfbelasting is optimaal bij het eerste overlijden. Dit is echter ten laste gegaan van de vordering van de kinderen, zij het dat de vordering van de kinderen met een waarde van € 415.230,33 nog wel met een 6% samengestelde rente oprent.

Indien er geen aanvullend legaat was geweest, had deze optimale spreiding ook plaatsgevonden indien de rente ongeveer 2,29[235] *samengesteld was geweest.*

Overigens is ook een combinatie denkbaar van het aanpassen van de rente via art. 1 lid 3 SW of via de (handmatige) ventielclausule en het gebruikmaken van het aanvullend legaat. Door toepassing van de (handmatige) ventielclausule en/of het aanvullend legaat kan met de hoogte van de rente via de (handmatige) ventielclausule en met de hoogte van de vordering via het aanvullend legaat gespeeld worden zodat in het testament keuzemogelijkheden worden gecreëerd om te kiezen tussen een successierechtelijke besparing bij het eerste overlijden (indien het vruchtgebruik- en het aanvullend legaat volledig aanvaard worden en er een optimale successierechtelijke spreiding bij het eerste overlijden wordt bereikt) of een eventuele besparing van erfbelasting bij het tweede overlijden doordat het vruchtgebruik- en aanvullend legaat (gedeeltelijk) worden verworpen en er een (grote) vordering met een hoge rente overblijft.

In het geval waarbij de langstlevende door de hoogte van de rente al een fictief vruchtgebruik heeft van de vorderingen van de kinderen, is het lastig om uit te rekenen hoe groot het aanvullend legaat voor een optimale successierechtelijke spreiding dient te zijn aangezien de verkrijging van de echtgenoot door het aanvullend legaat wordt vergroot maar dit aanvullend ten laste van de vordering van de kinderen geschiedt, hetgeen weer tot gevolg heeft dat het fictieve vruchtgebruik van de langstlevende van de lagere vordering van de kinderen ook minder waard wordt.[236] Het vergt dus enig rekenkundig denkwerk om de juiste grootte van het aanvullend legaat te vinden. Daarom heb ik de volgende formules gemaakt waarmee onder andere de grootte van het aanvullend legaat berekend kan worden:

235 734.309/3 = 244.769,67. 244.769,67/660.000 = 0,37086. 0,37086 x 10 = 3,7086. 6-3,7086 = 2,2914.
236 Zie Baard & Martens 2007b, p. 9-11.

$$Ek - \frac{(N - GVll)/k}{100\% - ((6\% - r\%) \times art.5)} \times k = aanvullend\ legaat$$

$$\frac{(N - GVll)/k}{100\% - ((6\% - r\%) \times art.5)} = de\ nominale\ vordering\ van\ het\ kind$$

$$\frac{(N - GVll)/k}{100\% - ((6\% - r\%) \times art.5)} \times (6\% - r\%) \times art.5 \times k = het\ fictieve\ vruchtgebruik\ van\ de$$

langstlevende van de vorderingen van de kinderen.

Waarbij:
Ek = erfdeel kind
N = nalatenschap
GVll = gewenste verkrijging langstlevende
r = bepaalde of overeengekomen rente (waaronder ook de rente 'per saldo' wordt begrepen die ontstaat door het niet, geheel of gedeeltelijk aanvaarden van het vruchtgebruiklegaat bij de handmatige ventielclausule).
art. 5 = de factor uit artikel 5 Uitv. Besl. SW die bij de leeftijd van de langstlevende hoort
k = aantal kinderen

We nemen ter illustratie het eerder in deze paragraaf gegeven voorbeeld: de nalatenschap bedraagt € 2.000.000 en er zijn vier erfgenamen: de langstlevende (62 jaar) en drie kinderen. De erflater heeft een quasi-wettelijke verdelingstestament gemaakt met een rentebepaling (met tenzij-clausule) en een aanvullend legaat. De langstlevende is een zeer klein erfdeel toegekend (1/100 deel) en de kinderen is het overige voor gelijke delen (ieder 33/100 deel) toegekend. We hadden daar berekend dat indien de langstlevende € 754.309 verkrijgt en de drie kinderen elk € 415.230,33 verkrijgen, de erfbelastingbesparing bij het eerste overlijden optimaal is. Stel de rente bedraagt 3% samengesteld zodat de langstlevende al een fictief vruchtgebruik van de vorderingen van de drie kinderen verkrijgt met een waarde van 3 × (6%-3%) × 10 × 660.000 = € 594.000. Zijn erfdeel bedraagt € 20.000 zodat zijn totale verkrijging voor de erfbelasting zonder toepassing van het aanvullend legaat € 614.000 bedraagt. Het is onjuist om nu te constateren dat zijn aanvullend legaat voor een verkrijging van € 754.309, (754.309-614.000=) € 140.309 dient te bedragen, aangezien het aanvullend legaat ten laste van de vorderingen van de kinderen komt en door de vermindering van de vorderingen van de kinderen ook het fictieve vruchtgebruik van de vorderingen bij de langstlevende ook afneemt en daarmee dus ook de verkrijging van de langstlevende.

Toepassing van de formules levert het volgende op:

Het aanvullend legaat bedraagt in totaal:

$$(660.000 - \frac{(2.000.000 - 754.309)/3}{100\% - ((6\% - 3\%) \times 10)}) \times 3 = 200.441{,}43$$

De nominale vordering van het kind bedraagt:

$$\frac{(2.000.000 - 754.309)/3}{100\% - ((6\% - 3\%) \times 10)} = 593.186{,}19$$

Het totale fictieve vruchtgebruik van de langstlevende van de vorderingen van de kinderen bedraagt:

$$\frac{(2.000.000 - 754.309)/3}{100\% - ((6\% - 3\%) \times 10)} \times 30\% \times 3 = 533.867{,}57$$

De verkrijging van de langstlevende is als volgt:
- € 20.000 (het 1/100 erfdeel)
- € 200.441,43 (het aanvullend legaat)
- € 533.867,57 (waarde fictief vruchtgebruik) +

= € 754.309 (hetgeen de gewenste verkrijging van de langstlevende is).

Overigens kan men ook op een andere wijze het aanvullend legaat berekenen. Indien het erfdeel van de langstlevende € 20.000 en zijn totale verkrijging voor de erfbelasting zonder toepassing van het aanvullend legaat € 614.000 bedraagt, merkte ik op dat het onjuist is te constateren dat het aanvullend legaat ten laste van de kinderen en ten behoeve van de langstlevende voor een verkrijging van € 754.309, (754.309-614.000=) € 140.309 dient te zijn. Dit heeft te maken met het feit dat bij elke euro die van het kind naar de langstlevende gaat, slechts 70 eurocent extra door de langstlevende wordt verkregen. Immers heeft de langstlevende het fictief vruchtgebruik van de verkrijging door de kinderen met een waarde van 30%. Derhalve moet 140.309/70 × 100 = € 200.441,43 (=het aanvullend legaat) ten laste van de kinderen komen om per saldo de verkrijging van de langstlevende met € 140.309 te laten toenemen.

Met de bovenstaande methodes kan dus de grootte van het aanvullend legaat worden berekend. De successierechtelijke waardering van de bloot eigendom van de vordering van de kinderen bedraagt volgens de art. 21 lid 10 en lid 13 SW en de art. 5 en 10 Uitv. Besl. SW 70% van ook hierboven berekende nominale waarde van de vordering: 70% × 593.186,19 = € 415.230,33. Dit komt dus overeen met de wensen van de optimale successierechtelijke spreiding. 3×€ 415.230,33 + € 754.309 = € 2.000.000 (en dit is weer de gehele successierechtelijke nalatenschap).

7.3.1.5 De tweetrapsmaking op een aanvullend legaat

Het aanvaarden van het aanvullend legaat dient dus om de verkrijging van de langstlevende zodanig op te vullen dat bij het eerste overlijden zo min mogelijk erfbelasting verschuldigd is. In de regel zal bij het tweede overlijden dan meer erfbelasting verschuldigd zijn omdat er een groter vermogen van de langstlevende vererft dan zonder het aanvullend legaat het geval zou zijn geweest. Indien het saldo van de nalatenschap bij het eerste overlijden minder bedraagt dan de vrijstelling van de partner, waardoor met het aanvullend legaat slechts bewerkstelligd wordt dat de vrijstellingen van de kinderen en (een deel) van de partnervrijstelling benut worden, is de eerste tariefschijf van de kinderen van 10% in de nalatenschap van de eerststervende niet gebruikt (art. 24 lid 1 SW). Aangezien het gebruikmaken van het aanvullend legaat als nadeel heeft dat een hogere heffing bij het tweede overlijden plaatsvindt door de grotere nalatenschap van de langstlevende, terwijl (in het voorbeeld) bij het eerste overlijden niet optimaal gebruik is gemaakt van de eerste schijf van de kinderen, is in de Modellen voor het notariaat (Sdu) van ScholsBurgerhart-Schols een geoptimaliseerde tweetrapsmaking aan het aanvullend afvullegaat opgenomen onder de koosnaam 'Jabulani'.[237] Voor zover de vordering van het kind door de werking van het aanvullend legaat ten behoeve van de echtgenoot is verminderd, wordt per saldo door de tweetrap bewerkstelligd dat de vermindering bij (bijvoorbeeld) het overlijden van de echtgenoot voor het in het testament vermelde (maximale) geldbedrag ongedaan wordt gemaakt. De vermindering bij wijze van legaat van de vordering van het kind door het aanvullend afvullegaat geschiedt derhalve (voor een bepaald gedeelte van het geldbedrag) voorwaardelijk (onder de bij de ontbindende voorwaarde aansluitende voorwaarde; de tweede trap, zie art. 4:141 BW).[238] Met andere woorden: indien de ontbindende voorwaarde wordt vervuld, wordt de vermindering van de vordering van het kind voor dat deel ongedaan gemaakt en blijft deze vordering voor dat deel dus in tact. De verkrijging van het kind

237 B.M.E.M. Schols 2013c, p. 121-122. Tijdens een cursus van de gebroeders Schols heb ik begrepen dat de gebroeders Schols het aanvullend afvullegaat met de 'Tweetrap Jabulani' ten tijde van het WK voetbal 2010 in Zuid-Afrika hebben ontwikkeld. Jabulani (Zoeloe voor 'feestelijk vieren') is de naam van de officiële voetbal die op het WK 2010 werd gebruikt. Van de bal werd echter gezegd dat deze de neiging had te zwabberen. De keeper ziet de bal aankomen en denkt de bal gemakkelijk te kunnen pakken maar opeens zwabbert de bal als ware het een strandbal en heeft de keeper het nakijken. Zie de website <http://web.archive.org/web/20100602084132/http://www.nusport.nl/over-de-breedte/2258878/nieuwe-wk-bal-zorgt-veel-ophef.html>, alsmede zoek op 'Jabulani' in *Wikipedia*. Welnu, met het aanvullend afvullegaat denkt de fiscus ook te kunnen innen bij het tweede overlijden, maar dan blijkt de fiscale claim door werking van de Jabulani-tweetrap alsnog weg te zwabberen en heeft de fiscus het nakijken.

238 Zie 'Jabulani. Aanvullend afvullegaat, tweetrap Jabulani' in de Modellen voor het notariaat (Sdu) van ScholsBurgerhartSchols. Zie eveneens *Veep Kwartaal Bericht*, 2012 nummer 2, 'Tweetrapsmaking op een afvullegaat (Jabulani)'.

uit de nalatenschap van de eerststervende wordt door de vervulling van de aan het afvullegaat verbonden ontbindende voorwaarde (wegens het overlijden van de langstlevende) vergroot, zodat een herrekening van de heffing van erfbelasting wegens het overlijden van de langstlevende dient plaats te vinden (zie art. 21 lid 4 SW en art. 45 lid 3 SW). Indien de tweetrap ziet op het bedrag ter grootte van de eerste schijf van de kinderen, kan alsnog bereikt worden dat de eerste schijf ten aanzien van het overlijden van de eerststervende wordt benut. Bij het overlijden van de langstlevende wordt derhalve door de kinderen uit twee nalatenschappen verkregen, namelijk de verkrijging ingevolge de vervulling van de voorwaarde van het tweetrapsafvullegaat uit de nalatenschap van de eerstoverledene en het resterend vermogen uit de nalatenschap van de langstlevende. Deze gespreide verkrijging is (in de regel) fiscaal gunstig aangezien tweemaal gebruik gemaakt kan worden van de laagste schijf en de vrijstellingen.

7.3.2 Het enig erfgenaamschap en het tweetrapslegaat

De combinatie van het enig erfgenaamschap en het tweetrapslegaat heb ik – wat betreft de civielrechtelijke aspecten – reeds besproken in par. 5.6.3.4. Evenals bij de hierboven aan bod gekomen tweetrapsmaking op een aanvullend legaat, is het uitgangspunt dat bij het eerste overlijden optimaal gebruik gemaakt wordt van de grote partnervrijstelling.[239] Aangezien in ruim 97% van de gevallen de nalatenschap per saldo beneden de € 500.000 blijft,[240] kan heffing van erfbelasting bij het eerste overlijden voorkomen worden door de echtgenoot tot enig erfgenaam te benoemen. Men dient er hierbij op bedacht te zijn dat ingeval de vererving volgens de wet wordt gevolgd en het kind (uit hoofde van de (quasi)-wettelijke verdeling) een niet-opeisbare vordering verkrijgt, reeds over de verkrijging van de geldvordering erfbelasting verschuldigd is indien de contante waarde (bloot eigendomwaarde) van de (onderbedelings)vordering de bescheiden vrijstelling van het kind – in 2015: € 20.047 – overtreft. De over de verkrijging van het kind verschuldigde erfbelasting moet door de langstlevende echtgenoot betaald worden of ingevolge het testament voorgeschoten worden (zie voor de wettelijke verdeling art. 4:13 lid 2 BW en art. 4:14 lid 1 BW). Het kind krijgt als erfgenaam immers – behoudens de niet-opeisbare geldvordering – nog niets in handen. Het betalen van de erfbelasting over de verkrijging van de kinderen kan tot praktische problemen leiden indien

239 Een andere reden voor een tweetrapsmaking is bijvoorbeeld de wens om goederen in de familie te houden, welke wens veelal door het opnemen van een tweetrapserfstelling verwezenlijkt zal worden, vanwege de goederenrechtelijke werking van een dergelijke voorwaardelijk erfstelling. In deze paragraaf gaat het echter om een puur fiscale reden om gebruik te maken van een tweetrapsmaking.

240 Van Vijfeijken 2013a, p. 23.

weinig liquide middelen in de nalatenschap voorhanden zijn en men de spaargelden moet aanwenden om de aanslag te betalen. Te denken valt in dit verband aan de in het notariaat bekende uitzending van het televisieprogramma Tros Radar van 1 maart 2010 over het overlijden van mevrouw Nap.[241]

Het echtpaar Nap dacht het destijds goed te hebben geregeld door een testament op de langstlevende te hebben opgesteld op grond waarvan de langstlevende alle goederen zou verkrijgen en het kind als mede-erfgenaam slechts een niet opeisbare geldvordering op de langstlevende echtgenoot zou krijgen. Omdat het kind nog niets in handen zou krijgen, leefde het echtpaar Nap in de veronderstelling dat zij pas bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot erfbelasting zouden moeten betalen. Terwijl de verkrijging van de heer Nap ver onder de partnervrijstelling bleef, moest hij wel de successierechten betalen voor de door zijn zoon verkregen onderbedelingsvordering.[242] Indien de heer Nap enig erfgenaam was geweest, had men deze heffing kunnen voorkomen. Fiscaalrechtelijk levert het enig erfgenaamschap bij het overlijden van de langstlevende een progressienadeel op omdat het vermogen van de langstlevende (door de verkrijging van de gehele nalatenschap van de eerstoverledene) in één keer vererft, zonder dat erfrechtelijke schulden zijn ontstaan aan de kinderen wegens het overlijden van de eerstoverledene.[243] De vrijstelling van de kinderen wordt alsdan enkel in de nalatenschap van de langstlevende benut. De gebroeders Schols droegen in de televisie-uitzending echter een oplossing aan voor kleine nalatenschappen om zowel de partnervrijstelling optimaal te benutten, waardoor de heffing van erfbelasting direct na het eerste overlijden beperkt kon worden, alsmede om bij het tweede overlijden de heffing te verzachten, te weten: de tweetrapsmaking (art. 4:141 BW).[244] Vervolgens zijn er meer wegen die naar Rome leiden: kan men alsdan het beste werken met de tweetrapserfstelling of het tweetrapslegaat?

Indien wordt gekozen voor een tweetrapserfstelling, benoemt men de echtgenoot tot enig erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (bezwaarde) en de kinderen of hun eventuele afstammelingen – wat betreft de verkrijging van de echtgenoot – tot erfgenamen onder opschortende voorwaarde (verwachters). Veiligheidshalve dient ten behoeve van de echtgenoot (of de levensgezel)[245] de in art. 4:82 BW bedoelde voorwaarde aan de making verbonden te worden zijnde dat de ten laste van de echtgenoot komende legitimaire vordering van de kinderen niet opeisbaar is gedurende het leven van de echtgenoot. Indien

241 Zie <http://www.radartv.nl/uitzending/archief/detail/aflevering/01-03-2010/successierecht/>

242 Zie ook Van Vijfeijken 2013a, p. 24-25, Van Vijfeijken 2010c en B.M.E.M. Schols 2013c, p. 120.

243 B.M.E.M. Schols 2013c, p. 120.

244 Ook wijst B.M.E.M. Schols op het emotionele voordeel dat de kinderen dan niet onterfd zijn (althans als er sprake is van een tweetrapserfstelling en niet van een tweetrapslegaat). Zie B.M.E.M. Schols 2013c, p. 120.

245 Zoals bedoeld in art. 4:82 BW.

men bijvoorbeeld wenst te bewerkstelligen dat nagelaten goederen uiteindelijk bij de verwachters terechtkomen, verdient de tweetrapserfstelling de voorkeur boven een tweetrapslegaat omdat bij de tweetrapserfstelling (een voorwaardelijke making) bij het vervullen van de voorwaarde van rechtswege het tot de tweetrap behorende vermogen overgaat op de verwachters (zie art. 4:138, art. 4:141 jo. art. 4:182 lid 1 BW). In par. 5.6.3.4 werd reeds aangestipt dat men bij een tweetrapslegaat (van een geldbedrag) in tegenstelling tot bij een tweetrapserfstelling slechts te maken heeft met een obligatoire verhouding tussen de bezwaarde en de verwachters en dus niet met een goederenrechtelijke verhouding,[246] zodat het tweetrapslegaat vanuit het perspectief van eenvoud en uitvoering van de uiterste wil de voorkeur verdient.

Het tweetrapslegaat in combinatie met het enig erfgenaamschap van de langstlevende kan men als volgt vormgeven. In het model 'Tweetrapslegaat langstlevende'[247] wordt de langstlevende tot enig erfgenaam benoemd en tevens aan de langstlevende (als legataris/bezwaarde) een bedrag gelijk aan een bepaald percentage van het saldo van de nalatenschap[248] gelegateerd onder een ontbindende voorwaarde in de zin van art. 4:141 BW. Onder de bij de ontbindende voorwaarde aansluitende opschortende voorwaarde (onder meer het overlijden van de bezwaarde), wordt het eerder genoemde geldbedrag aan de kinderen (dan wel hun plaatsvervullers/subsidiaire verwachters) gelegateerd (als legataris/verwachter). De verkrijging van een kind bij een dergelijk tweetrapslegaat – zijnde een geldvordering onder opschortende voorwaarde – en die van de echtgenoot – zijnde de verkrijging van alle goederen van de nalatenschap met een schuld onder opschortende voorwaarde in zijn vermogen aan de kinderen – lijkt meer op de situatie van de verkrijgingen ingevolge de wettelijke verdeling of de ouderlijke boedelverdeling dan indien sprake zou zijn geweest van een tweetrapserfstelling.[249] Bij het eerste overlij-

246 Vgl. ook Brinkman 2011, p. 846-852. Zie over de civielrechtelijke aspecten ook Speetjens 2010.

247 Zie Modellen voor het notariaat (ScholsBurgerhartSchols, Sdu).

248 In het model wordt de omvang van het legaat bij het einde van het bezwaar (in de regel het moment van overlijden van de langstlevende) nader vastgesteld in het saldo van de nalatenschap van de insteller aan de hand van de in het testament opgenomen bepalingen zoals in het kader van de bevoegdheden tot vervreemding/vertering en zaaksvervanging. Overigens zal men – anders dan bij een voorwaardelijke erfstelling in de zin van art. 4:138 BW – bij een verbintenisrechtelijk legaat niet te maken hebben met goederenrechtelijke vraagstukken met betrekking tot de mogelijkheden van vervreemding/vertering en zaaksvervanging. Hooguit spelen deze vraagstukken indirect een rol – zoals in het model – indien de omvang van het legaat bij het einde van het bezwaar wordt vastgesteld overeenkomstig een bepaald percentage van het saldo van de nalatenschap (en dus niet een op het moment van overlijden van de insteller vastgesteld bedrag inhoudt).

249 EstateTip Review 2010-11, zij het dat bij zowel de wettelijke verdeling als bij de ouderlijke boedelverdeling de kinderen eveneens erfgenamen zijn. Overigens wordt in EstateTip Review 2010-11 opgemerkt dat men goed acht dient te slaan op de verschillen tussen een wettelijke verdeling en een tweetrapsmaking en dat maatwerk steeds vereist is. Als voor-

den zal in eerste instantie geen heffing van erfbelasting plaatsvinden, ervan uitgaande dat de verkrijging van de langstlevende als enig erfgenaam onder zijn partnervrijstelling blijft. Over de verkrijging van de kinderen uit de nalatenschap van de eerstoverledene van de legaten onder de bij de ontbindende voorwaarde aansluitende opschortende voorwaarde wordt ingevolge art. 21 lid 2 en lid 4 SW en art. 45 lid 3 SW pas erfbelasting geheven op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld (i.c. indien de langstlevende komt te overlijden). Bij het overlijden van de langstlevende ouder (en daarmee dus het intreden van de opschortende voorwaarde) wordt door de kinderen zowel verkregen van de eerstoverledene (via het tweetrapslegaat) als van de langstlevende, zodat tweemaal de vrijstellingen voor de kinderen en de eerste schijf van de erfbelasting benut kunnen worden.

Men zou zich tot slot de vraag kunnen stellen of een tweetrapslegaat aan de echtgenoot (als bezwaarde) door vermenging teniet gaat nu de echtgenoot enig erfgenaam is. Deze vraag heb ik in par. 5.6.3.4 ontkennend beantwoord, met als belangrijkste reden dat ik meen dat art. 6:161 lid 2 sub c BW in de weg staat aan vermenging van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde. Art. 6:161 lid 2 sub c BW bepaalt namelijk dat geen vermenging optreedt: '*indien de voormelde vereniging van hoedanigheden het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde, zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan.*'

7.4 Legaten die bewerkstelligen dat een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind

In deze paragraaf zullen enkele legaten besproken worden die kunnen bewerkstelligen dat het toekomstig vererfbare vermogen van een ander wordt verkleind zonder dat deze persoon daar tijdens zijn leven hinder van ondervindt. Ik onderscheid hierbij twee soorten legaten:

1. *Legaten op grond waarvan de bloot eigendom van niet tot de nalatenschap behorende goederen wordt ingebracht*

In dit verband kan gedacht worden aan het zogenoemde turbotestament. In de constructie van het turbotestament benoemt de erflater (getrouwd in gemeenschap van goederen) zijn kinderen tot zijn gezamenlijke erfgenamen. De

beeld wordt gegeven de situatie dat een kind uit hoofde van de wettelijke verdeling een vordering op de langstlevende heeft verkregen. Indien vervolgens het kind komt te overlijden vóór de langstlevende, zal zijn verkregen vorderingsrecht vererven naar zijn erfgenamen. Bij een tweetrapsmaking zal het recht van het kind als verwachter – zonder nadere regeling waarin een subsidiaire verwachters wordt aangewezen – echter eindigen aangezien de verwachter het tijdstip van het overlijden van de bezwaarde (de langstlevende) niet overleeft in de zin van art. 4:141 BW.

gemeenschap van goederen heeft een waarde van € 400.000, zodat de nalatenschap € 200.000 bedraagt. Voorts legateert de erflater het vruchtgebruik van de nalatenschap (stel met een waarde van € 120.000) aan zijn echtgenoot onder de verplichting (bij wijze van inbrenglegaat) voor de echtgenoot om het eigen vermogen onder voorbehoud van vruchtgebruik (art. 3:81 lid 1 BW) – per saldo dus de bloot eigendom van het eigen vermogen – (stel € 80.000) in de nalatenschap in te brengen.

Alsdan zullen de kinderen bij het overlijden van erflater per saldo als erfgenamen de bloot eigendom van het vermogen van de erflater alsmede dat van de langstlevende echtgenoot verkrijgen (zijnde € 160.000, namelijk tweemaal € 80.000).

Anders weergegeven: de erfgenamen verkrijgen € 200.000 als erfgenamen onder de verplichting om het vruchtgebruik van de nalatenschap aan de echtgenoot ten titel van legaat af te geven, zijnde € 120.000, zodat per saldo € 80.000 resteert. Vervolgens verkrijgen de erfgenamen de door de echtgenoot ingebrachte bloot eigendom van zijn vermogen, wederom met een waarde van € 80.000.

Dat de door de echtgenoot in te brengen (bloot eigendom van de) goederen niet behoren tot de nalatenschap van erflater, staat niet aan de kwalificatie van de verplichting als schuld uit legaat in de weg (vgl. art. 4:49 BW). Bovendien kan de voor de Successiewet in aanmerking te nemen verkrijging krachtens erfrecht, zoals o.a. in par. 6.5.1 aan bod is gekomen, groter zijn dan (of anderszins afwijken van) hetgeen tot de nalatenschap behoort, zodat de verkrijging *krachtens erfrecht* door de kinderen van de bloot eigendom van het vermogen van de langstlevende ook bij het overlijden van de erflater (de eerststervende) onder de heffing van de erfbelasting valt.

De echtgenoot verkrijgt weliswaar het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd (€ 120.000), maar dient evenzeer de bloot eigendom van zijn vermogen (€ 80.000) in te brengen, zodat hij ingevolge art. 1 en art. 5 SW belast wordt voor een verkrijging van € 40.000 (120.000-80.000). De echtgenoot heeft dus na uitvoering van het testament het vruchtgebruik van het gehele vermogen dat bij het eerste overlijden tot de huwelijksgoederengemeenschap behoorde.

Bij het eerste overlijden wordt in het voorbeeld de waarde van de gehele nalatenschap van erflater (zijnde € 200.000; waarvan € 160.000 bij de kinderen en € 40.000 bij de echtgenoot in de heffing betrokken). Bij het tweede overlijden (het overlijden van de echtgenoot) komt echter het 'turbo-effect' naar voren. De echtgenoot laat immers bij zijn overlijden niets van de oorspronkelijke huwelijksgoederengemeenschap na, aangezien hij slechts het vruchtgebruik van het gehele vermogen heeft dat bij het eerste overlijden aanwezig was (de toenmalige huwelijksgoederengemeenschap, zijnde de nalatenschap van erflater en zijn eigen vermogen). Het recht van vruchtgebruik eindigt met zijn overlijden (art. 3:203 lid 2 BW), zodat bij de kinderen de bloot eigendom van het vermogen aanwast tot volle eigendom (zijnde € 400.000) zonder dat er sprake

is van een erfrechtelijke verkrijging door het overlijden van de langstlevende echtgenoot.

Zonder fictiebepaling zou de bovenstaande waardeaangroei niet in de heffing van de erfbelasting betrokken kunnen worden en zou van de door de kinderen verkregen € 400.000 in totaal slechts € 200.000 in de heffing zijn betrokken over twee overlijdens bezien. Met het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 is duidelijk geworden dat na het overlijden van de langstlevende echtgenoot de volle-eigendomswaarde van hetgeen de kinderen destijds uit het vermogen van de langstlevende (door de inbreng) hebben verkregen onder de heffing van art. 10 lid 1 SW valt.[250] De hier bedoelde legaten in het kader van een (super)turbotestament zullen in par. 7.4.1 besproken worden.

Op deze plek kan reeds gemeld worden dat op grond van het huidige art. 10 SW (en het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009) de belastingbesparing met de hierboven genoemde legaten 'turbolegaten' drastisch beperkt is, en zelfs in bepaalde gevallen tot dubbele heffing leidt. De wetgever tracht steeds met de fictiebepaling van art. 10 SW te voorkomen dat vererfbare eigendomsrechten worden omgezet in niet-vererfbare genotsrechten. In deze paragraaf wordt bezien op welke wijze de wetgever met art. 10 SW de 'turbolegaten' bestrijdt.

2. Legaten met een 'hefboomwerking' door een waardesprong van contante naar nominale waarde

In de tweede plaats valt hierbij te denken legaten waarbij sprake is van een 'hefboomwerking' doordat de legaten in de toekomst een waardesprong maken van contante naar nominale waarde van de vordering. Dit wordt ook wel aangeduid als het 'turbo-effect'.[251] Stel een erflater (met een nalatenschap van € 500.000) heeft € 1.000.000 aan een kleinkind gelegateerd ten laste van het kind (die enig erfgenaam is), welk bedrag pas opeisbaar is bij het overlijden van het kind en over welk bedrag geen rente wordt bijgeschreven.

Door de niet-opeisbaarheid en renteloosheid wordt bij het overlijden van de erflater rekening gehouden met de contante waarde (bloot eigendomswaarde) van het gelegateerde geldbedrag (stel € 400.000), terwijl bij het overlijden van het kind uiteindelijk de vordering voor de nominale waarde (€ 1.000.000) door de legataris kan worden opgeëist.[252]

250 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224. Zie ook Wegwijs in de Successiewet 2014, nr. 5.7.8.

251 Compendium Estate Planning 2014, p. 15.

252 Overigens kan een dergelijk legaat ook al een besparing bij het overlijden van erflater opleveren omdat de nalatenschap wordt gespreid over meer personen zodat van de tariefsopbouw (progressiedruk) en meerdere vrijstellingen (zoals de kleinkindvrijstelling) gebruik gemaakt wordt, welke spreiding verder geoptimaliseerd kan worden door bijvoorbeeld een zodanig bedrag aan het kleinkind te legateren dat de top van de contante waarde van de verkrijging van het kleinkind met een niet hoger percentage wordt belast dan de top van de verkrijging van het kind, rekening houdend met het legaat aan het kleinkind.

Het kind ondervindt tijdens leven geen hinder van deze schuld, nu deze schuld niet opeisbaar is. In dit voorbeeld bevindt het nominale gelegateerde geldbedrag zich niet in de nalatenschap van de erflater (zijnde € 500.000) terwijl bij het overlijden van het kind dit grotere bedrag door het kleinkind kan worden opgeëist (ervan uitgaande dat het kind destijds de nalatenschap van erflater zuiver heeft aanvaard en het legaat niet is verminderd bij het overlijden van opa; zie art. 4:120 BW).

Zonder nadere fictiebepaling wordt over de nominale vordering geen erfbelasting meer geheven. Het kleinkind heeft immers bij het overlijden van de erflater reeds de vordering krachtens erfrecht verkregen en is destijds – zij het slechts over de lagere contante waarde van het legaat (hier € 400.000) – erfbelasting verschuldigd geweest. Het kind mocht de contante waarde van de schuld aan het kind aftrekken van zijn belastbare verkrijging bij het overlijden van erflater en heeft erfbelasting betaald over een verkrijging € 100.000 (zijnde € 500.000 – € 400.000). In totaal is bij het overlijden van de erflater dus erfbelasting geheven over de waarde van de gehele nalatenschap van de erflater, zijnde € 500.000 (€ 100.000 bij het kind en € 400.000 bij het kleinkind).

Op het moment dat het kind komt te overlijden, wordt de schuld uit legaat (van € 1.000.000) aan het kleinkind opeisbaar. Een dergelijke gang van zaken zou echter bewerkstelligen dat bij het overlijden van het kind een deel van het vermogen van het kind naar het kleinkind overgaat zonder heffing van erfbelasting, te weten het deel van de nominale vordering voor zover dat de erfrechtelijke verkrijging door het kind van de erflater overtreft (zijnde € 1.000.000 – € 500.000 = € 500.000). Om de nominale schuld uit legaat te voldoen moet eigen vermogen (althans niet geërfd vermogen) van het kind worden ingezet. Over dit vermogen van het kind zou zonder het bestaan van de schuld uit legaat erfbelasting geheven kunnen worden. Het moge duidelijk zijn dat de wetgever deze (in de woorden van Blokland) 'hap' uit het eigen vermogen van het kind alsnog wenst te belasten.[253] In de hier bedoelde situatie waarin gewerkt wordt met een legaat met uitgestelde werking (dat wil zeggen legaten waarvan de opeisbaarheid is uitgesteld tot het overlijden van de erfgenaam die met het legaat belast is) dient de sinds 1 januari 2010 opgenomen fictiebepaling van art. 10 lid 9 SW uitkomst te bieden. In par. 7.4.2 zal de fiscale behandeling van de legaten met een 'hefboomwerking' door de waardesprong van contante naar nominale waarde besproken worden, waarbij in het bijzonder wordt stilgestaan bij het bovenstaande ik-opa-legaat met uitgestelde werking (waaronder overigens ook andere legaten met uitgestelde

Bovendien kan door de 'generation skipping' (de vererving van opa rechtstreeks naar het kleinkind) voorkomen worden dat een deel dubbel vererft. Zie Estate Planning, nr. 15.8.01 en Sonneveldt 2010.

253 Compendium Estate Planning 2014, p. 15.

werking in andere verhoudingen begrepen dienen te worden),[254] alsmede de fiscale verschillen die volgens de wetgever bestaan indien geen sprake was geweest van een legaat maar een opgelegde testamentaire last (aan het kind) om een geldbedrag (aan het kleinkind) schuldig te erkennen (een 'ik-opa-last').

Tot slot dient in dit kader aandacht besteed te worden aan het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde, welke waarde schuldiggebleven mag worden. In par. 7.2.1.4 werd reeds duidelijk dat art. 10 lid 6 SW geen uitzondering maakt voor het bedoelde vruchtgebruiklegaat tegen inbreng, zodat art. 10 SW kan worden toegepast. Mogelijk ziet de wetgever bij aanvaarding van het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng (door de langstlevende) het gevaar dat de legataris (de langstlevende) bij zijn overlijden in het kader van deze verkrijging niets zal nalaten (het vruchtgebruik eindigt) en bovendien zijn nalatenschap wordt uitgehold door de inbrengverplichting.[255] Bezien zal worden of een dergelijk legaat een heffing ingevolge art. 10 SW rechtvaardigt. Op voorhand kan geconcludeerd worden dat een dubbele heffing – zoals Van Vijfeijken constateert – in elk geval niet de bedoeling van de wetgever geweest kan zijn.[256] In par. 7.4.3 wordt hier aandacht aan besteed.

7.4.1 Legaten op grond waarvan de bloot eigendom van niet tot de nalatenschap behorende goederen worden ingebracht ('turbolegaten')

Hoewel het turbotestament nooit op een grote belangstelling in de praktijk heeft kunnen rekenen, is het niettemin van belang om de constructie van een dergelijk testament te ontleden. Aan de hand van de constructie van het turbotestament heeft de Hoge Raad zich immers uitgelaten over de vraag of art. 10 SW een rol kan spelen indien een rechtshandeling wordt verricht ter uitvoering van een testament. Daarmee is de uitleg die de Hoge Raad aan het begrip 'rechtshandeling' in de zin van art. 10 SW heeft gegeven van belang om te bezien welke andere testamenten (dat wil zeggen rechtshandelingen die gebaseerd zijn op de uitvoering van een testament) eveneens onder de

254 Dergelijke legaten waarbij getracht wordt om bij het eerste overlijden de nalatenschap over meer verkrijgers te spreiden (vanwege de progressiedruk en de vrijstellingen) en bij het tweede overlijden een belastingvrije aangroei van de contante naar de nominale waarde te bewerkstelligen, kunnen binnen de door art. 10 lid 9 SW gegeven grenzen ook in andere verhoudingen worden gehanteerd. In Estate Planning, nr. 15.8.01, wordt het voorbeeld gegeven van een alleenstaande erflater die zijn neef tot erfgenaam benoemt onder de verplichting om een bepaald bedrag aan zijn kinderen (achternichten/achterneven van de erflater) bij wijze van legaat schuldig te erkennen. Men heeft dan echter te maken met tariefgroep II voor overige verkrijgers (art. 24 lid 1 SW) en beperktere vrijstellingen (zie art. 32 lid 1 onder 4 sub f SW).

255 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2 en Van Vijfeijken 2013a, p. 143.

256 Van Vijfeijken 2013a, p. 143-145.

werking van art. 10 SW vallen.[257] In par. 7.2 zagen wij reeds dat op grond van het arrest werd geconcludeerd dat het keuzelegaat tegen inbreng van de waarde, welke mag worden schuldiggebleven, ook onder de werking van art. 10 SW gebracht zou kunnen worden (zonder nadere wettelijke uitzondering). Ook voor het in par. 7.4.2 te bespreken ik-opa-testament is het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament van wezenlijk belang geweest voor de vraag (en beantwoording door de wetgever) in welke situatie een ik-opa-testament onder het bereik van art. 10 SW kon vallen en in welke situatie er behoefte blijkt te zijn aan een aanvulling in de wet (zie het huidige art. 10 lid 9 SW).

Een turbotestament (ook wel aangeduid als een 'vruchtgebruik-tegen-inbreng-blote-eigendom-testament')[258] is een variant op een vruchtgebruiktestament waarbij het vruchtgebruik van de nalatenschap wordt gelegateerd aan de langstlevende echtgenoot onder de 'last' om de bloot eigendom van zijn eigen vermogen in de nalatenschap in te brengen. De kinderen worden tot erfgenaam benoemd en verkrijgen de bloot eigendom van zowel de nalatenschap als dat van het vermogen van de langstlevende echtgenoot. In tegenstelling tot bij een normaal vruchtgebruiktestament verkrijgen de kinderen dus ook de bloot eigendom van het vermogen van de langstlevende. De langstlevende verkrijgt als gevolg van dit testament het vruchtgebruik van de nalatenschap tot welke nalatenschap ook het ingebrachte eigen vermogen behoort omdat hij de last heeft opgelegd gekregen dit vermogen in te brengen. Per saldo zal hij dus ter uitvoering van deze verplichting de bloot eigendom van zijn eigen vermogen – dat wil zeggen het eigen vermogen onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik[259] – aan de erfgenamen dienen over te dragen. Indien de erflater en de echtgenoot in gemeenschap van goederen gehuwd zijn, betekent de uitvoering van het turbotestament dat de langstlevende na uitvoering van het testament het vruchtgebruik zal hebben van de gehele (voormalige) huwelijksgoederengemeenschap en de eventuele privé-vermogens, en de kinderen de bloot eigendom van de gehele (voormalige) huwelijksgoederengemeenschap en de eventuele privé-vermogens.[260]

Als de langstlevende overlijdt, eindigt het vruchtgebruik en wast de bloot eigendom van het gehele vermogen (waaronder het ingebrachte vermogen van de langstlevende) bij de kinderen aan tot volle eigendom. De bedoeling van het turbotestament was dan ook dat bij het overlijden van de langstlevende geen heffing van erfbelasting zal plaatsvinden omdat er geen te belasten vermogen van de langstlevende is nu er niets meer vererft (van de oorspronke-

257 EstateTip Review 2009-25.
258 Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 165.
259 Zie art. 3:81 lid 1 BW.
260 Zie ook onderdeel 3.1.-3.3. van de Conclusie van Advocaat-Generaal C.W.M. van Ballegooijen bij HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.

lijk huwelijksgoederengemeenschap). De Hoge Raad heeft echter in de meermalen aangehaalde zaak over een turbotestament duidelijk gemaakt dat het aandeel dat ten laste van de langstlevende door de kinderen wordt verkregen aangemerkt kan worden als een fictieve erfrechtelijke verkrijging in de zin van art. 10 lid 1 SW.[261] In deze zaak was de vader de langstlevende. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3.1: '(…) *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 een aandeel in de onder 3.1.2, tweede volzin bedoelde blote eigendom heeft verkregen. Hiermee is voldaan aan de eisen die artikel 10, lid 1, SW 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.*' Sterker nog: het kind kon de betaalde (toenmalige) successierechten die in het kader van verkrijging van de door zijn vader ingebrachte bloot eigendom van zijn vermogen bij het overlijden van zijn moeder waren geheven, niet in mindering brengen op de fictieve verkrijging bij het overlijden van vader van de volle eigendom van het destijds door zijn vader ingebrachte vermogen. Ik citeer r.o. 3.3.2. van het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament: '(…) *Aan de toepasselijkheid van artikel 10 SW op dit geval kan niet afdoen dat de gekozen testamentvorm tot gevolg had dat belanghebbende ter gelegenheid van het overlijden van de moeder successierecht moest betalen over een aandeel in de blote eigendom zoals weergegeven onder 3.1.3. De wet biedt geen mogelijkheid om dit destijds door belanghebbende betaalde successierecht in mindering te brengen op het thans verschuldigde recht.*'

Het hierboven aangehaalde arrest van de Hoge Raad is ook onder de per 1 januari 2010 herziene Successiewet onverkort van belang: de staatssecretaris heeft zich met instemming aangesloten bij de uitspraak en de uitleg van de Hoge Raad van het begrip 'rechtshandeling' in de zin van art. 10 SW.[262]

Over het arrest en de huidige toepassing van art. 10 SW ten aanzien van het turbotestament wil ik enkele opmerkingen maken.

7.4.1.1 De aan de langstlevende opgelegde last

In het arrest was sprake van een onder het oude erfrecht (vóór 1 januari 2003) gemaakt testament op grond waarvan de langstlevende (vader) een legaat van het recht van vruchtgebruik verkreeg onder de *last* om zijn onverdeeld aandeel

261 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.

262 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 36-37. Zie ook het door de staatssecretaris gegeven schema waaruit volgt dat het turbotestament zowel onder de vóór 1 januari 2010 geldende Successiewet als de sindsdien herziene Successiewet onder de werking van art. 10 SW valt (*Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 76, p. 5).

in de huwelijksgemeenschap onder voorbehoud van vruchtgebruik in te brengen ten behoeve van de nalatenschap.[263] Zoals meermalen in het onderzoek naar voren is gekomen, kon onder het oude erfrecht geen sprake zijn van een legaat indien de beschikking zag op goederen die niet tot de nalatenschap behoorden (zie art. 1013 OBW en art. 1014 OBW). Onder het huidig recht geldt enkel als voorwaarde voor de kwalificatie als legaat dat de erflater de verkrijger een vorderingsrecht wenst toe te kennen.[264] In het onderhavige turbotestament werd weliswaar gesproken van een 'last' maar dat staat er niet aan in de weg dat in wezen sprake is van een legaat. Men vergelijke hetgeen in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt: '*Is het element dat de beschikking een verplichting jegens een of meer in de uiterste wil aangewezen personen schept aanwezig bevonden, dan is het een verdere vraag van interpretatie van de uiterste wil, of daar in aan die persoon of personen een vorderingsrecht wordt toegekend. Hierbij kan als uitgangspunt worden genomen dat een erflater zulks in den regel beoogt, maar het is mogelijk dat onthouding van een vorderingsrecht in de uiterste wil uitdrukkelijk is bepaald of anderszins daaruit voortvloeit.*'[265] Ook als onder huidig erfrecht in het testament een 'last' wordt opgelegd om het eigen vermogen in te brengen, zal er meestal geconcludeerd kunnen worden dat sprake is van een aan de legataris opgelegd sublegaat. De erflater zal in de regel met de last tot inbreng beoogd hebben om de kinderen een vorderingsrecht toe te kennen.[266] Het turbotestament bestaat dan ook in wezen uit de combinatie van een erfstelling ten behoeve van de kinderen, een vruchtgebruiklegaat aan de langstlevende, en ten laste van de langstlevende een inbrenglegaat ten behoeve van de erfgenamen.

7.4.1.2 De aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last als rechtshandelingen waarbij de langstlevende partij was in de zin van art. 10 lid 1 SW

Zoals ik in par. 7.2.1.4 reeds naar voren bracht, levert de aanvaarding van een legaat niet per definitie een rechtshandeling op aangezien ingevolge art. 4:201 BW aanvaarding van een legaat niet nodig is. De Hoge Raad heeft echter overwogen dat ook de uitvoering van de last als een voor art. 10 SW relevante

---

263 Zie onderdeel 1.2. van de Conclusie van Advocaat-Generaal C.W.M. van Ballegooijen bij HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.

264 Zie art. 4:117 lid 1 voor de definitie van legaat en art. 4:130 lid 1 BW voor de definitie van een testamentaire last.

265 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 718.

266 Zie ook Hof Leeuwarden 26 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL2814, waar in r.o. 4.2. wordt overwogen: '*Beslissend voor het antwoord op de vraag of een making een legaat of een last is, is of een erflaatster in een uiterste wilsbeschikking een vorderingsrecht heeft toegekend. De vraag of aan belanghebbende een vorderingsrecht is toegekend is derhalve afhankelijk van de wil van de erflaatster. In geval van twijfel of de erflater beoogd heeft een vorderingsrecht toe te kennen, zal de uiterste wilsbeschikking dienen te worden uitgelegd waarbij als uitgangspunt mag worden genomen dat de erflaatster als regel een bij uiterste wilsbeschikking bevoordeelde een vorderingsrecht zal willen toekennen (MvA II, Vaststellingswet 3771, nr. 6, p. 40).*'

rechtshandeling dient te worden aangemerkt. In de casus van het turbotestament betekent de uitvoering van de last dat de langstlevende aan de erfgenamen zijn vermogen overdraagt onder het voorbehoud van het recht van vruchtgebruik. Deze uitvoeringshandeling is een rechtshandeling in de zin van art. 10 lid 1 SW waarbij de langstlevende partij is. Men dient zich in het kader van het turbotestament te realiseren dat de uitvoeringshandeling gestoeld is op een 'last', welke thans met recht als een legaat gekwalificeerd kan worden (zie hierboven 7.4.1.1). Met andere woorden: ingevolge het arrest van de Hoge Raad dient men onder rechtshandeling in de zin van art. 10 SW evenzeer de uitvoering van een legaat te scharen (levering ten titel van legaat). Hoewel de aanvaarding van een legaat niet per definitie een rechtshandeling impliceert, zal er wel altijd een uitvoeringshandeling dienen plaats te vinden aangezien het legaat geen goederenrechtelijk effect sorteert (zie uitgebreid hoofdstuk 3).

Met betrekking tot de uitvoering van het turbotestament betekent dit mijns inziens dat de langstlevende rechtshandelingen in de zin van art. 10 lid 1 SW verricht waarbij hij partij is indien:
- de langstlevende daadwerkelijk het vruchtgebruiklegaat aanvaardt; en/of
- de langstlevende meewerkt aan de vestiging van het vruchtgebruik ter uitvoering van het vruchtgebruiklegaat ten behoeve van de langstlevende; en/of
- de langstlevende zijn eigen vermogen onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik overdraagt aan de erfgenamen.

De Hoge Raad heeft naar mijn mening duidelijk gemaakt dat het niet relevant is of de uitvoeringshandeling (het partij zijn bij de overdracht van goederen of de vestiging van een beperkt recht) als rechtshandeling in de zin van art. 10 SW het gevolg is van een obligatoire overeenkomst (verbintenisscheppende overeenkomst) of (zoals in het geval van het turbotestament) het gevolg is van een eenzijdige rechtshandeling zoals een uiterste wilsbeschikking/testamentaire making.[267] De wetgever is zelfs van oordeel dat indien door de uitoefening van een wilsrecht van art. 4:19 en 4:21 BW een overdracht onder voorbehoud van vruchtgebruik van goederen plaatsvindt, deze uitvoeringshandeling zonder nadere regeling (hetgeen ongewenst zou zijn) onder de werking van art. 10 lid 1 SW zou vallen, ook al vloeit de uitvoeringshandeling voort

267 Vgl. Van Vijfeijken 2013a, p. 106. Zie ook Schoenmaker 2009. Schoenmaker merkt in zijn commentaar overigens op dat indien de Hoge Raad de uitvoeringshandelingen van belang vindt voor de toepassing van art. 10 SW, de Hoge Raad kennelijk voorbij is gegaan aan een eerdere opmerking van de wetgever dat de uitoefening van een bloot-eigendomswilsrecht als bedoeld in art. 4:19 BW en 4:21 BW niet leidt tot toepassing van art. 10 SW omdat dit rechtstreeks voortvloeit uit de wet. De wetgever zag de leveringshandeling ten gevolge van de uitoefening van een wilsrecht toen dus niet als een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW, ook al werden daardoor eigendomsrechten omgezet in genotsrechten. Zie *Kamerstukken II* 1999/00, 27 245, nr. 3, p. 20.

uit de wet (krachtens erfrecht). Om die reden heeft de wetgever het nodig geacht om expliciet in art. 10 lid 7 onder a SW een uitzondering op te nemen voor de overdracht van de blote eigendom als gevolg van de uitoefening van een wilsrecht als bedoeld in de artikelen 4:19 of 4:21 BW.[268]

7.4.1.3 Toepassing van art. 10 SW bij rechtshandelingen die gebaseerd zijn op een (turbo)testament

De fictiebepaling van art. 10 SW wordt – gezien haar doel en strekking – naar mijn mening terecht toegepast op een turbotestament. Voorkomen wordt aldus hetgeen art. 10 SW beoogt te voorkomen, namelijk dat bij het tweede overlijden geen heffing van erfbelasting kan plaatsvinden omdat de langstlevende als toekomstig erflater zijn te vererven eigendomsrechten heeft omgezet in niet-vererven genotsrechten. In het hoger beroep dat leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009, werd echter aangevoerd dat de wetgever nooit met art. 10 SW het oog heeft gehad op rechtshandelingen die gebaseerd zijn op een (turbo)testament en dit kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de wet niet voorziet in een verrekening met eerder geheven successierecht (thans erfbelasting).[269] Aangezien de Hoge Raad weinig woorden wijdt aan de ongegrondverklaring van het cassatieberoep, is het interessant te bezien wat het Hof Amsterdam in hoger beroep in dit kader heeft overwogen. Ik citeer uit de hofuitspraak: *'2.5.3 Blijkens de wetsgeschiedenis beoogt artikel 10 SW te voorkomen dat manipulaties worden verricht ten nadele van de fiscus. Deze manipulaties bestaan uit rechtshandelingen die tot resultaat hebben de omzetting van aan de erflater toebehorende eigendomsrechten in genotsrechten. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot het huidige artikel 10 SW wordt met betrekking tot deze omzetting van eigendomsrechten in genotsrechten het volgende opgemerkt: 'Bedoelde transacties toch, die tot resultaat hebben een verkleining van het vermogen, waarover bij erflaters dood successierecht geheven kan worden, kunnen te gemakkelijker worden aangegaan, omdat de erflater zich bij zijn leven geen voelbare offers behoeft te getroosten, aangezien hij immers practisch in het genot blijft van een equivalent van de uit het afgestane vermogen verkregen inkomsten.' (Kamerstukken II 1948, 915, nr. 3, p. 28 rk.). Het Hof leidt hieruit af dat doel en strekking van artikel 10 SW zich niet verzetten tegen toepassing in het onderhavige geval. Door mee te werken aan de uitvoering van het testament van zijn vooroverleden echtgenote heeft de erflater zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap omgezet in genotsrechten, waardoor bij zijn dood over dat vermogen geen successierecht meer kan worden geheven. Door het door*

268 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 9. Zoals uit de vorige noot bleek ging de wetgever er voorheen niet vanuit dat art. 10 SW van toepassing zou zijn, zodat heffing in de praktijk op grond van de in de vorige noot vermelde passage uit de parlementaire geschiedenis achterwege bleef.

269 Zie Hof Amsterdam 1 februari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC4082, *RN* 2008, 31, *FBN* 2008 (3) 18.

hem voorbehouden recht van vruchtgebruik heeft de erflater zich tijdens zijn leven geen voelbaar offer getroost. Hij is immers in het genot van het afgestane vermogen gebleven.

2.5.4 Belanghebbende beroept zich tot slot op een wetssystematisch argument. In het vierde lid van artikel 10 SW is voorzien in een verrekening van het reeds betaalde schenkingsrecht en recht van overgang met de heffing over de waarde van hetgeen fictief krachtens erfrecht wordt verkregen op grond van het eerste lid van dat artikel. Uit de omstandigheid dat de wet niet voorziet in een verrekening van het eerder geheven successierecht leidt belanghebbende af dat het niet de bedoeling van de wetgever is om artikel 10 SW ook in gevallen als de onderhavige van toepassing te doen zijn.

Het Hof is met belanghebbende van oordeel dat het niet aannemelijk is dat de wetgever bij het ontwerpen van artikel 10 SW mede het oog heeft gehad op de zogenoemde turbotestamenten. Deze zijn eerst later in zwang gekomen. Daar staat echter tegenover dat de wetgever met de invoering van artikel 10 SW een einde heeft willen maken aan gebreken die kleefden aan de artikelen 10 en11 van de Successiewet 1859. Beide bepalingen zijn in de Successiewet 1956 samengevoegd tot het huidige artikel 10 SW, waarbij de wetgever uitdrukkelijk heeft gekozen voor een open formulering omdat was gebleken dat veel figuren die naar de bedoeling wel onder die bepaling zouden moeten vallen er door de casuïstische redactie van voornoemde voorlopers van artikel 10 SW niet onder vielen (Kamerstukken II 1948, 915, nr. 3, p. 29 lk.). Door die open formulering wordt bereikt dat de wettekst een zodanige reikwijdte heeft dat daardoor ook andere rechtsfeiten dan die waarop de wetgever specifiek het oog had bij het ontwerpen van de wet onder de wettelijke bepaling kunnen worden gebracht, indien – zoals in het onderhavige geval – deze feiten onder de hiervoor beschreven strekking van de bepaling vallen. In dit licht bezien kan de omstandigheid, dat de wet niet voorziet in verrekening van eerder geheven successierecht, aan de onmiskenbare bedoeling van de wetgever geen afbreuk doen.'[270]

Zoals bekend, heeft de Hoge Raad er vervolgens dus ook geen moeite mee om op een testament gebaseerde rechtshandelingen onder de werking van art. 10 SW te brengen. Voor mij blijven in dit kader twee punten relevant: als de wetgever niet direct met art. 10 SW oog had op rechtshandelingen ter uitvoering van een testament, dient dan alsnog in de wetssystematiek een verrekenmogelijkheid met eerder geheven erfbelasting te worden opgenomen? En leidt het turbotestament tot dubbele heffing? Deze vragen komen in de volgende paragraaf aan bod.

A) Superturbotestament

In de per 1 januari 2010 gewijzigde Successiewet wordt overigens onder rechtshandeling tevens 'een samenstel van rechtshandelingen' verstaan. Hiermee heeft de wetgever benadrukt dat art. 10 SW ook van toepassing is op het

270 Hof Amsterdam 1 februari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC4082, *RN* 2008, 31.

resultaat van een complex van samenhangende rechtshandelingen, zoals zich kan voordoen bij een zogenoemd 'superturbotestament'.[271] Evenals bij het turbotestament, is resultaat bij uitvoering van het superturbotestament dat de langstlevende enkel nog het vruchtgebruik van de nalatenschap en zijn eigen vermogen bezit en wat dat betreft dus niets meer bij zijn overlijden nalaat. Dit resultaat wordt bij het superturbotestament echter bewerkstelligd door de combinatie van een in de huwelijkse voorwaarden opgenomen verblijvingsbeding (op grond waarvan alle goederen van de huwelijksgemeenschap bij het overlijden van de eerststervende aan de nalatenschap verblijven en de langstlevende een onderbedelingsvordering verkrijgt) en een door de eerststervende opgemaakt testament. In dat testament is een vruchtgebruiklegaat aan de langstlevende opgenomen onder de last om de schuld wegens overbedeling van de nalatenschap voor zijn rekening te nemen. Per saldo resteert voor de langstlevende dan het vruchtgebruik van het vermogen dat tot de voormalige huwelijksgoederengemeenschap behoorde. Met art. 10 SW wordt voorkomen dat de langstlevende de eigendomsrechten van zijn vermogen kan omzetten in genotsrechten zonder dat bij zijn overlijden heffing meer kan plaatsvinden.[272] Omdat ik mij in deze paragraaf beperk tot de 'turbolegaten' die zien

271 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 37. Op die plek wordt de toevoeging 'of een samenstel van rechtshandelingen' in art. 10 SW als volgt door de wetgever toegelicht: '*Hiermee wordt nogmaals benadrukt dat artikel 10 ook van toepassing is op het resultaat van een complex van samenhangende rechtshandelingen. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een zogenoemd super-turbo-testament. Bij een dergelijk testament verblijven op grond van de huwelijkse voorwaarden de goederen van de huwelijksgoederengemeenschap aan de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot. De nalatenschap van de eerststervende echtgenoot bevat hierdoor een overbedelingsschuld aan de langstlevende echtgenoot. Op grond van het testament van de eerststervende echtgenoot verkrijgt de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik van de nalatenschap onder de verplichting om de (overbedelings)schulden van de nalatenschap voor zijn rekening te nemen. In een dergelijk geval kan onder de huidige tekst van artikel 10 worden getwist of er iets ten koste van het vermogen van de langstlevende is verkregen, in verband met zowel een rechtshandeling waarbij de langstlevende partij was als in verband waarmee deze een genot heeft gehad. Geoordeeld zou kunnen worden dat het eerste element (ten koste van het vermogen van de langstlevende) zich voordoet bij het verblijven op basis van de huwelijkse voorwaarden, terwijl het genot samenhangt met het vruchtgebruiktestament.*'

272 Zie voor een cijfervoorbeeld, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 37: '*Het volgende voorbeeld geeft aan dat toepassing van artikel 10 omwille van een evenwichtige belastingheffing in een dergelijk geval niet gemist kan worden. Gesteld dat een gemeenschap van goederen 600 bedraagt, dan beloopt de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot de helft daarvan of 300. De waarde van het recht van vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot beloopt stel 60%. Vanwege de huwelijkse voorwaarden bevat de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot alle goederen van de huwelijksgoederengemeenschap. Het recht van vruchtgebruik daarvan bedraagt 60% van 600 of 360. De verkrijging van de langstlevende wordt dan gevormd door dit recht van vruchtgebruik van 360 waarop de overbedelingsschuld van 300, die hij op grond van het testament op zich dient te nemen, in aftrek komt. Per saldo bedraagt de verkrijging van de langstlevende echtgenoot 60. De erfgenamen verkrijgen de blote eigendom van de goederen van de nalatenschap, dus 600 minus 360 of 240, zodat samen met de verkrijging van de langstlevende het saldo van de nalatenschap van 300 wordt belast. Bij het overlijden van de langstlevende heeft deze geen eigen vermogen meer omdat dit geheel in een recht van vruchtgebruik is omgezet dat bij zijn overlijden*

op inbreng van blote eigendom van eigen vermogen, zal ik niet verder ingaan op het superturbotestament.[273]

7.4.1.4 Dubbele heffing?

Ten gevolge van het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament kan geconcludeerd worden dat de verkrijging van de bloot eigendom van het vermogen afkomstig van de langstlevende door de kinderen tweemaal in de heffing wordt betrokken: bij het eerste overlijden als erfrechtelijke verkrijging en bij het tweede overlijden als onderdeel van de fictieve erfrechtelijke verkrijging aangezien de Hoge Raad overwoog dat de wet geen mogelijkheid biedt om de destijds betaalde successierechten in mindering te brengen op de door het tweede overlijden verschuldigde successierechten.[274] Indien de verkrijger de bloot eigendom van de langstlevende krachtens koop of schenking had gekregen, had de verkrijger op grond van art. 7 SW de door hem betaalde koopsom of schenkbelasting in mindering kunnen brengen op de waarde van zijn fictieve verkrijgen c.q. op de verschuldigde erfbelasting. De betaalde erfbelasting wordt in art. 7 SW inderdaad niet vermeld als verminderingspost. Vanuit het perspectief van de verkrijging door het kind is er bij uitvoering van het turbotestament zondermeer sprake van een dubbele heffing wat betreft de van de langstlevende verkregen bloot eigendom van de nalatenschapsgoederen. Vanuit het perspectief van het nalatenschapsvermogen van de eerststervende en de langstlevende blijkt dit – men zou in eerste instantie anders verwachten – niet per definitie het geval te zijn.

Overigens komt bij de vraag naar het bestaan van eventuele dubbele heffing naar mijn mening tot uitdrukking dat de Successiewet soms op twee gedachten hinkt: enerzijds kan de wet als een verkrijgingsbelasting worden aangemerkt, terwijl art. 10 SW in het bijzonder weer uitgaat van het idee van een boedelbelasting omdat met art. 10 SW voorkomen dient te worden dat een toekomstig nalatenschap als zodanig kan worden uitgehold (zie ook par. 6.2.2).

---

eindigt. Zonder toepassing van artikel 10 zou in een dergelijk geval de langstlevende in het geheel geen vermogen nalaten, terwijl hij ten tijde van het overlijden van de eerststervende nog 300 aan eigendom had en van deze 300 het genot heeft behouden. Juist hiertegen treedt artikel 10 op. Teneinde te bereiken dat over deze toepassing geen twijfel kan bestaan, is bij nota van wijziging voorgesteld ook het samenstel van rechtshandelingen in artikel 10 op te nemen.'

273 Overigens wordt er in Estate Planning, nr. 15.7.02a, gewezen op het gevaar dat één van de echtgenoten zijn testament herroept en de andere echtgenoot onterft. Aangezien het verblijvingsbeding in de huwelijkse voorwaarden nog steeds werkt, kan dit betekenen dat de onterfde langstlevende echtgenoot slechts een onderbedelingsvordering op de nalatenschap heeft wegens verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap, maar op geen enkele wijze meer goederenrechtelijke aanspraken heeft op de voormalige huwelijksgoederengemeenschap.

274 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224, r.o. 3.1.3.

A) De staatssecretaris en zijn visie over dubbele heffing

Voordat ik verder ga met de vraag of vanuit het perspectief van de nalatenschap sprake is van een dubbele heffing, merk ik op dat volgens de staatssecretaris geen voorziening hoeft te worden getroffen om erfbelasting bij het tweede overlijden te kunnen verrekenen met de eerder geheven erfbelasting omdat volgens de staatssecretaris geen sprake is van een dubbele heffing.[275] De staatssecretaris is namelijk van mening dat er wordt verkregen van verschillende erflaters.[276] In dezelfde lijn vallen de volgende opmerkingen van de staatssecretaris te plaatsen: '*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.*'[277] En: '*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.*'[278]

Naar mijn mening haalt de staatssecretaris fictie en werkelijkheid door elkaar. Bij de uitvoering van het turbotestament wordt door de kinderen de bloot eigendom *krachtens erfrecht* van de eerstoverledene verkregen (ook al heeft de langstlevende dat in de nalatenschap ingebracht en behoorde het niet tot de nalatenschap van de eerstoverledene; zie. art. 4:49 BW over het legaat van andermans zaken). Door het overlijden van de langstlevende wast de bloot eigendom bij de kinderen vervolgens van rechtswege aan tot volle eigendom. Derhalve is de constatering van de staatssecretaris dat er wordt verkregen van verschillende erflaters onjuist. Civielrechtelijk worden de relevante verkrijgingen verkregen van de eerstoverledene. Hieraan doet geen afbreuk dat bij het tweede overlijden door de werking van art. 10 SW wordt gedaan alsof sprake is van een fictieve verkrijging van de langstlevende. Door de fictie is het dus weldegelijk denkbaar dat ten aanzien van dezelfde verkrijging die civielrechtelijk van dezelfde persoon afkomstig is sprake is van tweemaal een

275 Zie Brief van de staatssecretaris aan de KNB d.d. 12 oktober 2009, DB/2009/596 U, p. 11 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 76, p. 3-4.

276 Brief van de staatssecretaris aan de KNB d.d. 12 oktober 2009, DB/2009/596 U, p. 11. Zie ook Wegwijs in de Successiewet 2014, nr. 5.7.8, p. 136.

277 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 76, p. 3-4. Waarna de staatssecretaris vervolgt: '*Terzijde merk ik op dat ook de Hoge Raad in een arrest over een zogenoemd turbotestament het ontbreken van een voorziening voor het verrekenen van erfbelasting met erfbelasting niet als een tekortkoming met betrekking tot artikel 10 ziet (HR 19 juni 2009, BNB 2009/224).*' Overigens heeft de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden overwogen.

278 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 38.

heffing van erfbelasting: eenmaal omdat sprake is van een belastbare civielrechtelijke verkrijging krachtens 'echt' erfrecht door het kind van de eerstoverledene (art. 1 SW) en eenmaal heffing van erfbelasting omdat sprake is van een fictieve verkrijging krachtens erfrecht door het kind waarbij de verkrijging fictief afkomstig is van de langstlevende (art. 10 SW).

Het bovenstaande leidt naar mijn mening tot de conclusie dat indien daadwerkelijk sprake is van dubbele heffing (bijvoorbeeld door de uitvoering van een turbotestament, of wat betreft de volgende paragraaf, bij het ik-opa-testament), er in beginsel geen wetstechnische en inhoudelijke redenen zijn om niet te voorzien in een mogelijkheid om bij een fictieve erfrechtelijke verkrijging onder omstandigheden rekening te houden met de eerder geheven erfbelasting, zoals ook geschiedt wat betreft de in art. 7 lid 2 SW bedoelde betaalde overdrachtsbelasting en schenkbelasting. Thans lijkt de wetgever de (eventuele) dubbele heffing echter bewust te handhaven ter bestrijding van in zijn ogen agressieve testamentvormen.[279] Het lijkt mij echter afdoende om de bestrijding van de 'agressieve testamentvormen' te beperken tot het alsnog in de heffing betrekken van de waarde waarmee de nalatenschap (van de langstlevende) wordt 'uitgehold' waarbij voor het overige dubbele heffing zo veel mogelijk dient te worden voorkomen.

B) Dubbele heffing: vanuit perspectief van de boedel- of verkrijgingsbelasting?
Bezien zal moeten worden wanneer sprake is van dubbele heffing en op welke wijze een geconstateerde dubbele heffing voorkomen kan worden. Bij de vraag wanneer er sprake is van een dubbele heffing moet naar mijn mening rekening worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wetgever om met een fictiebepaling (i.c. art. 10 SW) te voorkomen dat de nalatenschap van (bijvoorbeeld) de langstlevende – in de woorden van Van Vijfeijken – 'is "weggepoetst" zonder dat hij tijdens zijn leven wordt beperkt in zijn bestedingsmogelijkheden.'[280] De toepassing van de fictiebepaling kan erin resulteren dat vanuit het perspectief van de nalatenschap (van de langstlevende) de grondslag waarover geheven kan worden wordt 'hersteld', terwijl vanuit het perspectief van de verkrijger (het kind) door de fictiebepaling een deel van zijn eerdere erfrechtelijke verkrijging wederom in de heffing wordt betrokken, zij het de tweede keer als fictieve erfrechtelijke verkrijging. Van Vijfeijken merkt in het kader van de werking van de fictiebepaling van art. 10 SW dan ook op dat heffing vanuit de boedelbelastinggedachte terecht is, maar dat vanuit het verkrijgersconcept de reparatie bij de verkeerde persoon plaatsvindt,

279 In het kader van het ik-opa-testament merkt de staatssecretaris bijvoorbeeld op: '*Ik acht deze testamentvorm bovendien zo ongewenst dat ik het niet nodig vind hiervoor een andere voorziening in verband met dubbele heffing in het leven te roepen.*' (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 39).

280 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.I.

namelijk bij het kind in plaats van de langstlevende (wiens nalatenschap immers zonder dat hij zich een voelbaar offer getroost, is uitgehold).[281]

Met navolgende cijfervoorbeelden zal geïllustreerd worden dat indien een volledige tegemoetkoming voor de dubbele heffing aan het kind zou worden verleend, de doelstelling van de wetgever om met art. 10 SW de uitholling te voorkomen van de grondslag waarover wat betreft de nalatenschap van de langstlevende geheven kan worden, niet volledig gehaald kan worden.[282]

Om bij testamenten die in de toekomst tot art. 10 SW leiden (zoals het turbotestament en het hierna te bespreken 'klassieke' ik-opa-testament) zowel een dubbele heffing bij een verkrijger te voorkomen en tegelijkertijd te voorkomen dat een toekomstige belastbare nalatenschap te gemakkelijk kan worden verkleind, zou men de Successiewet (fundamenteel) moeten herzien. Te denken valt bijvoorbeeld aan de door Van Vijfeijken geschetste mogelijkheid om over te gaan tot het voor de schenk- en erfbelasting (overigens ook voor de inkomstenbelasting)[283] defiscaliseren van niet-opeisbare onderbedelingsvorderingen, alsmede om bijvoorbeeld de overdracht van bloot eigendom van vermogen (overdracht onder voorbehouden van een genotsrecht; zoals bij een turbotestament door de inbreng van de langstlevende van bloot eigendom van zijn vermogen) te negeren. In combinatie daarmee zou – zoals bij art. 10 SW het geval is – het vermogen waarvan de langstlevende nog het genot behoudt (bij het turbotestament: het ingebrachte eigen vermogen waarvan hij het vruchtgebruik heeft voorbehouden) geacht worden nog tot zijn vermogen te behoren bij zijn overlijden.[284] In dit voorstel wordt de juridische werkelijkheid voor een deel verlaten aangezien de verkrijging krachtens erfrecht van bloot eigendom (of een niet-opeisbare onderbedelingsvordering) fiscaal wordt genegeerd en voor deze verkrijging dus geen heffing van erfbelasting plaatsvindt. Het belasten van het vermogen bij het kind wordt verschoven naar het moment dat het kind daadwerkelijk de vrije beschikking over het vermogen krijgt doordat het aanwast tot volle eigendom (of door aflossing van een vordering). Men zou in dat geval kunnen spreken van het aansluiten bij de economische werkelijkheid, waarbij recht wordt gedaan aan het 'pay-as-you-go-beginsel', welk beginsel meebrengt 'dat belasting wordt voldaan op het moment dat de baten ook daadwerkelijk de koopkracht vergroten.'[285]

281 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.I, zie ook Van Vijfeijken 2009, par. 2.
282 Vgl. Brief van de staatssecretaris aan de KNB d.d. 12 oktober 2009, DB/2009/596 U, p. 11.
283 Zie par. 17.4.1 van Van Vijfeijken 2013a.
284 Van Vijfeijken 2013a, p. 201-202, alsmede par. 2.3.4 waarin een uitgebreide uitwerking wordt gegeven van haar voorstel om onderbedelingsvorderingen en de overdracht van bloot eigendom te defiscaliseren voor de Successiewet. Zie ook Van Vijfeijken 2008.
285 Van Vijfeijken 2013a, p. 10. Zie ook Van Vijfeijken 2009, par. 2.

Ik keer terug naar de 'juridische werkelijkheid', die in dit onderzoek tot uitgangspunt wordt genomen, en de vraag of, en zo ja, in hoeverre het turbotestament tot dubbele heffing leidt en hoe deze vraag beantwoord moet worden.

Voordat enkele cijfervoorbeelden worden gegeven, merk ik op dat in het kader van de dubbele heffing binnen de Successiewet eveneens de vraag gesteld kan worden of heffing ingevolge de Successiewet en daarnaast ingevolge de Wet inkomstenbelasting 2001 op zichzelf al tot dubbele heffing leidt waardoor één van beide heffingen dient terug te treden.[286] Zoals bekend wordt met de fictiebepaling van art. 10 SW getracht de waardeaangroei[287] van blote eigendom naar volle eigendom bij de verkrijger in de heffing van de erfbelasting te betrekken. Voor zover geen sprake is van defiscalisering op grond van art. 5.4 Wet IB 2001, wordt bij het kind de waardeaangroei van blote eigendom naar volle eigendom (en de waarde van het goed zelf) eveneens meegenomen in de rendementsgrondslag van box 3, waar hij voor een forfaitair bedrag wordt belast met inkomstenbelasting.[288] De uitvoering van het turbotestament kan bij de langstlevende ook voor de eigenwoningregeling van box 1 gevolgen hebben. Deze regeling vereist immers dat een vruchtgebruik krachtens erfrecht moet zijn gevestigd. Indien de langstlevende de bloot eigendom van zijn woning inbrengt, is de staatssecretaris van oordeel dat het vruchtgebruik van de woning niet krachtens erfrecht is gevestigd voor zover de woning niet tot het vermogen van de erflater behoorde.[289] Overigens is in civielrechtelijke zin weldegelijk sprake van een verkrijging krachtens erfrecht, ook al is het vruchtgebruik ingevolge de uitvoering van het turbotestament ontstaan door de overdracht van een eigen woning van de langstlevende onder het voorbehoud van een vruchtgebruik en heeft de woning nooit tot het vermogen van de erflater behoord.[290] Gezien het bestek van dit onderzoek, laat ik desalniettemin de heffing ingevolge de inkomstenbelasting verder achterwege.

286 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.I.

287 Art. 7 SW dient uitwerking te geven aan het doel om de verkrijger per saldo over de waardeaangroei te belasten nu de verkrijger zijn betaalde koopsom, overdrachtsbelasting of schenkbelasting voor de verkrijging van de bloot eigendom in mindering op de fictieve verkrijging (dan wel de verschuldigde belasting) kan brengen.

288 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.I.

289 Vgl. besluit van 2 november 2009, nr. CPP2009/998M, *BNB* 2010/27, onderdeel 2.2, voorbeeld 3. Zie ook Estate Planning, nr. 15.7.03 en Van Vijfeijken & Van der Weerd-van Joolingen 2014a, par. 4.2.

290 Vgl. Van Vijfeijken & Van der Weerd-van Joolingen 2014b, par. 3.

C) Cijfervoorbeelden Advocaat-Generaal Van Ballegooijen: turbotestament en dubbele heffing

In de Conclusie van Advocaat-Generaal Van Ballegooijen[291] in het kader van de zaak over het turbotestament wordt uitgebreid stilgestaan bij de vraag over er sprake is van dubbele heffing. Van Ballegooijen geeft twee voorbeelden, ik citeer:

'*Voorbeeld 1*
Vermogen huwelijksgoederengemeenschap 1.000.000. Onverdeelde helft 500.000. Moeder overlijdt, vader heeft de leeftijd van 64. Waarde vruchtgebruik is 54% = 270.000. Waarde blote eigendom is 46% = 230.000. Vader verkrijgt 270.000-230.000 = 40.000. Kinderen verkrijgen tweemaal 230.000 = 460.000. Bij overlijden van vader wordt op grond van artikel 10 SW 500.000 in de heffing betrokken. Totaal belast vermogen (afgezien van vrijstellingen) 1.000.000.

In dit voorbeeld wordt er per saldo bij het overlijden van de eerststervende niet meer dan de waarde van het door haar nagelaten vermogen in de heffing van successierecht betrokken.

Voorbeeld 2
Ingeval vader ten tijde van het overlijden van moeder 65 jaar of ouder is, dan bedraagt de waarde van het vruchtgebruik minder dan de waarde van de blote eigendom. Stel: hij is 65 jaar. Waarde vruchtgebruik is 48% = 240.000. Waarde blote eigendom is 52% = 260.000. Vader verkrijgt 240.000-260.000 = -/- 20.000. Kinderen verkrijgen tweemaal 260.000 = 520.000. Bij overlijden van vader wordt op grond van artikel 10 SW 500.000 in de heffing betrokken. Totaal belast vermogen: 1.020.000.

In dit voorbeeld wordt meer dan het oorspronkelijk aanwezige vermogen belast.'[292]

D) Analyse voorbeeld 1: heffing loopt rond

Zoals eerder geconstateerd is de stelling dat de blote eigendom afkomstig van (i.c.) vader tweemaal bij de kinderen in de heffing wordt betrokken, correct. Logischerwijs geldt dan dat hoe hoger de waarde van de blote eigendom is, hoe meer dubbele heffing plaatsvindt.[293] Dit betreft echter het perspectief van de verkrijger. Indien men een blik werpt op het eerst voorbeeld, kan men concluderen dat deze dubbele heffing noodzakelijk is om de heffing over hetgeen van de vader en moeder krachtens erfrecht verkregen is (de oorspronkelijke huwelijksgoederengemeenschap, te weten 1.000.000) rond te krijgen. Hoewel men geneigd zou zijn om te concluderen dat de eerder geheven

291 Conclusie van A-G mr. C.W.M. van Ballegooijen, Hoge Raad (Belastingkamer), 2 december 2008, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
292 Onderdeel 6.1 Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
293 Zie onderdeel 6.2 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.

erfbelasting over de blote eigendom in mindering gebracht zou moeten worden op de fictieve verkrijgen van het aandeel van vader in de huwelijksgemeenschap bij zijn overlijden, zou een vermindering afbreuk doen aan de goede werking van art. 10 SW. Om dit te begrijpen moet het perspectief verlegd worden naar de uiteindelijke verkrijging van de kinderen na het overlijden van zowel de vader als de moeder. De kinderen krijgen uiteindelijk 1.000.000, zodat het redelijk is dat deze verkrijging ingevolge art. 1 en 10 SW geheel in de heffing wordt betrokken. De kern in een dergelijk geval is dat de verkregen bloot eigendom krachtens erfrecht niet afkomstig is uit het vermogen van erflater maar van de langstlevende. De langstlevende kan derhalve wat betreft zijn erfrechtelijke verkrijging van het verkregen vruchtgebruik van de nalatenschap de waarde van de door hem ingebrachte blote eigendom in mindering brengen (zie art. 5 SW). Het van de erflater afkomstige vruchtgebruik wordt dus per saldo niet of gedeeltelijk in de heffing betrokken. Indien bij het tweede overlijden de door de kinderen betaalde erfbelasting over de verkrijging van de bloot eigendom van het aandeel van vader in de huwelijksgoederengemeenschap mag worden afgetrokken van de belasting wegens hun fictieve verkrijging (van het aandeel van vader in de huwelijksgoederengemeenschap), wordt per saldo na twee overlijdens slechts de bloot eigendom van de gehele huwelijksgoederengemeenschap en het vruchtgebruik over de helft van de huwelijksgoederengemeenschap in de heffing betrokken. Er is in dat geval dus een gat in de heffing, te weten over het vruchtgebruik van de helft van de huwelijksgoederengemeenschap.[294] Dit gat is er niet in de situatie dat weldegelijk rekening mag worden gehouden met een betaalde koopsom of schenkbelasting. Stel een erflater schenkt tijdens leven een goed onder voorbehoud van vruchtgebruik aan zijn kind, zodat bij zijn overlijden bij het kind over de volle eigendomswaarde van het geschonkene erfbelasting wordt geheven verminderd met betaalde schenkbelasting.[295] In de laatstbedoelde situatie is de waardeaangroei in de erfbelasting betrokken en per saldo het gehele geschonken goed in de heffing van schenk- en erfbelasting. Indien de blote eigendom verkocht zou zijn en bij overlijden ingevolge art. 10 SW over de volle eigendomswaarde geheven wordt, mag rekening worden gehouden met de betaalde koopsom ingevolge art. 7 SW, zodat per saldo de waardeaangroei in de heffing van erfbelasting wordt betrokken, en er ook geen gat in de heffing is indien de koopprijs voor de bloot eigendom tot het vermogen van de verkoper behoort zodat over de vererving daarvan uiteindelijk ook erfbelasting is verschuldigd.

Advocaat-Generaal Van Ballegooijen verwoordt het als volgt: '(…) *Als artikel 10 SW niet zou worden toegepast, zou er in voorbeeld 1 bij de kinderen slechts worden*

294 Onderdeel 6.4 en 6.7 Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.

295 Art. 7 SW; deze in mindering te brengen schenkbelasting wordt vermeerderd met een enkelvoudige rente van 6% van de dag van betaling tot en met de dag van overlijden van de erflater zoals bedoeld in art. 10 SW; zie art. 7 lid 3 SW.

geheven over de blote eigendom van de huwelijksgoederengemeenschap van 460.000 en in voorbeeld 2 over 520.000, terwijl zij de volle eigendom van 1.000.000 hebben verkregen. (…) Normaal gesproken is het resultaat van artikel 10 SW dat de waardeaangroei van blote eigendom naar volle eigendom in de heffing wordt betrokken. Er wordt geheven alsof de rechtshandeling die tot omzetting heeft geleid, niet heeft plaatsgevonden. Dat laatste is hier ook het geval, echter in dit geval viel de waarde van de blote eigendom van vaders deel in de huwelijksgoederengemeenschap tevens in de nalatenschap van moeder. Door de blote eigendom voor een tweede maal (fictief) in de heffing te betrekken, is het eindresultaat dat de gehele nalatenschap in de heffing wordt betrokken (en mogelijk zelfs meer dan dat, zie voorbeeld 2). Indien niet meer dan de gehele nalatenschap in de heffing wordt betrokken, lijkt mij dat geen onredelijke wetstoepassing. Bij het eerste overlijden is moeders nalatenschap in de heffing betrokken. In de plaats van de volle eigendom over haar deel van de huwelijksgoederengemeenschap behoort de blote eigendom van de gehele huwelijksgoederengemeenschap tot de nalatenschap. Anders gezegd, in de plaats van het vruchtgebruik van haar deel van de huwelijksgoederengemeenschap is de blote eigendom van vaders deel getreden. Door vaders overdracht laat hij civielrechtelijk niets na en zou zonder toepassing van artikel 10 SW zijn vermogen buiten de heffing van successierecht vallen. Met toepassing van artikel 10 SW wordt de gehele nalatenschap in de heffing betrokken. Doet artikel 10 SW hier meer dan waar het voor bedoeld is? Het belast de volle eigendom van vaders deel en niet slechts de waardeaangroei, terwijl de blote eigendom al eens belast is. Cijfermatig (over)compenseert de heffing over die blote eigendom bij het eerste overlijden het onbelast zijn van het vruchtgebruik over moeders deel van de huwelijksgoederengemeenschap. (…)'[296]

In navolging van de A-G kan geconcludeerd worden dat er geen behoefte bestaat aan een tegemoetkoming aangezien als eindresultaat de gehele nalatenschap van vader en moeder in de heffing wordt betrokken, zoals in voorbeeld 1 gebeurt. De A-G vraagt zich daarom af of de wetgever verrekening zou hebben geboden als hij in het kader van art. 10 SW het turbotestament wel voor ogen zou hebben gehad.[297]

De staatssecretaris is dezelfde opvatting toegedaan en maakt in dit kader een vergelijking met de situatie dat de eerststervende een vruchtgebruiktestament had opgesteld, dat wil zeggen hij benoemt zijn kinderen tot erfgenamen en legateert aan de langstlevende het vruchtgebruik van zijn nalatenschap. Art. 10 SW komt bij een vruchtgebruiktestament niet in beeld omdat er niets ten laste van het vermogen van de langstlevende komt: hij verkrijgt het vruchtgebruik om niet. Evenmin is het vruchtgebruik ten koste van zijn vermogen gegaan omdat de langstlevende nooit de volle eigendom van het vrucht-

296 Onderdeel 6.3 en 6.4 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
297 Onderdeel 6.7 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.

gebruikvermogen heeft gehad. Van een omzetting van eigendomsrechten in genotsrechten is dus geen sprake.[298]

De langstlevende heeft in zijn testament zijn kinderen tot erfgenaam benoemd. Als ik in het eerste voorbeeld in plaats van een turbotestament uitga van een vruchtgebruiktestament, dan is de situatie als volgt:

Variatie voorbeeld 1 (met vruchtgebruiktestament)
Vermogen huwelijksgoederengemeenschap 1.000.000. Onverdeelde helft 500.000. Moeder overlijdt, vader heeft de leeftijd van 64. Waarde vruchtgebruik is 54% = 270.000. Waarde blote eigendom is 46% = 230.000. Vader krijgt het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd met een waarde van 270.000. Kinderen verkrijgen als erfgenaam een waarde van 230.000. Bij overlijden van vader wordt 500.000 in de heffing betrokken. Totaal belast vermogen (afgezien van vrijstellingen) 1.000.000.

Indien men voorbeeld 1 met het turbotestament en de variatie met het vruchtgebruiktestament met elkaar vergelijkt, dan wordt volgens de staatssecretaris duidelijk dat er geen noodzaak van een voorziening is. Ik citeer de staatssecretaris, waarbij ik de door hem genoemde getallen aanpas aan de gegevens van voorbeeld 1 met het turbotestament: '*Artikel 10 zorgt ervoor dat de nalatenschap van de erflater weer wordt 'hersteld', zodat zijn grondslag niet wordt uitgehold. Vanuit het kind bezien, wordt deze bij het overlijden van de eerste ouder belast over de blote eigendom van het vermogen* [230.000; GGBB] *van de nog levende ouder en als deze overlijdt nog een keer over de volle eigendom* [500.000; GGBB]. *Hierdoor lijkt het alsof bij het kind dubbele heffing optreedt. Dit is echter niet het geval. Er wordt ten eerste verkregen van twee verschillende erflaters en ten tweede zou zonder toepassing van artikel 10 te weinig bij het kind worden belast. Als het kind een voorziening wordt gegeven van* [230.000; GGBB], *wordt in totaal* [770.000[299]; GGBB] *in de grondslag betrokken in plaats van* [1.000.000; GGBB], *dus minder dan bij een fiscaal 'normaal' testament zoals het vruchtgebruiktestament is. Da[t] kan naar mijn mening niet de bedoeling zijn. De turbotestamenten komen voor, omdat daar een hoger fiscaal doel achter zat: geen heffing bij overlijden van de langstlevende. Men wilde dus fiscaal een beter resultaat bereiken dan bij een vruchtgebruiktestament. Evenmin als bij de ik-opa testamenten het geval is, zie ik niet in waarom voor dit soort situaties een voorziening moet worden getroffen.'*[300]

De opmerking van de staatssecretaris dat van twee erflaters wordt verkregen heb ik reeds in deze paragraaf bekritiseerd. Desalniettemin dient de conclusie naar aanleiding van voorbeeld 1 te zijn dat het bij een turbotestament terecht is dat in beginsel geen verrekening met eerder geheven erfbelasting plaatsvindt zodat het gehele vermogen van beide ouders in de heffing van

298 Zie CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.B.e.
299 Bij het eerste overlijden 40.000 bij de langstlevende en 460.000 bij de kinderen en bij het overlijden van de langstlevende 270.000 (namelijk 500.000-230.000) bij de kinderen.
300 Zie brief van de staatssecretaris aan de KNB d.d. 12 oktober 2009, DB/2009/596 U, p. 11.

erfbelasting kan worden betrokken.[301] Deze conclusie geldt echter niet onverkort in een in voorbeeld 2 bedoelde situatie.

E) Analyse voorbeeld 2: heffing over meer dan saldo nalatenschap

De bovenstaande conclusie verdient een nuancering indien door de uitvoering van het turbotestament sprake is van een negatieve verkrijging bij de langstlevende. Dit is het geval indien de door de langstlevende in te brengen waarde van de bloot eigendom meer de waarde van de verkrijging van het vruchtgebruik van de nalatenschap. Indien personen in gemeenschap van goederen zijn gehuwd (en geen privé-vermogen bezitten) en dus een even groot vermogen bezitten, zal dit het geval zijn indien de waarde van de blote eigendom van het aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap meer dan 50% is (zie art. 5 en 10 Uitv. Besl. SW). De vruchtgebruikwaarde van het aandeel in die huwelijksgoederengemeenschap zal dan minder dan 50% bedragen, zodat de verkrijging vruchtgebruik minus inbreng bloot eigendom een negatieve verkrijging oplevert. In voorbeeld 2 is de bloot eigendomswaarde 52% en het vruchtgebruikwaarde 48%. Bij het kind wordt deze bloot eigendomswaarde van het van de langstlevende afkomstige aandeel van de huwelijksgoederengemeenschap alsmede die van het aandeel van de erflater in de heffing betrokken. Per saldo wordt bij de kinderen dus 104% van de waarde van het halve aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap belast, terwijl de nalatenschap slechts het halve aandeel van de huwelijksgoederengemeenschap omvat. Na het eerste overlijden wordt dan over meer dan het saldo van de nalatenschap geheven omdat de langstlevende in wezen het saldo van de erfrechtelijke verkrijging heeft vergroot door een hogere waarde in de nalatenschap in te brengen dan wat hij zelf krachtens erfrecht ontvangt.[302] In het voorbeeld ontvangt de langstlevende 240.000 krachtens het vruchtgebruiklegaat en wordt door hem 260.000 ingebracht (als inbrenglegaat), zodat de kinderen in totaal 520.000 bij het eerste overlijden krachtens verkrijgen. Als vervolgens door het overlijden van de langstlevende het andere halve aandeel van de huwelijksgoederengemeenschap (500.000) in de heffing wordt betrokken – en er terecht geen verrekening wordt toegelaten met eerder geheven erfbelasting – wordt er meer vermogen in de heffing betrokken dan zich in de voormalige huwelijksgoederengemeenschap bevond. Dit is echter niet zozeer het gevolg van de werking van art. 10 SW (lees: het niet toelaten van verrekening met eerder geheven erfbelasting), aangezien reeds bij het eerste overlijden meer dan de nalatenschap in de heffing wordt betrokken. Desalniettemin zou een wettelijke tegemoetkoming in het kader van art. 10 SW mijns inziens overwogen dienen te worden. Ook de Advocaat-Generaal Van Ballegooijen acht een tegemoetkoming op zijn plaats, zij het dat deze naar zijn oordeel niet door de rechter maar door de inspecteur verleend zou moeten worden. Ik haal enkele passages

301 Zo ook A-G. van Ballegooijen, zie onderdeel 7 van zijn Conclusie.
302 Zie ook Van Vijfeijken 2013a, p. 152-153.

van de A-G aan: '(…) *Door toepassing van artikel 10 SW wordt de waarde van de gehele nalatenschap (en zonder tegemoetkoming mogelijk meer) in de heffing betrokken (te weten blote eigendom over de gehele huwelijksgoederengemeenschap en volle eigendom over de helft van de huwelijksgoederengemeenschap). De wettekst biedt geen mogelijkheid tot verrekening van eerder geheven successierecht. De wettekst is helder en ik acht het dan ook niet mogelijk dat de rechter deze duidelijke wettekst naar analogie met lid 4* [in welk lid destijds werd bepaald dat de overdrachtsbelasting en schenkingsrechten in mindering konden komen; GGBB] *ruim uitlegt. Anders is dit wellicht voor wat betreft de heffing over meer dan 100% van de nalatenschap.* (…)'[303]

'(…) *Het lijkt me voor de toepassing van artikel 10 SW echter wel redelijk als het successierecht dat betrekking heeft op het verschil in waarde tussen blote eigendom en vruchtgebruik bij vader, verrekend mag worden om te voorkomen dat meer dan 100% in de heffing wordt betrokken.* (…) *De Inspecteur heeft verrekening geboden voor het destijds over dat bedrag betaalde successierecht. Ik acht deze verrekening, wat er zij van de juistheid van het standpunt, redelijk. Het gaat naar mijn opvatting echter te ver voor de rechter om die verrekening te verlenen, waar in de wetgeving geen of onvoldoende aanknopingspunt is te vinden voor recht op een dergelijke verrekening.* (…)'[304]

Leidend tot de conclusie: '(…) *Voor verrekening van eerder geheven successierecht is geen plaats (zie onderdeel 6.7). De wet biedt die mogelijkheid niet en juist doordat er geen verrekening plaatsvindt van eerder geheven successierecht, wordt het gehele vermogen van beide ouders in de heffing van successierecht betrokken. Dit acht ik geen onredelijke wetstoepassing. Indien meer dan het gehele vermogen in de heffing wordt betrokken acht ik een tegemoetkoming door de Inspecteur, ook al is het turbotestament alleen maar opgezet om heffing van successierecht te ontlopen, op haar plaats.* (…)'[305]

Interessant in dit kader is het betoog van Van Vijfeijken om de waarde van het door de langstlevende ingebrachte blote eigendom, voor zover deze groter is dan het door hem verkregen vruchtgebruik, als een schenking aan te merken van de langstlevende aan het kind.[306] Met deze kwalificatie tracht Van Vijfeijken te voorkomen dat er uiteindelijk over meer dan de waarde van de nalatenschap van vader en moeder wordt geheven. Van Vijfeijken: '*In civielrechtelijke zin verkrijgt de lastbevoordeelde krachtens erfrecht, ook al behoort het vermogen niet tot de nalatenschap van de erflater. Daaraan doet mijns inziens niet af dat door de aanvaarding van het legaat de langstlevende haar kinderen bevoordeelt ten laste*

303 Onderdeel 6.7 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
304 Onderdeel 6.8 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
305 Onderdeel 7 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
306 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 153 en onderdeel 6.8 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.

van haar eigen vermogen. Ervan uitgaande dat zij hiermee ook de bedoeling had om haar kinderen te bevoordelen, is dan aan alle voorwaarden van een gift voldaan.'[307]

Het idee hierbij is dat vervolgens in het kader van heffing op grond van art. 10 SW de eerder geheven schenkbelasting ingevolge art. 7 lid 2 SW in mindering gebracht kan worden omdat de schenkbelasting was verschuldigd ter zake van de verkregen blote eigendom.[308] In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad, had de inspecteur een dergelijke schenking geconstateerd en derhalve verrekening geboden.[309] In voorbeeld 2 zou het betoog van Van Vijfeijken tot de volgende situatie leiden.

Ingeval vader ten tijde van het overlijden van moeder 65 jaar of ouder is, dan bedraagt de waarde van het vruchtgebruik minder dan de waarde van de blote eigendom. Stel: hij is 65 jaar. Waarde vruchtgebruik is 48% = 240.000. Waarde blote eigendom is 52% = 260.000. Vader verkrijgt 240.000-260.000 = -/- 20.000. De inbreng van vader van 260.000 wordt wat betreft een vermogensverschuiving van 20.000 als een schenking aan de kinderen beschouwd en wat betreft 240.000 als een verkrijging uit de nalatenschap van moeder. Kinderen verkrijgen 20.000 belast met schenkbelasting, en 240.000 en 260.000 belast met erfbelasting = in totaal 520.000. Bij overlijden van vader wordt op grond van artikel 10 SW 500.000 verminderd met de schenkbelasting die over 20.000 betaald is, in de heffing betrokken.

Het is echter de vraag of het – sympathiek voorkomende – betoog van Van Vijfeijken rechtens houdbaar is. Ik beantwoord deze vraag ontkennend. In het erfrecht wordt door art. 4:49 BW expliciet duidelijk gemaakt dat een gewild legaat van een bepaald goed van een ander niet vervalt. Voor de kwalificatie is slechts van belang of de erflater de legataris een vorderingsrecht toekent. Aangezien de langstlevende ingevolge de door de erflater opgelegde last (lees: een inbrengverplichting als sublegaat) de bloot eigendom van zijn vermogen in de nalatenschap dient in te brengen, verkrijgen de kinderen deze bloot eigendom voor het geheel krachtens erfrecht van de erflater. Overigens is dit ook het geval indien men tot de conclusie zou komen dat de opgelegde verplichting daadwerkelijk een testamentaire last behelst indien de erflater geen vorderingsrecht heeft willen toekennen aan de personen die door de last bevoordeeld worden (vgl. hoofdstuk 6). De Successiewetgever heeft verkrijging 'uit den boedel' blijkens de memorie van toelichting uit 1948 bewust veranderd in verkrijging 'krachtens erfrecht' om onder meer duidelijk te maken dat het mogelijk is dat meer belast wordt dan het actief van de nalatenschap.[310] Logischerwijs wordt het 'meerdere' dat verkregen wordt krachtens erfrecht belast met erfbelasting. Van Vijfeijken lijkt in haar redenering ervan uit te gaan dat het meerdere – hetgeen niet 'uit de boedel' afkomstig is – wordt belast met

307 Van Vijfeijken 2013a, p. 153.
308 Van Vijfeijken 2013a, p. 153, voetnoot 162.
309 Zie onderdeel 6.8 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455, alsmede B.M.E.M. Schols 2006b.
310 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT). Zie ook par. 6.3.2.1.

schenkbelasting.[311] De uitvoering van een legaat (of een testamentaire last) levert per definitie geen schenking op, omdat de titel van het geleverde reeds is ingekleurd. Het kind verkrijgt namelijk krachtens legaat het door de langstlevende ingebrachte vermogen, zonder dat sprake is van een bevoordelingsbedoeling van de langstlevende. Indien de langstlevende wenst te ontkomen aan de erfrechtelijke inbrengverplichting (als sublegaat), dient hij het vruchtgebruiklegaat te verwerpen (zie art. 4:118 lid 2 BW of indien men concludeert dat sprake is van een testamentaire lastverplichting: art. 4:132 BW). Alsdan rust de verplichting niet meer op hem.

F) Conclusie dubbele heffing turbotestament; regeling wenselijk?

Het is naar mijn mening gerechtvaardigd dat bij een turbotestament – waar art. 10 SW terecht op wordt toegepast indien de langstlevende overlijdt – geen verrekening ex art. 7 SW met eerder geheven erfbelasting (over de door de kinderen verkregen bloot eigendom) plaatsvindt zodat het gehele vermogen van beide ouders in de heffing van erfbelasting kan worden betrokken. De kinderen verkrijgen uiteindelijk de volle eigendom van dit gehele vermogen zodat vanuit dat perspectief geen sprake hoeft te zijn van een 'overkill', ook al wordt de van de langstlevende verkregen bloot eigendom tweemaal in de heffing betrokken. Wel meen ik dat er wetssystematische redenen zijn om een regeling op te nemen in het geval er meer vermogen in de heffing wordt betrokken dan het gehele vermogen van beide ouders.[312] In par. 7.6.3 en 7.6.4 stel ik voor dat met een dergelijk geval rekening dient te worden gehouden in het kader van de in aanmerking te nemen fictieve verkrijging.[313] Ook al werd het turbotestament vóór het arrest van de Hoge Raad in de praktijk zeer weinig gemaakt, en zal dit na het arrest niet of amper meer gemaakt worden,[314] en is het bovendien een testament waarmee in de meeste gevallen getracht wordt om erfbelasting te ontlopen, dan zou idealiter de bestrijding van dit testament met art. 10 SW niet verder moeten gaan dan noodzakelijk is om binnen doel en strekking van art. 10 SW de betrokken vermogens daadwerkelijk in de heffing te betrekken. In de slotbeschouwing van dit hoofdstuk (par. 7.6) zal ik nader ingaan op de vraag op welke wijze een dergelijke regeling vormgegeven zou kunnen worden. Ik heb reeds geconstateerd dat deze behoefte bestaat indien bij degene die inbrengt sprake is van een negatieve verkrijging.

311 Vgl. B.M.E.M. Schols 2006b.

312 Vgl. onderdeel 7 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.

313 Zie lid 2 van het door mij geformuleerde art. 10a SW.

314 Zie o.a. Compendium Estate Planning 2014, p. 302, Schoenmaker 2009 en Gubbels 2001, p. 131. In EstateTip Review 2009-25 wordt het turbotestament zelfs een academische rechtsfiguur genoemd, die (destijds) met name interessant is voor de vraag of art. 10 SW ook grip heeft op andere 'langstlevendetestamenten'.

Tot slot van deze paragraaf geef ik een – zeer theoretisch – voorbeeld (waarbij sprake is van negatieve verkrijging van de langstlevende) en met welk voorbeeld ik duidelijk wil maken dat een dergelijke regeling ter vermindering van door art. 10 SW te heffen erfbelasting van belang is in de situatie dat bij de langstlevende sprake is van een negatieve verkrijging. Tevens wil ik met het extreme voorbeeld de parallel met een schenking tijdens leven van een goed onder voorbehoud van vruchtgebruik leggen. Dit laatste is van belang omdat in die situatie verrekening met de eerder betaalde schenkbelasting op grond van art. 7 lid 2 SW mogelijk is.

A, gehuwd met B (63 jaar) onder het maken van huwelijkse voorwaarden inhoudende de koude uitsluiting, komt te overlijden. A heeft een testament opgesteld waarin hij zijn kinderen tot erfgenamen heeft benoemd. Het saldo van zijn nalatenschap is te verwaarlozen. Voorts legateert hij aan echtgenote B een verwaarloosbaar klein geldbedrag en ten laste van zijn echtgenote B heeft hij een legaat gemaakt van de bloot eigendom van haar vakantiewoning ten behoeve van de kinderen (met een waarde van € 500.000, waarvan aan het vruchtgebruik een waarde van 60% wordt toegekend, zie art. 5 en 10 Uitv. Besl. SW). Stel dat B nu braaf het legaat niet verwerpt en het sublegaat zou uitvoeren – zonder gebruikmaking van de mogelijkheid het sublegaat te verminderen; zie art. 4:121 lid 1 BW) – levert B het vakantiehuis onder voorbehoud van een vruchtgebruik aan de kinderen. In het kader van het overlijden van A zijn de kinderen over de verkrijging van de bloot eigendom van het vakantiehuis (€ 200.000, zijnde 40% van de volle eigendomswaarde) erfbelasting verschuldigd. B verkrijgt praktisch niets maar dient wel de bloot eigendom van het vakantiehuis in te brengen. Per saldo resteert voor haar een negatieve verkrijging van € 200.000. Indien vervolgens B komt te overlijden (zonder vermogen), dan valt (gezien het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009) de door B verrichte rechtshandeling in het kader van het vakantiehuis – ook al vloeit deze voort uit het testament van A – aan te merken als een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW. De relevante rechtshandeling is – zo meen ik – het leveren door B van de bloot eigendom van haar vakantiewoning ter uitvoering van het legaat. Indien er ook aan de overige vereisten van art. 10 SW wordt voldaan (zoals dat B tijdens haar leven het genot moet hebben gehouden van het vakantiehuis), kunnen de kinderen bij het overlijden van B voor de verkrijging van de destijds krachtens erfrecht door het overlijden van A verkregen (bloot) eigendom van de vakantiewoning (terecht) opnieuw in de heffing worden betrokken voor een waarde van € 500.000 ingevolge art. 10 SW. De eerder geheven erfbelasting ter zake van de verkrijging van de blote eigendom kan ingevolge art. 7 lid 2 SW echter niet in mindering worden gebracht op de te heffen belasting ter zake van deze fictieve verkrijging uit de nalatenschap van B. In totaal wordt in dit voorbeeld € 700.000 belast, terwijl de totale vermogens van de ouders € 500.000 bedroegen.

Vanuit het oogpunt van de verkleining van de nalatenschap van B is de heffing van erfbelasting bij de kinderen over de waardegroei van de bij het overlijden van A belaste blote eigendom naar de volle eigendomswaarde ten tijde van het overlijden van B niet

meer dan logisch (dus van 200.000 naar 500.000). Aangezien art. 7 lid 2 SW geen verrekening van erfbelasting toelaat, en bij het overlijden van A bij B sprake is van een negatieve verkrijging (200.000), wordt niet alleen de verkrijging van de ingebrachte bloot eigendom dubbel belast maar belangrijker is mijns inziens dat er per saldo meer belast wordt dan de waarde van de vermogens van A en B. Ik ben van oordeel dat in het geval dat er een negatieve verkrijging was bij de langstlevende, een vermindering dient plaats te vinden van de fictieve verkrijging bij de kinderen, zodat zij door art. 10 SW belast worden voor € 300.000 (500.000-200.000). Per saldo is dan het gehele vermogen van beide ouders van € 500.000 belast (bij het eerste overlijden € 200.000 en bij het tweede overlijden € 300.000).

Anders gezegd: waarom kan geheven schenkbelasting bij het overlijden van B in mindering komen op de belasting ten gevolge van een fictieve erfrechtelijke verkrijging van de kinderen als B tijdens leven de bloot eigendom van het haar toebehorende vakantiehuis aan C heeft geschonken? En waarom kan de erfbelasting bij het overlijden van B niet in mindering komen op belasting ten gevolge van de fictieve erfrechtelijke verkrijging van de kinderen als B tijdens leven de bloot eigendom van een haar toebehorend goed aan de kinderen heeft geleverd ter uitvoering van een op haar rustend legaat ingevolge een testament van A en als reeds meer dan het vermogen van beide ouders in de heffing is betrokken? Wat is voor de wetgever in deze – in mijn ogen – vergelijkbare situaties het doorslaggevende onderscheid om de situaties verschillend te behandelen? Handelt erflater A zo kwalijk (door te trachten de toekomstige nalatenschap van B te verkleinen) dat niet alleen art. 10 SW (terecht) van toepassing is, maar daarbij ook de eerder geheven erfbelasting niet mag worden verrekend indien er uiteindelijk meer in de heffing wordt betrokken dan de vermogens van beide ouders? En heeft de fiscale wetgever hierbij waarde toegekend aan het feit dat het civiele recht de mogelijkheid biedt om andermans zaken rechtsgeldig te legateren ingevolge art. 4:49 BW?

Bij het bovenstaande voorbeeld kan men zich met recht de vraag stellen – zeker nu duidelijk is dat art. 10 SW van toepassing is – waarom men een testament zou willen opstellen met een dergelijk onnatuurlijk turbolegaat. Het belang om een specifieke regeling voor een dergelijke constructie in de wet op te nemen ter vermindering van de te belasten fictieve verkrijging ingevolge art. 10 SW, lijkt derhalve voor de praktijk van geen of gering belang. Bedacht moet echter worden dat het niet is uitgesloten dat de geldige 'turbolegaten' ook in de toekomst in de erfrechtelijke praktijk een rol kunnen spelen.

G) Turbolegaten om indirecte erfrechtelijke binding te bewerkstelligen

F.W.J.M. Schols heeft gewezen op de rol die turbo-achtige testamenten kunnen spelen om civielrechtelijke wensen vorm te geven, met name om indirecte erfrechtelijke binding te creëren ondanks het feit dat uiterste wilsbeschikkingen

eenzijdig te herroepen zijn.[315] Men denke aan situaties die neerkomen op de wens van A om B te begunstigen, maar eigenlijk alleen dan als B in zijn testament C begunstigt.[316] Een dergelijke voorwaarde kan A (waarschijnlijk) niet aan zijn uiterste wilsbeschikking verbinden, aangezien B daarmee in zijn erfrechtelijke bevoegdheden wordt belemmerd zoals bedoeld in art. 4:4 lid 1 BW.[317] Met de turbo-achtige testamenten kan volgens Schols via een andere route alsnog aan deze wens uitvoering worden gegeven. Schols verstaat onder 'turbo-achtigen' uiterste wilsbeschikkingen op grond waarvan een erfgenaam of legataris verplicht wordt eigen vermogen in de nalatenschap in te brengen.[318] Door deze verplichting op te leggen kan de erflater de verkrijger per saldo erfrechtelijk sturen, bijvoorbeeld door – naast een tweetrapserfstelling – een legaat op te nemen waarbij de bezwaarde ten behoeve van de verwachter ook eigen vermogen inbrengt, al dan niet vormgegeven als een legaat onder opschortende voorwaarde van overlijden van de verkrijger met de inbrengverplichting van eigen vermogen ten behoeve van de legataris.[319] Schols constateert, zij het voordat het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament was gewezen: '*Ook zou het klassieke turbotestament, zoals aan de orde was bij Rechtbank Haarlem, waarbij gewerkt wordt met vruchtgebruik, dienst kunnen doen. Ook hier brengt de verkrijger van het vruchtgebruik (B) eigen vermogen in de nalatenschap in, welke inbreng ten behoeve van de erfgenamen (C) strekt. Ook hier legt de erflater (A) een claim op het vermogen van B, ten behoeve van C, en wordt B indirect erfrechtelijk gestuurd.*' (…) *De turbo-varianten, die men op allerlei wijzen kan optuigen, vervullen een belangrijke functie, daar waar bij onze oosterburen, bijvoorbeeld, het gemeinschaftliches Testament een zeer belangrijke rol speelt: men creëert enige indirecte erfrechtelijke binding. Het is niet vreemd dat men iemand voor een erfrechtelijke verkrijging laat betalen. Men kan wel degelijk andere motieven hebben dan louter het besparen van belasting. Het is dan ook geen must dergelijke constructies fiscaal te bestrijden. Bestaat er een onprettige bijsmaak bij de turbo-achtige testamenten dan is dit onterecht. In voorkomende gevallen vervullen zij immers een belangrijke maatschappelijke functie: het trachten te verwezenlijken van het erfrechtelijke 'do ut des'. Wellicht evenwel dat de naamgeving werkt als een rode lap op een stier.*'[320]

Gezien het door Schols betoogde, zou men er goed aan doen de 'turbo-legaten' niet enkel in een fiscaal perspectief te plaatsen. Als er vervolgens vanuit het civiele recht redenen bestaan om de door Schols bedoelde indirecte erfrechtelijke binding te bewerkstelligen met 'turbo-achtigen' en er in dat kader een art. 10 SW situatie speelt (omdat degene die inbrengt het genot heeft behouden

315 F.W.J.M. Schols 2007, p. 2-6.
316 F.W.J.M. Schols 2007, p. 2-6.
317 F.W.J.M. Schols 2007, p. 2.
318 F.W.J.M. Schols 2007, p. 2.
319 F.W.J.M. Schols 2007, p. 5 en Estate Planning, nr. 15.7.04.
320 F.W.J.M. Schols 2007, p. 5-6.

van het ingebrachte), is het van belang dat art. 10 SW niet doorschiet in de uitwerking door meer dan 100% van de vermogens te belasten.

Schols kwalificeert – in aanvulling op een tweetrapsmaking – de verplichting voor de bezwaarde (onder de ontbindende voorwaarde van zijn erfgenaamschap) om eigen vermogen in te brengen ('tweetrapsturbo') als een legaat onder opschortende voorwaarde ten laste van de bezwaarde en ten behoeve van de verwachter. Ik meen dat art. 4:140 lid 2 BW – ingevolge waarvan een legaat onder opschortende voorwaarde van een bepaald goed van de nalatenschap dertig jaar na het overlijden van de erflater vervalt – niet van toepassing is aangezien in dit geval geen sprake is van een gelegateerd nalatenschapsgoed. Indien de voorwaarde in vervulling gaat, leidt dat volgens Schols voor de heffing van erfbelasting ingevolge art. 53 SW tot vermindering van de aanslag van de bezwaarde (die overigens naar de waarde als ware het een onvoorwaardelijke verkrijging in de heffing is betrokken wat betreft de verkrijging als bezwaarde; art.21 lid 2 SW), terwijl de verwachter in de heffing wordt betrokken voor de waarde van zijn verkrijging als (opschortend) erfgenaam (art. 21 lid 4 SW), vermeerderd met de verkrijging uit legaat onder opschortende voorwaarde (art. 45 lid 3 SW).[321] Ik meen dat het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament geen roet in het eten heeft gegooid voor een dergelijke toepassing van 'turbo-legaten'. Indien de bezwaarde zijn eigen vermogen voorwaardelijk heeft geleverd aan de verwachter, behoudt hij tot het in vervulling gaan van de voorwaarde de eigendomsrechten van het voorwaardelijk geleverde eigen vermogen. Men komt aan toepassing van art. 10 SW niet toe omdat er geen eigendomsrechten worden omgezet in genotsrechten (noch een vruchtgebruik ten laste van het eigen vermogen wordt verworven). De bezwaarde is tijdens zijn leven wat betreft het voorwaardelijk ingebrachte vermogen noch vruchtgebruiker in juridische zin, noch in economische zin, maar eigenaar zodat er geen sprake van is dat hij het genot van zijn eigen vermogen heeft gehad tot zijn overlijden zoals bedoeld in art. 10 lid 1 sub a SW.[322] Bovendien komt de fiscus niets te kort, aangezien zowel het vermogen van de erflater (zelfs tweemaal wegens de tweetrapserfstelling) als het ingebrachte vermogen van de bezwaarde in de heffing worden betrokken. Sterker nog: de verkrijgingen worden belast als verkrijging krachtens erfrecht van enkel de erflater, zodat er wellicht meer erfbelasting verschuldigd is vanwege de progressie.[323]

321 F.W.J.M. Schols 2007, p. 5 en Estate Planning, nr. 15.7.04.

322 Vgl. HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203 waar art. 10 SW ook niet van toepassing was wat betreft een door de erflater aan zijn zoon verkochte woning waarbij de levering en de betaling van de koopsom werden uitgesteld tot uiterlijk 6 maanden na het overlijden van de erflater. De erflater was immers – ondanks de uitgestelde levering – tot zijn overlijden eigenaar gebleven.

323 F.W.J.M. Schols 2007, p. 5.

H) Regeling ter voorkoming van dubbele heffing in het licht van het ik-opa-testament

A-G Van Ballegooijen acht – zelfs in de context waarin de constructie van het turbotestament enkel is opgezet om erfbelasting te ontlopen – een tegemoetkoming (i.c. door de inspecteur) op haar plaats.[324] De A-G wil bovendien niet stellen dat het voor de toepassing van art. 10 SW niet nodig is om te voorkomen dat dubbele heffing plaatsvindt.[325] Het belang om na te denken over een regeling in het kader van heffing over meer dan de nalatenschap, speelt ook in het kader van de hierna te bespreken (varianten van) ik-opa-testamenten, welke tot op de dag van vandaag een rol spelen in de praktijk.

De wetgever constateerde bij de herziening van de Successiewet in het kader van ik-opa-testamenten geen behoefte te hebben aan het treffen van een voorziening: *'Daar komt bij dat dergelijke regelgeving zowel erg ingewikkeld zou worden als het risico met zich mee [zou] brengen dat in andere situaties die terecht onder artikel 10 vallen er onbedoeld ook gebruik van (…) [gemaakt zou kunnen worden]. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een turbotestament. Zie de als bijlage toegevoegde tabel van de gevolgen voor het achterwege laten van artikel 10 Successiewet 1956 bij een turbotestament. Omdat bij de herziening van de Successiewet 1956 eenvoud, toegankelijkheid en evenwichtigheid voorop hebben gestaan, acht ik een verdere verfijning van artikel 10 niet op zijn plaats.'*[326]

De wetgever blijkt te vrezen dat met een voorziening in het kader van ik-opa-testamenten eveneens de bestrijding van het turbotestament met art. 10 SW in gevaar komt. In deze paragraaf is bovendien geconstateerd dat bij het turbotestament slechts in bepaalde gevallen behoefte is aan een voorziening. Derhalve zal in de volgende paragraaf bezien worden op welke wijze de ik-opa-legaten (legaten met 'hefboomwerking') fiscaal worden behandeld en of, en zo ja in welke gevallen, bij dergelijke legaten behoefte bestaat aan het treffen van een voorziening. Indien ook bij dergelijke legaten behoefte bestaat aan een voorziening/wetswijziging om te voorkomen dat er door de werking van art. 10 SW meer in de heffing wordt betrokken dan het vermogen van (verschillende) erflater(s). Idealiter zou een te treffen voorziening/wetswijziging in alle situaties gelden, maar indien noodzakelijk, zou ook maatwerk geleverd moeten worden zodat voorkomen wordt dat in bepaalde gevallen onbedoeld wordt geprofiteerd van de voorziening/wetswijziging. De uitdaging zal daarin liggen dat – zoals de wetgever met de herziening van de Successiewet in 2010 blijkens het bovenstaande citaat heeft beoogd – een voorstel voor wenselijk recht eenvoudig, toegankelijk en evenwichtig is. Dit zou goed passen bij de huidige tendensen waarbij zowel in de samenleving als in de politiek (anno 2015) veel belang lijkt te worden gehecht aan een (nieuw) eenvoudig belastingstelstel en aan de (internationale) bestrijding van fiscale constructies.

---

324 Onderdeel 7 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
325 Onderdeel 6.7 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
326 Brief van de staatssecretaris aan de KNB d.d. 12 oktober 2009, DB/2009/596 U, p. 6.

7.4.2 Legaten met een 'hefboomwerking': ik-opa-testamenten met legaten

In deze subparagraaf zal bezien worden wat de per 1 januari 2010 gewijzigde Successiewet betekent voor het zogenoemde ik-opa-testament waarin ofwel gebruik gemaakt wordt van een testamentaire last of van niet-opeisbare legaten ten behoeve van de kleinkinderen. Hierbij zal tevens worden stilgestaan bij eventuele onduidelijkheden en onwenselijke gevolgen die de gewijzigde wetgeving met zich heeft gebracht.[327]

Allereerst zal worden ingegaan op het fenomeen ik-opa-testament, de verschillende vormgevingen van een dergelijk testament en de mogelijke voor- en nadelen die aan deze testamentvorm kleven.

7.4.2.1 Het ik-opa-testament (algemeen)

Het ik-opa-testament kent twee belangrijke bestaansvormen: de 'klassieke' variant met een aan het kind opgelegde 'last' om een bepaald bedrag aan het kleinkind schuldig te erkennen en de variant met het uitgestelde legaat van een bepaald bedrag aan het kleinkind, opeisbaar bij het overlijden van het kind.[328] Zoals in deze subparagraaf zal worden uiteengezet, is de gekozen civielrechtelijke vormgeving van het ik-opa-testament van cruciaal belang voor de belastingheffing op grond van de Successiewet.

A) De belaste contante waarde van de ik-opa-lastbevoordeling

De 'klassieke' ik-opa-clausule (bekend van het arrest van de Hoge Raad van 19 december 1990, *BNB* 1991/121) werkt met een lastbepaling: opa benoemt zijn kind(eren) tot erfgenaam onder de last een bepaald geldbedrag schuldig te erkennen aan diens (hun) kinderen (de kleinkinderen van opa dus). Zoals reeds meermalen aan bod is gekomen, kan een dergelijke lastbepaling onder het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 civielrechtelijk veelal als een *legaat* ten gunste van de kleinkinderen beschouwd worden, hetgeen vervolgens van belang is voor de fiscale behandeling van het testament (zie ook par. 7.4.2.4). Het aan het kleinkind schuldig erkende geldbedrag is pas opeisbaar bij het overlijden van het kind.[329] Bovendien wordt bepaald dat het schuldig erkende bedrag renteloos is zodat het kind bij leven het genot (het zogenoemde fictieve vruchtgebruik; artikel 18 SW) behoudt van het door hem schuldig erkende bedrag. De kleinkinderen zullen voor de verkrijging van deze vordering bij

327 Het navolgende is een bewerking van Boelens 2011, p. 14-58.

328 Zie ook uitvoerig over het ik-opa-testament en de betekenis van het ik-opa-testament vanaf 1 januari 2010 het artikel Tol 2010.

329 Vaak wordt bepaald dat het bedrag opeisbaar is na het overlijden van de langstlevende van het kind én diens echtgenoot.

het overlijden van opa voor de erfbelasting niet worden belast voor de nominale waarde maar voor de contante waarde (of te noemen: de bloot eigendomwaarde) van de vordering. De niet directe opeisbaarheid en de renteloosheid van de vordering werken in het systeem van de Successiewet namelijk waardedrukkend, zoals is te berekenen via de tabellen in het Uitvoeringsbesluit van de Successiewet (Uitv. Besl. SW).[330] De waarde van het fictieve vruchtgebruik van de renteloze vordering bij het kind bedraagt 6% van de nominale waarde van de vordering (de jaarlijkse fictieve vruchtgebruikopbrengst; art. 21 lid 14 SW in verbinding met art. 10 Uitv. Besl. SW) vermenigvuldigd met de factor die behoort bij de leeftijd van iemand die vijf jaar jonger is dan de jongste van het kind en zijn echtgenoot (art. 5 jo. art. 7 lid 1 Uitv. Besl. SW).[331] De waarde van de 'bloot eigendom' van de vordering van het kleinkind, de contante waarde, is de nominale waarde van de vordering minus het fictieve vruchtgebruik van het kind van de vordering (art. 21 lid 11 SW). Het kleinkind wordt belast voor de verkrijging van de vordering voor de contante waarde. Het kind dat heeft schuldig erkend, kan deze contante waarde van de last in mindering brengen op zijn verkrijging ingevolge art. 5 lid 1 SW.[332]

Bijvoorbeeld: *opa overlijdt, de nalatenschap van opa bedraagt € 1.500.000 en het kind is enig erfgenaam onder de last om € 1.000.000 schuldig te erkennen aan zijn kind (het kleinkind van opa). Het kind is over dit schuldig erkende bedrag aan zijn kind, het kleinkind, geen rente verschuldigd. Deze vordering van het kleinkind op zijn ouders (het kind en zijn echtgenoot) is pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende van zijn ouders. Op het moment van overlijden van opa is het kind 56 jaar oud en de echtgenoot van het kind 52 jaar oud.*

Wat is de contante waarde van de door het kleinkind verkregen vordering? Voor welk bedrag worden het kind en het kleinkind dus belast voor de erfbelasting bij het overlijden van opa?

De waarde van het fictieve vruchtgebruik van de vordering bedraagt 6% (art. 10 Uitv. Besl. SW) vermenigvuldigd met factor 13 (behorend bij de leeftijd van de jongste ouder minus vijf jaar; art. 5 jo. art. 7 lid 1 Uitv. Besl. SW). De waarde van het vruchtgebruik bedraagt in totaal dus 78%, zijnde € 780.000. De bloot eigendom van de vordering bedraagt dan 22%, oftewel € 220.000. Dit is namelijk het verschil tussen de nominale

330 Voor de waardering van het genot (het fictieve vruchtgebruik) van het kind over de schuldig erkende bedragen en de waardering van de 'bloot eigendom' van de door de kleinkinderen verkregen vorderingen dienen de art. 18, 21 lid 11, 21 lid 14 SW en de art. 5, 7 en 10 Uitv. Besl. SW in acht te worden genomen.

331 Ervan uitgaand dat het bedrag in dit geval opeisbaar is na het overlijden van de langstlevende van het kind én diens echtgenoot.

332 Lasten zijn, zoals in hoofdstuk 6 uiteengezet is, voor de Successiewet aftrekbaar als zij de strekking hebben een of meer personen te bevoordelen en zij daadwerkelijk worden uitgevoerd.

waarde van de vordering (te weten: 100%) minus het berekende fictieve vruchtgebruik (78%).

Het kleinkind wordt derhalve belast voor een verkrijging met een contante waarde van € 200.000 (€ 220.000 minus de vrijstelling voor het kleinkind van – afgerond – € 20.000).

Het kind wordt belast voor de verkrijging van € 1.260.000 (€ 1.500.000 minus de vrijstelling voor het kind van afgerond € 20.000 en minus € 220.000). De contante/bloot eigendom waarde van het schuldig gebleven bedrag mag hij immers in mindering brengen op zijn verkrijging van € 1.500.000.

Het is van groot belang zich te realiseren dat het kleinkind bij het overlijden van opa dus wordt belast voor de (lage) contante waarde van de vordering maar bij het toekomstige overlijden (van de langstlevende) van het kind (en diens echtgenoot) de vordering voor de nominale waarde (in het bovenstaande voorbeeld dus voor € 1.000.000) een civielrechtelijke schuld vormt in de nalatenschap.[333] Men heeft hier dus te maken met de in deze paragraaf genoemde 'hefboomwerking'. Het kleinkind krijgt dan de nominale vordering uitgekeerd zonder dat daarover, behoudens de toepassing van fictiebepalingen, erfbelasting verschuldigd is.

B) Fraus legis?

In 1990 maakte de Hoge Raad korte metten met de stelling dat een ik-opa-clausule, waarbij door het overslaan van een generatie voor een deel van de nalatenschap belastingbesparing beoogd werd onder meer doordat de vordering wordt belast voor de lagere contante waarde dan de uiteindelijk op te eisen nominale waarde, een geval van 'fraus legis' zou vormen.[334] De Hoge Raad besliste dat *'(…) het oordeel van het Hof dat het een testateur vrijstaat zijn makingen aldus over zijn nakomelingsschap te verdelen dat een minimum aan successierecht verschuldigd is, indien de realiteit van alle makingen wordt vastgesteld, niet onjuist is (…).'*[335] Bovendien was volgens de Hoge Raad de redenering die werd gegeven ter onderbouwing van de vermeende 'fraus legis', namelijk dat hetgeen de kleinkinderen van opa verkrijgen (de totale nominale waarde van de vorderingen) hoger kan zijn dan wat het kind uit de nalatenschap heeft verkregen, niet juist.[336] Zoals Advocaat-Generaal Moltmaker volgens de Hoge Raad terecht in zijn conclusie bij dit arrest uiteenzette, komt het verschil tussen de contante waarde en de nominale waarde niet zozeer uit opa's vermogen, maar is dit verschil te verklaren door een autonome groei van het schuldig erkende bedrag welke bereikt zou worden in het geval het kind de contante waarde van het schuldig erkende bedrag uit zijn vermogen afzondert, deze

333 Zie art. 4:7 lid 1 sub a BW.
334 HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121.
335 HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121, r.o. 4.5.
336 HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121, r.o. 4.5.

waarde vervolgens verstandig zou beleggen en hij de statistische gemiddelde leeftijd zou bereiken.[337] De contante waarde van de schuld aan zijn kind (het kleinkind van opa) groeit in dat geval mee met de groei van het belegde vermogen zodat uiteindelijk het vermogen niet is afgenomen als het kleinkind de nominale vordering opeist. Dat een dergelijke groei en levensduur in werkelijkheid niet zo zullen uitpakken, hoefde volgens de Advocaat-Generaal niet te betekenen dat sprake moet zijn van 'fraus legis'.[338] Overigens merkte Laeijendecker in zijn noot bij het arrest op dat de wetgever heeft onderkend dat met het overslaan van een generatie belasting kan worden bespaard, hetgeen erin geresulteerd heeft dat voor de verkrijging door een kleinkind binnen tariefgroep I een tariefopslag van (thans) 80% geldt.[339]

Duidelijk is gezien het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad dat de ik-opa-clausule niet strijdig is met doel en strekking van de Successiewet. Ik benadruk dat dit nog niets zegt over de vraag of een fictiebepaling kan worden toegepast *bij het overlijden van het kind*. Indien een fictiebepaling van toepassing is, zou dat betekenen dat op het moment dat het kleinkind bij het overlijden van het kind de ik-opa-vordering opeist, deze verkrijging dan, hoewel de clausule civielrechtelijk in orde is, alsnog volledig (of gedeeltelijk)[340] belast wordt.

C) Berekening ik-opa-vordering

Voordat wordt ingegaan op de toepasbaarheid van een fictiebepaling, rijst allereerst nog de vraag welk bedrag volgens het systeem van de ik-opa-clausule wordt schuldig erkend en hoe deze hoogte veelal wordt vastgesteld. Een voorbeeld van een in een testament op te nemen 'klassieke' ik-opa-clausule luidt: '*Ik (opa) leg aan mijn kinderen de verplichting op om na hun overlijden (en het overlijden van hun echtgenoten) aan ieder van hun kinderen (mijn kleinkinderen) een zo groot mogelijk bedrag uit te keren zodanig dat de top van de contante waarde (berekend volgens de maatstaven van de Successiewet 1956) van de verkrijging van de kleinkinderen met een niet hoger percentage wordt belast dan de top van de verkrijging van mijn kinderen, rekening houdend met deze last. Mijn kleinkinderen hebben geen enkel ander recht dan het recht tot het opeisen van voormeld bedrag na het overlijden van de langstlevende van hun ouders c.q. diens echtgenoten.*'[341]

Met een voorbeeld zal ik dit verduidelijken (Successiewet-cijfers 2015): *opa A, weduwnaar, overlijdt en heeft een ik-opa-clausule (zoals hierboven) in zijn testament*

337 Onderdeel 3.2. en 3.3. van de conclusie van Advocaat-Generaal Moltmaker bij HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121.
338 Onderdeel 3.3. van de conclusie van Advocaat-Generaal Moltmaker bij HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121.
339 Art. 24 SW.
340 Zie art. 10 lid 1 SW en art. 10 lid 9 SW.
341 Zie o.a. Estate Planning, nr. 15.8.01.

opgenomen. De nalatenschap van opa bedraagt € 1.000.000 en zijn enig kind B is enig erfgenaam onder de last om volgens de ik-opa-clausule een bedrag schuldig te erkennen aan zijn twee kinderen D en E (de kleinkinderen van opa). Kind B is over dit schuldig erkende bedrag aan zijn kinderen D en E, de kleinkinderen, geen rente verschuldigd. Deze vordering van het kleinkind op zijn ouders (kind B en zijn echtgenote C) zijn pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende van zijn ouders. Op het moment van overlijden van opa is kind B 56 jaar oud en C (de echtgenote van kind B) 52 jaar oud. B en C zijn gehuwd met het maken van huwelijkse voorwaarden, inhoudende de koude uitsluiting.

Van belang is verder voor de berekening dat de vrijstelling voor de erfbelasting voor zowel het kind als voor het kleinkind € 20.047 bedraagt (art. 32 lid 1 onder 4° onderdeel c en d SW). Het kind wordt ingevolge art. 24 lid 1 SW in tariefgroep I belast, dat wil zeggen dat een belastbare verkrijging tussen € 0 en € 121.296 met 10% erfbelasting wordt belast en de verkrijging vanaf € 121.296 met 20% erfbelasting wordt belast. Ook het kleinkind wordt in tariefgroep I belast, zij het dat er voor hem een tariefopslag van 80% geldt zodat een belastbare verkrijging tussen € 0 en € 121.296 met 18% erfbelasting en de verkrijging vanaf (stel) € 121.296 met 36% erfbelasting wordt belast.

Wat dient kind B aan de kleinkinderen D en E krachtens de ik-opa-clausule schuldig te erkennen en wat betekent dit voor de belastingheffing bij het overlijden van opa en later bij het overlijden van de langstlevende van kind B en echtgenote C?

Kind B verkrijgt als enig erfgenaam € 1.000.000 onder de last om volgens de ik-opa-clausule een bedrag schuldig te erkennen aan zijn twee kinderen D en E. De top van de verkrijging van kind B is belast tegen een tarief van 20% (want dit percentage geldt voor het kind bij een verkrijging vanaf € 141.343; te weten de vrijstelling van € 20.047 + de 10% schijf van € 121.296). Op grond van de ik-opa-clausule mag de contante waarde van de verkrijging van de kleinkinderen niet met een hoger percentage worden belast dan de top van de verkrijging van het kind. Aangezien het kleinkind met een percentage van 18% of 36% belast kan worden, geldt dus dat de verkrijging van het kleinkind niet met 36% (want hoger dan de 20%-belasting van de top van de verkrijging van het kind) maar alleen met 18% belast mag worden, hetgeen inhoudt dat de contante waarde van de verkrijging van het kleinkind niet meer dan € 141.343 (20.047+121.296) mag zijn. De verkrijging van het kind moet overigens wel groter zijn dan € 141.343, omdat daaronder de verkrijging van het kind wordt belast met 10%, hetgeen weer minder zou zijn dan 18%. Dit is het geval want de totale contante waarde van de verkrijgingen van de twee kleinkinderen is € 282.686, zodat kind B voor een verkrijging van € 697.267 (zijnde € 1.000.000 minus de vrijstelling van € 20.047 en minus de contante waarde van de schuldig gebleven bedragen aan zijn kinderen van in totaal € 282.686) belast wordt. Hij is hierover € 127.323,20 aan erfbelasting bij het overlijden van opa verschuldigd.

De kleinkinderen D en E worden bij het overlijden van opa in verband met de vordering met een contante waarde van € 141.343 ieder belast voor een verkrijging van € 121.296 (141.343 minus de vrijstelling van 20.047) en zijn over deze verkrijging ieder € 21.833,28 (18% van 121.296) aan erfbelasting verschuldigd. Het betreft hier de contante waarde van de vordering aangezien de vordering renteloos is en pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende van kind B en echtgenote C.

In totaal is bij het overlijden van opa (afgerond) € 170.990 aan erfbelasting verschuldigd. Als er geen testament met ik-opa-clausule was geweest en kind B de nalatenschap van € 1.000.000 volledig zou erven, zou in dit getallenvoorbeeld € 183.860 aan erfbelasting verschuldigd zijn geweest. De ik-opa-clausule levert bij het overlijden van opa in dit geval al een belastingbesparing van € 12.870 op.

De grootste besparing wordt echter pas bij het overlijden van de langstlevende van kind B en zijn echtgenote C behaald. De vorderingen, te weten de nominale waarde (!) van deze vorderingen, van kleinkinderen D en E zijn dan opeisbaar. We hebben berekend dat de contante waarde van de renteloze en toen nog niet opeisbare vordering van ieder kleinkind € 141.343 is. Ouders B en C hadden het zogenoemde fictieve vruchtgebruik van de vordering, welk fictief vruchtgebruik door het overlijden van de langstlevende ouder is geëindigd. Rekening houdend met dit fictieve vruchtgebruik en met de contante waarde van de vordering, kan berekend worden wat de nominale waarde van de vordering is. Hiervoor dienen wederom de eerder genoemde tabellen in het Uitvoeringsbesluit van de Successiewet te worden geraadpleegd.[342] *In een eerder voorbeeld werd van een nominale waarde gerekend naar de contante waarde. In dit geval dient een omgekeerde berekening te worden gemaakt, namelijk van de bekende contante waarde naar de te berekenen grotere nominale waarde. De waarde van het fictieve vruchtgebruik bij ouders B en C bedroeg 78% van de nominale waarde. Dit is namelijk de rente van 6% die geacht wordt te zijn genoten (art. 10 Uitv. Besl. SW) vermenigvuldigd met factor 13 (behorend bij de leeftijd van de jongste ouder minus vijf jaar; art. 5 jo. art. 7 lid 1 Uitv. Besl. SW). De contante waarde is dus 22% van de nominale waarde. De nominale waarde van de vordering is dus (afgerond) € 642.468,18 (100/22 × € 141.343). D en E kunnen ieder dus bij het overlijden van hun langstlevende ouder € 642.468,18 opeisen, in totaal € 1.284.936,36. Een totaal bedrag groter dan het toenmalige vermogen van opa kan op deze manier vrij van erfbelasting via het schuldig erkennen door zijn kind naar de kleinkinderen overgaan indien er geen fictiebepaling zou zijn. De nalatenschap van het kind wordt zonder fictiebepaling belastingvrij uitgehold. De bedragen vormen immers een civielrechtelijke schuld in de nalatenschap van de ouder en worden dus niet krachtens erfrecht door de kleinkinderen van de ouder verkregen zodat geen erfbelasting wordt geheven, behoudens de toepasbaarheid van een fictiebepaling. Over de toepasbaarheid van een fictie bestond en bestaat nog steeds enige onduidelijkheid, waarbij het erom gaat in hoeverre art. 10 SW een stokje steekt voor het behalen van deze extreme belastingbespa-*

342 Voor de berekening dienen de art. 18, 21 lid 11, 21 lid 14 SW en de art. 5, 7 en 10 Uitv. Besl. SW te worden gebruikt.

ring. Hierop zal in par. 7.4.2.4 worden ingegaan. Eerst zal worden stilgestaan bij de belangrijkste voor- en nadelen van het ik-opa-testament.

7.4.2.2 Voor- en nadelen van het ik-opa-testament

A) Voordelen

Met de ik-opa-clausule wordt, zoals in het voorbeeld van hierboven is weergegeven, getracht erfbelasting te besparen doordat de nalatenschap (optimaal) over meer personen van twee generaties wordt verspreid (progressievoordeel) waarbij geprofiteerd kan worden van meerdere vrijstellingen en de lage tariefgroepen. Daarnaast wordt met deze vorm van 'generation skipping' voorkomen dat vermogen dubbel vererft aangezien een deel van het vermogen rechtstreeks van opa naar het kleinkind vererft. Het kind van opa heeft in de 'klassieke' ik-opa-variant een last opgelegd gekregen om als 'tussengeneratie' een bedrag schuldig te erkennen aan zijn kind (het kleinkind van opa dus). Het schuldig erkende renteloze bedrag is opeisbaar bij het overlijden van het kind, waardoor op het moment van overlijden van het kind voordeel wordt behaald aangezien de vordering van het kleinkind een waardesprong heeft gemaakt van de contante naar de nominale waarde. De nalatenschap van het kind wordt door het opeisen door de kleinkinderen van hun ik-opa-vorderingen voor de nominale waarde (een civielrechtelijke schuld in de nalatenschap van het kind) 'uitgehold' zonder dat hier in beginsel erfbelasting over verschuldigd is, behoudens de werking van art. 10 lid 1 en lid 9 SW. Hoeveel erfbelasting uiteindelijk met de ik-opa-clausule bespaard kan worden hangt onder meer af van de omvang van de nalatenschap, het aantal (klein)kinderen en de leeftijd van de ouders die schuldig erkennen op het moment van het overlijden van opa. Tijdens het leven houden de ouders echter wel de beschikking over het vermogen zodat zij weinig merken van de last van de schuldig erkende bedragen.

B) Nadelen

Dat de ouders tijdens hun leven geen hinder ondervinden van de schuldig erkende bedragen, is naast een voordeel tegelijkertijd een mogelijk nadeel van de ik-opa-structuur. De kinderen van opa, die aan hun kinderen schuldig erkennen, kunnen immers nog alles doen met het schuldig erkende bedrag. Het risico bestaat dus, hoewel er bij het overlijden van opa erfbelasting is betaald over de verkrijging van de nog niet opeisbare vordering (al dan niet op grond van het testament voorgeschoten door de ouders), dat de ouders alles opmaken en de vordering van het kind niet voldaan kan worden. Om dit tegen te gaan kan opa in zijn testament bepalen dat het kind zekerheid moet verstrekken aan zijn kinderen, hoewel direct afgevraagd kan worden

of een dergelijke zakelijke verhouding tussen kind en kleinkind wenselijk is.[343]

Daarnaast kan de beperking van de testeervrijheid van de ouder als nadeel worden beschouwd, in die zin dat grote opeisbare vorderingen van de kinderen betekenen dat weinig vermogen van de ouder kan overblijven dat vererft en waarover nog beschikt kan worden (bijvoorbeeld ten gunste van een goed doel of zelfs ten gunste van later geboren kinderen). De nalatenschap van de ouder is met deze grote schulden dan mogelijk al opgesoupeerd.[344] Dit is ook nadelig in het geval de ouder hertrouwt en de ouder aan diens nieuwe echtgenoot weinig meer kan nalaten omdat zijn nalatenschap is 'uitgehold' door de vorderingen van zijn kinderen.[345]

Hoewel het kind tijdens zijn leven dus geen hinder ondervindt van de ik-opa-schulden aan zijn kinderen, dient hierbij aangetekend te worden dat deze vordering voor de kleinkinderen wel gevolgen heeft voor de inkomstenbelasting. In de periode tussen het overlijden van opa en het opeisbaar worden van de vordering, zal het kleinkind jaarlijks inkomstenbelasting moeten betalen over het vorderingsrecht. Het vorderingsrecht dient voor de inkomstenbelasting namelijk in box 3 te worden aangegeven en heeft overigens ook invloed op de mogelijkheden om toeslagen en subsidies te kunnen krijgen waarvoor het inkomen van box 3 van belang is.[346]

C) Later geboren kleinkinderen

Volgens het erfrecht moet de verkrijger bestaan om aan een making (een erfstelling of een legaat) een recht te kunnen ontlenen, de zogenaamde bestaanseis.[347] Dit is bij een ik-opa-clausule voor de kleinkinderen die bij het overlijden van opa *nog niet* geboren zijn niet het geval zodat zij dus niet een vordering op opa hebben.[348] De verhoudingen tussen de verschillende kleinkinderen wordt hierdoor scheef getrokken. Deze scheve verhoudingen worden bovendien versterkt omdat deze later geboren kinderen ('nageboren' kleinkinderen van opa die geen ik-opa-vordering hebben) dan ook in de (toekomstige) nalatenschap van hun ouders het nakijken hebben als hun ouders, door de grote vorderingen van de eerder geboren kinderen, mogelijk weinig tot niets meer kunnen nalaten aan de later geboren kinderen.

---

343 Zie Estate Planning, nr. 15.8.02.

344 Zie Estate Planning, nr. 15.8.02.

345 Gewezen kan zelfs nog worden op de mogelijkheid dat de vorderingen van de kinderen verhaalbaar zijn op het vermogen van de nieuwe echtgenoot indien de ouder met deze nieuwe echtgenoot in gemeenschap van goederen is getrouwd. Zie art. 1:96 BW en Estate Planning, nr. 15.8.02.

346 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 155 en Van Vijfeijken 2010a, p. 174.

347 Art. 4:56 lid 1 BW. Overigens bepaalt art. 1:2 BW dat '*[h]et kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.*'

348 Zie over deze problematiek uitgebreid B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2003, p. 24-30.

Is het een oplossing als door opa in zijn testament bepaald zou worden dat de lastbepaling vervallen is indien na zijn overlijden nog kleinkinderen geboren worden?[349] Volgens de Hoge Raad gaat het dan echter in wezen om een last onder een opschortende voorwaarde. De verkrijging van de kleinkinderen wordt namelijk afhankelijk gesteld van de vervulling van de opschortende voorwaarde, zijnde *dat er geen nieuwe kleinkinderen geboren worden*.[350] Op het moment van vervulling van de voorwaarde kan op grond van art. 53 SW rekening worden gehouden met de ik-opa-clausule en de erfbelasting worden herrekend. Of de voorwaarde wordt vervuld – en er dus geen kleinkinderen meer worden geboren – staat pas vast bij het overlijden van het kind van opa. De gewenste besparing van de erfbelasting (doordat de vordering bij het overlijden van opa belast is naar de contante waarde en bij het overlijden van het kind de nominale waarde kan worden opgeëist door het kleinkind) zal dan niet gehaald kunnen worden aangezien de erfbelasting pas op het moment van het overlijden van het kind rekening houdt met deze vordering en deze vordering dan nominaal gewaardeerd moet worden omdat de vordering opeisbaar is en er immers geen fictief vruchtgebruik meer bestaat.[351] In het geval wel kleinkinderen waren geboren na het overlijden van opa, wordt met deze bepaling ook geen belastingvoordeel behaald omdat de ik-opa-clausule dan vervallen is aangezien de opschortende voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan.

Verstraaten kwam met een mogelijke oplossing voor dit dilemma, namelijk dat opa in zijn testament opneemt dat de kleinkinderen hun op grond van de ik-opa-clausule verkregen vorderingen moeten delen met hun na het overlijden van opa geboren broers en zussen.[352] Deze verplichting van de kleinkinderen jegens hun later geboren broers en zussen moet geformuleerd worden als een last om de 'bestaanseis' te omzeilen. De 'bestaanseis' geldt immers voor erfgenamen en legatarissen maar niet voor lastbevoordeelden.[353] Uitdrukkelijk zal in het testament bepaald moeten worden dat de later geboren kleinkinderen een vorderingsrecht missen, anders is alsnog sprake van een legaat in plaats van een last zodat de bestaanseis wederom geldt. Opgemerkt kan worden dat de verkrijging van de bestaande kleinkinderen door de opgenomen last voorwaardelijk is geworden. In tegenstelling tot de hierboven vermelde lastbepaling, die door de Hoge Raad werd gezien als een last onder *opschortende* voorwaarde, is hier sprake van een last onder *ontbindende* voorwaarde. Als er later kleinkinderen geboren worden, zal er dan erfbelasting herrekend dienen te worden. In de literatuur is echter aangetekend dat deze

349 Zie HR 8 januari 1986, *BNB* 1986/105, waarin de Hoge Raad oordeelde over een dergelijke bepaling.
350 HR 8 januari 1986, *BNB* 1986/105, r.o. 4.1.-4.2.
351 B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2003, p. 29 en de Rechtsvragenrubriek in *WPNR 6169* (1995), p. 132.
352 Verstraaten 2008, p. 148.
353 Een last is namelijk geen making in de zin van art. 4:56 BW.

methode nog niet getoetst is door de rechter en als laatste redmiddel gebruikt dient te worden.[354]

Het grootste nadeel aan het ik-opa-testament is wellicht dat het voordeel van de extreme belastingbesparing uiteindelijk niet behaald zal worden vanwege de heffing van erfbelasting op grond van de fictie van art. 10 SW op het moment dat de kleinkinderen de ik-opa-vordering kunnen opeisen. Hier zal de komende paragrafen uitgebreid op in worden gegaan.

7.4.2.3 (On)duidelijkheid ik-opa-testament onder de 'oude' Successiewet vóór 1 januari 2010

Vóór de wijziging van de Successiewet op 1 januari 2010 luidde art. 10 SW lid 1 en 2 als volgt:

'1. Al wat iemand ten koste van erflaters vermogen heeft verkregen in verband met een rechtshandeling, waarbij de overledene partij was, wordt, indien na te melden omstandigheden aanwezig zijn, voor de regeling van de rechten van successie en van overgang, geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen.

2. Het in het vorige lid bepaalde is toepasselijk, indien de overledene in verband met die rechtshandeling tot zijn overlijden of een daarmede verband houdend tijdstip het genot heeft gehad van een vruchtgebruik of een periodieke uitkering en een vruchtgebruik of een periodieke uitkering ten laste van de in het eerste lid bedoelde verkrijger is gekomen.'

Terugkerend naar het ik-opa-testament rees de vraag of onder het 'oude' recht art. 10 SW kon worden toegepast op het moment dat de kleinkinderen de grote nominale vordering opeisen als hun ouders overleden zijn. De ouders hebben namelijk tijdens hun leven het genot gehouden van de op grond van de last schuldig erkende niet-opeisbare bedragen. In de literatuur ontstond discussie of het schuldig erkennen van bedragen door de ouders aan hun kind (het klein-

354 B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2003, p. 29. Het is bijvoorbeeld de vraag wat de (civielrechtelijke) gevolgen zijn als bestaande kleinkinderen niet aan de uitvoering van de last meewerken, nu de later geboren kleinkinderen juist een vorderingsrecht missen en zij de uitvoering van de last niet kunnen afdwingen. Het is momenteel onzeker of op verzoek van deze later geboren kleinkinderen de verkrijgingen van eventuele onbereidwillige broers en zussen door de rechter vervallen verklaard kunnen worden als de broers en zussen de last niet uitvoeren. Is een later geboren kleinkind een 'onmiddellijk bij de vervallenverklaring belanghebbende', zoals art. 4:131 lid 2 BW eist? In de parlementaire geschiedenis heeft de minister geantwoord dat een lastbevoordeelde (zoals in dit geval het later geboren kleinkind) dat niet is omdat de lastbevoordeelde dan *'(…) langs de weg van de vordering tot vervallenverklaring de nakoming van de last zou kunnen bewerkstelligen, indien hij verkeert in de wetenschap dat de opvolgende erfgenaam of legataris de last wél zal nakomen*' (Parl. Gesch. Boek 4, MO, p. 781). Over blijft dan de vraag of het mogelijk is dat het later geboren kleinkind als rechtsopvolger onder algemene titel van zijn ouder – die wel als belanghebbende kan worden aangemerkt omdat de ouder de wettelijk geroepen erfgenaam zou zijn als de legataris (het onbereidwillige kind) op wie de last rust van zijn recht vervallen wordt verklaard – de vervallenverklaring kan verzoeken (zie Handboek Erfrecht 2011, VII.3.4, p. 203).

kind van opa) een 'rechtshandeling' is in de zin van art. 10 SW waarbij de ouder partij was. Werd door het kleinkind verkregen in verband met een rechtshandeling waarbij zijn ouder partij was of was de ouder geen partij omdat het uitvoeren van de last krachtens de uiterste wilsbeschikking geschiedde?[355]

Bij het opstellen van een testament is slechts één persoon betrokken, de toekomstige erflater, die men niet kan aanduiden als een partij, zo betoogde Verstraaten. Het kind voert enkel de uiterste wil van opa uit en is gehouden tot het uitvoeren van de last door bedragen aan de kleinkinderen schuldig te erkennen.[356] Hoewel het kind door het schuldig erkennen het levenslange genot behoudt van de schuldig erkende bedragen, is het door het kleinkind te ontvangen bedrag niet verkregen in verband met een rechtshandeling waarbij het kind partij was maar slechts op grond van een uitvoeringshandeling (te weten het uitvoeren van de in het testament van opa opgenomen last), zodat art. 10 SW volgens deze redenering niet van toepassing zou zijn op het ik-opa-testament.[357]

Volgens Van Vijfeijken echter vormde de levering, een goederenrechtelijke overeenkomst, van de blote eigendom de rechtshandeling in de zin van art. 10 SW, ongeacht of deze voortvloeit uit een obligatoire overeenkomst of een eenzijdige testamentaire making.[358] Art. 10 SW zou daarom wel van toepassing zijn op het ik-opa-testament omdat de kinderen bedragen schuldig erkennen aan hun kinderen maar zich hierbij een genotsrecht (het fictieve vruchtgebruik) voorbehouden. Zij zetten hierdoor hun krachtens erfrecht verkregen volle eigendom om in genotsrechten. Dat deze schuldigerkenningen voortvloeien uit de last die door opa in het testament is opgenomen, doet er volgens Van Vijfeijken niet aan af dat het kind toch partij is geweest bij een rechtshandeling (de uitvoering van de last) in de zin van art. 10 SW.[359]

Door de verschillende opvattingen over het begrip rechtshandeling, bleef het onder het oude recht lange tijd onduidelijk of art. 10 SW van toepassing was op de ik-opa-vordering die opeisbaar was geworden na het overlijden van de ouders. Kort voor de invoering van de gewijzigde Successiewet lijkt de Hoge Raad op 19 juni 2009 het pleit te hebben beslecht, welk arrest reeds meermalen uitvoerig aan bod gekomen is.[360] De Hoge Raad sloot hiermee aan bij de visie van Van Vijfeijken.

Kon op grond van het vermelde arrest van de Hoge Raad over het turbotestament geconcludeerd worden dat de ik-opa-vordering bij het overlijden van

355 Zie voor een uitgebreid overzicht van de discussie onderdeel 5 van de Conclusie van Advocaat-Generaal C.W.M. van Ballegooijen bij HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.
356 Verstraaten 2006, p. 79.
357 Verstraaten 2008, p. 148.
358 Van Vijfeijken 2002a, p. 89.
359 Van Vijfeijken 2002a, p. 133-134.
360 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.

de ouders onder het oude recht ook ingevolge art. 10 SW belast wordt? Gesteld kan worden dat de Hoge Raad zich niet expliciet over het ik-opa-testament heeft uitgelaten en dat een groot verschil met het turbotestament is dat bij het ik-opa-testament geen eigen vermogen in de nalatenschap van opa wordt gestopt. Aangezien de Hoge Raad overwoog dat de uitvoering van een last een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW is, dient echter naar mijn mening de conclusie te zijn dat onder het oude (en huidige) recht de 'klassieke' ik-opa-vordering (met de lastbevoordeling) ook onder art. 10 SW viel.[361] De ouder heeft namelijk de door opa opgelegde last, om bedragen schuldig te erkennen aan zijn kinderen (de kleinkinderen van opa), uitgevoerd. Deze schuldig erkende bedragen zijn ten koste van zijn vermogen gegaan (geen verarming vereist). Het kind verkrijgt immers de (gehele) nalatenschap en erkent daartegenover bedragen schuldig aan zijn kinderen. Geconstateerd kan daarom worden dat de schuldigerkenning niet in de nalatenschap zit maar pas uit eigen vermogen ontstaat nadat uitvoering is gegeven aan de ik-opa-clausule.[362] Tot slot is ook voldaan aan het vereiste dat de ouder het genot van het fictieve vruchtgebruik van het schuldig erkende bedrag heeft: de vordering is immers pas bij het overlijden van de ouder opeisbaar en er is geen rente over de vordering verschuldigd. Ook de staatssecretaris ging in de parlementaire stukken over de wijziging van de Successiewet ervan uit dat art. 10 SW van toepassing is op de ik-opa-vordering.[363] In dit geval zal er – evenals in het arrest over het turbotestament – geen mogelijkheid zijn om de eerder door het kleinkind betaalde successiebelasting in mindering te brengen op de verschuldigde successiebelasting vanwege het uitkeren van de ik-opa-vordering bij het overlijden van de ouder. De staatssecretaris was bovendien, ondanks de wetenschappelijke discussie of een ik-opa-testament met de lastbevoordeling (het 'klassieke' ik-opa-testament) onder de werking van art. 10 SW viel, niet bereid een tegemoetkoming te verlenen. '*Nimmer is in discussie geweest of de vruchtgebruikvariant van een ik-opa testament (vruchtgebruik bij het kind en blote eigendom bij het kleinkind*[364]*) tot artikel 10 zou kunnen leiden. Van deze laatste variant stond en staat vast dat deze niet tot latere toepassing van artikel 10 leidt. Testateurs (opa's) konden derhalve voor een veilige en minder veilige weg kiezen. Nu*

361 Zie o.a. Tol 2010, p. 33 en Verstraaten & Van Vijfeijken 2010, p. 87.

362 Zie Van Vijfeijken 2010a, p. 170.

363 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 39, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 13, p. 18 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, D, p. 56.

364 Toevoeging GGBB: Hoewel het aanvaarden van het vruchtgebruiklegaat door het kind, gezien de rechtspraak van de Hoge Raad, een rechtshandeling is in de zin van art. 10 SW en het kind weliswaar partij is bij de rechtshandeling die leidt tot afgifte van het recht van vruchtgebruik is toch bij een vruchtgebruiktestament geen sprake van art. 10 SW. Immers niets is ten koste van het vermogen van het kind gegaan aangezien het kind nooit eigenaar van de goederen uit de nalatenschap van opa is geweest. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 35.

is gebleken dat de minder veilige variant inderdaad tot artikel 10 leidt, ligt het niet op mijn weg hiervoor een tegemoetkoming te verlenen', aldus de staatssecretaris.[365]

A) De ik-opa-variant met het uitgestelde legaat en art. 10 SW

In het voorgaande is steeds uitgegaan van een ik-opa-testament met een lastbevoordeling. Evenwel kan gedacht worden aan een variant met een legaat van opa van een bedrag (dat bijvoorbeeld ook wat betreft de contante waarde op het moment van overlijden van opa op dezelfde manier wordt berekend als de hoogte van de last in het klassieke ik-opa-testament) aan het kleinkind waarvan de opeisbaarheid is uitgesteld tot het moment dat de erfgenaam (het kind), op wie de verplichting tot uitkering van het gelegateerde bedrag rust, komt te overlijden. Per saldo komt dit neer op een situatie die economisch vergelijkbaar is met het geval van een 'klassiek' ik-opa-testament met lastbevoordeling.[366] In beide gevallen verkrijgt het kleinkind een renteloze, niet-opeisbare vordering op zijn ouder. Interessant is de vraag of art. 10 SW *onder het oude recht* kon worden toegepast op de situatie waarin een ik-opa-testament is opengevallen met dergelijke nog niet opeisbare gelegateerde bedragen aan de kleinkinderen. Ik ben van oordeel dat art. 10 SW in zo'n geval niet van toepassing was aangezien door de toekomstige erflater (het kind) geen rechtshandeling wordt verricht. Het vorderingsrecht van het kleinkind tot afgifte van het legaat onder de opschortende tijdsbepaling wordt namelijk direct aan het testament van opa ontleend.[367] Dit oordeel wordt ondersteund door het gegeven dat de wetgever het bij de wijziging van de Successiewet nodig achtte een nieuw lid aan art. 10 SW toe te voegen (lid 9) om dit soort situaties alsnog (voor een deel) onder de reikwijdte van art. 10 SW te kunnen laten vallen.

B) Art. 10 SW en de niet-handelende partner

Voorts speelde onder het oude recht de vraag of art. 10 SW slechts voor de helft kan worden toegepast indien het kind van opa, dat op grond van de hem opgelegde last in het ik-opa-testament om een bedrag schuldig te erkennen, ten tijde van het schuldig erkennen in gemeenschap van goederen getrouwd is. De uit de door het kind gedane schuldigerkenning ontstane schulden behoren tot de huwelijksgoederengemeenschap. Als het kind overlijdt, kon daarom slechts de helft van de ik-opa-vordering van het kleinkind op grond van art. 10 SW belast worden omdat alleen deze helft ten koste van zijn vermogen is verkregen. Kon de andere helft bij het overlijden van de partner van het kind eigenlijk wel belast worden omdat de partner van het kind zelf

365 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 6.

366 Zoals eerder opgemerkt zal deze situatie ook juridisch op hetzelfde neerkomen als het geval van het 'klassieke' ik-opa-testament met lastbevoordeling, voor zover deze lastbepaling onder het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 als legaat wordt beschouwd (zie ook par. 7.4.2.4).

367 Vgl. Verstraaten & Van Vijfeijken 2010, p. 87.

feitelijk geen partij is bij de rechtshandeling (het schuldig erkennen ter uitvoering van de opgelegde last)? De rechtbank Haarlem oordeelde in juni 2009 dat de partner voor de toepassing van artikel 10 SW niet geacht moet worden partij te zijn geweest bij de rechtshandeling, zodat art. 10 SW bij het overlijden van de partner niet van toepassing is over deze helft van de ik-opa-vordering: '*Er is geen bepaling van huwelijksgoederenrecht die meebrengt dat de echtgenoot die niet zelf partij is bij een rechtshandeling die gevolgen heeft voor de (omvang van de) huwelijksgoederengemeenschap wel geacht moet worden zelf partij te zijn. Er is voorts geen grond de tekst van artikel 10 Sw, die ziet op een fictie, ruimer uit te leggen dan de in zoverre duidelijke bewoordingen daarvan en in afwijking van het huwelijksgoederenrecht voor het recht van successie aan te nemen dat de niet bij een rechtshandeling betrokken echtgenoot wel als zodanig moet worden aangemerkt.*'[368] De rechtbank Haarlem constateerde dat in dit geval sprake is van een inconsequentie, te weten dat bij een in gemeenschap van goederen getrouwd kind over de helft van de schuldig erkende bedragen geen recht van successie bij het kleinkind wordt geheven, terwijl de ik-opa-vordering wel geheel belast is als het kind buiten gemeenschap van goederen is getrouwd of als opa een uitsluitingsclausule (art. 1:94 BW) in zijn testament heeft opgenomen. Desalniettemin hechtte de rechtbank meer waarde aan de duidelijke bewoordingen van art. 10 SW en overwoog dat als deze inconsequentie door de wetgever ongewenst werd geacht, het aan de wetgever is om daar een einde aan te maken.[369] Bij de wijziging van de Successiewet was deze uitspraak (en de daaruit voortvloeiende inconsequentie die louter het gevolg is van het toepasselijke huwelijksgoederenregime) voor de wetgever aanleiding om niet de uitkomst van het hoger beroep af te wachten maar direct aan de in art. 10 lid 1 SW vermelde eis dat de erflater partij is, 'of diens echtgenoot' toe te voegen om hiermee tot uitdrukking te brengen dat art. 10 SW in de gewijzigde Successiewet ook bij het overlijden van de niet-handelende partner op haar helft van het bij de rechtshandeling betrokken vermogen van toepassing is.[370] Hoewel naar het oordeel van het Hof Amsterdam de andere echtgenoot ook partij was bij de rechtshandeling,[371] heeft de Hoge Raad de uitspraak van de rechtbank in cassatie be-

368 Rb. Haarlem 11 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI7558, r.o. 4.4.

369 Rb. Haarlem 11 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI7558, r.o. 4.5.

370 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 9, p. 38.

371 Het Hof Amsterdam vernietigde op 2 september 2010 de uitspraak van de rechtbank Haarlem (zie Hof Amsterdam 2 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6205). Allereerst bevestigde het Hof Amsterdam in r.o. 5.1 dat op de ik-opa-vordering onder het oude recht art. 10 SW van toepassing is gezien het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009. Daarna ging het Hof Amsterdam, gezien de schulden aan de kleinkinderen die ten laste van de wettelijke gemeenschap van goederen zijn ontstaan waarin het kind van opa met de echtgenote is gehuwd, in op het bijzondere karakter van de wettelijke gemeenschap van goederen. Het hof overwoog over de wettelijke gemeenschap van goederen dat '*[d]e wettelijke gemeenschap van goederen is een bijzondere gemeenschap, waarop tijdens haar bestaan de regels van Boek 1, titel 7 BW van toepassing zijn. Beide echtgenoten zijn tot de huwelijksgemeenschap gerechtigd, hetgeen meebrengt dat beiden in beginsel bevoegd zouden zijn handelingen ten aanzien*

vestigd en overwoog (r.o. 3.3.): '*De enkele omstandigheid dat echtgenoten in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd brengt nog niet mee dat een echtgenoot (mede) partij is bij een door de andere echtgenoot aangegane rechtshandeling (zie HR 23 april 1993, nr. 14951, NJ 1993/373). Het Hof heeft in zijn uitspraak geen bijkomende feiten of omstandigheden vermeld die kunnen meebrengen dat sprake is van een rechtsgrond waarop de moeder als een zodanige partij kan worden aangemerkt, en ook uit de uitspraak van de Rechtbank of de stukken van het geding blijkt niet van zodanige feiten of omstandigheden. 's Hofs hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordeel geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.*'[372] De Hoge Raad maakt met het arrest duidelijk dat voor een eigen uitleg (buiten het civiele recht) van het begrip

van het gemeenschappelijke vermogen te verrichten. Omdat de wetgever dit voor de rechtspraktijk onwenselijk achtte, heeft hij wettelijke regels opgesteld omtrent de bestuursbevoegdheid en omtrent de gevolgen die zijn verbonden aan het aangaan van schulden ten laste van de gemeenschap. Als de bestuursbevoegde echtgenoot een goed van de gemeenschap levert, is deze levering in beginsel rechtsgeldig zonder toestemming van de niet-bestuursbevoegde echtgenoot. 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.' (r.o. 5.3.)

Het hof concludeerde vervolgens in r.o. 5.3 dat het bijzondere karakter van de huwelijksgemeenschap meebrengt dat ook de echtgenote (i.c. de erflaatster) als partij bij die rechtshandeling kan worden aangemerkt: '*Rechtshandelingen van de ene echtgenoot binden derhalve de andere echtgenoot. Het Hof is van oordeel dat op grond van deze wettelijke regeling moet worden aangenomen dat als de ene echtgenoot bevoegdelijk beschikt over gemeenschapsvermogen door bedragen schuldig te erkennen, hij dit mede doet namens de andere echtgenoot. Deze wettelijke regeling voor de gemeenschap van goederen brengt mee dat de andere echtgenoot tevens partij wordt geacht te zijn geweest bij de rechtshandeling. Op grond van het voorgaande is het Hof daarom van oordeel dat de erflaatster partij was bij de rechtshandeling, als bedoeld in artikel 10 SW 1956.*'

Het Hof Amsterdam achtte de bedoeling van de wetgever van doorslaggevende betekenis (r.o. 5.4):

'*Een andere wetsuitleg zou leiden tot het ongerijmde gevolg dat in alle gevallen dat vermogen is overgedragen onder voorbehoud van een levenslang genotsrecht door een in gemeenschap van goederen gehuwde erflater, uiteindelijk slechts de helft van dat vermogen onder de werking van artikel 10 SW 1956 valt. (…) Deze uitleg strookt naar het oordeel van het Hof niet met de bedoeling van de wetgever.*'

Hoewel ik mij kan voorstellen dat het Hof Amsterdam de uitkomst in lijn met de bedoeling van de wetgever probeerde te brengen om inconsequenties in de heffing te vermijden, ben ik toch van mening dat het hof niet tot deze uitkomst kon komen omdat het hof het (toen geldende) huwelijksvermogensrecht op onjuiste wijze uitlegde. Hoewel het huwelijksgoederenregime van invloed is op de verhaalbaarheid en de draagplicht (de in gemeenschap van goederen gehuwde partner en zijn niet-handelende partner dragen de schuldig erkende bedragen gezamenlijk; zie voor de verhaalbaarheid van een gemeenschapsschuld art. 1:96 BW) blijft de partner die de bedragen heeft schuldig erkend – ongeacht het van toepassing zijnde huwelijksgoederenregime – de enige schuldenaar en wordt de niet-handelende partner civielrechtelijk geen partij bij de rechtshandeling (i.c. de schuldigerkenning). Zie o.a. Asser/De Boer 1* 2010/322 en De Bruijn/Huijgen & Reinhartz, p. 153-155.

Een wetswijziging, zoals per 1 januari 2010 is gebeurd, was mijns inziens de enige mogelijkheid om aan de geconstateerde inconsequentie bij de heffing op grond van art. 10 SW een einde te maken. Zie Boelens 2011, p. 36-37. Zoals vermeld heeft de Hoge Raad op 20 januari 2012 de uitspraak van het hof vernietigd.

372 HR 20 januari 2012, *BNB* 2012/116.

'partij' in de zin van art. 10 SW geen plaats is.[373] Helaas wijdt de Hoge Raad geen woorden meer aan de vraag of bij een ik-opa-testament art. 10 SW überhaupt van toepassing had kunnen zijn, hetgeen logisch is aangezien de rechtsvraag die in cassatie voorlag zich beperkte tot de uitleg van het begrip 'partij' in art. 10 SW.

C) Conclusie ik-opa-testament onder de 'oude' Successiewet vóór 1 januari 2010

Tot slot van deze subparagraaf kan worden geconstateerd dat door de rechtspraak in de afgelopen jaren – met name het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament – duidelijk is geworden dat opeisbaar geworden ik-opa-vorderingen, ontstaan op grond van het 'klassieke' ik-opa-testament (met de lastbevoordeling van de kleinkinderen), al onder het oude recht (dus voor de wijziging van de Successiewet per 1 januari 2010) fiscaal verkeerd uitpakten. Deze verkrijgingen door de kleinkinderen werden namelijk als fictieve verkrijgingen in de zin van art. 10 SW aangemerkt hetgeen zelfs kon leiden tot een dubbele heffing. De vraag of art. 10 SW onder het oude recht kon worden toegepast op de situatie waarin een ik-opa-testament is opengevallen met een niet direct opeisbaar legaat aan het kleinkind, beantwoord ik echter ontkennend. In de volgende subparagraaf zal bezien worden hoe de wetgever met de ik-opa-testamenten onder de gewijzigde Successiewet omgaat en op welke wijze de wetgever de 'legaatconstructie' bestrijdt.

7.4.2.4 Het ik-opa-testament onder de gewijzigde Successiewet na 1 januari 2010

A) Toevoeging 'of diens echtgenoot' in art. 10 SW

De in de vorige subparagraaf besproken uitspraak van de rechtbank Haarlem van 11 juni 2009[374] over de toepassing van art. 10 SW bij een niet-handelende echtgenote, vormde voor de wetgever aanleiding om, vooruitlopend op de toen nog niet bekende uitkomst van het hoger beroep en het cassatieberoep, iedere twijfel weg te nemen over de toepassing van art. 10 SW in dergelijke gevallen.[375] In art. 10 SW heeft de wetgever daarom zekerheidshalve de woorden 'of diens echtgenoot' aan de eis van het partij zijn bij de rechtshandeling toegevoegd. De inconsequentie dat slechts de helft van de ik-opa-vordering van het kleinkind in de heffing kan worden betrokken louter vanwege het feit dat het kind dat de bedragen schuldig erkent in gemeenschap van goederen getrouwd is, doet zich dus niet meer voor.[376]

---

373 HR 20 januari 2012, *BNB* 2012/116, r.o. 3.5.
374 Rb. Haarlem 11 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI7558.
375 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 34.
376 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 38 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 10, p. 3.

B) Het 'klassieke' ik-opa-testament en art. 10 SW

Valt het 'klassieke' ik-opa-testament na 1 januari 2010 (ook) onder de werking van art. 10 SW? De staatssecretaris benadrukte in een nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer '*(…) dat het antwoord op de principevraag of artikel 10 ziet op [het] klassieke ik-opa testament niet zozeer uit dit wetsvoorstel voortvloeit, maar dat dit antwoord is gegeven in het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 (BNB 2009/224).*'[377] Aangezien de Hoge Raad beslist heeft dat de uitvoering van de last een rechtshandeling is in de zin van art. 10 SW, valt de ik-opa-vordering ook onder de werking van art. 10 SW volgens de staatssecretaris. Daarbij merkte de staatssecretaris op dat '*(…) mag verwacht worden dat, nu als gevolg van Hoge Raad van 19 juni 2009, nr. 08/01165, LJN BG6455, duidelijk is dat artikel 10 van toepassing is op ik-opa testamenten met een lastbevoordeling, de praktijk zich niet meer zal bedienen van dit type testamenten.*'[378]

Bij dit alles dient echter gewezen te worden op het belang dat de wetgever heeft om het arrest van de Hoge Raad op zodanige wijze uit te leggen dat het begrip rechtshandeling in de zin van art. 10 SW in veel gevallen kan worden aangenomen. Daarnaast kan naar voren gebracht worden dat de Hoge Raad zich in het arrest over het turbotestament heeft uitgelaten (waar eigen vermogen van de langstlevende echtgenoot in de nalatenschap van de eerstoverledene is gedaan) en niet over het ik-opa-testament (waar geen eigen vermogen – soortgoederen als geld daargelaten – in de nalatenschap van opa wordt gestopt). Schoenmaker leidt uit het arrest HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121 af dat een schuld die voortvloeit uit een ik-opa-testament in beginsel afkomstig is uit het vermogen van opa en niet van degene die de testamentaire last heeft uitgevoerd.[379] Bovendien is Schoenmaker op grond van de parlementaire geschiedenis (alsmede de ratio van art. 10 SW[380]) van oordeel dat 'ten koste van het vermogen van de erflater' in art. 10 lid 1 SW als een saldobegrip gehanteerd moet worden, dat wil zeggen dat materieel bezien sprake moet zijn van een verkleining van het vermogen van degene die de rechtshandeling verricht.[381] Evenals bij het hierna te bespreken art. 10 lid 9 SW zou in deze 'economische visie'[382] heffing ingevolge art. 10 SW alleen aan de orde komen indien en voor zover de niet-opeisbare testamentaire (ik-opa) schulden

377 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 6.

378 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 39 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 6.

379 Schoenmaker 2013, par. 4. Schoenmaker verwijst naar r.o. 4.2 van HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121, waarin staat: '*Door deze uiterste wilsbeschikking uit te voeren heeft belanghebbende haar kinderen een vordering op zichzelf verschaft waarop van de aanvang af een vruchtgebruik rustte ten behoeve van belanghebbende. Aldus deed zich niet voor de situatie dat de kinderen van belanghebbende uit haar vermogen een vordering op haar kregen waarop vervolgens vruchtgebruik werd gevestigd.*'

380 Zie ook Schoenmaker 2009.

381 Schoenmaker 2009.

382 Zie hierover ook Schoenmaker 2009.

groter zijn dan de volle eigendom die de desbetreffende schuldenaar (kind) uit de nalatenschap van de desbetreffende testateur (opa) heeft verkregen.[383] Hoewel ik mij kan vinden in de door Schoenmaker gehanteerde 'economische visie' van 'ten koste van het vermogen' als uitgangspunt voor toepassing van art. 10 SW, meen ik dat deze 'economische visie' thans geen geldend recht is, zoals ik hierna zal uiteenzetten. Dit laat onverlet dat ik in de slotbeschouwing nader zal stilstaan bij de mogelijkheid om de 'economische visie' als uitgangspunt in de wettekst te verwerken. De huidige rechtsgrond voor toepassing van art. 10 SW lijkt immers enkel te zijn of er eigendomsrechten worden omgezet in genotrechten. Ik breng alvast naar voren dat de staatssecretaris het volgende aan de KNB schreef: '*Artikel 10 is geboren uit de gedachte dat in geval vererfbaar vermogen wordt omgezet in een niet-verervend vruchtgebruik, de erflater zijn toekomstige nalatenschap verkleint. Juist omdat hij bij leven geen last heeft van deze verkleining van zijn vermogen, wordt dit vanuit het oogpunt van belastingheffing nauwlettend bezien. Deze achtergrond is vervolgens getransformeerd in de rechtsregel van artikel 10. De KNB is van mening dat aan deze rechtsregel alleen wordt toegekomen indien uitholling daadwerkelijk plaatsvindt. Indien de erflater niet is verarmd, leidt dit volgens de KNB niet tot toepassing van artikel 10. Dit is echter niet het geval. Het gaat er niet om of de erflater is verarmd, maar of hij ten koste van zijn vermogen een genotsrecht heeft verworven. Heeft hij volle eigendom omgezet in een genotsrecht? Indien deze vraag met ja moet worden beantwoord, is artikel 10 van toepassing. In de omzetting van eigendom in een genotsrecht zit in potentie de uitholling ingesloten. Door daarbij de rechtshandeling centraal te stellen, komt het anti-ontgaanskarakter van de bepaling op de voorgrond te staan. Dit betekent ook dat het niet zo is dat gelijke eindsituaties ook gelijk behandeld moeten worden, zoals de KNB aangeeft. Steeds zal moeten worden getoetst aan de tekst van artikel 10. Dat is niet zo omdat ik geen belang hecht aan de achtergrond bij het invoeren van artikel 10. Het komt voort uit mijn overtuiging dat gekozen is voor de geldende wettelijke bepaling vanuit het besef dat het praktisch onuitvoerbaar is om in elke situatie te reconstrueren of de verkleining van het vererfbare vermogen daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Dat betekent dat het mogelijk is om in economische zin op een gelijk resultaat uit te komen, waarbij afhankelijk van de bewandelde weg artikel 10 wel of niet van toepassing is. Dat is inherent aan het gegeven dat artikel 10 bepaalde rechtshandelingen als fiscaal besmet beschouwt.*'[384]

Ondanks de bovenstaande kanttekeningen over toepassing van art. 10 SW bij het ik-opa-testament, dient naar mijn mening toch de conclusie te zijn dat bij het 'klassieke' ik-opa-testament voldaan wordt aan de vereisten van art. 10 lid 1 SW. Aangezien de Hoge Raad in algemene zin overwoog dat de uitvoering

383 Schoenmaker 2013, par. 4. Schoenmaker merkt op dat Stubbé reeds de economische visie huldigde, zie Stubbé 2006.

384 Brief van de staatssecretaris aan de KNB van 28 oktober 2009, DB/2009/618 U, p. 2, als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86.

van een last een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW is, geldt dit ook voor de ik-opa-lastbevoordeling (die niet kan worden aangemerkt als een legaat, bijvoorbeeld omdat na het overlijden van opa de kleinkinderen nog geboren moeten worden). In HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121, werd de klassieke ik-opa-making als volgt gekwalificeerd (r.o. 4.1.): '*Deze making kan niet anders worden opgevat dan dat erflater aan belanghebbende de last heeft opgelegd aan ieder van haar kinderen een vordering op belanghebbende te verschaffen, onder voorbehoud van vruchtgebruik ten behoeve van haarzelf.*' De op grond van het ik-opa-testament door het kind schuldig erkende bedragen zijn, zoals art. 10 lid 1 SW eist, ten koste van zijn vermogen gegaan omdat de schuldigerkenning niet in de nalatenschap van opa zat maar pas ontstond nadat uitvoering was gegeven aan de ik-opa-making.[385] Tot slot is ook voldaan aan het vereiste dat de ouder het genot van het fictieve vruchtgebruik van het schuldig erkende bedrag heeft gehad aangezien de vordering pas bij het overlijden van de ouder opeisbaar is en geen rente over de vordering verschuldigd is. In de literatuur wordt tevens onderschreven dat het ik-opa-testament onder de werking van art. 10 SW valt.[386] In het voorbeeld van de berekening van de ik-opa-vordering in par. 7.4.2.1, wordt bij het overlijden van de langstlevende van ouders B en C de vordering van de kleinkinderen voor de gehele nominale waarde van € 642.468,18 in de erfbelastingheffing betrokken, zodat het ik-opa-testament fiscaal verkeerd uitvalt en niet leidt tot extreme belastingbesparing maar juist tot een gedeeltelijke dubbele heffing.[387]

C) Tegemoetkoming voor dubbele heffing?

Het kleinkind betaalt twee keer erfbelasting over de verkrijging van de vordering: de eerste keer voor de contante waarde op het moment dat opa overlijdt ingevolge art. 1 lid 1 onder 1° SW, en de tweede keer voor de nominale waarde als de ouders van het kleinkind zijn overleden ingevolge art. 10 lid 1 SW. In feite wordt de contante waarde van de vordering dubbel belast.[388] Evenals bij het turbotestament kan dus feitelijk geconstateerd worden dat de contante waarde van de vordering dubbel wordt belast, maar men kan ook

385 Zie Van Vijfeijken 2010a, p. 170.

386 Zie o.a. Van Vijfeijken 2013a, 154-156, CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.C.f, Wegwijs in de Successiewet 2014, nr. 5.7.7, p. 130, Compendium Estate Planning 2014, p. 13-14, 310 en B.M.E.M. Schols 2014b.

387 Deze conclusie dient bij een reeds opengevallen 'klassiek' ik-opa-testament waarbij de ik-opa-vordering nog niet opeisbaar is enigszins genuanceerd te worden aangezien alsnog een flinke belastingbesparing bereikt kan worden door de ik-opa-schuld over meerdere jaren (met gebruikmaking van jaarlijkse schenkingsvrijstellingen) door het kind tijdens zijn leven aan zijn kind te laten aflossen (door fiscaal gezien afstand te doen van het fictieve vruchtgebruik van het afgeloste bedrag en dus meer te vergoeden dan de contante waarde). Zie voor een cijfermatige uitwerking Blokland & Kwakernaak 2010, p. 90-94.

388 Zie ook de bijdragen van P. Blokland en I.J.F.A. van Vijfeijken tijdens het rondetafelgesprek van 23 september 2009 met de vaste Kamercommissie voor Financiën; *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 17, p. 8 en 22.

een ander perspectief nemen. In het voorbeeld is bij het overlijden van opa de hele nalatenschap van opa in de heffing betrokken. Door het opeisen door de kleinkinderen van de nominale waarde van de ik-opa-vorderingen in de nalatenschap van de langstlevende (stel kind B, die overigens gehuwd was met het maken van huwelijkse voorwaarden inhoudende de koude uitsluiting) wordt het eigen vermogen van kind B 'uitgehold' met € 1.284.936,36 (tweemaal de vordering ad € 642.468,18), terwijl uit de nalatenschap van opa 'slechts' € 1.000.000 verkregen is. Indien men de reeds betaalde erfbelasting bij het overlijden van opa buiten beschouwing laat, zou men kunnen betogen dat het vanuit het perspectief ter voorkoming van uitholling van het vermogen van het kind (of zijn echtgenote) terecht zou zijn als in elk geval het bovenmatige deel ad € 284.936,36 ingevolge een fictiebepaling belast zou worden (vgl. de werking van het nog te bespreken art. 10 lid 9 SW), hetgeen erop neer zou komen dat per kleinkind bij het opeisen van de vordering van € 642.468,18 een bedrag ad € 142.468,18 terecht als fictieve verkrijging krachtens erfrecht in de heffing betrokken zou worden. Derhalve zou door de werking van art. 10 lid 1 SW, dat de gehele vordering van € 642.468,18 per kleinkind als fictieve verkrijging in de heffing betrekt, een bedrag ad € 500.000 (dus meer dan de contante waarde van € 141.343) 'dubbel' in de heffing worden betrokken vanuit het perspectief van het belasten van het vererfde vermogen van opa en het kind.

De staatssecretaris was echter ook voor de huidige erfbelastingwetgeving niet bereid een tegemoetkoming te treffen voor dubbele erfbelasting die de kleinkinderen in de nalatenschap van opa betalen. In een brief van de staatssecretaris aan de KNB wordt opgemerkt: '*Men had het ook anders kunnen doen, maar heeft voor deze variant gekozen met als nevendoelstelling om het vermogen van het kind uit te hollen bij zijn overlijden door de hoge nominale schuld die ontstaat bij zijn overlijden. Nu het tegengaan van uitholling van de grondslag één van de speerpunten is die ik met de gewijzigde Successiewet 1956 probeer te bereiken, is een voorziening hier niet op zijn plaats. Bovendien stel ik vast dat de Belastingdienst geen beleidsuitlating heeft gedaan waarin is aangegeven dat een ik-opa testament bij het overlijden van het kind (tussenliggende generatie) niet tot toepassing van artikel 10 Successiewet 1956 zou leiden, zodat ook om die reden geen aanleiding is om een voorziening te treffen. Kortom: ik zie geen klemsituatie voor belastingplichtigen die voor de wetgever aanleiding zou moeten zijn om een voorziening te treffen.*'[389]

En ook aan de Tweede Kamer maakt de staatssecretaris expliciet duidelijk dat hij het ik-opa-testament graag bestrijdt: '*Ik acht deze testamentvorm bovendien zo ongewenst dat ik het niet nodig vind hiervoor een andere voorziening in verband met dubbele heffing in het leven te roepen. Ten eerste beogen ik-opa testamenten op een tamelijk agressieve wijze de belastingheffing te beperken. Omdat de vordering*

389 Brief van de staatssecretaris aan de KNB d.d. 12 oktober 2009, DB/2009/596 U, p. 6.

bij het overlijden van opa wordt bepaald op de contante waarde is de nominale waarde ervan veel hoger waardoor er eenvoudig een schuld kan ontstaan die bij het overlijden van de zoon diens vermogen overtreft. Hieraan kleven civielrechtelijke nadelen. Door de grote schuld aan de kinderen van de zoon, kunnen eventuele legaten die de zoon in zijn testament heeft opgenomen ten gunste van bijvoorbeeld een goed doel, mogelijk niet worden uitgekeerd. Kleinkinderen die van opa geen lastbevoordeling hebben gekregen (bijvoorbeeld omdat ze nog niet geboren waren toen opa overleed) verkrijgen erfrechtelijk mogelijk niets uit de nalatenschap van zoon, omdat eerst de ik-opa schulden aan hun broers en zussen moeten worden uitbetaald.'[390]

Voorts wees de staatssecretaris op een alternatieve ik-opa-making waar art. 10 SW niet speelt: '*Ten tweede lijkt een voorziening onnodig, omdat er een alternatief voorhanden is, waarbij opa het recht van vruchtgebruik van een vermogensbestanddeel aan zoon legateert en eigendom aan de kleinkinderen nalaat. Bij het overlijden van de zoon vervalt zijn recht van vruchtgebruik zonder dat een schuld diens nalatenschap uitholt ten nadele van anderen en zonder dat de heffing van erfbelasting over (een groot deel van) zijn nalatenschap wordt gefrustreerd. In een dergelijk geval speelt artikel 10 geen rol omdat de kleinkinderen niet iets ten koste van het vermogen van de zoon hebben verkregen, hetgeen bij een lastbevoordeling wel het geval is.*'[391]

De staatssecretaris bracht in de parlementaire stukken nog in herinnering dat de Hoge Raad, ingevolge het vaker aangehaalde arrest van 19 juni 2009, het ontbreken van een voorziening voor het verrekenen van erfbelasting met erfbelasting niet als een tekortkoming met betrekking tot art. 10 SW ziet.[392]

D) Overgangsrecht voor onder het oude recht opengevallen ik-opa-testamenten?
De staatssecretaris vond overgangsrecht voor ik-opa-testamenten die vóór de herziening van de Successiewet opengevallen zijn, en waarvan nu duidelijk lijkt te zijn dat dergelijke testamenten onder de werking van art. 10 SW vallen, niet nodig: '*Inleidend geef ik aan dat met betrekking tot de ik-opa-testamenten de toepassing van artikel 10 slechts beperkt is uitgebreid. Deze uitbreiding ziet op het geval dat de langstlevende ouder niet, maar haar (voormalige) partner wel bij de rechtshandeling was betrokken. De andere gevallen vallen onder de huidige regelgeving al onder de werking van artikel 10. Dit blijkt ook mede uit de uitspraak van Rechtbank Haarlem van 11 juni 2009, LJN B17558. De vraag die gesteld wordt is of het passender zou zijn als artikel 10 slechts betrekking heeft op ik-opa-testamenten die na de inwerkingtreding van de herziene Successiewet openvallen. Door het creëren van overgangsrecht voor het hierboven omschreven geval zou er een ongelijke behandeling*

390 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 39.
391 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 39.
392 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 76, p. 4.

ten opzichte van de overige ik-opa-testamenten ontstaan. Het kabinet is geen voorstander van overgangsrecht voor het betreffende geval.'[393]

De staatssecretaris was bovendien van oordeel dat de erflaters met een ik-opa-testament bewust een risico hebben genomen terwijl er risicoloze ik-opa-alternatieven waren: '*Vanaf de introductie van deze testamentvorm bestond er twijfel aan of artikel 10 van de Successiewet 1956 kon worden toegepast. Met het wetsvoorstel is deze twijfel weggenomen. De keuze voor een ik-opa-testament was de keuze voor een testament met onzekere fiscale gevolgen, ingegeven door de wens om belasting te besparen. Deze keuze pakt nu nadelig uit maar dat is het risico dat de betrokkenen hebben genomen. Behalve voor eventuele belastingbesparing heeft een dergelijk testament geen enkel nut. Er bestaat geen maatschappelijk belang om deze testamenten fiscaal te ontzien. Er zijn testamentvormen, sommige genodigden hebben daarop gewezen, die soms economisch hetzelfde uitpakken als een ik-opa-testament. Die testamenten zitten echter fundamenteel anders in elkaar en bieden niet de mogelijkheid tot even agressieve belastingbesparing als het ik-opa-testament. Ze zijn daarom niet vergelijkbaar.'*[394]

E) Conclusie art. 10 SW en het 'klassieke' ik-opa-testament

Gezien het bovenstaande is duidelijk geworden dat art. 10 lid 1 SW (ook) onder huidig recht wordt toegepast als het kleinkind de uit het 'klassieke' ik-opa-testament schuldig erkende bedragen verkrijgt op het moment van het overlijden van zijn ouder (of de langstlevende daarvan). Bovendien wordt geen tegemoetkoming verleend voor eerder geheven erfbelasting bij het overlijden van opa over de contante waarde van de vordering. Het 'klassieke' ik-opa-testament leidt daarom dan ook niet tot belastingbesparing maar werkt zelfs averechts. In de literatuur wordt echter niet door iedereen aangenomen dat het 'klassieke' ik-opa-testament op grond van het arrest van de Hoge Raad onder art. 10 lid 1 SW valt. Onder meer Tol en Schoenmaker verdedigen, mijns inziens ten onrechte, dat dit testament op grond van de wetsgeschiedenis onder de werking van het nieuwe art. 10 lid 9 SW valt.[395] Over dit artikellid en de reden van het opnemen van dat negende lid gaan de volgende subparagrafen.

Van Straaten betoogt dat het 'klassieke' ik-opa-testament weliswaar onder art. 10 lid 1 SW valt, maar meent dat lid 1 een beperkte heffingsgrondslag kent omdat voor toepassing ervan sprake moet zijn van verkleining van vermogen. De beperking van art. 10 lid 9 SW is volgens Van Straaten niet een uitzondering maar juist een bevestiging van de uit art. 10 lid 1 SW voortvloeiende hoofd-

393 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 13, p. 41-42.

394 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 15, p. 5.

395 Tol 2010, p. 37 en Schoenmaker 2013. Vgl. eveneens de noten bij HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5651, van J.C. van Straaten, *BNB* 2012/116 en J.W. Zwemmer, *FED* 2012/29, alsmede Beers 2012.

regel.[396] Het betoog dat de ik-opa-lastbepaling – evenals de hierna te bespreken ik-opa-legaten – slechts dan in de heffing van art. 10 SW wordt betrokken voor zover de nominale waarde van de schuldig erkende bedragen aan de kleinkinderen de waarde overtreft van hetgeen hun ouder uit de nalatenschap van opa verkregen heeft, is weliswaar een wenselijk uitgangspunt maar rechtens niet houdbaar. Indien verkleining van vermogen daadwerkelijk vereist zou zijn voor toepassing van art. 10 lid 1 SW, dan zou er geen reden voor de wetgever zijn geweest om voor de niet-opeisbare vordering ontstaan uit hoofde van een quasi-wettelijke verdeling of uit hoofde van een legaat tegen inbreng een uitzondering in art. 10 lid 5 en 6 SW op te nemen. Tegenover de overbedelings- respectievelijk inbrengschuld staat dan immers altijd de verkrijging van goederen door de toedeling ingevolge de quasi-wettelijke verdeling of door afgifte van het legaat, welke goederen in de toekomst eveneens vererven. Ook tijdens het wetgevingsproces dat leidde tot de gemoderniseerde Successiewet heeft de staatssecretaris duidelijk gemaakt dat verkleining van het vermogen (verarming) naar zijn mening niet nodig is voor de werking van art. 10 SW maar slechts de vraag of ten koste van het vermogen een genotsrecht is verworven (volle eigendomsrechten zijn omgezet in genotsrechten).[397] In het navolgende zal ik uiteenzetten op welke wijze art. 10 lid 9 SW totstandkwam en hoe de heffing op grond van dit artikellid werkt. Tot slot komt de vraag aan de orde of de (mijns inziens) verschillende fiscale behandeling tussen het ik-opa-testament waarin gewerkt wordt met een testamentaire last (art. 10 lid 1 SW) en waarin gebruik gemaakt wordt van een niet direct opeisbaar legaat (art. 10 lid 9 SW), gerechtvaardigd kan worden of dat wetswijziging noodzakelijk is.

F) Art. 10 SW en het legaat van het vruchtgebruik en de bloot eigendom van een geldbedrag

Tijdens de parlementaire behandeling van de wijziging van de Successiewet kwam de vraag op of art. 10 SW ook van toepassing is in de situatie dat een kleinkind een *legaat* ter grootte van een op grond van bijvoorbeeld een ik-opa-clausule berekend bedrag ontvangt en het kind het (civielrechtelijke) vruchtgebruik van dat gelegateerde geldbedrag verkrijgt. Het kleinkind heeft met andere woorden de blote eigendom van de gelegateerde som geld. Als het kind overlijdt, eindigt het vruchtgebruik. Dit is een situatie die in economisch opzicht lijkt op het geval dat het kind eenzelfde bedrag schuldig erkent aan het kleinkind op grond van de in het ik-opa-testament opgelegde *testamentaire last* en dit bedrag pas opeisbaar is bij het overlijden van het kind zodat het kind gedurende zijn leven een fictief vruchtgebruik van het geldbedrag

396 J.C. van Straaten, *BNB* 2012/116, par. 6.

397 Brief van de staatssecretaris aan de KNB van 28 oktober 2009, DB/2009/618 U, p. 2, als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86.

heeft.[398] In lijn met de eerdere beantwoording door de staatssecretaris – dat een vruchtgebruiktestament met de kleinkinderen als enige erfgenamen en met een vruchtgebruiklegaat aan het kind niet tot art. 10 SW leidt[399] – antwoordde de staatssecretaris dat ook in de bovengenoemde situatie, waar sprake is van een blote eigendom/vruchtgebruiksituatie, art. 10 SW niet van toepassing is. Ook in dit geval wordt er niets ten koste van het vermogen van het kind verkregen.[400] Indien het kind zelf geen erfgenaam is (maar bijvoorbeeld het kleinkind) en het kind enkel het vruchtgebruik van een geldbedrag gelegateerd heeft gekregen, heeft het kind geen eigendomsrechten in genotsrechten omgezet en hoeft art. 10 SW niet in beeld te komen. De nalatenschap van het kind wordt hierdoor niet uitgehold.

Men dient laatstbedoelde situatie echter te onderscheiden van de situatie dat het kind erfgenaam is en de blote eigendom van een bepaald geldbedrag wordt gelegateerd aan het kleinkind. Het kind is verplicht de bloot eigendom van dit geldbedrag te leveren aan het kleinkind en behoudt dus het vruchtgebruik van het geldbedrag. In dit geval zal art. 10 lid 1 SW naar mijn mening echter wel van toepassing zijn aangezien het genotsrecht is ontstaan ten koste van zijn vermogen. Het kind zet door de afgifte van de bloot eigendom eigen (geërfd) vermogen om in genotsrechten (het voorbehouden vruchtgebruik).[401] Het gevaar van uitholling van het vermogen van het kind ligt op de loer, zij het enkel in de situatie dat de nominale waarde van het geldbedrag de omvang van de door het kind verkregen nalatenschap zou overtreffen. Het kleinkind zal naar mijn mening het gelegateerde bedrag als een fictieve verkrijging in de zin van art. 10 lid 1 SW moeten aanmerken indien het kind overlijdt en het vruchtgebruik van het kind komt te eindigen. Om overbelasting te voorkomen zou het kleinkind slechts in de heffing betrokken moeten worden voor deze fictieve verkrijging voor zover de nalatenschap van het kind hierdoor wordt uitgehold, zoals de gedachte is bij de heffing ingevolge lid 9 van art. 10 SW. Men komt mijns inziens door de toepassing van lid 1 echter niet meer toe aan art. 10 lid 9 SW. Bovendien is naar de letter van de wet op de laatstbedoelde situatie de nieuwe fictie van art. 10 lid 9 SW niet van toepassing. Art. 10 lid 9 SW ziet op 'tot het vermogen van de erflater een of meer als gevolg van een uiterste wil ontstane schulden'. Bij een legaat van een geldbedrag onder voorbehoud van een vruchtgebruik (de blote eigendom van het geldbedrag) is in civielrechtelijke zin geen sprake van een schuldverhouding, maar van een goederenrechtelijke vruchtgebruik-bloot eigendomsverhouding.

---

398 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 17, p. 8.

399 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 39.

400 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 37, p. 4 en 7 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 48, p. 3.

401 Vgl. bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 37, p. 7.

G) Art. 10 SW en het uitgestelde legaat

Maar wat geldt voor het geval van een renteloos legaat van een geldbedrag aan het kleinkind, waarvan de opeisbaarheid is uitgesteld tot het overlijden van het kind? Naar de letter van de wet valt deze situatie niet onder art. 10 SW omdat de erfgenamen geen rechtshandeling verrichten als bedoeld in art. 10 SW. Het vorderingsrecht tot afgifte van een dergelijk legaat onder opschortende tijdsbepaling (en het daarmee ontstane fictieve vruchtgebruik bij het kind) wordt direct aan het testament ontleend.[402] Een dergelijke verkrijging onder tijdsbepaling wordt onmiddellijk in de heffing betrokken aangezien geen sprake is van een voorwaardelijke verkrijging welke afhankelijk is van een toekomstig onzekere gebeurtenis. De waardering van het verkregen nog niet opeisbare recht zal dienen te gebeuren met inachtneming van de opschortende tijdsbepaling.[403] Dergelijke situaties zouden volgens de staatssecretaris echter (bij het overlijden van degene ten laste van wie het legaat kwam) onder de strekking van art. 10 SW moeten vallen omdat het anders mogelijk zou zijn om kleinkinderen een vorderingsrecht toe te kennen waarvan de nominale waarde hoger is dan de waarde van de nalatenschap van opa zodat uitholling plaatsvindt.[404] Aangezien de bestrijding van de uitholling van de nalatenschap één van de speerpunten van de te wijzigen Successiewet is, deed de staatssecretaris bij de derde nota van wijziging een voorstel voor een nieuw lid bij art. 10 SW, want zo lichtte hij toe: '*Op basis van de huidige wettekst is evenwel niet duidelijk of op een geldlegaat aan het kleinkind, waarvan de opeisbaarheid is uitgesteld tot het overlijden van het kind (of oma) en waarbij de geldsom niet in de nalatenschap van opa aanwezig is, artikel 10 ook van toepassing is. Om deze onduidelijkheid weg te nemen, wordt een aanvullende bepaling voorgesteld, in een nieuw negende lid van artikel 10.*'[405] Op de vormgeving van dit nieuwe lid 9 van art. 10 SW zal nu worden ingegaan.

H) Art. 10 lid 9 SW

In de derde nota van wijziging luidde de door de wetgever voorgestelde tekst van art. 10 lid 9 SW[406]: '*Het eerste lid is mede van toepassing indien de erflater of diens echtgenoot als gevolg van een uiterste wil het genot heeft gehad, dat in verband staat met goederen welke niet tot de nalatenschap hebben behoord van degene die deze uiterste wil heeft gemaakt.*'

In deze tekst maakte het voor de toepasbaarheid van art. 10 lid 9 SW uit of de goederen die gelegateerd waren tot de nalatenschap van de erflater

402 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.C.g.
403 CB S&E 2014-2015, nr. 7.1.0.C.
404 Brief van staatssecretaris De Jager d.d. 22 oktober 2009 aan de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, p. 5, *Kamerstukken II* 2009/2010, 31930, nr. 86, bijlage, *V-N* 2009/57.4.
405 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 48, p. 4.
406 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 48, p. 1.

behoorden. In de Tweede Kamer was men niet tevreden met deze tekst en werden er twee amendementen ingediend.

Bij de behandeling in de Tweede Kamer diende Kamerlid Cramer van de ChristenUnie allereerst een amendement (nr. 54) in waarmee volgens de toelichting beoogd werd om '*(…) artikel 10 SW buiten werking te stellen indien op grond van een testament (bijvoorbeeld last of een legaat) of de wet (bijvoorbeeld legitieme portie) een schuld ontstaat en de schuldenaar volle eigendom heeft verkregen krachtens erfrecht. Immers, voor zover tegenover de schuld een waarde van goederen en schulden wordt verkregen, wordt het vermogen van de schuldenaar niet verkleind.*'[407]

De voorgestelde wettekst luidde volgens amendement nr. 54 (onderstreping, GGBB): '*Dit artikel is niet van toepassing indien en voor zover krachtens de wet dan wel een uiterste wil een schuld ontstaat en deze schuld verband houdt met en niet hoger is dan de waarde van hetgeen de schuldenaar heeft verkregen krachtens erfrecht.*'[408]

Het probleem met deze tekst was, naar mijn mening, dat hiermee de reikwijdte van art. 10 SW beperkt werd (zie de onderstreping). Het was echter de bedoeling van de wetgever en de Kamer om óók het uitgestelde legaat onder de werking van art. 10 SW te laten vallen. Hoewel de toelichting ten onrechte anders deed vermoeden, valt een uitgesteld legaat van een geldbedrag aan het kleinkind juist niet onder art. 10 SW zodat op grond van deze (negatief geformuleerde) amendementtekst een dergelijk legaat nog steeds niet onder de werking van art. 10 SW zou vallen.

De staatssecretaris merkte over amendement nr. 54 op de gedachte achter de voorgestelde aanpassingen te onderschrijven, maar dat de redactionele uitwerking van het amendement te ruim is en aanpassing op onderdelen behoeft.[409]

Amendement nr. 54 werd vervolgens vervangen door amendement nr. 68.[410] In amendement nr. 68 luidde de nieuwe tekst van art. 10 lid 9 SW als volgt: '*Het eerste lid is mede van toepassing, indien tot het vermogen van de erflater een schuld behoort, die is ontstaan als gevolg van een uiterste wil, voor zover de nominale waarde van die schuld 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 wordt de in de eerste volzin bedoelde schuld buiten beschouwing gelaten.*'

Uiteindelijk stemde de Tweede Kamer met dit amendement in zodat de tekst van art. 10 lid 9 SW, nadat ook de Eerste Kamer het wetsvoorstel van

407 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 54, p. 2.
408 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 54, p. 1.
409 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 60, p. 7.
410 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 68, p. 1.

wijziging van de Successiewet aannam, per 1 januari 2010 luidt zoals hierboven is geciteerd, zij het dat er (met terugwerkende kracht) per 1 januari 2012 een technische wijziging in de wettekst is doorgevoerd.[411] Van belang is daarom ook de toelichting bij amendement nr. 68 over de bedoeling van het nieuwe lid 9 bij art. 10 SW. In de toelichting op het amendement staat over de toepasbaarheid van het negende lid: '*Het betreft situaties waarin op grond van een testament een niet direct opeisbare schuld ontstaat, waarvan de nominale waarde hoger is dan de waarde van de verkrijging van de schuldenaar, voordat daarop de contante waarde van de schuld in mindering is gebracht. Voor zover de nominale schuld de vorenbedoelde waarde van de verkrijging niet te boven gaat, wordt het vermogen van de schuldenaar bij diens overlijden niet verkleind.*'[412]

De tekst van het amendement wijkt af van de eerdere door de staatssecretaris voorgestelde tekst, want zo valt te lezen in de toelichting: '*Anders dan het voorgestelde artikel 10, negende lid, bij de derde nota van wijziging, wordt met dit amendement bereikt dat het voor de toepassing van artikel 10 niet uitmaakt of de goederen die zijn gelegateerd tot de nalatenschap van de erflater behoorden.*'[413]

Art. 10 lid 9 SW bewerkstelligt dat voor zover de nominale waarde van de ik-opa-vordering van het kleinkind de waarde van de erfrechtelijke verkrijging van het kind op grond van het testament van opa te boven gaat, dit meerdere op grond van lid 9 geacht wordt krachtens erfrecht te zijn verkregen door het kleinkind van degene ten laste van wie de niet direct opeisbare vordering is ontstaan (het kind dus) bij diens overlijden.

Ter illustratie geef ik een voorbeeld uit de toelichting: *een opa met een nalatenschap van € 200.000 wijst zijn kind aan als enig erfgenaam en legateert een geldsom van € 1.000.000 aan zijn kleinkind, eerst opeisbaar bij het overlijden van het kind*

411 Naar aanleiding van het artikel van Van Vijfeijken 2012, heeft de wetgever een door Van Vijfeijken 'geconstateerde onzorgvuldigheid' in de wettekst gecorrigeerd. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 245, nr. 7, p. 7-8 en *Kamerstukken II* 2011/12, 33 245, nr. 8, p. 4. Van Vijfeijken constateerde onder andere (zie par. 5 van haar hierboven genoemde artikel in WFR) dat de wetgever als maatstaf neemt een schuld die niet hoger mag zijn dan de waarde die het kind heeft geërfd, terwijl er meer dan één schuld kan zijn zodat het totaal aan schulden volgens Van Vijfeijken bedoeld zal zijn. De wetgever heeft de wettekst hiermee in overeenstemming gebracht zodat lid 9 thans als volgt luidt (onderstrepingen, GGBB):
'*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.*'
Van Vijfeijken heeft in haar artikel meerdere tekortkomingen in de tekst van art. 10 lid 9 SW gesignaleerd en merkt naar aanleiding van de wetswijziging op dat de wetgever slechts het onderdeel heeft aangepast dat nadelig voor de schatkist zou kunnen zijn. Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 166 en 163.

412 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 68, p. 4-5.

413 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 68, p. 5.

van opa. Art. 10 lid 1 SW is niet van toepassing omdat er geen rechtshandeling is waar het kind partij bij is. Wel is art. 10 lid 9 SW in dit geval van toepassing aangezien het nominale bedrag van het legaat (de schuld; i.c. € 1.000.000) de waarde van hetgeen het kind krachtens erfrecht heeft verkregen van opa (de waarde van de schuld zelf buiten beschouwing gelaten; i.c. € 200.000) te boven gaat met € 800.000. Art. 10 SW is dus van toepassing op € 800.000 op het moment dat het kind overlijdt.[414]

Stel in het eerder gegeven voorbeeld van de berekening van de ik-opa-vordering in par. 7.4.2.1 is niet met een last maar met een bij het overlijden van het kind opeisbaar legaat aan de twee kleinkinderen gewerkt met ook een nominale waarde van € 642.468,18. De nominale ik-opa-vordering van ieder van de twee kleinkinderen bedraagt dus € 642.468,18. Het kind van opa heeft € 1.000.000 krachtens erfrecht verkregen (zonder rekening te houden met de schuld aan zijn kinderen). Het nominale bedrag van de legaten (de schuld van in totaal € 1.284.936,36) gaat de erfrechtelijke verkrijging van het kind (€ 1.000.000) te boven met € 284.936,36. Als het kind overlijdt, is art. 10 SW lid 9 SW in totaal van toepassing op deze € 284.936,36. Per kleinkind bedraagt dus de belaste fictieve erfrechtelijke verkrijging € 142.468,18.Van cruciaal belang is om in herinnering te brengen dat als in dit geval met dezelfde bedragen met de lastbevoordeling (indien deze niet als een legaat kan worden aangemerkt) van het 'klassieke' ik-opa-testament was gewerkt, de gehele nominale waarde van € 642.468,18 bij ieder kleinkind in de erfbelastingheffing lijkt te zijn betrokken op grond van art. 10 lid 1 SW.

I) Gesignaleerde tekortkomingen in tekst art. 10 lid 9 SW

Naar aanleiding van de formulering van het negende lid van art. 10 SW zijn er de nodige vragen gerezen, met name in het geval het kind van opa (in gemeenschap van goederen) gehuwd is en de vordering opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende van het kind en zijn partner.[415] Daarnaast constateert Van Vijfeijken dat de fictieve verkrijging van lid 9 niet aansluit bij de opeisbaarheid van de vordering, zodat in het geval de eerste van het kind en zijn partner komt te overlijden er heffing ingevolge lid 9 zou kunnen plaatsvinden terwijl de kleinkinderen nog niet de beschikking over het gelegateerde verkrijgen.[416] En als het kind in gemeenschap van goederen gehuwd is (en opa geen uitsluitingsclausule in zijn testament heeft opgenomen), behoort dan de gehele schuld aan het kleinkind tot het vermogen van het kind of slechts de helft (en de andere helft tot het vermogen van de partner)? Indien dit laatste het geval zou zijn en men met Van Vijfeijken zou aannemen dat de schuld bij het overlijden van de eerststervende van het kind en zijn partner

414 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 68, p. 5 (ook voor andere voorbeelden).

415 Zie uitgebreid over ongerijmde gevolgen waartoe de tekst van art. 10 lid 9 SW leidt Van Vijfeijken 2013a, p. 161-163 en Van Vijfeijken 2012, par. 5.

416 Van Vijfeijken 2012, par. 5.

vervolgens geheel op de langstlevende komt te rusten, zou de omvang van de verschuldigde erfbelasting afhangen van de vraag wie er als eerste komt te overlijden.[417] Indien op de partner als langstlevende de schuld komt te rusten, terwijl hij niets uit de nalatenschap van opa (de vader van zijn echtgenoot) heeft verkregen, zou de gehele vordering als fictieve verkrijging kunnen worden aangemerkt. In de omgekeerde volgorde van overlijden zou de halve vordering bij het overlijden van de partner belast zijn en is het vervolgens de vraag of de op het kind rustende schuld aan de kleinkinderen de erfrechtelijke verkrijging door het kind van opa overtreft. Ik vraag mij af of de door Van Vijfeijken gesignaleerde ongerijmdheden zich daadwerkelijk voordoen. Een vergelijking met de eerder uiteengezette problematiek van de niet-handelende partner en de toepassing van art. 10 SW dringt zich op. Hoewel het in gemeenschap van goederen gehuwd zijn van invloed is op de verhaalbaarheid en de draagplicht (het kind en zijn partner dragen de schuld gezamenlijk[418]), doet het huwelijksgoederenregime geen afbreuk aan het feit dat het kind de enige schuldenaar blijft en de partner geen medeschuldenaar wordt.[419] Het huwelijksvermogensrecht speelt, zo meen ik, voor de heffing op grond van art. 10 lid 9 SW dan ook geen (belemmerende) rol indien men voor het artikellid slechts van belang acht wie er schuldenaar is van het gelegateerde bedrag. Van het legaat aan het kleinkind, dat slechts ten laste van een erfgenaam of legataris kan komen (art. 4:117 lid 2 BW), zal alleen het kind van opa schuldenaar zijn. De partner van het kind zal immers veelal geen legataris of erfgenaam zijn en het huwelijksvermogensrecht maakt de partner eveneens geen schuldenaar. Ook na het overlijden van het kind is overigens niet per definitie de partner van het kind de schuldenaar van het (nog steeds) niet-opeisbare legaat geworden. Dit hangt af van de vererving van de nalatenschap van het kind. Indien men dit als uitgangspunten aanneemt, zullen de door Van Vijfeijken geconstateerde ongerijmdheden gedeeltelijk worden weggenomen. Een redelijke wetstoepassing brengt dan met zich dat op het moment van overlijden van opa – los van het huwelijksgoederenregime – wordt bezien of aan de kleinkinderen gelegateerde bedragen het door het kind geërfde overtreft, en dit deel als fictieve verkrijging bij het kleinkind wordt belast. Van Vijfeijken heeft echter terecht geconstateerd dat de (m.i. bij het overlijden van opa geconstateerde) heffing zou moeten plaatsvinden op het moment dat de kleinkinderen de beschikking over het bedrag verkrijgen (dus indien het gelegateerde bedrag opeisbaar wordt, bijvoorbeeld bij het overlijden van de langstlevende van het kind en zijn partner).[420] Aangezien de aanslui-

417 Ik verwijs voor een uitwerking naar de door Van Vijfeijken geschetste gevallen Van Vijfeijken 2013a, p. 161-163 en Van Vijfeijken 2012, par. 5.

418 Art. 1:94 en art. 1:96 BW.

419 Vgl. HR 20 januari 2012, *BNB* 2012/116. Zie o.a. Asser/De Boer 1* 2010/322 en De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, p. 153-155.

420 Zie voor de door Van Vijfeijken geschetste gevallen: Van Vijfeijken 2013a, p. 161-163 en Van Vijfeijken 2012, par. 5.

ting van het moment van de heffing bij de opeisbaarheid nu niet uit de wettekst blijkt, zou de wet op dit punt moeten worden aangepast. In de slotbeschouwing zal ik nader stilstaan bij de vraag waarmee de wetgever rekening zou moeten houden bij legaten van niet-opeisbare geldbedragen die de omvang van de nalatenschap overtreffen.

Overigens ligt een wetswijziging – ondanks de in de literatuur gesignaleerde ongerijmdheden – niet in lijn der verwachting aangezien de wetgever in 2012 het volgende heeft opgemerkt:
'De strekking en werking van genoemd artikel 10 en in het bijzonder het negende lid van dat artikel zijn uitgebreid aan de orde geweest bij de behandeling van de hiervoor genoemde herziening van de Successiewet 1956 in 2009. Het negende lid van genoemd artikel is totstandgekomen bij nota van wijziging en amendering. Het doel van dat lid was met name de zogenoemde ik-opa-legaten onder het bereik van genoemd artikel 10 te brengen, omdat er twijfel bestond of het ik-opa-legaat wel in alle gevallen via het eerste lid van dat artikel in de heffing zou kunnen worden betrokken. De uiteindelijke tekst van het amendement is mede in overleg met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie opgesteld. In het artikel van mevr. prof. mr. Van Vijfeijken wordt een aantal kanttekeningen geplaatst bij de uitwerking van het ik-opa-legaat. (…) Daar komt bij dat enkele van de geconstateerde verschillen ook een gevolg zijn van de positie van de «tussen»generatie, met name van de vraag of die generatie (nog) gehuwd is (een geregistreerd partner heeft) en zo ja, welk huwelijks-goederenregime van toepassing is, wie van de gehuwden het eerste overlijdt en van de formulering van het legaat. In de (uiteindelijke) afwikkeling van de boedel van zowel «opa» als van de «tussengeneratie» kunnen deze feitelijke omstandigheden overigens ook leiden tot complexe problemen, reden waarom deze vorm van generatie-skipping in de praktijk misschien minder vaak zal voorkomen dan in de studeerkamer. Om al deze redenen acht ik het niet opportuun het in samenspraak met de praktijk totstandgekomen bouwwerk van genoemd artikel 10 dat bovendien een zeer complexe materie bestrijkt, inhoudelijk te wijzigen. De geconstateerde onzorgvuldigheid in de wettekst wil ik echter wel corrigeren. Ik zal bij nota van wijziging een technische aanpassing voorstellen.'[421]

De door de wetgever genoemde technische aanpassing ziet op het opnemen van de mogelijkheid dat er meer dan één schuld kan zijn, zodat het totaal van de schulden van belang is voor de vraag of art. 10 lid 9 SW tot heffing leidt. Van Vijfeijken acht het dan ook zorgwekkend dat de wetgever (vanuit het oogpunt van de schatkist) de 'underkill' wel repareert en de 'overkill' in stand laat.[422] Van Vijfeijken merkt treffend op dat het haar onzin lijkt dat deze vorm van generation skipping zich vooral in de studeerkamer zal voordoen. Anders zou art. 10 lid 9 SW ook overbodig zijn geweest en had aanpassing van de 'dode letter' ook achterwege kunnen blijven, aldus Van Vijfeijken.[423] Boven-

421 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 245, nr. 7, p. 7-8. Zie ook *V-N* 2012/31.5.
422 Van Vijfeijken 2013a, p. 163 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.C.g.
423 Van Vijfeijken 2013a, p. 163.

dien zal het zich volgens de Cursus Belastingrecht in de praktijk veel vaker voordoen dat het kind gehuwd is dan ongehuwd.[424] De redactie van Vakstudie Nieuws is ook (terecht) kritisch op de redenering van de wetgever en schrijft: '*Dat het in samenspraak met de praktijk tot stand gekomen bouwwerk, zo is hiervoor vermeld, gaat wankelen, kan geen argument zijn om niets te doen. Als de wet niet goed is, is het wankelen namelijk al begonnen. Dat art. 10 SW complex was en nog steeds is, wordt niet ontkend, maar het betekent ook dat de kans bestaat dat de kennis om de juiste toepassing van art. 10 SW te controleren, ontbreekt. Dit moet een aansporing zijn om art. 10 SW opnieuw te beoordelen en daarin de aanbevelingen die in het artikel van Van Vijfeijken worden gedaan, te betrekken. Dat de gesignaleerde vormen van generatie-skipping in de praktijk misschien minder vaak zullen voorkomen dan in de studeerkamer, kan een lichtzinnige aanname zijn. Waarop wordt gebaseerd dat het (nog) niet zo'n vaart zal lopen?*'[425]

Naast de hierboven gesignaleerde ongerijmdheden is het ook de vraag of de uitleg door de wetgever tijdens het wetgevingsproces, zijnde dat de 'nominale waarde' van de in lid 9 bedoelde schuld eveneens de rentebijschrijvingen omvat, houdbaar en wenselijk is.[426] Hoewel Van Vijfeijken een dergelijke uitkomst vindt passen binnen doel en strekking van art. 10 SW (aangezien ook 'al hetgeen' ingevolge lid 1 in de heffing wordt betrokken), merkt zij echter op dat de toevoeging van 'nominaal' wat betreft het begrip schuld niet anders kan worden uitgelegd dan dat de hoofdsom bedoeld wordt waarop de rente wordt bijgeschreven.[427] B.M.E.M. Schols wijst er bovendien op dat door deze uitleg een (onredelijk) verschil in behandeling plaatsvindt tussen de bijschreven rente ingevolge art. 10 lid 9 SW en de bijgeschreven rente op onderbedelingsvorderingen als bedoeld in art. 10 lid 5, welke rente, behoudens de eventuele werking van art. 9 SW, niet in de heffing van erfbelasting wordt betrokken.[428]

---

424 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.C.g.

425 *V-N* 2012/31.5, onderdeel 4.

426 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 7-8.

427 Van Vijfeijken 2013a, p. 164-165. Om de wettekst in overeenstemming te brengen met de uitleg door de staatssecretaris zou volgens Van Vijfeijken de tekst eenvoudigweg aangepast kunnen worden door 'de nominale waarde van die schuld' te vervangen door 'de waarde van die schuld'.

428 B.M.E.M. Schols 2012, p. 106-107. Zie ook Schoenmaker 2012, par. 6 en Blokland 2010, p. 3-5. Interessant is overigens dat Blokland in de literatuur naar voren heeft gebracht dat onbedoeld ook 'brave' testamenten onder art. 10 lid 9 SW kunnen vallen door de discutabele uitleg die de staatssecretaris aan het begrip 'nominale waarde' (waaronder hij de schuld inclusief de rente-aangroei verstaat) in art. 10 lid 9 SW geeft. Te denken valt aan een testament voor samenwoners waarin de langstlevende partner tot enig erfgenaam wordt benoemd en de kinderen een niet opeisbaar bedrag wordt gelegateerd overeenkomend met hun erfdeel volgens de wet (waarbij de partner als gehuwde echtgenoot wordt aangemerkt). Indien de opgerente legaten de nalatenschap van de eerststervende zouden overtreffen, zou art. 10 lid 9 SW van toepassing kunnen zijn met de uitleg van de staatssecretaris, hetgeen volgens Blokland nooit de bedoeling van de wetgever geweest kan zijn. Art. 10 lid 9 SW is nooit voor dergelijke samenwonerstestamenten geschreven, aldus Blokland.

Volgens Schoenmaker miskent de staatssecretaris de portee van amendement nr. 68.[429] Schoenmaker wijst erop dat de Successiewet ervan uitgaat dat de persoon op wie een niet-opeisbare schuld rust eveneens een rendement uit het verkregen vermogen geniet. Dit genot is (thans) vastgesteld op 6% per jaar gezien art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitv. Besl. SW. De jaarlijks bijgeschreven rente bewerkstelligt dus niet dat de nalatenschap van deze persoon per definitie wordt verkleind.[430] Schols geeft gezien de verschillende behandeling van de bijgeschreven renten echter het volgende advies: '*Met dit verschil wordt mijns inziens in de hand gewerkt dat de praktijk zich onder omstandigheden gaat bedienen van verdelingsvarianten met oprentende vorderingen voor bijvoorbeeld kleinkinderen in plaats van niet-opeisbare vorderingen ten behoeve van kleinkinderen ten titel van legaat. De laatste varianten zijn wat de rente betreft gemaximeerd aan het budget (lees: de nalatenschap) van de 'instellende' erflater, althans verminderen in ieder geval het vrij te laten budget voor art. 10 SW. Een aan een overbedelingsvordering gekoppelde rente in de zin van art. 10 lid 5 SW wordt wel gerespecteerd, waarom geldt dit dan ook niet voor art. 10 lid 9 SW?*'[431]

J) Staaksgewijze verkrijgingen

Naar aanleiding van het negende lid kan naar voren worden gebracht dat het vermogen van opa niet meer gelijkelijk over de staken wordt verdeeld als ieder kleinkind eenzelfde bedrag krijgt gelegateerd, ervan uitgaande dat niet ieder

Zie Compendium Estate Planning 2014, p. 15, alsmede Blokland 2011, p. 94. De staatssecretaris heeft in het kader van de parlementaire behandeling van het Belastingplan 2012 naar aanleiding van Kamervragen hierover geschreven dat hij voornemens is voor bona fide gevallen van samenwoners met kinderen in een beleidsbesluit te regelen dat art. 10 lid 9 SW buiten aanmerking kan blijven. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 33 004, nr. 5, p. 4. Volgens Blokland is in een dergelijke situatie met een genoemd samenwonerstestament per definitie sprake van een 'bona fide geval', zie Blokland 2011, p. 94. Van Vijfeijken acht het onbillijk als een samenwonerstestament onder de heffing van art. 10 lid 9 SW zou vallen indien men deze situatie vergelijkt met de quasi-wettelijke verdeling en het legaat tegen inbreng. Indien de erflater bijvoorbeeld in een testament zijn partner en kinderen tot erfgenamen had benoemd en daarin ook een quasi-wettelijke verdeling had opgenomen, zouden de kinderen na de verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder (als ware het een wettelijke verdeling) eveneens een niet-opeisbare vordering op de langstlevende partner hebben verkregen terwijl de vordering en bijgeschreven rente niet onder de heffing van art. 10 SW zouden vallen gezien art. 10 lid 5 SW; zie Van Vijfeijken 2013a, p. 165-166.

429 In de toelichting op amendement nr. 54, de voorloper van amendement nr. 68, was overigens voor alle duidelijkheid opgenomen dat de bijgeschreven rente niet onder art. 10 SW wordt gebracht. Zie *Kamerstukken II*, 2009/10, 33 004, nr. 54, p. 2.

430 Schoenmaker 2012, par. 6.

431 B.M.E.M. Schols 2012, p. 107. Schoenmaker wijst in dit kader op de verkrijging van de niet-opeisbare vordering door de beoogde legataris naar aanleiding van een verplicht voorgeschreven verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder; zie Schoenmaker 2012, par. 6.

kind van opa evenveel kinderen heeft.[432] Dit kan in de praktijk als een knelpunt worden ervaren als het juist niet de bedoeling van de erflater is om de kleinkinderen gelijk te behandelen maar het de bedoeling is om het vermogen van opa gelijkelijk per staak te verdelen. Dit kan worden opgelost door duidelijk in het testament van opa te bepalen dat het legaat van het kleinkind alleen ten laste komt van en gedragen wordt door zijn ouder (het kind van opa) zodat de andere kinderen van opa niet met dat legaat belast zijn, noch draagplichtig zijn.[433] Het legaat van het kleinkind komt derhalve alleen ten laste van het erfdeel van zijn eigen ouder.

K) Pakken economisch identieke situaties volgens de staatssecretaris fiscaal verschillend uit?

In het bovenstaande kwam aan bod dat de tekst van art. 10 lid 9 SW op zichzelf tot de nodige ongerijmdheden leidde. Daarnaast zijn er in de visie van de staatssecretaris grote verschillen tussen de fiscale behandeling van de hierboven bedoelde niet-opeisbare ik-opa-legaten en de op grond van een klassiek ik-opa-testament schuldigerkende bedragen ingevolge een testamentaire last.

Hoewel het door de Tweede Kamer aangenomen amendement nr. 68 juist ertoe strekte op een doeltreffende manier een oplossing te bieden voor alle problemen die zijn geconstateerd met betrekking tot het voorgestelde art. 10 SW, kwam tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer het door de EPN[434] en de KNB geconstateerde verschil tussen de gevolgen bij een 'klassiek' ik-opa-testament (heffing over de gehele nominale waarde van de vordering op grond van art. 10 lid 1 SW) en de gevolgen bij een ik-opa-testament met uitgesteld legaat (heffing op grond van art. 10 lid 9 SW over het meerdere) aan bod. Hoewel deze testamenten in wezen economisch hetzelfde uitpakken aangezien het kleinkind in beide gevallen een niet-opeisbare vordering heeft, worden deze door de staatssecretaris fiscaal verschillend behandeld. De staatssecretaris benadrukte in zijn memorie van antwoord aan de Eerste Kamer: '*[d]e vorm van een ik-opa-testament met een lastbevoordeling, waarbij het uithollen van het vermogen van het kind voorzienbaar en beoogd is, is een schoolvoorbeeld van een situatie die onderworpen dient te zijn aan het regime van artikel 10. Het negende lid is bedoeld om zeker te stellen dat naast de ik-opa met lastbepaling ook de varianten op dit thema onder het bereik van artikel 10 vallen.*'[435]

De KNB en EPN vonden dit door de staatssecretaris in zijn beantwoording gemaakte onderscheid in behandeling van economisch identieke situaties in

432 Bij het 'klassieke' ik-opa-testament krijgt elke staak, het kind samen met zijn kinderen (de kleinkinderen), hetzelfde deel omdat het door het kind aan het kleinkind schuldig erkende bedrag een interne aangelegenheid is: het speelt slechts in de verhouding tussen het kind en het kleinkind.

433 Zie ook over de aansprakelijkheid en de draagplicht voor legaten Kolkman 2004, p. 29-32.

434 Vereniging van Estate Planners in het Notariaat.

435 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, D, p. 56.

strijd met het doel en de strekking van art. 10 SW en met amendement nr. 68 en kaartten dit bij de staatssecretaris aan.[436] Wonderlijk werd het gevonden dat de aan de kleinkinderen schuldig erkende bedragen bij het 'klassieke' ik-opa-testament bij het overlijden van het kind wel volledig worden belast, ook als het totaal van de aan de kleinkinderen verschuldigde bedragen niet groter is dan hetgeen door het kind uit de nalatenschap van opa is verkregen. Als eenzelfde nominaal bedrag in het testament van opa wordt gelegateerd, opeisbaar bij overlijden van het kind, dan vindt geen heffing plaats op grond van art. 10 lid 9 SW wanneer het gelegateerde bedrag niet groter is dan het erfdeel dat de zoon uit de nalatenschap van opa ontving (en anders alleen over het meerdere).

De staatssecretaris ging in de nadere memorie van antwoord op de kritiek van de KNB en EPN in en constateerde dat het in zijn algemeenheid ongewenst is dat economisch identieke situaties fiscaal op een verschillende wijze worden behandeld.[437] Maar dit hoefde in het kader van de fictiebepalingen volgens de staatssecretaris niet steeds het geval te zijn want, zo schreef de staatssecretaris: '*De fictie van artikel 10 van de Successiewet 1956 heeft de achtergrond van het tegengaan van verkleining van het verervende vermogen. Zij stelt als norm dat rechtshandelingen waarbij iets ten koste van het vermogen van een (toekomstige) erflater gaat in verband waarmee hij tot zijn overlijden een vruchtgebruik heeft gehad, leiden tot een fictieve erfrechtelijke verkrijging. In deze norm zit opgesloten dat indien het niet de erflater zelf is die de rechtshandeling verricht waardoor het genot van het vruchtgebruik ontstaat, de fictie toepassing mist. Hierdoor kunnen economisch identieke situaties in het ene geval wel en in het andere geval niet tot toepassing van artikel 10 leiden. Dat vloeit voort uit het karakter van de bepaling.*'[438]

De staatssecretaris onderbouwde zijn standpunt, dat het 'klassieke' ik-opa-testament gewoon onder art. 10 lid 1 SW valt, door te verwijzen naar de rechtspraak van de Hoge Raad: '*Ik hecht er aan te benadrukken dat het antwoord op de principevraag of artikel 10 ziet op [het] klassieke ik-opa testament niet zozeer uit dit wetsvoorstel voortvloeit, maar dat dit antwoord is gegeven in het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 (BNB 2009/224). Voordien is in de literatuur bediscussieerd of een ik-opa testament met lastbevoordeling (EPN spreekt van een klassiek ik-opa testament) tot artikel 10 zou kunnen leiden. Nimmer is in discussie geweest of de vruchtgebruikvariant van een ik-opa testament (vruchtgebruik bij het kind en blote eigendom bij het kleinkind) tot artikel 10 zou kunnen leiden. Van deze laatste variant stond en staat vast dat deze niet tot latere toepassing van artikel 10 leidt. Testateurs (opa's) konden derhalve voor een veilige en minder veilige weg kiezen. Nu is gebleken dat de minder veilige variant inderdaad tot artikel 10 leidt, ligt het niet op mijn weg hiervoor een tegemoetkoming te verlenen. Beperking van artikel 10 in geval van een*

436 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 4-9 over de brief van de EPN d.d. 7 december 2009 en de brief KNB d.d. 8 december 2009 aan de staatssecretaris.

437 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 5.

438 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 5.

ik-opa testament met lastbepaling bij het kleinkind, tot het meerdere dan wat het kind van zijn vader (in casu opa) heeft verkregen zoals in voorkomende gevallen geldt voor het negende lid, acht ik voor deze situaties niet gewenst en is gegeven het genoemde arrest van de Hoge Raad ook niet nodig.'[439]

De visie van de staatssecretaris is duidelijk. Overigens heeft de staatssecretaris zijn visie tijdens de parlementaire behandeling van de Fiscale Verzamelwet 2012 herhaald.[440] De vraag is of deze visie op grond van de wettekst en wetsgeschiedenis (met name amendementen nr. 54 en nr. 68 en de toelichtingen hierop) verdedigbaar is. Staatsrechtelijk is het bovendien opmerkelijk dat de staatssecretaris in de Eerste Kamer, nadat het amendement in de Tweede Kamer is aangenomen, een uitleg aan art. 10 lid 9 SW geeft die niet op die wijze in de Tweede Kamer is gegeven.[441]

L) Is de visie van de staatssecretaris verdedigbaar?

In de literatuur is op de visie van de staatssecretaris stevige kritiek geuit. Blokland vraagt zich af waarom de staatssecretaris niet de consequentie wenst te aanvaarden dat een 'klassiek' ik-opa-testament ook onder het 'budgetprincipe' (de door de wet geboden vrijgestelde ruimte) van art. 10 lid 9 SW dient te vallen.[442] Ook Van Vijfeijken vindt de ongelijke behandeling, die door de visie van de staatssecretaris ontstaat, onwenselijk.[443] Tol noemt de uitleg die de staatssecretaris in de Eerste Kamer over de ik-opa-testamenten en art. 10 SW geeft opmerkelijk, in strijd met de toelichting op amendement nr. 54 (waar een lastbepaling uitdrukkelijk werd genoemd als voorbeeld van een situatie waarop lid 9 ziet) en in strijd met de toelichting op amendement nr. 68. Zij

439 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 6.

440 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 245, nr. 7, p. 7: '*Het tweede door de leden van de fractie van het CDA aangedragen voorstel tot wijziging heeft betrekking op artikel 10 van de Successiewet 1956 en wel op het in de literatuur gesignaleerde verschil in behandeling tussen een ik-opa-legaat en de ik-opa-making. De strekking en werking van genoemd artikel 10 en in het bijzonder het negende lid van dat artikel zijn uitgebreid aan de orde geweest bij de behandeling van de hiervoor genoemde herziening van de Successiewet 1956 in 2009. Het negende lid van genoemd artikel is totstandgekomen bij nota van wijziging en amendering. Het doel van dat lid was met name de zogenoemde ik-opa-legaten onder het bereik van genoemd artikel 10 te brengen, omdat er twijfel bestond of het ik-opa-legaat wel in alle gevallen via het eerste lid van dat artikel in de heffing zou kunnen worden betrokken. De uiteindelijke tekst van het amendement is mede in overleg met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie opgesteld. In het artikel van mevr. prof. mr. Van Vijfeijken wordt een aantal kanttekeningen geplaatst bij de uitwerking van het ik-opa-legaat. Ik constateer echter dat de gesignaleerde ongerijmdheden ook een gevolg zijn van civielrechtelijke verschillen tussen een legaat en een making onder een last. Deze verschillen leiden vervolgens tot het bijbehorende, andere fiscale gevolg.(…)*'

441 Vgl. Schoenmaker 2013 , par. 4.

442 *Compendium Estate Planning* 2014, p. 15.

443 Van Vijfeijken 2010a, p. 174.

is van mening dat art. 10 lid 9 SW en niet art. 10 lid 1 SW van toepassing is op een 'klassiek' ik-opa-testament.[444]

Schoenmaker heeft in de literatuur verdedigd dat de ChristenUnie met amendementen nrs. 54 en 68 altijd voor ogen heeft gehad om een niet-opeisbare testamentaire schuld die is ontstaan door een testamentaire last of een legaat gelijk te behandelen door deze alleen dan in de heffing op grond van art. 10 SW te betrekken indien per saldo het vermogen van de erfgenaam door de uitvoering van de last of door het legaat wordt verkleind. Schoenmaker spreekt van een 'materiële benadering' of een 'saldobegrip' ten aanzien van de uitleg van 'ten koste van het vermogen' zoals bedoeld in art. 10 lid 1 SW. Van een verkleining zou geen sprake zijn als tegenover de testamentaire schuld volle eigendom wordt verkregen door de erfgenaam.[445] Schoenmaker brengt deze uitleg van de amendementen eveneens in verband met door de ChristenUnie gemaakte opmerkingen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel waarin de ChristenUnie steeds 'ten koste van het vermogen' in art. 10 lid 1 SW als een saldobegrip heeft geïnterpreteerd, welke interpretatie vervolgens ook werd neergelegd in art. 10 lid 9 SW.[446] Schoenmaker: '*Immers, zou de ChristenUnie bij art. 10, lid 1, SW 1956 toch de ruime leer hebben aangehangen (hetgeen zoals hiervoor bleek merkwaardig zou zijn), dan is het op zijn zachtst gezegd merkwaardig dat in art. 10, lid 9, SW 1956 wel een beperking is aangebracht tot het bedrag waarmee het vererfbaar vermogen van de erfgenaam wordt verkleind, terwijl juist art. 10, lid 9, SW 1956 in het leven was geroepen om misbruik tegen te gaan. Kortom, het is waarschijnlijker dat art. 10, lid 9, SW 1956 een uitwerking vormt van de saldomethode die de ChristenUnie voorstond bij art. 10, lid 1, SW 1956.*'[447] Hoewel de staatssecretaris aanvankelijk de materiële benadering (zoals deze in de toelichting bij amendement nr. 54 was vermeld) leek te onderschrijven blijkens zijn reactie op amendement nr. 54,[448] bleek al snel dat de staatssecretaris toch bleef bij zijn eerdere formeel-juridische benadering van art. 10 lid 1 SW op grond waarvan een verkleining van het vermogen voor de toepassing van art. 10 lid 1 SW niet noodzakelijk is.[449] Zodoende valt volgens de staatssecretaris een ingevolge een testamentaire last schuldig erkend geldbedrag (zonder daadwerkelijke jaarlijkse rentebetalingen van 6%; art. 10 lid 3 SW) geheel onder de werking van art. 10 lid 1 SW aangezien er een rechtshandeling in de zin

444 Tol 2010, p. 36-37. Zie ook J.W. Zwemmer, *FED* 2012/29 en Beers 2012.
445 Schoenmaker 2013, par. 4.
446 Schoenmaker 2013 , par. 4, die in dit kader onder meer verwijst naar *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 40, p. 20, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 11, p. 25 en *Handelingen II*, 17, p. 1254.
447 Schoenmaker 2013 , par. 4.
448 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 60, p. 7.
449 Zie o.a. Brief van de staatssecretaris aan de KNB van 28 oktober 2009, DB/2009/618 U, p. 2, als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86.

van lid 1 is verricht,[450] en geldt volgens de staatssecretaris enkel voor het ik-opa-legaat – blijkens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer – de saldo-werking van art. 10 lid 9 SW.[451] Zoals eerder is opgemerkt, is het staatsrechtelijk opmerkelijk dat de staatssecretaris in de Eerste Kamer, nadat het amendement nr. 68 in de Tweede Kamer is aangenomen, een uitleg aan het amendement en daarmee aan art. 10 lid 9 SW geeft die niet op die wijze in de Tweede Kamer naar voren is gekomen.[452] Men kan bij deze gang van zaken vraagtekens plaatsen. Schoenmaker vraagt zich af of aan de uitlatingen van de staatssecretaris wel betekenis toekomt aangezien hij door deze uitlatingen richting de Eerste Kamer 'contrair' is gegaan ten opzichte van het door de Tweede Kamer aangenomen amendement nr. 68.[453] Overigens kan men evenzeer staatsrechtelijke vraagtekens plaatsen bij de redenering van Schoenmaker die erop neer lijkt te komen dat – omdat de ChristenUnie de woorden 'ten koste van het vermogen' in art. 10 lid 1 SW als een saldobegrip interpreteert, en deze saldomethode eveneens heeft uitgewerkt in het via het amendement aangenomen art. 10 lid 9 SW – de bedoeling van de ChristenUnie met lid 9 van belang is voor de werking en uitleg van lid 1 van art. 10 SW.[454] Met andere woorden: kan een amendement over lid 9 bewerkstelligen dat een nadere uitleg wordt gegeven aan de sinds de invoering van de Successiewet 1956 in art. 10 lid 1 SW opgenomen woorden 'ten koste van' het vermogen van erflater? Deze reikwijdte kan mijns inziens niet aan het hierbedoelde amendement nr. 68 worden toegekend. Ik meen dat de door (o.a.) Schoenmaker voorgestane gelijke behandeling van de ik-opa-last en het ik-opa-legaat volgens de saldomethode thans tot het wenselijk recht gerekend moet worden.

Het bovenstaande laat onverlet dat ik mij kan vinden in de geuite kritiek dat de ongelijke behandeling van economisch gelijke gevallen onwenselijk is. Geconstateerd kan worden dat de wens in de Tweede Kamer (zie amendement nr. 54) bestond om alleen te belasten voor zover de nominale waarde van de niet direct opeisbare schuld hoger is dan de waarde van de verkrijging van de schuldenaar. Maar was het de wens om dit alleen voor een schuld ontstaan door een niet-opeisbaar legaat zo te regelen of ook voor de last? De ingevolge de lastbepaling in het 'klassieke' ik-opa-testament schuldig erkende bedragen vallen immers, zo neem ik aan, op grond van rechtspraak van de Hoge Raad onder lid 1 van art. 10 SW.[455] In amendement nr. 54 begon het voorgestelde

450 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 390, nr. 9, p. 37-38.
451 Zie o.a. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, nr. D, p. 56 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, nr. F, p. 5 en 6.
452 Vgl. Schoenmaker 2013 , par. 4.
453 Schoenmaker 2013 , par. 4. Schoenmaker verwijst in dit kader naar art. 84 lid 1 van de Grondwet op grond waarvan het de regering niet is toegestaan het wetsvoorstel te wijzigen nadat het door de Tweede Kamer is aangenomen.
454 Zie Schoenmaker 2013 , par. 4.
455 Zo ook o.a. Van Vijfeijken 2013a, p. 155-156.

lid 9 met '*[d]it artikel is niet van toepassing (…)*', zodat het 'legaat' nog steeds niet belast zou worden omdat het immers ook niet onder lid 1 van art. 10 SW valt. In amendement nr. 68 werd er wat betreft de formulering van het nieuwe negende lid voor een andere weg gekozen, en werd de werking van lid 1 uitgebreid. Deze wettekst (die uiteindelijk ook is aangenomen) begon namelijk met '*[h]et eerste lid is mede van toepassing (…)*'.[456] In de toelichting bij het aangenomen amendement nr. 68 werd niet meer over een 'last of een legaat' gesproken maar slechts over situaties waarin op grond van een testament een niet direct opeisbare schuld ontstaat. De last om aan een kleinkind bedragen schuldig te erkennen is hiermee echter niet van het eerste lid uitgezonderd en valt dus ook nog steeds onder lid 1 van art. 10 SW. Kortom: de huidige wettekst en de geldende jurisprudentie verzetten zich er naar mijn mening tegen om het 'klassieke' ik-opa-testament met de lastbepaling bij lid 1 'weg te denken' en bij lid 9 van art. 10 SW onder te brengen.[457] Hier is op dit moment geen expliciete grondslag voor. Of de uitleg van de staatssecretaris in overeenstemming is met de toelichting bij het amendement kan ter discussie staan. Desalniettemin strookt de uitleg van de staatssecretaris met de letterlijke

456 In de literatuur is opgemerkt dat deze formulering zo kan worden uitgelegd dat dit nieuwe lid een toevoeging op sub a en b in lid 1 is en er vervolgens nog steeds voldaan moet worden aan het voor lid 1 noodzakelijke vereiste van de 'rechtshandeling'. (*V-N* 2010/2.3, p. 58 en 59). Hoewel de formulering van lid 9 niet de schoonheidsprijs verdient, lijkt mij deze uitleg echter ver gezocht en niet in lijn met de duidelijke bedoeling van de wetgever om met lid 9 de eis van de 'rechtshandeling' juist te omzeilen zodat bepaalde gevallen alsnog onder lid 1 kunnen worden geschaard.

457 Vgl. Rechtbank Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8012, *V-N* 2014/47.20. De rechtbank overweegt in r.o. 10: '*De rechtbank is van oordeel dat de ik-opa-last wordt bestreken door artikel 10, eerste lid, van de SW en niet tevens door het negende lid van dat artikel. De rechtbank wijst hierbij op de duidelijke bewoordingen van het negende lid, alsmede op het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BG6455ECLI: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, waarmee 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. In het onderhavige geval bestaat die rechtshandeling uit de aanvaarding van de erfenis en daarmee van de last door vader bij het overlijden van grootvader. Aan de toepassing van artikel 10, negende lid, van de SW wordt dan niet meer toegekomen. Uit het gebruik van de bewoordingen "Het eerste lid is mede van toepassing indien" in het negende lid volgt dat dit lid de functie heeft van een vangnetbepaling: is het eerste lid niet direct van toepassing, dan kan het bepaalde in het eerste lid alsnog van toepassing zijn ingeval wordt voldaan aan de omschrijving in het negende lid. De rechtbank wijst in dit verband ook op de toelichting bij amendement nr. 68 dat mede aanleiding was voor de invoering van het negende lid (Kamerstukken II 2009-2010, 31 930, nr. 68, pag. 4-5).*(…)' Op de vraag of in deze zaak overigens in civielrechtelijke zin geen sprake was van een legaat in plaats van een ik-opa-last (zodat art. 10 lid 9 SW had moeten worden toegepast) kom ik in een later stadium terug.

wettekst en is een wetswijziging mijns inziens de enige mogelijkheid om in de huidige situatie verandering te brengen.[458]

M) Voorstel tot wijziging van art. 10 SW

Het moge duidelijk zijn dat de huidige verschillende fiscale behandeling van economisch identieke situaties niet gerechtvaardigd is.[459] Ook Tol brengt in dit kader naar voren dat art. 10 SW slechts dan een rol zou moeten spelen voor zover het eigen, niet-geërfde vermogen van de schuldenaar wordt verkleind door een omzetting van volle eigendom in een genotsrecht.[460] Aangezien ik van oordeel ben dat thans een wetswijziging de enige weg is om de ik-opa-lastbevoordeling op dezelfde manier te kunnen behandelen als het uitgestelde legaat aan het kleinkind, zal ik in de slotbeschouwing van dit hoofdstuk trachten om de gelijke behandeling met een nieuw geformuleerd wetsartikel te bewerkstelligen waarbij ik het wenselijk acht om de ik-opa-lastbevoordeling en het uitgestelde legaat slechts te belasten voor zover de nominale waarde van de schuld meer bedraagt dan de waarde van hetgeen de erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt.[461] Hoewel Van Vijfeijken vanuit het perspectief van het

458 Zie over de kwaliteit van wetgevingen o.a.: M.W.C. Feteris, 'Kwaliteit van wetgeving en het decoderen van dubbele boodschappen', *WFR* 2010-6857, p. 570-575. Feteris concludeert onder meer dat de tekst van de wet waarschijnlijk zal voorgaan als hij volstrekt duidelijk is, en de toelichting uitgaat van een vergaande afwijking van de tekst.

459 Zo (o.a.) ook Van Vijfeijken 2010a, p. 181.

460 Tol 2010, p. 36-37.

461 Voor de volledigheid merk ik op dat ik in mijn bijdrage over het ik-opa-testament in het (Belgisch) Tijdschrift Estate Planning reeds een eerste voorstel deed. Ik schreef toen (Boelens 2011, p. 52-53): 'Hoewel ik mijn vingers niet wil branden aan de lastige kunst van het wetgeven, zou een nieuw lid (lid 10 in dit geval) bij art. 10 SW er in mijn ogen in elk geval voor moeten zorgen dat de ik-opa-lastbevoordeling, die nu op grond van lid 1 van art. 10 SW geheel belast lijkt te worden, niet meer onder lid 1 belast wordt voor zover de nominale waarde van die schuld niet meer bedraagt dan de waarde van hetgeen die erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt. Per saldo wordt dan bereikt dat de ik-opa-lastbevoordeling op grond van lid 1 én lid 10 (nieuw) zou worden belast voor zover de nominale waarde van de schuld meer bedraagt dan de waarde van hetgeen de erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt. Voor dat (mindere) deel blijft lid 1 immers van toepassing. De tekst van lid 10 (nieuw) kan bijvoorbeeld zijn: *Het eerste lid is niet van toepassing, indien tot het vermogen van de erflater een schuld behoort, die is ontstaan als gevolg van een uiterste wil, voor zover de nominale waarde van die schuld niet 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 wordt de in de eerste volzin bedoelde schuld buiten beschouwing gelaten.* Overigens is het de bedoeling dat met een dergelijk nieuw lid geen afbreuk wordt gedaan aan de heffing die op grond van art. 10 lid 9 SW bij een uitgesteld legaat plaatsvindt over het meerdere.
Een andere (spiegelbeeldige) optie zou zijn om juist alle ik-opa-vorderingen (waaronder dus de uitgestelde legaten van lid 9) onder lid 1 van art. 10 SW te brengen zodat deze allemaal voor de nominale waarde belast worden op het moment dat de vorderingen opeisbaar worden. Hoewel economisch identieke situaties in dit geval dan ook fiscaal gelijk

gelijkheidsbeginsel ook meent dat beide gevallen gelijk behandeld moeten worden, heeft het volgens haar binnen doel en strekking van art. 10 SW de voorkeur om ook bij het ik-opa-legaat, net als bij het 'klassieke' ik-opa-testament, de gehele vordering in de heffing te betrekken.[462] Ik meen echter dat de door Schoenmaker genoemde 'materiële benadering' navolging verdient voor zover iemands vermogen wordt 'uitgehold' ten gevolge van een uiterste wil van een ander en zal mijn wetsvoorstel in de slotbeschouwing op die benadering baseren.

N) Levert het ik-opa-testament onder het huidige recht nog belastingbesparing op?

Nu duidelijk lijkt te zijn dat (ook) per 1 januari 2010 onder de gewijzigde Successiewet de verkrijging van de kleinkinderen bij het overlijden van hun ouders op grond van het 'klassieke' ik-opa-testament, zonder wetswijziging, (uiteindelijk) geheel onder de werking van art. 10 lid 1 SW valt (ongeacht het huwelijksgoederenregime van de ouders), en er ook geen tegemoetkoming op grond van art. 7 SW wordt verleend voor reeds geheven erfbelasting bij het overlijden van opa over de verkrijging van de vordering, is er met het 'klassieke' ik-opa-testament geen belastingbesparing te bereiken.[463] Integendeel, het 'klassieke' ik-opa-testament werkt averechts en leidt per saldo tot een gedeeltelijke dubbele heffing van erfbelasting over de contante waarde van de vordering.

Voor het geval er wordt gewerkt met een niet-opeisbaar gelegateerd bedrag aan de kleinkinderen, is art. 10 lid 9 SW door de wetgever in het leven geroepen. In een dergelijk geval kan heffing op grond van art. 10 lid 9 SW voorkomen worden indien de nominale waarde van de vordering gemaximeerd is tot de omvang van de nalatenschap van opa. Het kleinkind betaalt bij het overlijden van opa erfbelasting over de contante waarde van het gelegateerde bedrag en bij het overlijden van het kind groeit deze vordering onbelast aan tot de nominale waarde (mits deze niet groter is dan de omvang van de nalatenschap van opa). Doordat de nominale waarde van de vordering gemaxi-

---

behandeld worden, verdient deze optie mijns inziens niet de voorkeur omdat er dan bij alle ik-opa-vorderingen, door de belastbaarheid van de nominale waarde en de eerdere heffing van erfbelasting bij het overlijden van opa, voor een deel dubbele heffing plaatsvindt.'

462 Van Vijfeijken 2013a, p. 160 en 203.

463 Zoals eerder opgemerkt, dient deze conclusie bij een reeds opengevallen 'klassiek' ik-opa-testament waarbij de ik-opa-vordering nog niet opeisbaar is enigszins genuanceerd te worden aangezien in het kader van de afwikkeling van het ik-opa-testament alsnog een flinke belastingbesparing bereikt kan worden door de ik-opa-schuld over meerdere jaren (met gebruikmaking van jaarlijkse schenkingsvrijstellingen) door het kind tijdens zijn leven aan zijn kind te laten aflossen (door fiscaal gezien afstand te doen van het fictieve vruchtgebruik van het afgeloste bedrag en dus meer te vergoeden dan de contante waarde). Zie voor een cijfermatige uitwerking Blokland & Kwakernaak 2010, p. 90-94.

meerd is tot de omvang van de nalatenschap kan de extreme belastingbesparing, zoals met het ik-opa-testament beoogd werd met de onbeperkte waardesprong van de contante naar de nominale waarde van de vordering van het kleinkind, ook via deze weg niet meer bereikt worden. Desalniettemin heeft de wetgever volgens Van Vijfeijken met art. 10 lid 9 SW een 'royale opening' geboden voor 'generation skipping', hetgeen volgens haar onbegrijpelijk is aangezien de wetgever art. 10 SW op allerlei onderdelen heeft aangescherpt.[464]

Stel dat een erflater ten laste van zijn enig kind aan zijn vier kleinkinderen een zodanig renteloos bedrag legateert opeisbaar bij overlijden van zijn kind, waarvan de waarde overeenkomt met de contante waarde van de kleinkindvrijstelling ten tijde van zijn overlijden. Stel dat deze kleinkindvrijstelling € 20.000 bedraagt in het jaar dat de erflater overlijdt en zijn kind dan 60 jaar oud is. Aan het genot van het kind kan volgens art. 5 en 10 Uitv. Besl. SW een waarde worden toegekend van 60%, zodat de contante waarde van € 20.000 40% van de nominale waarde bedraagt. De nominale waarde bedraagt derhalve € 50.000. Bij het overlijden van erflater (opa) wordt erfbelasting bespaard omdat gebruik gemaakt wordt van de kleinkindvrijstellingen waardoor de belastbare verkrijging van het kind met € 80.000 (zijnde de contante waarde van de schulden aan zijn vier kinderen) is verminderd. Bij het overlijden van het kind, kan ieder kleinkind de nominale waarde van zijn vordering opeisen, zijnde € 50.000, hetgeen eveneens een belastingbesparing oplevert (met name voor het kleinkind dat voor de verkrijging van deze vordering door de kleinkindvrijstelling nooit erfbelasting heeft betaald).[465] Derhalve kan € 200.000 uit de nalatenschap van het kind worden opgeëist, welk bedrag op grond van art. 10 lid 9 SW niet in de heffing wordt betrokken indien het kind destijds minimaal € 200.000 uit de nalatenschap van erflater heeft verkregen.[466]

Indien men in de testamentenpraktijk een bovenstaand niet-opeisbaar legaat met een contante waarde van de kleinkindvrijstelling aan de kleinkinderen maximeert tot de omvang van hetgeen degene die belast is met het legaat uit de nalatenschap heeft verkregen, zoals bedoeld in art. 10 lid 9 SW, zal door deze testamentaire verminderingsregel geen heffing van erfbelasting kunnen plaatsvinden ingevolge art. 10 lid 9 SW en kan men alsnog een erfbelastingbesparing bewerkstelligen.[467]

---

464 Van Vijfeijken 2013a, p. 159 en Van Vijfeijken 2012, par. 3.

465 Van Vijfeijken wijst erop dat de kleinkinderen het van opa verkregen vorderingsrecht wel in aanmerking moeten nemen voor box 3 Wet IB 2001. Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 158.

466 Vgl. Van Vijfeijken 2013a, p. 158-159 en Van Vijfeijken 2012, par. 3.

467 Vgl. het 'Legaat kleinkinderen (vrijstellingsoptimalisatie)' van het 'Model combi-testament van de 21e eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last)', versie 6.0.a van ScholsBurgerhartSchols, Modellen van het Notariaat' van Sdu Uitgevers. Zie ook EstateTip Review 2012-31. In deze Estate Tip wordt naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX6252 (in welke

Van Vijfeijken maakt, met betrekking tot het uitgestelde legaat dat niet onder het bereik van art. 10 lid 9 SW valt, de vergelijking met het vruchtgebruiktestament waarbij de kleinkinderen als erfgenamen zijn aangewezen: in wezen 'vererft' het vermogen twee keer (eerst naar het kind van opa en vervolgens naar het kleinkind van opa) terwijl slechts één keer erfbelasting wordt betaald. Het verschil met het vruchtgebruiktestament is dat het kind bij het uitgestelde ik-opa-legaat tijdens zijn leven wel de volle eigendom van het vermogen heeft in plaats van het vruchtgebruik.[468]

O) Wat te doen met nog niet opengevallen nalatenschappen?

Gezien het bovenstaande kan geen andere conclusie getrokken worden dan dat bestaande 'klassieke' ik-opa-testamenten, om dubbele heffing van erfbelasting te voorkomen, vervangen moeten worden door andere veiliger testamenten.[469] Te denken valt in dit kader aan alternatieve ik-opa-constructies zoals – wat de wetgever in het wetgevingsproces ook als veilige optie noemde waar art. 10 SW sowieso niet van toepassing op is[470] – het vruchtgebruiktestament met de benoeming van de kleinkinderen tot erfgenamen en de toekenning van het vruchtgebruiklegaat aan de kinderen van opa. Daarnaast valt dus te denken aan het uitgestelde legaat van een geldbedrag, mits men rekening houdt met de werking van art. 10 lid 9 SW.

P) Wat te doen met opengevallen nalatenschappen?

Voor de belastbaarheid van een op grond van het 'klassieke' ik-opa-testament verkregen lastbevoordeling die op het moment van het overlijden van de ouder opeisbaar wordt, maakt het niet uit of deze onder de oude (vóór 1 januari 2010) of onder de gewijzigde Successiewet opeisbaar is geworden. Art. 10 lid 1 SW is namelijk in beide gevallen voor de gehele verkrijging van toepassing. Overgangsrecht is dan ook niet gecreëerd. Indien dergelijke ik-opa-vorderingen nog niet opeisbaar zijn, en de heffing op grond van art. 10 SW dreigend als een donkere wolk in de lucht hangt, kan gedacht worden aan de mogelijkheid dat het kind de schuld (te weten de contante waarde van de schuld op dat moment; te berekenen via het Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956) aan het kleinkind meer dan 180 dagen voor zijn overlijden[471] aflost.[472] Een andere

uitspraak de rechtbank op grond van art. 4:134 BW een op de verzoekster rustende ik-opa-last opheft omdat de door de erflater beoogde successierechtbesparing niet langer kan worden gerealiseerd), opgemerkt dat wellicht sprake was van een ik-opa-legaat en vervolgens binnen de grenzen van art. 10 lid 9 SW weldegelijk een erfbelastingbesparing mogelijk zou zijn geweest.

468 Van Vijfeijken 2010a, p. 173-174.

469 Zie ook Sonneveldt 2010, p. 30-31 en Tol 2010, p. 37-38.

470 Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, F, p. 6.

471 Deze 180-dagen eis geldt op grond van art. 10 lid 4 sub b SW.

mogelijkheid is om het fictieve genot op te heffen zodat art. 10 SW niet meer van toepassing is door de vordering (of een deel van de vordering) rentedragend te maken, dat wil zeggen door jaarlijks een rente van 6% hierover te betalen (zie art. 10 lid 3 SW).[473] Overigens is het rentedragend maken van de vordering aan te merken als een schenking zodat dit kan leiden tot heffing van schenkbelasting[474]: de vordering was aanvankelijk immers renteloos en door de vordering rentedragend te maken, stijgt de waarde van de vordering. De kleinkinderen verrijken hierdoor en de kinderen, die ineens de rente aan de kleinkinderen gaan betalen, verarmen. Omdat de rentebetaling onverplicht is, is tot slot tevens voldaan aan de voor de kwalificatie als schenking benodigde eis van vrijgevigheid.[475]

Als een nalatenschap is opengevallen met een uitgesteld legaat aan de kleinkinderen, zal, indien dit legaat vóór 1 januari 2010 opeisbaar is geworden geen heffing op grond van art. 10 SW kunnen plaatsvinden. Een dergelijk legaat valt namelijk naar mijn mening niet onder lid 1 van art. 10 SW omdat de erfgenamen geen rechtshandeling verrichten. Hiervoor heeft de wetgever na 1 januari 2010 juist lid 9 toegevoegd aan art. 10 SW. Sindsdien kan heffing op grond van art. 10 SW slechts voorkomen worden voor zover de nominale waarde van het uitgestelde legaat de omvang van de nalatenschap van opa niet te boven gaat.

Voor opengevallen 'klassieke' ik-opa-testamenten die zijn opgemaakt onder het oude erfrecht (vóór 1 januari 2003) kan als redmiddel naar voren worden gebracht dat een 'oude' veel gemaakte lastbevoordeling civielrechtelijk veelal, sinds het 1 januari 2003 geldende erfrecht, als een legaat ten gunste van de kleinkinderen moet worden aangemerkt.[476] Onder het oude erfrecht was het onderscheid tussen een last en een legaat niet zuiver (zie hoofdstuk 3). Het gebruik van het woord 'last' onder het oude erfrecht sluit niet uit dat thans

472 Tol en Sonneveldt merken hierbij de estate planningsmogelijkheid op om dit door de kleinkinderen ontvangen bedrag vervolgens weer uit te lenen aan hun ouders zodat ze weer een vordering op hun ouders verkrijgen. Als deze vordering direct opeisbaar gemaakt wordt, kan jaarlijks ingevolge art. 15 SW 6% rente overgeheveld worden van de ouders naar de kinderen. Zie Sonneveldt 2010, p. 31 en Tol 2010, p. 38.

473 Sinds 1 januari 2010 is echter niet meer voldoende dat het genot meer dan 180 dagen voorafgaand aan het overlijden is geëindigd, maar vereist art. 10 lid 3 SW dat de vergoeding van 6% ook daadwerkelijk elk jaar betaald moet zijn. Als dit niet elk jaar is gebeurd, moeten alsnog de gemiste termijnen inclusief de rente betaald worden om toepassing van art. 10 SW (over het gehele schuldig erkende bedrag) te voorkomen. Zie (ook voor kritiek hierop) Van Vijfeijken 2010a, p. 172-173.

474 Art. 1 lid 1 onder 2 SW.

475 Zie art. 7:175 lid 1 BW voor een definitie van de schenking. Overigens wordt in de Successiewet onder schenking verstaan de civielrechtelijke gift (waartoe ook elke schenking behoort) zoals bedoeld in art. 7:186 lid 2 BW. Zie art. 1 lid 1 onder 7 SW.

476 Zie o.a. B.M.E.M. Schols 2014b, Schoenmaker 2013 , par. 4, het commentaar van Schoenmaker in *NTFR* 2009 (52), 2727 en EstateTip Review 2012-31.

eigenlijk sprake is van een legaat (indien onder het oude recht reeds sprake was van een vorderingsrecht voor de lastbevoordeelde; zie HR 27 maart 1914, *NJ* 1914, 622). De benaming is derhalve niet per definitie doorslaggevend, het gaat om de bedoeling van de erflater zodat het testament in sommige gevallen moet worden uitgelegd. Indien deze 'transformatie' naar een legaat na uitleg van het testament geaccepteerd zou worden, zou dat betekenen dat ik-opa-vorderingen opeisbaar geworden vóór 1 januari 2010 niet, en na 1 januari 2010 slechts voor het meerdere op grond van art. 10 lid 9 SW, belast worden. Dat een dergelijke 'transformatie' van een in het testament genoemde 'last' naar legaat (naar mijn mening trouwens ook onder het huidige erfrecht) niet denkbeeldig is, bleek uit een uitspraak van het Hof Leeuwarden van 26 januari 2010.[477] In deze zaak hadden vijf stichtingen een nalatenschap geërfd 'onder de last' om periodiek aan X een bepaald bedrag uit te keren. Het hof deelde niet de conclusie van de belanghebbende, inhoudende dat de lijfrenteuitkeringen niet in rechte vorderbaar zijn omdat deze in het in 2001 opgemaakte testament niet zijn ondergebracht onder de 'legaten' maar onder de 'last'. Het hof overwoog onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van Boek 4 BW namelijk: '*Beslissend voor het antwoord op de vraag of een making een legaat of een last is, is of een erflaatster in een uiterste wilsbeschikking een vorderingsrecht heeft toegekend. De vraag of aan belanghebbende een vorderingsrecht is toegekend is derhalve afhankelijk van de wil van de erflaatster. In geval van twijfel of de erflater beoogd heeft een vorderingsrecht toe te kennen, zal de uiterste wilsbeschikking dienen te worden uitgelegd waarbij als uitgangspunt mag worden genomen dat de erflaatster als regel een bij uiterste wilsbeschikking bevoordeelde een vorderingsrecht zal willen toekennen (MvA II, Vaststellingswet 3771, nr. 6, p. 40).*'[478] Toegepast op het ik-opa-testament, betekent dit dat als in een ik-opa-testament een last is opgenomen om aan de kleinkinderen een bedrag schuldig te erkennen, naar voren gebracht zou kunnen worden dat in wezen sprake is van een legaat omdat opa de bedoeling had om daadwerkelijk iets aan de kleinkinderen na te laten en de kleinkinderen dit ook zouden moeten kunnen afdwingen (zodat sprake is van een vorderingsrecht en derhalve van een legaat). Met andere woorden: om te concluderen of van art. 10 SW het eerste of het negende lid van toepassing is, dient eerst te worden nagegaan of civielrechtelijk sprake is van een ik-opa-last of van een ik-opa-legaat. De Successiewet volgt immers in beginsel de civielrechtelijke werkelijkheid.[479]

Bij de uitspraak van Rechtbank Den Haag van 3 juni 2014, ECLI:NLRBDHA:2014:8010, over een ik-opa-testament (met lastbepaling) van een in 1999 overleden erflater, waarvan het kind in 2010 overlijdt, kwam de rechtbank tot het oordeel dat deze 'last' onder art. 10 lid 1 SW valt. Men kan zich echter afvragen of de

477 Hof Leeuwarden 26 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL2814.
478 Hof Leeuwarden 26 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL2814, r.o. 4.2.
479 Vgl. de annotator van Vakstudienieuws, *V-N* 2014/47.20.

rechtbank zich eerst over de vraag heeft gebogen of thans civielrechtelijk sprake is van een last of legaat alvorens tot het oordeel te komen dat art. 10 lid 1 SW van toepassing is. B.M.E.M. Schols is dan ook terecht kritisch over deze uitspraak en concludeert dat de rechtbank het negende lid tot een dode letter maakt nu niet eerst onderzocht was of de erflater aan de kleinkinderen een vorderingsrecht heeft toegekend. Volgens Schols is sprake van een vorderingsrecht nu in het testament onder meer staat opgenomen: '*Ik verbind aan deze last de bepaling dat de lastbevoordeelden geen enkel ander recht zullen hebben dan het recht van opeising na het overlijden van mijn kinderen en het overlijden van hun respectievelijke echtgenoten.*'[480]

De conclusie kan dan ook zijn dat zelfs bij opengevallen nalatenschappen alleen dan in civielrechtelijke zin sprake zal zijn van een ik-opa-last – en dus van toepassing van (het ongunstige) art. 10 lid 1 SW op grond van de huidige wettelijke regeling – indien er geen vorderingsrecht was of kon zijn toegekend door de erflater aan de kleinkinderen, bijvoorbeeld omdat de kleinkinderen nog niet bestaan ten tijde van het overlijden van de erflater.[481]

Q) Is art. 10 SW een achterhaald concept in het licht van het ik-opa-testament?
Voordat ik tot een afronding kom van deze paragraaf over het ik-opa-testament, wil ik de fundamentele kritiek die Van Vijfeijken in de literatuur verschillende malen heeft geuit op art. 10 SW niet onvermeld laten in het licht van het ik-opa-testament. Art. 10 SW is volgens Van Vijfeijken, zoals reeds eerder vermeld, alleen nog te begrijpen vanuit het – naar haar mening achterhaalde maar door de wetgever onderschreven – concept van een (juridische) boedelbelasting, terwijl er vanuit het concept van een (economische) verkrijgersbelasting geen reden is om art. 10 SW te handhaven.[482] Toegepast op het ik-opa-testament komt deze kritiek erop neer dat erfbelasting wordt ontgaan bij het kind (zijn nalatenschap wordt namelijk door de grote nominale vorderingen uitgehold terwijl hij daar door de niet-opeisbaarheid van de vorderingen geen hinder van ondervindt) terwijl de reparatie plaatsvindt bij het kleinkind.[483] Het kleinkind wordt immers, zoals bekend, (mogelijk) tweemaal voor de erfbelasting belast en bovendien wordt de waardestijging van zijn vordering ook nog meegenomen in box 3 van de Wet IB 2001. Reparatie zou volgens Van Vijfeijken moeten plaatsvinden bij het kind dat tijdens zijn leven niet wordt beperkt in zijn bestedingsmogelijkheden. Voor het kleinkind geldt dat de vordering op papier in juridische zin zijn draagkracht vermeerdert, maar

480 B.M.E.M. Schols 2014b. Zie ook kritisch de annotator van Vakstudienieuws, *V-N* 2014/47.20.
481 Alsdan kan geen sprake zijn van een legaat omdat de legataris dient te bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt, zie art. 4:56 lid 1 BW. Deze bestaanseis geldt niet bij een testamentaire last aangezien dan geen sprake is van een making in de zin van art. 4:56 lid 1 BW. Zie ook Schoenmaker 2013, par. 4 en par. 5.
482 Van Vijfeijken 2010a, p. 177-178.
483 Van Vijfeijken 2010a, p. 177.

het kleinkind feitelijk geen toename van zijn koopkracht daardoor ondervindt.[484] Aansluiten bij de economische werkelijkheid zou dan betekenen dat bij het kind bij de heffing van de erfbelasting geen rekening mag worden gehouden met de (contante waarde van de) ik-opa-schuld en de kleinkinderen pas bij aflossing voor nominale waarde belast worden (bij aflossing tijdens leven met schenkbelasting en bij aflossing bij overlijden met erfbelasting).[485] Op het moment van aflossen neemt bij het kleinkind immers pas de koopkracht feitelijk toe en zouden de verkregen gelden dan pas dienen te worden meegenomen in box 3.[486] Aan een dergelijke fundamentele beschouwing over art. 10 SW is de staatssecretaris bij deze wijziging van de Successiewet echter niet toegekomen, zodat we in de praktijk moeten blijven werken met een onoverzichtelijk art. 10 SW waarin tijdens het wetgevingsproces telkens uitzonderingen werden opgenomen om de werking ervan in specifieke gevallen te beperken. In het kader van de slotbeschouwing kom ik hierop terug en zal ik trachten binnen het huidige systeem (waar geen sprake is van defiscalisering van erfrechtelijke vorderingen) een oplossing te zoeken indien en voor zover de toepassing van art. 10 lid 1 SW bij een ik-opa-last tot een 'overkill' leidt omdat door de making geen sprake is van uitholling van de toekomstige nalatenschap van het kind.

7.4.2.5 Conclusie

De rol van het 'klassieke' ik-opa-testament met een echte testamentaire last lijkt in de huidige estate planningspraktijk te zijn uitgespeeld. Niet alleen de wijzigingen in de Successiewet maar ook de uitspraak van de Hoge Raad hebben hieraan bijgedragen. In plaats van extreme belastingbesparing, leidt een 'klassiek' ik-opa-testament zelfs tot dubbele belastingheffing aangezien bij het overlijden van het kind op grond van art. 10 lid 1 SW over de gehele nominale waarde van de vordering wordt geheven ten laste van het kleinkind terwijl het kleinkind bij het overlijden van opa ook al erfbelasting heeft betaald over de contante waarde van de vordering. Van een uitholling van de toekomstige nalatenschap van het kind is echter geen sprake indien het kind van de erflater tegenover de ingevolge het testament van de erflater schuldigerkende bedragen aan zijn kind, de volle eigendom van de erflater heeft verkregen.

Indien gewerkt wordt met een uitgesteld legaat aan het kleinkind, opeisbaar bij het overlijden van het kind, zal onder de gewijzigde Successiewet nu ook geheven kunnen worden op grond van art. 10 lid 9 SW, echter alleen voor zover de nominale waarde van de vordering van het kleinkind de waarde van de verkrijging door het kind van hetgeen hij krachtens erfrecht van opa heeft

484 Van Vijfeijken 2012, par. 7.
485 Van Vijfeijken 2010a, p. 177-178. Zie ook Van Vijfeijken 2012, par. 7.
486 Van Vijfeijken 2012, par. 7.

verkregen, te boven gaat.[487] Binnen de grenzen van art. 10 lid 9 SW en met gebruikmaking van de kleinkindvrijstelling van (in 2015) een kleine € 20.000 kan nog steeds erfbelasting bespaard worden. Overigens dient men zich te realiseren dat de ik-opa-techniek zoals die in deze paragraaf uitgebreid besproken is, uiteraard ook kan worden toegepast op andere verhoudingen (bijvoorbeeld de alleenstaande erflater en zijn neven/nichten en diens kinderen), zij het dat in deze verhoudingen hogere tarieven en kleinere vrijstellingen gelden.[488] Voor zover de verkrijger niet is uitgezonderd van de in art. 10 lid 4 SW genoemde personen (en is voldaan aan de verwantschapseis), zal dan ook art. 10 lid 1 of lid 9 SW kunnen worden toegepast.

Afhankelijk of dus voor een lastbevoordeling (zonder vorderingsrecht, bijvoorbeeld omdat er nog geen kleinkinderen zijn ten tijde van het overlijden van opa) dan wel voor een uitgesteld legaat gekozen wordt, verschilt de heffing van de erfbelasting. Hoewel geconstateerd kan worden dat de staatssecretaris met de wetswijziging erin geslaagd is (ik-opa-)legaten met een 'hefboomwerking'[489] – indien en voor zover die bewerkstelligen dat een toekomstige nalatenschap wordt uitgehold – te bestrijden, is hij doorgeschoten door economisch gelijke gevallen ongelijk te behandelen en niet voor de 'klassieke' ik-opa-variant ook slechts dat deel te belasten dat het kind uit eigen vermogen omzet in genotsrechten zoals via art. 10 lid 9 SW bij legaten wordt bewerkstelligd. Een wetswijziging om met zekerheid te weten dat deze situaties per saldo gelijk worden behandeld, lijkt mij noodzakelijk.

7.4.3 Vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde

In deze paragraaf over legaten die bewerkstelligen dat een toekomstige nalatenschap wordt verkleind, besteed ik tot slot nog enige aandacht aan het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde (welke waarde mag worden schuldiggebleven). Het aanvaarden van een dergelijk door erflater X gemaakt legaat bewerkstelligt dat legataris Y het vruchtgebruik verkrijgt van het gelegateerde (hetgeen dus niet tot de nalatenschap van Y behoort), alsmede de verplichting op hem rust om de waarde van het vruchtgebruik in te brengen in de nalatenschap van X. Y zal dus slechts in de heffing kunnen worden

487 Deze verkrijging door het kind van opa (waarbij geen rekening wordt gehouden met ik-opa-schulden en andere in art. 10 lid 9 SW bedoelde schulden) wordt in de literatuur ook wel aangeduid als het 'budget'. Dit budget vormt de vrije ruimte waarbinnen de omvang van de (nominale) waarde(n) van eventuele testamentaire niet-opeisbare vorderingen jegens het kind moet blijven om bij het overlijden van het kind buiten de heffing van art. 10 SW te vallen. Zie Compendium Estate Planning 2014, p. 15 en EstateTip Review 2012-31.

488 Estate Planning, nr. 15.8.01.

489 Zijnde de belastingvrije aangroei van contante naar nominale waarde van de vordering, zie Compendium Estate Planning 2014, p. 15.

betrokken voor zover de waarde van zijn verkrijging de verplichting om schuldig te erkennen overtreft. De erfgenamen van X zullen een inbrengvordering verkrijgen op legataris Y. Ervan uitgaande dat deze vordering pas opeisbaar is bij het overlijden van legataris Y, verkleint deze inbrengverplichting hetgeen Y krachtens erfrecht zal nalaten.[490] Het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde heeft het vermogen van Y waarover heffing ingevolge de Successiewet kan plaatsvinden verkleind, hetgeen ik zal illustreren met een eenvoudig getallenvoorbeeld.

Stel X en Y zijn getrouwd in gemeenschap van goederen (waarde 200). X komt te overlijden. De nalatenschap van erflater X bedraagt 100. X heeft kind A tot zijn enig erfgenaam benoemd. Y heeft het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd gekregen (waarde 60) tegen inbreng van de waarde (sublegaat ten behoeve van erfgenaam A). Over de niet direct opeisbare inbrengvordering van A is Y een rente verschuldigd van 6% samengesteld. Per saldo wordt Y niet in de heffing van de erfbelasting betrokken aangezien de verplichting tot inbreng (wegens de rente nominaal gewaardeerd op 60) in mindering gebracht dient te worden op de verkrijging van het vruchtgebruik (waarde 60). Y mag het op hem rustende legaat in mindering op zijn verkrijging brengen (art. 5 lid 1 SW). Erfgenaam A verkrijgt per saldo de blote eigendom van de nalatenschap (waarde 40; art. 1 en art. 21 lid 10 SW), alsmede een inbrengvordering (waarde 60). Successierechtelijk wordt de gehele nalatenschap van X met een waarde van100 in de heffing betrokken bij het overlijden van X (te weten: bij erfgenaam A die heeft immers 40 + 60 = 100 verkregen). Indien vervolgens Y komt te overlijden (uitgaande van gelijkblijvende vermogens) bestaat zijn nalatenschap uit zijn vermogen van 100 (afkomstig uit de voormalige huwelijksgoederengemeenschap) en een inbrengschuld aan A van 60. Het vruchtgebruik van het nagelaten vermogen van X is met zijn overlijden komen te eindigen (art. 3:203 lid 2 BW) en laat Y dus niet na. A is enig erfgenaam van Y. Per saldo kan dus zonder nadere fictiebepaling slechts 40 (100-60) in de heffing van de erfbelasting worden betrokken bij A. Y's inbrengschuld is in zijn nalatenschap te kwalificeren als een schuld van de erflater in de zin van art. 4:7 lid 1 sub a BW, voor welke schuld de erfgenaam van rechtswege aansprakelijk wordt (art. 4:182 lid 2 BW). De erfgenaam kan de schuld in mindering brengen op zijn verkrijging (art. 5 lid 1 en 20 lid 3 SW).[491] Het vermogen van Y is door de inbrengschuld wegens het vruchtgebruiklegaat verkleind. A heeft dus uiteindelijk de toenmalige huwelijksgoederengemeenschap van zijn ouders X en Y met een waarde van 200 in zijn geheel verkregen, terwijl in totaal niet

490 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2.

491 Dit is voor de Successiewet ook in dit voorbeeld het geval ondanks dat civielrechtelijk sprake is van vermenging omdat door het enig erfgenaamschap de hoedanigheid van de schuldeiser en schuldenaar zich in één persoon verenigen (art. 6:161 lid 1 BW). Vgl. HR 16 september 1992, *BNB* 1992/384. Zie ook B.M.E.M. Schols 2008.

meer dan 140 in de heffing van de erfbelasting is betrokken. Met andere woorden om de heffing sluitend te maken (ook als de situatie wordt vergeleken met de situatie dat X een gewoon vruchtgebruiklegaat ten behoeve van Y had gemaakt) zou nog 60 in de heffing betrokken moeten worden.

De hierboven bedoelde waarde van 60 wordt ingevolge de fictiebepaling van art. 10 SW in de heffing betrokken: de inbrengvordering van A wordt bij het overlijden van Y aangemerkt als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht (indien er tijdens leven niet jaarlijks daadwerkelijk 6% rente is betaald; art. 10 lid 3 SW). Y heeft immers door de aanvaarding van het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng (dan wel de aanvaarding van de afgifte van het vruchtgebruik; zie ook par. 7.2.1.4) een rechtshandeling in de zin van art. 10 lid 1 SW verricht. Door de schuldigerkenning wordt vererfbaar vermogen (een geldbedrag) omgezet in een genotsrecht, te weten een schuldiggebleven geldbedrag waarvan de erflater het genot behoudt.[492] Anders dan bij een inbrengvordering die ontstaat bij een legaat van volle eigendom tegen inbreng van een geldsom, valt het genot van de inbrengvordering die betrekking heeft op een legaat dat uit de verkrijging van een vruchtgebruik bestaat niet onder de uitzondering van art. 10 lid 6 SW (zie de tweede volzin van lid 6 van art. 10 SW en par. 7.2.1.4).[493] De inbrengvordering in het kader van een vruchtgebruiklegaat wordt dus ingevolge art. 10 lid 1 SW belast. Van Vijfeijken constateert echter dat het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde onder de huidige wettekst van art. 10 SW tot dubbele heffing leidt.[494] Volgens Van Vijfeijken wordt niet alleen de legaat-tegen-inbrengvordering belast ingevolge art. 10 lid 1 SW, maar worden ook de goederen belast waarvan de legataris het vruchtgebruik heeft verkregen. Het vruchtgebruik van deze goederen heeft de legataris immers 'ten laste van zijn vermogen' verworven nu de legataris de waarde van het vruchtgebruik dient in te brengen (zie par. 7.2.1.4).[495] De parallel met de gesplitste aankoop van het vruchtgebruik en de blote eigendom met eigen middelen dan wel de koop van het vruchtgebruik van een goed van het kind dringt zich hier op. De toevoeging sinds 1 januari 2010 van 'ten laste van zijn vermogen' in art. 10 lid 1 SW tracht dergelijke situaties onder de heffing te brengen.

---

492 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2, Van Vijfeijken 2013a, p. 143-145 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2.

493 De wetgever heeft aan de tweede volzin van art. 10 lid 6 SW weinig woorden gewijd door enkel op te merken dat de uitzondering van art. 10 lid 6 SW geldt voor legaten die zien op het verkrijgen van de volle eigendom van een goed of goederen en een vruchtgebruiklegaat tegen inbreng niet onder de uitzondering valt. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 13, p. 19.

494 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2, Van Vijfeijken 2013a, p. 143-145 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2.

495 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2, Van Vijfeijken 2013a, p. 144 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2.

Indien men met Van Vijfeijken zou aannemen dat het vruchtgebruik ten laste van het vermogen is verworven, leidt dat tot dubbele heffing. In het eerder gegeven voorbeeld zou – naast de fictieve verkrijging door A van 60 in het kader van de inbrengvordering – bij het overlijden van Y ook een fictieve verkrijging worden geconstateerd door A van de goederen van de nalatenschap van X met een waarde van 100 omdat Y het vruchtgebruik van deze goederen van de nalatenschap van X ten laste van zijn vermogen heeft verworven. Kan A op deze fictieve verkrijging van 100 nog iets in mindering brengen ingevolge art. 7 SW? Het kind is immers bij het overlijden van X reeds belast voor de blote eigendom van deze goederen (waarde 40). Het probleem is echter dat A de blote eigendom bij het overlijden van X als erfgenaam om niet heeft verkregen zodat geen sprake is van een opoffering door A in de zin van art. 7 lid 1 SW. Aangezien art. 7 lid 2 SW niet de reeds betaalde erfbelasting maar enkel de betaalde schenkbelasting (verhoogd met 6% enkelvoudige rente) in mindering laat komen op de verschuldigde belasting, biedt dit artikellid naar de letter ook geen uitkomst.[496] De hierbedoelde dubbele heffing zou naar de letter van de wet *an sich* dus ook een dubbele heffing van de blote eigendom opleveren. Van Vijfeijken verzacht deze dubbele heffing door de waarde van de bloot eigendom ten tijde van de verkrijging als opoffering te beschouwen en (vermeerderd met een 6% enkelvoudige rente) in mindering te brengen ingevolge art. 7 lid 1 en lid 3 SW, als ware het de situatie dat het kind de volle eigendom heeft en vervolgens het vruchtgebruik aan Y heeft verkocht.[497] Het kind heeft in de ogen van Van Vijfeijken immers als erfgenaam de volle eigendom verkregen en dient vervolgens onder bezwarende titel het vruchtgebruik ten behoeve van de legataris te vestigen.[498] Men kan zich echter de vraag stellen of een dergelijke situatie (de 'aankoop' van het vruchtgebruik van de nalatenschap) onder art. 10 lid 1 SW valt nu art. 7 SW op geen enkele wijze met deze situatie rekening lijkt te houden.

Hoewel wij in par. 7.4.1 constateerden dat de onmogelijkheid om erfbelasting met erfbelasting te verrekenen geen reden voor de Hoge Raad vormde om het turbotestament onder de heffing van art. 10 SW te brengen en de wetgever deze dubbele heffing bewust in stand heeft gelaten, heeft de wetgever in het kader van art. 10 lid 6 SW (uiteraard) niet een dubbele heffing beoogd of op de koop toe genomen. Sterker nog, de wetgever heeft in het kader van een vraag over een mogelijke samenloop tussen art. 10 lid 1 en lid 6 aangegeven dat het toepassen van ficties niet kan leiden tot dubbele heffing, ook al leidt

496 Van Vijfeijken 2013a, p. 119.

497 Van Vijfeijken 2013a, p. 119 en 144 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2. Van Vijfeijken verwijst in dit kader naar onderdeel 2 van het Besluit van 4 april 2012, nr. BLKB2012/103M, *V-N* 2012/21.24.

498 CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2.

naar de letter van de wet iets tweemaal tot een fictieve verkrijging.[499] Indien een van de twee heffingen dient terug te treden, verdient het mijns inziens de voorkeur als enkel de inbrengvordering waarvan de legataris het genot heeft gehad (welke vordering ten gevolge van het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng is ontstaan) als fictieve verkrijging wordt aangemerkt. Het is immers de inbrengvordering die de toekomstige nalatenschap uitholt en het zijn niet zozeer de goederen waarvan de legataris nooit meer dan het vruchtgebruik heeft gehad. Door de inbrengvordering als fictieve verkrijging te belasten is de heffing sluitend. Bovendien voorkomt men de vraag op welke wijze art. 7 SW moet worden toegepast, welke vraag zou spelen indien de verkrijging van de goederen waarvan de legataris 'ten laste van zijn vermogen' het vruchtgebruik heeft verworven als fictieve verkrijging zou worden aangemerkt. In de slotbeschouwing zal ik trachten een wetsvoorstel te doen waaruit volgt dat slechts de inbrengvordering ten gevolge van het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng als fictieve verkrijging wordt belast aangezien deze vordering de toekomstige nalatenschap van de legataris verkleint.

7.5 Legaten die betrekking hebben op reeds tijdens het leven aan de legataris verkochte zaken

De laatste groep legaten die ik de revue wil laten passeren zijn de legaten die betrekking hebben op reeds tijdens het leven aan de legataris verkochte zaken. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat de erflater tijdens leven de economische eigendom heeft overgedragen en de juridische eigendom heeft gelegateerd aan deze economische eigenaar. Wordt een dergelijk legaat in de heffing van de erfbelasting betrokken en zo ja, wordt er rekening mee gehouden dat de economische eigendom reeds is overgegaan? Maakt het voor de heffing van erfbelasting een verschil indien de legataris niet reeds economisch eigenaar was, maar hij slechts door de verkoop een recht op levering heeft verkregen (de zogenoemde kale koop)? Kan de legataris bij uitvoering van het legaat de waarde van het prijsgegeven leveringsrecht op grond van de koopovereenkomst in mindering brengen voor de heffing van erfbelasting? En wat is het geval indien de legataris-koper het legaat slechts verkrijgt onder de voorwaarde dat hij eerst afstand doet van zijn recht op levering (het zogenoemde voorwaardelijk afstandslegaat)? En wat betekent de per 1 januari 2010 in de laatste zinsnede van art. 11 lid 2 SW opgenomen fictie om per saldo[500] de waardestijging tussen de verkoop en het overlijden, van een verkochte zaak, waarvan de levering is uitgesteld tot het overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip in de heffing van erfbelasting te betrekken, voor de bovenstaande gevallen?

499 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, D, p. 14.
500 Door het van toepassing zijn van art. 7 SW.

In het navolgende zal de verkrijging door de legataris-koper/economisch eigenaar voor de Successiewet zeer beknopt worden geanalyseerd, met name aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad. Hierbij zal ook aandacht besteed worden aan de situatie dat de koper geen legataris maar erfgenaam is. Voor de wijze waarop volgens de Hoge Raad successierechtelijk rekening mag worden gehouden met (het tenietgaan van) een leveringsrecht verschilt het namelijk of de verkrijger een erfgenaam of legataris is. Niet alleen de heffing van erfbelasting maar ook de (samenloop met de) overdrachtsbelasting komt in dit kader aan de orde. In het bijzonder zal ik echter ingaan op de vraag of, en zo ja, in hoeverre de te onderscheiden situaties naar mijn mening in de heffing van de erfbelasting betrokken moeten worden. Op dit moment bestaat namelijk onduidelijkheid over de reikwijdte van art. 11 lid 2 SW, laatste zinsnede, alsmede van de door de Hoge Raad gewezen arresten. Het betreft hier met name de vraag of de geformuleerde rechtsregels zien op een economische eigendomsoverdracht en/of op de situatie dat slechts sprake was van een kale koop, waarbij de economische eigendomsoverdracht dan wel de kale koop wordt gevolgd door een verkrijging van de juridische eigendom krachtens legaat.

7.5.1 De uitgestelde levering en de fictie van art. 11 lid 2 SW laatste zinsnede

7.5.1.1 De uitgestelde levering en fictiebepalingen; rechtspraak

Indien een persoon een (onroerend) goed gekocht heeft voor een op dat moment zakelijke prijs en de levering werd uitgesteld tot het moment van overlijden van de verkoper, was het tot 1 januari 2010 niet mogelijk de eventuele waardestijging van het goed ten tijde van het overlijden van de verkoper bij de koper in de heffing van de erfbelasting te betrekken. Uiteraard werd er door de koper niet krachtens erfrecht verkregen, maar evenmin kon de fictie van art. 10 SW of art. 11 SW worden toegepast blijkens arresten van de Hoge Raad. Art. 10 SW kon volgens het arrest van Hoge Raad van 6 juni 2008, *BNB* 2008/203, niet worden toegepast aangezien er tijdens leven door de koper nog niet ten koste van erflaters vermogen is verkregen in de zin van art. 10 SW omdat zowel de juridische als de economische eigendom tot het vermogen van de erflater zijn blijven behoren.[501] Daarvan uitgaande kan noch in juridische zin, noch in economische zin sprake zijn van omzetting van eigendom in een genotsrecht, aldus de Hoge Raad.[502] Schols merkt in dit kader op dat de Hoge Raad een criterium aanlegt voor toepassing van art. 10 SW ('omzetting') dat niet in de wettekst terug te vinden is maar wel destijds bij de totstandkoming van art. 10 SW in de parlementaire geschiedenis naar voren is

501 HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203, r.o. 3.2.3 en 3.2.4.
502 Zie uitgebreid over dit arrest o.a. B.M.E.M. Schols 2008b en B.M.E.M. Schols 2009a.

gebracht en daarna in de literatuur een standaardfrase is geworden.[503] Evenmin kon voor de minister het beroep op art. 3:85 lid 2 BW baten op grond waarvan toch sprake zou zijn van een overdracht en een genot van een vruchtgebruik door de verkoper. Art. 3:85 lid 2 BW luidt namelijk: '*Een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed onder opschortende tijdsbepaling, wordt aangemerkt als een verbintenis tot onmiddellijke overdracht van het goed met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik van de vervreemder op het goed voor de gestelde tijd.*' De Hoge Raad wees het beroep op het artikel van de hand: '*Het artikellid ziet niet op een geval als het onderhavige, waarin krachtens koop op termijn moet worden geleverd, maar op het geval dat onder tijdsbepaling wordt geleverd.*'[504]

In hetzelfde arrest zag de Hoge Raad geen aanleiding terug te komen op zijn arrest van 22 juli 1980, *BNB* 1981/332, waarin was beslist dat (het toenmalige) art. 11 lid 2 SW niet van toepassing is bij een koop met uitgestelde levering (waarbij de baten en lasten alsmede het risico van het huis nog voor rekening van de verkoper bleven). In 1980 overwoog de Hoge Raad namelijk dat '*op deze koopovereenkomst niet van toepassing zijn de woorden van artikel 11, lid 2, van de Succ. '56, waarin sprake is van een overeenkomst krachtens welke zaken bij overlijden van de eigenaar zullen toebehoren aan of kunnen worden overgenomen door de wederpartij; dat de geschiedenis van voormeld art. 11, lid 2, niet voldoende steun biedt aan de opvatting dat dit artikellid in het kader van de artt. 9, 10 en 11 van de Succ. '56 een zo ruime strekking zou hebben dat het buiten zijn bewoordingen toch toepassing behoort te vinden op een overeenkomst als de onderhavige;*' Van een in art. 11 SW bedoeld overnemingsbeding met werking bij overlijden is bij een koop met uitgestelde levering geen sprake: immers betreft het geen goederen die 'kunnen worden overgenomen' omdat de koper reeds contractueel gebonden is en derhalve reeds verplicht is het gekochte goed af te nemen, en evenmin is sprake van 'zullen toebehoren aan' omdat de goederen nog wel geleverd dienen te worden.[505]

7.5.1.2 De wetgever en de nieuwe fictie van art. 11 lid 2 SW laatste zinsnede

Tijdens het wetgevingsproces modernisering van de Successiewet maakte de staatssecretaris duidelijk dat hij niet wenste dat de waardestijging van een verkocht goed door de uitgestelde levering op deze manier bij het overlijden van de erflater onbelast kon worden genoten. Het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 2008 maakte het volgens de staatssecretaris wel heel eenvoudig om successierecht te ontlopen. Dit was met name zo omdat het voordeel niet onder de tekst van de fictiebepaling viel, terwijl het voordeel volgens de staatssecretaris gelet op het doel van de bepalingen tot een fictieve verkrijging zouden

503 B.M.E.M. Schols 2008b onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19.
504 HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203, r.o. 3.2.8.
505 Zie o.a. B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols 2008, par. 8 en Van Straaten 2012, par. 1.

moeten leiden.[506] De vraag luidt vervolgens wat het voordeel is dat volgens de staatssecretaris belast moet worden. Van Straaten tekent bijvoorbeeld aan dat het de vraag is of een genoten voordeel ingevolge de Successiewet opweegt tegen de gevolgen in de sfeer van inkomstenbelasting.[507] De staatssecretaris plaatst het voordeel echter enkel in het licht van de Successiewet: '*Bij de vaststelling van de nalatenschap viel de waarde van de woning weg tegen de leveringsverplichting. Tot de nalatenschap behoorde wel de (vordering van de) koopsom. Omdat de koop reeds lange tijd voor het overlijden was gesloten, was de koopsom aanzienlijk lager dan de waarde van de woning per sterfdatum. Voorgesteld wordt het op deze wijze genoten voordeel in de heffing van erfbelasting te betrekken.*'[508] Zoals men ook voor andere situaties in de Successiewet kan opmerken (bijvoorbeeld in het kader van de 'te hoge' waardering van een niet-opeisbare vordering, indien het fictief vruchtgebruik langer voortduurt dan waarmee volgens de overlevingstabel van art. 5 Uitv. Besl. SW rekening is gehouden), geldt ook in dit kader dat de fiscus enkel profiteert van de goede kansen (een waardestijging wordt in de heffing betrokken) en geen hinder ondervindt van de kwade kansen (een waardedaling leidt niet tot een aftrekpost, vermindering of iets dergelijks en dus niet tot nadeel voor de fiscus). Zwemmer merkt in zijn noot (onder 1) bij het arrest van 6 juni 2008, *BNB* 2008/203, dan reeds op: '*Feitelijk is niet meer gebeurd dan dat de waarde van het in de toekomst over te dragen vermogensbestanddeel op een vast bedrag is gefixeerd. Bij een waardestijging zou de nalatenschap zonder de verkoop groter zijn geweest en bij een waardedaling kleiner. Anders dan bij blote eigendom en andere vermogensbestanddelen waarvan de waardeontwikkeling afhankelijk is van het tijdstip van iemands overlijden is de waardeontwikkeling van vermogensbestanddelen in het algemeen niet te voorspellen. Hoogstens kunnen aan inflatie en schaarste verwachtingen worden gekoppeld. Die zijn echter onvoldoende rechtvaardiging om een waardestijging met behulp van een fictie te treffen met successierecht, terwijl een waardedaling niet tot vermindering van de nalatenschap leidt. Ik meen dan ook dat op 's Hogen Raads beslissing niets af te dingen valt.*'

De staatssecretaris is echter vastbesloten en merkt in de memorie van toelichting op: '*Om te voorkómen dat dit een standaard (belastingbesparende) praktijk wordt, brengt de voorgestelde wijziging van het tweede lid van artikel 11 van de Successiewet 1956 dit soort verkopen met uitgestelde levering expliciet onder de werking van artikel 11. De nieuwe bepaling is zo geformuleerd, dat het niet uitmaakt of expliciet is bedongen dat de levering pas na het overlijden zal plaatsvinden of dat dit alleen feitelijk zo gebeurt. en is er aan art. 11 lid 2 SW toegevoegd dat er ook sprake*

506 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 19.

507 Zie onderdeel 1 en 9 van de noot van J.C. van Straaten, FED 2008/95. Te denken valt bijvoorbeeld aan de kwalificatie van 'eigen woning' in de zin van art. 3.111 Wet IB 2001 voor de verkoper. Van Vijfeijken merkt op dat de waardestijging bij de koper reeds in de heffing is betrokken voor de inkomstenbelasting, ervan uitgaande dat het (in waarde stijgende) recht op levering en daartegenover de verplichting tot betaling van de koopsom in box 3 in aanmerking worden genomen. Van Vijfeijken 2013a, p. 246, noot 6.

508 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 19.

is van een fictieve erfrechtelijke verkrijging door het overlijden.'[509] Zoals bekend wordt een zinsnede aan art. 11 lid 2 SW toegevoegd zodat de situatie geschaard kan worden onder de fictieve erfrechtelijke verkrijging, welke zinsnede luidt: '(…), *alsmede op goederen waaromtrent door de erflater een verplichting tot levering is aangegaan en de levering plaatsvindt bij overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip.*'

Van een fictieve erfrechtelijke verkrijging is slechts sprake als de verkrijger de partner van de erflater is of behoort tot diens bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad of hun partners (art. 11 lid 5 SW). Door het van toepassing zijn van art. 7 SW kan de verkrijger zijn opoffering (bijv. een reeds betaalde koopsom) in mindering brengen op de fictieve verkrijging, vermeerderd met een 6% enkelvoudige rente van de dag van betaling tot overlijden van de verkoper (zie art. 7 lid 1 en lid 3 SW). Indien ten aanzien van de in aanmerking genomen fictieve verkrijging eveneens schenkbelasting of overdrachtsbelasting is betaald, komt deze betaalde belasting (evenzeer met 6% enkelvoudige rente) in mindering op de verschuldigde erfbelasting (art. 7 lid 2 SW).

7.5.1.3 Art. 11 lid 2 SW en economische eigendomsoverdracht

Speelt art. 11 lid 2 SW, laatste zinsnede, in een situatie dat geen sprake is van slechts een kale koop met uitgestelde levering maar van een economische overdracht een rol? De wettekst maakt geen onderscheid tussen een leveringsverplichting ten gevolge van een kale koop of in het kader van een economische eigendomsoverdracht waar enkel de juridische levering nog moet plaatsvinden en de koopsom reeds betaald zal zijn[510] (en de economisch eigenaar ingevolge de overeenkomst reeds alle lusten en lasten heeft van het goed en de risico's draagt als ware hij een juridisch eigenaar).[511] Desondanks lijkt er in de literatuur consensus over te bestaan dat economische eigendomsoverdrachten niet onder de nieuwe fictiebepaling vallen. Van Straaten voert onder meer aan dat de wetgever met de fictiebepaling enkel de casus van *BNB* 2008/203, zijnde de gewone verkoop met uitgestelde levering (zonder economische eigendomsoverdrachtselementen) heeft willen repareren. Ook Van Vijfeijken meent dat de wetgever blijkens de parlementaire toelichting de bedoeling heeft gehad om het nieuwe slot van art. 11 lid 2 van toepassing te laten zijn indien 'in samenhang met de uitgestelde levering de baten en lasten evenals het risico van de waardeverandering van het verkochte voor rekening van de verkoper blijven.'[512] Hoewel Pals uiteindelijk ook van oordeel lijkt te zijn dat het niet de bedoeling van de wetgever is om art. 11 lid 2 SW bij een economische

509 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 31.
510 Of de koopsom is omgezet in een leenschuld, vgl. HR 16 april 1969, *BNB* 1969/124.
511 Vgl. Van Straaten 2012, noot 1.
512 Van Vijfeijken 2013a, p. 246-247.

eigendomsoverdracht toe te passen, merkt zij echter ook op dat eenzelfde fiscale behandeling wel in lijn lijkt met arresten van de Hoge Raad waarin jurisprudentie over verkopen met uitgestelde levering ook wordt toegepast bij zaken waarin sprake is van een economische eigendomsoverdracht.[513] B.M.E.M. Schols ziet ook geen ruimte meer voor toepassing van de fictie nu hij ervan uitgaat dat de levering reeds tijdens leven heeft plaatsgevonden.[514] Art. 11 lid 2 SW, laatste zinsnede, wordt hiermee begrensd. Gelet op de samenhang met art. 10 SW acht ik die begrenzing terecht. Uit HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203, kan immers afgeleid worden dat art. 10 SW niet van toepassing is indien de juridische én economische eigendom nog niet naar de verkrijger zijn overgegaan, aangezien er dan geen eigendomsrechten kunnen zijn omgezet. A contrario betekent dit dat, indien de economische eigendom wel reeds is overgegaan, het goed in de zin van art. 10 SW lid 1 ten koste van het vermogen van de erflater verkregen kan zijn. Indien de erflater/juridisch eigenaar na economische overdracht het genot blijft behouden (doordat hij bijvoorbeeld het recht van gebruik en bewoning heeft bedongen, met welk recht rekening is gehouden bij de bepaling van de koopsom van de blote eigendom), kan art. 10 SW worden toegepast omdat (door het sluiten van de koopovereenkomst, en/of de levering van de bloot eigendom) eigendomsrechten zijn omgezet in genotsrechten.[515] Zelfs al zou art. 11 lid 2 SW ook bij een economische eigendomsoverdracht van toepassing zijn, dan concludeert Pals (die spreekt over een 'onzuivere economische eigendomsoverdracht' vanwege het woonrecht van de juridisch eigenaar) dat art. 10 SW vanwege de rangorde in de Successiewet 1956 voorgaat op heffing ingevolge art. 11 lid 2 SW.[516] Het arrest van 6 juni 2008 ondersteunt wellicht ook de stelling van Schols dat de 'levering' al tijdens leven heeft plaatsgevonden. Hierdoor kan geen sprake meer zijn van de door art. 11 lid 2 SW vereiste levering die plaatsvindt bij overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip. Immers van een 'verkregen' (of 'omzetting'[517]) ten koste van het vermogen van de erflater in de zin van art. 10 lid 1 SW is sprake als de economische eigendom het vermogen van de erflater heeft verlaten. En als men krachtens art. 10 SW geacht wordt reeds tijdens leven te hebben verkregen, kan naar mijn mening moeilijk tegelijkertijd beweerd worden dat de levering in de zin van art. 11 lid 2 SW bij overlijden

513 Pals 2010, par. 4.1 onder verwijzing naar HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 (over het voorwaardelijk afstandslegaat).

514 B.M.E.M. Schols 2014a.

515 Zie Pals 2010, par. 4.1.2, Van Vijfeijken 2013a, p. 196, 247, 251-252 en Van Straaten 2012, par. 3.

516 Pals 2010, par. 4.1.2.

517 Vgl. HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203 en B.M.E.M. Schols 2008b, die opmerkt dat de Hoge Raad met het criterium van omzetting van eigendom in een genotsrecht, in wezen de woorden 'heeft verkregen' in art. 10 lid 1 SW invult.

plaatsvindt.[518] Nu de levering al tijdens leven heeft plaatsgevonden, is er geen behoefte meer aan om bij overlijden een fictieve erfrechtelijke verkrijging te constateren (waarbij 'exogene waardeveranderingen' in de heffing betrokken zouden worden).[519] Volgens Van Straaten vullen art. 10 SW en art. 11 SW elkaar dan aan. Overigens betekent dit niet dat art. 10 SW per definitie van toepassing is indien sprake is van een economische eigendomsoverdracht (en art. 11 lid 2 SW dus niet van toepassing zou zijn). Indien de economische eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden (van een woning) en de koopsom is voldaan (of rentedragend wordt schuldig gebleven), en de baten en lasten en de waardeveranderingen vanaf dat moment voor rekening van de koper zijn (en de verkoper niet in de woning blijft wonen), heeft de woning het vermogen van de verkoper verlaten terwijl de verkoper geen enkel genot meer heeft als juridisch eigenaar. Art. 10 SW komt dus niet aan de orde. In wezen is dan alleen de juridische levering uitgesteld tot het overlijden van de juridisch eigenaar.[520]

7.5.1.4 Art. 11 lid 2 SW en de verkrijging door erfgena(a)m(en)

Pals en Van Vijfeijken hebben in de literatuur gewezen op het feit dat de wettekst van art. 11 lid 2 SW niet afdoende lijkt in het geval de koper eveneens erfgenaam is.[521]

Bij het bovenstaande werd er steeds vanuit gegaan dat bij de koop met uitgestelde levering de koper geen erfgenaam was. Derhalve behoorden tot de nalatenschap van de erflater/verkoper in het kader van de verkoop het verkochte goed (stel waarde 500), alsmede een verplichting tot levering van dat goed aan de koper (waarde per definitie ook 500; de activa en passiva-post vallen tegen elkaar weg), en de vordering tot betaling van de koopsom (stel 200). Deze koopsom werd dan ook bij de erfgenamen belast (art. 1 SW). Sinds 1 januari 2010 wordt de koper (voor per saldo de waardestijging; zie art. 7 SW) in de heffing van erfbelasting betrokken omdat de verkrijging krachtens koop als een fictieve erfrechtelijke verkrijging wordt aangemerkt (500-200+300; art. 11 lid 2 SW, laatste zinsnede). Indien de uitvoering van de koop leidt tot heffing van overdrachtsbelasting, kan deze belasting in mindering komen op de verschuldigde erfbelasting.

---

518 Van Straaten 2012, par. 3 en zie over successierechtelijk verkrijgen in de zin van art. 10 SW uitgebreid B.M.E.M. Schols 2008b en B.M.E.M. Schols 2009a.

519 Van Vijfeijken 2010a, par. 3.4 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.6.0.D.a.

520 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 251-252, onder verwijzing ook naar de situatie van HR 16 april 1969, *BNB* 1969/124. Zie ook Pals 2010, par. 4.1.1.

521 Van Vijfeijken 2013a, p. 248-250 en Pals 2010, par. 3.3 en 3.4.

A) Koper is enig erfgenaam

Stel dat de koper en de erfgenaam dezelfde persoon zijn, dan dient de heffing in wezen niet af te wijken van het bovenstaande. Idealiter dient deze persoon in het huidig wettelijk systeem erfbelasting te betalen ingevolge art. 1 SW voor de verkrijging van de koopsom (200) als erfgenaam, alsmede als koper erfbelasting te betalen over de waardestijging van het gekochte goed sinds de verkoop ingevolge art. 11 lid 2 SW (300).

Indien de koper enig erfgenaam is, zou de verplichting om het goed te leveren alsmede het recht om het goed geleverd te krijgen in handen van dezelfde persoon vallen en door vermenging teniet gaan (art. 6:161 BW). Hetzelfde geldt met betrekking tot de vordering tot betaling van de koopsom en de verplichting om de koopsom te betalen. Per saldo zou de nalatenschap dan bestaan uit het goed met een waarde van 500, hetgeen krachtens art. 1 SW in de heffing betrokken zou worden, zonder dat overigens overdrachtsbelasting verschuldigd is nu er verkregen wordt krachtens erfrecht (art. 3 lid 1 sub a WBR). Gezien de huidige bedoeling van de wetgever om de waardestijging van het goed ook in de heffing van de erfbelasting te betrekken, zou de uitkomst in dit geval (het gehele goed wordt belast) via een 'echte' erfrechtelijke verkrijging niet gek uitpakken. De uitkomst is echter wel bezwaarlijk indien men – los van de bedoeling van het huidige art. 11 lid 2 SW –tot het resultaat zou komen dat het enig erfgenaamschap leidt tot het civielrechtelijk tenietgaan van de verplichting tot levering, met welke verplichting ingevolge art. 20 SW bij meer erfgenamen (of een enig erfgenaam die geen koper is) altijd rekening zou worden gehouden. Van belang is daarom het arrest van de Hoge Raad van 16 september 1992, *BNB* 1992/384, in een zaak over een door de erflater verkochte maar nog niet geleverde zaak aan een koper die tevens zijn enig erfgenaam was, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat (r.o. 3.3): '(…) *Door een erflater verkochte doch ten tijde van zijn overlijden nog niet geleverde zaken maken deel uit van zijn nalatenschap. Hiervan maakt ook deel uit de verplichting tot levering van die zaken. Die verplichting behoort tot de voor de heffing van het recht van successie aftrekbare schulden. Dit is niet anders in een geval als het onderhavige, waarin de verplichting tot levering van de onroerende zaken teniet is gegaan uitsluitend omdat de schuldeiser van die verplichting de enig erfgenaam is geworden van de erflater-schuldenaar. Ook in een zodanig geval dient de waarde van de verplichting tot levering aangemerkt te worden als een voor de heffing van het recht van successie aftrekbare schuld. Aldus wordt recht gedaan aan het feit dat de verkrijging krachtens erfrecht van de onroerende zaken ook in een geval als het onderhavige geen waarde toevoegt aan het vermogen van de erfgenaam en wordt voorkomen dat in strijd met het uitgangspunt van de Successiewet 1956 recht van successie zou worden geheven over meer dan de waarde van de verkrijging.*'

In het arrest was weliswaar sprake van een economische eigendomsoverdracht, maar is – gezien de algemene bewoordingen – mijns inziens ook van belang voor de situatie van een koop met uitgestelde levering en het enig

erfgenaamschap.[522] Dit alles leidt dan ook tot het uitgangspunt dat de enig erfgenaam voor het geërfde goed (500) wordt belast waarop de verplichting tot levering van dat goed (500) in aftrek komt (ondanks het civielrechtelijk tenietgaan), zodat per saldo enkel de verschuldigde koopsom in de heffing wordt betrokken (200). Hoewel het bij een enig erfgenaam merkwaardig is om een koopsom in aanmerking te nemen die de erfgenaam als koper aan zichzelf als erfgenaam moet betalen, meen ik dat ingevolge het arrest eveneens (spiegelbeeldig) betoogd kan worden dat een vordering van de erflater evengoed niet door vermenging – mocht daar sprake van zijn – tenietgaat.[523] Hoe het ook zij, naar de letter van de wet komt men niet meer toe aan heffing ingevolge art. 11 lid 2 SW en blijft de 'waardestijging' van het goed (300 of 500 indien de koopsom niet in de heffing betrokken wordt) buiten bereik van de Successiewet. Er vindt immers geen levering ten titel van koop meer plaats, nu deze door vermenging teniet is gegaan en de erfgenaam van rechtswege onder algemene titel de nalatenschap (waaronder het verkochte goed) heeft verkregen (art. 4:182 lid 1 BW). Bovendien is het vreemd om een fictieve erfrechtelijke verkrijging te constateren indien – zoals in onderhavig geval – daadwerkelijk sprake is van een erfrechtelijke verkrijging. Volgens Van Vijfeijken bestaat er echter geen twijfel over dat de wetgever ook een dergelijke situatie met het slot van art. 11 lid 2 SW onder de heffing heeft willen brengen, zodat de rechter het artikel – nu er in de parlementaire geschiedenis met geen woord over de wettekst is gerept – overeenkomstig de bedoeling van de wetgever dient uit te leggen.[524] Pals meent ook dat art. 11 lid 2 SW moet worden toegepast, waarbij ingevolge art. 7 lid 1 SW de koopsom in mindering mag worden gebracht op de fictieve verkrijging van het (aan hem verkochte) goed. Hiermee wordt volgens Pals eveneens voorkomen dat de koopsom tweemaal in de heffing betrokken mag worden.[525] In het eerder gegeven getallen voorbeeld waarbij de nalatenschap enkel uit het verkochte goed bestaat, zou dit ertoe leiden dat de erfgenaam als erfgenaam een (aan hem verkocht) goed erft met een waarde van 500 en eveneens de leveringsverplichting met een waarde van 500 in aftrek mag brengen (art. 20 SW en *BNB* 1992/384), zodat de erfgenaam ingevolge art. 1 SW alleen voor de verschuldigde koopsom (200) met erfbelasting belast wordt. Daarnaast wordt hij als koper in de heffing

522 Pals merkt op dat de Hoge Raad (andersom) in het arrest van 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, over het voorwaardelijk afstandslegaat en een economische eigendomsoverdracht ook een arrest aanhaalt over de verkoop met uitgestelde levering (te weten HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/150). Zie Pals 2010, noot 17.

523 Schols lijkt ook te twijfelen en schrijft over een dergelijke situatie: '*Koopsom hoeft in beginsel niet meer te worden betaald. Betalen aan jezelf doet immers vreemd aan. Dit neemt niet weg dat de vordering successierechtelijk nog tot de nalatenschap zou kunnen behoren en als zodanig in de heffing betrokken zou kunnen worden.*' Zie B.M.E.M. Schols 2008a. Pals gaat er vanuit dat over de verschuldigde koopsom erfbelasting is verschuldigd; Pals 2010, par. 3.3.

524 Van Vijfeijken 2013a, p. 248-249.

525 Pals 2010, par. 3.3.

betrokken voor de fictieve verkrijging van art. 11 lid 2 SW betrokken voor 300 (500-200; zie art. 7 lid 1 SW).

B) Meerdere erfgenamen

Bij meerdere erfgenamen, waarvan een van de erfgenamen koper is (en de levering was uitgesteld tot overlijden van de erflater), treedt geen vermenging op. Er is sprake van een schuld van de erflater (art. 4:7 lid 1 sub a BW), die van rechtswege is overgegaan op de erfgenamen (art. 4:182 lid 2 BW). Derhalve zijn de erfgenamen gehouden om het goed ten titel van koop aan de mede-erfgenaam te leveren. Van een (voor de overdrachtsbelasting vrijgestelde) verdeling is geen sprake, gelet ook op het slot van art. 3:182 BW waarin staat opgenomen dat een handeling die strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten geen verdeling is.[526] De mede-erfgenaam/koper verkrijgt het goed onder bijzondere titel krachtens koop. De verkrijging van het goed wordt vervolgens toch als fictieve erfrechtelijke verkrijging behandeld gezien art. 11 lid 2 SW, waarbij de verschuldigde koopsom in mindering gebracht kan worden op de fictieve verkrijging en de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting (indien het verkochte een onroerende zaak betreft) die toegerekend kan worden aan de fictieve verkrijging in mindering strekt van de verschuldigde erfbelasting (art. 7 lid 1 en lid 2 SW). Nu de betaling van deze koopsom vaak eveneens zal zijn uitgesteld tot het moment van overlijden van de verkoper, en het overlijden ook het moment is van de fictieve verkrijging ingevolge art. 11 SW, zal geen oprenting op grond van art. 7 lid 3 SW optreden.[527] Daarnaast is het denkbaar dat de betaalde schenkbelasting in mindering strekt van de erfbelasting indien bijvoorbeeld de koopsom was kwijtgescholden (welke koopsom zelf dan niet meer als opoffering in mindering komt op de fictieve verkrijging aangezien deze feitelijk niet is betaald).[528]

Tot slot zij opgemerkt dat naar de tekst van art. 11 lid 2 SW een eventuele toedeling van het verkochte goed aan de mede-erfgenaam/koper tegen vergoeding van de oorspronkelijke koopsom (om een schenking te voorkomen) – na ontbinding van de koop (anders is geen sprake van verdeling)[529] – niet valt te kwalificeren als 'levering' voor de fictie van art. 11 SW en overigens ook niet tot overdrachtsbelasting leidt nu sprake is van verdeling van een nalatenschap (art. 3 lid 1 sub b WBR).[530] De ontbinding van een economische eigendomsoverdracht leidt tot een voor de overdrachtsbelasting belastbare 'terug-

526 Zie ook HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/149, HR 16 september 1992, *BNB* 1992/385, en par. 5.6.
527 Pals 2010, par. 3.4.
528 Vgl. Hof Amsterdam 3 juni 1991, *BNB* 1992/326.
529 Vgl. HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/149 en HR 16 september 1992, *BNB* 1992/385.
530 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 249 en Pals 2010, par. 3.4.

overdracht' waarbij echter op grond van art. 9 lid 4 WBR de maatstaf van de heffing voor de erfgenamen (rechtsopvolgers onder algemene titel) wordt verminderd met hetgeen waarover de erflater reeds overdrachtsbelasting heeft betaald.[531] De ontbinding van de koop na overlijden van de erflater, noch de verdeling van de nalatenschap hebben immers in beginsel invloed op de verkrijging krachtens erfrecht door de erfgenamen (vgl. HR 2 januari 1903, *PW* 9536). Dit betekent dan ook dat – ongeacht de ontbinding van de koop – de vordering tot betaling van de koopsom en het geërfde goed (dat verkocht is) bij de erfgenamen in de heffing betrokken, alsmede de verplichting om het verkochte goed te leveren als schuld in mindering komt (art. 20 SW). Derhalve wordt de waardestijging van het goed niet in de heffing van de erfbelasting betrokken, zodat ik met Van Vijfeijken van oordeel ben dat de wetgever met art. 11 lid 2 SW ook deze waardestijging in een dergelijke situatie had willen belasten.[532] De ontbinding van de koop en de wijze van verdeling vormen in samenhang bezien in wezen de uitvoering van de oorspronkelijke door de erflater aangegane verplichting tot levering.

Gezien het onderwerp van het onderzoek, zal in het vervolg bezien worden wat de situatie is indien sprake is van een kale koop met uitgestelde levering of een economische eigendomsoverdracht van een goed, en het betreffende goed eveneens aan de koper of economische eigenaar is gelegateerd (wat betreft de kale koop tegen inbreng van de koopsom). Ook behandel ik de situatie dat het goed gelegateerd is onder de voorwaarde dat afstand wordt gedaan door de legataris van zijn recht op juridische levering. In beide situaties wordt bezien of artikel 11 lid 2 SW een rol speelt.

7.5.2 De koper is legataris

7.5.2.1 Koop met uitgestelde levering en legaat

Indien een (onroerend) goed is verkocht en de levering is uitgesteld tot het overlijden van de koper en het goed eveneens aan de koper is gelegateerd (tegen inbreng van de koopsom), heeft de koper op het moment van overlijden van de erflater twee vorderingsrechten tot overdracht van het gekochte goed: één ten titel van koop en één ten titel van legaat. Uitvoering van de koop leidt tot het verschuldigd zijn van overdrachtsbelasting en – indien de verkrijger behoort tot de in art. 11 lid 5 SW genoemde verwanten – erfbelasting wegens een fictieve erfrechtelijke verkrijging op grond van art. 11 lid 2 SW.[533] Uitvoering van het legaat leidt tot de heffing van erfbelasting en niet tot heffing van

531 Estate Planning, nr. 23.2.07.
532 Van Vijfeijken 2013a, p. 249.
533 Verminderd met de in aanmerking te nemen overdrachtsbelasting; art. 7 lid 2 SW.

overdrachtsbelasting omdat sprake is van een voor de overdrachtsbelasting vrijgestelde verkrijging krachtens erfrecht (art. 3 lid 1 sub a WBR). Stel dat het goed een waarde ten tijde van het overlijden heeft van 500 en destijds voor 100 is gekocht door koper. Indien de koper nu ter uitvoering van het legaat tegen inbreng van de koopsom het goed verkrijgt, zal hij erfbelasting verschuldigd zijn over 400 (500-100; art. 5 SW). De erfgenamen worden voor de koopsom van 100 belast, zodat in totaal 500, zijnde de gehele waarde van het goed, in de heffing wordt betrokken. Aan een fictiebepaling – zoals van art. 11 lid 2 SW – is dus geen behoefte omdat de gehele waarde van het goed onder de heffing van erfbelasting valt en de koper bovendien het goed daadwerkelijk krachtens erfrecht verkrijgt. Reeds in 1987 maakte de Hoge Raad duidelijk dat als de koper/legataris het goed ten titel van legaat laat overdragen, het uit de koopovereenkomst voortvloeiende recht tot overdracht teniet ging. Dit gevolg treedt volgens de Hoge Raad van rechtswege in door de overdracht ter uitvoering van het legaat.[534] Het baat de koper/legataris dan ook niet als hij aanvoert dat hij door uitvoering van het legaat de waarde van zijn leveringsrecht uit hoofde van koop heeft prijsgegeven en deze waarde dus in mindering zou mogen brengen op de verkrijging krachtens legaat. Met andere woorden: als de koper een onroerend goed met een waarde van 500 voor 100 heeft gekocht en hij het goed ten titel van legaat krijgt overgedragen, komt niet de waarde van het prijsgegeven recht op levering uit hoofde van de koop (i.c. 400) in mindering op zijn verkrijging krachtens erfrecht. Deze koper had vóór 1 januari 2010 belasting kunnen besparen indien hij ten titel van koop het goed verkregen had. De waardestijging sinds de verkoop kon immers – zonder het nieuwe slot van art. 11 lid 2 SW – niet in de heffing op grond van de Successiewet betrokken worden (zie par. 7.5.1.1).

De bovenstaande uitkomsten bij de verkrijging van een goed (waarvan de levering is uitgesteld tot overlijden) krachtens legaat of krachtens koop zijn bevredigend. Het maakt immers voor de heffing van de erfbelasting niet uit of het goed krachtens het ene vorderingsrecht (koop) of krachtens het andere vorderingsrecht (legaat) wordt verkregen indien bij de koop art. 11 lid 2 jo. lid 5 SW van toepassing is.[535] Van Vijfeijken spreekt (wat betreft de *BNB* 1987/150-casus) van een papieren operatie indien het pand weliswaar tijdens leven

534 HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/150, r.o. 4.2.

535 Indien gekozen wordt voor uitvoering van de koop in plaats van uitvoering van het legaat tegen inbreng van de koopsom, zal de door de koper verschuldigde koopsom de fictieve verkrijging van art. 11 lid 2 SW jo. art. 7 lid 1 SW verkleinen. De overdrachtsbelasting die door koper verschuldigd is over de waarde die overeenkomt met de koopsom komt ingevolge art. 7 lid 2 SW niet in mindering op de ex art. 11 lid 2 SW verschuldigde erfbelasting. Bij uitvoering van het legaat wordt de 'koopsom' (zijnde de inbrengverplichting) niet in de heffing van erfbelasting betrokken; deze waarde komt namelijk in mindering op de erfrechtelijke verkrijging (art. 5 SW). Aan overdrachtsbelasting komt men in het geheel niet toe aangezien de legataris het goed krachtens erfrecht verkrijgt (art. 3 lid 1 sub a WBR).

is verkocht, maar de overdracht en de betaling van de koopsom worden uitgesteld tot na het overlijden van de koper.[536] Eveneens vallen de uitkomsten goed te vergelijken met die indien er verkocht was aan de enig erfgenaam, mits art. 11 lid 2 SW ook in die situatie van toepassing kan zijn (zie par. 7.5.1.4). Het onderscheid dat werd gesignaleerd tussen de *BNB* 1987/150-regel voor een legataris (tenietgaan passiefpost leveringsverplichting bij keuze voor legaat) en de *BNB* 1992/384-regel voor de enig erfgenaam (ondanks tenietgaan behoort de verplichting tot levering tot de voor de Successiewet aftrekbare schulden)[537] wordt dan door de toepassing van art. 11 lid 2 SW opgeheven. Het is echter de vraag wat rechtens is indien sprake is van een voorwaardelijk afstandslegaat – zie HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 – op grond waarvan de legataris het goed gelegateerd krijgt onder de voorwaarde dat de legataris afstand doet van zijn recht op juridische levering (zie ook par. 5.4.2.5). Voordat ik op die vraag in ga, zal bezien worden wat de situatie is indien economische eigendomsoverdracht gecombineerd wordt met een (voorwaardelijk afstands)legaat aan de economisch eigenaar, waarbij een vergelijking wordt gemaakt met het geval dat de economische eigendom reeds aan een enig erfgenaam toebehoorde.

7.5.2.2 Economische eigendomsoverdracht en legaat

Indien tijdens leven van de erflater de rechten en verplichtingen ten aanzien van de verkochte (onroerende) zaak naar een economisch eigenaar zijn overgegaan, zal de economisch eigenaar bij de economische eigendomsoverdracht voor deze verkrijging een koopsom (en overdrachtsbelasting) hebben betaald, dan wel zal sprake zijn geweest van heffing van schenkbelasting. Indien de juridische eigendom eveneens aan hem gelegateerd wordt, en hem bij overlijden van de juridisch eigenaar de juridische eigendom geleverd wordt krachtens legaat is er volgens Van Vijfeijken geen noodzaak om de waarde van de juridische eigendom volledig in de heffing van de erfbelasting te betrekken: immers neemt het vermogen van de economisch eigenaar niet toe en dat van de nalatenschap door de uitvoering van het legaat niet af.[538] Van Vijfeijken geeft in het kader van een economische eigendomsoverdracht bij leven van de verkoper, en de mogelijkheid om de juridische eigendom vervolgens bij overlijden van de verkoper uit hoofde van de economische eigendomsoverdracht dan wel krachtens legaat geleverd te krijgen, het volgende voorbeeld: '*Het enige dat ontbreekt is de juridische huls. De waarde van het pand is dan misschien nog wel (stel) 200, maar in het vermogen van de juridische eigenaar is dit pand niets meer waard, rekening houdend met de leveringsverplichting. De volledige 200 bevindt zich in het vermogen van de economische eigenaar. Om hem dan nog een*

536 Zie haar noot, onderdeel 2, bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310.
537 Zie B.M.E.M. Schols 2008a.
538 Zie de noot van Van Vijfeijken, onderdeel 2, bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310.

keer te belasten voor 200 als hij de juridische eigendom krachtens legaat krijgt geleverd, druist in tegen elk rechtsgevoel. Het is vanuit de economisch eigenaar volstrekt irrelevant hoe hij aan de juridische eigendom komt. Of dit nu uit hoofde van de economische eigendomsoverdracht plaatsvindt of krachtens legaat, waarbij het er niet toe zou mogen doen of hij zijn leveringsrecht prijsgeeft ter voldoening aan een opschortende voorwaarde (zoals in onderhavig geval), als last of van rechtswege omdat hij voor het legaat kiest (zoals in BNB 1987/150c).'*[539]

In economische zin ben ik het met Van Vijfeijken eens. Er lijkt weinig noodzaak te bestaan om erfbelasting te heffen indien de juridische eigendom verkregen wordt nadat een economische eigendomsoverdracht reeds heeft plaatsgevonden. Daarom meen ik ook dat art. 11 lid 2 SW bij overlijden van de verkoper niet (kan of) dient te worden toegepast indien tijdens leven van de verkoper reeds de economische eigendom is geleverd (zie par. 7.5.1.3). Desalniettemin meen ik dat de huidige wettekst, alsmede de rechtspraak, geen grond bieden om bij de heffing van erfbelasting over de verkrijging krachtens legaat van de juridische eigendom van een goed rekening te houden met de tijdens leven van de erflater reeds verkregen economische eigendom.

Allereerst kent de Successiewet thans geen waarderingsvoorschrift op grond waarvan bij de waardering van de verkrijging van juridische eigendom rekening kan worden gehouden met de reeds verkregen economische eigendom. Vergelijk in dat kader de regeling van art. 9 lid 4 WBR: indien de verkrijging van economische eigendom (art. 2 lid 2 WBR) gevolgd wordt door de verkrijging van juridische eigendom, wordt de waarde waarover overdrachtsbelasting wordt geheven verminderd met het bedrag waarover ter zake van de economische eigendomsoverdracht overdrachtsbelasting was verschuldigd.

Ook in het kader van de door de Successiewet in aanmerking genomen aftrekposten (zie art. 5 en art. 20 SW) lijkt geen rekening te kunnen worden gehouden met de door een legataris eerder verkregen economische eigendom. Hetzelfde geldt voor het door de legataris verkregen recht op levering uit hoofde van een kale koop. Anders dan bij een erfgenaam (art. 4:182 lid 2 en art. 4:7 lid 1 sub a BW) komt de schuld van de erflater om te leveren niet door vererving van rechtswege voor rekening van de legataris. De erfgenaam – ook indien sprake is van een enig erfgenaam; zie *BNB* 1992/384 – kan ingevolge art. 20 lid 3 jo. art. 5 SW rekening houden met deze door de erflater aangegane leveringsverplichting. De legataris komt geen beroep op art. 20 lid 3 SW jo. art. 5 SW toe aangezien deze schuld om te leveren niet voor zijn rekening komt.

Tot slot lijkt de rechtsregel uit het arrest van 4 maart 1987, *BNB* 1987/150, hoewel in die zaak geen sprake was van een economische eigendomsoverdracht, evengoed te kunnen worden toegepast in de setting van een economische eigendomsoverdracht. De economisch eigenaar/legataris heeft immers

539 Noot van Van Vijfeijken, onderdeel 2, bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 en zie ook CB S&E 2014-2015, nr. 5.6.0.D.b.

ook twee vorderingen (uit hoofde van de economische eigendomsoverdracht en uit hoofde van legaat) op grond waarvan hij de juridische eigendom kan verkrijgen. Ik meen dan dat het geen twijfel lijdt dat in een dergelijk geval het recht op juridische levering voortvloeiende uit de economische eigendomsoverdracht van rechtswege tenietgaat indien de overdracht ter uitvoering van het legaat plaatsvindt.[540] Hier komt bij dat de Hoge Raad in zijn hierna te bespreken arrest van 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, over het voorwaardelijk afstandslegaat in een geval waar een economische eigendomsoverdracht had plaatsgevonden uitdrukkelijk het arrest *BNB* 1987/150 (over de koop met uitgestelde levering) aanhaalde. Volgens de Hoge Raad was het verschil met de situatie van het arrest uit 1987 dat in de zaak van 2007 sprake was van een voorwaarde waardoor de twee vorderingsrechten op geen enkel tijdstip naast elkaar bestaan.[541] Indien volgens de Hoge Raad het wezenlijke verschil tussen deze situaties erin had bestaan dat in het ene geval sprake was van een kale koop en in het andere van een economische eigendomsoverdracht, had de Hoge Raad onder verwijzing naar het arrest uit 1987 slechts hoeven te overwegen dat het laatstgenoemde arrest niet van belang was omdat in het arrest van 2007 geen sprake was van een (kale) koop met uitgestelde levering.[542] Dit laat onverlet dat de vraag of – ook al staan twee vorderingsrechten naast elkaar – het redelijk is om in het geval van een verkrijging van de juridische eigendom krachtens legaat geen rekening te kunnen houden met het feit dat de legataris reeds economisch eigenaar is, hiermee nog onbeantwoord is gebleven.[543]

Ik meen dat het niet redelijk is om de legataris (voor de tweede maal) in de heffing van de schenk- en erfbelasting te betrekken omdat door de uitvoering van zijn legaat zijn vermogen niet toeneemt. Door hem echter te belasten voor de verkrijging van de juridische eigendom (zonder rekening te houden met de eerder verkregen economische eigendom) wordt bovendien een niet te rechtvaardigen verschil aangebracht met de situatie dat niet het legaat maar de juridische levering uit hoofde van de economische eigendomsoverdracht rondom het overlijden van de erflater/verkoper plaatsvindt. Zoals ik eerder betoogde zal de nieuwe fictie van art. 11 lid 2 (slot) niet kunnen worden ingezet omdat de voor die fictiebepaling relevante levering reeds tijdens leven heeft plaatsgevonden. Wel kan art. 10 SW nog aan de orde zijn indien de erflater in het kader van de economische overdracht een levenslang genotsrecht heeft bedongen.[544] De juridische levering van een onroerende zaak leidt in

540 Vgl. B.M.E.M. Schols 2014a.
541 Zie r.o. 3.3. van HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310.
542 Vgl. B.M.E.M. Schols 2014a en B.M.E.M. Schols 2008a.
543 Zie ook Van der Ven 2008, par. 4.
544 Vgl. ook Van Vijfeijken 2013a, p. 252, die echter meent dat art. 11 lid 2 SW wel naar de letter van de wet van toepassing is bij het overlijden ondanks de eerdere economische eigendomsoverdracht.

elk geval tot de heffing van overdrachtsbelasting, zij het dat rekening wordt gehouden met de eerder in de heffing betrokken economische eigendom (art. 9 lid 4 WBR).

Indien bij de heffing van erfbelasting bij de legataris geen rekening kan worden gehouden met de eerder verkregen economische eigendom, komt ook een verschil naar voren met de situatie dat de economische eigendomsoverdracht had plaatsgevonden aan een verkrijger die tevens (een van de) erfgenaam (erfgenamen) is. De schuld van de erflater (de verplichting tot levering) kunnen de erfgenamen immers ingevolge art. 20 lid 3 SW en art. 5 SW voor hun aandeel in aftrek van hun verkrijging brengen, zelfs indien deze schuld bij het enig erfgenaamschap door vermenging teniet is gegaan (*BNB* 1992/384). Zoals reeds opgemerkt, komt de legataris geen beroep op art. 20 lid 3 SW en art. 5 SW toe omdat de schulden van de erflater niet (van rechtswege) op hem komen te rusten (behoudens bijvoorbeeld de mogelijkheid dat de erflater de legataris de last heeft opgelegd om een schuld voor zijn rekening te nemen). B.M.E.M. Schols verklaart voorts het verschil tussen de wijze waarop bij een (enig) erfgenaam rekening wordt gehouden met de verplichting tot levering (casus *BNB* 1992/384) terwijl de legataris bij afgifte van het legaat zijn prijsgegeven recht op levering niet in mindering mag brengen op zijn verkrijging krachtens legaat (casus *BNB* 1987/150) door te wijzen op het verschil in het wezen van een erfstelling en een legaat. Met een legaat bestaat de mogelijkheid dat ook niet tot de nalatenschap behorende goederen kunnen worden gelegateerd zodat in civielrechtelijke en successierechtelijke zin krachtens erfrecht meer verkregen kan worden dan zich in de boedel bevindt. Bij een erfstelling als zodanig wordt de omvang van de nalatenschap echter niet verhoogd.[545]

Hoewel deze constateringen van Schols over het wezen van deze makingen zonder meer correct zijn, vraag ik mij of dit de doorslaggevende reden is om het onderscheid te maken. Immers verandert het saldo van de nalatenschap bij een legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed in zoverre niet, nu tegenover de verkrijging door de legataris krachtens erfrecht van het niet-nalatenschapsgoed (dat bewust door de erflater is gelegateerd) ook de verplichting voor de erfgenamen bestaat om dit goed aan te schaffen en te leveren aan de legataris, dan wel de waarde van het goed uit te keren (art. 4:49 BW). Bovendien kan in theorie ook in het geval van een erfstelling een schuld van de erflater krachtens erfrecht op de erfgenaam/koper komen te rusten (waarmee de erfgenaam dus voor de heffing van erfbelasting rekening zou kunnen houden), welke schuld betrekking heeft op een niet tot de nalatenschap behorend goed, zodat de (successierechtelijke) omvang van de nalatenschap wordt verkleind. Ik denk aan het theoretische geval dat de erflater tijdens leven een

545 B.M.E.M. Schols 2014a en B.M.E.M. Schols 2008a. Zie instemmend Pals 2010, par. 3.5.

niet tot de nalatenschap behorend goed aan zijn (enig) erfgenaam verkoopt met uitgestelde levering.

Het voor mij relevante onderscheid tussen *BNB* 1992/384 en *BNB* 1987/150 is dat voor de erfrechtelijk verkrijger (erfgenaam of legataris) wat betreft de levering sprake is van een verschillende uitgangspositie, waarop Schols in eerste instantie ook lijkt te doelen. De erfgenaam verkrijgt van rechtswege op grond van het erfrecht een verplichting om te leveren aan de *koper/erfgenaam*, zodat met deze op hem rustende *schuld* rekening dient te worden gehouden bij de heffing over zijn erfrechtelijke verkrijging, ongeacht de vraag of er een of meer erfgenamen zijn. Om te bewerkstelligen dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie dat er een of meer erfgenamen zijn, is het arrest *BNB* 1992/384 mijns inziens van belang. Het maakt voor het arrest van 1992 naar mijn mening voor de uitkomst geen verschil of de verplichting tot levering uit hoofde van een kale koopovereenkomst op de erfgenaam rust, of uit hoofde van een economische eigendomsoverdracht. De *koper/legataris* verkrijgt niet krachtens erfrecht de verplichting om te leveren (aan hemzelf), hij verkrijgt enkel een vorderingsrecht om geleverd te krijgen krachtens legaat. Logischerwijs geeft hij door uitvoering zijn *recht* op levering uit hoofde van de koop of economische eigendomsoverdracht prijs. Er is geen regel van het erfrecht of in de Successiewet op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat het prijsgeven van dit recht op de erfrechtelijke verkrijging in mindering wordt gebracht. Hierbij dient men zich te realiseren dat de waarde van verkrijging eigenlijk niet meer behelst dan het verschil in waarde tussen de eerder verkregen economische eigendomsoverdracht en het krachtens legaat verkregen juridische eigendomsrecht.

7.5.2.3 Economische eigendomsoverdracht en legaat: een aanvullende regeling nodig?

Ik meen dat *BNB* 1987/150 ook van toepassing is op een legaat vooraf gegaan door een economische eigendomsoverdracht. Deze toepassing leidt echter tot onbillijke uitkomsten aangezien – anders dan bij een kale koop en legaat – de uitvoering van het legaat niet leidt tot een (wezenlijke) vermogenstoename van de legataris. Daar komt bij dat de uitvoering van de economische eigendomsoverdracht bij het overlijden van de juridisch eigenaar – en dus niet de uitvoering van het legaat – waarschijnlijk niet tot heffing van erfbelasting leidt (ingevolge art. 11 lid 2 SW). Daarom ben ik van oordeel dat de oplossing om de economisch eigenaar/legataris niet 'over te belasten' erin gelegen is om een met art. 9 lid 4 WBR vergelijkbaar heffingsvoorschrift in de Successiewet op te nemen. Dit voorschrift heeft als doel in het kader van de heffing van erfbelasting en een voorafgaande economische eigendomsoverdracht (als

bedoeld in art. 2 lid 2 WBR)[546] slechts de waarde in aanmerking te nemen waarover niet reeds schenkbelasting of overdrachtsbelasting is geheven. Hierbij kan men ter inspiratie ook denken aan de huidige regeling van art. 24 lid 2 SW. Men zou een regeling kunnen treffen op grond waarvan de bij de economische eigendomsoverdracht verschuldigde overdrachtsbelasting/schenkbelasting die betaald is over het bedrag waarover erfbelasting verschuldigd is, in mindering strekt van de erfbelasting. Echter zal men ook een voorziening moeten treffen indien de economische eigendomsoverdracht geen verband houdt met de onder de heffing van de overdrachtsbelasting vallende onroerende zaak(lichamen). Wellicht kan men met het oog op verkrijgingen van de economische eigendom van niet onder de heffing van overdrachtsbelasting vallende goederen (die eveneens krachtens legaat worden verkregen) bepalen dat de erfrechtelijke verkrijger de waarde van hetgeen hij bij de economische eigendomsoverdracht heeft opgeofferd (de betaalde koopsom) in mindering op zijn erfrechtelijke verkrijging mag brengen (vgl. art. 7 lid 1 SW). Met een dergelijke aanvullende regeling – die geen voorschrift geeft over de waardering van de juridische eigendom – wordt geen afbreuk gedaan aan het gegeven dat de zogenoemde 'lege-hulstheorie' (op grond waarvan de juridische eigendom een lege huls zou zijn geworden door de afsplitsing van de economische eigendom) door de Hoge Raad is verworpen.[547] Een aansluiting bij het oude art. 5 lid 6 SW voor het recht van overgang ligt dan ook niet voor de hand, aangezien dit artikel in wezen een codificatie vormt van de door de Hoge Raad verworpen 'lege-hulstheorie'.[548] Art. 5 lid 6 SW luidde (van 1 januari 2002 tot 1 januari 2010): '*Indien de economische eigendom, bedoeld in artikel 2, tweede lid, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer, van een in Nederland gelegen onroerende zaak of een recht waaraan deze is onderworpen berust bij een ander dan de erflater dan wel schenker van die onroerende zaak of dat recht, wordt de waarde bedoeld in het tweede lid van die zaak of dat recht bepaald met inachtneming van die omstandigheid.*'

Men zou echter kunnen betogen dat geen behoefte aan een regel bestaat op grond waarvan rekening gehouden dient te worden met de eerdere economi-

---

546 Ex art. 2 lid 2 WBR wordt onder economische eigendom verstaan: '(…) *een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde. Onder de verkrijging van de economische eigendom van onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen wordt mede verstaan de verkrijging van een samenstel van rechten en verplichtingen dat een belang als hiervoor bedoeld vertegenwoordigt bij een bestanddeel van een onroerende zaak dat zelfstandig aan een recht kan worden onderworpen, dan wel bij een recht waaraan een onroerende zaak kan worden onderworpen. De verkrijging van uitsluitend het recht op levering wordt niet aangemerkt als verkrijging van economische eigendom.*'

547 Zie over de verwerping door de Hoge Raad van de 'lege hulstheorie' onderdelen 4.3 en 4.4 van de Conclusie van A-G Niessen bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, onder verwijzing naar o.a. HR 26 mei 1993, *BNB* 1993/232 en HR 23 december 1992, *BNB* 1993/78.

548 Zie onderdeel 5 van de noot van Van Vijfeijken bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310.

sche eigendomsoverdracht omdat er een mogelijkheid bestaat waardoor de erflater kan bewerkstelligen dat de legataris/economisch eigenaar de juridische eigendom verkrijgt zonder nadere heffing van erfbelasting of overdrachtsbelasting, te weten: het voorwaardelijk afstandslegaat. B.M.E.M. Schols betoogt immers naar aanleiding van HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 dat het voorwaardelijk afstandslegaat zelfs werkt voor een kale koop met uitgestelde levering en het voorwaardelijk afstandslegaat bovendien niet leidt tot art. 11 lid 2 SW.[549] In het navolgende komt dan ook tot slot het voorwaardelijk afstandslegaat aan bod en de betekenis, reikwijdte en wenselijkheid van het arrest.

7.5.2.4 Het voorwaardelijk afstandslegaat

In het arrest over het zogenoemde voorwaardelijk afstandslegaat, had reeds een economische eigendomsoverdracht van enkele onroerende zaken plaatsgevonden. Deze onroerende zaken waren eveneens aan de koper gelegateerd onder de voorwaarde dat afstand wordt/is gedaan van het recht op juridische levering. In afwijking van de *BNB* 1987/150-casus (die enkel een koop met uitgestelde levering betrof) waar ten gunste van de koper/legataris twee vorderingsrechten tot overdracht van het onroerend goed bestonden, konden door het voorwaardelijk legaat volgens de Hoge Raad op geen enkel tijdstip twee rechten op levering naast elkaar bestaan. De Hoge Raad overweegt: '(…) *In de onderhavige zaak is immers aan het legaat de opschortende voorwaarde verbonden van voorafgaande afstand van het uit de koop voortspruitende recht op levering. Het recht op levering uit hoofde van het legaat ontstond dus niet reeds bij en door het overlijden van erflater, maar eerst na afstand van het recht op levering uit hoofde van de koop* (…).'[550]

In par. 5.4.2.5. constateerde ik reeds dat de voorwaarde voor de legataris om afstand te doen van het recht op levering uit hoofde van de koop gekwalificeerd kan worden als een inbrengverplichting (legaat tegen inbreng) waarbij deze verplichting als sublegaat ten behoeve van de erfgenamen geldt. Uiteraard wordt bij de heffing van erfbelasting in algemene zin rekening gehouden met een aan de legataris bij wijze van sublegaat opgelegde inbrengverplichting (zie art. 5 lid 1 SW). Ook is het denkbaar dat men – in navolging van A-G Niessen – tot de conclusie komt dat de voorwaarde kwalificeert als een aan een legaat verbonden last (art. 4:130 BW), welke eveneens (na uitvoering; zie hoofdstuk 6) in aftrek mag worden gebracht ex art. 5 lid 1 SW.[551] De beantwoording van de vraag of sprake is van een sublegaat of last, hangt ervan

549 B.M.E.M. Schols 2014a.
550 HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.3.
551 Zie onderdeel 6.6. van de Conclusie van A-G Niessen bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310.

af of de erflater aan de erfgenamen een vorderingsrecht heeft willen toekennen met betrekking tot het door de legataris afstand doen van zijn recht op levering.

Nadat de Hoge Raad heeft overwogen dat er ten gevolge van het voorwaardelijk afstandslegaat op geen enkel tijdstip twee rechten op levering ten gunste van de legataris/economisch eigenaar naast elkaar bestaan, verbindt de Hoge Raad daar de volgende conclusies aan: '*Dientengevolge geldt in de onderhavige zaak niet wat is overwogen in onderdeel 4.2 van BNB 1987/150, te weten dat het uit de koop voortvloeiende recht op levering van rechtswege tenietging door de overdracht ter uitvoering van het legaat. In de onderhavige zaak is het uit de koop voortvloeiende recht op levering tenietgegaan door afstand daarvan door belanghebbende, die (krachtens de aan het legaat verbonden voorwaarde) voorafging aan het ontstaan van het recht op levering uit hoofde van het legaat.*'[552] Anders dan in het arrest uit 1987 gaat het recht op levering niet van rechtswege teniet door de uitvoering van het legaat, maar doordat de legataris afstand deed van zijn recht op levering waardoor vervolgens het recht op levering krachtens legaat ten gunste van de legataris ontstond.[553] De Hoge Raad gaat aansluitend in op de vraag of het recht op levering uit hoofde van de economische eigendomsoverdracht die door het doen van afstand door de legataris teniet is gegaan in deze zaak – anders dan *BNB* 1987/150 – wel in mindering kan worden gebracht. De Hoge Raad overweegt: '*Het omschreven verschil tussen de onderhavige zaak en de in BNB 1987/150 berechte brengt tevens mee dat in de onderhavige zaak (in afwijking van hetgeen is overwogen in onderdeel 4.3 van BNB 1987/150) wél tegenover de waarde van de gelegateerde onroerende zaken een verplichting van belanghebbende jegens de boedel stond, namelijk de verplichting tot voorafgaande afstand van het uit de koop voortvloeiende recht op levering.*'[554]

Met B.M.E.M. Schols ben ik van mening dat de clou in deze zaak (waarom het prijsgegeven recht wel in mindering komt) zit in de voorwaarde/verplichting die de legataris is opgelegd. Niet relevant is het verschil tussen een kale koop (waarvan sprake was bij *BNB* 1987/150) en het hier aan de orde zijnde arrest (waar sprake was een economische eigendomsoverdracht).[555] Indien volgens de Hoge Raad wezenlijk verschil had bestaan tussen deze situaties, had de Hoge Raad onder verwijzing naar het arrest uit 1987 slechts hoeven te overwegen dat het laatstgenoemde arrest en de daarin geformuleerde rechtsregel niet van belang waren. Immers, in het arrest van 2007 was geen sprake van een (kale) koop met uitgestelde levering.[556] De Hoge Raad komt

552 HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.3.
553 Vgl. B.M.E.M. Schols 2008a.
554 HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.4.
555 B.M.E.M. Schols 2014a.
556 Vgl. B.M.E.M. Schols 2014a en B.M.E.M. Schols 2008a en Estate Planning, nr. 23.2.07.

echter op juridische gronden tot de conclusie dat de situaties verschillen en dat de rechtsregel van 1987 niet geldt bij het voorwaardelijk afstandslegaat.

In wezen kan uit de bovenstaande geciteerde overwegingen onder meer worden afgeleid dat bij een voorwaardelijk afstandslegaat voor de heffing van erfbelasting rekening wordt gehouden met de aan de legataris opgelegde inbrengverplichting of lastverplichting (zie art. 5 lid 1 SW). Met deze uit art. 5 SW voortvloeiende conclusie kan ik in algemene zin leven, in die zin dat het terecht is dat bij de in de heffing te betrekken erfrechtelijke verkrijging rekening wordt gehouden met de aan de verkrijging voor de verkrijger verbonden verplichtingen (zie hoofdstuk 6). Interessant wordt het naar mijn mening echter in dit geval als moet worden vastgesteld welke waarde aan de verplichting (het afstand doen van het recht op levering) kan worden toegekend. De Hoge Raad overweegt hierover: '*De stukken van het geding voor het Hof laten geen andere gevolgtrekking toe dan dat belanghebbende onbetwist heeft gesteld dat de waarde van dat recht op levering in het onderhavige geval gelijk is aan de waarde van de onroerende zaken. Mede in het licht van het voorgaande volgt daaruit dat voor het recht van successie geen sprake zou zijn van een belaste verkrijging.*'[557]

A) Waardering verplichting afstand te doen van recht op levering; alternatieve rechten

Ondanks het bovenstaande, betwijfel ik of men niet dient te stellen dat de waarde van het recht waarvan afstand wordt gedaan in een dergelijke feitelijke constellatie op nul gesteld had dienen te worden, ongeacht of sprake is van een voorafgaande economische eigendomsoverdracht of slechts een kale koop met uitgestelde levering. Weliswaar bestaan er niet twee vorderingsrechten op hetzelfde moment ten gevolge van het voorwaardelijk afstandslegaat, maar overeind blijft dat – gezien *BNB* 1987/150 – deze rechten ook nooit naast elkaar kunnen bestaan. Men kan immers niet krachtens koop én legaat hetzelfde goed verkrijgen. Ook in het kader van het voorwaardelijk afstandslegaat kan gesproken worden van alternatieve rechten. Hoewel een recht op levering waarvan afstand gedaan wordt zonder meer een waarde vertegenwoordigt, zou men kunnen verdedigen dat in deze bijzondere constellatie aan het recht op levering geen waarde kan worden toegekend nu sprake is van een alternatief recht waarvan afstand wordt gedaan. De annotator van Vakstudienieuws lijkt hier ook op te doelen: '*De vraag is wat de reële betekenis is van de voorwaarde die in het legaat is opgenomen. Het uitvoering geven aan het legaat, ook zonder dat hierin een dergelijke 'voorwaarde' zou zijn opgenomen, impliceert immers dat recht op levering uit hoofde van de overeenkomst niet meer mogelijk is. Waar wordt dan afstand van gedaan?*'[558]

557 HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.4.
558 *V-N* 2007/38.28.

Ik kan mij vinden in bovenstaande opmerking van de annotator. In EstateTip Review 2007-33 wordt echter gesteld dat de annotator hiermee de successierechtelijke werking van voorwaarden via art. 45 en 53 SW (onder het mom 'erflater spreekt') negeert en ik citeer: '*Door de afstandsverplichting met zoveel woorden in de uiterste wil te vermelden, sterker nog door deze in de vorm van een voorwaardelijke making te gieten, wordt de betreffende handeling successierechtelijk geactiveerd en dient deze nog meegenomen te worden voor de heffing van het successierecht. Economisch gezien heeft de annotator wellicht gelijk, juridisch-technisch niet.* (…)'[559] Mijns inziens kan echter uit de art. 45 en 53 SW niet worden afgeleid dat de voorwaarde (het doen van afstand) op zichzelf een (waardedrukkende) invloed heeft op de omvang van de verkrijging en geven deze artikelen veeleer aan wanneer bij een voorwaardelijke verkrijging heffing (of vermindering) kan plaatsvinden. Indien gedoeld wordt op het feit dat de voorwaarde beschouwd moet worden als een verplichting voor de legataris (als testamentaire last of bij wijze van sublegaat) is het uiteraard zonder twijfel dat rekening met deze verplichting dient te worden gehouden ingevolge het eerste lid van art. 5 SW. Vervolgens resteert de vraag of, en zo ja, welke waarde aan deze verplichting gezien de feitelijke constellatie kan worden toegekend.

De Hoge Raad lijkt impliciet ervan uit te gaan dat aan het recht op levering waarvan afstand kan worden gedaan een waarde kan worden toegekend. Ook al kon de Hoge Raad in het arrest niet inhoudelijk meer ingaan op de onbetwiste stelling dat de waarde van het recht op levering gelijk was aan de waarde van de onroerende zaken, had de Hoge Raad wellicht in zijn overwegingen wel tot uitdrukking kunnen brengen dat aan het afstand doen van een alternatief recht per definitie geen waarde kan worden toegekend. Met andere woorden: de Hoge Raad sanctioneert dat aan de verplichting om afstand te doen van het uit de koop voortvloeiende recht op levering een waarde kan worden toegekend die in aftrek kan komen op de belaste verkrijging. Ik betreur echter dit oordeel van de Hoge Raad. Daarbij teken ik aan dat de van *BNB* 1987/150 afwijkende uitkomst in het kader van een economische eigendomsoverdracht, zoals Van Vijfeijken ook stelt, bevredigend is omdat zowel de omvang van de nalatenschap als het vermogen van de economisch eigenaar/legataris door de uitvoering van het legaat niet (wezenlijk) af- respectievelijk toeneemt.[560] Van Vijfeijken stelt dan ook dat het arrest over het voorwaardelijk afstandslegaat tegemoet komt aan het rechtsgevoel en dat de Hoge Raad i.c. de rechtsregel van *BNB* 1987/150 vrij eenvoudig kon omzeilen. Daarnaast spreekt Van Vijfeijken de hoop uit dat ook bij andere varianten waarbij economische eigendom wordt afgewikkeld tot hetzelfde oordeel wordt gekomen en vraagt zij zich af of gezien het arrest over het voorwaardelijk afstandslegaat

559 EstateTip Review 2007-33.

560 Zie onderdeel 2 van de noot van Van Vijfeijken bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.6.0.D.b.

ook bij andere varianten, zoals de verkoop met uitgestelde levering en uitgestelde betaling, tot eenzelfde oordeel zal worden gekomen.[561]

B) Reikwijdte BNB 1987/150 en BNB 2007/310

Afgezien van de wenselijkheid van de uitkomsten, meen ik dat de rechtsregels van *BNB* 1987/150 alsook die van het hier aan de orde zijnde arrest *BNB* 2007/310 van toepassing zijn in zowel een situatie waarin sprake is van een kale koop als in een situatie waarin sprake is van een economische eigendomsoverdracht. Men zou wellicht de rechtsregel van *BNB* 1987/150 (geen betekenis komt toe aan het prijsgegeven recht op levering aangezien dit recht van rechtswege door de uitvoering van het legaat teniet is gegaan) enkel van toepassing willen laten zijn bij een kale koop en de rechtsregel van *BNB* 2007/310 (aan de verplichting om afstand te doen van het recht op levering komt wel betekenis toe aangezien daarna pas krachtens legaat verkregen wordt) enkel van toepassing willen laten zijn bij een economische eigendomsoverdracht. De arresten bieden voor de beperkingen van het toepassingsgebied (dat wil zeggen het maken van onderscheid tussen een economische eigendomsoverdracht en kale koop) naar mijn mening echter geen ruimte, althans uit niets blijkt dat de Hoge Raad het onderscheid tussen kale koop of economische eigendomsoverdracht van belang acht. Zoals B.M.E.M. Schols terecht stelt heeft de Hoge Raad in zijn arrest uit 2007 duidelijk laten zien dat '(…) *het verschil in benadering (ten opzichte van BNB 1987/150) niet zit in het feit dat het de ene keer om economische eigendom gaat en de andere keer om een 'kale' koop, maar dat de clou zit in de voorwaarde/verplichting die bij het legateren werd gebruikt*'.[562] Schols concludeert dan ook: '*De techniek van het voorwaardelijk afstandslegaat wordt mijns inziens nog steeds gedragen door de werkelijkheid van HR 10 augustus 2007, BNB 2007/310 en wordt in de notariële praktijk op geen enkele wijze gehinderd door de in artikel 11, lid 2, SW laatste zinsnede neergelegde gemoderniseerde fictie. Of het om 'uitsluitend het recht op levering' gaat of om economische eigendom maakt mijns inziens voor de succesvolle werking van het voorwaardelijk afstandslegaat ook niet uit.*'[563]

Indien dus onroerende zaken aan de koper gelegateerd zouden zijn onder de voorwaarde dat afstand wordt/is gedaan van het recht op juridische levering uit hoofde van een 'kale' koopovereenkomst, is er mijns inziens (en ook gedachtig de conclusie van Schols) geen reden om de rechtsregel van *BNB* 2007/310 niet toe te passen. Het behoeft geen betoog dat deze uitkomst bij de 'papieren operatie' van de kale koop (waarbij de betaling van de koopsom is uitgesteld tot het overlijden van de verkoper) onwenselijk is. Immers is dan bij de uitvoering van het voorwaardelijk afstandslegaat (los van de eventueel van toepassing zijnde fictiebepalingen) door de legataris noch erfbelasting,

561 Onderdeel 2 van de noot van Van Vijfeijken bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.6.0.D.b.

562 B.M.E.M. Schols 2014a.

563 B.M.E.M. Schols 2014a.

noch overdrachtsbelasting (art. 3 lid 1 sub a WBR) verschuldigd.[564] Overigens zal de eventueel op grond van het legaat door de legataris in te brengen geldsom (bijvoorbeeld overeenkomend met de koopsom) bij de erfgenamen in de heffing van de erfbelasting betrokken kunnen worden.[565] Voor de erfgenamen zal de verkrijging van de tot de nalatenschap behorende (verkochte) zaak wegvallen tegen de verplichting om deze zaak ter uitvoering van het legaat aan de legataris te leveren (art. 4:117 lid 2 BW jo. 4:7 lid 1 sub h BW en art. 5 lid 1 SW).

C) Het voorwaardelijk afstandslegaat, kale koop en art. 11 lid 2 (slot) SW

Indien men echter zou concluderen dat de fictie van art. 11 lid 2 (slot) SW in het geval van de kale koop uitkomst kan bieden bij het voorwaardelijk afstandslegaat, zou bovenstaande onwenselijke uitkomst (ten aanzien van de – onmogelijkheid van – heffing van erfbelasting van de legataris) mogelijk verzacht kunnen worden.[566] Van Vijfeijken is van mening dat art. 11 lid 2 SW naar de letter van de wet niet van toepassing is op een voorwaardelijk afstandslegaat, maar dat de wetgever die toepassing wel heeft bedoeld.[567] Pals komt ook tot een dergelijke conclusie en schrijft: '*Voldaan is aan de voorwaarde dat de erflater een verplichting tot levering had. Aan de voorwaarde dat de levering moet plaatsvinden bij overlijden of een daarmee verband houdend tijdstip wordt bij het aanvaarden van het legaat niet voldaan. Desalniettemin moeten het doel en de strekking van deze fictiebepaling in acht worden genomen. Het is niet voor de hand liggend dat de staatssecretaris de heffing van erfbelasting wil laten afhangen van de titel van levering. Gezien deze verwachte bedoeling van de staatssecretaris wordt de legataris met een fictieve verkrijging geconfronteerd.*'[568]

Anders dan bij de toepassing van art. 11 lid 2 SW bij de kale koop en het enig erfgenaamschap (waardoor de leveringsverplichting door vermenging teniet ging; zie par. 7.5.1.4), heb ik bezwaar tegen de redenering van Pals. Door het toepassen van deze redenering schiet men erg voorbij aan de letter van de wet. Bovendien lijkt het mij onmogelijk om bij de uitvoering van een (voorwaardelijk afstands)legaat, waardoor de goederen onder bijzondere titel (legaat) worden geleverd en derhalve daadwerkelijk *krachtens erfrecht* worden verkregen, een *fictieve* erfrechtelijke verkrijging aan te nemen. Of in de woorden van

564 CB S&E 2014-2015, nr. 5.6.0.D.b.

565 Zie ook onderdeel 3 van de noot van Van Vijfeijken bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 en Pals 2010, par. 3.6.

566 Overigens ga ik er hierbij vanuit dat art. 11 lid 2 SW niet bij de economische eigendomsoverdracht kan worden toegepast. Indien dat wel het geval zou zijn, zou de bevredigende uitkomst van *BNB* 2007/310 bij de combinatie van een voorwaardelijk afstandslegaat en economische eigendomsoverdracht (afhankelijk van de uitleg van art. 7 SW) weer doorkruist worden.

567 Van Vijfeijken 2013a, p. 250.

568 Pals 2010, par. 3.6.

Schols : 'een legaat is nu eenmaal geen koop'.[569] Bovendien zou vervolgens de vraag aan de orde komen of, en zo ja, welke opofferingen ingevolge art. 7 SW in mindering op de fictieve verkrijgingen gebracht kunnen worden. Pals meent dat het afstand doen van het recht op levering geen voelbaar offer is voor de legataris.[570] Hoewel ik deze gedachtegang van Pals kan onderschrijven voor zover deze inhoudt dat het voor de legataris niet uitmaakt of hij het goed krachtens koop of krachtens legaat verkrijgt omdat hij het goed nooit zowel krachtens koop als legaat kan verkrijgen,[571] meen ik dat men gezien *BNB* 2007/310 niet anders kan concluderen dan dat de Hoge Raad weldegelijk het afstand doen van het recht op levering als een opoffering aanmerkt, zodat ook via art. 11 lid 2 SW jo. art. 7 SW uiteindelijk geen heffing van erfbelasting plaatsvindt over deze verkrijging door de legataris.[572] De onwenselijk situatie – zijnde dat bij de combinatie van een voorwaardelijk afstandslegaat en kale koop geen heffing van erfbelasting (en overdrachtsbelasting) over de verkrijging door de legataris kan plaatsvinden – blijft bestaan ook al is de kale koop tijdens leven van de erflater in de kern een 'papieren operatie'.

7.5.2.5 Voorwaardelijk afstandslegaat, kale koop of economische eigendomsoverdracht en heffing erfbelasting: hoe kan een wenselijke uitkomst bereikt worden?

De oplossing voor de in de vorige paragraaf beschreven situatie is wat mij betreft dan ook gelegen in de waardering van de verplichting die op de legataris rust ten gevolge van het voorwaardelijk afstandslegaat. Aangezien er ten gevolge van *BNB* 1987/150 nooit twee vorderingsrechten tot overdracht van het goed ten gunste van de koper/legataris bestaan, komt mijns inziens aan de opoffering van het (alternatieve) recht om het goed krachtens koop geleverd te krijgen bij de uitvoering van het voorwaardelijk afstandslegaat (dus enkel in deze specifieke constellatie) geen waarde toe.

Met het bovenstaande wijk ik af van hetgeen de Hoge Raad in *BNB* 2007/310 bepaald heeft of lijkt te hebben bepaald aangezien hij zich niet expliciet over de waardering heeft uitgelaten. Wel handhaaf ik dan de rechtsregel dat met de verplichting *an sich* rekening dient te worden gehouden. In mijn gedachtegang is er dan uiteraard ook geen reden om bij de waardering van het afstand doen van het recht op levering uit hoofde van de juridische eigendomsoverdracht anders te oordelen. Ook aan deze verplichting zou geen waarde dienen te worden toegekend, zodat de legataris per saldo (behoudens de eventuele inbrengverplichting) geen aftrek kan toepassen op zijn verkrijging ex art. 5 lid 1 SW. Bij het voorwaardelijk afstandslegaat en de voorafgegane economische

569 B.M.E.M. Schols 2014a.
570 Pals 2010, par. 3.6.
571 Zie ook Van Vijfeijken 2013a, p. 250.
572 Zie Van Vijfeijken 2013a, p. 250 en B.M.E.M. Schols 2014a.

eigendomsoverdracht, levert dit dan echter weer een onwenselijke uitkomst op omdat het juist bevredigend was indien voor de heffing van erfbelasting wel rekening gehouden kon worden met de reeds verkregen economische eigendom. Anders dan bij een kale koop is bij een economische eigendomsoverdracht geen sprake van een 'papieren operatie'.[573] Hierbij teken ik aan dat naar mijn mening de rechtsregel van *BNB* 1987/150 ook bij een economische eigendomsoverdracht en (gewoon) legaat van toepassing is, zodat ook daar sprake is van een onwenselijke uitkomst indien de legataris ten gevolge van de juridische levering krachtens legaat (nogmaals) volledig in de heffing van schenk- en erfbelasting wordt betrokken. De oplossing om in het geval van een economisch eigenaar niet een 'overbelasting' te bewerkstelligen omdat er bij de verkrijging van juridische eigendom geen reden meer is om over de volledige verkrijging te heffen, dient dan ook niet gevonden te worden in de rechtspraak van de Hoge Raad en de toepassing van de arresten. Mijns inziens is de wetgever aan zet om de economisch eigenaar tegemoet te komen door een regeling op te nemen waarbij de economisch eigenaar bij zijn verkrijging krachtens erfrecht van de juridische eigendom voor de heffing rekening mag houden met zijn eerder verkregen economische eigendom, bijvoorbeeld door slechts de waarde in aanmerking te nemen waarover niet reeds schenkbelasting of overdrachtsbelasting is geheven. Zoals ik eerder heb opgemerkt kan wellicht art. 9 lid 4 WBR of art. 24 lid 2 SW ter inspiratie dienen. Ik verwijs naar par. 7.5.2.3.

7.6 SLOTBESCHOUWING: HET LEGAAT ALS ESTATE PLANNINGSINSTRUMENT EN WENSELIJK RECHT

7.6.1 Algemeen

In dit hoofdstuk is naar voren gekomen op welke wijze het legaat een rol speelt in de estate planningspraktijk. Anders dan bij een erfstelling kan het legaat gedeeltelijk worden aanvaard en kan de legataris zodoende bij een zogenoemd keuzelegaat indirect de omvang van het gelegateerde bepalen. Van groot belang is met name dat de erflater door het opnemen van een legaat *een schuld van de nalatenschap* creëert die als hoofdregel op de gezamenlijke erfgenamen komt te rusten (art. 4:117 lid 2 en art. 4:7 lid 1 sub h BW). Aangezien de Successiewet 1956 in principe aanknoopt bij de erfrechtelijke werkelijkheid, wordt bij de voor de Successiewet belastbare verkrijging krachtens erfrecht door de erfgenamen rekening gehouden met de op hen rustende schuld uit legaat (art. 5 lid 1 SW). In hoofdstuk 6 heb ik bepleit dat ook zonder art. 5 lid 1 SW dit reeds zou kunnen worden afgeleid uit de op grond van art. 1 lid 1 onder 1 SW belaste

573 CB S&E 2014-2015, nr. 5.6.0.D.b.

verkrijging 'krachtens erfrecht'. Vanuit de legataris bezien levert het legaat hem een door de erflater toegekend vorderingsrecht op, welk vorderingsrecht bij de legataris als erfrechtelijke verkrijging in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken (art. 1 lid 1 onder 1 SW). Dat het gelegateerde nog aan de legataris geleverd moet worden, staat niet aan heffing in de weg omdat de erfrechtelijke aanspraak reeds in de heffing wordt betrokken.[574]

Zoals reeds uit de hoofdstukken 4 en 5 volgt, zijn er in wezen geen grenzen aan de mogelijkheid van de erflater om te legateren mits de erflater de legataris een vorderingsrecht toekent. Dientengevolge is voor de kwalificatie van een legaat niet van belang of het gelegateerde tot de nalatenschap behoort. Het erfrecht kent vervolgens wel een wettelijke regeling die kan leiden tot het vervallen van het legaat van een bepaald goed, of van een op een bepaald goed te vestigen recht, indien het goed bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort (art. 4:49 lid 1 BW). Aan het verval van het legaat wordt echter ontkomen indien uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild (art. 4:49 lid 1 slot BW). Alsdan zal degene op wie de verplichting van het legaat rust (als hoofdregel de gezamenlijke erfgenamen), zich het gelegateerde goed dienen te verschaffen en over te dragen aan de legataris, dan wel de waarde van het goed uit te keren indien het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering verkregen kan worden (art. 4:49 lid 2 BW). Met andere woorden: het legaat van andermans zaken kent een deugdelijke civielrechtelijke grondslag en vervalt niet indien het legaat door de erflater is gewild. Bij soortgoederen (als geld) speelt de dreiging van verval van het legaat ex art. 4:49 BW sowieso niet, aangezien soortgoederen in civielrechtelijke zin altijd tot de boedel behoren. Desalniettemin wordt de schuld uit legaat verminderd indien de nalatenschap niet toereikend is om de schulden uit legaten te voldoen uit de erfdelen op wie zij rusten (art. 4:120 lid 2 BW). Indien de erfgenaam echter zuiver heeft aanvaard, zal hij toch gehouden zijn tot voldoening van het legaat (voor zover het op hem rust; art. 4:120 lid 5 en 4:184 lid 2 sub a BW). Indien de erfgenamen door zuivere aanvaarding juist bij de eventuele bedoeling van de erflater willen aansluiten die grote erfrechtelijke schulden heeft willen creëren om (in de toekomst) erfbelasting te besparen, dan kan dit civielrechtelijk. Er staat immers niets aan in de weg om rechtsgeldig geldsommen te legateren die de nalatenschap overtreffen en waarmee vervolgens in het kader van de heffing van erfbelasting rekening dient te worden gehouden

Deze civielrechtelijke uitgangspunten brengen met zich dat het legaat kan worden ingezet om een verkrijging krachtens erfrecht door de legataris te bewerkstelligen, terwijl het gelegateerde niet tot de nalatenschap van de erflater

574 Vgl. Schoenmaker 2010, onder verwijzing naar Hof Arnhem 24 januari 2002, nr. 99/00592, *Notafax* 2002, nr. 104.

behoort of – indien het legaat betrekking heeft op een soortgoed zoals een geldbedrag – de nalatenschap van de erflater niet toereikend is om daaruit het geldlegaat te voldoen. De Successiewet zal vervolgens met deze erfrechtelijke werkelijkheid dienen om te gaan en zo nodig met fictiebepalingen ongewenste gevolgen dienen te bestrijden.

Het behoeft naar aanleiding van dit hoofdstuk waarschijnlijk geen betoog dat de estate planner creatief is omgegaan met het inzetten van het legaat om daarmee (grote) erfrechtelijke schulden en vorderingen te creëren. Met name werd gekozen voor een opzet waarbij met een niet tijdens leven van de erfgenaam(schuldenaar) opeisbare erfrechtelijke schuld aan de legataris, welke schuld betrekking heeft op geldbedragen die de nalatenschap overtreffen, aan de legataris een vordering werd toegekend die wegens de niet-opeisbaarheid voor de contante waarde in de heffing werd betrokken. Bij het overlijden van de erfgenaam (schuldenaar) wordt de schuld uit legaat opeisbaar en wordt bewerkstelligd dat het te vererven vermogen van de erfgenaam/schuldenaar wordt verkleind. Immers kan de schuld uit legaat niet voldaan worden uit het door de erfgenaam/schuldenaar destijds geërfde vermogen. Te denken valt in dit kader aan de ik-opa-legaten (zie par. 7.4.2). Daarnaast werd getracht met een legaat dat betrekking heeft op niet tot de nalatenschap behorende goederen een toekomstige nalatenschap van een schuldenaar zonder voelbaar offer te verkleinen doordat de schuldenaar verplicht werd om bij wijze van legaat eigen goederen onder voorbehoud van vruchtgebruik aan de erfgenamen over te dragen. Zonder nadere fictiebepaling zou de waardeaangroei bij de erfgenamen van de bloot eigendom van de door de schuldenaar verkregen goederen naar volle eigendom bij het overlijden van de schuldenaar zonder heffing van erfbelasting plaatsvinden. Ik doel hier op de turbo-legaten (zie par. 7.4.1), waarbij de schuldenaar veelal zelf het vruchtgebruik van de nalatenschap van de erflater gelegateerd krijgt onder de zojuist vermelde verplichting.

Het legaat blijkt als uiterste wilsbeschikking waaronder allerlei prestaties gebracht kunnen worden, eveneens de praktijk de mogelijkheid te bieden om toekomstige nalatenschap 'uit te hollen' en zodoende heffing van erfbelasting (in de toekomst) te beperken. Reeds meermalen werd aangekondigd dit hoofdstuk te besluiten met de vraag of de wetgever met de fictiebepaling van art. 10 SW op een juiste manier de toekomstige verkleining van te vererven vermogen ten gevolge van de uitvoering van door een andere persoon opgestelde testamentaire makingen tegengaat. Het is eigenlijk pas sinds het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament van 19 juni 2009, *BNB* 2009/224, en de parlementaire behandeling van de per 1 januari 2010 gemoderniseerde Successiewet 1956 duidelijk dat erfrechtelijke handelingen (handelingen ten gevolge van de uitvoering van een testament) onder het bereik van de fictiebepaling van art. 10 SW ('rechtshandeling') vallen.

Het is dus ook pas sinds 2009 de vraag of het huidige art. 10 SW de erfrechtelijke handelingen terecht en proportioneel in de heffing betrekt. Het zal gezien mijn voorliefde voor de juridische werkelijkheid en gezien het bestek van het onderzoek niet verbazen dat ik de wisselwerking tussen het civiele recht en het fiscale recht bij de op het civiele (erf)recht georiënteerde Successiewet als vertrekpunt blijf hanteren en niet verder inga op (de op zichzelf interessante) suggesties om in de Successiewet te kiezen voor een economisch verkrijgingsbegrip.[575] Aangezien de Successiewet recentelijk gemoderniseerd is, ligt een

575 Zie uitgebreid over dergelijke voorstellen hoofdstuk 2 van Van Vijfeijken 2013a en zie eveneens bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930 , nr. 4, p. 6, op welke plek de Raad van State in zijn advies op het wetsvoorstel voor een gemoderniseerde Successiewet onder meer het volgende opmerkt: '(…) *Het belangrijkste element van veroudering vormen de formeel geformuleerde bepalingen, hoezeer deze ook begrijpelijk zijn tegen de achtergrond van de maatschappij van 1859 en 1897, toen zij werden geschreven. Formeel geformuleerde bepalingen leiden tot een strikte uitleg, zoals de rechtspraak ook heeft geleerd, onder meer het in de toelichting genoemde arrest van de Hoge Raad van 6 juni 2008, BNB 2008/203, en roepen dan vervolgens – opnieuw formeel geformuleerde – reparatievoorstellen op zoals ook het voorgestelde artikel 11, tweede lid, SW 1956 een voorbeeld is. Bij modernisering van het successierecht zouden dan ook in de eerste plaats de formeel geformuleerde bepalingen vervangen dienen te worden door materieel geformuleerde bepalingen. De sterke gerichtheid op het burgerlijk recht bij de uitleg van de bepalingen zou daardoor in betekenis inboeten ten gunste van een meer «economische» benadering. Tevens zou ook meer ruimte gecreëerd worden voor toepassing van fraus legis. Deze benadering sluit aan op de ontwikkelingen elders op het terrein van de belastingheffing waarbij grotere betekenis wordt toegekend aan materiële dan aan formele criteria voor het voorwerp van de belasting. Ook de staatssecretaris heeft in zijn voordracht van 14 april 2008, die als startpunt van de voorbereiding van het voorstel is aan te merken, de «economische werkelijkheid» meermalen als thema genoemd.*

Bij de erf- en schenkbelastingen kan als een materieel criterium voor de voorwerpen van belasting het voordeel dat aan de verkrijger opkomt als gevolg van het overlijden van de erflater of van de vrijgevigheid van de schenker, worden gehanteerd. Het zou bij deze belastingen niet meer zozeer gaan om, zoals ook in het voorgestelde artikel 1, eerste lid, SW 1956 blijft opgenomen, de waarde van al wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde, maar om het voordeel dat bij de verkrijger opkomt als het gevolg van het overlijden van de erflater of de vrijgevigheid van de schenker. Een voordeel kan niet alleen opkomen bij een rechtstreekse verkrijging van geld, zaken of rechten door een eenzijdige handeling van erflater of schenker, maar ook op grond van een overeenkomst die tussen erflater of schenker met de verkrijger niet op louter zakelijke gronden wordt gesloten maar op voor de verkrijger gunstige voorwaarden die hun oorsprong uitsluitend vinden in de bijzondere relatie tussen erflater of schenker en de verkrijger. In deze gevallen moet de overeenkomst worden ontleed in een «zakelijke» transactie, gesloten op voorwaarden die ook met willekeurige derden overeengekomen worden, en een bevoordeling die voortvloeit uit de bijzondere relatie tussen erflater of schenker en de verkrijger. Deze bevoordeling is dan vervolgens het voorwerp van de erf- of schenkbelasting. Uit de brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 24 oktober 2008 is af te leiden dat ook de staatssecretaris een algehele stelselherziening, gebaseerd op een betere aansluiting bij de belevingswereld van de belastingplichtigen en bij een meer economisch verkrijgingsbegrip voor ogen heeft, maar dat invoering daarvan onder meer door de defiscalisering van overbedelingsschulden tot een verschuiving in de belastingopbrengst zou leiden waarvoor thans geen budgettaire ruimte bestaat.

Onder deze omstandigheden dient «reparatie» van formeel geformuleerde bepalingen tevens te worden getoetst aan het door de staatssecretaris aangeduide meer economische verkrijgingsbegrip, teneinde te voorkomen dat de kloof tussen de op het burgerlijk recht gebaseerde benadering van hetgeen

grondige stelselherziening (en de keuze voor een economische benadering) niet op de korte termijn in lijn der verwachting. Vandaar dat ik mij beperk tot de vraag of wenselijk recht geformuleerd kan worden binnen het huidige systeem, waarbij geen sprake is van defiscalisering van erfrechtelijk verkregen niet-opeisbare vorderingen. Desalniettemin zal een meer economische benadering bij fictiebepalingen weldegelijk een rol spelen, aangezien in gevallen waarvoor een fictiebepaling geldt per definitie geen sprake is van een 'echte' erfrechtelijke verkrijging terwijl heffing wel wenselijk geacht kan zijn.

Ook zal ik zo veel mogelijk van de huidige systematiek in de Successiewet uitgaan bijvoorbeeld wat betreft de waardering van verkrijgingen van (fictief) vruchtgebruik en bloot eigendom (waaronder ook de verkrijging van een niet-opeisbare erfrechtelijke vordering valt) die thans op een forfaitaire wijze geschieden.

Het bovenstaande uitgangspunt leidt er bij de formulering van wenselijk recht binnen het huidig systeem dan ook toe dat geaccepteerd dient te worden dat oprenting van een niet-opeisbare erfrechtelijke vordering kan plaatsvinden binnen de door de wetgever aangegeven regels over welke rente fiscaal gevolgd wordt en binnen welke fiscale marge (zijnde maximaal een samengestelde rente van 6%; zie ook art. 9 SW) zodat een toekomstige nalatenschap op die grond kan worden 'uitgehold' zonder dat over die rentebijschrijvingen erfbelasting verschuldigd is. Evengoed dient de forfaitaire waardering van niet-opeisbare vorderingen voor lief te worden genomen, al houdt deze wijze van waardering door uit te gaan van 'levensverwachtingen' geen rekening met de daadwerkelijke periode dat de schuldenaar nog leeft en de vordering dus niet-opeisbaar was. Deze waarderingswijze betekent onvermijdelijk dat de legataris (of andere erfrechtelijke verkrijger) wiens niet-opeisbare vordering een rente van 6% samengestelde rente draagt (zodat de vordering nominaal in de heffing wordt betrokken), gewenst had dat de vordering renteloos was geweest (en hij slechts voor de bloot eigendom waarde in de heffing was betrokken) indien de schuldenaar snel komt te overlijden en de vordering amper heeft kunnen oprenten. Indien de schuldenaar echter de levensverwachting overtreft en de vordering met 6% samengestelde rente flink heeft kunnen oprenten, dient de wetgever deze bijgeschreven rente dan ook niet bij wijze van fictie in de heffing van de erfbelasting te betrekken bij de legataris (of andere schuldeiser), hetgeen de wetgever binnen de grenzen van de 'wettelijke ventieltechniek' dan ook niet doet (zie par. 7.2.2.). Enkel in het kader van art.

---

krachtens erfrecht wordt verkregen en het economische voordeel dat opkomt als gevolg van overlijden groter wordt. De beoogde stelselherziening zou daardoor steeds moeilijker te realiseren zijn. Voorstellen die niet zien op het belasten van een voordeel dat opkomt als het gevolg van overlijden, zouden met het oog hierop achterwege dienen te blijven, ook al zouden deze voorstellen kunnen kwalificeren als het repareren van de formeel geformuleerde bepalingen. (…)'

10 lid 9 SW lijkt er toch heffing te kunnen plaatsvinden met betrekking tot (geoorloofde) rentebijschrijvingen ten aanzien van (met name) niet-opeisbare legaten (zie par. 7.4.2.4). Dit lijkt mij onwenselijk aangezien met de door de Successiewet geaccepteerde rentebijschrijving reeds in het kader van de waardering van de vordering rekening wordt gehouden. Dit laat onverlet de hierna te bespreken (on)wenselijkheid om de nominale waarde van een dergelijk legaat met uitgestelde werking in de heffing te betrekken ten tijde van opeisbaarheid indien en voor zover deze schuld het toekomstig te vererven vermogen van de schuldenaar verkleint.

Er bestaat eveneens geen noodzaak om legaten in de heffing op grond van een fictiebepaling te betrekken indien het legaat de legataris de keuze geeft wat hij uit de nalatenschap wenst te verkrijgen (keuzelegaten) of legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen (zoals afvullegaten en legaten ter grootte van een vrijstelling). Zie par. 7.2 en 7.3. In dergelijke gevallen wordt al hetgeen zich in de nalatenschap van de erflater bevindt in de heffing betrokken van erfbelasting ex art. 1 SW, zij het dat deze verkrijgingen door de legaten (optimaal) gespreid worden over erfrechtelijke verkrijgers. An sich wordt door deze legaten geen heffing van erfbelasting in de toekomst ontgaan doordat een verkrijger zijn toekomstige nalatenschap (zonder voelbaar offer) verkleint.

Wat is naar mijn mening de speelruimte voor de wetgever om te concluderen dat (niet-opeisbare) erfrechtelijke schulden uit legaat bij het overlijden van de schuldenaar onder art. 10 SW gebracht dienen te worden terwijl bij het overlijden van de erflater de legaten (of andere erfrechtelijke verkrijgingen) reeds ex art. 1 SW in de heffing zijn betrokken?

7.6.2 Art. 10 SW en de bestrijding van erfrechtelijke handelingen

Zoals bekend komt art. 10 SW als hoofdregel in beeld als de erflater tijdens leven (vererfbare) eigendomsrechten heeft omgezet in (niet-vererfbare) genotsrechten.[576] Of in (wettelijke terminologie van art. 10 lid 1 SW) wordt als fictieve erfrechtelijke verkrijging aangemerkt: *'[a]ll wat iemand ten koste van het vermogen van de erflater heeft verkregen in verband met een rechtshandeling (…) waarbij de erflater (…) partij was (…) indien de erflater in verband daarmee tot aan zijn overlijden (…) het genot heeft gehad van een vruchtgebruik (…).'*

Het klassieke voorbeeld betreft de verkoop door een ouder van zijn woning aan zijn kind waarbij de woning wordt overgedragen aan het kind onder

576 Vgl. *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19 en de door de Hoge Raad gebruikte formulering in r.o. 3.2.3 en 3.2.4 in HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203.

voorbehoud van het recht van vruchtgebruik. Het kind betaalt voor de verkrijging van de blote eigendom een zakelijke prijs. Op grond van art. 10 SW wordt bij het overlijden van de vader erfbelasting ten laste van het kind over de verkrijging van de woning geheven alsof het kind de woning krachtens erfrecht van zijn ouder heeft verkregen, hoewel bij het overlijden van de ouder het vruchtgebruik eindigt en de ouder dit dus niet in civielrechtelijke zin nalaat (zie art. 3:203 lid 2 BW). De waarde van de door het kind gemaakte opoffering (koopsom) strekt wel in mindering op de fictieve verkrijging, alsmede kan de overdrachtsbelasting in mindering op de verschuldigde erfbelasting worden gebracht (met rentevergoeding, zie art. 7 SW). Waarom wordt in dit geval geheven op grond van art. 10 SW? De ouder kon de rest van zijn leven in de woning blijven wonen, zodat hij zich geen voelbaar offer heeft getroost. De bloot eigendom van het kind groeit bij het overlijden van zijn ouder echter van rechtswege aan tot volle eigendom, zonder dat sprake is van een vererving. Zonder fictiebepaling van art. 10 SW zou de waardeaangroei van bloot eigendom naar volle eigendom vrij van erfbelasting aan het kind toekomen. Door de transactie verkleint de ouder zijn toekomstig te vererven vermogen aangezien door de transactie de eigendom van de woning daartoe niet meer behoort en slechts het vruchtgebruik van de woning (dat niet meer vererft) en een koopsom voor de bloot eigendom is teruggekeerd. Per saldo vererft in dit geval enkel de koopsom zodat de waarde van het verschil tussen de bloot eigendom en de volle eigendom belastingvrij is overgegaan naar het kind in vergelijking met de situatie dat de transactie niet heeft plaatsgevonden. De ouder heeft echter van de transactie door het voorbehouden vruchtgebruik in feite niets gemerkt (geen financieel offer gebracht) zodat een heffing over de onbelaste aangroei van bloot naar volle eigendom te rechtvaardigen is.

Het klassieke voorbeeld en het daarop van toepassing zijnde art. 10 SW maakt duidelijk dat er voor de werking van art. 10 SW geen sprake van hoeft te zijn dat door de in de zin van art. 10 SW verrichte rechtshandeling (de verkoop en levering van de bloot eigendom van de woning; het 'ten koste van de erflater' verkregen vermogen) sprake is van verarming bij de erflater/verkoper. Immers tegenover de eigendom van het huis staat een recht van vruchtgebruik alsmede een betaalde koopsom (voor de geleverde bloot eigendom).[577] Per saldo is de erflater dus tijdens leven niet verarmd. Echter resulteert de transactie tijdens leven wel in een verkleining van zijn nalatenschap waarover zijn verkrijgers erfbelasting op grond van art. 1 SW betalen aangezien het recht van vruchtgebruik niet tot zijn nalatenschap behoort maar eindigt bij zijn overlijden. De conclusie luidt dan ook dat art. 10 SW in het klassieke voorbeeld van toepassing is hoewel geen sprake is van verarming tijdens leven van de erflater maar wel van verkleining van de nalatenschap. Dit past ook bij het

577 Vgl. Onderdeel 3.3 van de Conclusie van A-G Van Ballegooijen bij HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203.

door de wetgever in 1948 geformuleerde uitgangspunt bij de aanpassing van (het reeds uit 1897 stammende) art. 10 SW: '*Bedoelde transacties toch, die tot resultaat hebben een verkleining van het vermogen, waarover bij erflaters dood successierecht geheven kan worden, kunnen te gemakkelijker worden aangegaan, omdat de erflater zich bij zijn leven geen voelbare offers behoeft te getroosten, aangezien hij immers practisch in het genot blijft van een equivalent van de uit het afgestane vermogen verkregen inkomsten.*' (onderstreping, GGBB)[578] Het resultaat van de met art. 10 SW te bestrijden rechtshandeling dient de verkleining van zijn vermogen te zijn waarover heffing van erfbelasting plaatsvindt, terwijl er tijdens leven in wezen geen financieel offer wordt gebracht door de erflater.

Het sinds het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament zonder meer toepassen van art. 10 SW in situaties waarin rechtshandelingen worden verricht ter uitvoering van een testament van een ander, door welke rechtshandelingen de toekomstig erflater eigendomsrechten omzet in genotsrechten, leidt mijns inziens zonder wetswijziging tot ongewenste gevolgen. Desalniettemin is het terecht dat ook in dergelijke gevallen art. 10 SW kan worden ingezet, mits daarmee een daadwerkelijke verkleining van de toekomstige nalatenschap in de heffing wordt gebracht van welke verkleining de toekomstig erflater in feite tijdens leven niets heeft gemerkt.

Doordat de wetgever tijdens de modernisering van de Successiewet in 2009 echter om uitvoerbaarheidsredenen heeft aangegeven dat daadwerkelijke verkleining (uitholling) van de nalatenschap niet noodzakelijk is voor toepassing van art. 10 SW maar dat het voldoende is dat de erflater (ter uitvoering van een testament van een ander) eigendomsrechten omzet in genotsrechten,[579] is sprake van een 'overkill' door de werking van art. 10 SW. Voor zover

578 *Kamerstukken II* 1948, 915, nr. 3, p. 19

579 Zie bijvoorbeeld de brief van de staatssecretaris aan de KNB van 28 oktober 2009, DB/2009/618 U, p. 2, als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86. De staatssecretaris merkt op: '*Artikel 10 is geboren uit de gedachte dat in geval vererfbaar vermogen wordt omgezet in een niet-vererfend vruchtgebruik, de erflater zijn toekomstige nalatenschap verkleint. Juist omdat hij bij leven geen last heeft van deze verkleining van zijn vermogen, wordt dit vanuit het oogpunt van belastingheffing nauwlettend bezien. Deze achtergrond is vervolgens getransformeerd in de rechtsregel van artikel 10. De KNB is van mening dat aan deze rechtsregel alleen wordt toegekomen indien uitholling daadwerkelijk plaatsvindt. Indien de erflater niet is verarmd, leidt dit volgens de KNB niet tot toepassing van artikel 10. Dit is echter niet het geval. Het gaat er niet om of de erflater is verarmd, maar of hij ten koste van zijn vermogen een genotsrecht heeft verworven. Heeft hij volle eigendom omgezet in een genotsrecht? Indien deze vraag met ja moet worden beantwoord, is artikel 10 van toepassing. In de omzetting van eigendom in een genotsrecht zit in potentie de uitholling ingesloten. Door daarbij de rechtshandeling centraal te stellen, komt het anti-ontgaanskarakter van de bepaling op de voorgrond te staan. Dit betekent ook dat het niet zo is dat gelijke eindsituaties ook gelijk behandeld moeten worden, zoals de KNB aangeeft. Steeds zal moeten worden getoetst aan de tekst van artikel 10. Dat is niet zo omdat ik geen belang hecht aan de achtergrond bij het invoeren van artikel 10. Het komt voort uit mijn overtuiging dat gekozen is voor de geldende wettelijke*

de toekomstige nalatenschap niet wordt verkleind, is er geen reden voor de fiscus om te heffen aangezien de fiscus dan niets te kort komt. Deze uitleg van de staatssecretaris treft met name uitvoeringshandelingen van een testament aangezien in dat kader weliswaar sprake kan zijn van omzetting van eigendomsrechten in genotsrechten, maar de toekomstige nalatenschap echter niet wordt verkleind. Het meest in het oog springende voorbeeld is het legaat tegen inbreng (welke inbreng mag worden schuldiggebleven). Zonder twijfel zet de legataris door de schuldigerkenning eigen vermogen om in genotsrechten, maar van een verkleining van zijn toekomstige nalatenschap waarover erfbelasting geheven kan worden is echter geen sprake. Immers tegenover de schuldigerkenning staat de verkrijging krachtens legaat van de volle eigendom (met eenzelfde waarde als de schuldigerkenning). Zoals bekend, heeft de wetgever dat uiteindelijk ook geaccepteerd en voor dergelijke legaten van volle eigendom tegen inbreng een uitzondering op de hoofdregel van art. 10 lid 1 SW moeten maken (zie art. 10 lid 6 SW en par. 7.2.1.4[580]). Hetzelfde geldt voor niet-opeisbare overbedelingsschuld aan kinderen indien een langstlevende echtgenoot uit hoofde van een quasi-wettelijke verdeling de goederen van de nalatenschap aan zich heeft toebedeeld. Ook voor een dergelijke situatie heeft de wetgever (een algemene) uitzondering geformuleerd in lid 5 van art. 10 SW.

Problematisch wordt het in gevallen waarvoor de wetgever geen uitzondering in het huidige art. 10 SW heeft opgenomen terwijl er door de voor art. 10 SW relevante rechtshandeling (ter uitvoering van een testament) geen verkleining van het vermogen plaatsvindt waarover in de toekomst heffing van erfbelasting kan plaatsvinden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat op grond van een klassiek ik-opa-testament door een kind van de erflater aan zijn kind een bedrag wordt schuldigerkend (ik-opa-last), welk bedrag bij het overlijden van het kind (nogmaals) in de heffing van art. 10 SW wordt betrokken bij het kleinkind van de erflater, terwijl de nominale waarde van het schuldigerkende bedrag zonder problemen door het kind uit het van erflater geërfde vermogen voldaan kan worden. Door de schuldigerkenning ter uitvoering van het ik-opa-testament heeft het kind dan ook zijn vermogen niet verkleind en is er geen reden om in de toekomst art. 10 SW toe te passen. Zie par. 7.4.2. Deze uitkomst wordt des te onwenselijker indien bij eenzelfde economische situatie, zijnde dat de erflater aan zijn kleinkind een bedrag legateert dat ten laste van het kind van erflater komt en pas opeisbaar is bij het overlijden van het kind van erflater, er ingevolge art. 10 lid 9 SW slechts geheven wordt indien het gelegateerde bedrag groter is dan hetgeen het kind van erflater krachtens erfrecht heeft verkregen. Terecht komt men in dit geval alleen aan heffing van erfbelas-

---

bepaling vanuit het besef dat het praktisch onuitvoerbaar is om in elke situatie te reconstrueren of de verkleining van het vererfbare vermogen daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.'

580 Zie ook par. 7.4.3 over het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng waarvoor de uitzondering terecht niet geldt omdat daar wel sprake is van verkleining van vermogen.

ting toe indien het toekomstig vermogen van het kind door de ten laste van hem komende legaten ingevolge het testament van de erflater wordt verkleind. Het verschil in uitkomst wat betreft de heffing van erfbelasting in vergelijking met economisch identieke klassieke ik-opa-testament wordt door de wetgever gerechtvaardigd doordat in het laatste geval sprake is van een door het kind verrichte rechtshandeling in de zin van art. 10 lid 1 SW (het schuldigerkennen ten gevolge van de opgelegde testamentaire last), terwijl het kind in het geval van de rechtstreekse legaten aan de kleinkinderen (welke legaten niet opeisbaar zijn gedurende het leven van het kind) geen rechtshandeling verricht (zie uitgebreid par. 7.4.2).

7.6.2.1 Conclusie art. 10 SW en de bestrijding van erfrechtelijke handelingen

De conclusie dient gezien het bovenstaande dan ook te zijn dat art. 10 SW terecht van toepassing is indien en voor zover een persoon door de uitvoering van een testament zijn eigen vermogen (waarover in de toekomst erfbelasting geheven kan worden) verkleint, terwijl deze persoon daar in feite tijdens leven niets van merkt. Te denken valt aan een geval waarbij ten laste van een persoon aan wie het vruchtgebruik van de nalatenschap wordt gelegateerd een sublegaat komt om eigen vermogen over te dragen aan de erfgenamen onder het voorbehoud van vruchtgebruik (het zogenoemde turbotestament).

Het enkel omzetten van eigendomsrechten in genotsrechten is echter niet voldoende omdat bij een omzetting niet per definitie sprake is van een verkleining van het vermogen (zoals bij een legaat van volle eigendom tegen inbreng van de waarde, welke inbreng kan worden schuldiggebleven). Ook is geen sprake van een verkleining van een toekomstige nalatenschap als bij een ik-opa-last of ik-opa-legaat tegenover de testamentaire schuldigerkenning of schuld uit legaat aan het kleinkind van opa volle eigendom wordt verkregen door het kind.[581]

Daarnaast zou het geen verschil moeten maken of de verkleining van het vermogen ten gevolge van een testament van een ander het resultaat is van een door een persoon verrichte rechtshandeling in de zin van art. 10 lid 1 SW of dat de verkleining ook zonder verrichte rechtshandeling wordt bewerkstelligd door het testament van de ander (vergelijk het onverklaarbare verschil in heffing bij een ik-opa-last – wel een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW – en het ik-opa-legaat – geen rechtshandeling in de zin van art. 10 SW).

Tot slot dient ervoor gewaakt te worden dat toepassing van art. 10 SW leidt tot dubbele heffing. Van belang voor de beantwoording van de vraag of er een dubbele heffing optreedt, is om te bezien in hoeverre de nalatenschap van degene die het testament heeft opgesteld in de heffing kan worden betrokken, alsmede in hoeverre dat geldt voor de nalatenschap van degene die door het

581 Vgl. Schoenmaker 2013, par. 4.

testament zijn te vererven vermogen heeft verkleind terwijl hij van het omgezette vermogen het genot heeft behouden. Van dubbele heffing is naar mijn mening geen sprake als uiteindelijk (na twee overlijdens) het totaal (en niet meer) van beide nalatenschappen (zonder rekening te houden met de verkleining!) in de heffing van de erfbelasting kan worden betrokken (via art. 1 en 10 SW). Het vraagstuk bezie ik vanuit het niveau van een of meer nalatenschappen en niet op niveau van een individuele verkrijger. Bij het turbotestament concludeerde ik reeds dat het kind door de werking van art. 10 SW tweemaal in de heffing voor wat betreft de verkrijging van de bloot eigendom van de goederen van de langstlevende wordt betrokken, terwijl deze 'dubbele heffing' niet optreedt vanuit het perspectief dat het kind na het overlijden van de langstlevende de volle eigendom van het vermogen van beide ouders heeft en er door werking van art. 1 SW en art. 10 SW in totaal niet meer dan de vermogens van beide ouders in de heffing is betrokken. Zie par. 7.4.1. In het meest wenselijke geval zou een voorziening moeten worden getroffen voor de situatie dat er meer dan beide vermogens in de heffing is betrokken, hetgeen bij het turbotestament het geval is indien de successierechtelijke waarde van de door de langstlevende in te brengen bloot eigendom van het eigen vermogen de verkrijging van het door de langstlevende te verkrijgen vruchtgebruik van het vermogen van de erflater overtreft. Een dergelijke 'negatieve' verkrijging' van de langstlevende bewerkstelligt dat er in totaal meer dan beide vermogens van de ouders in de heffing wordt betrokken.

Met bovenstaande uitgangspunten in het achterhoofd dient naar mijn mening een specifieke fictiebepaling (art. 10a SW) geformuleerd te worden die – ongeacht of er sprake is van het verrichten van een rechtshandeling – tot heffing overgaat indien en voor zover ten gevolge van het testament van een ander het eigen vermogen, waarover in de toekomst erfbelasting wordt geheven, wordt verkleind zonder dat men dat tijdens leven merkt omdat men het genot van het vermogen heeft behouden. Deze lex specialis zou moeten functioneren naast het reeds bestaande art. 10 SW, aan welk laatstbedoeld artikel voor (rechts)handelingen ten gevolge van een testament of het erfrecht geen betekenis meer zou toekomen. De op deze situaties ziende artikelleden (art. 10 lid 5, 6 en 7 SW) zouden kunnen vervallen omdat dergelijke situaties onder het nieuwe art. 10a SW zouden vallen respectievelijk er geen uitzonderingen meer nodig zijn.

Het is bijvoorbeeld niet meer nodig om voor het legaat tegen inbreng van de waarde – niet zijnde het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde – een uitzondering op te nemen zoals thans het geval is in art. 10 lid 6 SW. Het vermogen van een toekomstig erflater wordt door een aan hem toegekend legaat tegen inbreng immers niet verkleind.

Aangezien met art. 10a SW niet meer relevant is of er een rechtshandeling wordt verricht waarbij de toekomstig erflater partij is, hoeft eveneens niet een

uitzondering te worden opgenomen (zoals thans in art. 10 lid 7 SW) voor de overdracht van de blote eigendom als gevolg van de uitoefening van een wilsrecht als bedoeld in art. 4:19 BW of 4:21 BW en voor de schuldigerkenning op grond van een in Boek 4 BW opgenomen wilsrecht (zoals de legitieme vordering).

Art. 10 lid 5 SW zou wellicht als algemene uitzondering voor (contractuele) verdelingen (van nalatenschappen) onder art. 10 SW gehandhaafd kunnen blijven. Voor zover de uitkomst van de verdeling het gevolg is van een uiterste wil (zoals bij een quasi-wettelijke verdeling met testamentaire last), valt de situatie onder het nieuw te formuleren art. 10a SW.

Voor het nieuw te formuleren art. 10a SW is echter de hoofdvraag wanneer een uiterste wil resulteert in de verkleining van vermogen van een ander waarover anders erfbelasting was geheven.

7.6.3 Wanneer is ten gevolge van een uiterste wil sprake van een verkleining van het vermogen waarover erfbelasting verschuldigd zou zijn?

In dit hoofdstuk heb ik op verschillende plekken geconstateerd dat het testament (de uiterste wil) van een ander kan leiden tot verkleining van het eigen vermogen waarover in de toekomst erfbelasting wordt geheven (dus niet enkel het omzetten van eigendomsrechten in genotsrechten) zonder dat men dat tijdens leven merkt omdat men het genot van het vermogen heeft behouden. Indien men deze situaties analyseert komt men tot de conclusie dat een bovenstaande verkleining van het vermogen van de toekomstig erflater Y ten gevolge van een uiterste wil van een ander (X) speelt in de volgende gevallen:

1. Turbotestament-achtige situaties
Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X (de eerststervende) waarop ten behoeve van de toekomstig erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover het verkregene niet tot de nalatenschap behoort van degene die de uiterste wil heeft gemaakt (X). Te denken valt in dit kader aan het turbotestament.

2. Ik-opa-achtige situaties
Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X waarop ten behoeve van de toekomstige erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover de nominale waarde van de verkrijging in civielrechtelijke zin niet voldaan kan worden uit hetgeen de toekomstig erflater Y krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt (X). Te denken valt aan alle ik-opa-achtige figuren.

3. Vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde

Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X waarop ten behoeve van de toekomstig erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover het vruchtgebruik bestaat uit het vruchtgebruik van een geldsom dat is ontstaan doordat bij een legaat tegen inbreng van die geldsom aan Y, de inbreng op basis van een testamentaire bepaling schuldig is gebleven door Y en de inbreng direct of indirect verband houdt met de verkrijging door Y van een vruchtgebruik dat ten gevolge van het overlijden van Y teniet gaat. Gedoeld wordt hier op het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde, welke inbreng schuldig gebleven mag worden,[582] zodat het vermogen van de legataris (Y) met het overlijden wordt verkleind met de inbrengschuld, terwijl daartegenover geen vermogen staat dat (door Y) wordt nagelaten nu het vruchtgebruik teniet gaat door het overlijden (van Y).

4. Superturbotestament-achtige situaties

Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X waarop ten behoeve van de toekomstig erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover de toekomstig erflater Y het daarop rustende vruchtgebruik in samenhang bezien *ten laste* van zijn vermogen (dus onder bezwarende titel) heeft verworven.

Te denken valt in dit kader aan het superturbotestament op grond waarvan de langstlevende (Y), die in gemeenschap van goederen met X getrouwd was, krachtens legaat het vruchtgebruik kan verkrijgen van de gehele op grond van een verblijvingsbeding aan de nalatenschap van de eerststervende (X) toegedeelde huwelijksgoederengemeenschap, zij het dat de langstlevende (Y) de overbedelingsschuld van de nalatenschap aan zichzelf voor zijn rekening moet nemen.

Om dubbele heffing te vermijden dient vervolgens wel bepaald te worden dat indien de uiterste wil (van X) bij de erflater (Y) heeft geleid tot een per saldo negatieve verkrijging, deze negatieve verkrijging naar evenredigheid in mindering komt op de in aanmerking te nemen fictieve verkrijging. Ik verwijs naar par. 7.4.1.4 over het turbotestament. Op grond van het door mij geformuleerde art. 10a SW zou tot heffing (een fictieve verkrijging krachtens erfrecht) kunnen worden overgegaan bij het overlijden van Y (in art. 10a SW: de erflater) indien hij door een testament van X zijn vermogen waarover erfbelasting geheven kan worden heeft verkleind zonder daarvoor voelbare offers te hebben gebracht tijdens leven.

582 Zie de uitzondering in art. 10 lid 6 SW.

7.6.4 Een nieuw artikel: art. 10a SW

Art. 10a SW zou gezien de bovenstaande bevindingen als volgt kunnen luiden:

Artikel 10a

1. *Hetgeen iemand ten gevolge van een uiterste wil van een ander verkrijgt waarop ten behoeve van de erflater of zijn partner een vruchtgebruik rust, wordt geacht krachtens erfrecht van de erflater (of zijn partner) te zijn verkregen voor de waarde en op het moment dat het vruchtgebruik eindigt:*
   a. *voor zover het verkregen bepaalde goed niet tot de nalatenschap behoorde van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt maar het bepaalde goed afkomstig is uit het vermogen van de erflater,*
   b. *voor zover de nominale waarde van de verkrijging ten laste van de erflater komt en deze waarde in civielrechtelijke zin niet voldaan kan worden uit hetgeen de erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt,*
   c. *voor zover het vruchtgebruik bestaat uit het 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 en de inbreng direct of indirect verband houdt met de verkrijging door de erflater van een vruchtgebruik dat ten gevolge van het overlijden van de erflater teniet gaat, of*
   d. *voor zover de erflater het daarop rustende vruchtgebruik in samenhang bezien ten laste van zijn vermogen heeft verworven. Hieronder wordt niet de verkrijging door de erflater van het onder c. met de inbreng verband houdende vruchtgebruik verstaan.*
2. *Voor zover de in het eerste lid bedoelde in aanmerking te nemen verkrijging heeft geleid tot een per saldo negatieve verkrijging bij de erflater van hetgeen hij krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt, komt deze negatieve verkrijging (naar evenredigheid van de verkrijgingen) in mindering van de op grond van het eerste lid in aanmerking te nemen verkrijging.*

7.6.4.1 Toelichting op nieuw art. 10a SW

Ik meen dat alle verkrijgingen die ten gevolge van een uiterste wil van een ander kunnen ontstaan en het vermogen verkleinen in een van de vier bovenstaande beschrijvingen zijn onder te brengen, zonder dat sprake is van 'overkill' aan heffing van erfbelasting'.

A) Art. 10a lid 1 onder a en lid 2

Met lid 1 onder a wordt getracht legaten van niet tot de nalatenschap van de testateur behorende bepaalde goederen onder de heffing te brengen die bewerkstelligen dat een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind, zoals de turbolegaten. Zie par. 7.4.1. Om te vermijden dat men zou kunnen beweren dat een erfrechtelijke onderbedelings- of inbrengvordering, bijvoorbeeld

ontstaan uit hoofde van de (quasi)-wettelijke verdeling, ook onder lid 1 onder a gebracht zou kunnen worden met als argument dat een dergelijke vordering niet tot de nalatenschap van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt zelf behoorde, wordt duidelijk gemaakt dat de belaste bepaalde goederen afkomstig moeten zijn uit het vermogen van de in art. 10a SW bedoelde erflater/vruchtgebruiker.[583] Het tweede lid moet bewerkstelligen dat een dubbele heffing wordt vermeden indien de erflater minder verkrijgt ten gevolge van de uiterste wil dan hetgeen hij uit zijn vermogen dient over te dragen (onder voorbehoud van vruchtgebruik). Laat ik de werking van lid 1 onder a en lid 2 illustreren met het tweede voorbeeld[584] dat reeds in par. 7.4.1.4 naar voren kwam.

Moeder heeft een turbotestament opgesteld. Vermogen huwelijksgoederengemeenschap 1.000.000. Onverdeelde helft 500.000. Ingeval vader ten tijde van het overlijden van moeder 65 jaar of ouder is, dan bedraagt de waarde van het vruchtgebruik minder dan de waarde van de blote eigendom. Stel: hij is 65 jaar. Waarde vruchtgebruik is 48% = 240.000. Waarde blote eigendom is 52% = 260.000. Vader verkrijgt 240.000-260.000 = -/- 20.000. Kinderen verkrijgen tweemaal 260.000 = 520.000.

Bij het overlijden van moeder wordt bij de kinderen geheven over een verkrijging van tweemaal 260.000 = 520.000. De bloot eigendom van het vermogen van zowel hun moeder als vader hebben zij immers krachtens erfrecht verkre-

583 Zie in dit kader ook de zeer interessante gedachtes van B.M.E.M. Schols voor een andere invalshoek van art. 10 SW in Schols 2009b, par. 4.2. Schols schrijft onder meer: '*Er kan meer dan het 'vermogen van erflater' erfrechtelijk verkregen worden en derhalve ook meer dan het vermogen van erflater successierechtelijk belast worden, hoe vreemd het ook steeds weer klinkt. (…) Met dit beginsel in de hand zou bij wijze van fictie, voor art. 10 Successiewet een andere invalshoek voor het begrip erfrecht gekozen kunnen worden. Niet: wij doen alsof het erfrecht erfrecht is, maar: wij doen alsof een bepaalde variant van erfrecht voor de toepassing van de onderhavige bepaling géén erfrecht is. Hetgeen 'niet uit den boedel' verkregen wordt, valt onder de fictie van art. 10 Successiewet. Voor 'uit den boedel' dient dan in moderne zin gelezen te worden tot het vermogen van erflater behoord hebbende, waarbij indachtig bovenstaande uitgangspunten van Vegter, een niet opeisbare erfrechtelijke vordering wegens overbedeling (of inbreng) met een zakelijke rentevergoeding, ook nog uit den boedel van erflater verkregen wordt. Om een en ander te construeren kan ik ook inspiratie putten uit de voor de heffing van inkomstenbelasting gehanteerde filosofie over de woorden 'krachtens erfrecht' bij de eigen woning. Hier wordt het erfrecht in beginsel beperkt tot het vermogen van erflater, zodat een verkrijging op grond van een turbotestament uit het eigen vermogen van de langstlevende niet als erfrechtelijke verkrijging wordt aangemerkt. Waar het erfrecht wordt weggedacht, krijgt art. 10 Successiewet (en de inkomstenbelasting) extra ruimte. Indien er over het 'erfrechtelijk surplus' wel successierecht wordt geheven, dient er een verrekenvoorziening te zijn op grond waarvan deze belastingdruk kan worden weggenomen. De vraag is of hiervoor art. 7, derde lid Successiewet (nieuw) afdoende is. Anders gezegd: de inbreng van het eigen vermogen wordt voor de toepassing van art. 10 Successiewet gezien als een 'normale' levering. Op het moment dat deze (eerdere) erfrechtelijke 'levering' wederom (bij het overlijden van de langstlevende) als erfrecht wordt aangemerkt, zij het thans bij wijze van de onderhavige fictie, wordt het eerder geheven successierecht teruggegeven.*'

584 Afkomstig uit onderdeel 6.1 van de Conclusie van A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.

gen (art. 1 SW). Vader verkrijgt 240.000-260.000 = -/- 20.000, zodat vader geen erfbelasting verschuldigd is.

Vervolgens komt vader te overlijden. Art. 10a SW komt dan in beeld. Vader is de 'erflater' zoals bedoeld in dat artikel. Moeder is degene die de uiterste wil heeft opgesteld ten gevolge waarvan de kinderen de bloot eigendom van het vermogen van vader en moeder verkregen hebben. Op dat vermogen rustte ten behoeve van erflater (vader) een vruchtgebruik. Indien vader komt te overlijden eindigt het vruchtgebruik en wast de bloot eigendom bij de kinderen aan tot volle eigendom. De kinderen hebben dan in totaal 1.000.000 in volle eigendom. De helft daarvan valt nu onder de werking van lid 1 onder a omdat dat vermogen (waarop een vruchtgebruik voor vader rustte) afkomstig was uit het vermogen van vader en niet uit de nalatenschap van moeder. Derhalve wordt 500.000 als fictieve verkrijging bij de kinderen, per kind dus 250.000 in de heffing betrokken. In totaal zou dan ten gevolge van het overlijden van vader en moeder 1.020.000 in de heffing betrokken zijn, hetgeen meer is dan de beide vermogens van vader en moeder. Lid 2 van art. 10a bewerkstelligt nu dat de bij het eerste overlijden bij vader 'negatieve verkrijging' (20.000) van hetgeen hij krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt (moeder), naar evenredigheid in mindering komt van de op grond van het eerste lid in aanmerking te nemen verkrijging (250.000 per kind) zodat 250.000-10.000 = 240.000 per kind in de heffing betrokken wordt. In totaal wordt dan 1.000.000 in de heffing betrokken.

B) Art. 10a lid 1 onder b

Met deze bepaling wordt getracht om legaten met uitgestelde werking, waarvan de erflater (wegens de niet-opeisbaarheid) een fictief vruchtgebruik geniet, dan wel op grond van een testamentaire last schuldigerkende bedragen, onder de heffing te kunnen brengen indien en voor zover de erflater de nominale waarde van de schuld uit legaat niet kan voldoen uit hetgeen hij krachtens erfrecht verkreeg van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt. In dat geval speelt immers het gevaar dat de erflater zijn vermogen heeft verkleind waarover erfbelasting kan worden geheven zonder dat hij zich tijdens leven een voelbaar offer heeft getroost. De techniek komt in de kern overeen met het belasten van het 'erfrechtelijk surplus' zoals reeds op grond van art. 10 lid 9 SW geschiedt. Het belangrijkste doel is om niet alleen de legaten met uitgestelde werking (zoals de besproken ik-opa-legaten) maar ook ik-opa-lasten ingevolge het klassieke ik-opa-testament hieronder te laten vallen, zodat ook alleen deze ik-opa-lastbevoordelingen in de heffing worden betrokken voor zover het vermogen van het kind hierdoor wordt uitgehold. Van een verkleining van een toekomstige nalatenschap van het kind is ook bij een ik-opa-last geen sprake als tegenover de testamentaire schuldigerkenning volle eigendom wordt verkregen door het kind.[585] Op deze manier wordt bovendien een einde ge-

585 Vgl. Schoenmaker 2013, par. 4.

maakt aan de thans geldende onrechtvaardige ongelijke behandeling van de ik-opa-lastbevoordeling (geheel belast volgens art. 10 lid 1 SW) en de ik-opa-legaten (slechts belast voor zover deze het 'erfrechtelijk budget' van het kind overtreffen volgens art. 10 lid 9 SW). Zie uitgebreid par. 7.4.2.4. Anders dan volgens de staatssecretaris voor art. 10 lid 9 SW geldt, wordt met 'nominale' waarde in dit voorgestelde art. 10a lid 1 onder b daadwerkelijk de nominale waarde bedoeld zodat rentebijschrijvingen niet van invloed zijn op de heffing ingevolge art. 10a SW. Men dient echter bij een rentevaststelling te letten op de eventuele werking en grenzen van art. 1 leden 3 en 4, art. 9 en art. 10 SW (zie par. 7.2.2.). Overigens wordt in afwijking van het huidige art. 10 lid 9 SW niet het perspectief van de erflater/schuldenaar genomen (luidende: '*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* (…)') maar het perspectief van de *verkrijging* die ten laste van de erflater komt en die niet geheel door de erflater voldaan kan worden uit hetgeen hij krachtens erfrecht heeft verkregen. Het laatste verdient naar mijn mening vanwege de systematiek de voorkeur omdat immers in het kader van de bepaling een fictieve *verkrijging* in de heffing betrokken dient te worden. Uit de wettekst van art. 10 lid 9 SW volgt naar mijn mening niet duidelijk wat als fictieve verkrijging wordt aangemerkt.

Voor het antwoord op de vraag of de ten laste van de erflater komende verkrijging (bijvoorbeeld de schuld uit legaat die op hem rust) voldaan kan worden uit hetgeen de erflater krachtens erfrecht heeft verkregen, wordt in de bepaling verwezen naar het civiele recht. Zo geldt voor schulden uit legaat dat deze slechts ten laste van de nalatenschap worden voldaan indien alle andere schulden van de nalatenschap daaruit ten volle voldaan kunnen worden (art. 4:120 lid 1 jo. 4:7 lid 1 BW). Indien een schuld uit legaat niet uit het erfdeel van een erfgenaam op wie het legaat rust voldaan kan worden, wordt het legaat verminderd en behoeft de erfgenaam niet meer de volle op hem rustende waarde uit te keren (behoudens zuivere aanvaarding; zie art. 4:120 lid 2 en lid 5 BW). Dergelijke civielrechtelijke uitgangspunten zijn van belang voor de vraag of en in hoeverre (i.c.) de erfgenaam het legaat kan voldoen uit zijn erfdeel.

Net als bij art. 10a lid 1 onder a het geval is, kan er in het kader van het onder b bepaalde behoefte bestaan aan het voorkomen van dubbele heffing (lees: dat meer dan de nalatenschappen van opa en het kind in de heffing wordt betrokken). Dit speelt bijvoorbeeld bij een ik-opa-testament als de contante waarde van de schuld van het kind aan het kleinkind reeds tot een negatieve verkrijging bij het kind leidt omdat deze contante schuld de waarde van de erfrechtelijke verkrijging van het kind van opa (zijn vader) overtreft. Bij het overlijden van het kind kan deze negatieve waarde ingevolge lid 2 in mindering komen op de volgens art. 10a lid 1 onder b in aanmerking te nemen fictieve verkrijging van het kleinkind die wordt geconstateerd voor zover de

nominale waarde van zijn verkrijging overtreft wat het kind van opa heeft geërfd (en waarmee zijn vermogen dus wordt uitgehold).

C) Art. 10a lid 1 onder c

In par. 7.2 is geconstateerd dat een legaat tegen inbreng van de waarde, welke waarde mag worden schuldiggebleven, niet leidt tot een verkleining van de toekomstige nalatenschap van de legataris aangezien hij tegenover de inbrengverplichting (waarvan hij het fictief vruchtgebruik geniet) volle eigendom verkrijgt. Derhalve zal een legaat tegen inbreng dan ook niet leiden tot een fictieve verkrijging en kan het legaat tegen inbreng niet onder de in lid 1 van art. 10a SW geschetste gevallen geschaard worden. Van een verkleining van de toekomstige nalatenschap van de legataris is wel sprake in het geval van een *vruchtgebruik*legaat tegen inbreng van de waarde (welke waarde mag worden schuldiggebleven). Zie par. 7.4.3. Tegenover de inbrengverplichting (waarvan de erflater het genot behoudt) staat geen verkrijging van volle eigendom maar van een recht van vruchtgebruik. Met het overlijden van de erflater kan de nominale waarde van de inbrengverplichting worden opgeëist door de sublegatarissen en wordt de nalatenschap van de erflater verkleind omdat het door de erflater verkregen vruchtgebruik door het van rechtswege eindigen daarvan niet meer tot de nalatenschap behoort. Zoals in par. 7.4.3 werd geconstateerd kan dubbele heffing optreden indien niet alleen de inbrengvordering zelf als fictieve verkrijging wordt aangemerkt, maar ook de goederen waarop het vruchtgebruik ten behoeve van de erflater is gevestigd onder de fictieve verkrijging van art. 10 lid 1 SW kunnen worden geschaard omdat het vruchtgebruik op deze goederen *ten laste* van het vermogen is verworven. Om recht te doen aan de daadwerkelijke verkleining verdient het de voorkeur om slechts de inbrengvordering onder de heffing te brengen. Dat wordt met de regeling onder c (die gebaseerd is op de huidige uitzondering in art. 10 lid 6 SW) bewerkstelligd, terwijl met de regeling onder d (tweede volzin) getracht wordt duidelijk te maken dat de goederen waarop het vruchtgebruik is gevestigd niet onder de heffing gebracht kunnen worden.

D) Art. 10a lid 1 onder d

Evenzeer kan ten gevolge van een zogenoemd superturbotestament sprake zijn van een verkleining van een toekomstige nalatenschap. In par. 7.4.1.3 heb ik kort het superturbotestament aangestipt. Om in deze gevallen te voorkomen dat een onbelaste verkleining optreedt van een toekomstige nalatenschap, terwijl de erflater daar tijdens leven geen hinder van ondervindt, heb ik in art. 10a lid 1 onder d de volgende regeling voorgesteld. Op grond van deze regeling dienen de goederen onder de heffing te vallen waarvan de erflater ten gevolge van de uiterste wil van een ander het vruchtgebruik tijdens leven

heeft gehad terwijl – in samenhang bezien[586] – de verkrijging van het vruchtgebruik voor de erflater onder bezwarende titel is geschied, althans de erflater er een offer voor heeft moeten brengen. In de situatie van het superturbotestament krijgt de erflater het vruchtgebruik van de gehele huwelijksgoederengemeenschap gelegateerd maar offert hij er eveneens zijn onderbedelingsvordering wegens de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap voor op.

7.6.4.2 Slotsom art. 10a SW

Art. 10a SW fungeert slechts als een lex specialis naast art. 10 SW. Onder laatstgenoemd artikel blijven alle niet op een uiterste wil gebaseerde omzettingen van eigendomsrechten in genotsrechten vallen. Met art. 10a tracht ik de in dit hoofdstuk gesignaleerde onduidelijkheden te vermijden over de vraag of het huidige art. 10 SW kan spelen bij uitvoeringshandelingen van een testament die niet in een verkleining van een toekomstige nalatenschap resulteren. Indien door de uitvoering van een testament sprake is van verkleining van het vermogen terwijl men het genot van het gehele vermogen behoudt, en er in de toekomst geen erfbelasting geheven kan worden over het gehele vermogen, kan men spreken van een agressieve testamentvorm waartegen een fictiebepaling dient op te treden. Is dit niet aan de orde, dan is er geen reden om tot heffing over te gaan.

Mij zou tegengeworpen kunnen worden dat de bepaling in art. 10a SW onder a niet meer is dan een codificatie van het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament en dat de bepalingen van art. 10a SW onder b, c en d geïnspireerd zijn op de huidige leden 9, 6 en 1 van art. 10 SW.

Bedacht dient echter te worden dat art. 10a SW zodanig ruim is geformuleerd dat getracht wordt nieuwe – thans onbekende – toepassingen van het legaat waardoor een verkleining van een toekomstige nalatenschap wordt bewerkstelligd, onder de heffing van art. 10a SW te brengen.

Voor de huidige situatie is met name van belang dat met art. 10a SW een einde wordt gemaakt aan de thans niet gerechtvaardigde situatie dat economisch identieke situaties (ik-opa-last en ik-opa-legaat) ongelijk behandeld worden, omdat er in het ene geval wel een rechtshandeling verricht is en in het andere geval niet. Het is overigens voor het huidige recht de vraag of het gemaakte onderscheid wel redelijk is en stand houdt in het licht van het gelijkheidsbegin-

586 Hiermee wordt in dit kader gedoeld op het resultaat van een complex van samenhangende (rechts)handelingen, zoals zich bijvoorbeeld kan voordoen bij een zogenoemd 'superturbotestament'. Vgl. 'een samenstel van rechtshandelingen' in art. 10 lid 1 SW.

sel.[587] Als de staatssecretaris consequent is, zou de huidige opvatting in dit kader ook buiten opa-kind-kleinkind verband moeten meebrengen dat een op grond van een testamentaire last schuldig erkend bedrag aan iemand die niet is uitgezonderd in lid 4 van art. 10 SW (dus de langstlevende krijgt de last om € 50.000 aan het kind schuldig te erkennen) altijd voor het gehele bedrag onder de heffing valt bij overlijden van degene die heeft schuldig erkend, terwijl bij een niet-opeisbaar legaat (aan het kind) slechts over het bovenmatige in de zin van lid 9 van art. 10 SW heffing plaatsvindt (dus als en voor zover de langstlevende minder dan € 50.000 had geërfd van de testateur die het legaat heeft gemaakt). Met art. 10a SW vallen beide situaties zonder twijfel onder b.

Tevens wordt gepoogd om met de heffing over de fictieve verkrijging ex art. 10a SW in combinatie met de eerdere 'belaste' echte erfrechtelijke verkrijging niet meer in de heffing te betrekken dan het vermogen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt en van degene wiens vermogen is verkleind. De thans voorkomende dubbele heffing, bijvoorbeeld in het kader van het turbotestament, treedt met het door mij geformuleerde art. 10a SW niet meer op. Het is mijns inziens namelijk niet aan de wetgever om bij een civielrechtelijk deugdelijk testament doelbewust een 'overkill' aan erfbelasting in stand te laten.

Voor mijn suggesties aan de wetgever wat betreft het legaat waarbij de legataris reeds koper of economisch eigenaar van het gekochte is, verwijs ik naar par. 7.5.

Hoewel art. 10a SW om bovenstaande redenen de voorkeur verdient boven handhaving van het huidige art. 10 SW voor situaties die betrekking hebben op uitvoeringen van uiterste willen, zou de Successiewet met art. 10a SW (of een vergelijkbare bepaling) er niet eenvoudiger op worden. Het meest gemakkelijk zou het zijn indien door de wetgever wordt duidelijk gemaakt dat – in lijn met het door Schoenmaker in de literatuur verdedigde[588] – art. 10 lid 9 SW een uitwerking c.q. verduidelijking vormt van de door Schoenmaker genoemde 'saldomethode' die zou gelden volgens lid 1 (enkel heffing als per saldo de nalatenschap wordt verkleind). In lijn hiermee zou dan ook verdedigd kunnen worden dat lid 5 en lid 6 van art. 10 SW eveneens een uitwerking van de saldomethode vormen en geen uitzondering zijn op art. 10 lid 1 SW. Met de saldomethode zou er immers geen twijfel over hoeven te bestaan dat een legaat volle eigendom tegen inbreng niet onder de heffing van art. 10 SW valt.

587 Zie in dit kader HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR2013:1206, over de vraag of de bedrijfsopvolgingsregeling van art. 35b SW niet discriminatoir is gezien het verdragsrechtelijke gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR.

588 Schoenmaker 2013.

Desalniettemin heeft de wetgever in lid 6 van art. 10 SW voor een dergelijk legaat een bepaling gemaakt waarvan de wettekst luidt 'Dit artikel is niet van toepassing voor zover het genot,…'. Indien de wetgever kan bevestigen dat hiermee geen uitzondering maar een uitwerking van lid 1 is gemaakt, zou aan veel van de bezwaren tegemoet gekomen worden, mits de wetgever bereid is te accepteren dat een ik-opa-testament dan ook slechts tot heffing leidt als het kind zijn vermogen daadwerkelijk verkleint, te weten in het geval de nominale waarde van het door het kind schuldigerkende bedrag de verkrijging door het kind van de erflater overstijgt. Maar zelfs in dat geval resteren de in dit hoofdstuk optredende dubbele heffingen.

Daarnaast levert het huidige art. 10 SW buiten de uitvoeringshandelingen van uiterste willen (waarvoor art. 10a SW een regeling maakt) ook de nodige problemen op bijvoorbeeld omdat heffing ingevolge art. 10 SW optreedt indien een woning (aan een kind) onder het voorbehoud van een woonrecht wordt overgedragen en de huur minder dan 6% van de WOZ-waarde bedraagt,[589] of omdat bij de omvang van de fictieve verkrijging geen rekening wordt gehouden met de omvang van het genot.[590] Het gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten om ook in dat verband een voorzet te geven voor een regeling ter verbetering van de bestaande regeling. Ik merk in dit verband overigens op dat als de wetgever principieel te werk gaat, hij zich ook dient te buigen over de vraag of de erfbelasting een boedel- of verkrijgingsbelasting is, om vervolgens de fictie aan te passen aan het antwoord op die vraag. Hoewel in beginsel voor heffing van erfbelasting de persoon van de verkrijger centraal staat , is voor het door mij geformuleerde art. 10a SW – evenals voor het huidige art. 10 SW – juist ook het concept van de boedelbelasting van belang aangezien getracht wordt een verkleining van een toekomstige nalatenschap zonder heffing van erfbelasting tegen te gaan.

589 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 12 december 2014, *NFX* 2014/320 en art. 10 lid 3 jo. 21 lid 5 SW.

590 Zie bijvoorbeeld Van Vijfeijken 2013a, p. 202-203.

8 Samenvatting en conclusies

8.1 Inleiding

In dit slothoofdstuk worden de bevindingen weergegeven van mijn onderzoek naar de civielrechtelijke grenzen van de mogelijkheden van het legaat en naar de betekenis van fiscaal ingegeven en civielrechtelijk geldige toepassingen van een legaat onder het regime van de per 1 januari 2010 vernieuwde Successiewet. In het onderzoek kwam ook de vraag aan de orde of de fiscale wetgever sommige in de fiscaal-notariële praktijk gehanteerde structuren waarbij het legaat een rol speelt terecht als onwenselijk bestempelt en deze structuren vervolgens op een proportionele wijze bestrijdt. In dat kader zijn aanbevelingen aan de wetgever gedaan.

De volgende paragrafen volgen de opbouw van dit onderzoek, dat wil zeggen dat hierna aan elk voorafgaand hoofdstuk een afzonderlijke paragraaf is gewijd.

Samenvatting en conclusies deel I – civielrechtelijke aspecten van het legaat

8.2 Het legaat in het Romeinse recht

Het Nederlandse begrip 'legaat' is rechtstreeks afkomstig van het Romeinse 'legatum' (zie hoofdstuk 2). De 'Wet van de Twaalf Tafelen', die (omstreeks 450 v.Chr.) een codificatie van het toen geldende Romeinse private en publieke recht vormde, vermeldde de mogelijkheid tot 'legare'. Vermoedelijk is dit Latijnse werkwoord afkomstig van de combinatie 'legem dicere' ('rechtspreken') waarbij het eerste woord ('lex') niet in de betekenis van 'wet', maar in die van 'beding' moet worden opgevat.[1] Een definitie van het legaat treft men bijvoorbeeld in de Digesten van Justinianus aan waarin een definitie van Florentinus wordt vermeld: *'Een legaat is het afzonderen van iets van de nalatenschap; hiermee wil de erflater bereiken dat van datgene wat als geheel de erfgenaam*

1 Kaser 1971, p. 109; Feenstra 1984, p. 276-277.

zou toebehoren iets aan iemand anders toebedeeld wordt.'[2] In de klassieke periode (de periode tussen 0 en 250 n.Chr.) zijn er vier soorten legaten, blijkens de Instituten van Gaius: '*Wij vermaken bij legaat met zakelijke werking, legaat met obligatoire werking, gedogend legaat of voorafnemingslegaat.*'[3] De verschillende soorten legaten kunnen onderscheiden worden doordat elk aan vaste bewoordingen is gebonden.[4] De belangrijkste soorten van legaten zijn het legaat met zakelijke werking (ofwel: vindicatielegaat) en het legaat met obligatoire werking (ofwel: damnatielegaat). De overige soorten kunnen als tussenvormen van de legaten met zakelijke en met obligatoire werking worden beschouwd. In de loop der tijd gaat het onderscheid tussen de verschillende soorten echter verloren, onder meer omdat niet de woordelijke bepalingen maar de wil van de erflater de inhoud van het legaat zou moeten bepalen.[5]

In het Nederlandse erfrecht heeft het onderscheid tussen het vindicatielegaat en het damnatielegaat een wezenlijke rol gespeeld. Onder het voor 1 januari 2003 geldende erfrecht was er discussie over de vraag of het legaat een wijze van eigendomsverkrijging inhield of slechts een titel tot levering (zie par. 3.3). Hoewel in de tweede helft van de negentiende eeuw en eerste helft van de twintigste eeuw arresten door de Hoge Raad zijn gewezen waarin het legaat werd beschouwd als een wijze van eigendomsverkrijging,[6] dus als een vindicatielegaat, was de heersende opvatting in de lagere rechtspraak en in de rechtswetenschap echter dat het legaat een damnatielegaat is. Deze visie was ook tijdens de discussie over het nieuwe erfrecht heersend en is gevolgd in het nieuwe Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek. In 1984 wijzigde de Hoge Raad zijn leer en erkende – anticiperend op het nieuwe erfrecht en in overeenstemming met een al lang algemeen aanvaarde opvatting – dat het legaat slechts een verbintenis tot levering van de zaak in het leven roept, kortom: een damnatielegaat.[7]

Naast de verschillende, hiervoor genoemde, soorten legaten, kende het Romeinse recht twee typen van legaten aan een erfgenaam (zogenoemde prelegaten), te weten: het 'praelagatum' (het 'gewone' prelegaat) en het 'legatum per praeceptionem' (een bijzondere vorm van het prelegaat). Bij een 'praelegatum' verkrijgt de legataris bij de verdeling van de nalatenschap voor het deel dat

2 Iust. Dig. 30, 116 pr. Florentinus *libro undecimo institutionem*: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.
3 Gai. Inst. 2, 192: (…) aut enim per uindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem.
4 Vgl. Iust. Inst. 2, 20, 2: (…) et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata errant, per quae singular genera legatorum significabantur.
5 Zie bijvoorbeeld Iust. Inst. 2, 20, 2.
6 HR 19 april 1861, *W* 2268; HR 4 maart 1881, *W* 4622; HR 26 augustus 1929, *NJ* 1929, p. 1525-1529.
7 HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374.

de legataris tevens erfgenaam is, dat deel als erfgenaam en niet als legataris.[8] Uiteindelijk wordt het gelegateerde wel *geheel* verkregen door de erfgenaam/legataris, zij het dat het deel dat hij niet als legataris verkrijgt (*iure legati*), hij als erfgenaam reeds heeft verkregen (*iure hereditario*).[9] Het 'legatum per praeceptionem' (hierna: het voorafnemingslegaat) verschaft de erfgenaam, ten laste van de erfgenamen, een zaak welke zaak bij de verdeling van de nalatenschap vooraf genomen kan worden. De zaak wordt dus bij wijze van verdeling afgegeven en niet door een levering. Deze erfgenaam verkrijgt deze zaak dus 'vooraf', geheel als legataris, zodat deze zaak vervolgens niet meetelt bij de berekening van de erfdelen.[10]

8.3 Het legaat in het Burgerlijk Wetboek 1838

In het Burgerlijk Wetboek van 1838 (OBW; zie hoofdstuk 3) werd het legaat in art. 1004 OBW gedefinieerd als: '(…) *eene bijzondere beschikking, waarbij de erflater aan een of meer personen zekere bepaalde goederen geeft, of wel alle zijne goederen van eene zekere soort; als, bij voorbeeld alle zijne roerende of onroerende goederen, of het vruchtgebruik van alle of van een gedeelte zijner goederen.*' Deze definitie van het legaat wees volgens Diephuis te veel op het voorwerp van hetgeen gelegateerd kan worden en te weinig op het wezen daarvan dat hij beschrijft als '(…) *eene uiterstewils-beschikking, waarbij iemand aan een of meer personen een bepaald voordeel toezegt, en waaraan na zijn overlijden door zijne erfgenamen of een hunner, of door een anderen legataris, gevolg moet worden gegeven.*'[11] In het oude recht was het voorts lastig om het legaat van de (niet wettelijk geregelde) last te onderscheiden, vooral ook omdat gedurende lange tijd onzekerheid bestond wat het legaat zelf inhield: verschafte het enkel een vorderingsrecht of had het zakelijke werking? In 1984 maakte de Hoge Raad in algemene zin definitief duidelijk dat een legaat, ondanks eerdere andere rechtspraak, enkel een titel voor de eigendomsverkrijging is.[12] Doordat de Hoge Raad aan de last ten behoeve van een derde (een bepaald persoon) een persoonlijke actie tot nakoming had gegeven, toonde een dergelijke derden-bevoordelende-last een zeer nauwe verwantschap met het legaat.[13] In de literatuur bestond dan ook discussie over de vraag of het onderscheid tussen een legaat en de last werd bepaald door de inhoud van de verplichting of kon worden gekarakteriseerd door de persoon van de debiteur aan wie zij wordt opgelegd.[14]

8 Kaser/Wubbe 1971, p. 364. Zie uitgebreid over het prelegaat Wimmer 2004.
9 Kaser 1971, p. 748.
10 Van Oven 1948, p. 542
11 Diephuis 1883, p. 401.
12 HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374.
13 HR 27 maart 1914, *NJ* 1914, 622.
14 Zie bijv. Asser/Meijers 1976, p. 95.

Over de mogelijkheid om andermans zaken te legateren werd in art. 1013 OBW het volgende bepaald: '*Wanneer de erflater eenig bepaald goed van een ander gelegateerd heeft, zal dit legaat nietig zijn hetzij de erflater al dan niet geweten hebbe dat dit goed hem niet toebehoorde.*' In art. 1013 OBW wordt een toepassing van de 'nemo plus iuris regel' gezien: omdat men niet over het goed van een ander *kan* beschikken, is het legaat nietig.[15] In tegenstelling tot het Romeinse recht is de bedoeling van de erflater (en zijn kennis of het gelegateerde wel of niet van hem is) niet relevant. Het enige dat voor de geldigheid van het legaat van belang is, is of het gelegateerde zich op het tijdstip van het overlijden in de nalatenschap bevindt.[16] Men kan zich afvragen waarom de wetgever van 1838 het nodig heeft gevonden om een legaat van andermans zaak ook verbintenisrechtelijk als nietig aan te merken. Interessant is het om in dit kader art. 1507 OBW erbij te betrekken. Art. 1507 OBW luidde: '*Koop en verkoop van eens anders goed is nietig, en kan tegen den verkooper grond opleveren tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien de kooper niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde.*' Deze bepaling, die gebaseerd was op art. 1599 van de Franse Code Civil, paste echter niet goed in het systeem van het Oud Burgerlijk Wetboek van 1838 waarin de wetgever juist brak met het Franse stelsel voor de overdracht. In de Code Civil had de Franse wetgever voor een systeem gekozen waarin de eigendom enkel door wilsovereenstemming van partijen overging (art. 711 en 1138 C.C.). Voor het Franse stelsel was dan ook behoefte aan de bepaling dat de koop en verkoop van andermans goed nietig was. In het OBW werd daarentegen gekozen voor het vereiste van ook een levering voor de eigendomsovergang. Het verbintenissenrecht eist niet dat de verkopende partij beschikkingsbevoegd is over het goed dat bij de overeenkomst wordt verkocht. De beschikkingsbevoegdheid komt bij de eigendomsoverdracht pas om de hoek kijken als er geleverd moet worden aangezien dit enkel door een beschikkingsbevoegde kan geschieden. Art. 1507 OBW leek dan ook nog ten onrechte uit te gaan van het Franse systeem zodat deze bepaling sterk gerelativeerd werd in de Nederlandse rechtspraak en weinig letterlijk werd genomen.[17] Het nietig laten zijn van het legaat van een bepaald goed van een ander, kan men vergelijken met de nietigheid van de koop en verkoop van andermans goed van art. 1507 OBW, zij het bij dode. Ik meen dan ook dat de OBW-wetgever, op dezelfde wijze als in art. 1507 OBW, in art. 1013 OBW in wezen te veel het Franse overdrachtsstelsel heeft laten doorklinken. Anders dan art. 1507 OBW werd art. 1013 OBW geen dode letter. Dit kan wellicht verklaard worden doordat het bij een legaat gedurende lange tijd ter discussie stond of nog geleverd diende te worden of dat het legaat zelf zakelijke werking had. De bedoeling van de wetgever met art. 1013 OBW blijft desalniettemin omgeven met de nodige onduidelijkheden. Voor het nieuwe erfrecht zijn lessen

15 Asser/Perrick 1996, p. 154; zie ook Klaassen/Eggens/Luijten 1989, p. 179.
16 Zie Asser/Perrick 1996, p. 154.
17 Zie HR 29 mei 1981, *NJ* 1982, 25, m.nt. CJHB (Ilgün/Türk).

uit het oude recht getrokken door het huidige art. 4:49 BW in de wet op te nemen.[18]

8.4 Het legaat als uiterste wilsbeschikking waarin een vorderingsrecht wordt toegekend

In hoofdstuk 4 is het legaat, dat uiteindelijk tot wet is geworden, als een uiterste wilsbeschikking besproken. Om als legaat te kwalificeren, moet een beschikking vallen onder de definitie van een uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 BW). Het dient dus te gaan om een eenzijdige rechtshandeling van de erflater die eerst werkt na zijn overlijden. Het ontstaan of wijzigen van een rechtsbetrekking valt alleen dan daaronder indien wordt beoogd om de rechtsbetrekking niet tijdens het leven, maar pas na het overlijden van de erflater te laten ontstaan of wijzigen. Hierbij is het voor het kwalificeren als uiterste wilsbeschikking van belang dat de erflater tot zijn dood nog kan afzien van de wijziging of het ontstaan van een rechtsbetrekking en dus nog niet hieraan gebonden is, terwijl na zijn overlijden zijn erfgenamen er wel aan gebonden zijn.

Kwalificeert een beschikking als uiterste wilsbeschikking, dan vereist art. 4:42 lid 1 BW dat de beschikking is geregeld in Boek 4 of in de wet als zodanig is aangemerkt. Met de definitie van de uiterste wilsbeschikking 'legaat' in Boek 4 BW is duidelijk geworden dat het toepassingsgebied van het legaat flink is uitgebreid ten koste van de last. Een legaat is namelijk ingevolge art. 4:117 lid 1 BW: '(…) *een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent.*' Allerlei prestaties kunnen derhalve het object van dit vorderingsrecht zijn: niet alleen bijvoorbeeld een verbintenis om te geven, maar ook om te doen, zoals het doen van een kwijtschelding, het doen van afstand van een beperkt recht of het aanbod bij dode tot koop.[19] Nu het legaat in het Nederlandse recht zich laat kwalificeren als een damnatielegaat, is een 'vindicatielegaat' een niet te maken uiterste wilsbeschikking omdat een vindicatielegaat niet een vorderingsrecht toekent maar een goederenrechtelijk effect beoogt.[20]

Doordat in de definitie van het legaat het toekennen van een vorderingsrecht centraal werd gesteld, kon de making met betrekking tot het goed van een ander ook als een legaat worden gekwalificeerd, mits een vorderingsrecht aan de bevoordeelde zou zijn toegekend. Dit maakte het tegelijkertijd noodzakelijk om te bezien of in de wet regelingen moesten worden getroffen ingeval de

18 Zie Van der Ploeg 1964b, p. 349.
19 Zie Handelingen II (Commissaris Wiersma), Parl. Gesch. Boek 4, p. 230.
20 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.

uitvoering voor de erfgenamen van het legaat onmogelijk zou zijn (geworden), ook al had de erflater op het oog dat hij de bevoordeelde een vorderingsrecht wilde toekennen. Het kon immers zijn dat het gelegateerde goed zich ten tijde van het maken van het legaat in zijn boedel bevond maar het later is komen te ontbreken of dat de erflater niet wist dat het gelegateerde niet in de boedel aanwezig was of hij bewust een goed van een ander had gelegateerd. In par. 4.3.4. (alsmede uitgebreid in par. 5.2. en 5.3) is dan ook stilgestaan bij de bepalingen die gaan over de wijze waarop aan dergelijke legaten uitvoering gegeven moet worden (zoals art. 4:47, 4:49 en 4:51 BW; zie ook de conclusies in par. 8.5).

In de definities van het legaat en de last, zoals deze uiteindelijk in Boek 4 BW zijn opgenomen, wordt het onderscheid tussen deze uiterste wilsbeschikkingen op abstract niveau duidelijk gemaakt: bij het legaat kent de erflater aan de legataris een vorderingsrecht toe, terwijl de last een door de erflater opgelegde verplichting is 'die niet bestaat uit de uitvoering van een legaat' (zie art. 4:130 lid 1 BW). De last is negatief geformuleerd een 'niet-legaat'. Het toepassingsgebied van het legaat is hiermee ten opzichte van het voor 2003 geldende erfrecht verruimd terwijl die van de last naar evenredigheid werd verminderd.[21] De rechtspraak op grond waarvan aan de lastbevoordeelde persoon een vordering tot nakoming werd gegeven,[22] was overbodig, nu in het stelsel van de wet de beschikking waaraan de erflater een vorderingsrecht voor de begunstigde heeft willen verbinden (ongeacht de aard van de prestatie) steeds een legaat is.[23] Deze 'lastbevoordeelde' was dus legataris omdat de hoofdregel was dat als de erflater een bepaalde bestaande persoon aanwees, jegens wie een verplichting moet worden nagekomen, er sprake is van een legaat, tenzij de erflater het vorderingsrecht uitdrukkelijk zou hebben onthouden, hetgeen de erflater vrijstaat.[24] Dit paste binnen de bedoeling van de wetgever om de grens tussen legaat en last zo te trekken dat '(…) *zoveel mogelijk beschikkingen van dezelfde aard aan dezelfde regeling van rechtsgevolgen worden onderworpen.*'[25] Hiermee werd beoogd te voorkomen dat een deel van de beschikkingen waaraan de erflater een vordering tot nakoming heeft willen verbinden, onderworpen was aan de regels van legaat en een ander deel aan die van de last.[26]

21 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 730.
22 HR 27 maart 1914, *NJ* 1914, 622.
23 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725.
24 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 725.
25 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 723.
26 MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 724-725.

8.5 VERSCHILLENDE VERSCHIJNINGSVORMEN VAN HET LEGAAT[27]

8.5.1 Het legaat van andermans zaken

Aangezien een making met betrekking tot een niet tot de nalatenschap behorend goed sinds het per 1 januari 2003 geldende erfrecht als een legaat kan worden aangemerkt indien de bevoordeelde een vorderingsrecht toegekend heeft gekregen, heeft de wetgever bepalingen in de wet opgenomen die erover gaan of dergelijke legaten effect sorteren, en zo ja, over de wijze waarop aan deze legaten (waarbij problemen kunnen spelen bij de levering) uitvoering gegeven moet worden.

Voor het huidige erfrecht heeft de wetgever in art. 4:49 BW als hoofdregel gekozen voor het laten vervallen van het legaat van een bepaald goed als het goed bij het openvallen van de nalatenschap niet daartoe behoort, ongeacht of het goed ten tijde van het maken van het testament ook niet tot de nalatenschap behoorde of sindsdien door de erflater is vervreemd (zie par. 5.2). Desalniettemin heeft de wetgever er niet aan in de weg willen staan dat de bevoordeelde daadwerkelijk een vorderingsrecht kan worden toegekend indien de erflater bewust een niet tot de nalatenschap behorend goed heeft gelegateerd, zoals wellicht in het geval van een legaat van een aan de erfgenaam toebehorend goed. Onder oud erfrecht kon in een dergelijk geval enkel een last aan de erfgenaam worden opgelegd (art. 1014 OBW).

Als op grond van art. 4:49 lid 1 BW geconstateerd wordt dat de erflater het legaat van het niet bij het openvallen van de nalatenschap daartoe behorende goed, blijkens de uiterste wil niettemin heeft gewild, sorteert het legaat effect en zullen de met het legaat belaste personen zich het goed dienen te verschaffen (voor zover het niet al behoort tot het vermogen van de belaste persoon) zodat het legaat kan worden uitgevoerd. De belaste personen worden in lid 2 van art. 4:49 BW tegemoet gekomen: als zij zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering kunnen verschaffen, zijn zij gehouden de waarde van het goed uit te keren. Ik ben van oordeel dat art. 4:49 BW helpt onbillijke situaties te voorkomen. De regeling draagt bij aan een evenwichtige balans tussen de geldigheid dan wel het vervallen van het legaat van andermans goed, waarbij de geldigheid van het legaat niet altijd tot de conclusie leidt dat het gelegateerde goed geleverd zal dienen te worden aan de legataris. In par. 5.2.5 en 5.2.6 ben ik ingegaan op allerlei vraagstukken die rijzen met betrekking tot de werking van art. 4:49 BW in de situatie dat het legaat van een ontbrekend goed ten laste van een erfgenaam komt die zuiver of beneficiair aanvaard heeft of die verwerpt. De vraag speelt bijvoorbeeld of art. 4:49 BW ook van toepassing is als het legaat ten laste van

27 Zie hoofdstuk 5.

een erfgenaam is gemaakt en het gelegateerde goed niet tot de nalatenschap behoort maar wel tot het vermogen van de met het legaat belaste erfgenaam. Ik ben van opvatting dat art. 4:49 BW bij een legaat ten laste van een bepaalde erfgenaam van een niet tot de nalatenschap behorend goed altijd rechtstreeks van toepassing is ongeacht de vraag of het gelegateerde goed ten tijde van het overlijden van de erflater tot het vermogen van de met het legaat belaste erfgenaam behoort. Voor de toepasselijkheid van art. 4:49 BW maakt het volgens de wettekst niet uit of het gelegateerde goed de met het legaat belaste erfgenaam toebehoort. Het gelegateerde goed behoort alsdan evenmin bij het openvallen van de nalatenschap daartoe, zoals art. 4:49 BW vereist.[28] Als art. 4:49 BW kan worden toegepast, zoals ik meen, dan zal dit bijvoorbeeld de erfgenaam die belast is met een legaat van een hem toebehorend goed niet baten. Op grond van het eerste lid van art. 4:49 BW zal het legaat niet vervallen indien de erflater de beschikking ten laste van de erfgenaam aan wie het goed toebehoort 'niettemin' gewild zal hebben. Als de erfgenaam de nalatenschap zuiver aanvaard heeft, zal hij naar mijn mening ingevolge lid 2 van art. 4:49 BW niet kunnen volstaan met uitkering van de waarde omdat de erfgenaam zich het goed niet hoeft te verschaffen nu het al tot zijn vermogen behoort. Van een in lid 2 bedoelde onevenredig grote opoffering om zich het gelegateerde goed te verschaffen is dus geen sprake. Indien de met het legaat belaste erfgenaam beneficiair aanvaard heeft, heb ik bepleit om (lid 2 van) art. 4:49 BW op die manier toe te passen dat de erfgenaam weliswaar niet door de beneficiaire aanvaarding de 'grote opoffering' uit eigen vermogen hoeft te doen door het eigen goed te leveren, maar wel – in lijn met de bevoordelingsbedoeling van de erflater – de waarde van het goed moet uitkeren aan de legataris, voor zover vallend binnen zijn erfdeel (vgl. art. 4:120 lid 2 BW).

Art. 4:49 BW voorziet in een regeling voor de situatie van een ontbrekend gelegateerd goed, welk legaat ten laste van een erfgenaam komt. Volgens de letterlijke tekst van art. 4:49 lid 1 BW ziet deze bepaling niet op de situatie dat er een legaat ten laste van een legataris is gemaakt (het sublegaat) en het gelegateerde goed ontbreekt. Naar mijn mening biedt art. 4:49 BW in elk geval geen toegevoegde waarde als ten laste van de legataris de verplichting is opgelegd om een eigen goed van de legataris aan de sublegataris te overhandigen. Aangenomen kan worden dat de erflater dat legaat bewust gemaakt zal hebben en de legataris in staat is het goed te leveren, onverminderd de verminderingsmogelijkheden van het sublegaat ingevolge art. 4:121 BW. Is (analoge) toepassing van art. 4:49 BW van nut als het gelegateerde goed niet tot het vermogen van de legataris behoort? Deze vraag dient bevestigend beantwoord te worden. Het legaat zal volgens de hoofdregel vervallen. De legataris zal zich alleen het ten laste van hem gelegateerde moeten proberen te verschaffen als blijkt dat de erflater de beschikking zelfs heeft gewild indien het gelegateer-

28 Anders Breemhaar 1992, nr. 178, p. 124.

de niet aan de legataris zou toebehoren (lid 1 van art. 4:49 BW), waarbij de legataris kan volstaan met de uitkering van de waarde als de legataris zich het goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering kan verschaffen (lid 2 van art. 4:49 BW).

8.5.2 Het legaat ten laste van de huwelijksgemeenschap

Indien de erflater een bepaald goed behorend tot de huwelijksgemeenschap legateert, kan men na het overlijden tot de conclusie komen dat het gelegateerde goed niet tot de nalatenschap behoort indien het is toegedeeld aan de langstlevende echtgenoot. Art. 4:49 BW of art. 4:47 BW (over het al dan niet vervallen van een legaat als de uitvoering onmogelijk is) zou wellicht uitkomst kunnen bieden, ware het niet dat de wetgever voor deze situatie een specifieke regeling heeft opgenomen in art. 4:51 BW (zie par. 5.3).[29] Uitgangspunt van art. 4:51 BW is de geldigheid van het legaat van een bepaald goed uit de huwelijksgemeenschap: de legataris kan van de erfgenamen levering van het gehele goed vorderen, zij het dat als het gelegateerde goed niet aan de nalatenschap maar aan de andere echtgenoot of diens erfgenamen wordt toebedeeld, de erfgenamen kunnen volstaan met uitkering van de waarde van het gelegateerde goed. Aan uitleg van de uiterste wil komt men door art. 4:51 BW niet toe: het is de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap die bepaalt of de erfgenamen het gehele goed of de waarde daarvan dienen te leveren respectievelijk uit te keren.[30] De erfgenamen worden door art. 4:51 BW niet, zoals in lid 2 van art. 4:49 BW, verplicht om te trachten zich het goed te verschaffen als het gelegateerde goed aan de langstlevende echtgenoot wordt toebedeeld.[31] Ook de echtgenoot die enig erfgenaam is, kan, op grond van de tweede zin van art. 4:51 lid 1 BW, volstaan met de uitkering van de waarde van het gelegateerde goed en behoeft het goed niet in natura te leveren.[32] In het verlengde hiervan ligt de voor de praktijk relevante vraag of de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot ook met uitkering van de waarde van het gelegateerde uit de huwelijksgemeenschap kan volstaan als geen sprake is van een enig erfgenaamschap maar van een wettelijke verdeling. Door de wettelijke verdeling verkrijgt de echtgenoot van rechtswege alle goederen van de nalatenschap (art. 4:13 lid 2 BW) en vindt geen verdeling van de huwelijksgemeenschap meer plaats. Deze vraag dient naar mijn mening bevestigend beantwoord te worden, ook in de situatie dat het legaat alleen

29 Meijers zag art. 4:51 BW als een afwijking van art. 4:47 BW; Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 298.
30 Zie Kolkman 2006, nr. 1.9.6.1, p. 131.
31 Zie Kolkman 2006, nr. 19.6.1, p. 131.
32 Met deze wetsbepaling is gebroken met de rechtspraak onder het oude recht, te weten het Ortgies-Kaat-arrest. Zie HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 260 en Klaassen/Luijten & Meijer II 2008, nr. 231.

ten laste van de echtgenoot is gemaakt. Ik zie niet in waarom een echtgenoot die enig erfgenaam is (en het legaat dus geheel ten laste van deze echtgenoot komt), kan volstaan met uitkering van de waarde, en de echtgenoot die alles ingevolge de wettelijke verdeling van rechtswege verkrijgt maar ten laste van wie een legaat is gemaakt, wel het legaat van een bepaald goed van de huwelijksgemeenschap zou moeten afgeven.

Men kan zich tevens afvragen of art. 4:51 BW van toepassing is als de erflater een goed uit de huwelijksgemeenschap heeft gelegateerd aan de andere echtgenoot. Perrick meent dat art. 4:51 BW dan niet toegepast dient te worden en schrijft: '*Het gelegateerde behoort niet tot hetgeen tussen de deelgenoten in de ontbonden huwelijksgemeenschap, de langstlevende echtgenoot en de erfgenamen van de overleden echtgenoot, verdeeld moet worden. Het legaat moet vóór de verdeling worden afgegeven. De echtgenoot verkrijgt het gehele gelegateerde goed als legataris dus ten laste van de nalatenschap, ook al was hij krachtens huwelijksgoederenrecht reeds voor de helft daarin gerechtigd.*'[33] De redenering van Perrick – en in het bijzonder de constatering dat het legaat vóór de verdeling moet worden afgegeven – heeft mij niet kunnen overtuigen. De verdeling van de huwelijksgemeenschap bepaalt of het uit de huwelijksgemeenschap gelegateerde goed aan de erfgenamen of aan de andere echtgenoot is toegedeeld en of de erfgenamen vervolgens op grond van art. 4:51 BW het gelegateerde goed dienen te leveren of kunnen volstaan met uitkering van de waarde aan de legataris. Ik meen dat het bij een legaat aan de echtgenoot niet anders is. Zie par. 5.3.5.1. Toepassing van art. 4:51 BW op een legaat van een huwelijksgemeenschapsgoed aan de echtgenoot leidt naar mijn mening in principe tot bevoordeling van de echtgenoot met (de waarde van) het goed (zie par. 5.3.5.2). Mocht de erflater dit niet wensen dan kan hij dit in het testament aangeven door bijvoorbeeld een legaat tegen inbreng van de waarde te maken. Deze uitkomst ligt in lijn met de uit de rechtspraak volgende algemene rechtsregel dat een legaat in zijn geheel ten laste van de nalatenschap komt, ook als sprake is van een gemeenschapsgoed dat aan de echtgenoot is gemaakt.[34]

8.5.3 Het aanbod tot koop als uiterste wilsbeschikking

In hoofdstuk 4 werd duidelijk dat het testamentaire aanbod tot koop met werking na overlijden door de regering als een legaat wordt aangemerkt. Het nog niet aanvaarde aanbod zelf levert geen vorderingsrecht tot levering van het gelegateerde op, dus in zoverre kwalificeert een testamentair aanbod niet als legaat in de zin van art. 4:117 BW. Men kan zich met recht afvragen of een in een testament neergelegd aanbod past in het gesloten stelsel van de uiterste

33 Asser/Perrick 4 2013/248.
34 Zie HR 23 april 1980, *BNB* 1980/173 en de annotatie van J.P. Scheltens.

wilsbeschikkingen van art. 4:42 BW.[35] En als een dergelijk aanbod niet binnen de opsomming van art. 4:42 BW past, is conversie dan mogelijk naar een wel binnen het stelsel passende beschikking (art. 3:42 BW), te weten het legaat? F.W.J.M. Schols beantwoordt deze vraag, met in zijn eigen woorden 'betrachting van enige soepelheid', bevestigend om op die manier aan de laatste wil van de erflater uitvoering te geven.[36] In de parlementaire geschiedenis terug te vinden uitlatingen van de minister wijzen ook in die richting.[37] Volgens Breemhaar is het echter niet denkbaar dat een uiterste wilsbeschikking een aanbod tot koop behelst, omdat een aanbod tot koop volgens hem een gericht eenzijdige rechtshandeling is en de uiterste wilsbeschikking een ongericht eenzijdige rechtshandeling is.[38] Deze redenering gaat mijns inziens niet op aangezien juist omdat het aanbod *in een testament* is gedaan, dit aanbod ongericht is (zie par. 5.4.5). Een testament heeft immers pas werking na overlijden (art. 4:42 lid 1 BW).

8.5.4 Het legaat aan een erfgenaam

In dit onderzoek heb ik verdedigd dat het legaat aan een erfgenaam in wezen niet verschilt van een legaat aan een willekeurige derde (zie par. 5.6). De regels over legaten zijn dan ook onverkort op het legaat aan een erfgenaam van toepassing en er is naar mijn mening geen behoefte aan een onderscheid tussen een 'gewoon' legaat en het prelegaat (dan wel het specifieke voorafnemingslegaat).

Een legaat aan een erfgenaam wordt altijd voor het geheel onder bijzondere titel verkregen (behoudens de toepassing van art. 4:228 lid 2 BW), net als elk ander legaat aan een derde. Het Nederlandse erfrecht kent dus niet, zo meen ik, in navolging van het Romeinse recht een 'gewoon' prelegaat waarbij een deel onder bijzondere en een deel onder algemene titel wordt verkregen. Het onderscheid tussen een legaat, het prelegaat en het voorafnemingslegaat als bijzondere variant daarvan acht ik dan ook verwarrend en niet noodzakelijk. Het legaat aan een erfgenaam wordt, gelijk een legaat aan een derde, of zelfs gelijk met de schuld vanwege een (bijvoorbeeld) door de erflater met een erfgenaam gesloten koop, niet als een verdeling gezien (laatste zin art. 3:182 BW), maar moet als schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 sub h dan wel – voor de schuld uit koop – sub a BW) als een voor rekening van de gemeenschap van een nalatenschap komende schuld door de deelgenoten-erfgenamen

35 Ik verwijs naar o.a. Breemhaar 1992, nr. 15, p. 15, Handboek Erfrecht 2011, VI.1.7, p. 115-116, F.W.J. M. Schols 2005, p. 17-19, Kolkman 2006, p. 140-143 en Asser/Perrick 4 2013/135.
36 Handboek Erfrecht 2011, VI.1.7, p. 115-116.
37 Zie MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.
38 Breemhaar 1992, nr. 15, p. 15.

worden nagekomen. De constatering dat het legaat aan een erfgenaam 'vóór alle deling' moet worden afgegeven,[39] heeft voor mij geen extra juridische betekenis, dan dat de uitvoering van het legaat geen verdeling is, en in zoverre geen onderdeel van de verdeling uitmaakt. Uiteraard sluit dat niet uit dat het gelegateerde tot de nalatenschap behoort. Het legaat aan een erfgenaam moet op dezelfde wijze 'voor' de verdeling aan de legataris worden geleverd, als dat het aan de legataris-niet erfgenaam of aan een erfgenaam-koper 'voor' de verdeling moet worden geleverd.

Waardetechnisch kan wel bereikt worden dat het legaat als verkrijging *voor de gehele waarde* bovenop het erfdeel van de legataris komt, en in zoverre de waardetechnische uitkomst lijkt op de uitkomst bij een Romeinsrechtelijk voorafnemingslegaat (vergelijk par. 2.3.5). Ik doel op de mogelijkheid voor de erflater om in het testament op te nemen dat het legaat aan de erfgenamen ten laste van de erfgenamen-niet-legatarissen komt ingevolge art. 4:117 lid 2 BW. Wenst de erflater dat de erfgenaam-legataris ook voor zijn erfdeel in het gelegateerde moet bijdragen en hij voor het overige bevoordeeld wordt, dan laat hij het legaat, zoals de wet ook als hoofdregel formuleert, ten laste van de gezamenlijke erfgenamen komen (art. 4:117 lid 2 BW). De gelijkenis qua uitkomst met het 'gewone' Romeinsrechtelijke prelegaat doemt dan op. Uiteraard is het ook mogelijk dat de erflater de erfgenaam-legataris geen enkel waardevoordeel gunt en bijvoorbeeld een legaat tegen inbreng van de waarde maakt.

8.5.5 Het legaat aan de langstlevende echtgenoot en de wettelijke verdeling

In de estate planningspraktijk blijkt – zoals ook uit het fiscale deel van het onderzoek is gevolgd – behoefte te bestaan aan de mogelijkheid om een legaat aan de langstlevende echtgenoot bij de wettelijke verdeling te maken om op die manier invloed uit te oefenen op de hoogte van de geldvorderingen van de kinderen en de daarover bij te schrijven rente. Het is echter de vraag of de wettelijke verdeling gecombineerd kan worden met een legaat aan de langstlevende. De langstlevende verkrijgt namelijk door de werking van de wettelijke verdeling van rechtswege de goederen van de nalatenschap (art. 4:13 lid 2 BW). De kinderen zijn weliswaar erfgenaam maar verkrijgen bij de wettelijke verdeling van rechtswege enkel een geldvordering ten laste van de echtgenoot, welke vordering overeenkomt met de waarde van het erfdeel en welke vordering in beginsel niet-opeisbaar is (art. 4:13 lid 3 BW).

39 Zie o.a. Pleysier 2010, p. 313.

Het is naar mijn mening mogelijk om een legaat aan de langstlevende op te nemen in combinatie met de werking van de wettelijke verdeling. In dit verband acht ik het van belang dat de positie van de langstlevende bij de wettelijke verdeling, ook al krijgt hij van rechtswege alle goederen, op cruciale punten afwijkt van het enig erfgenaamschap. Bij het enig erfgenaamschap vermengt de nalatenschap als hoofdregel met het eigen vermogen van de erfgenaam en zal een legaat aan de enig erfgenaam tenietgaan.

De langstlevende echtgenoot wordt bij de wettelijke verdeling op grond van art. 4:182 lid 2 BW, anders dan de enig erfgenaam, niet als enige van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan. Bij de wettelijke verdeling gelden namelijk wat betreft de aansprakelijkheid voor schulden van de erflater de gewone regels van de saisine: alle erfgenamen (echtgenoot en kinderen) worden aansprakelijk voor schulden van de erflater. Als de schuld uit legaat echter geheel tot het vermogen van de langstlevende zou behoren, zou het legaat door vermenging tenietgaan (art. 6:161 lid 1 BW). Doordat de gewone regels van de saisine voor de aansprakelijkheid van schulden van de erflater in beginsel gelden, kan men echter niet zeggen dat de schuld uitsluitend bij de langstlevende is terechtgekomen en het kind op geen enkele manier meer aan de schuld gebonden is. Dit blijkt als het kind een schuld van de nalatenschap (bijvoorbeeld het legaat) vrijwillig zou voldoen: het kind betaalt voor het deel van zijn aansprakelijkheid niet onverschuldigd, ook al was de echtgenoot ten opzichte van het kind gehouden de schuld te voldoen.[40]

Hoewel de langstlevende door werking van de wettelijke verdeling van rechtswege alle nalatenschapsgoederen heeft verkregen en zelf aansprakelijk is voor de voldoening van de (gehele) schulden van de nalatenschap (zie art. 4:14 lid 1 BW), is van een vermenging, zoals bij een enig erfgenaam, naar mijn mening geen sprake. Op grond van art. 4:14 lid 2 BW ontstaat mijns inziens een (soort vorm van) afgescheiden vermogen bij de langstlevende echtgenoot, ondanks het feit dat bij de wettelijke verdeling geen sprake is van een gemeenschap of onverdeeldheid met de daarbij geldende verhaalsexclusiviteit (art. 4:184 lid 1 BW en art. 3:192 BW in combinatie met art. 3:190 BW en 3:191 BW). Bij gebreke van een echte gemeenschap kan men beter spreken van (verhaals)voorrang van de nalatenschapsschuldeiser dan van verhaalsexclusiviteit, aangezien de privé-schuldeiser zich weldegelijk rechtstreeks kan verhalen op de nalatenschap, zij het pas na de nalatenschapsschuldeisers en de andere in art. 4:14 lid 2 BW genoemde schuldeisers.[41] Hoewel men zich kan afvragen of een dergelijke 'verhaalsvoorrang' voldoende is om het in art. 6:161 lid 2 sub a BW vereiste afgescheiden vermogen te bewerkstelligen om vermenging te voorkomen, ben ik van mening dat hieraan voldaan is, gezien de definitie in de Toelichting-Meijers op de voorloper van dit artikellid: '*Voor van elkaar*

40 Zie Nota NE, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1568.
41 Zie Kolkman 2006, nr. 2.6.3, p. 244-245.

gescheiden vermogens is kenmerkend dat de schulden die tot het ene vermogen behoren, op de activa van het andere vermogen niet, of pas na de tot dit laatste behorende schulden, verhaalbaar zijn.'[42]

Mede gezien het bovenstaande ben ik dan ook tot de conclusie gekomen dat legaten aan de langstlevende bij de wettelijke verdeling goederenrechtelijk effect sorteren indien sprake is van een legaat van een niet tot de nalatenschap behorend goed. Een legaat van een nalatenschapsgoed of van een geldsom aan de langstlevende sorteert daarentegen naar mijn mening enkel 'waardetechnisch' effect.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES DEEL II – HET LEGAAT, DE WISSELWERKING TUSSEN HET CIVIELE RECHT EN DE SUCCESSIEWET 1956

8.6 HET LEGAAT (EN DE TESTAMENTAIRE LASTBEVOORDELING) ALS BELASTBARE VERKRIJGING VOOR DE SUCCESSIEWET 1956

In hoofdstuk 6 is bezien op welke wijze het legaat en andere verkrijgingen krachtens erfrecht in de heffing van de Successiewet betrokken worden. Het legaat kan pas begrepen worden in het licht van de afbakening met de testamentaire last, zodat naast het legaat in het bijzonder de fiscale behandeling van de testamentaire last aan bod is gekomen, ook in historisch perspectief. Met de komst van het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 is het 'werkterrein' van het legaat flink uitgebreid ten koste van de last, zodat sommige beschikkingen die voorheen werden aangemerkt als een testamentaire last heden ten dage als legaat kwalificeren. De wijze van heffing van de Successiewet blijkt te verschillen afhankelijk van de vraag of sprake is van een verkrijging krachtens legaat of krachtens lastbevoordeling. Hierbij past de vraag of verschillen in de (wijze van) heffing gerechtvaardigd worden in het licht van de aansluiting van de heffing van de Successiewet bij de civielrechtelijke verkrijging *krachtens erfrecht*, waartoe zowel de lastbevoordeling als de verkrijging krachtens legaat behoren.

8.6.1 Invoering Successiewet 1956 en belastbaarheid legaten en testamentaire lasten

In art. 1 van de Successiewet 1859[43] stond dat krachtens de wet wordt geheven: '(…) *recht van successie van de waarde van al wat geërfd of verkregen wordt*

42 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 591.
43 Uitgaande van de wettekst in 1932.

uit den boedel van een ingezeten des Rijks door zijn overlijden. (…)' In de op 1 augustus 1956 ingevoerde Successiewet 1956 vindt men in art. 1 de woorden 'uit de boedel' niet meer terug en is slechts doorslaggevend of de verkrijging 'krachtens erfrecht' is geschied. Hiermee werd destijds duidelijk dat zowel de waarde van hetgeen verkregen werd krachtens het legaat van soortgoederen (art. 1015 OBW) als de waarde van hetgeen een erfgenaam of legataris uit zijn eigen goederen ingevolge art. 1014 OBW uitkeerde aan een derde (hetgeen onder het voor 1 januari 2003 geldende erfrecht als een last werd aangemerkt met een nakomingsactie, zie par. 3.4.3), onder de heffing van successierechten viel, aangezien zonder twijfel was dat dergelijke verkrijgingen *krachtens erfrecht* werden verkregen.[44] Uit het sinds 1956 geldende art. 1 lid 1 SW volgt dat alle legaten onder de heffing van het recht van successie vallen, terwijl art. 5 lid 1 SW duidelijk maakt dat de legaten voor aftrek in aanmerking komen bij diegenen die (en voor het deel waarmee diegenen) met het legaat belast zijn. Een nadere afbakening van de voor aftrek in aanmerking komende legaten is niet nodig vanuit het perspectief dat tegenover de aftrekbare legaten altijd de legaten belast worden bij de legataris.

Met de formulering van het in 1956 ingevoerde art. 1 SW leed het geen twijfel dat ook de verkrijging door een lastbevoordeelde met nakomingsactie onder de heffing viel, zoals ook vóór 1956 ingevolge de leer van de Administratie van 28 mei 1924 ten gevolge van het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1914[45] reeds duidelijk was gemaakt. Heffing over hetgeen de lastbevoordeelde, die in het testament door de erflater was aangewezen (de zogenoemde benoemde persoonlijke last), verkreeg, zou dan logischerwijs met zich moeten brengen dat bij diegenen die met de verplichting van de last waren opgezadeld, de waarde van deze last in mindering gebracht kon worden op hun eigen verkrijgingen. Men kon zich afvragen of aangenomen moest worden dat de wetgever onder de voor aftrek in aanmerking te nemen 'lasten' in art. 5 lid 1 SW, naast de in art. 20 lid 1 SW omschreven in aanmerking te nemen lasten des boedels (de begrafeniskosten) ook de testamentaire lasten met nakomingsactie op het oog had.[46] Als de wetgever met art. 5 lid 1 SW ook de testamentaire lasten had bedoeld, werd niet duidelijk gemaakt welke testamentaire lasten volgens de wet voor aftrek in aanmerking kwamen, zoals de wettekst van art. 5 SW voorschrijft.[47] Ondanks de gebrekkig geformuleerde wettekst, kon gezien de toen reeds bestaande leer van de Administratie van 28 mei 1924, aangenomen worden dat de waarde van de last waaraan een actie was verbonden (die per 1 januari 2003 is aan te merken als legaat), in mindering kwam van de waarde van de verkrijging van diegene die de last moest uitvoeren.

---

44 Vgl. Schuttevâer 1977, p. 80.
45 Zie voor deze leer *WPNR* 2867 (1924), p. 696 en *P.W.* 11930.
46 Vgl. Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 86-87.
47 Vgl. Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 87.

Vervolgens resteerde de vraag of verkrijgingen ingevolge testamentaire lastbevoordelingen waarbij de bevoordeelde niet individueel was aangewezen (de zogenoemde onbenoemde persoonlijke last) onder de heffing zouden vallen en of de met deze last bezwaarden dan de waarde van de last zouden kunnen aftrekken van hun eigen verkrijgingen. De (nog niet bepaalde) lastbevoordeelde beschikt immers niet over een nakomingsactie zodat men de vraag kon stellen of de bevoordeelde krachtens erfrecht in de zin van art. 1 lid 1 onder 1 SW verkrijgt. Het arrest van de Hoge Raad van 2 maart 1966, *BNB* 1966/106, heeft op dit gebied duidelijkheid verschaft: indien de onbenoemde persoonlijke last is uitgevoerd, en er dus een bevoordeelde is aan wie de uitkering is gedaan, heeft deze bevoordeelde krachtens erfrecht verkregen. Bij de bevoordeelde kan dan ingevolge art. 1 lid 1 onder 1 SW over de waarde van de uitkering geheven worden. Ingevolge art. 53 SW kan restitutie plaatsvinden van het eventueel aanvankelijk geheven successierecht ten laste van degene die verplicht was de last uit te voeren.[48] Tot slot was er nog de vraag hoe om te gaan met de onpersoonlijke lasten waarbij er – anders dan in het arrest van 1966 – geen lastbevoordeelde is, bijvoorbeeld de last om van de erflater een standbeeld op te richten. Uit lagere rechtspraak volgde dat de uitvoering van onpersoonlijke lasten niet leidt tot aftrek op de verkrijging van de personen aan wie de last is opgelegd.[49]

Het sinds 1 januari 2003 geldende erfrecht en de huidige Successiewet brengen in het bovenstaande niet veel verandering, zij het dat de benoemde persoonlijke last sindsdien als een legaat kwalificeert en uit dien hoofde in de heffing op grond van art. 1 SW kan worden betrokken en ingevolge art. 5 SW voor aftrek in aanmerking komt.

48 Schuttevâer 1977, p. 112.

49 Zie o.m. Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, *BNB* 1974/295, Hof 's-Hertogenbosch 6 april 1973, *BNB* 1974/40 en vgl. voor de vermogensbelasting HR 22 juni 1955, *BNB* 1955/283.

Schematisch ziet het bovenstaande er als volgt uit:

Oud erfrecht (vóór 2003)	Vorderingsrecht?	Aftrekbaar voor de Successiewet 1956 (vóór 2003)?	Huidig erfrecht	Vorderingsrecht?	Aftrekbaar voor de huidige Successiewet 1956?
Legaat	*ja (vgl. HR 11 mei 1984)*	*ja (art. 5 lid 1 SW)*	Legaat	*ja (art. 4:117 lid 1 BW)*	*ja (art. 5 lid 1 SW)*
Benoemde persoonlijke last	*ja (HR 27 maart 1914)*	*ja (vgl. P.W. 11930, 1924, art. 5 lid 1 SW)*	Legaat	*ja (art. 4:117 lid 1 BW)*	*ja (art. 5 lid 1 SW)*
Onbenoemde persoonlijke last	*nee*	*ja (HR 2 maart 1966, art. 5 lid 1 SW)*	Onbenoemde persoonlijke last (testamentaire last)	*nee (art. 4:130 lid 1 BW)*	*ja (HR 2 maart 1966, art. 5 lid 1 SW)*
Onpersoonlijke last	*nee*	*nee*	Onpersoonlijke last (testamentaire last)	*nee (art. 4:130 lid 1 BW)*	*nee*

8.6.2 Voorstel ter afbakening van het legaat en de onbenoemde persoonlijke last

Bij de onbenoemde persoonlijke last hoeft in beginsel geen sprake te zijn van een afgebakende groep van mogelijk lastbevoordeelden en hoeft de erflater niet zelf de kring van voor de last in aanmerking komende personen te bepalen.[50] Wanneer de erflater (en niet een derde) een afgebakende groep van personen aanwijst waaruit een derde (bijvoorbeeld de executeur) de bevoordeelde kan bepalen, kan onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis verdedigd worden dat sprake is van een geldig legaat en niet van een last.[51] Bij mij komt in dit verband de vraag op wanneer een groep zodanig afgebakend (benoemd) is dat sprake zal zijn van een legaat (mits uiteraard ook de prestatie omschreven is) en wanneer de groep niet als afgebakend (dus als

50 Vgl. B.M.E.M. Schols 2007, p. 433 en Bauduin 2013, p. 27, noot 15. Zie ook Bauduin 2014 (dissertatie), par. 5.4.7, p. 246, waar Bauduin concludeert dat voor de last een heel soepel bepaaldheidsvereiste geldt en enkel het noemen van het doel van de verplichting volstaat.

51 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771.

onbenoemd) kan worden aangemerkt zodat sprake zal zijn van een testamentaire last (de onbenoemde persoonlijke last). Als voorbeeld heb ik in par. 6.4.1.5 de casus gegeven dat door de erflater een beschikking is gemaakt ten behoeve van een persoon ter keuze van de executeur uit een door de erflater afgebakende groep (A, B of C), waarbij voor het gemak wordt aangenomen dat de beschikking geen willekeur oplevert. Kan vervolgens gesteld worden dat op het moment dat de executeur zijn keuze heeft uitgebracht het *vorderingsrecht door de erflater is toegekend*, zoals de definitie van het legaat in art. 4:117 lid 1 BW voorschrijft? De erflater heeft de executeur niet een zodanig richtsnoer gegeven dat bij de vaststelling van de legataris iedere derde tot aanwijzing van dezelfde legataris zou komen. Wat mij betreft zal alleen dan sprake van een legaat zijn als de wijze waarop de legataris wordt vastgesteld, afhangt van een objectief toekomstige onzekere gebeurtenis.[52] De eis dat de vaststelling van de legataris niet van de keuze van een derde kan afhangen maar dat de erflater in zijn testament het richtsnoer dient mee te geven aan de hand waarvan de legataris vastgesteld moet worden, zodat iedere willekeurige derde tot dezelfde conclusie wat betreft de persoon van de legataris komt, vindt men niet expliciet terug in de parlementaire geschiedenis en ook in de literatuur lijkt men niet een dergelijke eis te stellen.[53] Toch zou ik in het kader van de duidelijke afbakening tussen een legaat en een testamentaire last willen pleiten voor toepassing van deze hierboven geformuleerde strengere eis, die wat mij betreft voortvloeit uit art. 4:117 lid 1 BW.

Fiscaalrechtelijk heeft de kwalificatie als testamentaire last (met een lastbevoordeling) of als legaat (al dan niet onder opschortende voorwaarde afhankelijk van het uitbrengen van de keuze) uiteraard ook gevolgen voor de wijze waarop de uiterste wilsbeschikking in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken. Zie par. 6.4.1.5.

8.6.3 Voorstel heffingsgrondslagregeling erfbelasting in de Successiewet 1956

In par. 6.5.3 heb ik geschreven dat ik het zou toejuichen als in art. 1 SW tot uitdrukking gebracht zou worden dat de heffing van erfbelasting zich aansluit bij ieders verkrijging, door in art. 1 lid 1 onder 1 SW het woord 'iemand' toe te voegen. Hierdoor zou in art. 1 SW een deel van de inhoud van het huidige art. 5 lid 1 SW worden verwerkt en zou art. 5 SW voor het overige naar mijn mening kunnen vervallen, zoals ik in deze paragraaf nog kort zal toelichten.

52 Zie over een dergelijke gebeurtenis Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/168.

53 Vgl. De ruimhartige opvatting van de minister in MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771 en zie in de literatuur bijvoorbeeld Bauduin 2014 (dissertatie).

Met art. 1 SW wordt bewerkstelligd dat de waarde van al wat de erfgenaam, de legataris en de lastbevoordeelde krachtens erfrecht verkrijgen, onder de heffing van erfbelasting valt. Uit HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 volgt, zoals hierboven in par. 8.6.1 is vermeld, dat de lastbevoordeelde na uitvoering van de onbenoemde persoonlijke last ook *krachtens erfrecht* verkrijgt en dat zijn verkrijging dus onder de heffing zal vallen. De aftrekbaarheid bij degene die de last heeft uitgevoerd loopt synchroon met het in de heffing betrekken van de lastbevoordeelde. Ook de overige op grond van Boek 4 BW aan te merken erfrechtelijke verkrijgers (zoals de legitimaris) zullen ingevolge art. 1 SW in de heffing van erfbelasting kunnen worden betrokken voor hun erfrechtelijke verkrijgingen. Wat betreft de onpersoonlijke last geldt logischerwijs dat wegens het ontbreken van een bevoordeelde niet iemand iets krachtens erfrecht verkrijgt en dus geen heffing ingevolge art. 1 SW kan plaatsvinden.

De vraag luidt of het noodzakelijk is dat in art. 5 SW jo. art. 20 SW bepaald wordt dat de verkrijger zijn aandeel in de in die artikelen bedoelde schulden, legaten en lasten in aftrek mag brengen op zijn in art. 1 SW bedoelde verkrijging. Of kan art. 1 SW daarvoor al een grondslag bieden, zoals Schuttevâer en Zwemmer (onder het oude erfrecht) betoogden?[54] Ik ben van oordeel dat art. 1 SW reeds een voldoende grondslag voor heffing en aftrek biedt nu dit artikel de verkrijging krachtens erfrecht centraal stelt. Art. 5 SW zou dan ook kunnen vervallen. Tevens heb ik onderzocht in hoeverre naast art. 1 SW nog behoefte zou bestaan aan aanvullende regelingen en tot slot van hoofdstuk 6 een voorstel voor een nieuwe regeling van de heffingsgrondslag voor de erfbelasting geformuleerd, welke regeling ook hierna in par. 8.6.3.1 is opgenomen.

Bij het vorenstaande past echter een belangrijke kanttekening nu art. 1 SW ziet op het erfrechtelijk 'verkrijgen'. Men kan met recht de goederenrechtelijke tegenwerping maken dat enkel goederen – en dus geen schulden – 'verkregen' kunnen worden. Art. 4:182 lid 2 BW regelt slechts dat de erfgenamen van rechtswege voor de schulden van de erflater *aansprakelijk* worden. In zoverre is mijn conclusie – dat de volgens art. 1 SW te belasten 'verkrijging krachtens erfrecht' ook de door de erfgenamen van rechtswege 'verkregen' schulden van de erflater bevat – dan ook een civielrechtelijk onjuiste conclusie. Hoewel ik mij hiervan terdege bewust ben, zou ik toch niet 'verkrijgen' in de zin van art. 1 lid 1 onder 1 SW op deze enge (goederenrechtelijke) manier willen uitleggen. De heffingsgrondslag dient mijns inziens gelezen te worden in het licht van de volgende passage in de memorie van toelichting van de wet die leidde tot de Successiewet 1956: '*Door verduidelijking van de tot dusver geldende regeling wordt thans, beter dan tot dusver het geval was, in de wet tot uitdrukking*

54 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 86-87.

gebracht, dat de heffing van het successierecht zich richt naar hetgeen uiteindelijk als gevolg van de erfrechtelijke overgang wordt verkregen (vgl. nader ad artikelen 45 en 53 van het ontwerp).'[55] De uiteindelijke verkrijging van de erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde vormt mijns inziens eveneens de heffingsgrondslag. Men dient naar mijn mening de verkrijging zoals opgenomen in art. 1 SW dan ook te verstaan als een 'netto-verkrijging' (activa minus passiva), dan wel bij art. 1 SW de nadruk te leggen op de *waarde* van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen en niet zozeer op de verkrijging.[56] Art. 5 SW is dan niet nodig om bepaalde schulden van de nalatenschap (art. 4:7 BW), zoals legaten en schulden van de erflater, in mindering op de verkrijging van een erfgenaam te laten brengen (zoals ook thans via art. 5 SW het geval is).

De huidige vermelding in art. 5 lid 1 SW dat ieders aandeel in de volgens de Successiewet voor aftrek in aanmerking komende schulden van de erflater (zoals uitgewerkt in art. 20 lid 3 SW) van ieders belastbare verkrijging kan worden afgetrokken, is naar mijn mening overbodig gezien de saisine-regel van art. 4:182 lid 2 BW jo. art. 4:7 lid 1 sub a en i BW (en de daarmee gepaard gaande draagplicht). Wel is het noodzakelijk om de van rechtswege op de erfgenamen overgegane schulden van de erflater nader in de Successiewet af te bakenen indien de fiscale wetgever van mening is dat deze automatisch in mindering komende schulden van de erflater te ruim omschreven zijn (vgl. art. 20 lid 3 SW).

Voor enkele andere in art. 4:7 lid 1 BW genoemde schulden van de nalatenschap dan de schulden van de erflater zoals bedoeld onder 4:7 lid 1 sub a en i BW, geldt dat daartegenover geen schuldeiser staat die in de heffing van de erfbelasting kan worden betrokken. In dit kader valt te denken aan de kosten van executele, de kosten van lijkbezorging en de kosten van vereffening van de nalatenschap. Dergelijke schulden van de nalatenschap, die pas *na* het overlijden van de erflater ontstaan en waarvoor de erfgenamen ingevolge het erfrecht niet van rechtswege schuldenaar worden, hebben (in beginsel) dan ook geen invloed op de heffing van de erfbelasting en worden dus niet in aftrek gebracht op de (belastbare) verkrijging van de erfgenamen. Aan de vordering van bijvoorbeeld de schuldeiser van de nalatenschap ter zake van de kosten van de lijkbezorging (zoals de begrafenisondernemer) ligt geen erfrechtelijke titel ten grondslag. Op grond van het verbintenissenrecht zal vastgesteld moet worden wie als schuldenaren van een dergelijke schuld

55 *Kamerstukken II* 1948/49, 915, nr. 3, p. 13 (MvT).

56 Zie Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 63 en B.M.E.M. Schols 2006a, p. 154. Men kan uiteraard ook – ingeval men niet zou willen uitgaan van een 'netto-verkrijging' – in art. 1 lid 1 onder 1 SW expliciet duidelijk maken dat de waarde van de schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht ten laste van de verkrijger komen, in aftrek komen van de belastbare verkrijging.

kunnen worden aangemerkt. Voor de kosten van de lijkbezorging (zie art. 4:7 lid 1 sub b BW) maakt de Successiewet thans echter een uitzondering: deze kosten kunnen van de nalatenschap worden afgetrokken voor zover zij niet bovenmatig zijn (art. 20 lid 1 SW). In de Successiewet worden de kosten van de lijkbezorging echter als 'last' (lees: boedellast) aangemerkt. Ook in de Successiewet zou ik deze kosten – ter voorkoming van verwarring – als schuld van de nalatenschap willen aanmerken, welke na het overlijden ontstane schuld van de nalatenschap bij wijze van uitzondering (beperkt) voor aftrek in aanmerking komt. Dit kan enkel duidelijk gemaakt worden met een afzonderlijke regeling naast art. 1 lid 1 SW, zoals thans ook het geval is in art. 20 lid 1 en 2 SW.

Daarnaast zijn er nog schulden van de nalatenschap zoals bedoeld in art. 4:7 lid 1 BW die bij de schuldeiser wel verkrijgingen krachtens erfrecht bewerkstelligen (die dus onder de heffing ingevolge art. 1 SW gebracht kunnen worden), maar welke schulden niet van rechtswege door de saisine van art. 4:182 lid 2 BW overgaan op de erfgenamen. Te denken valt aan de schuld uit legaat welke op een of meer erfgenamen rust (art. 4:7 lid 1 sub h BW), maar ook aan de schuld ter zake van de legitieme portie waarop krachtens art. 4:80 BW aanspraak gemaakt wordt (art. 4:7 lid 1 sub g BW), alsmede aan de schuld ontstaan door toepassing van afdeling 2 van titel 3 van Boek 4 BW (de 'andere wettelijke rechten'; art. 4:7 lid 1 sub f BW). Deze schulden zijn, behoudens de schuld uit legaat, niet als aftrekmogelijkheid in art. 5 SW opgenomen. Ik vroeg mij dan ook af of art. 5 SW tevens de mogelijkheid van aftrek van de schulden voor de erfgenamen die door bovenstaande verkrijgingen zijn ontstaan, had moeten vermelden (in aanvulling op de in art. 53 lid 1 SW opgenomen mogelijkheid dat de aanslag kan worden verminderd als er wijziging wordt gebracht in het verkregene). Aangezien ik (in mijn voorstel) de te belasten verkrijging door iemand krachtens erfrecht van art. 1 SW ruim uitleg (als een netto-verkrijging), meen ik dat de door Boek 4 BW gevestigde aansprakelijkheid en daarmee gepaard gaande draagplicht van de gezamenlijke erfgenamen voor de hierboven genoemde schulden bewerkstelligt dat de waarde voor de erfgenamen van hun erfdeel (hun erfrechtelijke verkrijging) daarmee is verminderd. Een expliciete vermelding in art. 5 lid 1 SW is ook in het kader van de hierboven bedoelde schulden van de nalatenschap – indien men mijn ruimere uitleg van (een nieuw) art. 1 SW zou onderschrijven – niet noodzakelijk. Hoe zit het dan met de in art. 5 SW genoemde legaten? Art. 5 lid 1 SW bepaalt dat voor de heffing van erfbelasting ieders aandeel in de volgens de Successiewet voor aftrek in aanmerking komende legaten in aftrek komt op hetgeen ieder verkrijgt. Men dient echter vast te stellen dat de Successiewet nergens bepaalt welke legaten voor aftrek in aanmerking komen. Dat is naar mijn mening ook niet nodig, nu bij alle legatarissen (al dan niet na het in vervulling gaan van een eventueel aan het legaat verbonden opschortende voorwaarde) erfbelasting geheven kan worden over het krachtens legaat verkregene (art. 1 lid 1 onder

1 SW). Naar mijn mening leidt de aansprakelijkheid (en de daarmee gepaard gaande draagplicht) van personen voor de schuld uit legaat ingevolge art. 4:117 BW, tot de conclusie dat bij de volgens art. 1 SW belastbare verkrijging van de met het legaat belaste personen (gezamenlijke erfgenamen dan wel een of meer erfgenamen of legatarissen) reeds met door het erfrecht ontstane aansprakelijkheid voor de schuld uit legaat rekening dient te worden gehouden. Een wettelijke bepaling waarin de aftrek van legaten wordt voorgeschreven, zoals thans is opgenomen in art. 5 lid 1 SW, is dus ook in dit kader mijns inziens niet nodig.

Tot slot rijst de vraag of art. 5 lid 1 SW nodig is om te bewerkstelligen dat testamentaire lasten voor aftrek in aanmerking komen. Men dient zich ondanks de gelijkstelling van de last met het legaat op verscheidene plaatsen in Boek 4 BW te realiseren dat de last in art. 4:7 BW geen schuld van de nalatenschap vormt.[57] De last kan weliswaar in bepaalde gevallen drukken op de nalatenschap, hij roept echter wegens het ontbreken van het vorderingsrecht, in tegenstelling tot een legaat, geen corresponderende schuld in het leven. Om op grond van de Successiewet rekening te mogen houden met de (aftrek van) uitgevoerde onbenoemde persoonlijke testamentaire lasten zou art. 1 SW (al dan niet in combinatie met art. 45 en art. 53 SW) wat mij betreft een voldoende heffingsgrondslag vormen. Art. 1 SW bewerkstelligt uiteraard de heffing over het verkregene door de lastbevoordeelde bij de onbenoemde persoonlijke last, maar vormt mijns inziens ook een grondslag om rekening te mogen houden met de uitvoering van een door de erflater opgelegde testamentaire lastverplichting, welke verplichting immers krachtens Boek 4 BW (te weten: art. 4:130 lid 1 BW) aan de gezamenlijke erfgenamen of aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen is opgelegd. Ik breng in herinnering dat ik de verkrijging krachtens erfrecht dan als een 'netto-verkrijging' beschouw, waarbij rekening gehouden dient te worden met op grond van Boek 4 BW 'verkregen' erfrechtelijke verplichtingen en schulden.[58] De door de erflater opgelegde verplichting ingevolge de testamentaire last beïnvloedt de erfrechtelijke verkrijging van de met de testamentaire last belaste verkrijgers, temeer daar de erfgenaam of legataris op wie een testamentaire last rust, zijn recht verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter (art. 4:131 lid 1 BW).

57 De last stond overigens aanvankelijk in de opsomming van enkele versies van het ontwerpartikel van art. 4:7 BW opgenomen.

58 Zoals eerder vermeld, kan men uiteraard ook – ingeval men niet zou willen uitgaan van een 'netto-verkrijging' – in art. 1 lid 1 onder 1 SW expliciet duidelijk maken dat de waarde van de schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht ten laste van de verkrijger komen, in aftrek komen van de belastbare verkrijging.

Waar leidt dit toe met betrekking tot de *onpersoonlijke* last? Niemand verkrijgt op grond van een dergelijke last, dus is er geen lastbevoordeelde die ingevolge art. 1 SW in de heffing kan worden betrokken. Wel is/zijn er een perso(o)n(en) op wie de testamentaire last rust, en voor wie de vraag gesteld kan worden of zij de testamentaire lastverplichting na uitvoering in mindering mogen brengen op hun verkrijging. Zonder nadere regeling zou op grond van mijn uitleg van de verkrijging krachtens erfrecht in de zin van art. 1 SW,[59] ook een ingevolge art. 4:130 BW door de erflater opgelegde verplichting die valt aan te merken als een onpersoonlijke last, de verkrijging krachtens erfrecht van de lastbezwaarde verminderen door uitvoering van de last. Men dient er vervolgens echter acht op te slaan dat de waardering van een onpersoonlijke lastverplichting allerlei moeilijkheden met zich zal brengen. Uit rechtspraak volgt dat met dergelijke onpersoonlijke lasten naar huidig recht geen rekening gehouden wordt. Het zou mijns inziens daarom wenselijk zijn om deze uit de jurisprudentie volgende uitkomst – die de door mij gehanteerde uitleg van de verkrijging krachtens erfrecht nader inperkt omdat alle (uitgevoerde) testamentaire lasten volgens mijn uitleg de verkrijging ingevolge art. 1 SW zouden verminderen – uitdrukkelijk in de wet op te nemen. Men zou hiervoor inspiratie kunnen putten uit art. 5 lid 2 SW waar voor de schenkbelasting reeds is bepaald dat onpersoonlijke lasten niet in aftrek gebracht mogen worden. Voor praktische uitvoerbaarheid van de regeling van de erfbelasting lijkt het mij immers gerechtvaardigd dat in beginsel geen rekening wordt gehouden met onpersoonlijke lasten. Toch blijf ik deze verdedigbare uitkomst onbevredigend vinden, zeker omdat men allerlei gradaties van onpersoonlijke lasten kan onderscheiden. Ik heb daarom in par. 6.5.3.5 enkele kanttekeningen bij de niet-aftrekbaarheid van de onpersoonlijke last geplaatst en heb bepleit dat aftrek van de met de uitvoering van een onpersoonlijke last verband houdende kosten gerechtvaardigd zou kunnen zijn in het geval een onpersoonlijke last wordt uitgevoerd waarvan de verplichting door de erflater geconcretiseerd is. Men kan bijvoorbeeld denken aan een lastverplichting om binnen een jaar een bronzen beeld van de erflater met een waarde van € 50.000 op te richten in het Van der Werffpark te Leiden. Indien men na uitvoering van de lastverplichting – welke verplichting reeds met het overlijden van de erflater bestaat en krachtens erfrecht op de erfgenaam (of legataris) rust – kan aantonen wat de uitvoering van de last heeft gekost, kan ik mij (vgl. ook art. 53 lid 1 SW) vinden in een bepaling op grond waarvan deze kosten in mindering gebracht zouden mogen worden op de belastbare verkrijging (zie art. 20 lid 8, tweede volzin SW in mijn tekstvoorstel dat hierna is opgenomen). Per saldo resteert immers per definitie voor de erfrechtelijke verkrijger die niet geconfronteerd wenst te worden met een vervallenverklaring van zijn verkregen recht nooit

59 Al dan niet in combinatie met art. 45 en art. 53 SW.

meer dan een netto-verkrijging, zijnde de erfrechtelijke verkrijging minus de gemaakte kosten ter uitvoering van de last.

8.6.3.1 Tekstvoorstel wettelijke regeling heffingsgrondslag (art. 1 en 20 SW)

De analyse die ik (zie ook par. 6.5.3) heb gemaakt met betrekking tot de vraag of een aanpassing van de heffingsgrondslag voor de Successiewet wenselijk zou zijn, kan wat mij betreft bevestigend beantwoord worden en leiden tot de volgende bepalingen.

Artikel 1

1. *Krachtens deze wet worden de volgende belastingen geheven:*

1°. *erfbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens erfrecht verkrijgt door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde [onder aftrek van de waarde van de schulden en verplichtingen die door het overlijden krachtens erfrecht ten laste van de verkrijger komen met inachtneming van het bepaalde in art. 20 lid 3 en lid 8 SW];*

2° *schenkbelasting over de waarde van al wat iemand krachtens schenking verkrijgt van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde.*

(…)

Artikel 5 vervalt en artikel 5 lid 2 wordt opgenomen in artikel 20 lid 9.

Artikel 20

1. *Van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt, kunnen voor de regeling van de erfbelasting de kosten van de lijkbezorging als bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek en lid 2 van dit artikel worden afgetrokken die ten laste komen van de betreffende verkrijger.*
2. *Onder de kosten van lijkbezorging kunnen voor de toepassing van deze wet worden begrepen de sommen, besproken of uitgekeerd voor de uitvaart van de erflater en de tot een jaar na het overlijden te zijnen behoeve te houden godsdienstige of levensbeschouwelijke plechtigheden.*
3. *Van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt, kunnen voor de regeling van de erfbelasting de in art. 4:182 lid 2 BW bedoelde schulden van de erflater die door het overlijden van de erflater ten laste van de verkrijger komen, slechts in aanmerking worden genomen voor zover zij rechtens afdwingbaar zijn en alsdan behoudens het navolgende:*
   a. *lopende renten en andere periodieke verplichtingen, alsmede zakelijke belastingen, dijk- en polderlasten, molen- en sluisgelden en soortgelijke omslagen zijn slechts aftrekbaar tot en met de dag van het overlijden;*
   b. *belastingschulden kunnen niet worden afgetrokken, voor zover daarvoor ontheffing kan worden verkregen.'*

(…)

8. *Van hetgeen iemand krachtens erfrecht verkrijgt, kan voor de regeling van de erfbelasting de op de verkrijger rustende testamentaire lastverplichting slechts in aanmerking worden genomen indien de bevoordeelde ingevolge deze testamentaire last in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken. [Indien er geen bevoordeelde in de heffing kan worden betrokken, terwijl de lastverplichting concreet van aard is, zijn de met uitvoering van de last direct verband houdende kosten slechts aftrekbaar indien de verkrijger op wie de lastverplichting rust kan aantonen dat de last daadwerkelijk is uitgevoerd en de uitvoering van de last het eerder bedoelde geldbedrag heeft gekost.]*
9. *Van hetgeen iemand krachtens schenking verkrijgt, kunnen voor de regeling van de schenkbelasting de aan de betreffende schenking verbonden lasten en verplichtingen, waardoor hetzij de schenker, hetzij een derde wordt gebaat, worden afgetrokken. [Indien er geen bevoordeelde in de heffing kan worden betrokken, terwijl de lastverplichting concreet van aard is, zijn de met uitvoering van de last direct verband houdende kosten slechts aftrekbaar indien de verkrijger op wie de lastverplichting rust kan aantonen dat de last daadwerkelijk is uitgevoerd en de uitvoering van de last het eerder bedoelde geldbedrag heeft gekost.]*

8.7 Het legaat als estate planningsinstrument en de Successiewet 1956

In hoofdstuk 7 zijn verschillende toepassingsgebieden van het legaat onderscheiden die men in het kader van estate planning aantreft, te weten:

1. Legaten die aan de legataris de keuze geven van hetgeen hem gelegateerd wordt (keuzelegaten al dan niet tegen inbreng van de waarde) of de keuze bieden om per saldo de rente over een niet-opeisbare erfrechtelijke vordering te kunnen bepalen (de zogenoemde handmatige ventieltechniek).
2. Legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen, zoals (tweetraps)afvullegaten.
3. Legaten (van niet tot de nalatenschap behorende goederen en van zich niet in de nalatenschap bevindende geldbedragen) die bewerkstelligen dat een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind, zoals de niet-opeisbare ik-opa-legaten (en de vergelijkbare ik-opa-last), (super)turbolegaten alsmede vruchtgebruiklegaten tegen inbreng.
4. Legaten die betrekking hebben op reeds tijdens leven aan de legataris verkochte zaken, zoals het voorwaardelijk afstandslegaat.

De werkwijze van de legaten is per toepassingsgebied beschreven, alsmede zijn de legaten aan een nadere fiscaalrechtelijke analyse onderworpen, waarbij met name de vraag centraal stond of en in hoeverre art. 30 SW en de fictiebepalingen art. 10 SW en art. 11 lid 2 SW van toepassing zijn en of dat op een

verdedigbare wijze geschiedt en of aanpassing van de wetgeving wenselijk is.

8.7.1 Het keuzelegaat (tegen inbreng) en het legaat ter bepaling van de rente

Het eerste toepassingsgebied van legaten dat ik heb behandeld betrof de legaten die de legataris de mogelijkheid bieden te kiezen welke goederen hij gelegateerd wenst te krijgen (zie par. 7.2). Hiertoe behoren de keuzelegaten van tot de nalatenschap behorende goederen al dan niet tegen inbreng van de waarde van het gelegateerde (gecombineerd met het vruchtgebruiklegaat). Geconstateerd werd onder meer dat bij de combinatie van een keuzelegaat en een vruchtgebruiklegaat aan de toepassing van art. 30 SW[60] kan worden toegekomen indien een legataris het vruchtgebruiklegaat niet geheel aanvaardt nadat hij eerst het keuzelegaat niet (volledig) heeft uitgeoefend. Hierbij zij echter opgemerkt dat bij een keuzemogelijkheid ten behoeve van de echtgenoot op grond van art. 30 SW – als dat artikel van toepassing zou zijn – zelden erfbelasting geheven zal worden omdat de echtgenoot van de erflater over een grote vrijstelling voor de erfbelasting beschikt. Indien er enkel een keuzelegaat is opgenomen (zonder vruchtgebruiklegaat), dan ontkomt men mijns inziens niet aan de werking van art. 30 SW bij het niet (geheel) aanvaarden van het keuzelegaat.

Tevens heb ik binnen dit toepassingsgebied van het legaat het voorwaardelijk vruchtgebruiklegaat dat als doel heeft om per saldo de rente over een erfrechtelijke niet-opeisbare vordering te kunnen bepalen (de zogenoemde handmatige ventieltechniek) geanalyseerd. Onder het oude recht bestond behoefte aan de creatieve vondst van de handmatige ventieltechniek als noodvoorziening omdat onduidelijkheid bestond over de vraag bij welke renteovereenkomsten gebruik gemaakt kon worden van de in art. 1 lid 2 en lid 5 (oud) SW opgenomen 'wettelijke ventieltechniek'.[61] De noodzaak van het opnemen van een handmatige ventielclausule in een testament is sinds het per 1 januari 2010 gewijzigde art. 1 lid 3 SW aanzienlijk afgenomen. Vanuit het oogpunt van eenvoud van in een testament opgenomen clausules, zou ik de adviespraktijk willen meegeven om de handmatige ventielclausules slechts op te nemen in die gevallen dat nog enige twijfels bestaan over de vraag of een rentevaststelling onder art. 1 lid 3 SW valt. Een dergelijk geval zou zich bij een vordering krachtens de quasi-wettelijke verdeling kunnen voordoen. Daarnaast kan de handmatige ventielclausule een rol spelen in een situatie waarbij verwacht

60 Op grond van art. 30 lid 1 SW ondergaat het bedrag van de belastingen geen vermindering ten gevolge van verwerping of van afstand van rechten.

61 De handmatige ventielclausule is ontworpen door het trio Schols-Burgerhart-Schols; zie o.a. EstateTip Review 2006-3.

wordt dat de aangiftetermijn te kort is om (per saldo) een rente vast te stellen, zodat men de mogelijkheid tracht te creëren om ook na de aangiftetermijn de rente (per saldo) nog vast te kunnen stellen. Indien men echter van oordeel is dat de handmatige ventielclausule – als samenstel van rechtshandelingen – een vaststelling van een rente oplevert, welke vaststelling voor de Successiewet alleen binnen de aangiftetermijn wordt beheerst door art. 1 lid 3 SW,[62] zal de rente ook bij de handmatige ventielclausule binnen de aangiftetermijn moeten zijn vastgesteld om heffing van schenkbelasting te voorkomen. Men dient naar mijn mening bij toepassing van de handmatige ventieltechniek rekening te houden met het risico dat de rentecomponent van de vordering van het kind (na verwerping door de echtgenoot van het vruchtgebruiklegaat) ingevolge art. 10 SW belast zou kunnen worden, zoals ik in par. 7.2.2.8 heb beschreven. Civielrechtelijk bezien, meen ik dat de handmatige ventielclausule zowel kan worden toegepast (na de aangiftetermijn) ten aanzien van niet-opeisbare vorderingen uit hoofde van een wettelijke verdeling en uit hoofde van een quasi-wettelijke verdeling als ten aanzien van een inbrengvordering bij een keuzelegaat tegen inbreng. Bedacht dient hierbij te worden dat voor een goede werking van de handmatige ventielclausule de medewerking (en in sommige gevallen: zuivere aanvaarding) van de schuldeiser (veelal het kind) noodzakelijk is om te bewerkstelligen dat daadwerkelijk het vruchtgebruik van de vordering gevestigd wordt.[63]

8.7.2 Legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen

Het tweede toepassingsgebied van legaten dat ik heb onderscheiden (zie par. 7.3) zijn de legaten die een optimale (successierechtelijke) spreiding tussen de verkrijgers dienen te bewerkstelligen zodat er optimaal gebruik wordt gemaakt van vrijstellingen en van de eerste tariefgroep (de zogeheten vrijstellings- en tariefsoptimalisatie). Te denken valt aan zogenoemde (tweetraps)afvullegaten, legaten (aan bijvoorbeeld een kleinkind) ter grootte van een vrijstelling en de tweetrapslegaten ten behoeve van de kinderen gecombineerd met het enig erfgenaamschap van de langstlevende. Bij de laatste situatie wordt beoogd dat na het eerste overlijden (nog) geen heffing van erfbelasting plaatsvindt en bij overlijden van de langstlevende alsnog gespreid (uit twee nalatenschappen) door de kinderen verkregen wordt.

---

62 De wet bepaalt in art. 1 lid 3 SW dat: '*De verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding op grond van: a. (…), of b. (…) , wordt voor de toepassing van de wet geacht alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen.*' (onderstreping, GGBB)

63 Vgl. Van Es 2009a, p. 24.

Er is (terecht) geen reden om dergelijke legaten met fictiebepalingen (bij het tweede overlijden) te bestrijden. Immers gaat het bij dergelijke legaten niet om een verkleining van een toekomstige nalatenschap maar om het bieden van een mogelijkheid om bij het eerste overlijden de heffing van erfbelasting te beperken middels een optimale spreiding van de verkrijgingen en leiden dergelijke legaten tot een hogere heffing van erfbelasting bij het tweede overlijden

Bij het opvullegaat en het afvullegaat (door mij allebei aangeduid als het aanvullend legaat) staat het optimale gebruik van de partnervrijstelling voorop. Bij het afvullegaat wordt ook getracht om met het legaat (ten laste van de kinderen) een optimale successierechtelijke spreiding tussen de verkrijgers (lees: de langstlevende echtgenoot en de kinderen) te bewerkstelligen. Het in de literatuur gesignaleerde probleem dat het kind na zuivere aanvaarding (zonder testamentaire verminderingsregeling van het legaat) wellicht het aanvullend legaat uit eigen zak dient te voldoen (bijvoorbeeld indien het saldo van de nalatenschap kleiner is dan de vrijstelling van de langstlevende), speelt naar mijn mening niet bij werking van de wettelijke verdeling (waarbij het legaat overigens slechts waardetechnisch effect zal sorteren).[64] Indien de ten laste van het kind komende schulden van de nalatenschap erin resulteren dat het erfdeel van het kind per saldo negatief zou zijn, wordt de met het erfdeel overeenkomende vordering van het kind uit hoofde van de wettelijke verdeling op nihil gesteld. Slechts de echtgenoot is (na zuivere aanvaarding) draagplichtig voor het geval dat de schulden van de nalatenschap de baten overtreffen (art. 4:14 lid 4 BW).

Indien het aanvullend legaat wordt toegepast bij de quasi-wettelijke verdeling, is het raadzaam om in het testament te bepalen dat het legaat, indien dit niet uit de erfdelen voldaan kan worden van degenen op wie het legaat rusten, wordt verminderd tot de waarde van de erfdelen zodat ook geen aansprakelijkheid met het gehele vermogen resteert voor de erfgenamen die zuiver aanvaard hebben (vgl. 4:120 lid 2 en lid 5 BW).[65] Een dergelijk beschermend mechanisme wordt ook bereikt indien bepaald wordt dat het aanvullend legaat enkel verrekend mag worden met (en tot de hoogte van) de vordering die door gebruikmaking van de quasi-wettelijke verdeling is ontstaan of met de inbrengvordering die door uitoefening van het keuzelegaat tegen inbreng is ontstaan. Er is in zo'n geval geen beneficiaire aanvaarding nodig.

64 Zie Baard & Martens 2007b, p. 11. Zie ook Compendium Estate Planning 2014, p. 278.
65 Zie ook Baard & Martens 2007b, p. 11.

8.7.3 Legaten die bewerkstelligen dat een toekomstige (andere) nalatenschap wordt verkleind

In par. 7.4 zijn enkele legaten besproken die kunnen bewerkstelligen dat het toekomstig vererfbare vermogen van een ander wordt verkleind zonder dat deze persoon daar tijdens zijn leven hinder van ondervindt. Ik onderscheid hierbij twee soorten legaten:

1. Legaten op grond waarvan de bloot eigendom van niet tot de nalatenschap behorende goederen wordt ingebracht (te denken valt aan de inbrengverplichting in het kader van het turbotestament).
2. Legaten met een 'hefboomwerking' door een waardesprong van contante naar nominale waarde (te denken valt aan de niet-opeisbare vordering van een kleinkind in het kader van een ik-opa-testament).

Eveneens is in dit verband aandacht besteed aan het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde, welke waarde schuldiggebleven mag worden.

8.7.3.1 Het turbotestament

Een turbotestament (ook wel aangeduid als een 'vruchtgebruik-tegen-inbreng-blote-eigendom-testament')[66] is een variant op een vruchtgebruiktestament waarbij het vruchtgebruik van de nalatenschap wordt gelegateerd aan de langstlevende echtgenoot onder de 'last' om de bloot eigendom van zijn eigen vermogen in de nalatenschap in te brengen. De kinderen worden tot erfgenaam benoemd en verkrijgen de bloot eigendom van zowel de nalatenschap als dat van het vermogen van de langstlevende echtgenoot. Als de langstlevende overlijdt, eindigt het vruchtgebruik en wast de bloot eigendom van het gehele vermogen (waaronder het ingebrachte vermogen van de langstlevende) bij de kinderen aan tot volle eigendom. De bedoeling van het turbotestament was dan ook dat bij het overlijden van de langstlevende geen heffing van erfbelasting zal plaatsvinden omdat er geen te belasten vermogen van de langstlevende is nu er niets meer vererft (van de oorspronkelijke huwelijksgoederengemeenschap). De Hoge Raad heeft echter duidelijk gemaakt dat het aandeel dat ten gevolge van een turbotestament ten laste van de langstlevende door de kinderen wordt verkregen, bij het overlijden van de langstlevende aangemerkt kan worden als een fictieve erfrechtelijke verkrijging in de zin van art. 10 lid 1 SW.[67] In het (onder het voor 1 januari 2003 geldende erfrecht opgemaakte) turbotestament dat onderdeel was van het geschil werd weliswaar gesproken van een 'last' maar dat staat er niet aan in de weg dat onder het huidig recht in wezen sprake is van een legaat van andermans goed.

---

66 Sonneveldt & Stollenwerck 2010, p. 165.
67 HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.

Ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009 over het turbotestament dient men naar mijn mening onder rechtshandeling in de zin van art. 10 SW (waarbij men partij is) niet alleen de door de Hoge Raad genoemde 'aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last'[68] maar ook de uitvoering van een legaat te scharen (levering ten titel van legaat). Hoewel de aanvaarding van een legaat niet per definitie een rechtshandeling impliceert aangezien ingevolge art. 4:201 BW aanvaarding van een legaat niet nodig is, zal er wel altijd een uitvoeringshandeling dienen plaats te vinden aangezien het legaat geen goederenrechtelijk effect sorteert. Met betrekking tot de uitvoering van het turbotestament betekent dit mijns inziens dat de langstlevende rechtshandelingen in de zin van art. 10 lid 1 SW verricht waarbij hij partij is indien:

- de langstlevende daadwerkelijk het vruchtgebruiklegaat aanvaardt; en/of
- de langstlevende meewerkt aan de vestiging van het vruchtgebruik ter uitvoering van het vruchtgebruiklegaat ten behoeve van de langstlevende; en/of
- de langstlevende zijn eigen vermogen onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik overdraagt aan de erfgenamen.

De fictiebepaling van art. 10 SW wordt – gezien haar doel en strekking – naar mijn mening terecht toegepast op een turbotestament. Voorkomen wordt aldus hetgeen art. 10 SW beoogt te voorkomen, namelijk dat bij het tweede overlijden geen heffing van erfbelasting kan plaatsvinden omdat de langstlevende als toekomstig erflater zijn te vererven eigendomsrechten heeft omgezet in niet-vererven genotsrechten. Het is naar mijn mening gerechtvaardigd dat bij een turbotestament geen verrekening ex art. 7 SW met eerder geheven erfbelasting (over de door de kinderen verkregen bloot eigendom) plaatsvindt zodat het gehele vermogen van beide ouders in de heffing van erfbelasting kan worden betrokken. De kinderen hebben uiteindelijk de volle eigendom van dit gehele vermogen zodat vanuit dat perspectief geen sprake hoeft te zijn van een 'overkill', ook al wordt de van de langstlevende verkregen bloot eigendom tweemaal in de heffing betrokken. Wel meen ik dat er wetssystematische redenen zijn om een regeling op te nemen in het geval meer vermogen in de heffing wordt betrokken dan het gehele vermogen van beide ouders.[69] Ik heb voorgesteld dat met een dergelijk geval rekening dient te worden gehouden in het kader van de in aanmerking te nemen fictieve verkrijging.[70] Ik heb geconstateerd dat zo'n geval aan de orde is indien bij degene die inbrengt sprake is van een negatieve verkrijging. Omdat turbotestamenten na het arrest van de Hoge Raad niet meer om fiscaalrechtelijke redenen gemaakt zullen worden, lijkt het belang om een specifieke regeling ter voorko-

68 Zie r.o. 3.3.1 van HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224.
69 Vgl. onderdeel 7 van de Conclusie A-G Van Ballegooijen, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455.
70 Zie lid 2 van het door mij geformuleerde art. 10a SW.

ming van 'overkill' van heffing van erfbelasting voor een dergelijke constructie in de wet op te nemen voor de huidige praktijk van geen of gering belang. Bedacht moet echter worden dat het niet is uitgesloten dat civielrechtelijk geldige 'turbolegaten' ook in de toekomst in de erfrechtelijke praktijk een rol kunnen spelen. F.W.J.M. Schols betoogde bijvoorbeeld dat men er goed aan zou doen de 'turbo-legaten' niet enkel in een fiscaal perspectief te plaatsen.[71] Volgens Schols kunnen er vanuit het civiele recht redenen bestaan om met dergelijke legaten te trachten een indirecte erfrechtelijke verkrijging te bewerkstelligen ondanks het feit dat uiterste wilsbeschikkingen eenzijdig te herroepen zijn. Men denke aan situaties die neerkomen op de wens van A om B te begunstigen, maar eigenlijk alleen dan als B in zijn testament C begunstigt.[72] Schols verstaat onder turbo-achtige testamenten uiterste wilsbeschikkingen op grond waarvan een erfgenaam of legataris verplicht wordt eigen vermogen in de nalatenschap in te brengen.[73] Door deze verplichting op te leggen kan de erflater de verkrijger per saldo erfrechtelijk sturen, bijvoorbeeld door – naast een tweetrapserfstelling – een legaat op te nemen waarbij de bezwaarde ten behoeve van de verwachter ook eigen vermogen inbrengt.[74]

8.7.3.2 Het ik-opa-testament

De rol van het 'klassieke' ik-opa-testament met een echte testamentaire last lijkt in de huidige estate planningspraktijk te zijn uitgespeeld. Niet alleen de wijzigingen in de Successiewet maar ook de uitspraak van de Hoge Raad van 19 juni 2009 over het turbotestament hebben hieraan bijgedragen. In plaats van extreme belastingbesparing, leidt een 'klassiek' ik-opa-testament tot dubbele belastingheffing aangezien bij het overlijden van het kind op grond van art. 10 lid 1 SW over de gehele nominale waarde van de vordering wordt geheven ten laste van het kleinkind terwijl het kleinkind bij het overlijden van opa ook al erfbelasting heeft betaald over de contante waarde van de vordering. Van een uitholling van de toekomstige nalatenschap van het kind is echter geen sprake indien het kind van erflater (opa) tegenover de ingevolge het testament van erflater schuldigerkende bedragen aan zijn kind (kleinkind) volle eigendom van erflater heeft verkregen.

Indien niet wordt gewerkt met een testamentaire last maar met een uitgesteld legaat aan het kleinkind, opeisbaar bij het overlijden van het kind, zal onder de gewijzigde Successiewet nu ook geheven kunnen worden op grond van art. 10 lid 9 SW, echter alleen voor zover de nominale waarde van de vordering

71 F.W.J.M. Schols 2007.
72 F.W.J.M. Schols 2007, p. 2-6.
73 F.W.J.M. Schols 2007, p. 2.
74 F.W.J.M. Schols 2007, p. 5 en Estate Planning, nr. 15.7.04.

van het kleinkind de waarde van de verkrijging door het kind van hetgeen hij krachtens erfrecht van opa heeft verkregen, te boven gaat.

Afhankelijk van het antwoord op de vraag of voor een lastbevoordeling (zonder vorderingsrecht, bijvoorbeeld omdat er nog geen kleinkinderen zijn ten tijde van het overlijden van opa) dan wel voor een uitgesteld legaat gekozen wordt, verschilt de heffing van de erfbelasting. Hoewel geconstateerd kan worden dat de staatssecretaris met de wetswijziging erin geslaagd is (ik-opa-) legaten met een 'hefboomwerking'[75] indien en voor zover die bewerkstelligen dat een toekomstige nalatenschap wordt uitgehold te bestrijden, is hij doorgeschoten door economisch gelijke gevallen ongelijk te behandelen. Een gelijke behandeling kan bereikt worden door bij de 'klassieke' ik-opa-variant met een testamentaire last ook slechts dat deel te belasten dat het kind door de uitvoering van de last uit eigen vermogen omzet in genotsrechten zoals via art. 10 lid 9 SW bij legaten wordt bewerkstelligd. Overigens dient bedacht te worden dat een 'last' veelal gekwalificeerd kan worden als een legaat. Het is de vraag of een dergelijke ongelijke behandeling wel redelijk is en stand houdt in het licht van het gelijkheidsbeginsel.[76] Het lijkt mij wenselijk dat, zeker indien vanuit de rechtspraak geen corrigerende werking zou blijken plaats te vinden, een wetswijziging plaatsvindt op grond waarvan duidelijk wordt dat de situaties waarin gewerkt wordt met een ik-opa-last en een ik-opa-legaat gelijk behandeld worden.

Men kan ook betogen dat het huidige art. 10 SW reeds grondslag biedt om de ik-opa-last en het ik-opa-legaat op een per saldo gelijke wijze in de heffing te betrekken. Schoenmaker is bijvoorbeeld op grond van de parlementaire geschiedenis (alsmede de ratio van art. 10 SW) van oordeel dat 'ten koste van het vermogen van de erflater' in art. 10 lid 1 SW als een saldobegrip gehanteerd moet worden, dat wil zeggen dat materieel bezien sprake moet zijn van een verkleining van het vermogen van degene die de rechtshandeling verricht.[77] Evenals bij art. 10 lid 9 SW zou in deze 'economische visie' heffing ingevolge art. 10 SW alleen aan de orde komen indien en voor zover de niet-opeisbare testamentaire (ik-opa) schulden groter zijn dan de volle eigendom die de desbetreffende schuldenaar (kind) uit de nalatenschap van de desbetreffende testateur (opa) heeft verkregen.[78] Hoewel ik mij kan vinden in de door Schoenmaker gehanteerde 'economische visie' van 'ten koste van het vermogen' als uitgangspunt voor toepassing van art. 10 SW, meen ik dat deze

75 Zijnde de belastingvrije aangroei van contante naar nominale waarde van de vordering, zie Compendium Estate Planning 2014, p. 15.
76 Zie het verdragsrechtelijke gelijkheidsbeginsel/verbod op discriminatie zoals neergelegd in art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR.
77 Schoenmaker 2009.
78 Schoenmaker 2013, par. 4.

'economische visie' thans geen geldend recht is. De huidige rechtsgrond voor toepassing van art. 10 SW lijkt immers enkel te zijn of er eigendomsrechten worden omgezet in genotrechten, ongeacht of een verkleining van het vermogen van degene die de rechtshandeling verricht optreedt.[79] Dit laat onverlet dat ik de 'economische visie' als uitgangspunt heb genomen voor een nieuw geformuleerd art. 10a SW (zie par. 7.6 en hierna in par. 8.7.4).

8.7.3.3 Het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde

In par. 7.4 over legaten die bewerkstelligen dat een toekomstige nalatenschap wordt verkleind, is ook aandacht besteed aan het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde (welke waarde mag worden schuldiggebleven). Het aanvaarden van een dergelijk door erflater (X) gemaakt legaat bewerkstelligt dat legataris (Y) het vruchtgebruik verkrijgt van het gelegateerde (hetgeen dus niet tot de nalatenschap van Y behoort), alsmede de verplichting op Y rust om de waarde van het vruchtgebruik in te brengen in de nalatenschap van X. Y zal dus slechts in de heffing kunnen worden betrokken voor zover de waarde van zijn (vruchtgebruik)verkrijging de verplichting om schuldig te erkennen overtreft. De erfgenamen van X zullen een inbrengvordering verkrijgen op legataris Y. Ervan uitgaande dat deze vordering pas opeisbaar is bij het overlijden van legataris Y, verkleint deze inbrengverplichting hetgeen Y bij zijn overlijden krachtens erfrecht zal nalaten.[80] De wetgever heeft in verband hiermee een regeling getroffen. Anders dan bij een inbrengvordering die ontstaat bij een legaat van volle eigendom tegen inbreng van een geldsom, valt het genot van de inbrengvordering welke inbreng betrekking heeft op de verkrijging van een vruchtgebruik niet onder de uitzondering van art. 10 lid 6 SW (zie de tweede volzin van dat artikel). De inbrengvordering in het kader van een vruchtgebruiklegaat wordt dus ingevolge art. 10 lid 1 SW belast. Van Vijfeijken constateert echter dat het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde onder de huidige wettekst van art. 10 SW tot dubbele heffing leidt.[81] Volgens Van Vijfeijken wordt niet alleen de legaat-tegen-inbrengvordering belast ingevolge art. 10 lid 1 SW, maar vallen ook de goederen waarvan de legataris het vruchtgebruik heeft verkregen onder de heffing. Het vruchtgebruik van deze goederen heeft de legataris immers 'ten laste van zijn vermogen' verworven nu de legataris de waarde van het vruchtgebruik dient in te brengen.[82] De wetgever heeft in het kader van een vraag over een mogelijke samenloop tussen art. 10 lid 1 en lid 6 aangegeven dat het toepassen van ficties

79 Vgl. de brief van de staatssecretaris aan de KNB van 28 oktober 2009, DB/2009/618 U, p. 2, als bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 31 390, nr. 86.

80 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2.

81 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2, Van Vijfeijken 2013a, p. 143-145 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2.

82 Van Vijfeijken 2010a, par. 2.10.2, Van Vijfeijken 2013a, p. 144 en CB S&E 2014-2015, nr. 5.5.0.G.b2.

niet kan leiden tot dubbele heffing, ook al leidt naar de letter van de wet iets tweemaal tot een fictieve verkrijging.[83] Indien een van de twee heffingen dient terug te treden, verdient het mijns inziens de voorkeur als enkel de inbrengvordering waarvan de legataris het genot heeft gehad (welke vordering ten gevolge van het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng is ontstaan) als fictieve verkrijging wordt aangemerkt. Het is immers de inbrengvordering die de toekomstige nalatenschap uitholt en niet zozeer het goed waarvan de legataris nooit meer dan het vruchtgebruik heeft gehad. Door de inbrengvordering als fictieve verkrijging te belasten is de heffing sluitend bezien vanuit het perspectief dat de vermogens van X en Y in de heffing van erfbelasting zullen worden betrokken.

8.7.3.4 Legaten die betrekking hebben op reeds tijdens het leven aan de legataris verkochte zaken

Indien een (onroerend) goed is verkocht en de levering is uitgesteld tot het overlijden van de verkoper en het goed eveneens aan de koper is gelegateerd (tegen inbreng van de koopsom), heeft de koper op het moment van overlijden van de erflater/verkoper twee vorderingsrechten tot overdracht van het gekochte goed: één ten titel van koop en één ten titel van legaat. Uitvoering van de koop van een onroerend goed leidt tot het verschuldigd zijn van overdrachtsbelasting en – indien de verkrijger behoort tot de in art. 11 lid 5 SW genoemde verwanten – erfbelasting wegens een fictieve erfrechtelijke verkrijging op grond van art. 11 lid 2 SW.[84] Uitvoering van het legaat leidt tot de heffing van erfbelasting en niet tot heffing van overdrachtsbelasting omdat sprake is van een voor de overdrachtsbelasting vrijgestelde verkrijging krachtens erfrecht (art. 3 lid 1 sub a WBR). Reeds in 1987 maakte de Hoge Raad duidelijk dat als de koper/legataris het goed ten titel van legaat laat overdragen, het uit de koopovereenkomst voortvloeiende recht tot overdracht teniet ging. Dit gevolg treedt volgens de Hoge Raad van rechtswege in door de overdracht ter uitvoering van het legaat.[85] De bovenstaande fiscale uitkomsten bij de verkrijging van een goed (waarvan de levering is uitgesteld tot overlijden) krachtens legaat of krachtens koop zijn bevredigend. Het maakt immers voor de heffing van de erfbelasting niet uit of het goed krachtens het ene vorderingsrecht (koop) of krachtens het andere (legaat) wordt verkregen indien bij het overlijden van de verkoper art. 11 lid 2 jo. lid 5 SW van toepassing is.

Indien tijdens leven van de erflater – anders dan bij de bovenstaande 'kale koop' – de rechten en verplichtingen ten aanzien van de verkochte (onroerende) zaak reeds zijn overgegaan, zal de economisch eigenaar bij de economisch

83 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 390, D, p. 14.
84 Verminderd met de in aanmerking te nemen overdrachtsbelasting; art. 7 lid 2 SW.
85 HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/150, r.o. 4.2.

eigendomsoverdracht voor deze verkrijging een koopsom (en overdrachtsbelasting) hebben betaald, dan wel zal sprake zijn geweest van heffing van schenkbelasting. Indien de juridische eigendom eveneens aan de economisch eigenaar gelegateerd wordt, en bij overlijden van de juridisch eigenaar de juridische eigendom geleverd wordt krachtens legaat aan de economisch eigenaar is er volgens Van Vijfeijken geen noodzaak om de waarde van de juridische eigendom volledig in de heffing van de erfbelasting te betrekken: immers het vermogen van de economisch eigenaar neemt niet toe en dat van de nalatenschap door de uitvoering van het legaat niet af.[86] In economische zin ben ik het met Van Vijfeijken eens. Er lijkt weinig noodzaak te bestaan om erfbelasting te heffen indien de juridische eigendom verkregen wordt nadat een economische eigendomsoverdracht reeds heeft plaatsgevonden. Daarom meen ik ook dat art. 11 lid 2 SW bij overlijden van de verkoper niet (kan of) dient te worden toegepast indien tijdens leven van de verkoper reeds de economische eigendom is geleverd en bij overlijden van de verkoper ter uitvoering van de koop slechts nog de juridische levering plaatsvindt, omdat de voor die fictiebepaling relevante levering reeds tijdens leven heeft plaatsgevonden (zie par. 7.5.1.3). Desalniettemin meen ik dat de huidige wettekst, alsmede de rechtspraak, geen grond bieden om bij de heffing van erfbelasting over de verkrijging *krachtens legaat* van de juridische eigendom van een goed rekening te houden met de tijdens leven van de erflater reeds verkregen economische eigendom. Alles overwegende ben ik tot de conclusie gekomen dat de oplossing om de economisch eigenaar/legataris niet 'over te belasten' erin gelegen is om een met art. 9 lid 4 WBR vergelijkbaar heffingsvoorschrift in de Successiewet op te nemen. Dit voorschrift heeft als doel in het kader van de heffing van erfbelasting en een voorafgaande economische eigendomsoverdracht (als bedoeld in art. 2 lid 2 WBR) slechts de waarde in aanmerking te nemen waarover niet reeds schenkbelasting of overdrachtsbelasting is geheven.[87] Men zou echter kunnen betogen dat geen behoefte aan een regel bestaat op grond waarvan rekening gehouden dient te worden met de eerdere economische eigendomsoverdracht omdat er een mogelijkheid bestaat waardoor de erflater kan bewerkstelligen dat de legataris/economisch eigenaar

86 Zie de noot van Van Vijfeijken, onderdeel 2, bij HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310.

87 Hierbij kan men ter inspiratie ook denken aan de huidige regeling van art. 24 lid 2 SW. Men zou een regeling kunnen treffen op grond waarvan de bij de economische eigendomsoverdracht verschuldigde overdrachtsbelasting/schenkbelasting die betaald is over het bedrag waarover erfbelasting verschuldigd is, in mindering strekt van de erfbelasting. Echter zal men ook een voorziening moeten treffen indien de economische eigendomsoverdracht geen verband houdt met de onder de heffing van de overdrachtsbelasting vallende onroerende zaak(lichamen). Wellicht kan men met het oog op verkrijgingen van de economische eigendom van niet onder de heffing van overdrachtsbelasting vallende goederen (die eveneens krachtens legaat worden verkregen) bepalen dat de erfrechtelijke verkrijger de waarde van hetgeen hij bij de economische eigendomsoverdracht heeft opgeofferd (de betaalde koopsom) in mindering op zijn erfrechtelijke verkrijging mag brengen (vgl. art. 7 lid 1 SW).

de juridische eigendom verkrijgt zonder nadere heffing van erfbelasting of overdrachtsbelasting, te weten: het voorwaardelijk afstandslegaat. B.M.E.M. Schols betoogt naar aanleiding van HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 dat het voorwaardelijk afstandslegaat zelfs werkt voor een kale koop met uitgestelde levering en het voorwaardelijk afstandslegaat bovendien niet leidt tot toepassing van art. 11 lid 2 SW.[88]

In het arrest over het zogenoemde voorwaardelijk afstandslegaat (*BNB* 2007/310) had reeds een economische eigendomsoverdracht van enkele onroerende zaken plaatsgevonden. Deze onroerende zaken waren eveneens aan de koper gelegateerd onder de voorwaarde dat afstand wordt gedaan van het recht op juridische levering. In afwijking van de *BNB* 1987/150-casus (die enkel een koop met uitgestelde levering betrof) waar ten gunste van de koper/legataris twee vorderingsrechten tot overdracht van het onroerend goed bestonden, konden door het voorwaardelijk legaat volgens de Hoge Raad op geen enkel tijdstip twee rechten op levering naast elkaar bestaan. De Hoge Raad verbindt daar de volgende conclusies aan: '*Dientengevolge geldt in de onderhavige zaak niet wat is overwogen in onderdeel 4.2 van BNB 1987/150, te weten dat het uit de koop voortvloeiende recht op levering van rechtswege tenietging door de overdracht ter uitvoering van het legaat. In de onderhavige zaak is het uit de koop voortvloeiende recht op levering tenietgegaan door afstand daarvan door belanghebbende, die (krachtens de aan het legaat verbonden voorwaarde) voorafging aan het ontstaan van het recht op levering uit hoofde van het legaat.*'[89] De Hoge Raad gaat aansluitend in op de vraag of het recht op levering uit hoofde van de economische eigendomsoverdracht die door het doen van afstand door de legataris teniet is gegaan in deze zaak – anders dan *BNB* 1987/150 – wel in mindering kan worden gebracht. De Hoge Raad overweegt: '*Het omschreven verschil tussen de onderhavige zaak en de in BNB 1987/150 berechte brengt tevens mee dat in de onderhavige zaak (in afwijking van hetgeen is overwogen in onderdeel 4.3 van BNB 1987/150) wél tegenover de waarde van de gelegateerde onroerende zaken een verplichting van belanghebbende jegens de boedel stond, namelijk de verplichting tot voorafgaande afstand van het uit de koop voortvloeiende recht op levering.*'[90]

Ik meen dat de rechtsregel van *BNB* 2007/310 ook kan worden toegepast in het geval onroerende zaken aan de koper gelegateerd zouden zijn onder de voorwaarde dat afstand wordt gedaan van het recht op juridische levering uit hoofde van een 'kale' koopovereenkomst. Het behoeft geen betoog dat deze uitkomst bij de 'papieren operatie' van de kale koop (waarbij de betaling van de koopsom is uitgesteld tot het overlijden van de verkoper) onwenselijk is. Wellicht kan men aan deze onwenselijke uitkomst ontkomen indien men in

88 B.M.E.M. Schols 2014a.
89 HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.3.
90 HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310, r.o. 3.4.

het kader van het voorwaardelijk afstandslegaat bepleit dat de waarde van het recht waarvan afstand wordt gedaan (ook in de casus van het arrest) eigenlijk op nul gesteld had dienen te worden, ongeacht of sprake is van een voorafgaande economische eigendomsoverdracht of slechts een kale koop met uitgestelde levering. Weliswaar bestaan er niet twee vorderingsrechten op hetzelfde moment ten gevolge van het voorwaardelijk afstandslegaat, maar overeind blijft dat – gezien *BNB* 1987/150 – deze rechten ook nooit naast elkaar kunnen bestaan. Men kan immers niet krachtens koop én krachtens legaat hetzelfde goed verkrijgen. Maar zelfs indien deze redenering navolging zou krijgen, zou er bij het voorwaardelijk afstandslegaat en de voorafgegane economische eigendomsoverdracht een onwenselijke uitkomst resteren omdat het juist bevredigend is – zoals in *BNB* 2007/310 via een omweg geschiedde – dat voor de heffing van erfbelasting wel rekening gehouden zou worden met de reeds verkregen economische eigendom. Anders dan bij een kale koop is bij een economische eigendomsoverdracht geen sprake van een 'papieren operatie'. De oplossing om in het geval van een economisch eigenaar niet een 'overbelasting' te bewerkstelligen nu er bij de verkrijging van juridische eigendom geen reden meer is om over de volledige verkrijging te heffen, dient dan ook niet gevonden te worden in de rechtspraak van de Hoge Raad en de toepassing van de arresten. Mijns inziens is de wetgever aan zet om de economisch eigenaar tegemoet te komen door een regeling op te nemen waarbij de economisch eigenaar bij zijn verkrijging krachtens erfrecht van de juridische eigendom voor de heffing rekening mag houden met zijn eerder verkregen economische eigendom.

8.7.4 Conclusie het legaat als estate planningsinstrument en wenselijk recht

Het gegeven dat sinds het arrest van de Hoge Raad over het turbotestament zonder meer art. 10 SW kan worden toegepast in situaties waarin rechtshandelingen worden verricht ter uitvoering van een testament van een ander, door welke rechtshandelingen de toekomstig erflater eigendomsrechten omzet in genotsrechten, leidt mijns inziens zonder wetswijziging tot ongewenste gevolgen. Desalniettemin is het terecht dat ook in dergelijke gevallen art. 10 SW kan worden ingezet, mits daarmee een daadwerkelijke verkleining van de toekomstige nalatenschap in de heffing wordt gebracht van welke verkleining de toekomstig erflater in feite tijdens leven niets heeft gemerkt. Het enkel omzetten van eigendomsrechten in genotsrechten is hier echter niet voldoende voor omdat bij een omzetting niet per definitie sprake is van een verkleining van het vermogen (zoals bij een legaat van volle eigendom tegen inbreng van de waarde, welke inbreng kan worden schuldiggebleven, voor welk legaat thans een uitzondering is opgenomen in art. 10 lid 6 SW). Ook is geen sprake van een verkleining van een toekomstige nalatenschap als bij een ik-opa-last of een ik-opa-legaat tegenover de testamentaire schuldigerkenning of schuld uit

legaat aan het kleinkind van opa volle eigendom wordt verkregen door het kind.[91] Daarnaast zou het geen verschil moeten maken of de verkleining van het vermogen ten gevolge van een testament van een ander het resultaat is van een door een persoon verrichte rechtshandeling in de zin van art. 10 lid 1 SW of dat de verkleining ook zonder verrichte rechtshandeling wordt bewerkstelligd door het testament van de ander (vergelijk het onverklaarbare verschil in heffing bij een ik-opa-last – wel een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW – en het ik-opa-legaat – geen rechtshandeling in de zin van art. 10 SW). Tot slot dient ervoor gewaakt te worden dat toepassing van art. 10 SW leidt tot dubbele heffing. Van dubbele heffing is naar mijn mening geen sprake als uiteindelijk (na twee overlijdens) het totaal (en niet meer) van beide nalatenschappen (zonder rekening te houden met de verkleining) in de heffing van de erfbelasting kan worden betrokken (via art. 1 en 10 SW).

Om aan de bovenstaande huidige bezwaren een einde te maken, heb ik een nieuw artikel geformuleerd, te weten art. 10a SW. Op grond van deze specifieke fictiebepaling art. 10a SW zou – ongeacht of sprake is van het verrichten van een rechtshandeling – tot heffing overgegaan dienen te worden indien en voor zover ten gevolge van het testament van een ander het eigen vermogen, waarover in de toekomst erfbelasting wordt geheven, wordt verkleind zonder dat men dat tijdens leven merkt omdat men het genot van het vermogen heeft behouden. Deze lex specialis zou moeten functioneren naast het reeds bestaande art. 10 SW, aan welk laatstbedoeld artikel voor (rechts)handelingen ten gevolge van een testament of het erfrecht geen betekenis meer zou dienen toe te komen. Om tot de formulering van het artikel te komen – waaronder ook toekomstige (nog onbekende) toepassingen gebracht zouden dienen te worden – heb ik bezien welke (algemene) situaties tot gevolg hebben dat vermogen op bovenbedoelde wijze wordt verkleind. Indien men deze situaties analyseert komt men tot de conclusie dat een bovenstaande verkleining van het vermogen van de toekomstig erflater (Y) ten gevolge van een uiterste wil van een ander (X) speelt in de volgende gevallen:

1. Turbotestament-achtige situaties
Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X (de eerststervende) waarop ten behoeve van de toekomstig erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover het verkregene niet tot de nalatenschap behoort van degene die de uiterste wil heeft gemaakt (X). Te denken valt in dit kader aan het turbotestament.

2. Ik-opa-achtige situaties
Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X waarop ten behoeve van de toekomstige erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in

91 Vgl. Schoenmaker 2013, par. 4.

de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover de nominale waarde van de verkrijging in civielrechtelijke zin niet voldaan kan worden uit hetgeen de toekomstig erflater Y krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt (X). Te denken valt aan alle ik-opa-achtige figuren.

3. Vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde
Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X waarop ten behoeve van de toekomstig erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover het vruchtgebruik bestaat uit het vruchtgebruik van een geldsom dat is ontstaan doordat bij een legaat tegen inbreng van die geldsom aan Y, de inbreng op basis van een testamentaire bepaling schuldig is gebleven door Y en de inbreng direct of indirect verband houdt met de verkrijging door Y van een vruchtgebruik dat ten gevolge van het overlijden van Y teniet gaat. Gedoeld wordt hier op het vruchtgebruiklegaat tegen inbreng van de waarde, welke inbreng schuldig gebleven mag worden,[92] zodat het vermogen van de legataris (Y) met het overlijden wordt verkleind met de inbrengschuld, terwijl daartegenover geen vermogen staat dat (door Y) wordt nagelaten nu het vruchtgebruik teniet gaat door het overlijden (van Y).

4. Superturbotestament-achtige situaties
Al wat wordt verkregen ten gevolge van een uiterste wil van X waarop ten behoeve van de toekomstig erflater Y (of zijn partner) een vruchtgebruik (in de ruime zin van art. 18 SW) rust, voor zover de toekomstig erflater Y het daarop rustende vruchtgebruik – in samenhang bezien[93] – *ten laste* van zijn vermogen (dus onder bezwarende titel) heeft verworven. Te denken valt in dit kader aan het superturbotestament op grond waarvan de langstlevende (Y), die in gemeenschap van goederen met X getrouwd was, krachtens legaat het vruchtgebruik kan verkrijgen van de gehele op grond van een verblijvingsbeding aan de nalatenschap van de eerststervende (X) toegedeelde huwelijksgoederengemeenschap, zij het dat de langstlevende (Y) de overbedelingsschuld van de nalatenschap aan zichzelf voor zijn rekening moet nemen.

Om dubbele heffing te vermijden dient vervolgens wel bepaald te worden dat indien de uiterste wil (van X) bij de erflater (Y) heeft geleid tot een per saldo negatieve verkrijging, deze negatieve verkrijging (naar evenredigheid) in mindering komt op de in aanmerking te nemen fictieve verkrijging. Art. 10a SW zou gezien de bovenstaande bevindingen als volgt kunnen luiden, waarbij tot heffing (een fictieve verkrijging krachtens erfrecht) kan worden

92 Zie de uitzondering in art. 10 lid 6 SW.
93 Hiermee wordt in dit kader gedoeld op het resultaat van een complex van samenhangende (rechts)handelingen, zoals zich kan voordoen bij een zogenoemd 'superturbotestament'. Vgl. 'een samenstel van rechtshandelingen' in de zin van art. 10 lid 1 SW.

overgegaan bij het overlijden van Y (in art. 10a SW: de erflater) indien hij door een testament van X zijn vermogen waarover erfbelasting geheven kan worden zonder voelbare offers tijdens leven heeft verkleind:

Artikel 10a

1. *Hetgeen iemand ten gevolge van een uiterste wil van een ander verkrijgt waarop ten behoeve van de erflater of zijn partner een vruchtgebruik rust, wordt geacht krachtens erfrecht van de erflater (of zijn partner) te zijn verkregen voor de waarde en op het moment dat het vruchtgebruik eindigt:*
   a. *voor zover het verkregen bepaalde goed niet tot de nalatenschap behoorde van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt maar het bepaalde goed afkomstig is uit het vermogen van de erflater,*
   b. *voor zover de nominale waarde van de verkrijging ten laste van de erflater komt en deze waarde in civielrechtelijke zin niet voldaan kan worden uit hetgeen de erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt,*
   c. *voor zover het vruchtgebruik bestaat uit het 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 en de inbreng direct of indirect verband houdt met de verkrijging door de erflater van een vruchtgebruik dat ten gevolge van het overlijden van de erflater teniet gaat, of*
   d. *voor zover de erflater het daarop rustende vruchtgebruik in samenhang bezien ten laste van zijn vermogen heeft verworven. Hieronder wordt niet de verkrijging door de erflater van het onder c. met de inbreng verband houdende vruchtgebruik verstaan.*
2. *Voor zover de in het eerste lid bedoelde in aanmerking te nemen verkrijging heeft geleid tot een per saldo negatieve verkrijging bij de erflater van hetgeen hij krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt, komt deze negatieve verkrijging (naar evenredigheid van de verkrijgingen) in mindering van de op grond van het eerste lid in aanmerking te nemen verkrijging.*

8.8 SLOTSOM

Fiscaal ingegeven toepassingen van het legaat brengen het civiele recht verder aangezien de civilist gedwongen wordt na te denken over civielrechtelijke vragen die enkel voor het civiele recht geen betekenis lijken te hebben. Te denken valt bijvoorbeeld aan de vraag of een legaat aan de langstlevende echtgenoot zich laat combineren met de wettelijke verdeling. Met dit onderzoek is dan ook getracht het civiele recht verder te brengen doordat op dergelijke fiscaal ingegeven vragen uitgebreid is ingegaan. Tevens is hiermee beoogd civielrechtelijk af te bakenen wanneer sprake is van een verkrijging krachtens legaat en van andere verkrijgingen krachtens erfrecht en wat de omvang van

dergelijke verkrijgingen krachtens erfrecht is. De erfrechtelijke verkrijging vormt de heffingsgrondslag om erfbelasting te kunnen heffen. In verband hiermee zijn aanbevelingen gedaan ter vereenvoudiging van de thans in de artikelen 1, 5 en 20 van de Successiewet opgenomen heffingsgrondslag. Voor zover civielrechtelijk geen verkrijging krachtens erfrecht geconstateerd kan worden, is onderzocht of de fiscale wetgever sommige verkrijgingen terecht onder de heffing van de erfbelasting brengt door de 'verkrijging' als een fictieve verkrijging krachtens erfrecht aan te merken. Met name is hierbij aandacht besteed aan – civielrechtelijke deugdelijke – toepassingen van legaten die bewerkstelligen dat een toekomstige nalatenschap wordt verkleind zonder dat de toekomstig erflater hier tijdens zijn leven hinder van heeft ondervonden. Indien hierdoor heffing van erfbelasting in de toekomst wordt ontgaan, is het terecht dat de wetgever daar met fictiebepalingen tegen optreedt, mits de wetgever (fictief) niet meer in de heffing betrekt dan waarmee de toekomstige nalatenschap is verkleind. De huidige wetgeving schiet op dit laatste punt echter tekort zodat in dit onderzoek aan de wetgever een aanbeveling is gedaan om een nieuwe fictiebepaling (art. 10a SW) in de Successiewet op te nemen. Het is mijns inziens immers niet aan de wetgever om bij een civielrechtelijk deugdelijk testament (doelbewust) een 'overkill' aan erfbelasting in stand te laten.

Summary and conclusion

Specific legacies, interaction between civil law and tax law

Introduction

Specific legacies are an important and commonly used form of testamentary disposition. It is of great importance that a testamentary disposition – such as a specific legacy – is valid and has the effect intended by the testator. It should be borne in mind that unlike legal acts among the living, testamentary dispositions, which are only operative after death, cannot be altered. In this light clarity is desirable regarding the limitations civil law imposes on what a specific legacy may provide for. In many cases they serve a purpose purely civil-law in nature (ensuring that a certain item of property or amount of money will accrue to a certain individual), but specific legacies can also be used to create all manner of tax-related structures. This study is an investigation into the question whether specific legacies still play a role of significance in state planning under the totally revised Inheritance Tax Act 1956 (Successiewet 1956) which came into force on 1 January 2010 and whether this is desirable. Since specific legacies with tax-related objectives always raise questions relating to the limitations of this form of testamentary disposition under civil law, a substantial part of this study is devoted to civil law.

The bill for the amendment of the Inheritance Tax Act 1956 – which came into force on 1 January 2010 – was inspired partly by the desire to crack down on certain legal devices aimed at reducing the amount of inheritance tax to be paid on death or at avoiding this tax altogether. In the Explanatory Memorandum accompanying the bill the State Secretary observed with concern that 'the idea has arisen that paying tax in relation to gifts or death is no longer a matter for the wealthy or very wealthy, but rather for the middle class' (House of Representatives, session year 2008-2009, 31930, no. 3, p. 2). Specific legacies play an important role either directly or indirectly in a large number of the legal devices the bill aims to eliminate. Article 117 of Book 4 of the Dutch Civil Code defines the specific legacy as follows: 'A specific legacy is a testamentary disposition by which a testator grants one or more persons a right of claim'. Since the concept of a 'right of claim' is indeterminate in the sense that the nature and scope of any claim can be highly variable, a specific

legacy is suited for setting up a very wide spectrum of arrangements. However, it should be borne in mind that under the former inheritance legislation – before 2003 – the concept of a specific legacy was more limited (see Articles 1004 and 1015 of the former Dutch Civil Code).

This study consists of a civil law section and a tax-law section. The objective of the first section is to map out the boundaries of the possibilities of specific legacies under civil law. However, the civil law issues involved usually proceed from tax-related practices. The second section is focused on the question what practical significance remains under the revised Inheritance Tax Act 1956 of various legal devices involving specific legacies that are used by tax consultants and civil law notaries (to reduce inheritance tax). This section has also used the findings of the civil law section regarding the possibilities of specific legacies to examine whether, in the light of the amended tax legislation, new, not yet (commonly) adopted uses can be devised for specific legacies. A related question is whether such uses are desirable in the context of the Inheritance Tax Act 1956, and if not, what measures can be taken against them through (tax) legislation.

The main focus of this study and therefore also of its civil law section (section I: 'Civil law aspects of specific legacies') is on the possible uses of specific legacies. However, in order to clarify the legal concept of the specific legacy, this section also examines how specific legacies operate and discusses several rules which apply to them.

The second section ('Specific legacies, interaction between civil law and the Inheritance Tax Act 1956') discusses tax-driven legacies and the tax law and civil law issues involved. In this context possible tensions between tax law and civil law also become apparent. Ultimately an assessment must be made of the current tax-related possibilities of legacies in view of the totally revised Inheritance Tax Act 1956. It is also discussed what new tax-related uses specific legacies could offer in the future and to what extent those uses are desirable.

Section I – 'Civil law aspects of specific legacies'

The specific legacy of another's items of property

The present regulations governing the uses of specific legacies are compared with the regulations under the legislation in force before 1 January 2003. One of the additional possibilities which now exist is that of bequeathing an item of property which does not belong to the testator's estate (Article 4:49 of the Dutch Civil Code). This additional possibility raises a series of relevant but difficult questions. It must follow from the will that the testator really did want property not belonging to the estate to be bequeathed. If this does not follow

from the will, the legacy is forfeit; therefore the legacy's phrasing is important. If the specific legacy of property not belonging to the estate is not forfeit, but the individual obliged to procure the property in question cannot do so or can do so only by making a disproportionately great sacrifice, the individual responsible must pay the value of the property in money to the legatee. The next question is what situation can be deemed to entail a 'disproportionately great sacrifice'.

It is my opinion that Article 4:49 of the Dutch Civil Code helps to prevent unfair outcomes. This provision contributes to striking an even balance in the process of determining whether the legacy of another's item of property is either valid or forfeit. while ensuring that the legacy's validity does not always lead to the conclusion that the bequeathed item of property will have to be delivered to the legatee. In paragraphs 5.2.5 and 5.2.6, I discuss a large variety of questions that arise regarding the operation of Article 4:49 of the Dutch Civil Code, in the event that the responsibility for settling the legacy of an item of property absent from the testator's estate falls on an heir who unconditionally or beneficially accepts the estate, or rejects it.

The specific legacy incumbent on the matrimonial community of property

It may also be the case that the bequeathed item of property is no longer part of the estate because, during the division of a matrimonial community of property prior to the division of the estate, it was assigned to the surviving spouse. In spite of the absence of the bequeathed item of property, the legacy is not forfeit by definition, because Article 4:51 of the Dutch Civil Code contains special provisions for a form of compensation. However, this compensation also applies if the will makes it clear that the testator wanted to bequeath this absent item of property. In this situation it seems that the heirs do not have the obligation arising from Article 4:49 (2) of the Dutch Civil Code to procure the bequeathed item of property (provided that doing so would not require a disproportionately great sacrifice). This also applies if the surviving spouse is at the same time the sole heir.

By extension, this raises the practically relevant question whether it may also suffice for a spouse married in community of property to pay the value of the bequeathed item from the matrimonial community of property, if the spouse acquires the item not by virtue of being the sole heir, but through statutory distribution. Through statutory distribution, the spouse will acquire by operation of law all the items of property in the deceased's estate (Article 4:13(2) of the Dutch Civil Code), and no division of the matrimonial community of property will take place. In my opinion, this question should be answered in the affirmative, even in the event that the spouse alone bears the responsibility of settling the legacy. I fail to see why a spouse who is the sole heir (and who is therefore solely responsible for settling the legacy) may suffice by paying the item's value, yet the spouse who acquires everything by opera-

tion of law through statutory distribution, but who has been made responsible for settling a legacy, is required to deliver a particular item from the matrimonial community of property.

The offer to buy as testamentary disposition

It becomes apparent in chapter 4 that the testamentary offer to buy that becomes effective after death is characterized by the government as a specific legacy. The offer that has not yet been accepted does not by itself create a right of claim to delivery of the bequeathed item of property, so to that extent a testamentary offer does not qualify as a specific legacy within the meaning of Article 4:117 of the Dutch Civil Code. One may well wonder whether an offer made in a will fits in with Article 4:42 of the Dutch Civil Code's restricted system of testamentary dispositions. And if such an offer is not covered under Article 4:42 of the Dutch Civil Code, would it be possible to convert it into a testamentary disposition that does fit in with this system (Article 3:42 of the Dutch Civil Code), namely the specific legacy? The legislative history contains certain comments from the minister that do point in that direction.[1] According to Breemhaar, however, it is not conceivable that a testamentary disposition can constitute an offer to buy, because according to him an offer to buy is a directed unilateral juridical act, whereas the testamentary disposition is an undirected unilateral juridical act.[2] In my opinion this argument is invalid, as the offer is undirected precisely because it has been made *in a will* (see paragraph 5.4.5). After all, a will only comes into effect after death (Article 4:42 (1) of the Dutch Civil Code).

A specific legacy to an heir

In this study I argue that the specific legacy to an heir does not fundamentally differ from the specific legacy to any third party (see paragraph 5.6). The regulations regarding specific legacies therefore apply wholly to the specific legacy to an heir, and in my view there is no need for any distinction between an 'ordinary' specific legacy and the preferential legacy (or the 'legatum per praeceptionem').

Specific legacies to the surviving spouse and the statutory distribution

What is the consequence of a specific legacy to the surviving spouse in cases where statutory distribution (Article 4:13 of the Dutch Civil Code) applies? After all, due to the statutory distribution the surviving spouse has already become the owner of all possessions and is also liable for the debts (Article

1 See MvA I, Parl. Gesch. Boek 4, p. 260.
2 Breemhaar 1992, nr. 15, p. 15.

4:13(2) of the Dutch Civil Code). Does the surviving spouse acquire something he or she already has? Does this legacy have property law consequences or technical consequences (shifting sums between the separate pools of assets)? The question is whether the right of claim proceeding from the legacy to the surviving spouse is extinguished by confusion, or whether Article 6:161(2)(a) of the Dutch Civil Code (see also Article 4:14 (2) of the Dutch Civil Code) precludes this because there are separate pools of assets and the debt and the right of claim do not belong to the same pool. Then one might ask if the transfer of a legacy of a sum of money or a certain item of property to the surviving spouse when statutory distribution applies has property law consequences or only technical consequences? Or does it not even have any technical consequences? What effect(s) does such a legacy have on the claims of the children pursuant to the statutory distribution? Do claims pursuant to the statutory distribution actually exist when the testator dies? If the right of usufruct of these claims is then bequeathed to the surviving spouse, what is the relevance of Article 4:49 of the Dutch Civil Code? Is this not a case of bequeathing property which does not belong to the estate? These are difficult questions, but they are very important, because in the context of the statutory distribution a legacy to the surviving spouse is used mainly for tax purposes, as the second section of the study makes clear.

In my opinion, it is possible to include a specific legacy to the surviving spouse in combination with the effects of statutory distribution. In connection to this I consider it important that the surviving spouse's position in the case of statutory distribution, even if they acquire all property by operation of law, deviates in fundamental respects from that of the sole heir. As a rule, in case of a sole heir the deceased's estate becomes confused with the heir's own assets, and a specific legacy to the heir will be extinguished.

SECTION 2 – 'SPECIFIC LEGACIES, INTERACTION BETWEEN CIVIL LAW AND THE INHERITANCE TAX ACT 1956'

The specific legacy (and the testamentary obligation) as taxable acquisition under the Inheritance Tax Act 1956

Chapter 6 examines in what way the specific legacy and other acquisitions by virtue of inheritance law are involved in taxation under the Inheritance Tax Act. The specific legacy can only be understood within the light of the demarcation between it and the testamentary obligation, for which reason, in addition to the specific legacy, the tax law treatment of the testamentary obligation in particular is examined, and within a historical perspective, too. With the arrival of the new inheritance law on 1 January 2003 the specific legacy's 'field of operations' has been extended significantly at the testamentary obligation's expense, as a result of which some testamentary dispositions that

were previously characterized as testamentary obligations now qualify as specific legacies. It turns out that the method of taxation under the Inheritance Tax Act varies depending on whether something is acquired by virtue of either a specific legacy or a testamentary obligation. In this context, it is appropriate to wonder whether the differences in (the method of) taxation are justified in the light of the connection between taxation under the Inheritance Tax Act and the acquisition under civil law *by virtue of inheritance law*, to which both the testamentary obligation and acquisition by specific legacy belong.

Proposal for demarcating the specific legacy and the unnamed personal testamentary obligation

In the case of the unnamed personal testamentary obligation, there is no need in principle for a clearly defined group of potential beneficiaries under the obligation, and the testator is not required to determine which group of individuals is eligible for the obligation. When the testator (instead of a third party) indicates a group of individuals from among whom a third party (such as the executor) can determine who is the beneficiary, it can be argued with reference to the legislative history that this constitutes a specific legacy rather than a testamentary obligation.[3] This makes me wonder when a group is sufficiently well-defined (named) for a specific legacy to exist (provided, naturally, that the obligation's substance has also been defined), and when a group may be considered insufficiently well-defined (therefore unnamed), so that there will exist a testamentary obligation (the unnamed personal testamentary obligation). As far as I am concerned, there would only exist a specific legacy if the method of determining the legatee's identity depends on an objectively uncertain future event. An explicit requirement that the determination of the legatee's identity must not depend on a third party's choice, but must be based on such directions given by the testator in his will that any possible third party would come to the same conclusion as regards the legatee's identity (see also paragraph 5.5.2.2), cannot be found in the legislative history, and the legal literature does not appear to set such a requirement, either.[4] Nevertheless, for the purposes of clearly demarcating the specific legacy and the testamentary obligation, I would advocate applying the more stringent criterion formulated above, which in my view arises from Article 4:117(1) of the Dutch Civil Code.

3 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771.

4 Cf. the minister's generous views in MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1771 and see among the legal literature, for example, Bauduin 2014 (dissertation).

Proposal regarding taxable basis regulations for inheritance tax in Inheritance Tax Act 1956

Article 1 of the Inheritance Tax Act causes the value of all that the heir, the legatee, and the beneficiary under the testamentary obligation acquire through the operation of inheritance law to be subject to inheritance tax. It follows from Supreme Court 2 March 1966, *BNB* 1966/106, as mentioned in paragraph 8.6.1, that after the unnamed personal testamentary obligation has been fulfilled, the beneficiary will acquire the object of the obligation *by operation of inheritance law* as well, and their acquisition will therefore be subject to taxation. The ability of the individual who has fulfilled the testamentary obligation to deduct the value of the obligation's object is synchronized with the beneficiary's taxability. The other recipients via inheritance law under Book 4 of the Dutch Civil Code (such as the forced heir) may on account of Article 1 of the Inheritance Tax Act have to pay inheritance tax because of their claims to money from the estate or performance by the heir(s), too. As regards the impersonal testamentary obligation, logic dictates that due to the absence of a beneficiary, no-one acquires anything through inheritance law and there can therefore be no taxation under Article 1 of the Inheritance Tax Act.

The question is whether it is necessary that Article 5 of the Inheritance Tax Act in connection with Article 20 of the Inheritance Tax Act provides that the recipient may deduct their share in the debts, specific legacies, and obligations referred to in those Articles from the acquisition referred to in Article 1 of the Inheritance Tax Act. Or can Article 1 of the Inheritance Tax Act already provide a legal basis for this, as Schuttevâer and Zwemmer contended (under the former inheritance law)?[5] I believe that Article 1 of the Inheritance Tax Act already provides a sufficient legal basis for taxation and deduction, considering that this Article is centered on acquisition through inheritance law. Article 5 of the Inheritance Tax Act could therefore be repealed. I also investigate to what extent Article 1 of the Inheritance Tax Act might leave any demand for supplementary regulations and formulate a proposal for new regulations for the taxable basis of inheritance law at the end of chapter 6.

What has this resulted in as concerns, for example, the impersonal testamentary obligation? There is no individual who acquires anything through such an obligation, so there is no beneficiary who may be involved in taxation on account of Article 1 of the Inheritance Tax Act. However, there is/are (an) individual(s) who must fulfill the testamentary obligation, and who may be confronted with the question whether they may deduct the testamentary obligation from their acquisition after its fulfillment. In order to safeguard the feasibility of the inheritance law regulations, disregarding in principle any impersonal testamentary obligations – as they currently are – appears justified

5 Schuttevâer/Zwemmer 1998, p. 86-87.

to me. Nevertheless, I find this an unsatisfactory arrangement for various reasons, in particular because one can distinguish many different degrees of impersonal testamentary obligations. For that reason, in paragraph 6.5.3.5 I express some reservations regarding the non-deductibility of the impersonal testamentary obligation, and I argue that deductibility of the expenses related to the performance of the impersonal testamentary obligation could be justified in the case of an impersonal testamentary obligation being fulfilled that has been put into concrete terms by the testator. Ultimately, after all, the recipient via inheritance law who wishes not to be confronted with a forfeiture of the claim he has acquired is, by definition, never left with anything more than a net acquisition, that being the share in the estate minus the expenses made in the performance of the testamentary obligation.

The specific legacy as estate planning instrument and the Inheritance Tax Act 1956

In chapter 7, various of the specific legacy's areas of application encountered within the context of estate planning are distinguished, namely:

1. Specific legacies that permit the legatee to choose what is bequeathed to them (legacies of choice, either or not in return for the value) or legacies which affect the amount of interest on claims (*handmatige ventieltechniek* ('manual valve technique')).
2. 'Supplementary' or 'gap filler' legacies intended to ensure optimal distribution of inheritance tax on the first death by means of bequeathing a supplementary amount of money in a specific legacy (to the surviving spouse).
3. Specific legacies (of items of property not belonging to the estate and of sums of money not belonging to the estate) that ensure a future (separate) estate will be reduced in size, such as the non-claimable *ik-opa-legaten* ('I-grandpa-legacies') (and the comparable *ik-opa-last* ('I-grandpa-obligation')), (super) turbo-legacies, and legacies of usufruct in return for the value.
4. Specific legacies regarding items of property already sold to the legatee during the testator's life, such as the *voorwaardelijk afstandslegaat* ('conditional renunciation legacy').

The specific legacies' modes of operation are described for each separate area of application, and the specific legacies are analyzed further according to tax law, with a focus mainly on the question if, and to what extent, Article 30 of the Inheritance Tax Act and the legal fictions of Article 10 of the Inheritance Tax Act and Article 11(2) of the Inheritance Tax Act apply, and whether the manner of their application is justifiable, and whether amendment of the law is desirable.

Ever since the Supreme Court's decision on the turbo-will, Article 10 of the Inheritance Tax Act can be applied unconditionally in situations involving

juridical acts in the execution of another's will, by which acts the future testator converts property rights into rights of enjoyment, and this in my view leads to undesirable consequences if the law is not amended. Nevertheless, it is justified that Article 10 of the Inheritance Tax Act can be put into operation in such cases as well, provided that it actually reduces the taxable size of the future estate, but does not practically affect the future testator during their life. Merely converting property rights into enjoyment rights will not suffice for that purpose, however, because a conversion does not necessarily entail a reduction in assets (as in the case, for example, of a specific legacy of full ownership in return for the value, the payment of which value cannot be claimed until the legatee's death, and for which legacy an exception is currently made under Article 10(6) of the Inheritance Tax Act). Neither is the future estate's size reduced if, in the case of an 'I-grandpa-obligation' or 'I-grandpa-legacy' in consideration of a testamentary acknowledgement of debt or a debt arising from a specific legacy to a grandchild, the child acquires full ownership. Furthermore, it should make no difference whether the reduction in size of the assets, effected by another individual's will, is the result of a juridical act performed by an individual within the meaning of Article 10(1) of the Inheritance Tax Act, or whether this reduction is also effected by the other individual's will without such a juridical act (compare the inexplicable difference in taxation of an 'I-grandpa-obligation' – a juridical act within the meaning of Article 10 of the Inheritance Tax Act – and the 'I-grandpa-legacy' – not a juridical act within the meaning of Article 10 of the Inheritance Tax Act). Finally, care should be taken that the application of Article 10 of the Inheritance Tax Axt does not lead to the same assets being taxed twice. In my opinion, there is no such double taxation if, eventually (after two deaths), the total (and nothing more) of both estates (without accounting for the size reduction) may be subject to inheritance tax (via Article 1 and Article 10 of the Inheritance Tax Act).

To overcome these objections, I have drafted a new article, namely Article 10a of the Inheritance Tax Act (see paragraph 7.6.4). Based on the specific legal fiction of Article 10a of the Inheritance Tax Act – regardless of whether any juridical act is performed –, taxation would be in order if and so far as one's assets, which will in the future be subject to inheritance tax, are reduced in size by another individual's will without causing any noticeable effect in life, as one's enjoyment of these assets remains unaffected. This *lex specialis* should operate besides the already existing Article 10 of the Inheritance Tax Act, which Article should then be relevant no longer to (juridical) acts performed in consequence of a will or inheritance law.

CONCLUSION

This study's strength hopefully lies in its synthesis of civil law and tax law approaches to issues relating to specific legacies. Tax-related legal devices involving specific legacies raise questions relating to civil law. Answering these questions has taken not only tax law, but also civil law a step further. In this context it is important to realize that the absolute boundary of the successful use of tax-related structures lies in the validity of those structures under civil law. Within this absolute boundary, tax legislation can shift the boundaries by tackling structures which are valid under civil law but fiscally undesirable.

In connection with using a specific legacy to avoid paying inheritance tax, under the old Inheritance Tax Act 1956 it was uncertain whether the intended effect would ultimately be achieved, because, for example, it was not always clear to which cases Article 10 of the Inheritance Tax Act 1956 might apply. This Article was a danger because the property which was supposed to be acquired tax-free might later nevertheless have been subject to inheritance tax on the ground of a legal fiction. The State Secretary's aim was for the Inheritance Tax Act 1956 to counter avoidance tactics. One might wonder if the State Secretary has not gone too far in the revised Inheritance Tax Act 1956 – an Act which has traditionally been attuned to civil law – in tackling tax-related legal devices which do in fact have a solid foundation in civil law. For everyday practice it is very important to examine and clearly document the current scope of Article 10 and other provisions of the revised Inheritance Tax Act 1956 in order to ascertain what use can be made of specific legacies with solid foundations in civil law under the revised Inheritance Tax Act 1956. In addition, the findings of this study are important in relation to perception of the law: the Inheritance Tax Act is the most hated tax legislation in our society. The legitimacy of this 'death tax' is frequently a topic of social debate. Levying tax upon death is a sensitive issue, partly because the sentiment prevails among heirs that the same assets are being taxed again, since the testator has already paid tax on those assets during their lifetime. Moreover, support for this legislation is undermined if the idea arises that 'the wealthy' are trying – en masse – to avoid paying inheritance tax through various legal devices. This was one of the main reasons for the State Secretary's decision to change the inheritance tax legislation. The evaluation of that revised legislation in this study results in recommendations to the legislator for improving the legislation, which may increase the degree of social acceptance of the Inheritance Tax Act 1956.

Therefore, the goal of this study has been to define in terms of civil law when something is acquired by virtue of a specific legacy or another inheritance law device, and what the size is of such acquisitions by virtue of inheritance law. Acquisition through inheritance law provides the basis for levying inheritance

tax. In connection to this, recommendations are made for simplifying the taxable basis as defined in the Articles 1, 5, and 20 of the Inheritance Tax Act. Insofar as there cannot be said to be any acquisition through inheritance law, it is examined whether current tax legislation justifiably subjects certain acquisitions to inheritance tax by characterizing the 'acquisition' as a fictional acquisition through inheritance law. Attention has been given in particular to applications – that are sound under civil law – of specific legacies, that ensure a future estate is reduced in size without causing any hindrance in life to the future testator. If inheritance tax is consequently avoided in the future, the legislator is right to take action against this via legal fictions, provided that the legislator does not (fictionally) subject anything more to taxation than that with which the future estate has been reduced. Current legislation fails to satisfy this last criterion, however, and therefore a recommendation is made in this study to add a new legal fiction (Article 10a) to the Inheritance Tax Act. In my view, after all, the legislator is not free to (purposefully) ignore an 'overkill' of inheritance tax in the case of a will that is sound under civil law.

Geraadpleegde literatuur

Ankum 1991
J.A. Ankum, 'Papinians Lehre zum legatum per praeceptionem', in: *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow*, Berlijn 1991, p. 77-90.

Asser/De Boer 1* 2010
J. de Boer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6: Verbintenissenrecht Dl. I: De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6: Verbintenissenrecht Dl. II: De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Meijers 1915
E.M. Meijers, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, vierde deel – erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1915.

Asser/Meijers 1941
E.M. Meijers, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, vierde deel erfrecht*, Zwolle: N.V. Uitgevers-maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1941.

Asser/Meijers/Van der Ploeg 1984
E.M. Meijers & P.W. van der Ploeg, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

Asser/Perrick 1996
S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Erfrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Asser/Perrick 4* 2009
S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Perrick 3-V* 2011
S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Perrick 4 2013
S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2013.

Baard & Martens 2007a
C.B. Baard & C.J.M. Martens, 'Het testament van de 21e eeuw ligt onder vuur', *Estate Planner* juni 2007, p. 3-8.
Baard & Martens 2007b
C.J.M. Martens & P. Baard, 'Optimale benutting vrijstelling langstlevende (opvullegaat)', *Estate Planner* december 2007, p. 8-11.
Bauduin 2011
N.V.C.E. Bauduin, 'De geoorloofdheid van wilsdelegatie nader bezien', *WPNR* 6907 (2011), p. 941-950.
Bauduin 2012
N.V.C.E. Bauduin, Flexibel legateren. Het legaat met keuzeverlening mag op de estateplanningskaart', *Vakblad Estate Planning* 2012-17/18, p. 9-14.
Bauduin 2013
N.V.C.E. Bauduin , 'De executeur is niet almachtig. Kan de executeur bepalen welk goed doel erfgenaam wordt?', *Vakblad Estate Planning* 2013-19, p. 24-27.
Bauduin 2014
N.V.C.E. Bauduin, 'Het legaat met keuzemogelijkheid en "het verbod van willekeur"', *Familie & Recht*, januari 2014, DOI: 10.5553/FenR/.000014.
Bauduin 2014 (dissertatie)
N.V.C.E. Bauduin, *Wilsdelegatie in het erfrecht* (diss. Nijmegen), 2014.
Beers 2012
J. Beers, 'Knelpunten bij het ik-opa-testament', *KWEP* 2012/38, p. 8-13.
Bell 1849
C. van Bell, 'Over het praelegaat. Bijdrage tot verklaring van art. 1006 van het Burgerlijk Wetboek', *Themis* X 1849, p. 193-204.
Bende 2013
M.N. Bende, 'De levendige materie van een schenking ter zake des doods', *WPNR* 6989 (2013), p. 784-791.
Blokland 2006
P. Blokland, 'Een evaluatie van het versterferfrecht (en enige kanttekeningen met betrekking tot andere wettelijke rechten en uiterste wilsbeschikkingen)' in: *Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie. KNB Preadvies 2006*, Den Haag: Sdu 2006, p. 21-94.
Blokland 2008
P. Blokland, Prijsschieten: de actuele fiscale stand van zaken met betrekking tot testamentaire renteclausules, *FTV* 2008 (2) 9, p. 27-29.
Blokland 2010
P. Blokland, 'De overkill van artikel 10 lid 9 Successiewet', *FTV* 2010 (2) 6, p. 3-5.
Blokland 2011
P. Blokland, 'Samenwoners en erfrecht. Een civiele en fiscale beschouwing', *TE* 2011-6, p. 83-95.
Blokland 2012
P. Blokland, 'De 'papieren' schenking is een schenking ter zake des doods; de erfrechtelijke overeenkomst ook?!, *FTV* 2012 (9) 42, p. 20-27.
Blokland, Burgerhart & Kolkman 2013
P. Blokland, W. Burgerhart, W.D. Kolkman, 'Hanteerbaar familievermogensrecht in tijden van crisis', *WPNR* 6966 (2013), p. 186-198.

Blokland & Kleyn 2007
P. Blokland & W.M. Kleyn, 'De facultatieve wettelijke verdeling: het redelijke alternatief', *Estate Planner* juni 2007, p. 9-14.
Blokland & Kwakernaak 2010
P. Blokland en E. Kwakernaak, 'Gevolgen van de wijziging van de Nederlandse Successiewet op 1 januari 2010', *NederBelgischMagazine*, oktober 2010, p. 90-94.
Boelens 2009
G.G.B. Boelens, 'De (on)mogelijkheden van de 'wettelijke ventieltechniek', *WPNR* 6795 (2009), p. 319-329.
Boelens 2011
G.G.B. Boelens, 'Het ik-opa-testament en de Nederlandse (gewijzigde) Successiewet', (*Belgisch) Tijdschrift Estate Planning* 2011/1-2, p. 14-58.
Breemhaar 1992
W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking. Beschouwingen over het begrip uiterste wilsbeschikking, de totstandkoming van een uiterste wilsbeschikking als een geldige rechtshandeling en de onderscheiden soorten beschikkingen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992.
Breemhaar 2006
W. Breemhaar, 'De door een testamentaire last bevoordeelden', *TE* 2006-3, p. 42-44.
Breemhaar 2013
W. Breemhaar, 'De kosten van de lijkbezorging', *TE* 2013-4, p. 54-57.
Brinkman 2011
R.E. Brinkman, 'Fideicommissaire legaten, lasten en giften', *WPNR* 6902 (2011), p. 846-852.
Brinkman 2013
R.E. Brinkman, 'Fideicommis en plaatsvervulling', *WPNR* 6978 (2013), p. 433-438.
Brinkman 2014
R.E. Brinkman, *Het fideicommis in de notariële praktijk* (diss. Groningen) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.
Brouwer & Kooiman 2015
E.I. Brouwer & W.R. Kooiman, 'Derdenbeding en erfbelasting: een lachende derde', *WFR* 2015 (7081), p. 112-118.
De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012
W.G. Huijgen & B.E. Reinhartz (met een bijdrage van C.G. Breedveld-de Voogd), *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht. A.R. de Bruijn*, Deventer: Kluwer 2012.
Burgerhart 2008
W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.
Burgerhart, Van Ewijk, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2004
W. Burgerhart, J.D.H. van Ewijk, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, 'De "ventieltechniek" in concreto', *Nieuw Erfrecht* 2004-1, p. 3-12.
Burgerhart, Van Ewijk, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2010
W. Burgerhart, J.D.H. van Ewijk, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, 'De "ventieltechniek" in concreto. Deel II', *KWEP* 2010/3, p. 19-30.

Burgerhart, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2003
W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, '"De ventielbepaling"; Het successierechtelijk opblazen en laten leeglopen van erfrechtelijke verkrijgingen', *FBN* 2003 (4) 23.
Van der Burght 1975
Gr. van der Burght, 'A (small) kingdom for a horse. Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, BNB 1974/295', *WFR* 1975/177, p. 177-179.

Cahiers de droit fiscal international 2010
Cahiers de droit fiscal international, *Death as a taxable event and its international ramifications (64th Congress of the International Fiscal Association, Rome 2010)*, Den Haag: Sdu 2010.
CB S&E 2014-2015
I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, *Studenteneditie 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2014.
Clausing 2001
P. Clausing, 'Schulden van de huwelijksgemeenschap en schulden van de nalatenschap. *Reactie op de beschouwing van prof. Mr. S. Perrick "Over schulden van de nalatenschap onder Boek 4 NBW" in WPNR (2001) 6435 en 6436*', *WPNR* 6457 (2001), p. 785.
Commissie Erfrecht 2011
T.J. Mellema-Kranenburg, P. Blokland, W.D. Kolkman, F.W.J.M. Schols & R.L. Albers-Dingemans, *Eindverslag commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW* (Ars Notariatus 150), Amsterdam/Deventer: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap/Kluwer 2012.
Compendium Estate Planning 2014
A.R. Autar, C.B. Baart, F. Sonneveldt & W.D. Kolkman (red.), *Compendium Estate Planning*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

Derine 1982
R. Derine, *Schets van het Romeins privaatrecht: uitwendige en inwendige geschiedenis*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1982.
Diephuis 1858
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, vierde deel erfregt*, Groningen: J.B. Wolters 1858.
Diephuis 1883
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, achtste deel, vierde deel erfregt*, Groningen: J.B. Wolters 1883.
Dillemans/Van den Bossche & De Clercq 2012
A. Van den Bossche & M. de Clercq, *Testamenten. Beginselen van Belgisch privaatrecht. VII*, Kluwer: Mechelen 2012.
Duin 2015
H.M.C. Duin, 'De strekking en de rechtsgevolgen van de erfrechtelijke vervallenverklaring', *WPNR* 7050 (2015), p. 172-181.

Van Duyn 1966
Y.D.C. van Duyn, 'Aantekeningen op de Successiewet 1956. 55. Legaat onder last tot uitkering aan instellingen ter keuze van de legataris', *WPNR* 4899 (1966), p. 151-152.

Van Es 2006a
P.C. van Es, 'Enige opmerkingen over de vermindering en inkorting van legaten', *WPNR* 6655 (2006), p. 147-150.
Van Es 2006b
P.C. van Es, 'Literatuurbespreking. F.W.J.M Schols, Quasi-erfrecht (diss. Nijmegen)', *NTBR* 2006, 53, p. 356-360.
Van Es 2008
P.C. van Es, 'De rangorde van schuldeisers bij de wettelijke verdeling', *WPNR* 6776 (2008), p. 897-899.
Van Es 2009a
P.C. van Es, *Erfrecht van de langstlevende echtgenoot* (Monografieën BW, B19), Deventer: Kluwer 2009.
Van Es 2009b
P.C. van Es, 'De actualiteit van een oude controverse rond de boedelafscheiding (art. 1153 (oud) BW)', *TE* 2009-3, p. 48-50.
Van Es 2012
P.C. van Es, 'Vermindering van (quasi)-legaten; een terrein vol voetangels en klemmen', *TE* 2012-4, p. 71-75.
Estate Planning
B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, W. Burgerhart & H.P.W.M. Peeters (hoofdred.), *Estate Planning*, Deventer: Kluwer (losbl.).
EstateTip Review 2004-17
'Enig erfgenaamschap slurpt verblijvingsbeding op?!', *EstateTip Review* 2004-17.
EstateTip Review 2004-21
'De "zuignaptheorie". De onmogelijkheid van de *voorwaardelijke* wettelijke verdeling', *EstateTip Review* 2004-21.
EstateTip Review 2005-10
'Vul de successierechtelijke 'container' van de langstlevende! Het tweetrapscontainertestament als instap-estate planningstool', *EstateTip Review* 2005-10.
EstateTip Review 2006-3
'De handmatige ventieltechniek. Laat alle langstlevende-testamenten ventileren!', *EstateTip Review* 2006-3.
EstateTip Review 2006-48
'Op welk lijntje wilt u zitten? Het afvullegaat als flexibel estate-planningsinstrument', *EstateTip Review* 2006-48.
EstateTip Review 2007-33
'De Hoge Raad trekt het "voorwaardelijk afstandslegaat" over de successierechtelijke streep, maar laat hamvraag onbeantwoord (HR 10 augustus 2007, LJN AY9435)', *EstateTip Review* 2007-33.
EstateTip Review 2007-36
'Afvullegaat of (lage) rente? De aard van de vulling: is het van belang?', *EstateTip Review* 2007-36

EstateTip Review 2009-25
'Turbotestament en artikel 10 SW, HR 19 juni 2009, LJN BG6455', *EstateTip Review* 2009-25.
EstateTip Review 2010-11
'Denken in goederen of in geld. Tweetrapsmaking: erfstelling of legaat?', *EstateTip Review* 2010-11.
EstateTip Review 2010-44
'Van de leestafel van SBS. De wettelijke verdeling en legaat vanuit Zuid-Afrika', *EstateTip Review* 2010-44.
EstateTip Review 2011-41
'Denken in goederen of in geld. Tweetrapsmaking: erfstelling of legaat? (II). 'Tips' van of voor notaris Blokland?', *EstateTip Review* 2011-41.
EstateTip Review 2012-31
'Een lastige ik-opa-clausule? Claim het budget!', *EstateTip Review* 2012-31.
EstateTip Review 2014-20
'Onder de 'nieuwe' Successiewet (XIV)', *EstateTip Review* 2014-20.
Van Ewijk 2007
J.D.H. van Ewijk, 'Renteperikelen in testamenten', *Veep Kwartaal Bericht* 2007, 2.
Van Ewijk & Schoenmaker 2006
J.D.H. van Ewijk & F.A.M. Schoenmaker, 'Successierecht besparen met renteclausule en/of afvullegaat?', *KWEP* 2006/35, p. 9-15.

Feenstra 1984
R. Feenstra, *Romeinrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht. Inleidende hoofdstukken*, Leiden: E.J. Brill / Universitaire Pers Leiden 1984.
Florijn 1994
E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1994.

Van Gompel 2006
P.J.T. van Gompel, 'Wel de lusten maar niet de lasten?', *TE* 2006-1, p. 9-12.
Gubbels 2001
N.C.G. Gubbels, 'Turbo- en superturbotestament', *WPNR* 6433 (2001), p. 131-139.

Ter Haar 2004
J.H.M. ter Haar, 'Vervreemding van gelegateerde goederen door een wettelijke vertegenwoordiger', *TE* 2004-5, p. 84-86.
Handboek Erfrecht 2011
M.J. van Mourik (red.), B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, L.C.A. Verstappen & B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
Handboek Familievermogensrecht 2013/2014
W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, Zutphen: Walburgpers 2013.
Hijma 2000
J. Hijma, 'Testament en rechtshandeling', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *Yin-Yang, Van Mourik-bundel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 93-100.

Hoogeveen 2006
M.J. Hoogeveen, 'Quasi-wettelijke verdeling: art. 10 SW 1956 proof?', *NTFR* 2006-1306.
Van Houte 2003
C.P.M. van Houte, *Fiscale kijk op testamenten*, Deventer: Kluwer 2003.
Huijgen 1994
W.G. Huijgen, 'Legaat van een gemeenschappelijk goed (noot onder HR 26 november 1993, RvdW 1993, 239)', *NTBR* 1994, p. 113-114.

Jansen 1998
C.J.H. Jansen, 'De koop en verkoop van eens anders goed: enige opmerkingen over art. 1507 OBW', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XV 1998, p. 37-54.

Kaser 1971
M. Kaser, *Das römische Privatrecht. 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München: Beck 1971.
Kaser 1975
M. Kaser, *Das römische Privatrecht. 2. Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, München: Beck 1975.
Kaser/Wubbe 1971
M. Kaser, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971 (in het Nederlands vertaald [uit het Duits] en bewerkt door F.B.J. Wubbe).
Klaassen 1925
J.G. Klaassen, 'Toepassing der Successiewet op testamentaire lasten', *WPNR* 2888 (1925), p. 301-303.
Klaassen 1936
J.G. Klaassen, *Het Nederlandsch Belastingrecht onder hoofdleiding van Prof. Mr. J.Ph. Suyling, No. 4, De Successiewet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936.
Klaassen/Eggens 1931
J. Eggens, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Handleiding bij studie en practijk, door J.G. Klaassen*, Arnhem: S. Gouda Quint 1931-33.
Klaassen/Eggens/Luijten 1989
E.A.A. Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, tweede gedeelte: Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
Klaassen/Luijten & Meijer II 2008
E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Tweede gedeelte: erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
Kleyn 1969a
W.M. Kleyn, 'In hoeverre kan een testateur ten aanzien van de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen delegeren aan derden? (deel I)', *WPNR* 5046 (1969), p. 281-284.
Kleyn 1969b
W.M. Kleyn, 'In hoeverre kan een testateur ten aanzien van de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen delegeren aan derden? (deel II)', *WPNR* 5047 (1969), p. 293-296.
Kleyn 1969c
W.M. Kleyn, *De boedelscheiding* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1969.

Kleyn 2003
W.M. Kleyn, 'De bijzondere positie van de legataris bij een legaat tegen inbreng', *TE* 2003-5, p. 72-73.
Kolkman 2004
W.D. Kolkman, 'Het legaat ten laste van een der erfgenamen', *TE* 2004-2, p. 29-32.
Kolkman 2006
W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.
Kolkman 2009
W.D. Kolkman, 'Van oude legaten, de dingen die voorbijgaan', *TE* 2009-5, p. 86-91.
Kolkman & Veltman 2004a
W.D. Kolkman & P.F. Veltman, 'Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten? (I)', *WPNR* 6592 (2004), p. 777-779.
Kolkman & Veltman 2004b
W.D. Kolkman & P.F. Veltman, 'Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten? (II, slot)', *WPNR* 6593 (2004), 797-799.
Kolkman & Veltman 2005
W.D. Kolkman & P.F. Veltman, 'Naschrift op de reactie van G.A. Tuinstra & J.M.M. Laumans-van der Wijst op "Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten?" van mr. W.D. Kolkman en mr. P.F. Veltman WPNR (2004) 6592 en 6593', *WPNR* 6604 (2005), p. 30-32.
Kooiman 2012a
W.R. Kooiman, 'Het lekkende dak van art. 9 SW 1956 (I)', *WPNR* 6920 (2012), p. 181-186.
Kooiman 2012b
W.R. Kooiman, 'Het lekkende dak van art. 9 SW 1956 (II, slot)', *WPNR* 6921 (2012), p. 193-199.
Kopinsky 2011
M. Kopinsky, 'Besparen met handmatige ventielclausule', *Estate Planner Digitaal* 2011-4.
Kraan 1989
C.A. Kraan, 'De voorwaardelijke – of alternatieve – ouderlijke boedelverdeling, *WPNR* 5923 (1989), p. 427-429.
Kraan 2005
C.A. Kraan, 'Boekbespreking. Klaassen-Eggens, Huwelijksgoederen- en erfrecht, tweede gedeelte Erfrecht, 11e druk, bewerkt door prof. Mr. E.A.A. Luijten en prof. Mr. W.R. Meijer, Kluwer 2002', *WPNR* 6619 (2005), p. 350-356.
De Kroon & Helmer 2014
B.B.A. de Kroon & S. Helmer, 'Successiewet 1956, verleden, heden en toekomst. Interview met Frans Sonneveldt', *WFR* 2014 (7065), p. 1185-1188.

Land 1902
N.K.F. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek, derde deel, Boek II. Titel 11-20*, Haarlem: De erven F. Bohn 1902.
Levenkamp 1911
J.A.P. Levenkamp, 'Recht tot overneming van nagelaten zaken', *WPNR* 2145 (1911), p. 52-53.

Lokin 2008
J.H.A. Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen: Chimaira 2003.
Lokin/Zwalve 2006
J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Megchelsen 1994
G. Megchelsen, 'Legaat van een gemeenschappelijk goed', *De Notarisklerk* 1994-1312, p. 26-30.
Mendels 1897
M. Mendels, *Overzicht van het Romeinsch erfrecht*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1897.
Mollema 2007
A.F. Mollema, 'Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde', *WPNR* 6698 (2007), p. 141-150.
Van Mourik 1992
M.J.A. van Mourik, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
Van Mourik 1994
M.J.A. van Mourik, 'Rechtsvragenrubriek. 18. Keuzelegaat en vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid', *WPNR* 6158 (1994), p. 800.
Van Mourik 1996
M.J.A. Van Mourik, 'De uiterste wilsbeschikking als rechtshandeling', *WPNR* 6213 (1996), p. 147-150.
Van Mourik 2001
M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap* (Monografieën Nieuw BW, B9), Deventer: Kluwer 2001.
Van Mourik 2002
M.J.A. Van Mourik, 'Verkrijging "krachtens erfrecht"', in: H.G. Lemaire & P. Vlas (red.), *Met recht verkregen* (Joppe-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 131-140.
Van Mourik 2005
M.J.A. van Mourik, 'Boekbespreking. Pitlo, deel 5, Erfrecht, Tiende druk, bewerkt door prof. Mr. Gr. Van der Burght en mr. E.W.J. Ebben, Kluwer 2004', *WPNR* 6619 (2005), p. 344-350.
Van Mourik 2007
M.J.A. van Mourik, 'Estate planning', *NJB* 2007, p. 273-279.
Van Mourik 2008a
M.J.A. van Mourik, *Erfrecht* (Monografieën Privaatrecht, 1), Deventer: Kluwer 2008.
Van Mourik 2008b
M.J.A. van Mourik, 'Wettelijke verdeling en legaat ten behoeve van de echtgenoot', *WPNR* 6740 (2008), p. 108.
Van Mourik 2009
M.J.A. van Mourik, 'Rechtsvragenrubriek. 5. Flexibele erfstelling; erfrechtelijke keuzemogelijkheden; ongeoorloofde delegatie', *WPNR* 6801 (2009), p. 480-481.

Van Mourik 2010
M.J.A. van Mourik, 'Rechtsvragenrubriek. 4. Het universele tweetrapskeuzelegaat', *WPNR* 6845 (2010), p. 465-466.
Van Mourik 2013a
M.J.A. van Mourik, *Erfrecht* (Monografieën Privaatrecht, 1), Deventer: Kluwer 2013.
Van Mourik 2013b
M.J.A. Van Mourik, 'Reactie', *WPNR* 7000 (2013), p. 1172-1173.
Van Mourik & Van Vijfeijken 2012
M.J.A. van Mourik en I.JF.A. van Vijfeijken, 'Rechtsvragenrubriek. Erfrecht en WOZ-waarde', *WPNR* 6942 (2012), p. 620.
Van Mourik & Verstraaten 1995
M.J.A. van Mourik & R.T.G. Verstraaten, 'Het vruchtgebruik van vorderingen ontstaan op grond van een ouderlijke boedelverdeling', *WPNR* 6194 (1995), p. 603-604.

Nuytinck 2012
A.J.M. Nuytinck, 'Gerechtigdheid voor het geheel in geval van wettelijke gemeenschap', *WPNR* 6955 (2012), p. 932-934.

Olzen 2009
D. Olzen, *Erbrecht*, Berlijn: De Gruyter Recht 2009.
Opzoomer 1879
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke wetboek, verklaard door mr. C.W. Opzoomer, vierde deel, art. 784-1268*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp., 1879.
Van Oven 1948
J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden: Brill 1948.

Pals 2010
M.J.A. Pals, 'Art. 11, lid 2 SW 1956: alleen verkoop met uitgestelde levering of toch iets meer?', *FTV* 2010 (12) 56, p. 18-26.
Parl. Gesch. Boek 3
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Boek 4
Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Vaststellingswet Boek 4 Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1-1072.
Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 4 Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1100-2322.
Parl. Gesch. Boek 6
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.
Parry & Clark/Kerridge 2002
R. Kerridge (met medewerking van A.H.R. Brierley), *The law of succession*, Londen: Sweet & Maxwell 2002.

Perrick 2001a
S. Perrick 'Naschrift', *WPNR* 6457 (2001), p. 786.
Perrick 2001b
S. Perrick 'Over het vervallen van legaten en over legaten van een goed uit de huwelijksgemeenschap onder boek 4 NBW', *WPNR* 6462 (2001), p. 872-881.
Perrick 2003
S. Perrick, 'Nieuw Erfrecht in Praktijk. Reactie. Over tenietgaan van wilsrechten ex de art. 4:19-22 B.W', *WPNR* 6543 (2003), p. 595-596.
Peters van Neijenhof 2010
T.N. Peters van Neijenhof, 'Een drietal nieuwe rentebepalingen in de Successiewet 1956', *WPNR* 6837 (2010), p. 253-258.
Pijpers 2011
Y.J.M. Pijpers, "De reikwijdte van HR 25 juni 2010, BNB 2010/274 onder de nieuwe Successiewet", *WPNR* 6891 (2011), p. 497-502.
Pitlo 1957
A. Pitlo, *Het erfrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1957.
Pitlo/Van der Burght 1997
Gr. van der Burght, *Pitlo. Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 5. Erfrecht*, Gouda: Quint 1997.
Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004
Gr. van der Burght & E.W.J. Ebben, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
Pleysier 2000a
A.J.H. Pleysier, 'Moet bij een toedeling de verkrijgende deelgenoot het eigen breukdeel aan zichzelf leveren?', *De Notarisklerk* 1392 (2000), p. 185-186.
Pleysier 2000b
A.J.H. Pleysier, 'Het legaat aan een erfgenaam in het komend erfrecht (Terug naar Schellens / Schellens)', *De Notarisklerk* 1393 (2000), p. 201-205.
Pleysier 2010
A.J.H. Pleysier, 'Het effect van de 'wettelijke verdeling' van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot op een legaat aan de langstlevende echtgenoot in het sinds 1 januari 2003 geldende Nederlandse erfrecht (art. 4:13 BW)', in: R. van den Berg & G. van Niekerk (red.), *Libellus ad Thomasium. Essays in Roman law, Roman-Dutch law and legal history in honour of Philip J. Thomas*, [Pretoria]: University of South Africa Press 2010, p. 299-313.
Pleysier 2011
A.J.H. Pleysier, 'Het effect van een legaat aan de langstlevende op de wettelijke verdeling', *JBN* 2011 (3) 17, p. 13-15.
Van der Ploeg 1964a
P.W. van der Ploeg, 'Het legaat van een zaak, die zich ten sterfdage niet in de nalatenschap bevindt (I)', *WPNR* 4821 (1964), p. 335-339.
Van der Ploeg 1964b
P.W. van der Ploeg, 'Het legaat van een zaak, die zich ten sterfdage niet in de nalatenschap bevindt (II, slot)', *WPNR* 4822 (1964), p. 347-349.
Van der Ploeg 1984
P.W. van der Ploeg, 'Verkrijgen wat men reeds heeft', *WPNR* 5697 (1984), p. 285-289.

Reid, De Waal & Zimmermann 2011
K.G.C Reid, M.J. de Waal & R. Zimmermann (red.), *Comparative Succession Law: Volume I: Testamentary Formalities*, Oxford Scholarship Online: January 2012, DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199696802.001.0001.
Riddall 2002
J.G. Riddall, *The Law of Trusts*, Londen: Butterworths LexisNexis 2002.
Van Rijn 2003
A.P.M. van Rijn, 'De verdeling van de huwelijksgemeenschap en de heffing van het successie- en schenkingsrecht', *WFR* 2003 (6534), p. 999-1004.

Scheltema 1984
H.J. Scheltema, *Mr H. J. Scheltema's inleiding tot het Romeinse recht*, Groningen: Stichting het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 1984.
Schlimmer, De Boer & Koch 1920
J.G. Schlimmer, Z.C. De Boer & C.G.Th.W. Koch, *Woordenboek der Grieksche en Romeinsche Oudheid*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1920.
Schoenmaker 2009
F.A.M. Schoenmaker, 'Turbotestament leidt tot fictieve verkrijging bij overlijden langstlevende ouder', *NTFR* 2009-1427.
Schoenmaker 2010
F.A.M. Schoenmaker, 'Successiewet: nieuwe grenzen aan rente afspraken door erfgenamen', *FTV* 2010 (9) 35, p. 9-17.
Schoenmaker 2012
F.A.M. Schoenmaker, 'Verdeel en beheers de schenk-, erf- en overdrachtsbelasting, *FTV* 2012 (11) 51, p. 7-11.
Schoenmaker 2013
F.A.M. Schoenmaker, 'Art. 10 SW 1956 en ik-opa-testamenten: een 'lastige' kwestie?', *NTFR Beschouwingen* 2013-6.
B.M.E.M. Schols 2006a
B.M.E.M. Schols, 'De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal', in: *Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie* (KNB preadvies 2006), Den Haag: Sdu 2006, p. 95-171.
B.M.E.M. Schols 2006b
B.M.E.M. Schols, 'Van instemming met testamentaire transacties tot analogie met art. 10 SW. Turbofictie?', *FBN* 2006 (11) 65, p. 6-10.
B.M.E.M. Schols 2007
B.M.E.M. Schols, *Van exeìcuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder : zijn ware aard, civiel en fiscaal : een onderzoek naar de grondslagen van executele als erfrechtelijke verbintenis* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.
B.M.E.M. Schols 2008a
B.M.E.M. Schols, 'Fiscaal-erfrechtelijk nakomen en tenietgaan van voorwaardelijke verbintenissen. Samenloop en (ontlopen van) overdrachtsbelasting en successierecht', *FBN* 2008 (4) 21, p. 3-9.
B.M.E.M. Schols 2008b
B.M.E.M. Schols, 'Nogmaals de 'erfrechtelijke' koop en het onbelaste genot. Wat is de bedoeling?', *FBN* 2008 (12) 77, p. 3-7.

B.M.E.M. Schols 2009a
B.M.E.M. Schols, 'De Hoge Raad en de kansovereenkomst; balanceren op het kruispunt van verbintenissenrecht en successierecht (II, slot)', *WPNR* 6791 (2009), p. 239-247.
B.M.E.M. Schols 2009b
B.M.E.M. Schols, 'De "nieuwe" successierechtelijke fictiebepalingen; zonneklaar of doen alsof?', *WPNR* 6802 (2009), p. 484-496.
B.M.E.M. Schols 2011
B.M.E.M. Schols, 'Gaat het doek eerder dicht of blijft het langer open? De ventieltechniek gesynchroniseerd', *FBN* 2011 (6) 31, p. 3-9.
B.M.E.M. Schols 2012
B.M.E.M. Schols, 'Verdeel en beheers de schenk-, erf- en overdrachtsbelasting', in: *Verdeling in de notariële praktijk* (KNB preadvies 2012), Den Haag: Sdu 2012, p. 63-123.
B.M.E.M. Schols 2013a
B.M.E.M. Schols, 'Blauwdruk voor het testament van de 21e eeuw. De quasi-wettelijke verdeling, een stand van zaken', *Vakblad Estate Planning* 2013-21, p. 8-12.
B.M.E.M. Schols 2013b
B.M.E.M. Schols, 'Een inflexibele brief over een flexibel testament', *FTV* 2013 (11) 54, p. 27.
B.M.E.M. Schols 2013c
B.M.E.M. Schols, '10 jaar nieuw erfrecht en de fiscaliteit', *TE* 2013-6, p. 118-122.
B.M.E.M. Schols 2014a
B.M.E.M. Schols, 'Het voorwaardelijk afstandslegaat', *FBN* 2014 (9), 41, p. 3-4.
B.M.E.M. Schols 2014b
B.M.E.M. Schols, 'Opa's erfenis, fiscale last of een civielrechtelijk legaat?', *FBN* 2014 (11) 53, p. 7-10.
B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2003
B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, '"Over de dood heen"; De tweetrapsmaking: een prima instrument', *FTV* 2003 (7/8), p. 24-30.
B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols 2008
B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, 'Enige' civielrechtelijke dogmatiek misstaat in een schenk(ings)- en erfbelasting niet', *WPNR* 6757 (2008), p. 411-421.
F.W.J.M. Schols 2005
F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.
F.W.J.M. Schols 2007
F.W.J.M. Schols, 'Turbo-achtige testamenten en de maatschappelijke wenselijkheid daarvan. Een instrument voor indirecte erfrechtelijke binding: 'do ut des', *TE* 2007-1, p. 2-6.
Schuttevâer 1977
H. Schuttevâer, *De Nederlandse successiewetgeving. Civiel- en fiscaalrechtelijke beschouwingen over de verkrijgingen door erfrecht of schenking*, Deventer: Kluwer 1977.
Schuttevâer/Zwemmer 1992
H. Schuttevâer & J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving. Civiel- en fiscaalrechtelijke beschouwingen over de verkrijgingen door erfrecht of schenking*, Deventer: Kluwer 1992.

Schuttevâer/Zwemmer 1998
H. Schuttevâer & J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving. Civiel- en fiscaalrechtelijke beschouwingen over de verkrijgingen door erfrecht of schenking*, Deventer: Kluwer 1998.
Schuurman-van Nifterik 2010
M. Schuurman-van Nifterik, 'Waardering quasi-wettelijke vorderingen voor en na 1 januari 2010', *KWEP* 2010/17, p. 3-8.
Sikkema 2013
T.H. Sikkema, 'HR 5 oktober 2012: De huwelijksgemeenschap in drie aspecten', *JBN* 2013 (7-8) 37, p. 7-9.
Smalbraak 1983
J.Th. Smalbraak, 'Verkrijging onder algemene- en bijzondere titel NBW 3.4.4.1', *NJB* 1983, p. 421-422.
Sonneveldt 2004
F. Sonneveldt, 'Verkrijgingen onder tijdsbepaling en voorwaarde in de SW 1956', *NTFR* 2004-1350.
Sonneveldt 2010
F. Sonneveldt, 'Rechtsvraag: Hoe dient omgegaan te worden met bestaande ik-opa testamenten vanaf 1 januari 2010?', *FTV* 2010 (9) 38, p. 30-31.
Sonneveldt & De L. Monteiro 2010
F. Sonneveldt & M. de L. Monteiro, 'Huwelijksvermogens- en erfrecht in het Verenigd Koninkrijk en in Nederland: oceans apart', *KWEP* 2010/44, p. 4-10.
Sonneveldt & Stollenwerck 2010
F. Sonneveldt & A.H.N. Stollenwerck, *Estate planning*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2010.
Sonneveldt & Zuiderwijk 2013
F. Sonneveldt & J.C.L. Zuiderwijk (met medewerking van M.H. ten Wolde & M. de L. Monteiro), *Internationale aspecten van erf- en schenkbelasting*, Deventer: Kluwer 2013.
Speetjens 2010
W.J.J.G. Speetjens, 'Reactie op het programma Radar: een nieuwe lente, een nieuw testament?', *FTV* 2010 (4) 16, p. 5-7.
Sprenger van Eyk/De Leeuw 1930
J.P. Sprenger van Eyk & B.J. de Leeuw, *De wetgeving op het recht van successie van overgang en van schenking*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930.
Spruit 2003
J.E. Spruit, *Cunabula iuris: elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
Stollenwerck 2006
A.H.N. Stollenwerck, 'Keuzelegaat goederen "tegen inbreng" valt niet onder art. 10 Successiewet!', *FTV* 2006 (6) 30, p. 18-22.
Stollenwerck 2007
A.H.N. Stollenwerck 'Over het graf heen: fideï-commissaire making of tweetraps-making', *FTV* 2007(6) 24, p. 4-14.
Van Straaten 2002
J.C. van Straaten, 'Lasten (enkele civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten), *WPNR* 6502 (2002), p. 632-637.

Van Straaten 2012
J.C. van Straaten, 'Art. 11 lid 2 SW 1956 geldt niet voor economen', *FTV* 2012 (6) 31, p. 20-22.
Stubbé 2006
J.P.M. Stubbé, 'De toepassing van de fictie van art. 10 SW leidt wel tot erg veel misverstand', *NTFR* 2006-1373.
Suijling/Dubois 1931
J.Ph. Suijling & H.F.R. Dubois, *Inleiding tot het burgerlijk recht, 6e stuk (erfrecht)*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1931.
Süß & Haas 2004
R. Süß & U. Haas, *Erbrecht in Europa*, Angelbachtal: Zerb verlag 2004.

Tekst-Meijers
E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Tekst*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954-1955.
Toelichting-Meijers
E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954-1955.
Tol 2010
J. Tol, 'Opa is dood, leve opa?', *KWEP* 2010/4, p. 31-38.
Tuinstra & Laumans-van der Wijst 2005
G.A. Tuinstra & J.M.M. Laumans-van der Wijst, 'Reactie op "Ongedaanmaking en verwerping; mag de langstlevende van twee walletjes eten?" van mr. W.D. Kolkman en mr. P.F. Veltman WPNR (2004) 6592 en 6593', *WPNR* 6604 (2005), p. 28-30.

Veegens/Oppenheim 1925
A.S. Oppenheim, *Schets van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, *Tweede deel. Rechten op Zaken*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925.
Vegter 1989
J.B. Vegter, *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1989.
Vegter 2002
J.B. Vegter, 'Over de wettelijke vormgeving van het fideïcommis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fideïcommis', *WPNR* 6486 (2002), p. 317-322.
Vegter 2003a
J.B. Vegter, 'Over de mogelijke toepassing van artikel 10 van de Successiewet op het legaat tegen inbreng', *WPNR* 6535 (2003), 421-424.
Vegter 2003b
J.B. Vegter, 'Naschrift', *WPNR* 6540 (2003), p. 545-546.
Vegter 2005
J.B. Vegter, 'Handboek Nieuw Erfrecht, prof. mr. M.J.A. van Mourik, prof. mr. L.C.A. Verstappen, mr. B.M.E.M. Schols, mr. F.W.J.M. Schols, en mr. B.C.M. Waaijer, derde druk, Deventer 2002', *WPNR* 6619 (2005), p. 357-361.

Vegter 2015
J.B. Vegter, 'Opmerkingen over het legaat aan een erfgenaam mede in het kader van de verdeling van de nalatenschap', *WPNR* 7047 (2015), p. 83-88.
Van der Ven 2008
K.M.L.L. van der Ven, 'Economische eigendomsoverdracht en het afstandslegaat', *WPNR* 6761 (2008), p. 552-556.
Verbeke 2002
A.L.P.G. Verbeke, *Belgisch erfrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia 2002.
Verbeke & Van Vijfeijken 2000
A.L.P.G. Verbeke & I.J.F.A van Vijfeijken, 'Het begrip "krachtens erfrecht" in civiel- en fiscaalrechtelijke zin, in: P.H.J. Essers e.a. (red.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht. Opstellen over (fiscaal) ondernemingsrecht, erfrecht en insolventierecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
Van Vijfeijken 2000
I.J.F.A. van Vijfeijken, *Krachtens erfrecht* (oratie Tilburg), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2000.
Van Vijfeijken 2002a
I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2002.
Van Vijfeijken 2002b
I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Rechtsvragenrubriek. Verwerping of keuze?', *WPNR* 6510 (2002), p. 784-786.
Van Vijfeijken 2008
I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopen bij de economische realiteit', *WFR* 2008 (6757), p. 308-318.
Van Vijfeijken 2009
I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie', *WFR* 2009 (6829), p. 1231-1234.
Van Vijfeijken 2010a
I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De fictiebepalingen met ingang van januari 2010', *WPNR* 6833 (2010), p. 169-181.
Van Vijfeijken 2010b
I.J.F.A. Van Vijfeijken, 'De verdeling van een nalatenschap en art. 10, vijfde lid Successiewet', *WPNR* 6835 (2010), p. 207-212.
Van Vijfeijken 2010c
I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De dood van een echtgenote', *WFR* 2010 (6855), p. 508-509.
Van Vijfeijken 2012
I.J.F.A. Van Vijfeijken, 'Fiscale problemen bij een legaat van opa', *WFR* 2012 (6940), p. 191-196.
Van Vijfeijken 2013a
I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956. Fiscale monografieën; nr. 100*, Deventer: Kluwer 2013.
Van Vijfeijken 2013b
I.J.F.A. van Vijfeijken, 'Belastingrecht Actueel. Standpunt Belastingdienst quasi-wettelijke verdeling', *WPNR* 6990 (2013), 803-804.

Van Vijfeijken & Van der Weerd-van Joolingen 2014a
I.J.F.A. van Vijfeijken & H.F. van der Weerd-van Joolingen, 'De turboverdeling in de inkomstenbelasting', *WPNR* 7015 (2014), p. 373-380.
Van Vijfeijken & Van der Weerd-van Joolingen 2014b
I.J.F.A. van Vijfeijken & H.F. van der Weerd-van Joolingen, 'De turboverdeling in de inkomstenbelasting, een vervolg', *WPNR* 7040 (2014), p. 1123-1125.
Verstraaten 2006
R.T.G. Verstraaten, *Studenteneditie 2006-2007. Cursus Belastingrecht. Successiebelastingen*, Deventer: Kluwer 2006.
Verstraaten 2008
R.T.G. Verstraaten, *Studenteneditie 2008-2009. Cursus Belastingrecht. Successiebelastingen*, Deventer: Kluwer 2008.
Verstraaten & Van Vijfeijken 2010
R.T.G. Verstraaten & I.J.F.A. van Vijfeijken, *Studenteneditie 2010-2011. Cursus Belastingrecht. Successiebelastingen*, Deventer: Kluwer 2010
Völlmar 1942
H.F.A. Völlmar, *Nederlandsch Burgerlijk Recht, tweede deel, Zaken- en erfrecht*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1942.
Voorduin 1838
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweeder Kamer der Staten Generaal uit oorspronkelijk, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen / IV. deel. Burgerlijk Wetboek. Art. 877-1268.*, Utrecht: Robert Natan, Akademie-boekhandelaar 1838.

Waelkens 2008
L. Waelkens, *Civium causa. Handboek Romeins recht*, Leuven / Voorburg: Acco 2008.
Wegwijs in de Successiewet 2013
C.J.M. Martens & F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.
Wegwijs in de Successiewet 2014
C.J.M. Martens & F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.
De Wilde 1905
H.W. de Wilde, *De wetgeving op het recht van successie en van overgang bij overlijden. Eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905.
De Wilde 1907
H.W. de Wilde, *De wetgeving op het recht van successie en van overgang bij overlijden. Tweede deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1907.
Wimmer 2004
M. Wimmer, *Das Prälegat*, Wien: Böhlau 2004 (Oorspr. Habilitationsschrift Linz, 2002).

Van Zielst 2011
M.I. van Zielst, 'Een regeling analoog aan de quasi-legatenregeling in de Successiewet 1956*', *WPNR* 6886 (2011), p. 411-417.

Zwalve 1983
W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over een bijzondere wijze van legateren', *WPNR* 5643 (1983), p. 157-163.
Zwemmer 1998
J.W. Zwemmer, 'Een vruchtgebruik zonder betekenis', *FBN* 1998 (7-8) 58.

Gebruikte vertalingen

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; IX: , Codex Justinianus 9-12 = Codex Justinianus IX-XII / onder red. van J.E. Spruit, J.M.J. Chorus, L. de Ligt ; met medew. van R. Forrez en E. Slob; vert. [uit het Latijn] door J.E. Spruit ... [et al.], Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2010.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; VIII: , Codex Justinianus 4-8 = Codex Justinianus IV-VIII / onder red. van J.E. Spruit, J.M.J. Chorus, L. de Ligt; met medew. van R. Forrez en E. Slob; vert. uit Latijn door J.E. Spruit ... [et al.], Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2007.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; VII: , Codex Justinianus 1-3 = Codex Justinianus I-III / onder red. van J.E. Spruit, J.M.J. Chorus, L. de Ligt; met medew. van R. Forrez en E. Slob; vert. uit Latijn door J.E. Spruit ... [et al.]; met een inl. door J.E. Spruit ... [et al.], Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen 2005.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; VI: , Digesten 43-50 = Digesta XLIII-L / vert. door J.E. Spruit ... [et al.]; met medew. van L. de Ligt en J.M. Tevel, Zutphen: Walburg Pers; 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers, Juridisch & Sociaal 2001.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; V , Digesten 35-42 = Digesta XXXV-XLII / vert. door J.E. Spruit ... [et al.]; met medew. van L. de Ligt ... [et al.], Zutphen: Walburg Pers; 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers, Juridisch & Fiscaal 2000.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; IV , Digesten 25-34 = Digesta XXV-XXXIV / vert. door: J.E. Spruit ... [et al.], Zutphen: Walburg Pers; 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers, Juridisch & Fiscaal 1997.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; III , Digesten 11-24 = Digesta XI-XXIV / vert. door: J.E. Spruit ... [et al.] ; met medew. van L. de Ligt ... [et al.], Zutphen: Walburg Pers; 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1996.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; II , Digesten 1-10 = Digesta I-X / vert. door: J.E. Spruit ... [et al.], Zutphen: Walburg Pers; 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1994.

Corpus juris civilis: tekst en vertaling / J.E. Spruit; I , Instituten = Institutiones / vert. door: J.E. Spruit, K.E.M. Bongenaar, Zutphen: Walburg Pers; 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1993.

De instituten van Gaius / vert. [uit het Latijn] door J.E. Spruit en K. Bongenaar, Zutphen: Walburg Pers 1994.

Ulpianus, Papinianus en kleinere fragmenten / vert. [uit het Latijn en Grieks] door J.E. Spruit en K.E.M. Bongenaar, Zutphen: De Walburg Pers 1986.

Jurisprudentieregister

HOGE RAAD

HR 19 april 1861, *W* 2268 | 2.3.3, 3.3.2, 8.2
HR 4 maart 1881, *W* 4622 | 2.3.3, 3.3.2, 8.2
HR 29 juni 1888, *W* 5588 | 6.2.3
HR 12 juni 1896, *W* 6823 | 6.3.1.3
HR 20 november 1896, *W* 6889 | 6.3.1.3
HR 2 januari 1903, *PW* 9536 | 6.5.3.5, 7.2.2.3
HR 27 maart 1914, *W* 9649, *NJ* 1914, 622 | 3.2.2, 3.4.3, 4.2.2, 4.3.2.1, 6.3.1.3, 8.3
HR 26 augustus 1929, *NJ* 1929, p. 1525-1529 | 2.3.3, 3.3.2, 8.2
HR 22 juni 1955, *BNB* 1955/283 | 6.3.2.5, 8.6.1
HR 6 maart 1963, *BNB* 1963/113 | 6.5.3.5
HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126 | 2.3.5, 3.3.4, 5.6.2.2, 8.2
HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 | 5.4.2.3, 6.3.2.4, 6.4.1.4, 6.4.1.5, 8.6.1, 8.6.2
HR 15 februari 1967, *BNB* 1967/90 | 6.4.1.5
HR 6 december 1968, *NJ* 1969, 310 | 5.4.4
HR 16 april 1969, *BNB* 1969/124 | 7.5.1.3
HR 12 mei 1972, *NJ* 1973, 53 | 3.4.2.1
HR 3 april 1974, *BNB* 1974/140 | 6.5.3.5
HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 616 | 3.3.4
HR 23 april 1980, *NJ* 1980, 587; *BNB* 1980/173 | 5.3.5.2, 8.5.2
HR 29 mei 1981, *NJ* 1982, 25 | 3.4.2.2, 8.3
HR 5 februari 1982, *NJ* 1982, 457 | 3.2.2, 5.4.1, 5.4.3, 5.4.4
HR 16 april 1982, *NJ* 1982, 580 | 3.3.4
HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 159 | 3.3.4
HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374 | 1.2.1, 2.3.3, 3.3.4, 8.2, 8.3
HR 8 januari 1986, *BNB* 1986/105 | 7.4.2.2
HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/149 | 7.5.1.4
HR 4 maart 1987, *BNB* 1987/150 | 7.5.1.4, 7.5.2.1, 8.7.3.4
HR 29 juni 1988, *BNB* 1988/267 | 6.5.3.5
HR 23 juni 1989, *NJ* 1989, 732 | 3.4.2.1
HR 11 juli 1989, *BNB* 1989/260 | 7.2.2.1
HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593 | 6.5.1
HR 19 december 1990, *BNB* 1991/121 | 7.3, 7.4.2.1, 7.4.2.4
HR 11 september 1992, *NJ* 1992, 730 | 5.6.2.3
HR 16 september 1992, *BNB* 1992/384 | 5.6.3.3, 6.5.3.5, 7.4.3, 7.5.1.4
HR 16 september 1992, *BNB* 1992/385 | 7.5.1.4
HR 23 december 1992, *BNB* 1993/78 | 7.5.2.3
HR 3 maart 1993, *BNB* 1993/129 | 6.5.3.5

HR 26 mei 1993, *BNB* 1993/232 | 7.5.2.3
HR 26 november 1993, *NJ* 1994, 260 | 3.4.2.1, 5.3.2.4, 8.5.2
HR 15 juni 1994, *NJ* 1995, 755 | 6.5.3.5
HR 8 februari 1995, *BNB* 1995/105 | 7.2.1.3
HR 27 mei 1995, *NJ* 1994, 536 | 5.5.2.3
HR 13 september 1995, *BNB* 1995/313 | 6.5.1
HR 13 december 1995, *BNB* 1996/70 | 7.2.1.3
HR 4 februari 1998, *BNB* 1998/97 | 5.6.4.1
HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/317 | 6.5.3.5
HR 11 april 2003, *NJ* 2003, 493 | 6.5.3.5
HR 16 januari 2004, *NJ* 2004, 487 | 5.4.2.6
HR 30 maart 2007, *BNB* 2007/181 | 6.4.1.5
HR 6 april 2007, V-N 2007/2025 | 6.5.3.5
HR 13 april 2007, *NJ* 2007, 219 | 5.4.1
HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/310 | 5.4.2.5, 7.5.1.4, 7.5.2.1, 7.5.2.2, 7.5.2.3, 7.5.2.4, 8.7.3.4
HR 5 oktober 2007, *NJ* 2008, 296 | 5.6.3.4
HR 6 juni 2008, *BNB* 2008/203 | 7.4.1.4, 7.5.1.1, 7.5.1.3, 7.6.2
HR 2 december 2008, ECLI:NL:PHR:2009:BG6455 | 7.4.1.4, 7.6.4.1
HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224 | 5.4.2.4, 7.2.1.3, 7.4, 7.4.1, 7.4.1.1, 7.4.1.4, 7.4.2.3, 8.7.3.1
HR 4 september 2009, *RN* 2009, 97 | 5.5.2.3
HR 25 juni 2010, *BNB* 2010/ 274 | 7.2.2.3
HR 15 oktober 2010, *RvdW* 2010, 2016 | 5.4.1
HR 9 december 2011, *BNB* 2012/46 | 7.2.2.5
HR 20 januari 2012, *BNB* 2012/116 | 7.4.2.3, 7.4.2.4
HR 5 oktober 2012, *NJ* 2013, 140 | 5.6.2.4
HR 17 mei 2013, *NJ* 2013, 488 | 5.5.2.3
HR 13 juli 2013, *BNB* 2013/196 | 6.5.3.5
HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR2013:1206 | 7.6.4.2
HR 11 april 2014, *BNB* 2014/195 | 7.2.1.3

GERECHTSHOVEN

Hof Amsterdam 20 februari 1935, *W* 12884, *NJ* 1935, 1044 | 3.3.3
Hof 's-Hertogenbosch 6 april 1973, *BNB* 1974/40 | 6.3.2.5, 8.6.1
Hof 's-Gravenhage 10 mei 1974, *BNB* 1974/295 | 6.3.2.5, 8.6.1
Hof Amsterdam 3 juni 1991, *BNB* 1992/326 | 7.5.1.4
Hof Arnhem 24 januari 2002, nr. 99/00592 | 7.2.2.3, 7.6.1
Hof Amsterdam 22 november 2007, *NJ* 2011, 50 | 5.4.1
Hof Amsterdam 1 februari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC4082 | 7.4.1.3
Hof Amsterdam 7 augustus 2008, *NJ* 2011, 51 | 5.4.1
Hof Leeuwarden 26 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL2814 | 5.4.2.2, 7.4.1.1, 7.4.2.4
Hof Amsterdam 2 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6205 | 7.4.2.3

Hof Amsterdam (Notariskamer) 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599 | 5.5.2.3
Hof Den Haag 12 december 2014, NFX 2014/320 | 7.6.4.2

RECHTBANKEN

Rb. 's-Hertogenbosch 10 februari en 12 maart 1886, *W* 5356 | 3.4.2
Rb. Dordrecht 11 april 1934, *NJ* 1934, 721 | 3.3.3
Rb. Maastricht 23 februari 1939, *NJ* 1939, 475 | 3.3.3
Rb. Amsterdam 25 januari 1949, *NJ* 1949, 502 | 3.3.3
Rb. 's-Hertogenbosch 27 september 1957, *NJ* 1960, 396 | 3.3.3
Rb. 's-Gravenhage 27 mei 1961, *PW* 17319 | 3.3.3
Rb. Haarlem 11 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI7558 | 7.4.2.3, 7.4.2.4
Rb. Haarlem 11 april 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW3948 | 5.5.2.3
Rb. Maastricht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX6252 | 7.4.2.4
Rb. Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8012, V-N 2014/47.20 | 7.4.2.4

KAMERS VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN KANDIDAAT-NOTARISSEN

Rotterdam 13 augustus 2009 | 5.5.2.3

BUITENLANDSE RECHTSPRAAK

Bundesgerichtshof (Duitsland)

BGHZ 36, 115 (118f) | 4.3.5.1
BGHZ 82, 274 (279) | 4.3.5.1
BGH, *NJW* 1991, 1885 (1886) | 4.3.5.1

Cour de cassation (België)

Cass. 24 januari 1918, Rec. gén. enr. 1919, 501 | 4.3.5.2

House of Lords (Verenigd Koninkrijk)

House of Lords 6 mei 1970, [1970] UKHL 1 | 6.4.1.5

Trefwoordenregister

A

Aanbod | 3.2.2, 4.3.3, 4.3.3.1-4.3.3.3, 6.4.1.4
- testamentair aanbod tot koop | 4.3.3.3, 5.2.1, 5.4.5.1-5.4.5.4, 5.5.2.1, 8.4, 8.5.3

Aangiftetermijn | 6.5.1, 6.5.3.3, 7.2.1.4, 7.2.2.3-7.2.2.6, 8.7.1

Aanslag | 7.3.2
- vermindering | 6.5.1, 6.5.3.3, 6.5.3.5, 7.4.1.4, 8.6.3

Aansprakelijkheid
- voor schulden van de nalatenschap 2.3.6, 2.8, 5.3.4.3, 5.3.6.3, 5.5.2.2, 5.6.2.3, 5.6.4.3, 6.5.3.2-6.5.3.3, 7.2.1.1, 8.5.5, 8.6.3

Aanvullend legaat | 5.5.1, 7.2.1.1, 7.3-7.3.1.5, 7.3.2, 8.7.2

Afstand
- beperkt recht | 4.3.3-4.3.3.2, 4.3.6, 5.2.1, 8.4

zie ook voorwaardelijk afstandslegaat

Afvullegaat | 1.1, 5.6.4.1, 7.2.2.4-7.2.2.6, 7.3.1-7.3.1.3, 7.3.1.5, 7.3.2, 8.7.2

B

Bedrijfsopvolging | 7.2.2.4, 7.6.4.2

Beneficiaire aanvaarding | 5.2.5.3, 5.3.6.2, 5.6.3.3-5.6.3.4, 5.6.4.3, 7.2.1.2, 7.2.2.6, 7.3.1.2, 8.5.1, 8.7.2

Bestaanseis | 4.3.1, 4.3.2.4, 5.5.2.2, 7.4.2.2, 7.4.2.4

Bewind | 5.4.2.4, 5.5.1, 5.6.2.3, 7.2.1.1, 7.2.2.4, 7.3, 7.3.1.2, 7.3.1.4, 7.4.2.4
- en afgescheiden vermogen | 5.6.3.3, 5.6.3.4, 5.6.4.1

Boedel
- uit de boedel | 2.3.5.1-2.3.5.2, 3.2.2, 4.3.2.1, 4.3.2.3, 5.6.2.1, 5.6.2.3, 5.6.4.1, 6.2.3-6.2.4, 6.3.1.3, 6.5.1, 7.4.1.4, 8.6.1

Boedelbelasting | 6.2.2, 6.5.3.1, 7.4.1.4, 7.4.2.4, 7.6.4.2

Boedelmenging | 3.3.2

C

Conversie | 2.3.3, 3.4.3, 5.4.2.6, 5.4.5.1, 8.5.3

D

Damnatielegaat | 2.3, 2.3.2-2.3.4, 2.3.5.2, 2.3.6, 2.4-2.5, 2.8-2.9, 3.3.1, 3.3.4, 8.2, 8.4

Delegatie
- ongeoorloofde | 5.5, 5.5.2.1-5.5.2.3, 6.2.1, 6.4.1.5, 7.2.1.2

Draagplicht
- voor legaten | 5.3.6.1, 5.6.2.4, 6.5.3.4, 7.4.2.4, 8.6.3
- voor schulden van de nalatenschap | 3.2.1, 6.3.1.2, 6.5.3.2-6.5.3.4, 7.2.1.2, 7.3.1.1, 8.6.3, 8.7.2

E

Eigendomsoverdracht | 2.1.1, 2.3.2, 3.3.3-3.3.4, 3.4.2.2, 5.4.2.5, 5.6.2.1, 7.5, 8.7.3.4
- economische | 7.5-7.5.2.5, 8.7.3.4

Erfgenaam
- enig erfgenaam en tweetrapslegaat | 5.6.3.4, 7.3.2
- enig erfgenaam en vermenging | 5.6.3-5.6.3.4, 5.6.4.3, 6.5.3.5, 7.3.2, 7.4.3, 7.5.1.4, 7.5.2.4, 8.5.5

- en legataris *zie* legaat aan erfgenaam

Erfstelling
- definitie | 4.3.1

Estate planning
- definitie | 7.1

Executeur
- kosten van executele | 5.3.4.1, 6.5.3.2-6.5.3.3, 6.5.3.5, 8.6.3
- loon van de executeur | 6.3.1.1, 6.5.1

F

Facultatieve wettelijke verdeling | 5.6.2, 7.2.1.2, 7.2.1.3

Fideïcommis *zie ook* tweetrapsmaking | 2.2.1-2.2.2, 2.3.5.1, 2.3.6, 2.4-2.5, 2.8, 5.6.3.4

Fraus legis | 6.5.3.5, 7.4.2.1, 7.6.1

G

Gelijkheidsbeginsel | 7.4.2.4, 7.6.4.2, 8.7.3.2

Gift
- onder opschortende voorwaarde | 6.4.1.5

H

Handmatige ventielclausule | 5.6.4.1, 7.2.2.3-7.2.2.8, 7.3.1.3-7.3.1.4, 8.7.1

Handmatige ventieltechniek | 7.1.1, 7.2.2, 7.2.2.3-7.2.2.8, 7.3, 7.3.1.3, 8.7, 8.7.1

Hefboomwerking | 7.4, 7.4.1, 7.4.2, 7.4.2.1, 7.4.2.5, 8.7.3, 8.7.3.2

Heffing
- dubbele | 6.3.1.3, 7.2.1.4, 7.4, 7.4.1.3-7.4.1.4, 7.4.2.3, 7.4.3, 7.6.2.1, 7.6.3, 7.6.4.1-7.6.4.2

Heffingsgrondslag | 1.2.2.1, 6.2.1-6.2.2, 6.3.2, 6.3.2.1, 6.5.1, 6.5.2.1, 6.5.3.2, 6.5.3.5-6.5.3.6, 6.6, 7.3.1.3, 7.4.2.4, 8.6.3, 8.6.3.1, 8.8

Huwelijkse voorwaarden | 4.3.3.1, 7.4.1.3-7.4.1.4, 7.4.2.1, 7.4.2.4

I

Ik-opa-last | 7.1.1, 7.4, 7.4.2.1, 7.4.2.4, 7.6.2, 7.6.2.1, 7.6.4.1-7.6.4.2, 8.7, 8.7.3.2, 8.7.4

Ik-opa-legaat | 7.4, 7.4.2.4, 7.6.2.1, 7.6.4.2, 8.7.3.2, 8.7.4

Ik-opa-testament | 6.1, 7.1, 7.2.1.4, 7.3, 7.4.1, 7.4.1.4, 7.4.2-7.4.2.5, 7.6.2, 7.6.4, 7.6.4.2, 8.7.3, 8.7.3.2

Ik-opa-vordering | 7.4.2.1-7.4.2.4

K

Keuzelegaat | 1.2.1.5, 4.3.5.2, 5.1, 5.4.1, 5.4.2.4, 5.5.1-5.5.2.3, 5.6.4.1, 7.2.1-7.2.1.4, 7.2.2.3, 7.2.2.6, 7.3.1, 7.3.1.2, 7.3.1.3, 7.4.1, 7.6.1

Koop
- kale koop | 7.5
- met uitgestelde levering en legaat | 7.5
- van andermans goed | 3.4.2.2

Kwijtschelding | 2.3.2, 3.2.1, 3.4.3, 4.3.3.1-4.3.3.2, 4.3.5.1, 4.3.6, 5.2.1, 8.4

L

Last
- benoemde persoonlijke last | 6.3.2.1, 6.3.2.3-6.3.2.4, 6.3.2.6, 6.4.1.1, 6.4.1.3-6.4.1.4, 6.4.1.6, 6.5.3.1, 6.5.3.5, 8.6.1
- definitie | 3.2.2, 4.2.1, 4.3.2, 4.3.2.1, 4.3.2.5, 6.3-6.6, 8.6
- fiscale behandeling | 6.3-6.6, 8.6
- lastbevoordeelde | 1.2.1.2, 3.2.2, 3.4.3, 4.3.2.2, 4.3.2.4, 5.4.2.2, 5.4.5.3-5.4.5.4, 5.5.2.2, 6.2.1, 6.2.4, 6.3.1.3, 6.3.2.3-6.3.2.5, 6.4.1.1-6.4.1.5, 6.5.1-6.5.2, 6.5.3.1-6.5.3.2, 6.5.3.5, 6.6, 7.4.1.4, 7.4.2.2, 7.4.2.4, 8.4, 8.6.1-8.6.3
- onbenoemde persoonlijke last | 6.3.2.1, 6.3.2.3-6.3.2.4, 6.3.2.6, 6.4.1.1, 6.4.1.3-6.4.1.4-6.4.1.6, 6.5, 6.5.3.1, 6.5.3.5, 8.6.1-8.6.3
- onpersoonlijke last | 6.3.2.1, 6.3.2.3-6.3.2.6, 6.4.1.2-6.4.1.3,

6.4.1.6, 6.5, 6.5.2.1, 6.5.3.1, 6.5.3.5, 6.6, 8.6.1, 8.6.3
· verschil met legaat | 3.2.2, 4.2.1, 4.3.2, 4.3.2.1, 4.3.2.5, 5.4.2.2, 5.4.5.3, 6.3-6.6, 8.6
· vervallenverklaring | 3.2.2, 3.4.3, 4.3.2.5, 5.6.2.3, 6.3.1.3, 6.3.2.4, 6.4.1.1, 6.4.1.4-6.4.1.5, 6.5.3.5, 7.4.2.2, 8.6.3
· wijziging | 4.2.3
Legaat
· aan erfgenaam | 2.3.5, 5.6, 8.5.4
zie ook prelegaat en voorafnemingslegaat
· aanvaarding | 1.2.1.1, 2.4, 4.2.3, 5.4.1, 5.5.2.1, 5.5.2.3, 6.4.1.4, 7.2.1.3-7.2.1.4, 7.2.2.3-7.2.2.5, 7.2.2.7-7.2.2.8, 7.3, 7.3.1, 7.3.1.3, 7.4, 7.4.1, 7.4.1.2, 7.4.1.4, 7.4.2.4, 7.4.3, 8.7.3.1
· afbakening met last | 1.1, 1.2.1, 3.2.2, 4.2.1, 4.3.2, 4.3.2.1, 4.3.2.5, 5.4.2.2, 5.4.5.3, 5.5.2.2, 6.3-6.6, 8.6, 8.6.2
· andermans zaak | 2.3.2-2.3.3, 3.4.1-3.4.2, 3.4.2.2, 3.4.3, 4.2.2, 4.3.5.1, 5.2, 5.2.3.2, 5.2.4.1, 5.3.2, 5.3.6.2, 5.5.2.1-5.5.2.2, 5.6.3.2, 6.4.1.1, 7.2.2.6, 7.4.1.4, 7.6.1, 8.3, 8.5.1, 8.7.3.1
· definitie | 2.2.2, 3.2, 3.2.1, 3.5, 4.2.1, 4.3.2, 4.3.2.1-4.3.2.4, 4.3.3, 4.3.3.1, 4.3.3.3, 4.3.4, 4.3.5.1, 4.3.6, 5.5.2.2, 6.3.2, 6.4.1.1, 6.4.1.5, 8.2-8.4, 8.6.2
· herroeping | 2.5, 3.4.1-3.4.2, 4.2.2, 4.3.3.3
· huwelijksgemeenschapsgoed | 5.3, 8.5.2
· inkorting | 2.3.6, 4.3.2.1, 4.3.3.2, 4.3.3.3, 4.3.5.2, 5.4.5.3, 6.2.1
· met keuzemogelijkheid | 4.3.5.1, 5.5.2.2, 6.4.1.5
· tegen inbreng | 5.4, 7.2, 7.3.1.2, 7.4.3, 8.7.1, 8.7.3.3
· uitleg van | 2.7, 3.4.3, 4.2.3, 5.2.2, 5.2.3.1, 5.2.4, 5.3.2.1, 5.3.6.1, 5.4.1, 5.4.5.1, 7.2.2.4, 7.4.2.3, 8.5.2
· vermindering | 1.2.1, 4.2.3, 4.3.5.3, 5.2.3.2, 5.2.6.2, 5.2.6.4, 5.4.5.3, 5.5.2.3, 5.6.2.4, 5.6.4.1, 6.2.1, 7.2.1.2, 7.3.1.1, 8.5.1, 8.7.2
· verwerping | 2.4, 4.2.1, 4.2.3, 5.2.5.2-5.2.5.3, 5.2.6.3, 5.4.2.6, 5.5.2.3, 7.2.1.3, 7.2.2.3-7.2.2.4, 7.2.2.6-7.2.2.8, 7.3.1.3, 8.7.1
· wijziging | 6.4.1.5
· onder voorwaarde *zie* voorwaardelijke making
· ontbreken van het gelegateerde goed | 1.2.1.3, 1.2.1.5, 4.3.4, 4.3.4.2-4.3.4.3, 5.2.3.1, 5.2.4, 5.2.5.3, 5.2.6.3, 8.4
· opeisbaarheid | 5.4.1, 5.6.2.3
· opleg | 5.2.6.2-5.2.6.4
Legatum per praeceptionem *zie* voorafnemingslegaat
Legatum sinendi modo | 2.3.4
Legitieme portie | 4.2, 4.3, 5.2.3.2, 5.4.5.4, 6.5.1, 6.5.3.2-6.5.3.3, 8.6.3
Lijkbezorging
· kosten van de lijkbezorging | 5.3.4.1, 6.3.2.2, 6.3.2.4, 6.4, 6.5.3.2, 6.5.3.3, 6.5.3.5-6.5.3.6, 8.6.3, 8.6.3.1

N

Nalatenschap
· gemeenschap van een nalatenschap | 5.3.2.2, 5.6.2.3-5.6.2.4, 5.6.3.2, 5.6.4.3, 8.5.4

O

Opvullegaat | 7.3.1, 7.3.1.1, 8.7.2
Opoffering | 1.2.1.3, 4.3.4.2, 5.2.2, 5.2.3.1, 5.2.5.2-5.2.5.3, 5.2.6.3-5.2.6.4, 5.3.2.1, 5.3.6.2, 7.1, 7.2.2.6, 7.4.3, 7.5.1.2, 7.5.1.4, 7.5.2.4-7.5.2.5, 7.6.1, 7.6.2, 8.5.1

P

Partitio legata | 2.3.6
Partner

- in de zin van de Successiewet | 7.1

Plaatsvervulling | 6.5.3.5
Praelegatum *zie* prelegaat
Prelegaat | 1.2.1.4, 2.3.5-2.3.5.2, 3.3.4, 5.6, 5.6.1-5.6.2.4, 5.6.3.4, 5.6.4.2, 8.2, 8.5.4

Q

Quasi-legaat | 5.4.5.3, 6.5.3.2
Quasi-wettelijke verdeling | 5.4.2.4, 5.5.1, 7.2.1.1, 7.2.1.4, 7.2.2.3, 7.2.2.5, 7.3.1.2, 7.3.1.3, 7.3.1.4, 7.4.2.4, 8.7.2

R

Rechten
- alternatieve | 7.5.2.4

Rechtshandeling
- in de zin van art. 10 SW | 7.2.1.4, 7.2.2.8, 7.4.1-7.4.2, 7.6, 8.7.3-8.7.4

Rente
- bovenmatige | 7.2.1.4, 7.2.2.2
- renteovereenkomst | 7.2.2.3-7.2.2.6, 7.3.1.3, 8.7.1

S

Saisine | 3.3.2, 4.3.5.3, 5.6.4.3, 6.5.3.2, 8.5.5, 8.6.3
Samenlevingscontract/ samenlevingsovereenkomst 7.1, 7.1.1
Schenking
- ter zake des doods | 2.2.2, 4.3.3.3, 5.4.5.4, 6.5.3.5, 7.2.2.5

Schulden
- toerekening schulden van een erfgenaam | 5.4.1, 5.6.2.3
- van de erflater | 2.2.1, 3.2.1, 4.3.5.3, 5.3.4, 5.3.4.1, 5.3.6.1, 5.6.2.3, 5.6.4.3, 6.2.1, 6.3.1.1, 6.3.2, 6.5.2, 6.5.3.2, 6.5.3.3, 6.5.3.5-6.5.3.6, 7.2.2.2, 7.2.2.8, 7.5.2.2, 8.5.5, 8.6.3, 8.6.3.1
- van de nalatenschap | 2.8, 3.2.1, 3.3.1, 4.2.3, 4.3.2.6, 4.3.5.2, 5.2.3.2, 5.3.4, 5.3.4.1-5.3.4.3, 5.4.5.4, 5.5.2.1-5.5.2.3, 5.6.2.4, 5.6.4.2-5.6.4.3, 6.5.3.2-6.5.3.5, 7.2.1.2, 7.2.1.4, 7.2.2.6, 7.3.1.1, 7.4.1.3, 7.6.4.1, 8.5.5, 8.6.3, 8.7.2

Soortgoed | 7.4.2.4, 7.6.1, 8.6.1
Sublegaat | 2.5, 3.2.2, 4.2.1, 5.2.6.1-5.2.6.4, 5.4.1, 5.4.2.1, 5.4.2.2, 5.4.2.4, 5.4.3, 5.5.1, 5.5.2.3, 6.3.1.2, 6.5.3.4, 7.2.1.1-7.2.1.4, 7.2.2.6, 7.4.1.1, 7.4.1.4, 7.4.3, 7.5.2.4, 7.6.2.1, 8.5.1
Superturbotestament | 7.4.1.3, 7.6.3, 7.6.4.1, 8.7.4

T

Testamentaire last *zie* last
Titel
- algemene titel | 1.2.1.2, 2.1.1, 2.2.1-2.2.2, 2.8, 3.2.1, 3.3.4, 3.4.2.1, 4.3.4.3, 4.3.5.2, 5.5.2.1, 5.6.1, 5.6.2.3, 5.6.2.4, 6.5.1, 7.4.2.2, 7.5.1.4, 8.5.4
- bijzondere titel | 1.2.1.2, 2.1.1, 2.2.1, 2.3.1, 2.8, 3.2.1, 3.3.4, 4.3.5.2, 5.1, 5.3.6.1, 5.3.6.3, 5.5.2.2-5.5.2.3, 5.6.1, 5.6.2.1-5.6.2.4, 5.6.4.2, 6.3.2.4, 6.5.1-6.5.2.1, 7.5.1.4, 7.5.2.4, 8.5.4

Tros-Radar | 7.3.2
Turbotestament | 1.2, 5.4.2.4, 6.1, 7.1, 7.2.1.4, 7.2.2.8, 7.4-7.4.1.4, 7.4.2.3-7.4.2.4, 7.6.1-7.6.4.2, 8.7.3-8.7.3.2, 8.7.4
Tweetrapsafvullegaat | 7.3.1.5
Tweetrapserfstelling | 5.6.3.4, 7.3.2
Tweetrapslegaat | 5.6.3.4, 7.3.2
Tweetrapsmaking | 5.6.2.6, 6.5.3.5, 7.3.1.5, 7.3.2

U

Uiterste wilsbeschikking
- definitie | 4.3.3.1, 4.3.3.2, 4.3.6
- gerichtheid | 4.3.3.3, 5.4.5.2-5.4.5.3, 8.5.3
- gesloten stelsel | 4.3.3.1, 4.3.3.3, 5.4.5.1, 5.4.5.4, 5.6.2.3, 6.5.3.5, 8.5.3

V
Ventieltechniek
zie ook handmatige ventieltechniek
· wettelijke | 7.2.2.3-7.2.2.6, 7.2.2.8, 7.3, 7.6.1, 8.7.1
Verbintenis
· alternatieve | 3.4.4, 6.4.1.5
· voorwaardelijke | 5.4.2.3, 5.4.2.6, 5.6.3.4, 6.4.1.5. 6.5.3.5
Verdeling
· legaat als delingsvoorschrift | 5.6.2.3
Vereffening | 2.8, 4.2.3, 4.3.3.2, 4.3.5.3, 5.3.4.1, 5.3.6.2, 5.6.3.3, 5.6.3.4, 5.6.4.3, 6.5.3.2, 6.5.3.3, 6.5.3.5, 7.2.1.2, 8.6.3
Verkrijging
· voorwaardelijke | 5.4.2.5, 6.4.1.5, 6.5.3.5, 7.4.1.4, 7.4.2.4, 7.5.2.4
Verkrijgingsbelasting | 6.2.2, 6.3.2.2, 6.5.3.1, 6.5.3.3, 7.4.1.4, 7.6.4.2
Vermenging | 1.2.1.4, 4.3.4.3, 5.4.1, 5.6, 6.5.3.5, 7.2.1.2, 7.3.1.1, 7.3.2, 7.4.3, 7.5.1.4, 8.5.5
· beneficiaire aanvaarding | 5.6.3.2, 5.6.3.3, 5.6.4.3, 7.2.1.2
· legaat en enig erfgenaamschap | 5.6.3-5.6.4
· meerdere erfgenamen | 5.6.3.2
Vermogen
· afgescheiden | 1.2.1.4, 4.3.5.3, 5.6.2.3, 5.6.3.2-5.6.3.3, 5.6.4.2-5.6.4.3, 7.2.1.2, 8.5.5
Vindicatielegaat | 1.2.1, 1.2.1.1, 2.3, 2.3.1, 2.3.2-2.3.4, 2.3.5.2, 2.4-2.5, 2.8-2.9, 3.3.1, 4.3.3.1, 4.3.6, 8.2, 8.4
Voorafnemingslegaat | 2.3, 2.3.5, 2.3.5.2, 3.3.4, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.2.2-5.6.2.4, 5.6.4.1-5.6.4.2, 8.2, 8.5.4
Vooruitnemingslegaat *zie* voorafnemingslegaat
Voorwaarde
· potestatief | 5.4.2.6, 5.5.2.3, 6.4.1.5, 7.2.2.3
Voorwaardelijk afstandslegaat | 5.4.2.5, 5.4.2.6, 7.5, 7.5.1.4, 7.5.2.1-7.5.2.5, 8.7, 8.7.3.4
Voorwaardelijke making *zie ook* voorwaardelijke verkrijging
· erfstelling onder voorwaarde, voorwaardelijke erfstelling | 5.6.3.4, 6.5.3.6, 7.3.2
zie ook tweetrapsmaking
· legaat onder voorwaarde, voorwaardelijk legaat | 2.4, 2.5, 5.4.2.3, 5.4.5.1, 7.5.2.4, 8.7.3.4
Vorderingsrecht
· alternatief | 6.4.1.5
· gemeenschap van een | 6.4.1.5
Vrijstelling
· partnervrijstelling | 7.2.2.2, 7.2.2.7, 7.3.1, 7.3.1.2, 7.3.1.5, 7.3.2, 8.7.2
Vruchtgebruiklegaat | 4.3.5.2, 5.5.1, 5.6.4.1, 7.2, 7.2.1.1-7.2.1.4, 7.2.2, 7.2.2.3-7.2.2.8, 7.3, 7.3.1.3, 7.4-7.4.1.4, 7.4.2.3-7.4.2.4, 7.4.3, 7.6.2, 7.6.2.1, 7.6.3, 7.6.4.1, 8.7.1, 8.7.3, 8.7.3.1, 8.7.3.3, 8.7.4
· tegen inbreng | 5.4.2.4, 7.2.1.4, 7.4, 7.4.3, 7.6.2, 7.6.2.1, 7.6.3, 7.6.4.1, 8.7.3, 8.7.3.3, 8.7.4
Vruchtgebruiktestament | 5.4.2.4, 5.5.1, 7.2.1.4, 7.4.1, 7.4.1.3, 7.4.2.3

W
Waardering
· geldvordering | 7.2.2.1, 7.6.1
· inbrengverplichting | 5.4.1, 7.2.1.3
· testamentaire lastverplichting | 6.3.2.5, 6.5.3.5
· verkrijging krachtens erfrecht | 6.5.1
· woning | 7.2.1.3
Wettelijke verdeling
· en legaat aan langstlevende echtgenoot | 1.2.1.4, 5.1, 5.6.1, 5.6.4

· en legaat huwelijksgemeenschapsgoed | 1.2.1.3, 5.3.2.4
Willekeur(criterium) | 3.4.3, 5.5.2.1-5.5.2.2, 6.4.1.4, 8.6.2
Wilsrecht | 5.5.2.3, 5.6.2.3, 5.6.4.1-5.6.4.2, 6.5.1, 7.2.1.3, 7.2.2.3, 7.4.1.2, 7.6.2.1

Z

Zuivere aanvaarding | 7.2.1.2, 7.2.2.6, 7.2.1.1, 7.6.1, 7.6.4.1, 8.7.2

Curriculum vitae

1984	Geboren te 's-Gravenhage
2003	Eindexamen aan het Christelijk Gymnasium Sorghvliet te 's-Gravenhage
2006	Bachelor notarieel recht aan de Universiteit Leiden (*cum laude*)
2007	Bachelor rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden (*cum laude*)
2008	Master notarieel recht aan de Universiteit Leiden (*cum laude*)
2010	Master staats- en bestuursrecht (studie rechtsgeleerdheid) aan de Universiteit Leiden (*cum laude*)
2008-heden	Kandidaat-notaris bij notariskantoor mr. W.J. Boelens in Delft
2011-2015	PhD-candidate, afdeling notarieel recht, Universiteit Leiden (aangesteld via het E.M. Meijers Instituut)
2015-heden	Universitair docent notarieel recht aan de Universiteit Leiden

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2014 en 2015 verschenen:

MI-224 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering: tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014, ISBN 978 90 8728 205 9, e-ISBN 978 94 0060 170 3

MI-225 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312, e-ISBN 978 90 1312 041 7 040 0

MI-226 H. Duffy, *The 'War on Terror' and International Law*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 493 8

MI-227 A. Cuyvers, *The EU as a Confederal Union of Sovereign Member Peoples. Exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 500 3

MI-228 M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 232 9

MI-229 C. Chamberlain, *Children and the International Criminal Court. Analysis of the Rome Statute through a Children's Rights Perspective,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 519 5

MI-230 R. de Graaff, *Something old, something new, something borrowed, something blue?, Applying the general concept of concurrence on European sales law and international air law*, (Jongbloed scriptieprijs 2013), Den Haag: Jongbloed 2014, ISBN 978 90 7006 271 2

MI-231 H.T. Wermink, *On the Determinants and Consequences of Sentencing*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 90 7006 271 2

MI-232 A.A.T. Ramakers, *Barred from employment? A study of labor market prospects before and after imprisonment,* (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 178 3

MI-233 N.M. Blokker et al. (red.), *Vijftig juridische opstellen voor een Leidse nachtwacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, ISBN 978 90 8974 962 8

MI-234 S.G.C. van Wingerden, *Sentencing in the Netherlands. Taking risk-related offender characteristics into account*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2014, ISBN 978 94 6236 479 0

MI-235 O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechterlijk perspectief*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom/Lemma 2014, ISBN 978 94 6290 013 4

MI-236 L.M. Raijmakers, *Leidende motieven bij decentralisatie. Discours, doelstelling en daad in het Huis van Thorbecke*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 90 1312 7772 0

MI-237 A.M. Bal, *Taxation of virtual currency*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 690 1

MI-238 S.M. Ganpat, *Dead or Alive? The role of personal characteristics and immediate situational factors in the outcome of serious violence,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2014, ISBN 978 94 6259 422 7

MI-239 H.R. Wiratraman, *Press Freedom, Law and Politics in Indonesia. A Socio-Legal Study,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014, ISBN 978 94 6203 733 5

MI-240 H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 031 8

MI-241 A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten. Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, ISBN 978 90 1312 911 3

MI-242 F.G. Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014

MI-243 C. Wang, *Essays on trends in income distribution and redistribution in affluent countries and China* (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6108 895 6

MI-244 J. Been, *Pensions, Retirement, and the Financial Position of the Elderly,* (diss. Leiden) Enschede: Gildeprint 2014, ISBN 978 94 6108 942 7.

MI-245 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *De meerpartijenovereenkomst,* BWKJ nr. 29, Deventer: Kluwer 2014, ISBN 978 9013 13 106 2

MI-246 C. Vernooij, *Levenslang en de strafrechter. Een onderzoek naar de invloed van het Nederlandse gratiebeleid op de oplegging van de levenslange gevangenisstraf door de strafrechter* (Jongbloed scriptieprijs 2014), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9001 563 2

MI-247 N. Tezcan, *Legal constraints on EU member states as primary law makers. A Case Study of the Proposed Permanent Safeguard Clause on Free Movement of Persons in the EU Negotiating Framework for Turkey's Accession*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 828 8

MI-248 S. Thewissen, *Growing apart. The comparative political economy of income inequality and social policy development in affluent countries*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2015, ISBN 978 94 6233 031 3

MI-249 W.H. van Boom, *'Door meten tot weten'. Over rechtswetenschap als kruispunt,* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, ISBN 978 94 6290 132 2

MI-250 G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: BoxPress 2015, ISBN 978 94 6295 285 0

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek