

8 Overige testamentvormen

Prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg

8.1 Vruchtgebruik

8.1.1 Vruchtgebruik algemeen

In een estateplanningstestament wordt het instrument van het legaat van vruchtgebruik veel gehanteerd. Successierechtelijk kan een vruchtgebruik heel aantrekkelijk zijn, omdat de heffing (en dus met name de progressie) verdeeld wordt tussen de vruchtgebruiker en de hoofdgerechtigde (bloot eigenaar).

De vruchtgebruiker behoeft slechts over de waarde van het vruchtgebruik erfbelasting te betalen, terwijl de bloot eigenaar over de waarde van de bloot eigendom erfbelasting verschuldigd is zonder dat hij bij overlijden van de vruchtgebruiker nogmaals erfbelasting behoeft te betalen. Op dit thema zijn veel varianten mogelijk die tot een optimaal fiscaal resultaat kunnen leiden. Door het vestigen van een vruchtgebruik kunnen bovendien de inkomsten uit het vruchtgebruikvermogen in een andere inkomst sfeer gebracht worden dan die van de eigenaar. Hierbij is ook zeker flexibiliteit in de regeling nodig.

De vruchtgebruiker hoeft de inkomsten niet te gebruiken. Voldoende voor het bestaan van vruchtgebruik is dat hij de mogelijkheid heeft de vruchten te genieten.¹ Denkbaar is dat in het geheel geen vruchten worden genoten doch dat deze aan de bloot eigendom worden toegevoegd.

Met het vruchtgebruik kan erflater bovendien zowel aan de vruchtgebruiker als de bloot eigenaar gefaseerd zijn vermogen nalaten.

Maar het vruchtgebruik heeft ook een aantal nadelige kanten: vruchtgebruiker en hoofdgerechtigden zijn aan elkaar verbonden, zij zijn in zekere mate afhankelijk van elkaar. Ook al worden aan de vruchtgebruiker nog zoveel bevoegdheden toegekend, hij zal altijd moeten dulden dat de hoofdgerechtigde over zijn schouder met hem meekijkt. De hoofdgerechtigde kan jaarlijks verlangen dat hem de aan het vruchtgebruik

¹ Zie Mellema-Kranenburg, 'Vruchtgebruik', in: *Preadvies KNB* 1999, p. 22.

onderworpen zaken worden getoond (art. 3:206 lid 3 BW, dwingend recht). Daar waar een gespannen verhouding bestaat tussen vruchtgebruiker en hoofdgerechtigde lijkt het vruchtgebruik minder geschikt.

In het navolgende zal de techniek van het vruchtgebruik besproken worden met de daaraan verbonden fiscale gevolgen en een aantal varianten op het thema vruchtgebruiktestament.

8.1.2 *Soorten vruchtgebruiklegaat*

Het vruchtgebruik wordt in een testament opgenomen in de vorm van een legaat. Het legaat vormt een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 BW). Op grond van art. 4:120 BW worden schulden uit een legaat slechts ten laste van de nalatenschap voldaan indien alle andere schulden van de nalatenschap daaruit ten volle kunnen worden voldaan.² De volgende vruchtgebruiklegaten kunnen worden onderscheiden:

a. Vruchtgebruik van alle goederen van de nalatenschap

Het valt aan te bevelen ook in een geval dat het de bedoeling is dat een legataris alle goederen in vruchtgebruik krijgt, een zekere flexibiliteit te creëren door te bepalen dat de legataris de keuze heeft van welke tot de nalatenschap behorende goederen hij het vruchtgebruik verkrijgt. Wanneer dit niet uitdrukkelijk in het testament is bepaald, bestaat deze keuzemogelijkheid niet.

b. Vruchtgebruik van een specifiek goed

Een vruchtgebruik kan ook gemaakt worden met betrekking tot een deel van de nalatenschap of een specifiek goed.

Daarbij is het van belang dat het goed nauwkeurig omschreven wordt en ook de eventueel op het goed rustende schulden. Dient de schuld ten laste van de hoofdgerechtigde of de vruchtgebruiker te komen? Uit estate planningsoverwegingen kan het voordelig uitkomen als schulden, maar ook kosten zo veel mogelijk ten laste van de vruchtgebruiker komen. Uiteraard dient de vruchtgebruiker dan wel over voldoende middelen te beschikken.

Waar het een vruchtgebruik van een specifiek goed betreft zij vermeld dat wanneer het goed vervreemd wordt door middel van zaaksvervanging (art. 3:213 BW) een ander goed voor dat goed in de plaats komt. Wanneer dat niet gewenst is dient dat uitdrukkelijk bepaald te worden.

2 Zie ook Rb. Gelderland 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:5298.

c. *Recht van gebruik en bewoning*

Een variant op het recht van vruchtgebruik is het recht van gebruik en bewoning (art. 3:226 BW). Op het recht van gebruik en bewoning vinden de regels betreffende vruchtgebruik, behoudens enkele uitzonderingen, overeenkomstige toepassing (art. 3:226 lid 1 BW).

Het essentiële verschil tussen het recht van gebruik en bewoning en het vruchtgebruik is hierin gelegen dat bij het recht van gebruik en bewoning het recht zelf noch het gebruik van de zaken kan worden vervreemd of bezwaard. Het recht is dus hoogst persoonlijk.

Naast het recht van gebruik en bewoning bestaat ook het recht van louter bewoning. In dat geval heeft de rechthebbende slechts het recht op de bewoning en niet op de vruchten.

In beginsel worden het recht van vruchtgebruik en het recht van gebruik en bewoning fiscaal gelijk behandeld. Dit wordt anders als aan het recht van gebruik en bewoning de zogenoemde metterwoonclausule wordt toegevoegd. Deze clausule heeft een waarde-drukkend effect op het recht van gebruik en bewoning, dat kan voor estate-planningsdoeleinden nadelig zijn.

In de overdrachtsbelasting wordt een vruchtgebruik casu quo recht van gebruik en bewoning met een metterwoonclausule gewaardeerd conform het besluit van 22 februari 2017, *Stcrt.* 2017, 12449 (regeling nr. 2017-36415), onderdeel 4.1, dat wil zeggen 6% (percentage van art. 10 UB SW) × factor van bijlage Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971 × waarde in vrij opleverbare staat +/- 25%.

De afwaardering van 25% geldt alleen voor de overdrachtsbelasting. Voor de schenken- en erfbelasting is art. 21 lid 11 en 14 SW van toepassing. Voor de vermogensrendementsheffing wordt de waarde bepaald op basis van de regels die gelden voor de waardering van een van het leven afhankelijk vruchtgebruik (art. 19 lid 1, 7 en 8 Uitvoeringsbesluit IB 2001). Zie: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0038694/2017-01-10>. Voor deze goedkeuring gelden twee voorwaarden:

- a) De vruchtgebruiker en de bloot-eigenaar doen beiden een beroep op deze goedkeuring.
- b) Het recht van vruchtgebruik en de bloot-eigendom van de woning behoren voor de vruchtgebruiker tot de bezittingen van box 3 (art. 5.3 Wet IB 2001).

8.1.3 *Vestiging vruchtgebruik*

Vruchtgebruik ontstaat door verjaring of vestiging (art. 3:202 BW). Bij estate planning zal van verjaring niet zo snel sprake zijn, immers verjaring is niet 'gepland'. Wellicht dat verjaring nog een rol speelt wanneer er een gebrek aan de vestiging kleeft, zoals bij

het ontbreken van een geldige titel of wanneer niet voldaan is aan de formele eisen die aan de vestiging zijn gesteld.

De vestiging van vruchtgebruik moet gebeuren volgens de voorschriften die voor overdracht en voor vestiging van een beperkt recht in acht genomen moeten worden (art. 3:81 lid 1 BW).

De vestigingsformaliteiten verschillen al naar gelang het soort goederen waarop het vruchtgebruik gevestigd wordt. Dat betekent dat de formaliteiten verschillen bij het vestigen van een vruchtgebruik op onroerend goed (art. 3:89 BW) van die van de vestiging op een effectenportefeuille (art. 3:90 BW). Dus vestiging op een onroerende zaak dient bij notariële akte te gebeuren. Wanneer niet voldaan is aan de vestigingsformaliteiten is er geen rechtsgeldig vruchtgebruik ontstaan, met alle fiscale gevolgen van dien.

De vestiging van vruchtgebruik op effecten en roerende zaken (art. 3:90 BW) is veel minder formeel. Bij effecten bijvoorbeeld is aantekening van het vruchtgebruik op de effectenrekening voldoende.

8.1.4 *Moment waarop het vruchtgebruik ontstaat*

Zoals hierboven gesteld ontstaat het vruchtgebruik door vestiging. Pas vanaf dat moment kan de vruchtgebruiker aanspraak op de vruchten maken.

In het testament wordt echter meestal vastgelegd dat het vruchtgebruik ontstaat vanaf de datum van overlijden, dus ook als de vestigingsformaliteiten pas later voltooid zijn. Veelal wordt in het testament aan een legaat een tijdsbepaling verbonden. Een dergelijke bepaling is geen vervaltermijn en geeft slechts een nadere omlijning van de verplichtingen van de erfgenamen respectievelijk de bevoegdheid van de legataris tot het vorderen van afgifte van het legaat.³

Ook voor de toepasselijkheid van de eigenwoningregeling is de vestiging van het vruchtgebruik van buitengewoon groot belang. Uit de tekst van art. 3:111 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001, volgt dat de eigenwoningregeling pas van toepassing is vanaf het moment dat het betreffende recht is gevestigd. Wanneer het recht van vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende wordt gevestigd binnen twee jaar na overlijden van de erflater is de regeling met terugwerkende kracht van toepassing vanaf het moment van overlijden van de erflater.

8.1.5 *Duur van het vruchtgebruik*

In de meeste gevallen is het vruchtgebruik gevestigd voor de duur van het leven van de vruchtgebruiker. Wanneer de vruchtgebruiker overlijdt vervalt het vruchtgebruik en wordt de bloot eigenaar vol eigenaar.

³ HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7128.

Het gaat daarbij om het leven van de eerste vruchtgebruiker. Ook al vervreemdt de vruchtgebruiker zijn recht of verleent hij hierop een recht van gebruik en bewoning dan nog blijft het recht van vruchtgebruik afhankelijk van zijn leven.

Bij testament kan echter gevarieerd worden op de lengte van de duur van het vruchtgebruik. Het vruchtgebruik kan bijvoorbeeld voor een bepaalde tijd of termijn tot het plaatsvinden van een bepaalde gebeurtenis gevestigd worden.

Voor de erfbelasting zal dan de contante waarde in de heffing betrokken worden.

8.1.6 *Vruchtgebruik ten behoeve van twee of meer personen*

Art. 3:203 lid 1 BW bepaalt dat het vruchtgebruik ook gevestigd kan worden ten behoeve van twee of meer personen. Dit kan zich in de vorm van een (a) gezamenlijk of (b) opvolgend vruchtgebruik realiseren.

Gezamenlijk vruchtgebruik

Van een gezamenlijk vruchtgebruik is sprake wanneer vruchtgebruik ten behoeve van twee of meer personen gevestigd wordt. Een in de praktijk veel voorkomend voorbeeld is het vruchtgebruik of recht van gebruik en bewoning dat voorbehouden wordt door de ouders bij de overdracht van hun woning aan de kinderen. Zolang de beide ouders leven, komt het vruchtgebruik de ouders gezamenlijk toe. Zodra één van beiden is overleden wordt de langstlevende gerechtigd tot het gehele vruchtgebruik (of recht van gebruik en bewoning). Zie art. 3:203 lid 2 BW "vruchtgebruik ten behoeve van twee of meer personen wast bij het einde van het recht van een hunner bij dat van de anderen aan".

Het vruchtgebruik van één van de gezamenlijke vruchtgebruikers kan dus eerder eindigen dan dat van de ander(en). Dit kan door overlijden, doch het kan ook doordat dat bij de instelling van het vruchtgebruik is bepaald.

Door de aanwas verkrijgt de overblijvende vruchtgebruiker op grond van de wet een meer omvattend vruchtgebruik.

Bij vestiging van het vruchtgebruik kan bepaald worden dat bij overlijden van de eerststervende, de langstlevende slechts het vruchtgebruik over de helft van het goed heeft.

Voor wat de heffing van de erfbelasting betreft wordt uitgegaan van de tabellen in het Uitvoeringsbesluit SW, waarbij onderscheid gemaakt wordt of het recht afhankelijk is van het leven van één of twee personen.

Opvolgend vruchtgebruik

Ook hier zijn er meerdere vruchtgebruikers, echter niet tegelijkertijd (of gedeeltelijk tegelijkertijd) doch bij opvolging.

A vestigt een vruchtgebruik bij opvolging ten behoeve van B en C. C verkrijgt het vruchtgebruik pas bij overlijden van B. C wordt in dat geval een nieuwe opvolgend vruchtgebruiker. De juridische grond van de verkrijging van C is een derdenbeding. B bedingt ten behoeve van C bij vestiging van het vruchtgebruik van de hoofdgerechtigde een opvolgend vruchtgebruik (art. 6:253 BW). Op deze wijze wordt het vruchtgebruik dus gevestigd voor een periode die langer kan zijn (C kan immers voor B overlijden) dan het leven van de vruchtgebruiker.

Voorwaarde hierbij is wel dat de opvolgend vruchtgebruiker moet bestaan op het moment van vestiging van het vruchtgebruik (art. 4:56 BW). Aangezien men het vruchtgebruik ook kan vestigen voor een kortere periode dan het leven van de vruchtgebruiker is denkbaar dat het vruchtgebruik van de eerste vruchtgebruiker voortduurt totdat zich een bepaalde gebeurtenis heeft voorgedaan en vanaf deze gebeurtenis het vruchtgebruik doorloopt ten behoeve van de opvolgend vruchtgebruiker.

Te denken valt aan de situatie dat vader een vruchtgebruik verkrijgt uit de nalatenschap van moeder en voorts ten behoeve van een van de kinderen bij opname in een bejaardentehuis dan wel bij vaders overlijden.

Voor de erfbelasting moet een opvolgend vruchtgebruik worden gewaardeerd naar:

- de situatie dat een vruchtgebruik eindigt bij het overlijden van de langstlevende van een echtpaar; of
- de situatie dat een vruchtgebruik uitsluitend bij opvolging wordt verkregen.

Het vruchtgebruik eindigt bij het overlijden van de langstlevende van een echtpaar

Beide gerechtigden krijgen een levenslang vruchtgebruik van de onverdeelde helft van het goed waarop het recht betrekking heeft. Op het moment dat de eerste van de twee vruchtgebruikers overlijdt, verkrijgt de ander bij opvolging het vruchtgebruik van de andere onverdeelde helft waarop het recht betrekking heeft. Dit recht wordt verkregen van degene die het vruchtgebruik in eerste instantie gelegateerd heeft; derhalve niet van de eerststervende vruchtgebruiker.

Het opvolgend vruchtgebruik moet gezien worden als een verkrijging onder opschortende voorwaarde.⁴

Het vruchtgebruik wordt uitsluitend bij opvolging verkregen

Ook hier is het zo dat de opvolgende vruchtgebruiker verkrijgt onder de opschortende voorwaarde van overlijden van de 'eerste' vruchtgebruiker. Voor de heffing van de erfbelasting wordt dit vruchtgebruik ook beschouwd verkregen te zijn van degene die in eerste instantie het vruchtgebruik ingesteld heeft. Bij de waardebepaling van de met

⁴ HR 8 december 1999, BNB 2000/41; ECLI:NL:HR1999:AA3812.

opvolgende vruchtgebruik bezwaarde goederen moet terstond rekening gehouden worden met deze voorwaarde (art. 21 lid 11 tweede volzin SW 1956).⁵

8.1.7 *De bevoegdheden van de vruchtgebruiker*

Vanuit estate planningsoogpunt bekeken is het te prefereren dat het vruchtgebruikvermogen zo veel mogelijk in stand wordt gelaten. De bloot eigenaar heeft immers al erfbelasting betaald en wil zo'n groot mogelijke waardeaan groei verwerven bij overlijden van de vruchtgebruiker. Om aan dit streven te kunnen voldoen dient rekening gehouden te worden bij de formulering van de vruchtgebruikbevoegdheden in het testament. De volgende drie categorieën bevoegdheden kunnen hierbij worden onderscheiden.

1. *Bevoegdheid de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen te gebruiken of te verbruiken (art. 3:207 BW)*

Uit de aard van het recht van vruchtgebruik vloeit voort dat de vruchtgebruiker gerechtigd is de onder het vruchtgebruik vallende goederen te gebruiken. Op welke wijze de vruchtgebruiker de goederen mag verbruiken dient bij de vestiging van het vruchtgebruik te worden bepaald. Wanneer dit niet gebeurd is, strekken de aard van de goederen en de plaatselijke gewoonte tot richtlijn.

Met name kan zich daarbij de vraag voordoen waar de grens ligt tussen gebruiken en verbruiken en vervolgens tussen verbruiken en verteren.

Deze begrippen liggen dicht bij elkaar met echter het grote verschil dat de bevoegdheid tot verbruiken uit de wet voortvloeit en de bevoegdheid tot verteren uitdrukkelijk bij de vestiging moet zijn bepaald.⁶

Gebruik zal de vruchtgebruiker van alle tot het vruchtgebruik behorende goederen kunnen maken. Daarbij is het mogelijk dat hetgeen in vruchtgebruik wordt gegeven versleten of geconsumeerd wordt. De aard van de in vruchtgebruik gegeven zaken leidt tot het gevolg dat een dergelijke slijtage gedoogd moet worden. Dat laatste kan het geval zijn bij de inboedel die in vruchtgebruik wordt gegeven. Een kostbaar schilderij daarentegen zal aan het eind van het vruchtgebruik in dezelfde staat teruggegeven moeten worden als waarin het zich bevond bij het vestigen van het vruchtgebruik. Wanneer dat niet gebeurt, heeft de vruchtgebruiker niet de zorg van een goed vruchtgebruiker in acht genomen (art. 3:207 lid 3 BW). Bij verbruikbare zaken hoeft de vruchtgebruiker aan het einde van het vruchtgebruik de hoofdgerechtigde slechts terug te geven wat over is.

⁵ Zie F. Sonneveldt en B.B.A. de Kroon, *Gezamenlijk en/of opvolgend vruchtgebruik Successiewet 1956, NFTR* beschouwingen, 2012/15.

⁶ Zie ook Rb. Midden-Nederland 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5043.

De verbruikte zaken behoeft hij niet te vervangen. De vraag is wat rechtens is als het om het soortzaken gaat zoals geld en effecten aan toonder. Uit de aard van de zaak, geld en effecten, is af te leiden dat het hier geen verbruikbare goederen betreft. Aan het eind van het vruchtgebruik zullen deze goederen derhalve teruggegeven moeten worden. Wanneer partijen verbruik beogen dient bij de vestiging/het opmaken van het testament verteringsbevoegdheid afgesproken te worden (art. 3:215 BW).

Mogelijk is dat de niet-individualiseerbare goederen, zoals geld, zich vermengd hebben met eigen geld van de vruchtgebruiker. Hetzelfde kan gebeuren met effecten. Wanneer de vruchtgebruiker in vruchtgebruik gegeven effecten tezamen met zijn eigen effecten aanhoudt, bijvoorbeeld op één effectenrekening, is denkbaar dat vermenging optreedt (art. 5:15 BW). Om dit soort ongewenste consequenties te voorkomen wordt in art. 3:211 lid 2 BW bepaald dat de vruchtgebruiker verplicht is de naar soort bepaalde goederen afgescheiden van zijn vermogen te houden. Wanneer de vruchtgebruiker toch vermengt – bijvoorbeeld door zijn eigen effecten alsmede de effecten waarvan hij het vruchtgebruik in depot heeft gegeven op één effectenrekening aan te houden – dan heeft dit geen verlies van het recht van de hoofdgerechtigde tot gevolg wanneer deze kan bewijzen welke bepaalde goederen in vruchtgebruik gegeven worden. Wanneer dat bewijs niet geleverd kan worden bestaat het gevaar dat de vruchtgebruiker door vermenging vol eigenaar van de effecten wordt waardoor er bij diens overlijden alsnog erfbelasting over de effecten betaald moet worden.

Behalve afscheiding van de 'vruchtgebruik'-effecten had vermenging ook voorkomen kunnen worden door in het testament bij vestiging van het vruchtgebruik duidelijk te omschrijven welke effecten onder het vruchtgebruik vallen.

2. *De beheersbevoegdheid van de vruchtgebruiker (art. 3:207 lid 2 BW)*

Art. 3:207 lid 2 BW bepaalt dat de vruchtgebruiker bevoegd is tot alle handelingen die tot een goed beheer van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen dienstig kunnen zijn. Bij beheer moet men denken aan de dagelijkse handelingen, handelingen die geen uitstel kunnen velen en voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn. Veelal zal in de vruchtgebruikregeling bepaald zijn dat de vruchtgebruiker tot vervreemding en herbelegging bevoegd is.

Zo behoort bij het vruchtgebruik van een effectenportefeuille vervreemding en herbelegging tot het beheer van de vruchtgebruiker. Sterk speculatief vermogensbeheer is in strijd met de zorg van een goed vruchtgebruiker.⁷ Zeker wanneer de bloot eigenaren minderjarig zijn, is speculatief beleggen uit den boze.

⁷ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536.

Voorts zal de vruchtgebruiker vorderingen kunnen innen (art. 3:210 lid 1 BW) en overeenkomsten kunnen opzeggen en ontbinden (art. 3:210 lid 2 BW), voor zover dat voor een goed beheer dienstig kan zijn.

Wordt het vruchtgebruikvermogen zelf aangetast, dan kan de vruchtgebruiker – behoudens eventuele andersluidende bepalingen – slechts tezamen met de hoofdgerechtigde deze handelingen verrichten (art. 3:207 lid 2 BW).

Zo dient de kwijtschelding van een vordering door vruchtgebruiker en hoofdgerechtigde tezamen te geschieden.

Onder omstandigheden is ook de vruchtgebruiker tot beschikkingshandelingen met betrekking tot de onder het vruchtgebruik vallende goederen bevoegd, namelijk wanneer het vruchtgebruik goed bestemd is om vervreemd te worden (art. 3:212 lid 1 BW). Het is echter beter dit uitdrukkelijk in het testament te bepalen.

De vraag is of beheersbevoegdheid van de vruchtgebruiker privaat is.

Art. 3:210 lid 3 BW bepaalt dat de in de vorige leden genoemde bevoegdheden (bepaalde in art. 3:210 BW genoemde beheersbevoegdheden) slechts door de hoofdgerechtigde kunnen worden uitgeoefend met toestemming van de vruchtgebruiker of de kantonrechter. Dat betekent dus gematigd privaat.

3. De vervreemdings- en verteringsbevoegdheid van de vruchtgebruiker

Bij het klassieke vruchtgebruik passen geen vervreemdings- en verteringsbevoegdheid. Toch heeft de wetgever in 1992 de mogelijkheid geschapen deze bevoegdheden aan het vruchtgebruik te verbinden. Ook vanuit estate planningsoogpunt lijkt in ieder geval de verteringsmogelijkheid in te druisen tegen de doelstelling van estate planning. Desalniettemin worden vaak in estateplanningstestamenten vervreemdings- en verteringsbevoegdheid verleend, omdat de testamenten veelal ook aan de verzorgingsbehoefte van de langstlevende moeten voldoen.

Bij vervreemding moet onderscheid gemaakt worden tussen de bevoegdheid om het vruchtgebruik zelf, dus het beperkte recht, te vervreemden en de goederen die aan het vruchtgebruik onderworpen zijn. Het vruchtgebruik zelf is altijd voor vervreemding vatbaar (art. 3:223 BW) behoudens de beperking van art. 3:226 BW (recht van gebruik en bewoning). In art. 3:212 lid 2 BW staat dat bij de vestiging van het vruchtgebruik kan worden bepaald dat sommige of alle onder het vruchtgebruik vallende goederen door de vruchtgebruiker kunnen worden vervreemd. Deze bepaling voldoet aan een behoefte in bijvoorbeeld de situatie dat een langstlevende het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd krijgt, maar de mogelijkheid moet hebben zijn grote huis in te ruilen voor een comfortabel appartement zonder daarvoor afhankelijk te zijn van de kinderen of stiefkinderen. Bovendien kunnen met betrekking tot de vervreemdingsbevoegdheid van de vruchtgebruiker nadere voorwaarden worden gesteld. Op die manier kan de vaak zo gewenste flexibiliteit in de regeling gehouden worden. De beschikkingsbevoegdheid zou bijvoorbeeld uitsluitend de echtelijke woning kunnen betreffen. Hetgeen in geval van vervreemdingsbevoegdheid voor het vruchtgebruiksgoed in de plaats komt, valt door zaaksvervanging (art. 3:213 BW) weer onder het vruchtgebruik.

Op grond van art. 3:215 BW kan ten aanzien van het vruchtgebruik bepaald worden dat de vruchtgebruiker de bevoegdheid wordt verleend de onder het vruchtgebruik vallende goederen geheel of gedeeltelijk te vervreemden of te verteren. Deze bevoegdheid kan op verschillende wijzen ingevuld worden, bijvoorbeeld door haar aan de verzorgingsbehoefte te koppelen. Hoewel de verteringsbevoegdheid voor de langstlevende sympathiek overkomt, is het fiscaal gezien een onaantrekkelijke gedachte.

De beoogde waardeangroei gaat immers door de vertering geheel verloren. Overigens wordt vruchtgebruik met en zonder verteringsbevoegdheid gelijk belast voor de erfbelasting, hetgeen begrijpelijk is daar de verteringsbevoegdheid niet meer is dan een verteringsmogelijkheid.

8.1.8 *Zaaksvervang*

Art. 3:213 BW bepaalt dat hetgeen in de plaats van aan vruchtgebruik onderworpen goederen treedt doordat daarover bevoegdlijk wordt beschikt aan de rechthebbende toebehoort en aan het vruchtgebruik is onderworpen. In geval van onbevoegdlijk beschikken geldt de zaaksvervangingsregel niet, omdat het anders voor de vruchtgebruiker te gemakkelijk zou zijn het vruchtgebruikvermogen om te zetten en de hoofdgerechtigde zonder zijn toestemming en tegen zijn wil, op te schepen met nieuwe goederen in plaats van met oude. Een onbevoegde overdracht is nietig en heeft derhalve geen gevolgen (behoudens derdenbescherming). Zaaksvervang zal natuurlijk ook op kunnen treden in andere gevallen dan vervreemding, bijvoorbeeld in geval van brand en daarvoor in de plaats komende verzekeringspenningen.

Zaaksvervang bij registergoederen is problematisch wanneer de zaaksvervang niet in de openbare registers wordt aangetekend. Wanneer het door zaaksvervang in de plaats getreden goed een registergoed is, dient het op naam gesteld te worden van de hoofdgerechtigde en de vruchtgebruiker als zodanig. Wanneer het registergoed niettemin geheel op naam van de vruchtgebruiker gesteld wordt treedt door de werking van art. 3:24 BW geen zaaksvervang op. Degene op wiens naam het registergoed wordt gesteld, zal als enige rechthebbende worden aangemerkt.⁸

8.1.9 *Recht van gebruik en bewoning (art. 3:226 BW)*

Het recht van gebruik en bewoning is een bijzondere vorm van vruchtgebruik.

Aan de rechthebbende op een recht van gebruik en bewoning komt de bevoegdheid tot gebruik en vruchtgenot toe, echter, slechts voor zover hij dit voor zichzelf en zijn gezin behoeft. Soms wordt alleen het recht van bewoning verleend (art. 3:226 lid 3 BW). In

⁸ Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2016, nr. 298a.

dat geval heeft de rechthebbende de bevoegdheid om de aan het recht onderworpen woning met zijn gezin te bewonen. Dit laatste recht is dus beperkter. Het verschil tussen het recht van gebruik en recht van bewoning is vrij vaag.

Verskil vruchtgebruik en recht van gebruik en bewoning

Het essentiële verschil tussen de rechten van gebruik en bewoning en het vruchtgebruik is dat het recht van gebruik en bewoning in tegenstelling tot het vruchtgebruik niet kan worden vervreemd of bezwaard (art. 3:226 lid 4 BW). Uiteraard kan testamentair deze bepaling worden uitgesloten, maar dan blijft er een gewoon vruchtgebruik over. Uit het strikt persoonlijk karakter van het recht van gebruik en bewoning volgt dat het recht van gebruik en bewoning niet ten behoeve van een rechtspersoon kan worden gevestigd. Het vestigen van een recht van gebruik en bewoning op een gedeelte van een zaak is niet mogelijk. De woning moet een zelfstandig goed zijn en niet bijvoorbeeld slechts een onzelfstandige kamer.

Wanneer recht van gebruik en bewoning, wanneer vruchtgebruik?

Een aantal factoren kan een rol spelen bij de keuze voor vruchtgebruik of recht van gebruik en bewoning. Doorslaggevende factor daarbij is het doel waarvoor het recht wordt ingesteld. Wanneer het zo is dat aan de rechthebbende minimale bevoegdheden toegekend dienen te worden dan zal eerder voor het recht van gebruik en bewoning gekozen moeten worden. Bij minimale bevoegdheden past uiteraard de onmogelijkheid van vervreemden en bezwaren. Wanneer daarentegen het recht een andere functie heeft, waarbij juist eerder de mogelijkheid van beschikking en bezwaring vereist is, past daarbij beter de moderne vruchtgebruikregeling. Hierbij zijn de volgende doelstellingen te onderscheiden:

- *Het recht wordt ingesteld ter verzorging van de langstlevende.* In deze situatie lijkt de vruchtgebruikconstructie met bijvoorbeeld beschikkings- en verteringsbevoegdheid de meest geëigende constructie. Uiteraard kunnen bijkomende omstandigheden zoals leeftijd van de langstlevende een rol spelen.
- *Het recht wordt ingesteld in het kader van de echtscheiding.* Als onderdeel van het echtscheidingsconvenant kan overeengekomen worden dat een van beide ex-echtelingen het recht van gebruik en bewoning verkrijgt op de woning van de ander. Als het hier om puur woongenot gaat, zal het recht van gebruik en bewoning voldoen. Wanneer tevens iets aan estate planning gedaan moet worden, kan overwogen worden de kinderen de bloot eigendom te schenken onder voorbehoud van vruchtgebruik voor de ex-echtgenote.

Vermogensoverheveling in klassieke zin

Bij vermogensoverheveling met als belangrijkste doel de overheveling van familievermogen naar de volgende generatie spelen fiscale motieven maar zijdelings een rol. De verzorging van de langstlevende hoeft daarbij vaak slechts ten dele via het vruchtgebruik gerealiseerd te worden. De bevoegdheden van de vruchtgebruiker casu quo rechthebbende tot het recht van gebruik en bewoning dienen geminimaliseerd te wor-

den. De regeling van het recht van gebruik en bewoning lijkt wat dat betreft voldoende om het gewenste effect te bereiken.

Fiscale behandeling van recht van gebruik en bewoning vergeleken met recht van vruchtgebruik

Wat erfbelasting betreft maakt het geen verschil of er sprake is van een legaat van vruchtgebruik of van het recht van gebruik en bewoning. Voor beide zijn de tabellen in de Successiewet van toepassing tot bepaling van de waarde van het vruchtgebruik casu quo het recht van gebruik en bewoning. Wanneer de metterwoonclausule is opgenomen, dat wil zeggen de clausule dat het recht van gebruik en bewoning eindigt wanneer de rechthebbende anders dan tijdelijk niet van zijn recht gebruik maakt, is een lagere waardering van toepassing.

Ook voor de inkomstenbelasting worden het recht van gebruik en bewoning en het recht van vruchtgebruik gelijk behandeld.

8.1.10 *Vruchtgebruik op aandelen*

Vruchtgebruik op aandelen heeft een aantal specifieke aspecten, waarbij bij de redactie van het testament terdege rekening moet worden gehouden.

Twee uitgangspunten

De regels omtrent het vestigen van vruchtgebruik op aandelen zijn gebaseerd op twee uitgangspunten: het vestigen van vruchtgebruik kan statutair niet worden beperkt of uitgesloten en de aandeelhouder heeft in beginsel het stemrecht op de aandelen waarop het vruchtgebruik is gevestigd (art. 2:88 en 2:197 lid 1 en 2 BW). Bij het behandelen van de regels omtrent vestiging dient onderscheid gemaakt te worden tussen aandelen op naam, aandelen aan toonder en aandelen in een beursvennootschap.

Aandelen op naam

Voor de vestiging van een vruchtgebruik op aandelen op naam gelden zowel voor de nv als de bv de volgende eisen: vestiging krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde (art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW). De formaliteit bij vestiging van een vruchtgebruik op een dergelijk aandeel wordt vermeld in art. 2:86 en 2:196 lid 1 BW: notariële akte. In art. 2:86b lid 1 en art. 2:196b lid 1 staan de gegevens die in de akte moeten worden vermeld opgesomd, met name schriftelijke erkenning door de vennootschap van de levering. De eis van authenticiteit van de akte wordt niet gesteld, het ontbreken daarvan maakt de akte dan ook niet ongeldig. Partijen dienen wel als comparant in de akte op te treden. De aan het vruchtgebruik verbonden rechten kunnen pas worden uitgeoefend na erkenning door de vennootschap van de rechtshandeling van vestiging of nadat de akte aan de vennootschap is betekend (art. 2:86a en 196 lid 1 BW). De erkenning is overigens niet nodig als de vennootschap zelf partij is bij de rechtshandeling. De inachtneming van deze voorschriften is essentieel voor het ontstaan van het vrucht-

gebruik. Als deze niet in acht genomen worden, wordt het vruchtgebruik niet rechtsgeeldig gevestigd met alle gevolgen van dien. In het geval de vestiging heeft plaatsgevonden zonder wijziging in het aandeelhoudersregister, kan deze aan de vennootschap noch aan anderen die te goeder trouw de ingeschreven persoon als onbelaste eigenaar hebben beschouwd, worden tegengeworpen.

Aandelen aan toonder

Voor de vestiging van een vruchtgebruik op aandelen aan toonder gelden ingevolge art. 3:98 BW de vereisten zoals genoemd in art. 3:84 lid 1 BW. Hier is eveneens een vestiging krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde vereist. De vestiging geschiedt door levering van het aandeelbewijs (art. 3:93 BW).

Aandelen in een beursvennootschap

Voor de vestiging van vruchtgebruik op aandelen in een beursvennootschap is in art. 2:86c lid 1 en 2 BW een aparte regeling opgenomen. Behalve de in art. 3:84 lid 1 BW genoemde vereisten gelden twee extra eisen, te weten de akte en de schriftelijke erkenning van de vestiging door de vennootschap. Deze akte behoeft geen notariële akte te zijn. De statuten kunnen bepalen dat tevens de afgifte van het aandeelbewijs noodzakelijk is (art. 2:86c lid 3 BW). Een vruchtgebruik op een aandeel kan ook van rechtswege ontstaan. Dit doet zich voor wanneer een aandeel voor een bepaalde tijd wordt overgedragen. Ingevolge art. 3:85 lid 1 BW wordt een dergelijke overdracht aangemerkt als overdracht van het goed met gelijktijdige vestiging van vruchtgebruik van de vreemder op het goed voor de gestelde tijd (art. 3:85 lid 2 BW).

Vestiging van vruchtgebruik en blokkeringsregeling

In hoeverre is een blokkeringsregeling van invloed op het vestigen van een vruchtgebruik op aandelen?

Bij deze problematiek gelden twee uitgangspunten:

- de bevoegdheid tot het vestigen van vruchtgebruik kan niet statutair worden beperkt of uitgesloten (art. 2:88 lid 2 en 2:197 lid 2 BW); en
- in beginsel heeft de aandeelhouder het stemrecht op de aandelen waarop het vruchtgebruik is gevestigd (art. 2:88 lid 2 en 2:197 lid 2 BW).

Daar het vestigen van vruchtgebruik op aandelen niet statutair kan worden beperkt, kan er ondanks het feit dat de overdraagbaarheid van aandelen door middel van een blokkeringsregeling is beperkt, toch een vruchtgebruik op die aandelen gevestigd worden.

Een volgende vraag is aan wie het stemrecht op de aandelen toekomt: aan de aandeelhouder of aan de vruchtgebruiker? In beginsel komt het stemrecht toe aan de aandeelhouder (art. 2:88 lid 2 en art. 2:17 lid 2 BW), dus aan de bloot eigenaar. In het testament kan echter, zoals veelal gebeurt, bepaald worden dat het stemrecht aan de vruchtge-

bruiker toekomt (lid 3). Dat zal het geval kunnen zijn indien de vruchtgebruiker een persoon is aan wie de aandelen vrijelijk kunnen worden overgedragen. Wie het stemrecht krijgt zal ook afhangen van het doel van het testament: is het de bedoeling dat het bloot eigendomsvermogen zo veel mogelijk intact blijft en dat de bloot eigenaar daar ook de zeggenschap in dient te hebben? Sinds het intreden van de flex-bv zijn er ook stemrechtloze aandelen mogelijk. Uiteraard heeft de vruchtgebruiker in dat geval ook geen stemrecht.

Wanneer de vruchtgebruiker iemand is voor wie de blokkeringsregeling wel geldt, komt het stemrecht uitsluitend toe aan de vruchtgebruiker indien dit in de vruchtgebruikbepalingen is bepaald en deze bepaling en de overgang van het stemrecht is goedgekeurd door het orgaan dat binnen de vennootschap is aangewezen goedkeuring te verlenen tot overdracht van aandelen of, indien er geen orgaan is aangewezen, de algemene vergadering van aandeelhouders. Wanneer de statuten geen goedkeuringsregeling kennen, maar een aanbiedingsregeling, dan dient de betrokken bepaling door de algemene vergadering van aandeelhouders te worden goedgekeurd. De bevoegdheid tot toekenning van stemrecht kan statutair echter geheel worden uitgesloten (art. 2:88 lid 3 en 2:197 lid 3 BW). Beslissend is dus uiteindelijk wat in de statuten staat. Bij de keuze voor een vruchtgebruiklegaat en daarin vast te leggen bevoegdheden is derhalve de inhoud van de statuten van groot belang.

8.1.11 *Vruchtgebruik en bewind*

Via de vruchtgebruikbepalingen in het testament kan sturing gegeven worden aan de bevoegdheden van de vruchtgebruiker en bloot eigenaar. De bevoegdheden van de vruchtgebruiker kunnen nog meer aan banden gelegd worden door het vruchtgebruik onder bewind te stellen. Het bewind kan in het testament vastgesteld zijn. Het kan daarbij gaan om een bewind dat is ingesteld in het belang van de vruchtgebruiker of van de bloot eigenaar of in het belang van beiden. De strekking van het bewind dient in de testamentaire bepaling vastgelegd te worden. Als dit niet het geval is geldt de regel van art. 4:155 lid 2 BW en wordt het bewind geacht te zijn ingesteld in het belang van zowel de vruchtgebruiker als de hoofdgerechtigde. Wanneer het vruchtgebruik om estate planningsredenen is ingesteld, zal het in het belang van de hoofdgerechtigde (in stand houden bloot eigendomvermogen) of in het belang van beiden (daar waar de verzorgingsgedachte van de langstlevende een belangrijke rol speelt) zijn ingesteld.

Naast dit testamentaire bewind is er het bewind van art. 3:221 BW waar de hoofdgerechtigde een beroep op kan doen als de vruchtgebruiker in ernstige mate tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen als vruchtgebruiker. De hoofdgerechtigde kan dan bij de rechtbank een vordering instellen om aan de hoofdgerechtigde het beheer toe te kennen of het vruchtgebruik onder bewind te stellen.

Wanneer is er sprake van 'in ernstige mate tekortschieten in de nakoming van zijn verplichtingen'? Het antwoord hierop is afhankelijk van de concrete omstandigheden, met name voor welk doel gekozen is voor de vruchtgebruikconstructie. Voorbeelden zijn: verwaarlozing van een registergoed dat aan vruchtgebruik onderworpen is, waardoor waardevermindering optreedt. Voorts kan gedacht worden aan onverantwoord speculeren met gelden die aan het vruchtgebruik onderworpen zijn of het niet voldoen aan de verplichting van jaarlijkse opgave van art. 3:205 lid 4 BW. Art. 3:221 BW werkt met name preventief. De bepaling geeft de hoofdgerechtigde immers een belangrijk instrument in handen jegens de vruchtgebruiker. Vergeleken met de wettelijke verdeling en daarmee gelijk te stellen testamentsvormen is de positie van de vruchtgebruiker in dit opzicht, zelfs van die met vervreemdings- en beschikkingsbevoegdheid, een stuk ongunstiger dan die van de langstlevende bij een wettelijke verdeling.

8.1.12 *Tenietgaan van het recht van vruchtgebruik*

Het recht van vruchtgebruik is een beperkt recht, dat wil zeggen dat het vruchtgebruik tenietgaat op de wijze die voor alle beperkte rechten geldt en welke via de schakelbepaling van art. 3:98 BW uitmondt in art. 3:81 lid 2 BW. Daarbij kunnen de volgende situaties – niet uitputtend opgesomd – worden onderscheiden:

Het tenietgaan van het recht waaruit het vruchtgebruik is afgeleid

Eigenlijk is dit geen vorm van tenietgaan. Voor het vruchtgebruik betekent het dat wanneer de woning waarop het vruchtgebruik rust, wordt vervreemd of bezwaard, het vruchtgebruik door de zaaksvervangingsregel van art. 3:213 BW op de opbrengst van de woning komt te rusten.

Tijdsverloop

Wanneer het vruchtgebruik voor bepaalde tijd gevestigd is, gaat het door het verlopen van de tijd teniet. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de 'metterwoonclausule', waar het recht van vruchtgebruik casu quo recht van gebruik en bewoning, bij verlaten van het pand tenietgaat. Uiteraard heeft de beperking in tijd invloed op de (contante) waarde van het vruchtgebruik dat in de heffing betrokken kan worden. Zie hierover nummer 2c.

Afstand

Het vruchtgebruik kan ook door afstand tenietgaan. Afstand wordt beschouwd als een overdracht van het beperkte recht aan de hoofdgerechtigde. Door afstand te doen van een beperkt recht kunnen anderen in hun belangen worden getroffen. Wanneer de vruchtgebruiker op zijn recht bijvoorbeeld het recht van gebruik en bewoning heeft gevestigd en de vruchtgebruiker doet vervolgens afstand van zijn recht zou ook de rechthebbende op het recht van gebruik en bewoning hierdoor getroffen worden. Afstand heeft echter relatieve werking; dat wil zeggen zij werkt niet ten nadele van hen die op het tenietgaande beperkte recht op hun beurt een tweede afgeleid beperkt recht

hebben (art. 3:81 lid 3 BW). De rechthebbende op het recht van gebruik en bewoning wordt dus door de afstand niet gedupeerd. Wanneer afstand om niet wordt gedaan is deze belast voor de schenkbelasting. Naarmate de vruchtgebruiker ouder is, zal de te betalen schenkbelasting minder zijn.

Vermenging (art. 3:81 lid 2)

Vermenging vindt plaats wanneer het vruchtgebruik en de bloot eigendom in één hand terechtkomen of anders gezegd de hoedanigheden van beperkt gerechtigde en hoofdgerechtigde in dezelfde persoon of personen worden verenigd. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de vruchtgebruiker zijn recht overdraagt aan de hoofdgerechtigde (verkrijging onder bijzondere titel) maar ook wanneer de vruchtgebruiker erfgenaam wordt van de hoofdgerechtigde (verkrijging onder algemene titel). Het tenietgaan door vermenging heeft evenals de afstand relatieve werking. Heeft de vruchtgebruiker op zijn recht van vruchtgebruik een recht van gebruik en bewoning gevestigd dan blijft het vruchtgebruik ten behoeve van de gerechtigde tot het recht van gebruik en bewoning bestaan (art. 3:81 lid 3 BW). Anderzijds is het ook weer niet zo dat het recht van gebruik en bewoning zich nu uitstrekt over de volle eigendom (die nu immers in handen gekomen is van een en dezelfde persoon). De vermenging werkt dus niet ten voordele van de jongere beperkt gerechtigde op het goed. Afhankelijk van de wijze waarop de vermenging gerealiseerd wordt is er schenkbelasting verschuldigd. Bij opvolging onder algemene titel zal er geen schenkbelasting verschuldigd zijn; bij overdracht om niet kan er sprake zijn van schenking en derhalve van heffing van schenkbelasting.

8.1.13 *Fiscale behandeling vruchtgebruiktestament*

Zowel de bloot eigendom als het vruchtgebruik zijn bij overlijden van de testateur belast. De waarde van het vruchtgebruik wordt berekend volgens de art. 5 t/m 10 van het UB SW. Volgens het uitvoeringsbesluit bedraagt de jaarlijkse opbrengst van het vruchtgebruik 6% (art. 10 UB SW).

Deze opbrengst moet worden vermenigvuldigd met de factor die behoort bij de leeftijd van de vruchtgebruiker (art. 5 UB SW).

VOORBEELD

Vader laat na een echtgenote van 55 jaar en twee kinderen. Aan moeder heeft hij het vruchtgebruik gelegateerd. Zijn nalatenschap bedraagt € 2.000.000. De waarde van het vruchtgebruik bedraagt: 6% maal factor 11 (behorend bij de leeftijd van moeder) is 66%. Moeder verkrijgt derhalve een waarde van € 1.320.000, de kinderen ieder de bloot eigendom van € 340.000. Over deze bedragen wordt de erfbelasting berekend.

Bij het overlijden van moeder is de waardeangroei van de bloot eigendom onbelast omdat die waardeangroei geen verkrijging krachtens erfrecht is. Ook art. 10 SW is

niet van toepassing, omdat deze bepaling ziet op het ontgaan van erfbelasting door het omzetten van een vol eigendomsrecht in een genotsrecht door een rechtshandeling tussen de vruchtgebruiker en de bloot eigenaar dat bij de dood van degene die het genotsrecht bedongen heeft eindigt. Het gelegateerde vruchtgebruik wordt krachtens erfrecht verkregen en vangt juist aan bij het overlijden van erflater.

In de gewijzigde Successiewet (*Kamerstukken II 2008/09, 31 930*) is de eis bij art. 10 SW dat de erflater partij was bij de rechtshandeling gehandhaafd.

Weliswaar is het aanvaarden van een legaat van vruchtgebruik een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW⁹ en is de langstlevende partij bij de rechtshandeling die leidt tot afgifte van het recht van vruchtgebruik, er is echter niets *ten koste van* het vermogen van de langstlevende ouder gegaan (nota naar aanleiding van het verslag, p. 39).

Behalve het feit dat de waardeaan groei onbelast bij de bloot eigenaar terecht komt is er het voordeel dat door de verhouding vruchtgebruik bloot eigendom progressievoordeel kan ontstaan. Door te variëren in de omvang van het vruchtgebruik kan een optimale verhouding om een zo laag mogelijke heffing te realiseren, bereikt worden. Nageenog alle hierna te bespreken estateplanningstestamenten vormen een variatie op dit thema: een zo goed mogelijke verhouding vinden tussen vruchtgebruik en bloot eigendom om een zo laag mogelijke successiedruk te bewerkstelligen.

Naast de erfbelasting is ook de inkomstenbelasting een belangrijke factor bij de eventuele keuze voor het vruchtgebruik. Zowel het vruchtgebruik als de bloot eigendom vallen voor wat betreft de heffing van de inkomstenbelasting in box 3. Met ingang van 1 januari 2012 geldt de defiscalisering echter ook voor goederen waarop een vruchtgebruik rust ten behoeve van de langstlevende echtgenoot van een overleden ouder van de belastingplichtige op grond van een uiterste wilsbeschikking van de ouder.

In antwoord op vragen heeft de staatssecretaris toegezegd goed te keuren dat indien het legaat binnen twee jaar na het overlijden juridisch wordt afgegeven, de defiscalisering vanaf de eerste peildatum voor box 3 na het openvallen van de nalatenschap geldt.

Waarschijnlijk geldt gezien de aard van het recht de defiscalisering onder dezelfde voorwaarden ook voor het recht van gebruik en bewoning.¹⁰

In andere gevallen van een testamentair vruchtgebruik (dan de langstlevende situaties) is geen sprake van defiscalisering.

Wanneer de eigen woning onder het vruchtgebruik valt, kan aanspraak gemaakt worden op de eigen woning regel. Art. 3.111 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 is van toepassing op een recht van vruchtgebruik dat krachtens erfrecht is verkregen. Het vruchtge-

⁹ Zie HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6455.

¹⁰ Zie J.A.M. Klinkert-Cino, 'Defiscalisering anno 2012', *JBN* 2012, nr. 65.

bruik moet dan wel gevestigd zijn. Het is dus zo dat de bloot eigenaren, die nog niets ontvangen hebben (dat wil zeggen in 'handen' hebben) behoudens in het geval van defiscalisering vermogensrendementsheffing (box 3) moeten betalen. In het testament kan dan ook een bepaling opgenomen te worden dat de vruchtgebruiker deze door de bloot eigenaren verschuldigde belasting moet voorschieten.¹¹

Voor de civielrechtelijke waardering van het vruchtgebruik geeft de wet geen maatstaf. Aansluiting zou gezocht kunnen worden bij hetzij de Successiewet hetzij de Wet IB 2001. De Hoge Raad bekrachtigde in dit verband een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch (HR 15 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2009:BN6124) waarin het hof oordeelde dat als waarderingsmethode voor de bloot eigendom het meest in aanmerking komt, waardering aan de hand van de waarderingsvoorschriften van de Wet IB 2001 jo. art. 19 UB IB 2001. Het hof heeft daarbij vervolgens de waarde van de bloot eigendom hoger bepaald door deze te stellen op het gemiddelde tussen de waarde van de bloot eigendom volgens de waarderingsvoorschriften van de Wet IB 2001 jo. art. 19 UB IB 2001 en de waarde van de volle eigendom.

De reden daartoe was gelegen in de omstandigheid dat het hier gaat om de waardering van de bloot eigendom in een geval waarin de zakelijk gerechtigde (van het recht van gebruik en bewoning) tevens de bloot eigendom verkrijgt.

In het testament is veelal bepaald te wiens laste de erfbelasting komt. Wanneer dat niet is bepaald, kan de blooteigenaar een beroep doen op art. 78 SW. Op grond van art. 78 SW kan de blooteigenaar vorderen dat de belasting uit het vruchtgebruikvermogen wordt betaald, tenzij de vruchtgebruiker verkiest het bedrag voor te schieten.

8.1.14 *Het vruchtgebruik en legitimarissen*

Het vruchtgebruik is een 'bezwaaring' van de volle eigendom die een legitimaris niet behoeft te accepteren. Een met vruchtgebruik belaste erfstelling of legaat is 'inferieur'. Wanneer een legitimaris zich tegen de vruchtgebruikconstructie verzet, hetgeen hij op grond van art. 4:72 BW kan doen, en verwerpt, krijgt hij in beginsel een vordering op de erfgenamen, die zes maanden na het overlijden opeisbaar is. Bovendien zou hij de keuze kunnen maken dat hij zijn legitimaire vordering inroept jegens zijn broers en zusters nog voor overlijden van de langstlevende. Voorts treedt door verwerpen de plaatsvervullingsregeling in werking en kunnen de kinderen van de verwerpende legitimaris in zijn plaats in de nalatenschap opkomen. Om dit te voorkomen dienen in het

¹¹ Dus uitsluitend voor de situatie dat niet sprake is van defiscalisering wat na 1 januari 2012 niet meer zo vaak zal voorkomen.

testament regels opgenomen te worden om de beschikking toch zo veel mogelijk de gewenste uitwerking te geven, zoals:

- bepaald dient te worden dat in geval van verwerping geen plaatsvervulling optreedt, maar dat het vrijvallende gedeelte van de nalatenschap aanwast bij de langstlevende;
- op grond van art. 4:87 BW dient de inkortingsvolgorde gewijzigd te worden in die zin dat eerst bij de langstlevende dient te worden ingekort. Die inkorting zal niet slagen als in het testament de opeisbaarheid jegens de langstlevende is uitgesteld tot zijn overlijden (art. 4:82 BW).

De vraag hierbij is of in het testament kan worden bepaald dat de langstlevende volledig draagplichtig is voor de legitimaire vordering (art. 4:87 lid 2 BW) en daarbij dat de gehele legitimaire vordering pas opeisbaar is bij overlijden van de langstlevende (art. 4:82 BW).

In de literatuur zijn de meningen verdeeld. Een aantal auteurs is van mening dat uitgestelde opeisbaarheid alleen kan worden bepaald voor het gedeelte van de legitimaire vordering dat op grond van de wet ten laste van de langstlevende komt.

Het dwingendrechtelijk karakter maakt het onmogelijk dat ook derden van de uitgestelde opeisbaarheid profiteren.¹² Anderen daarentegen zijn van mening dat het 'ten laste van' uit art. 4:82 BW ziet op de draagplicht op grond van art. 4:87 BW welke door de testateur bepaald kan worden.¹³ Ingeval van een vruchtgebruiktestament geldt dat wanneer een legitimaris zijn legitimaire vordering verhaalt op erfdelen van de kinderen/bloot eigenaren, aan de langstlevende niet meer het vruchtgebruik van de gehele nalatenschap kan worden afgegeven. In zoverre komt de legitimaire vordering altijd in zijn geheel 'ten laste van' de langstlevende. Op grond van art. 4:82 BW kan dan ook in een vruchtgebruiktestament worden bepaald dat de gehele legitimaire vordering pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende.¹⁴

8.2 Vergelijking tweetrapsmaking met vruchtgebruiktestament

8.2.1 Afwijkingen van en overeenkomsten met tweetrapsmaking

In par. 7.3 is de tweetrapsmaking besproken. De tweetrapsmaking wordt vaak als alternatief gezien voor het vruchtgebruiklegaat. Hieronder zullen de beide regelingen vergeleken worden.

¹² Zie bijvoorbeeld Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 396.

¹³ Zie bijvoorbeeld W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, 'Hoe schiet ik tekort door het niet wijzigen van de volgorde van inkorting?!' *WPNR* 2004/6580.

¹⁴ Zie voor een tegengestelde opvatting Asser-Perrick 4, nr. 301-302, die stelt dat de legitimaire vordering wel opeisbaar is voor zover deze op grond van art. 4:87 lid 6 BW niet ten laste van de langstlevende komt.

Toepasselijkheid vruchtgebruikbepalingen van titel 3.8 van het BW

Op de interne verhouding bezwaarde/verwachter worden de vruchtgebruikbepalingen van titel 3.8 van het BW van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 4:138 lid 2 BW). Omdat het bij een making onder een voorwaarde onzeker is of de beschikking in stand zal blijven, kan zij echter niet volledig met een vruchtgebruiklefaat gelijkgesteld worden. Aangenomen wordt dat voor zover de vruchtgebruikbepalingen van titel 3.8 dwingend recht bevatten, zij ook van overeenkomstige toepassing zijn in de onderlinge verhouding tussen de voorwaardelijk geroepen erfgenamen. Dit geldt voor met name de verplichting van het maken van een boedelbeschrijving en de verplichting om een jaarlijkse opgave te doen (art. 3:205 BW). Overigens is dit uitgangspunt niet onbetwist en wordt de verwijzing naar de vruchtgebruikbepalingen slechts gezien als een hulpmiddel om nader invulling te geven aan de rechten en bevoegdheden van de verwachter jegens de bezwaarde.¹⁵ In de praktijk wordt veelal voor een tussenoplossing gekozen, te weten het wel opnemen van deze bepalingen met de vermelding dat de bewuste bepalingen uitsluitend gelden voor zover de wet die verplicht stelt. Wat de boedelbeschrijving betreft: ongeacht het bestaan van een wettelijke verplichting daartoe is het zeer gewenst deze te maken. Zowel bezwaarde als verwachter hebben daar belang bij. De bezwaarde schaadt zijn bewijspositie bij zijn restitutieplicht als hij geen boedelbeschrijving maakt, de verwachter heeft er belang bij dat hij weet wat zijn 'voorwaardelijk recht' inhoudt.

Voor wat betreft de opgave van de jaarlijkse mutaties ligt een en ander genuanceerder. Er zijn argumenten om te verdedigen dat deze verplichting niet op de bezwaarde rust. De verwachter heeft anders dan de vruchtgebruiker slechts een voorwaardelijk recht. Hij krijgt niets meer dan het overschot, mogelijk zelfs niets. Maar ook de positie van de bezwaarde is anders dan die van de hoofdgerechtigde. Hij is uitsluitend rechthebbende en volledig beschikkingsbevoegd, de hoofdgerechtigde is dat niet.

Ook de zekerheidstelling en toonplicht (art. 3:206 BW) lijken niet bij de tweetrapsmaking te passen. De bezwaarde kan immers vervreemden en verteren. Wanneer deze bevoegdheid echter beperkt is, bijvoorbeeld omdat er een schenkingsverbod is ingesteld, kan er plaats zijn voor deze uitdrukkelijk in het testament te bepalen verplichting. Buitengewoon praktisch is het opleggen van een afscheidingsplicht (art. 3:211 BW). Het zwakke punt bij de tweetrapsmaking is dat eigen goederen vermengd worden met de goederen die onder de tweetrapsmaking vallen. In geval van vermenging verliest de verwachter zijn goederenrechtelijke aanspraak. Als de bezwaarde niet kan bewijzen dat hij de goederen heeft verteerd, heeft de verwachter een verbintenisrechtelijke aanspraak op de bezwaarde. Het verdient derhalve aanbeveling dat de bezwaarde overeenkomstig het bepaalde in art. 3:211 lid 2 BW naar soort bepaalde bezwaarde goederen afgescheiden houdt van zijn overige vermogen.

¹⁵ Zie R.E. Brinkman, 'Het fideicommiss en de dwingende bepalingen van titel 3.8 BW', *FTV* 2018/12.

Art. 4:138 lid 2 BW is slechts van toepassing op de tweetraps erfstelling. Het artikel spreekt uitsluitend over erfstelling, hetgeen betekent dat de vruchtgebruikbepalingen kennelijk niet van overeenkomstige toepassing zijn op het tweetraps legaat. Bij de redactie van het testament kan hier rekening mee gehouden worden.

Vruchtgebruik en tweetrapsmaking fiscaal vergeleken

Voor wat betreft de behandeling in de erfbelasting bestaan aanzienlijke verschillen tussen het vruchtgebruik en de tweetrapsmaking.

Bij het vruchtgebruik wordt eerst volgens de tabellen van het Uitvoeringsbesluit SW de waarde van het vruchtgebruik berekend (art. 21 lid 14 SW). De waarde van de bloot eigendom wordt berekend door van de waarde van de volle eigendom de waarde van het vruchtgebruik af te trekken (art. 21 lid 11 SW). De waarde van het vruchtgebruik wordt bij de vruchtgebruiker belast, de waarde van de bloot eigendom bij de hoofdgerechtigde. Bij overlijden van de vruchtgebruiker wast het vruchtgebruik aan bij de bloot eigendom. Hierover is geen erfbelasting meer verschuldigd. Bij grote waardestijging van goederen tussen het moment van overlijden van erflater en vruchtgebruiker komt deze waardestijging dus onbelast bij de hoofdgerechtigde terecht.

Bij de tweetrapsmaking wordt bij de bezwaarde erfbelasting geheven over de volle waarde van zijn verkrijging (art. 21 lid 2 SW). De verwachter hoeft op dat moment niets te betalen. Bij het overlijden van de bezwaarde wordt bij de verwachter geheven over hetgeen wat van het bezwaarde vermogen overgebleven is volgens het tarief dat zou gelden als de verwachter rechtstreeks van de insteller verkregen zou hebben. Naarmate de verwachter een nauwere relatie heeft met de insteller dan de bezwaarde, wordt de heffing van de erfbelasting gunstiger.

Tijdens het leven van de bezwaarde is bij de bezwaarde over de volle eigendom vermogensrendementsheffing verschuldigd. De verwachter is geen vermogensrendementsheffing verschuldigd, het is immers ook volstrekt onzeker of hij ooit iets zal krijgen.

Tussen de tweetrapsmaking en het vruchtgebruik legaat liggen dus belangrijke verschillen in fiscale behandeling, terwijl er in de praktijk heel weinig verschil tussen beide constructies kan bestaan, men denke bijvoorbeeld aan het vruchtgebruik met maximale verterings- en vervreemdingsbevoegdheid vergeleken met de tweetrapsmaking.

8.3 Varianten op het vruchtgebruik legaat

8.3.1 *Combinatie vruchtgebruik en legaten*

Het moderne estateplanningstestament kent zo veel mogelijk flexibiliteit. Om deze flexibiliteit te realiseren zal aan het vruchtgebruik legaat vrijwel altijd de keuzemogelijkheid verbonden worden om een of meer goederen in (volle) eigendom te kiezen. Uit

estate planningsoogpunt zal het keuzelegaat slechts uitgeoefend worden met betrekking tot vermogensbestanddelen waarvan het de verwachting is dat zij niet in waarde zullen stijgen.

Het voordeel van het vruchtgebruik is de onbelaste waardeaan groei. Maar het keuzelegaat doet ook dienst waar het goederen betreft die de langstlevende om emotionele redenen in volle eigendom wil verkrijgen.

In eerste instantie lijkt het keuzelegaat afbreuk te doen aan de voordelen die gerealiseerd worden door de fiscale behandeling van het vruchtgebruik. De testateur kan echter bepalen dat het legaat wordt afgegeven tegen inbreng van de waarde. Vervolgens wordt deze inbreng omgezet in een geldlening die pas opeisbaar is bij overlijden van de erflater. Aan de vordering wordt op de wijze als bij de wettelijke verdeling, combinatie-testamenten en dergelijke, een rente verbonden. Door de oplopende rente worden de vorderingen steeds groter en hollen zij de nalatenschap van de langstlevende uit. De erfbelasting die de kinderen moeten betalen bij overlijden van de langstlevende is derhalve minder. Dit is gunstig als de kinderen van de eerststervende ook de erfgenamen van de langstlevende zijn. Als dat niet het geval is, is het de vraag of het uithollingsaspect wel gewenst is. Hierdoor verkrijgen de erfgenamen van de langstlevende immers minder.

Het legaat tegen inbreng lijkt economisch gezien veel op de wettelijke verdeling. Daarom is sinds 1 januari 2012 de fiscale behandeling gelijk aan die van de wettelijke verdeling: defiscalisering. Over de vorderingen van de kinderen is geen vermogensrendementsheffing verschuldigd. Let wel, het gaat hier alleen om schuldig gebleven vergoedingen door de langstlevende voor een legaat tegen inbreng van de waarde aan die echtgenoot op grond van een uiterste wilsbeschikking van de ouder.

In de gewijzigde Successiewet (*Kamerstukken II 2008/09, 31 930*) valt een legaat tegen inbreng onder art. 10 SW. Art. 10 lid 3 SW bepaalt namelijk dat voor de toepassing van art. 10 de erflater geacht wordt een genot van een vruchtgebruik te hebben gehad van de 'art. 10-goederen' indien hij tegenover het genot dat hij van de goederen heeft aan degene ten laste van wie dat genot komt niet jaarlijks daadwerkelijk een bedrag betaalt dat ten minste gelijk is aan het percentage bedoeld in art. 21 lid 14 SW, van de waarde van de goederen in onbezwaarde staat. Wanneer over de niet-opeisbare inbrengvordering dus een rente verschuldigd is, is er geen probleem.¹⁶

Voorts wordt in art. 10 lid 6 SW bepaald dat art. 10 SW niet van toepassing is indien het vruchtgebruik van een geldsom is ontstaan doordat bij een legaat tegen inbreng van die geldsom, de inbreng op basis van een testamentaire bepaling is schuldig gebleven.

¹⁶ Zie de nota naar aanleiding van het verslag, p. 39.

8.3.2 *Het (super)turbotestament*

Het turbo- en superturbotestament zullen gezien de toepasselijkheid van art. 10 SW in de toekomst niet meer gemaakt worden. Omdat er nog steeds testamenten bestaan met deze inhoud worden ze voor de volledigheid hieronder besproken.

Het turbotestament is een bijzondere vorm van een vruchtgebruiktestament waarin ter besparing van erfbelasting een bepaalde verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap wordt gelast. In deze testamentsvorm verkrijgt de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik van de nalatenschap onder de last de bloot eigendom van zijn aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap in de nalatenschap in te brengen. De kinderen worden tot erfgenaam benoemd en verkrijgen de bloot eigendom. Ten gevolge van de inbreng van de bloot eigendom in de nalatenschap van zijn aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap verkrijgt de langstlevende een onderbedelingsvordering op de nalatenschap. Bij overlijden van de langstlevende verkrijgen de kinderen dus zonder betaling van erfbelasting het gehele vruchtgebruikvermogen. In beginsel zou op deze constructie art. 10 SW niet van toepassing zijn bij het overlijden van de langstlevende.¹⁷ De kinderen erven bij het overlijden nog wel de onderbedelingsvordering die de langstlevende op de nalatenschap had. Hierover dienen zij nog erfbelasting te betalen.

In juni 2009 deed de Hoge Raad een uitspraak waaruit bleek dat art. 10 SW van toepassing wordt verklaard op het turbotestament.¹⁸

Moeder (M) is in 1990 overleden. Zij heeft haar twee kinderen (K c.s.) tot haar enige erfgenamen benoemd. Aan haar echtgenoot, verder te noemen: vader (V), had zij het vruchtgebruik van haar nalatenschap gelegateerd onder de last om zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap in te brengen in M's nalatenschap onder voorbehoud van het vruchtgebruik voor hemzelf. Deze bepaling is ook uitgevoerd en erfbelasting is geheven bij K c.s. over zowel de bloot eigendom van M's aandeel daarin als de bloot eigendom van V's aandeel daarin.

In 2002 overlijdt V. De Hoge Raad oordeelt dat art. 10 SW van toepassing is. De aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last waren rechtshandelingen waarbij V als partij was betrokken. Deze rechtshandelingen hebben tot gevolg dat K ten laste van het vermogen van V een aandeel in de bloot eigendom heeft verkregen. Hiermee is voldaan aan de eisen die art. 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.

¹⁷ HR 8 februari 1995, BNB 1995/105.

¹⁸ HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009BG6455.

De Hoge Raad overweegt nog met betrekking tot het argument dat op deze wijze dubbele heffing verschuldigd is, dat aan de toepasselijkheid van art. 10 SW niet kan afdoen dat de gekozen testamentsvorm tot gevolg had dat belanghebbende ter gelegenheid van het overlijden van M erfbelasting moest betalen over een aandeel in de bloot eigendom. De wet biedt echter geen mogelijkheid om dit destijds door K betaalde in mindering te brengen op het thans verschuldigde recht.

In de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, p. 38) sluit de staatssecretaris zich bij deze uitspraak aan en handhaaft hij in de wettekst het begrip rechtshandeling.

Tevens sluit hij aan bij de uitspraak van de Rechtbank Haarlem 11 juni 2009, waarin geoordeeld werd dat een rechtshandeling verricht door de ene echtgenoot niet kan worden toegerekend aan de andere echtgenoot, ook niet als deze in gemeenschap van goederen zijn gehuwd.¹⁹ Om aan elke mogelijkheid tot twijfel een einde te maken is in de wettekst in art. 10 lid 1 SW opgenomen rechtshandeling of samenstel van rechtshandelingen (nota naar aanleiding van het verslag, p. 41-42). Dit was dus het einde van het turbotestament.

Het turbotestament moet onderscheiden worden van de turboverdeling. Bij het turbotestament worden alle vermogensbestanddelen in de nalatenschap gebracht omdat de langstlevende daarvan het vruchtgebruik verkrijgt. Hij offert dus de waarde in de huwelijksgemeenschap op voor het vruchtgebruik. Bij een turboverdeling worden (alle) vermogensbestanddelen aan de nalatenschap toegedeeld omdat de langstlevende moet worden gecompenseerd door middel van de onderbedelingsvordering. Art. 10 SW is dus niet aan de orde.

Bij het vruchtgebruik dat verkregen is op grond van het turbotestament is de eigen woning regeling slechts van toepassing op dat gedeelte dat krachtens erfrecht is verkregen.²⁰

VOORBEELD

X en Y zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd. Y bezit de echtelijke woning. X overlijdt. X heeft bij testament bepaald dat hij aan Y het vruchtgebruik van zijn nalatenschap legateert tegen de inbreng van de blote eigendom van haar woning. De kinderen zijn X's enige erfgenamen.

De eigenwoningregeling geldt hier niet daar Y de woning niet krachtens erfrecht heeft verkregen, maar omdat zij de woning heeft vervreemd onder voorbehoud van vruchtgebruik.

¹⁹ ECLI:NL:RBHAA:2009:BI7558.

²⁰ Zie hierover I.J.F.A. van Vijfeijken, 'De Turboverdeling in de inkomstenbelasting, een vervolg', *WPNR* 2014/7040.

Het superturbotestament probeert te realiseren dat ook over de onderbedelingsvordering geen erfbelasting meer betaald hoeft te worden. In geval van het superturbotestament dienen de huwelijksvoorwaarden op een bepaalde wijze te worden ingericht. Ten aanzien van de gezamenlijke eigendom wordt een wederkerig verblijvensbeding opgenomen. Dientengevolge verblijft bij overlijden van de eerststervende echtgenoot het huwelijksvermogen van de langstlevende aan de nalatenschap van de langstlevende echtgenoot. Tot de nalatenschap van de eerststervende behoort een schuld wegens overbedeling aan de langstlevende ter grootte van zijn aandeel in de gemeenschap. In het testament wordt het vruchtgebruik van de nalatenschap aan de langstlevende gelegateerd onder de last de schuld wegens overbedeling voor zijn rekening te nemen. Bij overlijden van de langstlevende is er dus niets meer (behoudens eventueel via uitsluitingsclausule verkregen vermogen) aanwezig. De bloot eigendom van de kinderen groeit immers aan tot volle eigendom en de onderbedelingsvordering van de langstlevende op de nalatenschap van de eerststervende valt weg tegen de last om de betreffende schuld voor zijn rekening te nemen. Ook hier was de vraag: is art. 10 SW van toepassing? Is er sprake van twee rechtshandelingen waardoor art. 10 SW buiten beeld blijft? Of is hier sprake van een samenstel van handelingen in de zin van art. 10 SW? Met name het feit dat de langstlevende partij was bij het aangaan van de huwelijksvoorwaarden die de basis voor het eindresultaat vormen, is daarbij een risico.

Voorts kan gesteld worden dat door toedeling van het gehele huwelijksgemeenschappelijk vermogen aan de nalatenschap, vestiging van vruchtgebruik op dit gehele vermogen en het prijsgeven van de vordering door de langstlevende, de langstlevende de facto de eigendomsrechten (met een waarde van de helft van de huwelijksgemeenschap) omzet in genotsrechten.²¹ Deze vraag hoeft echter niet meer beantwoord te worden.

Ook het superturbotestament valt namelijk onder het nieuwe art. 10 SW.

8.3.3 *Het activumvruchtgebruik*

Het activumvruchtgebruiktestament is een combinatie van een vruchtgebruiktestament en een verdeling van de huwelijksgemeenschap na overlijden. In essentie verschilt het niet wezenlijk van het superturbotestament. Een activumvruchtgebruik is aan de orde wanneer er enige gemeenschap van goederen, meestal de algehele gemeenschap van goederen, bestaat. Anderzijds wordt er een 'klassiek' vruchtgebruik gelegateerd aan de langstlevende waarbij aan de langstlevende de last wordt opgelegd de door de turboverdeling (alle goederen van de huwelijksgemeenschap toedelen aan de nalatenschap) ontstane tot de nalatenschap behorende overbedelingssschuld voor diens rekening te nemen. Het gevolg hiervan zou zijn dat de langstlevende vruchtgebruiker zowel de door de turboverdeling ontstane onderbedelingsvordering als de overbede-

²¹ Zie ook C.P.M. van Houte, *Fiscale kijk op testamenten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 79.

lingsschuld heeft, die dan door vermenging teniet zou gaan. Het enige dat de langstlevende dan (buiten eventueel met een uitsluitingsclausule verkregen vermogen) heeft, is het vruchtgebruik over de gehele nalatenschap dat bij overlijden aangroeit bij de blote eigendom tot volle eigendom.

Tegen het activumvruchtgebruik werd met name het bezwaar ingebracht dat het mogelijk niet bestand is tegen art. 10 SW. Geldt voor het gehele vruchtgebruik dat het verkregen is krachtens erfrecht? De nalatenschap bestaat immers slechts uit de helft van de huwelijksgoederengemeenschap en slechts daarop ziet het legaat in het testament. Dat uiteindelijk het vruchtgebruik gevestigd is op de totale huwelijksgoederengemeenschap is bewerkstelligd door een rechtshandeling van de vruchtgebruiker waarop art. 10 SW van toepassing is. De in par. 8.3.2 vermelde uitspraak van de Hoge Raad van 19 juni 2009 lijkt deze opvatting te bevestigen. Ook het activumvruchtgebruik valt onder art. 10 SW.

8.3.4 *Het ik-vader-testament*

In het ik-vader-testament wordt een zogenoemde ik-vader-clausule opgenomen.

Bij de ik-vader-clausule wordt er zo optimaal mogelijk gebruik gemaakt van de tariefstructuur en de vrijstellingen in de Successiewet. Anders dan bij het hierna te bespreken ik-opa-testament gaat de spreiding van de verkrijgingen hier in horizontale richting. Om de meest gewenste heffing te realiseren dient allereerst de vrijstelling van de langstlevende benut te worden en vervolgens tussen de langstlevende en de kinderen zo goed mogelijk gebruik gemaakt te worden van de tariefschijven. De spreiding kan zowel gerealiseerd worden door middel van het maken van erfstellingen als legaten.

VOORBEELD

Een voorbeeld van een erfstelling waarin een ik-vader-clausule is opgenomen:

'Het erfdeel van mijn voornoemde echtgenoot, is een gedeelte van mijn nalatenschap met een zodanige waarde (en beperkt tot deze waarde) dat de vrijstelling van art. 32 lid 1 sub 4 onder a SW volledig benut wordt, rekening houdend met imputatie van pensioenrechten en met fictieve verkrijgingen.'

De ik-vader-clausule vormt de basis van het zogenoemde ik-vader-testament. Bij het ik-vader-testament krijgt de langstlevende echtgenoot 'het vruchtgebruik op een zodanig gedeelte van de nalatenschap, dat de waarde van de belaste verkrijging door de langstlevende echtgenoot – rekeninghoudend met eventuele fictieve verkrijgingen en met eventuele imputaties op de vrijstelling – resulteert in een marginaal heffingspercentage, dat gelijk is aan het heffingspercentage van de kinderen'.

Het gaat er bij dit testament dus vooral om een zo gunstig mogelijke verhouding te creëren tussen de omvang van het vruchtgebruik en de erfstelling voor wat de heffing

van de erfbelasting betreft. Bij de ik-vader-constructie is het van veel belang dat de erflater de omvang van de verkrijging zelf vaststelt. Wanneer de langstlevende deze bevoegdheid krijgt is er mogelijk sprake van ongeoorloofde wilsdelegatie. Bovendien kan art. 30 SW aan de orde komen. Om daarbij de flexibiliteit te optimaliseren geldt ook hier evenals bij het 'gewone' vruchtgebruiktestament dat het verstandig is naast het vruchtgebruiklegaat een keuzelegaat voor de langstlevende in het testament op te nemen.

De ik-vader-constructie kan uiteraard ook opgenomen worden in het combinatietestament, waarbij zij dan aan het vruchtgebruiklegaat gekoppeld dient te worden.

8.3.5 *Het ik-opa-testament en varianten daarop*

Een testament kan een besparing opleveren als bij de vererving meerdere generaties worden ingeschakeld. Te denken valt aan het testament waarbij een grootouder naast vererving van zijn vermogen naar zijn kinderen ook de kleinkinderen in de vererving betreft. Het inschakelen van kleinkinderen kan op verschillende wijzen gebeuren. De wijze waarop dit geschiedt is niet alleen afhankelijk van de omvang van het vermogen van de erflater, maar ook van de omvang van het vermogen en inkomen van de (schoon)kinderen en de leeftijd van de kleinkinderen.

De volgende mogelijkheden zijn daarbij aan de orde:

- het kleinkind verkrijgt rechtstreeks uit de nalatenschap van zijn grootouder;
- het ik-opa-testament.

Het kleinkind verkrijgt rechtstreeks uit de nalatenschap van zijn grootouder

Veelvuldig worden in testamenten door grootouders legaten opgenomen ten behoeve van hun kleinkinderen. Veelal zal dat blijven bij het voor de erfbelasting vrijgestelde bedrag (per 1 januari 2018 € 20.371). Over het vrijgestelde bedrag is geheel en al geen erfbelasting verschuldigd hetgeen altijd een belastingbesparing oplevert. Wanneer het vermogen van de grootouder een dusdanige omvang heeft dat er voor het kind/de ouder voldoende overblijft, kan er over gedacht worden het kleinkind meer na te laten. Over dat 'meerdere' is uiteraard wel erfbelasting verschuldigd. Maar wanneer de verkrijging van het kleinkind belast wordt tegen een tarief dat altijd nog lager is dan de top van het tarief dat de ouders verschuldigd zijn, ligt hier al de eerste besparing. Bovendien wordt hetgeen de kleinkinderen rechtstreeks van de grootouders krijgen later bij overlijden van de ouder niet nog eens belast. Bij de kleinkinderen vindt ook de (eventuele) waardeaan groei plaats. Ook daarover hoeft uiteraard bij het overlijden van de ouder anders dan bij vererven via de ouder, geen erfbelasting meer te worden betaald.

Dit laatste voordeel kan er in een markt waar vermogens aangroeien voor pleiten om zelfs al betalen de kleinkinderen wat meer aan erfbelasting dan de ouders, toch een substantieel gedeelte van de nalatenschap aan de kleinkinderen te laten toekomen.

Kleinkinderen betalen het ouder-kindtarief met een verhoging van 80%, derhalve 18% en 36%.

Om te voorkomen dat het kleinkind zodra het de meerderjarige leeftijd heeft bereikt het van de grootouders geërfde vermogen verbrast, is het verstandig het vermogen onder bewind te stellen, bijvoorbeeld van de ouders.

Een andere mogelijkheid is om het legaat van de kleinkinderen pas opeisbaar te laten zijn bij een bepaalde leeftijd of bepaalde gebeurtenis. Ook dan is bewind aan te bevelen, vooral voor het geval de ouder die als erfgenaam het vermogen onder zich heeft, vóór dit moment overlijdt.

Behalve 'volle eigendom' zou aan het kleinkind ook de bloot eigendom van (een deel van) de nalatenschap van de grootouder kunnen worden gelegateerd. Ook hier kunnen dubbele voordelen behaald worden. Doordat de verkrijging van het kind/de ouder kleiner wordt ten gunste van het kleinkind, kan de erfbelasting van het kind afgetopt worden. Denkbaar is het testament zo te redigeren dat de verkrijging van de ouder zodanig is dat de top van zijn verkrijging in hetzelfde tarief valt als de top van de verkrijging van het kleinkind.

Daarnaast is het wederom zo dat de waardeangroei van het vruchtgebruikvermogen onbelast bij het kleinkind terecht komt.

Het nadeel dat hier aanwezig is, is dat er een zekere afhankelijkheid ontstaat tussen de ouder-vruchtgebruiker en het kind-bloot eigenaar, omdat zoals in nummer 1 is geconstateerd, de bloot eigenaar zekere rechten heeft zich met het vruchtgebruik te bemoeien.

Het ik-opa-testament

Ook het ik-opa-testament overleeft het gewijzigde art. 10 SW niet. Hieronder zal het om bovengenoemde reden toch besproken worden.

In deze constructie worden kinderen erfgenaam en verkrijgen de kleinkinderen een vordering op hun ouders. Aan het erfdeel van de kinderen is de last verbonden dat zij hun kinderen een vordering op hen toekennen die pas opeisbaar is bij hun overlijden. De hoogte van de last die op de kinderen rust is zodanig vastgesteld dat het marginale tarief van de kinderen lager blijft dan dat van de kleinkinderen.

VOORBEELD

Grootvader (weduwnaar) heeft een dochter en een zoon die ieder twee kinderen hebben. Wanneer hij overlijdt laat hij een vermogen na van € 1.000.000. Hij heeft zijn zoon en dochter tot zijn enige erfgenamen benoemd. In zijn testament staat de volgende bepaling:

ive 18%

: bereikt
r mogen

te laten
te beve-
ch heeft,

een deel
kunnen
e ouder
afgetopt
le ouder
i de ver-

r mogen

ussen de
s gecon-
bemoei-

r zal het

eren een
n dat zij
erlijden.
marginale

wee kin-
na van
men be-

'Ik leg aan mijn erfgenamen de last op om aan ieder van hun kinderen toe te kennen, uit te betalen na overlijden van henzelf en hun echtgeno(o)t(e), een gedeelte van hun erfdeel en wel zodanig berekend dat de top van de contante waarde van de verkrijging van mijn kleinkinderen met een niet hoger percentage wordt belast dan de verkrijging van mijn kind, rekeninghoudend met deze last. 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 erfgena(a)m(e) haar/hun echtgeno (o)t(e)'.

Het is dus de bedoeling dat het marginale tarief dat de kleinkinderen over de vordering van hun ouder verschuldigd zijn niet meer zal bedragen dan het marginale tarief waar moeder/vader nu in valt.

In deze situatie krijgen de kleinkinderen dus slechts een 'papieren' vordering. Zolang hun ouders nog leven verkrijgen zij niets. Het is zelfs de vraag of zij ooit iets van de ouders verkrijgen als de ouders alles opmaken. Veelal wordt bepaald dat de kinderen geen rente hoeven te vergoeden over de schulden aan de kleinkinderen en dat de vorderingen door de kleinkinderen pas kunnen worden opgeëist bij het overlijden van de langstlevende ouder. De belaste waarde (op het moment van overlijden van de langstlevende grootouder) voor de erfbelasting zal niet meer zijn dan een contante waarde van een nominaal bedrag. Deze contante waarde kan bepaald worden aan de hand van de tabellen in het Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956. Het kind kan de vordering ook voor zijn overlijden aflossen, bijvoorbeeld omdat het zelf het geld niet nodig heeft, maar het kleinkind des te meer, bijvoorbeeld voor de aanschaf van een huis. Voorts is het de vraag of de opeisbaarheid afhankelijk gesteld moet worden van het overlijden van het ervende kind of ook van het overlijden van het schoonkind. Een en ander zal van de onderlinge verhoudingen afhangen, maar vooral van de vraag of het schoonkind de ouder van het verwachtende kleinkind is.

Het is ook mogelijk dat het schoonkind niet met naam in het testament genoemd wordt, maar dat de nalatenschap in de huwelijksgoederengemeenschap valt. Die situatie was aan de orde in de uitspraak van Rechtbank Haarlem 11 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:BI7558.

Nadat zoon (erfgenaam) in 2001 was overleden, overlijdt schoondochter in 2006. Ter zake van de nalatenschap van schoondochter stelde de inspecteur dat de helft van de ik-opa-vordering onder de fictie van art. 10 SW valt. De rechtbank is het echter niet met de inspecteur eens. Naar het oordeel van de rechtbank leidt de omstandigheid dat moeder in algehele gemeenschap van goederen was gehuwd met vader ertoe, dat de uit schuldigerkenning ontstane schulden aan de kleinkinderen behoren tot het vermogen van de huwelijksgoederengemeenschap en dat moeder voor de toepassing van art. 10 SW niet geacht moet worden partij te zijn geweest bij de rechtshandeling. Volgens de rechtbank is er geen bepaling van huwelijksgoederenrecht die meebrengt dat de echt-

genoot die niet zelf partij is bij een rechtshandeling die gevolgen heeft voor de omvang van de huwelijksgemeenschap wel geacht moet worden zelf partij te zijn. Er is voorts geen grond de tekst van art. 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 de erfbelasting aan te nemen dat de niet bij een rechtshandeling betrokken echtgenoot wel als zodanig moet worden aangemerkt.

In de per 1 januari 2010 in werking getreden Successiewet heeft de wetgever naar aanleiding van deze uitspraak in de nota van wijziging art. 10 SW aangepast in die zin dat daarin wordt bepaald 'rechtshandelingen, waarbij de erflater, of diens partner, partij was'.

Aan de ik-opa-clausule kleeft het grote bezwaar dat ten tijde van het overlijden nog niet geboren kleinkinderen niet in de ik-opa-clausule kunnen worden betrokken. Om te erven moet men immers in beginsel bestaan op het moment van overlijden van de erflater (art. 4:9 BW en 4:56 BW). Wordt een kleinkind na het overlijden van grootvader geboren dan ontstaan er derhalve scheve verhoudingen, die ook weer kunnen doorwerken in de vererving van de nalatenschap van de ouders. Om dit te voorkomen kan aan de tijdens het openvallen van de nalatenschap van opa wel bestaande kleinkinderen de last opgelegd worden om hetgeen zij uit de nalatenschap van opa genieten met hun later nog te worden geboren broers en zusters te delen. De last kent volgens het nieuwe erfrecht immers niet de bestaans eis.

In al deze constructies is er sprake van (niet-opeisbare) vorderingen die de testeervrijheid van de betrokkenen beperken. Ook dient rekening gehouden te worden met eventueel verschuldigde vermogensrendementsheffing.

Ook het kind zelf kan door de ik-opa-clausule in een moeilijke positie komen. Wanneer hij bijvoorbeeld hertrouwt met een nieuwe partner is zijn beschikkingmogelijkheid beperkt.

Ten slotte loert ook hier het gevaar van (het oude) art. 10 SW. Na het overlijden van 'opa' erkennen de kinderen schuldig aan hun kinderen (kleinkinderen). Over deze bedragen vergoeden zij – meestal – geen rente. Indien de schuldig erkende bedragen pas worden afgelost bij het overlijden van de langstlevende ouder, hebben de ouders tot hun dood het genot gehad van deze bedragen. Art. 10 SW is derhalve van toepassing.

Dat de schuldigeringen voortvloeien uit een last die is opgelegd door de grootouder doet er volgens Van Vijfeijken (t.a.p. p. 133) niet aan af dat de kleinkinderen partij zijn geweest bij de rechtshandeling en de ouder een levenslang genot heeft voorbehouden.

De ouder heeft zich een genotsrecht voorbehouden en derhalve zelf de volle eigendom van dat vermogen omgezet in een genotsrecht.

De ten gevolge van het overlijden van opa door het kleinkind betaalde erfbelasting kan niet in mindering worden gebracht.

Volgens de memorie van toelichting bij wetvoorstel 31 930 nr. 3, p. 22, valt het ik-opa-testament onder het art. 10 SW.²²

8.3.6 *De ik-oom/tante-clausule*

Vergelijkbaar met de ik-opa-clausule is de ik-oom/tante-clausule. In deze constructie erven de broers en zusters van hun broer/zuster onder de last aan hun kinderen een bedrag schuldig te erkennen. Dit zal naar huidige erfbelastingtarieven minder zijn dan naar oude successierechttarieven daar in het eerste geval het tarief waarnaar de verkrijging van tante en oom belast wordt gelijk is aan het tarief waartegen de verkrijging van neef en nicht belast wordt.

VOORBEELD

Broer laat aan zijn zuster en broer, die ieder twee kinderen hebben, een vermogen na van € 2.000.000. In zijn testament staat de volgende bepaling:

'Ik leg aan mijn erfgenamen de last op aan ieder van hun kinderen toe te kennen, uit te betalen na overlijden van henzelf en hun echtgeno(o)t(e), een gedeelte van hun erfdeel en wel zodanig berekend dat de top van de contante waarde van de verkrijging van mijn neven en nichten met een niet hoger percentage wordt belast dan de verkrijging van mijn broer en zuster, rekeninghoudend met deze last. Ik verbind aan deze last de bepaling dat de lastbevoordeelden geen enkel ander recht zullen hebben dan het recht van op-eising na overlijden van mijn erfgena(a)m(e) en haar echtgeno(o)t(e).'

Een alternatief dat ook onder deze categorie testamenten geschaard kan worden is de constructie die bij het ik-vader-testament toegepast wordt. Hierbij krijgt de broer/zuster het vruchtgebruik van een zodanig gedeelte van de nalatenschap dat de waarde van de belaste verkrijging door de broer/zuster resulteert in een marginaal heffingspercentage, dat gelijk is aan het heffingspercentage van de neven en nichten.

De fiscale behandeling en de problemen die bij deze constructie spelen zijn gelijk aan die welke zijn signaleerd bij de ik-opa-testamenten.

²² Zie met name ook de nota naar aanleiding van het verslag p. 43-44.

8.4 Het ouderlijke boedelverdeling plustestament

Een testament dat qua grondslag wat minder bij de hier besproken testamenten hoort, maar wel vaak in een adem hiermee genoemd wordt, is het ouderlijke boedelverdeling plustestament (obv-plus).

8.4.1 *Inleiding*

Bij het inwerking treden van het nieuwe erfrecht in 2003 is de mogelijkheid om een testamentaire ouderlijke boedelverdeling te maken (art. 4:1167 BW) uit de wet geschrapt. Daarvoor is in het nieuwe recht de wettelijke verdeling in de plaats gekomen (art. 4:13 BW). Voor de estate planningspraktijk is het grote nadeel van deze wettelijke verdeling dat de langstlevende binnen drie maanden de beslissing moet nemen of hij de wettelijke verdeling ongedaan wil maken (art. 4:18 lid 1 BW), wat een korte termijn is. In de ouderlijke boedelverdelingstestamenten daarentegen kon een veel langere termijn opgenomen worden om de keuze tussen de ouderlijke boedelverdeling en een alternatieve regeling te maken. Voorts kon in de ouderlijke boedelverdelingstestamenten ook voor een partiële verdeling gekozen worden, hetgeen bij de wettelijke verdeling niet mogelijk is. Dit leidt er in de praktijk toe dat ouderlijke boedelverdelingstestamenten die gemaakt zijn vóór 2003 bij vereiste aanpassingen niet geheel herroepen worden, maar worden aangepast. Deze aanpassing wordt ook wel de 'obv-plus' genoemd.

8.4.2 *Mogelijke aanpassingen*

Bij het aanpassen van het ouderlijke boedelverdelingstestament dient het wezen van de ouderlijke boedelverdeling in stand te blijven. Het wezen van de ouderlijke boedelverdeling vormt de verdeling (voorafgaand aan het overlijden) door de erflater. De verdeling en derhalve ook de deelgenoten dienen dezelfde te blijven. Ook wordt aangenomen dat de lengte van de termijn waarbinnen de ouderlijke boedelverdeling ongedaan kan worden gemaakt niet gewijzigd kan worden. Het is mogelijk de erfstelling te wijzigen, dat wil zeggen de omvang van de erfdelen. Een kind alsnog onterven is niet mogelijk, omdat dan – nog daargelaten de vraag of de ouderlijke boedelverdeling dan nog geldig is – een wijziging wordt aangebracht in wie de deelgenoten zijn.

Daarnaast kunnen wel gewijzigd worden: de opeisbaarheidsgronden van de vorderingen, de hoogte van de rente, het benoemen van legatarissen, een bewind instellen over de erfrechtelijke verkrijgingen, een (nieuwe) executeleregeling, een uitsluitingsclausule, extra keuzemogelijkheden voor de langstlevende.

8.4.3 *Fiscale consequenties van de aangepaste obv*

Een aangepaste ouderlijke boedelverdeling blijft een ouderlijke boedelverdeling. Dat betekent dat voor deze ouderlijke boedelverdeling evenals dat geldt voor wettelijke verdeling, defiscalisering voor de inkomstenbelasting geldt.

Aangenomen wordt dat ook bij de ouderlijke boedelverdeling de hoogte van de rente aangepast kan worden mits deze mogelijkheid in het oorspronkelijke testament is opgenomen. Sommigen menen zelfs dat ook na inwerking treden van het nieuwe erfrecht de 'tenzij-clausule' alsnog kan worden opgenomen.²³

Een nadeel van de aangepaste ouderlijke boedelverdeling is wel dat er een wat 'rommelig' testament ontstaat met ten dele herroepen, ten dele gehandhaafde en ten dele nieuwe bepalingen.

²³ Zie B.M.E.M. Schols, 'Gaat het doek eerder dicht of blijft het langer open? De ventieltechniek gesynchroniseerd', *JBN* 2011, nr. 3.