

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
2. Waardering van erfrechtelijke vorderingen en minuscule erfdelen	1
3. Spelen met de rente: de ventieltechniek	10
4. Hogere rente dan 6% samengesteld	13
5. Handmatige ventieltechniek	16
6. Opvul- en afvullegaat	18

1. Inleiding

De erfbelasting is een *tijdstipbelasting*, hetgeen inhoudt dat belasting wordt geheven naar het tijdstip van het overlijden (en niet het tijdstip van de verkrijging). Uitgangspunt is dat feiten en omstandigheden die zich nadien voordoen niet van belang zijn voor de belastingheffing. In feite wordt het vermogen van de erflater op het tijdstip dat het belastbare feit zich voordoet, het overlijden, gefixeerd. De erfbelastingdruk kan ná het overlijdenstijdstip niet meer gewijzigd worden. Op dit uitgangspunt zijn inmiddels enkele uitzonderingen in de Successiewet 1956 (SW) gemaakt.

In dit hoofdstuk komen verschillende technieken aan de orde om – ondanks het genoemde uitgangspunt van fixatie van het vermogen van de erflater ten tijde van zijn overlijden – de erfbelastingdruk ná het overlijden te beïnvloeden, en wel in die zin dat een besparing van erfbelasting bij het eerste of het tweede overlijden van een ouderpaar mogelijk wordt dan wel een spreiding van de erfbelastingdruk plaatsvindt over het eerste en het tweede overlijden. Met die technieken wordt beoogd optimaal gebruik te kunnen maken van de vrijstellingen en de tariefstructuur van de Successiewet.

2. Waardering van erfrechtelijke vorderingen en minuscule erfdelen

Boek 4 BW kent één uitgewerkt ‘testament’ voor de erflater die een echtgenoot én één of meer kinderen achterlaat, het zogeheten Staatstestament.¹ De wettelijke verdeling van de nalatenschap – onderdeel van het versterferfrecht – is een bekend fenomeen (art. 4:13 e.v. BW). Het is een creatie van Nederlandse bodem. De nalatenschapsgoederen van de erflater worden toebedeeld aan de langstlevende. De kinderen krijgen daartegenover een niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende, een onderbedelingsvordering. Die geldvordering komt overeen met de waarde van het erfdeel van de kinderen. Met een dergelijke verdeling van de nalatenschap is *an sich* niks mis als dit aan de wensen van de

¹ Zie daarvoor hoofdstuk 3 (‘Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap’).

erflater beantwoordt. Het doel daarvan is voor alles om de langstlevende in staat te stellen ongestoord voort te leven.

Wel moet bedacht worden dat het versterkerrecht van Boek 4 BW verzorgingsrecht is, en bijvoorbeeld niet gericht is op bedrijfsopvolging of een bepaalde verdeling van de nalatenschap om andere (fiscale) redenen. Meer dan eens wordt daarom in het kader van estate planning gebruik gemaakt van de mogelijkheid de wettelijke verdeling van de nalatenschap in het testament uit te sluiten (art. 4:13 lid 1 BW) of dat de wettelijke verdeling binnen drie maanden na overlijden door de langstlevende ongedaan wordt gemaakt (art. 4:18 BW). De erflater of de langstlevende opteert dan voor een andere wijze van verdeling van de (nog onverdeelde onderscheidenlijk de alsnog onverdeelde) nalatenschap dan de wettelijke verdeling, waarbij het ongestoord voortleven van de langstlevende nog steeds het primaire doel zal kunnen zijn.

De betekenis van art. 4:13 lid 4 BW

Een krachtige impuls voor de moderne estate planning is de introductie in het nieuwe erfrecht van art. 4:13 lid 4 BW - onderdeel van de wettelijke verdeling van de nalatenschap - geweest. Die bepaling maakt het voor de erfgenamen mogelijk om ná het overlijden een renteovereenkomst te sluiten, die door een daarop aansluitende wijziging van de Successiewet fiscaal wordt gevolgd. Daarmee werd gebroken met een belangrijk beginsel van de erfbelasting. In lijn met een arrest van 2 januari 1903 van de Hoge Raad werd - zoals in § 1 vermeld - altijd geleerd dat de erfbelastingdruk op het overlijdensmoment wordt gefixeerd.² Per overlijdensdatum ligt daarmee vast wie erfbelasting moet betalen, en hoeveel. Het was voor de erfgenamen niet mogelijk om ná het overlijden een overeenkomst te sluiten met het doel daarmee de erfbelastingdruk te veranderen. Daarin kwam met ingang van 1 januari 2003 rigoureuze verandering. Art. 4:13 lid 4 BW bepaalt namelijk het volgende:

“De in lid 3 bedoelde geldsom wordt, tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald, vermeerderd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan zes, berekend per jaar vanaf de dag waarop de nalatenschap is opengevallen, bij welke berekening telkens uitsluitend de hoofdsom in aanmerking wordt genomen.”

Het wettelijke uitgangspunt is dat de niet-opeisbare geldvordering van de kinderen op de langstlevende in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap een rente draagt gelijk aan de wettelijke rente verminderd met 6%. Uitsluitend indien en voor zover de wettelijke rente hoger is dan 6%, wordt de hoofdsom van de geldvordering van de kinderen (enkelvoudig) met het excès verhoogd. Lange tijd was deze regeling een dode letter, omdat de wettelijke rente sinds de inwerkingtreding van Boek 4 BW nooit hoger is geweest dan 6%. Met ingang van 1 januari 2024 is de wettelijke rente 7%, zodat de geldvordering van de kinderen niet langer meer renteloos is. In een bijzin is in art. 4:13 lid 4 BW echter ook bepaald dat (i) de erflater dan wel (ii) de echtgenoot en het kind tezamen

² HR 2 januari 1903, PW 9536, waarin voor het recht van overgang is overwogen dat *“volgens de wet de rechten van den fiscus alleen en uitsluitend bepaald worden naar toestanden, die op het oogenblik van overlijden in werkelijkheid bestaan”*. Op deze hoofdregel zijn in de Successiewet inmiddels - als gezegd - uitzonderingen geformuleerd.

een andere, van de wettelijke bepaling van art. 4:13 lid 3 BW afwijkende renteregeling kunnen treffen (verwoord als: “*tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald*”). Die andere rente dan art. 4:13 lid 3 BW kan eenzijdig in het testament door de erflater bepaald worden of in een renteovereenkomst die ná het overlijden tussen de echtgenoot en de kinderen met elkaar wordt gesloten. We zullen hierna zien welk effect een verandering van de rente – ofwel het spelen met de rente – heeft op de waardering van erfrechtelijke vorderingen en waarom het nodig is geoordeeld in Boek 4 BW een wettelijke grondslag aan te reiken voor het sluiten van een renteovereenkomst. Die ruimte om een bepaalde rente overeen te komen, wordt toch al geboden door de hier ter lande in het burgerlijk vermogensrecht geldende contractsvrijheid?

Waardering van erfrechtelijke vorderingen

Omdat de hoogte van de wettelijke rente van jaar tot jaar fluctueert, zou bij de toepassing van de Successiewet een waarderingsprobleem ontstaan. Niet te bepalen valt immers of, en zo ja, in welke mate elk jaar op grond van art. 4:13 lid 4 BW rente op de geldvordering van de kinderen moet worden bijgeschreven (of voldaan). Het is om die reden dat voor de waardering van erfrechtelijke geldvorderingen in art. 21 lid 15 SW uitgegaan wordt van de *renteloosheidsfictie*; voor de toepassing van de Successiewet wordt de geldvordering van de kinderen, die uit hoofde van de wettelijke verdeling van de nalatenschap op grond van art. 4:13 lid 4 BW is ontstaan, geacht renteloos te zijn.

Renteovereenkomst

Met het sluiten van een renteovereenkomst – in afwijking van het bepaalde in art. 4:13 lid 4 BW – kan de waarde van de erfrechtelijke verkrijgingen van de langstlevende en de kinderen beïnvloed worden. Let wel: civielrechtelijk blijft de niet-opeisbare geldvordering van de kinderen gewoon in stand. Aan die vordering wordt voor fiscale doeleinden alleen een andere waarde toegekend als de rente wordt veranderd. Een *rentedragende* geldvordering is voor de schuldeiser (de kinderen) nu eenmaal meer waard dan een renteloze. Het omgekeerde geldt voor de schuldenaar (de langstlevende): een *renteloze* schuld leidt tot een voordeel van de langstlevende.³ De langstlevende heeft het genot van een renteloze schuld. Indien het toepasselijke rentepercentage lager is dan 6% samengesteld (en dat is de normrente van de Successiewet⁴), geniet de langstlevende een vruchtgebruik in de zin van art. 18 SW.⁵ Het gaat om een fictief vruchtgebruik (oftewel een

³ Zie ook het oordeel van de Hoge Raad in zijn uitspraak van 11 juli 1989, [ECLI:NL:HR:1989:ZC4084](#): “*Dat over de vorderingen wegens overbedeling een normale rente is verschuldigd, neemt niet weg dat in een geval als het onderhavige, waarin de rente eerst opeisbaar wordt bij het overlijden van de overbedeelde erfgenaam, deze erfgenaam het vruchtgebruik als bedoeld in voormeld artikel heeft van het wegens overbedeling verschuldigde bedrag. Hij behoeft immers in feite de rente, die zal gaan behoren tot het passief van zijn nalatenschap, tijdens zijn leven niet te betalen.*” Het oordeel van de Hoge Raad komt erop neer dat degene die geen rente betaalt of een lagere rente dan 6% samengesteld het genot heeft van de niet-opeisbare vordering, ook wel een ‘fictief vruchtgebruik’ genoemd.

⁴ Zie daarvoor art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW.

⁵ Blijkens art. 18 SW moet het begrip ‘vruchtgebruik’ ruim worden uitgelegd. Onder vruchtgebruik moet worden verstaan vruchtgenot, gebruik en bewoning, vruchten en inkomsten, jaarlijkse opbrengst en soortgelijke uitkeringen uit daartoe aangewezen goederen.

'waarderingsvruchtgebruik'), en niet om een daadwerkelijk gevestigd recht van vruchtgebruik. De kinderen hebben in dit geval de bloot-eigendom van de geldvordering op de langstlevende. Het fictieve vruchtgebruik van een renteloze schuld (of een lagere rente dan 6% samengesteld) leidt bij de langstlevende tot een bijtelling bij de erfrechtelijke verkrijging, en dus tot een hogere erfrechtelijke verkrijging. Het omgekeerde geldt voor de erfrechtelijke verkrijging van de kinderen.

In art. 21 lid 11 SW wordt bepaald dat de waarde van hetgeen onder de last van een vruchtgebruik wordt verkregen, gesteld wordt op de waarde in onbezwaarde staat, verminderd met de waarde van die last. Of anders gezegd: de waarde van de bloot-eigendom van een geldvordering (of een ander goed) van de kinderen is de waarde van de volle eigendom verminderd met de waarde van het (fictieve) vruchtgebruik. Voor de waarde van het fictieve vruchtgebruik en de bloot-eigendom worden de langstlevende respectievelijk de kinderen in de heffing van erfbelasting betrokken.

Minuscule erfdelen

Op deze wijze - beeldend uitgedrukt: spelen met de rente (of de ventieltechniek) - kan de bij het eerste overlijden en het tweede overlijden van een ouderpaar met kinderen verschuldigde erfbelasting beïnvloed worden. De waarde van de nalatenschap van de langstlevende (het tweede overlijden) kan door een in rekening te brengen rente over de niet-opeisbare geldvordering 'uitgehoud' worden. De hoogte van de geldvordering op de langstlevende waarover rente in rekening wordt gebracht, hangt samen met de omvang van het erfdeel van de langstlevende. Hoe kleiner het erfdeel van de langstlevende, die bij langstlevende testamenten dus wél alle goederen van de nalatenschap verkrijgt (als onderdeel van de (quasi) wettelijke verdeling of keuzelegaten tegen inbreng van de waarde), hoe groter de geldvordering van de kinderen. Daarin schuilt de verklaring voor die wonderlijke omvang van het erfdeel van de langstlevende in sommige testamenten (1/100^e of 1/1000^e erfdeel).

Dat aan de langstlevende in het testament een minuscuul erfdeel wordt toegekend, houdt ook verband met het feit dat de titel 'verdeling' toegang verschaft tot fiscale faciliteiten. Verdeling van een nalatenschap is één van de Wet op belastingen van rechtsverkeer uitgezonderde verkrijging (art. 3 lid 1 onder b Wbr). Een andere reden om een erfdeel - hoe klein ook - aan de langstlevende toe te kennen, is dat de langstlevende daardoor meedoet aan de verdeling van de nalatenschap, tezamen met de andere erfgenamen (art. 3:182 BW).

Fiscale benadering

Zoals gezegd, wordt de door de erflater in het testament eenzijdig vastgestelde rente dan wel de door de erfgenamen (te weten de langstlevende en de kinderen) gesloten renteovereenkomst fiscaal gevolgd. Dat blijkt met zoveel woorden uit art. 1 lid 3 SW:

"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.”

Uit art. 1 lid 3 SW volgt dat het wijzigen van de rente successierechtelijk wordt gevolgd bij de waardering van erfrechtelijke verkrijgingen bij het eerste overlijden. De voorziening van art. 1 lid 3 SW voorkomt tevens schenkingsperikelen. Immers, het (onverplicht) wijzigen van de rente zou een schenking kunnen opleveren. Ofwel een schenking aan de langstlevende (als de rente over de onderbedelingsvordering van de kinderen wordt verlaagd), ofwel aan de kinderen (als de rente wordt verhoogd). Wordt de rente gewijzigd binnen de kaders van art. 1 lid 3 SW dan geldt dat geacht wordt alleen krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen (lees: derhalve niet krachtens schenking). Op deze wijze kan straffeloos met rente en daarmee met (de waarde van) erfrechtelijke verkrijgingen worden geschoven tussen de langstlevende en de kinderen, en wel met successierechtelijk effect.

De regeling moet intussen wel uitvoerbaar zijn voor de Belastingdienst. In art. 4:13 lid 4 BW wordt geen termijn gesteld waarbinnen de renteovereenkomst gesloten moet zijn. Dat is voor de belastingheffing echter weinig praktisch. Om die reden verbindt art. 1 lid 3 SW alleen gevolgen voor de heffing van erfbelasting aan de renteovereenkomst als de afspraken binnen een bepaalde termijn worden gemaakt. Daarbij is aangesloten bij de aangiftetermijn van acht maanden (art. 45 SW). Ook het sluiten van een renteovereenkomst binnen de periode van een door de Belastingdienst verleend uitstel voor het doen van aangifte zal gevolgen hebben voor de erfbelasting. Door aan te sluiten bij de aangiftetermijn kan bij het vaststellen van de aanslagen voor de erfbelasting met de renteovereenkomst rekening worden gehouden.

Voor zover de rentevaststelling niet in de erfbelasting wordt betrokken (bijvoorbeeld omdat er geen bevoegdheid bestaat om een renteovereenkomst te sluiten of de renteovereenkomst buiten de aangiftetermijn is gesloten), wordt deze betrokken in de schenkbelasting (art. 1 lid 4 SW). Immers, ook dan zal de rentevaststelling fiscale gevolgen hebben. Indien de langstlevende een rente vaststelt die lager is dan de rente op grond van het testament, wordt er een schenking aangenomen van de schuldeiser (het kind) aan de langstlevende. Indien de langstlevende een hogere rente vaststelt, wordt er een schenking aangenomen van de langstlevende aan het kind.

Duidelijk is dat de techniek om de nalatenschap van de langstlevende met behulp van rente uit te hollen op grond van de bewoordingen van art. 1 lid 3 SW breed ingezet kan worden: de wettelijke verdeling van de nalatenschap, de ouderlijke boedelverdeling volgens het oude erfrecht (OBV), de vrije verdeling, de quasi-wettelijke verdeling en het legaat tegen inbreng van de waarde. Uiteraard betekent dit dat bij het eerste overlijden als gevolg van een grote(re) erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende door de bijtelling van een fictief vruchtgebruik meer erfbelasting verschuldigd wordt dan bij het tweede overlijden. Dat kan echter goed gemaakt worden door de besparing van erfbelasting bij het tweede

overlijden. Hoe dit precies uitwerkt, hangt af van: (i) de omvang van het erfdeel van de langstlevende, (ii) de overlevingsduur van de langstlevende en (iii) de hoogte van de rente.

Toegang tot deze techniek wordt alleen geboden als in het testament daarvoor een grondslag is opgenomen. In de eenzijdige rechtshandeling die een testament tenslotte is, moet opgenomen worden dat nadien bij overeenkomst een andere rente overeengekomen kon worden (de befaamde *tenzij-clausule*). Het is bezien vanuit het perspectief van de contractsvrijheid misschien wonderlijk dat een dergelijke regeling in een testament opgenomen moet zijn. Partijen zijn toch immers altijd vrij om met elkaar bij overeenkomst een regeling over een in rekening te brengen rente te treffen? Dat dit wettelijk zo bepaald is, houdt verband met de toegang die vervolgens wordt geboden tot de fiscale renteregeling van art. 1 lid 3 SW.

Voorbeeld

Man (73 jaar) en vrouw (68 jaar) zijn gehuwd in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen. Zij hebben drie kinderen. Hun gezamenlijke vermogen bedraagt € 1.000.000. Stel dat de man als eerste overlijdt. Hoeveel erfbelasting is in dat geval verschuldigd? De waarde van de nalatenschap bedraagt de helft van € 1.000.000, derhalve € 500.000. In dit geval is de wettelijke verdeling van de nalatenschap van toepassing, aangezien deze niet bij testament is uitgesloten (art. 4:13 lid 1 BW). De vrouw en de drie kinderen hebben elk een erfdeel van $1/4^e$, ofwel $€ 500.000 : 4 = € 125.000$. Voor de heffing van erfbelasting wordt met een eventuele bijschrijving van rente op grond van art. 4:13 lid 4 BW geen rekening gehouden (art. 21 lid 15 SW). De geldvorderingen van de kinderen worden geacht renteloos te zijn. Het fictieve vruchtgebruik van de renteloze geldvorderingen van de vrouw wordt gewaardeerd tegen 6%, te vermenigvuldigen met een factor 7 (behorende bij de leeftijd van 73 jaar), derhalve 42%.⁶ De waarde van de bloot-eigendom van de geldvorderingen van de kinderen bedraagt dan 58%.

Stel thans dat de vrouw als eerste zou zijn overleden. Hoeveel erfbelasting is in dat geval verschuldigd? In dat geval wordt het fictieve vruchtgebruik gewaardeerd tegen 6%, te vermenigvuldigen met een factor 8 (behorende bij de leeftijd van 68 jaar). De waarde van het fictief vruchtgebruik van de renteloze geldvorderingen van de man bedraagt 48%, de waarde van de bloot-eigendom van de kinderen 52%.

Voorbeeld

In het testament is opgenomen dat de langstlevende aan de kinderen op hun niet-opeisbare erfrechtelijke vorderingen wegens overbedeling een rente verschuldigd is van 6% samengesteld, tenzij de langstlevende een andere rente vaststelt. Dit betekent dat deze geldvordering ter grootte van bijvoorbeeld € 100.000 wegens onderbedeling in beginsel nominaal gewaardeerd moet worden. Binnen 5 maanden na het overlijden wijzigt de langstlevende echter de rente en stelt deze vast op 0%. De langstlevende verkrijgt hierdoor een erfrechtelijk voordeel, inhoudende het fictieve vruchtgebruik van de renteloze geldvordering. Bij een leeftijd van de langstlevende van bijvoorbeeld 60 jaar ten tijde van het overlijden van de eerststervende betekent dit dat de waarde van de geldvordering van het kind gedrukt wordt met 60% ($6\% \times 10$). Of anders gezegd: een renteloze geldvordering met een nominale hoofdsom van € 100.000 is in dit geval voor het kind successierechtelijk

⁶ Zie daarvoor de tabellen in het Uitvoeringsbesluit SW.

slechts € 40.000 waard (de bloot-eigendom) en voor de langstlevende € 60.000 (het fictieve vruchtgebruik). Aan de twee voorwaarden van art. 1 lid 3 SW is voldaan. De rentevaststelling heeft plaatsgevonden binnen de aangiftetermijn én de bevoegdheid hiertoe is in het testament gegeven. De gewijzigde rentevaststelling na het overlijden (van 6% in het testament naar 0% bij renteovereenkomst) wordt dus voor de heffing van erfbelasting gevolgd.

Besluit van 15 juni 2022

Bij besluit van 15 juni 2022 heeft de staatssecretaris van Financiën de vereiste tenzij-clausule van art. 4:13 lid 4 BW deels overbodig verklaard.⁷ De staatssecretaris meldt onder 2.1 (Renteafsprak) dat met het door de erfgenamen overeengekomen rentepercentage voor het berekenen van de verschuldigde erfbelasting over hun verkrijgingen alleen rekening wordt gehouden als de erfgenamen dit binnen de aangiftetermijn van art. 45 SW (inclusief het verleende uitstel) zijn overeengekomen. Een redelijke wetsuitleg brengt volgens de staatssecretaris mee dat een dergelijke renteovereenkomst wordt gevolgd bij de wettelijke verdeling (alsook bij de testamentaire wettelijke verdeling) en de OBV, *“ongeacht of het testament voorziet in de mogelijkheid dat erfgenamen onderling de rente bepalen of een afwijkende rente overeenkomen”*.

Bij de quasi-wettelijke verdeling liggen de zaken kennelijk anders, en worden de teugels aangetrokken. In dat geval wordt de wettelijke verdeling in een testament buiten toepassing verklaard (art. 4:13 lid 1 BW). Aanvullend wordt bepaald dat de langstlevende de bevoegdheid of de last heeft om de nalatenschap te verdelen alsof de wettelijke verdeling van toepassing is, met de mogelijkheid om een afwijkende verdeling van de nalatenschap te kiezen. Daarnaast bevat een dergelijk testament ook een rentebepaling voor zover er sprake is van een overbedeling van de langstlevende en daardoor een overbedelingsschuld ontstaat. Hoe wordt bij de quasi-wettelijke verdeling omgegaan met de renteovereenkomst? De staatssecretaris bepaalt in het besluit van 15 juni 2022 onder 4 (Quasi-wettelijke verdeling):

“Een redelijke wetsuitleg [van art. 1 lid 3 SW] brengt met zich mee dat als bij de uitvoering van een quasi-wettelijke verdeling wordt verdeeld alsof sprake is van de WV, een tijdige renteafsprak wordt gevolgd voor de erfbelasting. Onder verdeling alsof sprake is van de WV wordt verstaan dat alle goederen van de nalatenschap worden toebedeeld aan de langstlevende echtgenoot, onder de verplichting de schulden van de nalatenschap voor zijn rekening te nemen. Ieder kind verkrijgt een geldvordering op de langstlevende echtgenoot overeenkomende met de waarde van zijn erfdeel. Omdat in een testament met een quasi-wettelijke verdeling de WV uitdrukkelijk buiten toepassing wordt verklaard, wordt een renteafsprak uitsluitend gevolgd als het testament voorziet in de mogelijkheid dat erfgenamen onderling de rente bepalen of een afwijkende rente overeenkomen.”

Opmerkelijk is de eis in het besluit dat in dit geval *alle* goederen van de nalatenschap worden toebedeeld aan de langstlevende, terwijl voor de quasi-wettelijke verdeling vaak wordt gekozen om juist een meer flexibele verdeling van de nalatenschap tot stand te brengen.

⁷ Staatscourant 2022, nr. 16195.

Beperkingen aan de hoogte van de rente

Hoe hoger de rente over de onderbedelingsvordering (en de daartegenover staande overbedelingssschuld), hoe meer de nalatenschap van de langstlevende wordt uitgehold. Ook voor de fiscale wetgever geldt echter het spreekwoord: al te goed is buurmans gek. Fiscaal wordt een rente van 6% samengesteld nog geaccepteerd (art. 9 lid 2 SW). Een hogere rente dan 6% samengesteld mag tussen de echtgenoot en de kinderen civielrechtelijk weliswaar overeengekomen worden, maar dat leidt niet tot uitholling van de nalatenschap van de langstlevende met successierechtelijk effect (zie verder § 4).

Art. 10 SW is niet van toepassing

Art. 10 lid 5 SW stelt buiten twijfel dat het ontstaan van onderbedelingsvorderingen bij de verdeling van de nalatenschap, ook als deze rentedragend zijn en bij de hoofdsom worden bijgeschreven, niet onder het bereik van art. 10 SW (omzetting van eigendom in genot) valt.⁸ Art. 10 lid 5 SW luidt als volgt:

“Dit artikel is niet van toepassing voor zover het genot, bedoeld in het eerste lid, betrekking heeft op een onderbedelingsvordering die is ontstaan als gevolg van een verdeling van de volle eigendom van goederen en voor zover het nominale bedrag van de met de onderbedelingsvordering corresponderende overbedelingssschuld niet groter is dan de waarde van de overbedeling.”

De verdeling dient – om buiten het bereik van art. 10 SW te blijven – in volle eigendom plaats te vinden en daarbij ontstaat een schuld wegens overbedeling. Zolang de nominale schuld niet groter is dan de waarde van de overbedeling is art. 10 SW niet aan de orde. Ook de rente die over deze schuld wordt bijgeschreven, valt niet onder art. 10 SW.

Indien sprake is van een partiële verdeling en op grond van een testament wordt ten aanzien van de onverdeelde goederen een vruchtgebruik verkregen, dan is art. 10 SW van toepassing voor zover een erfdeel, en voor dat deel dus volle eigendom, omgezet wordt in een vruchtgebruik. Dit is evenwel anders bij een klassiek vruchtgebruiktestament, waarbij de kinderen als erfgenamen (bloot-eigenaren) zijn aangewezen en de langstlevende het recht van vruchtgebruik gelegateerd heeft gekregen. In dat geval wordt geen eigendom omgezet in vruchtgebruik. De langstlevende heeft niet als erfgenaam een erfdeel dat bij een verdeling wordt omgezet in een vruchtgebruik.

Ik geef enkele voorbeelden die ontleend zijn aan de wetsgeschiedenis.⁹

Voorbeeld 1

Vader overlijdt. Zijn twee kinderen A en B zijn ieder voor de helft erfgenaam. De nalatenschap bestaat uit een woning met een waarde van 1000. Bij de verdeling van de nalatenschap wordt de woning toegedeeld aan A, die daartegenover een overbedelingssschuld krijgt aan B van 500. Dit bedrag blijft A schuldig aan B. Bij het overlijden van A wordt het schuldig gebleven bedrag (dat uit de nalatenschap van A aan B

⁸ Zie daarvoor hoofdstuk 29 ('Belastingheffing bij overlijden en schenking', § 11.6).

⁹ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 930, nr. 68, p. 2-4.

zal worden voldaan) niet op grond van art. 10 SW in de heffing van erfbelasting betrokken. Hetzelfde geldt voor de eventueel op de schuld bijgeschreven rente.

Voorbeeld 2

Vader en moeder zijn gehuwd en hebben één kind. Vader overlijdt. Zijn nalatenschap bedraagt 1000. Vader heeft een testament gemaakt waarbij de wettelijke verdeling is uitgesloten. Moeder en kind zijn erfgenamen voor gelijke delen. Bij de verdeling van de nalatenschap worden de goederen van de nalatenschap voor 70% toegedeeld aan moeder en voor 30% aan het kind. Moeder wordt overbedeeld voor een waarde van 200. Voor dit bedrag ontstaat een schuld van moeder aan het kind. Dit bedrag wordt schuldig gebleven. Nu dit bedrag gelijk is aan de waarde waarvoor de echtgenote is overbedeeld, is art. 10 SW hierop niet van toepassing. Hetzelfde geldt voor de eventueel op de schuld bijgeschreven rente. De situatie wordt niet anders indien het erfdeel van moeder bijvoorbeeld 1% groot is (een minuscuul erfdeel) en zij alle goederen uit de nalatenschap krijgt toebedeeld.

Voorbeeld 3

Vader en moeder zijn gehuwd en hebben één kind. Vader overlijdt. Zijn nalatenschap bedraagt 1000. Vader heeft een testament gemaakt waarbij de wettelijke verdeling is uitgesloten. Moeder en kind zijn erfgenamen voor gelijke delen. Zij verdelen de nalatenschap waarbij moeder alle goederen van de nalatenschap verkrijgt. Daartegenover erkent moeder aan het kind een bedrag schuldig opeisbaar bij het overlijden van haarzelf, zodanig dat de contante waarde van die schuld aan het kind 500 is. Stel dat de contante waarde van de schuld 40% is. Dan is de nominale schuld als moeder overlijdt $100/40 \times 500 = 1250$. In dat geval wordt bij het overlijden van moeder art. 10 SW toegepast voor $1250 - 500$ (en dat is de 'normale' nominale waarde van de schuld) = 750.

Voorbeeld 4

Vader en moeder zijn gehuwd en hebben één kind. Vader overlijdt. Zijn nalatenschap bedraagt 1000. Vader heeft een testament gemaakt waarbij de wettelijke verdeling is uitgesloten. Moeder en kind zijn erfgenamen voor gelijke delen. Zij verdelen de nalatenschap zodanig dat moeder het vruchtgebruik van de nalatenschap krijgt en het kind de bloot-eigendom van de nalatenschap. Hierbij zet moeder haar erfdeel van 500 om in een vruchtgebruik. Op deze verdeling ziet de uitzondering van art. 10 lid 5 SW niet, omdat moeder voor de omvang van haar erfdeel volle eigendom heeft omgezet in een genotsrecht. Indien moeder overlijdt, is bij het kind art. 10 SW van toepassing op de waarde van het erfdeel van moeder, dus 500 (ervan uitgaande dat de waarde van de goederen waarop het vruchtgebruik is gevestigd gelijk is gebleven). Indien moeder voor 1% erfgenaam zou zijn, dan ziet art. 10 SW ten aanzien van deze omzetting in vruchtgebruik bij het overlijden van moeder dus op deze 1%.

Echter als gevolg van de verdeling in bloot-eigendom en vruchtgebruik kan het zo zijn dat er ook een overbedeling plaatsvindt. Stel dat het vruchtgebruik een waarde heeft van 70% en de bloot-eigendom een waarde van 30%. Uitgaande van gelijke erfdelen heeft het vruchtgebruik dus een waarde van 700 en het bloot-eigendom een waarde van 300. De langstlevende wordt dan voor 200 overbedeeld. Dit is geen schuld die ziet op de verdeling

van de volle eigendom, zodat de uitzondering van art. 10 lid 5 SW daar niet op ziet. Dit is vanuit het gezichtspunt van art. 10 SW ook juist. Uitgangspunt is dat moeder 500 in volle eigendom heeft geërfd van vader en dat deze 500, samen met het vermogen dat moeder al had voordat vader overleed, stel 800, bij haar overlijden ook moet vererven. Door het overlijden van vader en de verdeling in bloot-eigendom/vruchtgebruik, ziet het vermogen van moeder er bij leven als volgt uit: volle eigendom 800 + vruchtgebruik 700 - overbedelingsschuld 200 = 1300. Als moeder overlijdt, dan eindigt het vruchtgebruik van rechtswege. Hierdoor laat zij civielrechtelijk aan vermogen 600 na (800 eigen vermogen - 200 overbedelingsschuld), terwijl dit 1300 zou moeten zijn. Art. 10 SW is van toepassing op deze 700.

3. Spelen met de rente: de ventieltechniek

In het erfrecht komen verschillende soorten rentes voor. Zoals we gezien hebben in § 2, is de rente bepalend voor de waardering van een erfrechtelijke verkrijging bestaande uit een onderbedelingsvordering en andere erfrechtelijke vorderingen (bijvoorbeeld een legaat tegen inbreng van de waarde). Te onderscheiden zijn volgens art. 4:13 BW:

- de rente in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap;
- de testamentaire rente;
- de renteovereenkomst; en
- de eenzijdige rentevaststelling door de langstlevende op grond van het testament.

Een enkel woord over elk van deze rentesoorten.

- *Rente in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap*

Vanwege de beperkte opeisbaarheid van de in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap verkregen geldvordering van het kind op de langstlevende ouder wordt deze vordering - bij wijze van inflatiecorrectie of -compensatie¹⁰ - jaarlijks van rechtswege verhoogd met rente (art. 4:13 lid 4 BW).¹¹ Het bedrag van de geldvordering wordt jaarlijks vermeerderd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan 6. Indien de wettelijke rente 6% of minder bedraagt, wordt de geldvordering van het kind niet vermeerderd. Bedraagt de wettelijke rente meer dan 6%, dan geldt de wettelijke rente verminderd met 6. De vermeerdering wordt berekend per jaar vanaf de dag dat de nalatenschap is opengevallen. Het betreft een enkelvoudige (en niet een samengestelde) rente, waardoor bij de berekening van de rente uitsluitend de hoofdsom in aanmerking wordt genomen (en dus niet rente over rente wordt gerekend). Sinds de inwerkingtreding van Boek 4 BW op 1 januari 2003 is de wettelijke rente niet boven 6% geweest, zodat art. 4:13 lid 4 BW een dode letter is geweest. Met ingang van 1 januari 2024 is daarin verandering gekomen. De wettelijke rente is sindsdien 7%, zodat de niet-opeisbare geldvordering van het kind een rente draagt van 1%.

¹⁰ NW 5, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1551-1552. Met enige vorm van inflatiecorrectie lijkt deze bepaling overigens niets van doen te hebben.

¹¹ Een vergelijkbare bepaling treffen we aan in art. 4:84 BW voor vorderingen van legitimarissen waarvan de opeisbaarheid is uitgesteld.

- Testamentaire rente

De erflater kan in zijn testament bepalen of, en zo ja, welke rente over de onderbedelingsvorderingen moet worden vergoed. In zijn arrest van 11 juli 1989, [ECLI:NL:HR:1989:ZC4084](#), BNB 1989/260 heeft de Hoge Raad bepaald onder welke voorwaarden die rentevaststelling gevolgd zal worden voor de heffing van erfbelasting.

Wanneer in een testament een enkelvoudige rente is bepaald, dient deze te worden omgerekend naar een samengestelde rente. Immers, een vergelijking met 6% samengestelde rente als normrendement dient gemaakt te worden. Appels moeten niet met peren vergeleken worden. In geval van enkelvoudige rente zal geen rente verschuldigd zijn over de reeds bijgeschreven rente, zodat de langstlevende in die situatie alsnog een voordeel zal genieten. Voor de omrekening van enkelvoudige rente naar samengestelde rente mag op grond van het besluit van 15 juni 2022¹² gebruik gemaakt worden van levensverwachtingstabellen. Daarbij wordt uitgegaan van de (objectieve) levensverwachting van de langstlevende op het tijdstip van overlijden van de erflater. Voor de omrekening van enkelvoudige rente naar samengestelde rente kunnen de volgende levensverwachtingstabellen worden gehanteerd: (i) de prognose periodelevensverwachting van CBS StatLine of (ii) de prognosetabel van het Koninklijk Actuarieel Genootschap. Voorwaarde is wel dat voor de aangifte erfbelasting de meest recente versie van de gekozen soort tabel wordt gehanteerd. Hieronder wordt verstaan de versie van het jaar van overlijden of de versie die betrekking heeft op het jaar dat het dichtst ligt bij het jaar van overlijden.

- Renteovereenkomst

Ook de langstlevende en de kinderen kunnen ná het openvallen van de nalatenschap een afwijkende rente met elkaar afspreken, indien de erflater zijn erfgenamen de bevoegdheid daartoe heeft gegeven (de zogeheten 'tenzij-clausule') of die bevoegdheid wordt aangenomen volgens het besluit van 15 juni 2022 (§ 2). Wordt deze afwijkende renteregeling getroffen binnen de termijn waarbinnen de aangifte erfbelasting moet worden gedaan (inclusief een eventueel verleend uitstel), dan wordt die regeling voor de heffing van erfbelasting gevolgd (art. 1 lid 3 SW).

Soms wordt in een testament bepaald dat de renteovereenkomst bij notariële akte moet worden aangegaan. De erflater heeft in dat geval een vormvoorschrift voorgeschreven, dat opgevolgd dient te worden. Een goede reden voor het opleggen van een dergelijk vormvoorschrift in een testament kan zijn dat de notaris een oogje in het zeil houdt als besloten wordt de langstlevende te overladen met rentedragende schulden, in een situatie bijvoorbeeld waarin dat successierechtelijk geen euro meer oplevert. De notaris zal met name ook (dienen te) letten op de (aanvaardbaarheid van de) opeisbaarheidsgronden van de geldvorderingen van de kinderen.

Een andere reden voor het sluiten van een renteovereenkomst bij notariële akte is gelegen in het in art. 7:177 lid 1 BW bepaalde.¹³ Een schenking ter zake des doods dient op straffe van verval persoonlijk aangegaan te worden bij notariële akte. Het wijzigen van de rente is fiscaal weliswaar geen schenking (vgl. art. 1 lid 3 SW), maar civielrechtelijk wel. Wordt de in het testament met betrekking tot de geldvorderingen vastgestelde rente bij

¹² *Staatscourant* 2022, nr. 16195, onder 2.4 (Levensverwachtingstabellen). Zie ook § 2 voor dit besluit.

¹³ Zie hoofdstuk 19 ('Schenking en erfrecht', § 5).

renteovereenkomst verhoogd, dan schenkt de langstlevende aan de kinderen. Met het naleven van het vormvoorschrift van art. 7:177 lid 1 BW wordt verval van de renteovereenkomst bij het overlijden van erflater voorkomen.

- *Eenzijdige rentevaststelling door de langstlevende*

Volgens art. 4:13 lid 4 BW kan de langstlevende binnen de aangiftetermijn de rente met betrekking tot de onderbedelingsvordering van het kind ook eenzijdig vaststellen. Als de langstlevende eenzijdig de rente vaststelt en deze verhoogt, dan is sprake van een gift ter zake des doods (art. 7:186 BW). Ook dan is een notariële akte nuttig, en wel om vernietiging van deze gift te voorkomen (art. 7:187 lid 2 BW).

De ventieltechniek

Wij hebben hiervoor in § 2 gezien dat de rente over de geldvorderingen van de kinderen van invloed is op de waarde van erfrechtelijke verkrijgingen en daarmee op de heffing van erfbelasting bij het eerste en het tweede overlijden. De langstlevende en de kinderen kunnen ná het openvallen van de nalatenschap de rente desgewenst wijzigen en aldus de waarde van erfrechtelijke verkrijgingen beïnvloeden. Het is mogelijk om de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende op te blazen of leeg te laten lopen. Dat verklaart de benaming van het op deze wijze spelen met de rente: de ventieltechniek. Wijziging van de rente binnen de aangiftetermijn van art. 45 SW wordt fiscaal gevolgd. Soms dient de wijzigingsbevoegdheid testamentair vastgesteld te zijn (de tenzij-clausule). Dat is niet het geval bij de (testamentaire) wettelijke verdeling (§ 2).

Welke overwegingen kunnen zoal een rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de rente? In eerste instantie zal men 'de uitholling' van de nalatenschap van de langstlevende door het oprenten van de geldvorderingen van de kinderen voor ogen hebben. De langstlevende krijgt dan grote(re) schulden aan de kinderen, die de erfbelastingdruk bij het tweede overlijden zullen verminderen (vgl. art. 4:7 lid 1 onder a BW). Een hoge rente kan bij het eerste overlijden echter duur uitvallen, aangezien de kinderen beschikken over een beperkte vrijstelling van € 25.187 (2024). Hoe hoger de rente wordt vastgesteld, hoe hoger de erfrechtelijke verkrijging van de kinderen en hoe meer erfbelasting bij het eerste overlijden verschuldigd wordt. Een overweging kan dan zijn om de rente op een lager niveau vast te stellen, zodat de partnervrijstelling van de langstlevende bij het eerste overlijden van € 795.156 (2024) beter benut wordt.

Als wordt gekozen voor een besparing van erfbelasting bij het tweede overlijden, dan kan de uitholling van de nalatenschap van de langstlevende niet alleen worden bevorderd door een hoge(re) rente maar ook door het erfdeel van de langstlevende te beperken (een minuscuul erfdeel, § 2). Dat zal leiden tot een hogere onderbedelingsvordering van de kinderen, en daarmee tot meer oprenting en uitholling van de nalatenschap van de langstlevende.

Veelal zal bij kleinere vermogens juist gekozen worden voor een besparing van de erfbelasting bij het eerste overlijden, zonder dat acht wordt geslagen op de effecten daarvan bij het tweede overlijden. Contanten zullen veelal beperkt voorhanden zijn. Het aanwezige vermogen zit vast in de bakstenen van de eigen woning. Het zal wenselijk zijn dat de langstlevende zoveel als mogelijk ongestoord - en niet gehinderd door de kinderen en de Belastingdienst - kan voortleven. Dat kan gerealiseerd worden door hantering van de

ventieltechniek, waarbij de rente op de onderbedelingsvordering(en) wordt verlaagd en de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende wordt opgeblazen. Aldus kan optimaal gebruik worden gemaakt van de partnervrijstelling.

Daarentegen zal bij grotere vermogens bereidheid kunnen bestaan om bij het eerste overlijden voorbij te gaan aan fiscale voordelen, om daarna bij het tweede overlijden met de rentedragende onderbedelingsvorderingen, die de nalatenschap substantieel kunnen 'uithollen', fiscaal een grote slag te slaan. De omvang van de oprenting van de onderbedelingsvorderingen en de 'uitholling' van de nalatenschap van de langstlevende zal afhangen van onder meer de hoogte van de rente en het aantal jaren dat de langstlevende de eerststervende ouder overleeft. Let wel: een hoge rente heeft ook nadelen. De bewegingsruimte van de langstlevende om een nieuwe partner of de eigen kinderen (niet zijnde de kinderen van de eerststervende ouder) testamentair te bedenken, wordt daardoor beperkt.

4. Hogere rente dan 6% samengesteld

Bij erfrechtelijke onderbedelingsvorderingen die in het kader van de verdeling van de nalatenschap zijn ontstaan na het eerste overlijden van een ouder kan het in rekening brengen van rente worden ingezet als instrument om de nalatenschap van de langstlevende ouder op papier 'uit te hollen'. Deze onderbedelingsvorderingen en de rente daarover zijn veelal niet opeisbaar voorafgaand aan het overlijden van de langstlevende ouder. De verleiding zou dan kunnen ontstaan om onzakelijk hoge rentes (ofwel Zuid-Amerikaanse rentes) in rekening te brengen. Hoe hoger de rente, hoe meer de nalatenschap van de langstlevende wordt uitgehold. Hoe wordt daar successierechtelijk mee omgegaan?

Geen bovennominale waardering bij eerste overlijden

Rentebepalingen uit het testament of renteovereenkomsten die worden gesloten binnen de aangiftetermijn worden meegenomen voor de heffing van erfbelasting (§ 2 en § 3). Dat betekent echter niet dat wanneer de rente uitgaat boven 6% samengestelde rente, de normrente van de Successiewet¹⁴, en dus een bovenmatige rente in rekening wordt gebracht de onderbedelingsvordering bovennominaal gewaardeerd wordt. Zo bepaalt art. 9 lid 1 SW:

"Geldvorderingen die zijn ontstaan als gevolg van een verkrijging krachtens erfrecht worden ongeacht de hoogte van de rente die zij op grond van een uiterste wilsbeschikking of op grond van een rentevaststelling als bedoeld in artikel 1, derde lid, dragen, in aanmerking genomen voor ten hoogste de nominale waarde."

In de wetsgeschiedenis¹⁵ wordt daarvoor de volgende verklaring gegeven:

"Omdat de onderbedelingsvordering uitgesteld opeisbaar is heeft de langstlevende echtgenoot bij leven het genot van deze vordering, en drukt dat genot op de rechthebbende (het kind). Binnen de ruime definitie van dat begrip is er voor de toepassing van de

¹⁴ Zie daarvoor art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW.

¹⁵ Kamerstukken II, 2008-2010, 31 930, nr. 10, p. 14-15.

Successiewet 1956 sprake van een vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot. De waardedruk van dat vruchtgebruik is voor het kind nihil wanneer tegenover de niet opeisbaarheid van de vordering een rente van 6% samengesteld staat. De druk van het vruchtgebruik van de langstlevende kan door een hogere rente echter niet omslaan in iets positiefs. Als iemand een verkrijging heeft onder de last van een vruchtgebruik, kan die verkrijging geen hogere waarde aannemen dan wanneer dat vruchtgebruik er niet op zou hebben gerust. Anders gezegd, de onderbedelingsvordering van het kind kan geen bovennominale waarde hebben.”

Erfrechtelijke onderbedelingsvorderingen worden dus niet bovennominaal gewaardeerd.

Beperking aan de oprenting bij tweede overlijden

Als gezegd, hoe hoger de rente over de onderbedelingsvordering, hoe meer de nalatenschap van de langstlevende wordt opgerent en 'uitgehoud'. Ook voor de fiscale wetgever geldt echter het spreekwoord: al te goed is buurmans gek. De fiscale wetgever heeft om die reden aan het in rekening brengen van Zuid-Amerikaanse rentes over onderbedelingsvorderingen paal en perk gesteld.

Bij de verkrijging van de onderbedelingsvordering bij het eerste overlijden worden ook de vorderingen waarvoor een bovenmatige rente is bepaald voor de nominale waarde in de heffing van erfbelasting betrokken (art. 9 lid 1 SW). Bij het overlijden van de langstlevende ouder worden de onderbedelingsvordering en de bijgeschreven rente opeisbaar. Deze behoren, inclusief het bovenmatige deel, tot de schulden van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder a BW). Successierechtelijk wordt een rente van 6% samengesteld nog geaccepteerd (art. 9 lid 2 SW). Een hogere rente dan 6% samengesteld mag tussen de echtgenoot en de kinderen civielrechtelijk weliswaar overeengekomen worden, maar dat leidt niet tot 'uitholling' van de nalatenschap van de langstlevende met successierechtelijk effect. Het bovenmatige deel van de rente wordt voor de heffing van erfbelasting als een fictieve verkrijging aangemerkt, zodat de successierechtelijke verkrijging van het kind op hetzelfde bedrag uitkomt als wanneer voor de onderbedelingsvordering de normrente van 6% samengesteld zou hebben gegolden.

Met een situatieschets worden de fiscale gevolgen van de fictieve verkrijging bij een hogere rente dan 6% in de wetsgeschiedenis uiteengezet.¹⁶ Onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen de situatie dat (i) de erflater de rente in het testament heeft bepaald, (ii) de langstlevende en het kind binnen de aangiftetermijn van art. 45 SW de rente zijn overeengekomen en (iii) de langstlevende en het kind de rente zijn overeengekomen buiten de aangiftetermijn. In de situatieschets wordt uitgegaan van de volgende gegevens. Een man en een vrouw zijn gehuwd in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen. Zij hebben één kind. De man overlijdt. De huwelijksgoederengemeenschap bedraagt € 1,2 miljoen. De nalatenschap van de man bestaat uit de helft van de goederengemeenschap en bedraagt € 600.000. De wettelijke verdeling van de nalatenschap is van toepassing, zodat de vrouw alle activa en passiva verkrijgt. De vrouw krijgt daartegenover een overbedelingssschuld aan haar kind van € 300.000. De langstlevende ouder overlijdt na acht jaar. De renteaangroei bij een samengestelde rente van 10% bedraagt ongeveer € 350.000. Bij een samengestelde rente van 6% is dat

¹⁶ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 930, nr. 10, p. 15-17.

ongeveer € 180.000. Het vermogen van de langstlevende vrouw is na het overlijden van de man niet gewijzigd.

Situatie (i): de erflater heeft in zijn testament de rente bepaald op 10%

De wettelijke verdeling geldt en de man heeft in zijn testament bepaald dat over de onderbedelingsvordering van het kind een rente verschuldigd is van 10% samengesteld. De onderbedelingsvordering van het kind wordt gewaardeerd op de nominale waarde van € 300.000 (art. 9 lid 1 SW). Met de bovenmatige rente van 4% wordt bij het eerste overlijden niets gedaan.

Bij het overlijden van de langstlevende bedraagt haar nalatenschap civielrechtelijk € 550.000 (zijnde € 1,2 miljoen (alle goederen) - € 300.000 (de nominale schuld aan het kind) - € 350.000 (de rente over de nominale schuld aan het kind)). Het kind verkrijgt als enig erfgenaam deze € 550.000. Fiscaal wordt daarnaast het bovenmatige deel van de rente van € 350.000 - € 180.000 ofwel € 170.000 bij het kind op grond van de fictie van art. 9 lid 2 SW belast. De totale verkrijging van het kind bedraagt voor de erfbelasting dus € 550.000 + € 170.000 = € 720.000. Dit is eenzelfde belaste verkrijging als in het geval de rente op de schuld 6% samengesteld zou hebben bedragen. Dan bedraagt de nalatenschap waarin het kind enig erfgenaam is immers € 1,2 miljoen (alle goederen) - € 300.000 (nominale schuld aan het kind) - € 180.000 (rente à 6% samengesteld over de nominale schuld) = € 720.000.

Ook als niet het kind maar bijvoorbeeld de nieuwe partner van de langstlevende diens enig erfgenaam is, vormt de civielrechtelijke rente een schuld van de nalatenschap zodat de verkrijging van de partner € 550.000 bedraagt. Van de rente ad € 350.000 die het kind kan opeisen, is ook dan bij het overlijden van de langstlevende € 170.000 belast op grond van art. 9 lid 2 SW.

Situatie (ii): de langstlevende en het kind bepalen de rente op 10% binnen de aangiftetermijn

In deze situatie heeft de erflater in het geheel geen testament gemaakt. De langstlevende en het kind hebben op grond van art. 4:13 BW de bevoegdheid om een rente vast te stellen. Zij komen binnen de aangiftetermijn een rente van 10% samengesteld overeen. De onderbedelingsvordering van het kind wordt gewaardeerd op het nominale bedrag (art. 9 lid 1 SW). De fiscale gevolgen zijn bij beide overlijdens gelijk aan die bij situatie (i). Bij overlijden van de langstlevende bedraagt de fiscale verkrijging van het kind het erfdeel van € 550.000 + een fictieve verkrijging van € 170.000 = € 720.000 (art. 9 lid 2 SW).

Situatie (iii): de langstlevende en het kind bepalen de rente op 10% buiten de aangiftetermijn

De fiscale gevolgen van deze situatie wijken af van de fiscale gevolgen in de vorige twee situaties. Omdat de rente niet binnen de aangiftetermijn van art. 45 SW is vastgesteld, heeft deze bij het overlijden van de man geen werking voor de erfbelasting (art. 1 lid 3 SW). Bij het overlijden van de man is de nominale vordering van het kind van € 300.000 gewaardeerd op de bloot-eigendoms waarde en verkrijgt de langstlevende het fictieve vruchtgebruik van deze vordering. De grondslag voor de erfbelasting van de langstlevende bedraagt daardoor € 300.000 plus het vruchtgebruik van de (renteloze) schuld aan het kind. De grondslag voor de erfbelasting van het kind bedraagt € 300.000 minus het

vruchtgebruik, dus de bloot-eigendoms waarde van de vordering. Stel dat de vrouw 61 jaar is. In dat geval is het kind erfbelasting verschuldigd over € 120.000 (€ 300.000 minus $10 \times 6\% \times € 300.000 = € 180.000$).

De renteafspraak buiten de aangiftetermijn leidt op grond van art. 1 lid 4 SW tot een schenking van de langstlevende aan het kind. Deze schenking vindt plaats op het tijdstip dat de renteafspraak wordt gemaakt, en wordt ook op dat tijdstip in de heffing van schenkbelasting betrokken. Deze schenking belooft de levenslang verschuldigde rente van 10% over de vordering van € 300.000. De langstlevende blijft de rente schuldig, zodat het kind voor de schenkbelasting wordt belast voor de, naar de levensverwachting van de langstlevende, gekapitaliseerde waarde van een levenslange rente van 10%. Dat komt neer op $10 \times 10\% \times € 300.000 = € 300.000$.

Bij het overlijden van de langstlevende vormt de schuld aan het kind van € 300.000 alsmede de alsdan opeisbare rente van 10% een schuld van diens nalatenschap. De fictie van art. 9 SW is niet van toepassing omdat de rentevaststelling voor de erfbelasting geen werking heeft gehad bij het eerste overlijden. Omdat de rente schuldig is gebleven, wordt deze wel op grond van art. 10 SW in de heffing van erfbelasting betrokken. De in het verleden verschuldigde schenkbelasting vermeerderd met een enkelvoudige rente, kan op grond van art. 7 SW in aftrek worden gebracht op de verschuldigde erfbelasting.

Rentebetalingen bij leven; fictieve schenking

De situatie kan zich voordoen dat de langstlevende tijdens leven rentebetalingen verricht aan het kind. Deze rentebetalingen worden, voor zover deze zien op het bovenmatige deel (dus het deel boven 6%) in situaties (i) en (ii) bij het kind belast als fictieve schenking op grond van art. 9 lid 2 SW. In situatie (iii) leidt deze rentebetaling niet tot toepassing van art. 9 lid 2 SW omdat er in dat geval geen sprake is van rente.

5. Handmatige ventieltechniek

Enige tijd was onduidelijk of de hiervoor in § 3 beschreven ventieltechniek om de waarde van de erfrechtelijke verkrijgingen en daarmee de heffing van erfbelasting bij het eerste en het tweede overlijden te beïnvloeden, beschikbaar was voor andere erfrechtelijke onderbedelingsvorderingen dan die uit hoofde van de wettelijke verdeling van de nalatenschap. Sinds de wijziging van de Successiewet met ingang van 1 januari 2010 is duidelijk dat deze techniek breed kan worden ingezet en geldt voor "*vorderingen en schulden die zijn ontstaan krachtens erfrecht*" (art. 1 lid 3 onder a SW).¹⁷ In de periode tussen 2003 (inwerkingtreding van Boek 4 BW) en 2010 (inwerkingtreding van de gewijzigde Successiewet) werd een voorziening in het testament getroffen om op een andere wijze hetzelfde effect als de ventieltechniek te bewerkstelligen. Deze testamentaire voorziening staat bekend onder de benaming: de handmatige ventieltechniek.

¹⁷ Tot de wijziging van de Successiewet met ingang van 1 januari 2010 kon deze techniek ingezet worden voor geldvorderingen die voortvloeien uit de wettelijke verdeling en voor geldvorderingen die daarmee "*inhoudelijk overeenkomen*" (art. 1 lid 5 (oud) SW). Hierdoor kon bijvoorbeeld bij een geldvordering uit een legaat tegen inbreng van de waarde niet geprofiteerd worden van de ventieltechniek.

De handmatige ventieltechniek bestaat uit drie componenten. In de eerste plaats wordt in het testament de rente over eventuele onderbedelingsvorderingen van de kinderen vastgesteld op 6% samengesteld. In dat geval is er geen sprake van een fictief vruchtgebruik.¹⁸ In de tweede plaats wordt aan de langstlevende het vruchtgebruik van de onderbedelingsvorderingen van de kinderen gelegateerd. Het gaat in dit geval om een werkelijk vruchtgebruik (en geen fictief vruchtgebruik); de onderbedelingsvorderingen worden met een recht van vruchtgebruik ten gunste van de langstlevende bezwaard. Op deze wijze wordt het effect van de oprenting van de onderbedelingsvorderingen van de kinderen met een rente van 6% samengesteld geneutraliseerd (ofwel ongedaan gemaakt). In de derde plaats is de langstlevende bevoegd en staat het hem dus vrij het legaat van vruchtgebruik geheel of gedeeltelijk te aanvaarden. Het eindresultaat van de handmatige ventieltechniek is dat de langstlevende de mogelijkheid heeft om de rente over de onderbedelingsvorderingen zelf vast te stellen, hoewel die rente in het testament is gefixeerd op 6% samengesteld.

Hoe werkt dit verder uit? Wordt het legaat aanvaard (vgl. art. 4:201 BW), dan verkrijgt de langstlevende het vruchtgebruik van de onderbedelingsvorderingen van de kinderen. Hierdoor zullen de onderbedelingsvorderingen niet oprenten (ofwel de rente is economisch gezien gelijk aan 0%). Het is ook mogelijk het legaat van vruchtgebruik van de onderbedelingsvorderingen van de kinderen gedeeltelijk te aanvaarden, bijvoorbeeld voor de helft. In dat geval zullen de onderbedelingsvorderingen slechts voor de helft van de hoofdsom oprenten tegen 6% samengesteld (ofwel de rente is economisch gezien gelijk aan 3%). In dit verband wordt nog gewezen op het bepaalde in art. 1 lid 8 SW. De bevoordeling als gevolg van een verwerping van een legaat wordt niet als een schenking aangemerkt.

Het verwondert wellicht dat het pleit over de reikwijdte van de ventieltechniek inmiddels door de wetgever is beslecht in art. 1 lid 3 SW, maar dat de voorziening voor de handmatige ventieltechniek nog steeds in testamenten voorkomt. Wat is daarvoor de verklaring? Een reden voor het blijven opnemen van de handmatige ventieltechniek in een testament kan zijn dat de aangiftetermijn van acht maanden (en het eventueel daarvoor verleende uitstel) te kort wordt gevonden om de rente vast te stellen.¹⁹ Voor het aannemen van deze mogelijkheid pleit dat de aanvaarding van een legaat in beginsel niet aan enige termijn is gebonden. Hiertegen pleit dat op deze wijze de strenge termijn die voor de ventieltechniek in art. 1 lid 3 SW geldt, wordt ontdoken.

Een andere reden voor het gebruik van de handmatige ventielclausule kan zijn dat deze techniek op enig moment door de langstlevende kan worden ingezet om - zonder de kosten van een notariële akte (vgl. art. 7:177 BW, de schenking terzake des doods) - rente te schenken. Dat gebeurt dan door (eenzijdig) afstand te doen van een deel van het legaat van vruchtgebruik van de onderbedelingsvorderingen van de kinderen, waardoor de rentebetalingen herleven. Op deze wijze zou een schenkingsprogramma in gang gezet kunnen worden.

¹⁸ Zie HR 11 juli 1989, BNB 1989/260, art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW.

¹⁹ Art. 1 lid 3 SW bepaalt dat de verkrijging ten gevolge van de vaststelling van een rentevergoeding "geacht [wordt] alleen krachtens erfrecht door overlijden te zijn verkregen indien deze binnen de met inachtneming van artikel 45 vastgestelde aangiftetermijn is vastgesteld of overeengekomen".

6. Opvul- en afvullegaat

In de estateplanningpraktijk zijn ook andere instrumenten ontwikkeld om te bereiken dat optimaal gebruik wordt gemaakt van de partnervrijstelling en de tariefstructuur van de Successiewet en te voorkomen dat erfbelasting verschuldigd wordt over de niet-opeisbare geldvorderingen van de kinderen uit hoofde van bijvoorbeeld de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW) of een andere testamentsvorm waarbij onderbedelingsvorderingen op de langstlevende ontstaan (zoals de quasi-wettelijke verdeling of een keuzelegaat tegen inbreng). Gedoeld wordt op de aanvullende legaten, genaamd: (i) het opvullegaat en (ii) het afvullegaat. Met deze aanvullende legaten verkrijgt de langstlevende in aanvulling op de wettelijke verdeling van de nalatenschap of een ander verzorgingstestament een legaat ten laste van de erfrechtelijke verkrijging van de kinderen.

De bestaansreden voor deze aanvullende legaten is dat de waarde van de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende (en daarmee de heffing van erfbelasting) niet verder beïnvloed kan worden als de rente over de onderbedelingsvorderingen op 0% is gesteld. De rente over de onderbedelingsvorderingen kan niet negatief zijn. Is de rente reeds op 0% gesteld, dan kunnen de aanvullende legaten alsnog uitkomst bieden om de erfbelastingdruk bij het eerste overlijden (verder) te verlagen.

Opgemerkt wordt dat eigenlijk sprake is van één aanvullend legaat, dat al naar gelang het effect dat daarmee wordt beoogd, aangemerkt wordt als een opvul- dan wel een afvullegaat. Kort gezegd, houdt die opdeling van het aanvullende legaat verband met het ervaringsgegeven dat de ene erflater wenst dat de techniek met het oog op fiscale optimalisatie *all the way* kan worden ingezet (het afvullegaat) en dat de andere erflater het voldoende vindt dat alleen de partnervrijstelling wordt opgevuld (het opvullegaat). Die erflater zal het niet nodig vinden om de erfrechtelijke verkrijgingen ook zodanig te spreiden dat de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende en die van de kinderen tegen hetzelfde marginale tarief worden belast. Dat vindt men dan wellicht *too sophisticated* of niet meer begrijpelijk.

Opvullegaat

Met het *opvullegaat* wordt de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende opgevuld, zodat zo veel als mogelijk gebruik kan worden gemaakt van de grote partnervrijstelling van de langstlevende (in 2022: € 680.645, in 2023: € 723.526 en in 2024: € 795.156). Daartoe wordt ten behoeve van de langstlevende een aanvullend legaat gemaakt ten laste van de kinderen. De erfrechtelijke verkrijging van de kinderen wordt daardoor kleiner, terwijl de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende wordt vergroot. Een dergelijk opvullegaat kan als volgt luiden:

“Ik maak aanvullend op de wettelijke verdeling het volgende legaat:

Aan mijn echtgenote legateeer ik een aanvullend bedrag. Dit bedrag legateeer ik onder de voorwaarde dat haar verkrijging kleiner is dan haar vrijstelling van de erfbelasting. Het bedrag van het legaat is het verschil tussen die vrijstelling en haar verkrijging. Met verkrijging bedoel ik hier de waarde van de verkrijging krachtens erfrecht volgens de Successiewet 1956 of een in de plaats getreden regeling exclusief dit legaat. Mijn echtgenote is bevoegd dit legaat geheel of gedeeltelijk te aanvaarden.

Door dit legaat worden de geldvorderingen als hiervoor bedoeld naar evenredigheid kleiner, maar niet kleiner dan ieders vrijstelling van de erfbelasting bij mijn overlijden. Dit legaat heeft geen invloed op de omvang van de erfdelen. Ik maak dit legaat zodat optimaal gebruik wordt gemaakt van de vrijstellingen.”

Met het opvullegaat kan de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende opgevuld worden tot aan de partnervrijstelling voor de erfbelasting. Het legaat komt ten last van de kinderen, zulks naar evenredigheid van ieders erfdeel.

Afzullegaat

Met het *afzullegaat* wordt getracht te bereiken dat de erfrechtelijke verkrijgingen van de langstlevende en die van de kinderen ook tegen hetzelfde marginale tarief worden belast. Het afzullegaat gaat dus niet alleen over het optimaal gebruik maken van de partnervrijstelling van de langstlevende, maar ook over een optimale spreiding tussen de erfrechtelijke verkrijgers, te weten de langstlevende en de kinderen. Daarvan is sprake als in elk geval de vrijstellingen van de langstlevende en de kinderen volledig worden benut. Daarna wordt bezien of optimaal gebruik kan worden gemaakt van de tariefstructuur.

Een dergelijk afzullegaat kan als volgt luiden:

“Ik maak aanvullend op de wettelijke verdeling het volgende legaat:

Aan mijn echtgenote legateer ik een zodanig aanvullend bedrag dat van een (ideale) successierechtelijke spreiding sprake is, waarbij gelijke marginale tarieven gelden voor mijn echtgenote en mijn kinderen en waarbij de waarde van de verkrijging van mijn echtgenote geminimaliseerd wordt onder handhaving van de gelijkheid van de marginale tarieven.

Dit gelegateerde bedrag zal, zo bepaal ik, verrekend worden met de vorderingen van de kinderen in het kader van de verdeling en heeft derhalve tot effect dat de vorderingen van de kinderen dienovereenkomstig verminderd worden. Het geldlegaat heeft uit de aard geen invloed op de omvang van de erfdelen als zodanig.”

Vanuit successierechtelijk perspectief is het voordeliger om de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende te minimaliseren, aangezien deze verkrijging (of wat daarvan nog resteert) bij het overlijden van de langstlevende nogmaals vererft en bij de kinderen terechtkomt en dan wederom heffing van erfbelasting kan plaatsvinden.

Wie de portee van deze aanvullende legaten begrijpt, ziet in dat deze puur fiscaal van aard zijn ter besparing van erfbelasting in een langstlevendetestament bij het eerste overlijden. Het voordeel is dat bij het eerste overlijden minder erfbelasting verschuldigd is. Het daaraan inherente nadeel is evenwel dat bij het tweede overlijden meer erfbelasting verschuldigd zal zijn. Dat kan ten dele gecompenseerd worden als de onderbedelingsvorderingen van de kinderen op de langstlevende rentedragend zijn (met fiscaal maximaal 6% samengestelde rente). Als gevolg van de oprenting van de onderbedelingsvorderingen wordt de nalatenschap van de langstlevende ‘uitgehouden’ (§ 2 en § 3).

Begrenzing van het aanvullende legaat

Het verdient aanbeveling de omvang van het aanvullende legaat te begrenzen. Teneinde te voorkomen dat andere erfgenamen bij zuivere aanvaarding van de nalatenschap met hun eigen vermogen aansprakelijk worden voor de voldoening van het aanvullende legaat (art. 4:120 lid 2 en 5 BW) kan zekerheidshalve²⁰ opgenomen worden dat *“het gelegateerde bedrag verrekend wordt met de vorderingen van de kinderen in het kader van de verdeling of inbreng en [dat] heeft derhalve tot effect dat de vorderingen van kinderen dienovereenkomstig verminderd worden”*.

Wijze van opvulling van de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende

De erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende kan op verschillende wijzen worden opgevuld teneinde optimaal gebruik te maken van de partnervrijstelling. Dat kan gebeuren met fictief vruchtgebruik (renteloze onderbedelingsvorderingen of onderbedelingsvorderingen die minder dan 6% samengesteld rentedragend zijn (§ 2 en § 3)), echt vruchtgebruik (denk aan de handmatige ventieltechniek (§ 5)) of geldswaarden (denk aan het aanvullende legaat (§ 6)). Voor de heffing van erfbelasting bij het eerste overlijden is dat om het even. Voor de heffing van erfbelasting bij het tweede overlijden ligt dat anders. Het kan gewenst zijn de verkrijging van de langstlevende op te vullen met vruchtgebruik teneinde een dubbele vererving en daarmee een dubbele heffing van erfbelasting te voorkomen. Door de langstlevende vruchtgebruik toe te kennen, wordt dubbele heffing voorkomen. De waardeaan groei bij de bloot-eigenaar van vruchtgebruikvermogen leidt namelijk niet tot heffing van erfbelasting bij het overlijden van de vruchtgebruiker. Art. 10 SW mist in dat geval toepassing.

Voorbeelden

Stel dat de nalatenschap van vader A € 600.000 groot is. Moeder B is 60 jaar. Aan moeder is een erfdeel van 1/100^e toegekend en aan het kind C een erfdeel van 99/100^e. Aan moeder worden alle goederen toebedeeld. Kind C verkrijgt een niet-opeisbare geldvordering op moeder B. Met een rente van 0% wordt een extra bedrag van € 360.000 (60%) bij moeder (vanwege een fictief vruchtgebruik) en een bedrag van € 240.000 (40%) bij kind C in de heffing betrokken (bloot-eigendom). Het is niet mogelijk de rente lager dan 0% te stellen. Dat houdt in dat een fors deel van de partnervrijstelling van € 680.645 (2022) niet is benut. Daarin kan alsnog worden voorzien door een aanvullend legaat ten laste van kind C en ten gunste van moeder B. Het aanvullend legaat ziet dan op een zodanig bedrag dat een optimale successierechtelijke spreiding alsnog gerealiseerd kan worden.

Is de rente van de geldvordering van € 600.000 van kind C op moeder B op 6% samengesteld gesteld, dan wordt deze vordering nominaal gewaardeerd. Ook dan is er geen ideale successierechtelijke spreiding. Met een aanvullend legaat van ca. € 580.000 is die optimale successierechtelijke spreiding er wel. Kind C benut dan zijn kindvrijstelling van

²⁰ Een ander probaat middel is uiteraard beneficiaire aanvaarding (art. 4:190 lid 1 BW). Daarvoor moeten de erfgenamen dan wel een keuze uitgebracht hebben door inschrijving van een daartoe strekkende verklaring in het boedelregister van de rechtbank van het sterfhuus (art. 4:191 lid 1 BW).

destijds ongeveer € 20.000. Hetzelfde geldt voor moeder B, maar dan met de partnervrijstelling.

Met het aanvullende legaat wordt erfbelasting bespaard bij het eerste overlijden. In het voorbeeld ontstaat een situatie die - in economische zin - op enig erfgenaamschap lijkt. Nadeel is dat slechts in beperkt mate 'uitholling' van de nalatenschap bij het tweede overlijden plaatsvindt. De rentedragende geldvordering van kind C op moeder B bedraagt slechts € 20.000. Het aanvullende legaat kan er ook toe leiden dat kind C een aanvullend beroep doet op de legitieme portie ($1/2 \times 1/2 \times € 600.000 = € 150.000$). Het kind heeft immers een legitiem tekort van € 130.000. Doet het kind een beroep op de legitieme portie, dan zullen de fiscale voordelen niet behaald worden. Daar is niets tegen te ondernemen.

Wenst de langstlevende geen erfbelasting te besparen bij het eerste overlijden, dan zou het aanvullende legaat niet aanvaard kunnen worden. Weliswaar zal dan bij het eerste overlijden meer erfbelasting moeten worden betaald, maar in dat geval zal de rentedragende geldvordering van kind C op moeder B oprenten en zal de nalatenschap van de langstlevende worden 'uitgehouden'.

Soms verdient het de voorkeur om even de kat uit de boom te kijken. Aan aanvaarding van het aanvullende legaat zijn namelijk geen termijnen verbonden (vgl. art. 4:201 BW). Erfgenamen kunnen wel een redelijke termijn aan de legataris stellen om het legaat al dan niet te aanvaarden (art. 4:201 lid 2 BW).

Een ander rekenvoorbeeld. Stel dat vader A overlijdt en hij moeder B (met een erfdeel van $1/100^e$) en drie kinderen C, D en E (tezamen met een erfdeel van in totaal $99/100^e$) achterlaat. Van toepassing is de wettelijke verdeling dan wel de quasi-wettelijke verdeling. De nalatenschap is groot € 750.000. De partnervrijstelling is groot € 600.000 (wegens de pensioenimputatie is deze iets lager). De vrijstellingen van C, D en E zijn tezamen groot ca. € 63.000.

In dit geval zal een keuze gemaakt moeten worden tussen besparing van erfbelasting bij het eerste overlijden dan wel betaling van meer erfbelasting bij het eerste overlijden en sterk proberen terug te komen bij het tweede overlijden door oprenting van de onderbedelingsvorderingen en 'uitholling' van de nalatenschap van de langstlevende. Stel dat de keuze gemaakt wordt voor belastingbesparing bij het eerste overlijden. Hoe is dan vrijstelling- en tariefoptimalisatie te bereiken? De meest ideale successierechtelijke spreiding is dat B (€ 600.000) en ook C, D en E (tezamen gesteld op € 63.000) de vrijstellingen volledig kunnen benutten. Dan moet nog een keuze gemaakt worden voor het restant van de nalatenschap (€ 750.000 min € 663.000). Dat restant van € 87.000 kan bij B of - ter voorkoming van dubbele vererving - meteen bij C, D en E ondergebracht worden (*generation skipping*). Dat laatste zal meestal de voorkeur verdienen, tenzij C, D en E daardoor het tarief van 20% gaan betalen. In dat geval zou het beter zijn om het restant bij B tegen het tarief van 10% te plaatsen.

Een laatste voorbeeld. Stel dat A overlijdt en dat hij partner B ($1/100^e$ erfdeel) en kind C ($99/100^e$ erfdeel) achterlaat. De nalatenschap is groot € 750.000. De partnervrijstelling is na pensioenimputatie wederom € 600.000 groot. B verkrijgt bij de (quasi) wettelijke verdeling alle goederen en C heeft een geldvordering op B van € 750.000 met een rente van 6%. B komt € 600.000 tekort om de partnervrijstelling te benutten. Het afvullegaat treedt in

werking. B verkrijgt dan € 600.000 uit hoofde van het aanvullende legaat en C heeft een pro resto geldvordering van € 150.000 die tegen 6% samengesteld zal orenten.

Stel nu dat de geldvordering van € 750.000 van C op B (60 jaar) renteloos is. B zou in totaal € 600.000 moeten verkrijgen om optimaal gebruik te maken van de partnervrijstelling. B heeft het fictief vruchtgebruik van de geldvordering van € 750.000 (met een rente van 0%) en dat is gelijk aan € 450.000 (60% van € 750.000). B komt derhalve € 150.000 tekort. Het afvullegaat treedt dan in werking. Onjuist is dan te menen dat het aanvullende legaat € 150.000 groot zou moeten zijn. Immers, B had al 60% van elke euro uit hoofde van het fictief vruchtgebruik. Ofwel, elke euro extra heeft successierechtelijk slechts een effect van 40%. In dit geval moet het afvullegaat € 375.000 ten behoeve van B groot zijn, omdat 40% daarvan € 150.000 oplevert (ofwel in formulevorm: $(100:40) \times € 150.000$).

Een laatste controlecheck levert het volgende beeld op. C verkrijgt een geldvordering op B van € 750.000 min € 375.000 (afvullegaat) = € 375.000 met een rente van 0%. B verkrijgt van deze geldvordering van € 375.000 het fictief vruchtgebruik (60%), gelijk aan € 225.000. Tezamen met het afvullegaat van € 375.000 levert dat een verkrijging voor B op van € 600.000.

Uit al deze voorbeelden blijkt dat het aanvullende legaat met name bij kleinere nalatenschappen dienst doet. Dat zijn de gevallen waarin de partner uit de nalatenschap niet voldoende verkrijgt om volledig gebruik te maken van de partnervrijstelling. Het aanvullende legaat kan ingezet worden om de gewone partnervrijstelling op te vullen²¹, maar kan ook bij grotere vermogens ingezet worden als een beroep gedaan kan worden op de ruimere vrijstellingen van de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) of de Natuurschoonwet (NSW).

²¹ Het kan van belang zijn om bij de aangifte erfbelasting in voorkomend geval een slag om de arm te houden voor wat betreft de omvang van het aanvullende legaat ten gunste van de langstlevende. Blijkens de uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 27 juli 2023, [ECLI:NL:RBNNE:2023:3420](#), werd de gecorrigeerde omvang van het aanvullende legaat (van € 100.000 naar ca. € 35.000) niet aanvaard door de Belastingdienst. De rechtbank constateert dat een gunstiger fiscaal resultaat mogelijk zou zijn geweest bij een lager legaat en dat het testament van erflater op zich de mogelijkheid bood voor een legaat van ca. € 35.000, maar: *"In een situatie als deze dient echter te worden aangesloten bij de feitelijke gang van zaken, ook als, achteraf bezien, een andere gang van zaken gunstiger zou zijn geweest."* Die feitelijke gang van zaken was dat erflater een legaat van € 100.000 had verkregen.