

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
2. Maatwerk in het testament	2
3. Wat is een eerlijke verdeling van de lasten van de kleinkindlegaten?	6
4. Financiële gevolgen van de wijze van structurering van kleinkindlegaten	7
5. Testamentair beschermingsbewind	8
6. Schenkingsbewind	8
7. Ik-grootouder clausule	11

1. Inleiding

Voor veel grootouders is het een aansprekend idee om kleinkinderen in een testament te bedenken, en hun nakomelingen daarmee op weg te helpen een studie te volgen en te bekostigen of een eerste huis te kopen. Meestal gebeurt dat via een in een testament opgenomen legaat van een bepaald geldbedrag aan het kleinkind. Ook is het mogelijk (in plaats van met 'de koude hand') bij leven een bedrag met 'de warme hand' te schenken.

Nalaten of schenken aan kleinkinderen brengt ook de Belastingdienst in actie, zodat met de te betalen erf- en schenkbelasting rekening moet worden gehouden. Kleinkinderen hebben in 2023 een vrijstelling voor de erfbelasting van € 22.968 en een vrijstelling voor de schenkbelasting van € 2.418. Tot dit bedrag hoeven kleinkinderen geen erf- of schenkbelasting te betalen als zij met een legaat of een schenking bevoordeeld worden. Wordt meer nagelaten of geschonken dan het bedrag van de vrijstelling, dan betaalt het kleinkind over het meerdere eerst 18% over de eerste schijf en daarna 36% over de tweede schijf. Het omslagpunt van de eerste naar de tweede schijf ligt bij € 138.642 (2023). Zie verder het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.

Het voordeel van de door de grootouder te realiseren belastingbesparing door direct aan het kleinkind na te laten en het kind over te slaan (*generation skipping*), kan op eenvoudige wijze geïllustreerd worden. Komt het nagelaten bedrag eerst bij het kind erbij, dan zal het kind daarover in de regel naar het tarief van 20% erfbelasting moeten betalen.¹ Wordt dit tarief van 20% losgelaten op het bedrag van de vrijstelling van het kind (€ 22.918 (2022)), dan levert dat een besparing op van € 4.583,60. Een tweede besparing is aan de orde als het kind overlijdt. Doordat het kind voor het bedrag van zijn erfrechtelijke verkrijging is overgeslagen, krijgt het kind minder van zijn ouder en laat het kind bij zijn overlijden minder na.²

¹ Het marginale tarief van het kind is 20% als de belaste verkrijging van de ouder meer dan € 138.642 (2023) bedraagt.

² Bij omvangrijke vermogens kan dat reden zijn om aan het kleinkind meer na te laten (aannemende dat er ook voor het kind voldoende na te laten vermogen aanwezig is). Weliswaar is het kleinkind daarover erfbelasting verschuldigd, maar wanneer deze erfrechtelijke verkrijging wordt belast tegen een tarief dat lager is dan de top van het tarief dat de ouders verschuldigd zijn (bijvoorbeeld 18%

De vrijstelling van de erfbelasting voor kleinkinderen geldt per grootouder en per kleinkind. De belastingbesparing kan aldus bij meerdere grootouders en meerdere kleinkinderen fors oplopen.

2. Maatwerk in het testament

Bij het opstellen van een testament zal in geval van het nalaten aan kleinkinderen door middel van kleinkindlegaten maatwerk geleverd kunnen worden. Ik noem slechts enkele aandachtspunten.³

Legaat ten gunste van ongeboren kleinkinderen

In de eerste plaats kan in het testament een bepaling worden opgenomen over de toekenning van legaten aan de kleinkinderen die er op het moment van het overlijden van de erflater zijn. Kleinkinderen die worden geboren ná het opstellen en passeren van het testament delen dan ook mee.⁴

Kleinkinderen die ná het overlijden van de grootouder geboren worden, erven niet. Dat is een ongelijkheid waarmee eventueel rekening zou kunnen worden gehouden door middel van een aan een erfgenaam of legataris op te leggen testamentaire last om (een) erfrechtelijke verkrijging(en) alsnog te delen. De ná het overlijden van de grootouder geboren kleinkinderen kunnen de andere kleinkinderen niet aanspreken, omdat aan een testamentaire last geen vorderingsrecht is verbonden.⁵

Legaat ter grootte van de vrijstelling

Het legaat kan toezien op het bedrag van de vrijstelling voor de erfbelasting op het moment van overlijden, zodat de jaarlijkse aanpassing (lees: verhoging) daarvan na het opmaken van het testament wordt meegenomen. De clause in het testament zou als volgt kunnen luiden:

“Ik legateer aan ieder van mijn kleinkinderen een bedrag in contanten gelijk aan het maximale bedrag waarover mijn kleinkinderen volgens de bepalingen van de Successiewet 1956 of de wet die daarvoor in de plaats is getreden geen erfbelasting verschuldigd zijn.”

versus 20%), levert dat reeds een besparing op. Bovendien wordt hetgeen de kleinkinderen van opa/oma verkrijgen dan niet nogmaals belast na het overlijden van het kind (de ouder van het kleinkind).

³ Een ander (nogal technisch) aandachtspunt is bijvoorbeeld de inkortingsvolgorde, ofwel de volgorde waarin het legitimaire tekort van een legitimaris ten laste gebracht moet worden van de erfrechtelijke verkrijgingen, de erfstellingen en de legaten (art. 4:87 BW).

⁴ Om te kunnen erven, moet men bestaan bij het openvallen van de nalatenschap (de bestaans eis van art. 4:9 BW (versterferfrecht) en art. 4:56 BW (testamentair erfrecht)). De testamentaire last kent die bestaans eis niet.

⁵ Zie het onderdeel ‘Testamentaire lasten. Over wensen van de erflater, lastige verplichtingen en ondraaglijke lasten’.

Maximering van het legaat

Eventueel kan het bedrag van het legaat gemaximeerd worden, bijvoorbeeld tot een zeker percentage van het vermogen van de erflater. Op deze wijze wordt rekening gehouden met een eventuele daling van het nagelaten vermogen van de erflater waaruit het legaat moet worden voldaan. Ook om overlegatering te voorkomen, kan maximering aanbeveling verdienen. Dat kan met het volgende uit het leven gegrepen voorbeeld - een legaat zonder begrenzing - verduidelijkt worden.

Bij haar overlijden op 24 februari 2012 laat erflaatster acht kinderen en zestien kleinkinderen achter. In haar testament uit 2009 heeft zij haar kinderen tot haar erfgenamen benoemd en aan de kleinkinderen - zonder enig voorbehoud of beperking - een bedrag gelegateerd gelijk aan hun vrijstelling voor de erfbelasting in de Successiewet. In het jaar van overlijden van erflaatster bedroeg de vrijstelling van erfbelasting voor de kleinkinderen € 19.114. Gelet hierop bedroeg de bij het openvallen van de nalatenschap behorende totale schuld wegens deze kleinkindlegaten € 305.824 (vgl. art. 4:7 lid 1 onder h BW). In elk geval vijf kinderen hebben de nalatenschap zuiver aanvaard (vgl. art. 4:192 lid 1 BW). Zij zijn daarbij begeleid door dezelfde notaris die het testament van erflaatster met haar heeft besproken en heeft opgesteld. Na het overlijden blijkt dat de nalatenschap ontoereikend is om de kleinkindlegaten volledig uit te keren. De nalatenschap is negatief (want er zijn meer schulden dan bezittingen). We zien de bui dan al van ver aankomen.

De notaris erkent dat de legaten in het testament niet overeenkomen met de wil van erflaatster en heeft betrokkenen bij brief van 23 juli 2013 voorgesteld om de nalatenschap zo veel mogelijk af te wikkelen volgens die 'daadwerkelijke wil' van erflaatster. Dat zou volgens de notaris betekenen dat de kinderen als erfgenamen een bedrag verkrijgen ter hoogte van hun vrijstelling voor de erfbelasting (eveneens ca. € 19.000) en de kleinkinderen als legataris het restant ontvangen (hetgeen zou neerkomen op een bedrag van ruim € 6.000 per kleinkind). De notaris vermeldt daarbij: *"Als de bedragen op deze wijze worden uitgeboekt, wordt er recht gedaan aan het testament van moeder en haar bedoelingen."* De erfgenamen bereiken echter geen overeenstemming over de afwikkeling van de nalatenschap op deze wijze, zodat een rechtsgang onvermijdelijk is.

De vijf kinderen stellen de notaris aansprakelijk voor het advies om de nalatenschap zuiver te aanvaarden, zonder hen ervoor te waarschuwen dat zij daardoor met hun eigen vermogen aansprakelijk zouden worden voor de schulden van de nalatenschap, waaronder de kleinkindlegaten (art. 4:184 lid 2 onder a BW j° art. 4:7 lid 1 onder h BW). Daardoor zijn zij met hun eigen vermogen jegens de kleinkinderen aansprakelijk voor het tekort (zijnde het verschil tussen de waarde van de nalatenschap en de totale schuld uit hoofde van de kleinkindlegaten), terwijl zij anders na verwerping van de nalatenschap met een gelijktijdig beroep op hun legitieme portie een deel van het saldo van de nalatenschap hadden kunnen ontvangen (vgl. art. 4:63 lid 3 BW, de contentenverklaring).

De notaris erkent de gemaakte redactiefout in de legaten. Hij stelt erflaatster voorgesteld te hebben om de kleinkindlegaten een percentage van de nalatenschap uit te laten maken, maar dit is om onverklaarbare redenen anders verwoord in het testament. Hoe dit op andere wijze verwoord zou (kunnen) zijn in het testament, blijkt niet. Het oordeel van het hof in zijn arrest van 22 juni 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:6128](#) over de aansprakelijkheid van de notaris voor deze redactiefout verbaast dan ook niet:

“Tussen partijen staat genoegzaam vast dat erflaatster niet de wil heeft gehad, zoals door [de notaris] in het testament opgetekend, om aan ieder van haar kleinkinderen € 19.114,00 te legateren, met het effect dat er niets meer zou overblijven voor haar kinderen en de kinderen zelfs een schuld zouden overhouden omdat het totaal van de legaten de nalatenschap overstijgt. [de notaris] weet niet hoe het heeft kunnen gebeuren dat in plaats van een percentage van de nalatenschap, zoals door hem tijdens bespreking aan erflaatster is voorgesteld, in het uiteindelijk gepasseerde testament aan ieder van de kleinkinderen een bedrag ter grootte van de belastingvrijstelling is gelegateerd (proces-verbaal van de comparitie in eerste aanleg). Volgens [de notaris] is er sprake geweest van een redactiefout (...), hij erkent dat hij bij het opstellen van het testament een fout heeft gemaakt (...). Het hof concludeert dat [de notaris], zoals door [de kinderen] primair aangevoerd, jegens erflaatster niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Die beroepsfout kan jegens derden - in dit geval de erfgenamen - tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en daaruit voortvloeiende schadelijheid leiden. De primair gevorderde verklaring voor recht kan worden toegewezen.”

Het hof verklaart voor recht dat de notaris door de fout in het testament onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vijf zuiver aanvaard hebbende erfgenamen. Of de erfgenamen hierdoor schade hebben geleden, valt volgens het hof nog wel te bezien:

“Thans kan niet meer met voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld wat dan wél de laatste wil van erflaatster was. Dan wordt van belang dat alle erfgenamen, ook [de kinderen] en de executeur, akkoord zijn gegaan met het voorstel van [de notaris] in diens brief van 23 juli 2013. Door de ondertekening van die brief heeft tussen de erfgenamen, althans de partijen in deze procedure, thans te gelden dat het de laatste wil van erflaatster was om aan ieder van de kinderen € 19.114,00 toe te kennen en aan ieder van de kleinkinderen € 6.299,29.

Indien ervan kan worden uitgegaan dat de verdeling op deze wijze zal plaatsvinden, zoals ook de executeur voorstaat, moet de conclusie zijn dat [de kinderen] geen schade hebben geleden. De verdeling vindt dan immers plaats conform de laatste wil van erflaatster, zoals zij deze wensen uit te leggen.

In dat geval heeft ook de omstandigheid dat de notaris de erfgenamen heeft gevraagd de nalatenschap zuiverte aanvaarden niet tot schade van [de kinderen] geleid. De nalatenschap is dan immers toereikend om daaruit de erfstellingen en legaten te voldoen.”

Is er dan geen enkele schade als gevolg van de redactiefout in het testament geleden? Een andere vraag is wat de rechtspositie is van de kleinkinderen die aanspraak wensen te maken op de legaten conform de tekst van het testament. Het hof overweegt:

“Van schade kan alleen dan sprake zijn indien en voor zover de legatarissen in rechte aanspraak kunnen maken op de legaten zoals die - naar in deze procedure tussen deze partijen vaststaat: foutief- in het testament zijn vermeld. Om te kunnen beoordelen of dat het geval is dient het testament op de voet van artikel 4:46 BW te worden uitgelegd. Die uitleg kan evenwel niet in deze procedure plaatsvinden. Een daartoe strekkende vordering is niet ingesteld en niet alle betrokkenen zijn partij in deze procedure.

Volgens [de kinderen] heeft inmiddels een aantal kleinkinderen hun legaten formeel opgeëist en hebben vier kleinkinderen daartoe bij de rechtbank Gelderland een procedure ingesteld tegen de erfgenamen (zaaknummer C/05/363251, rolnummer 19/217). Onbekend is evenwel wat die kleinkinderen aan welke vorderingen ten grondslag hebben gelegd en wat het verweer daartegen inhoudt. Van de goede en kwade kansen van de partijen in die procedure kan geen schatting worden gemaakt.”

Het hof veroordeelt de notaris tot het vergoeden van schade, vast te stellen in een schadestaatprocedure. Voldoende daarvoor is dat de mogelijkheid van schade door de zuiver aanvaard hebbende erfgenamen aannemelijk is gemaakt. Mij is niet bekend wat het verdere verloop is (geweest) van de procedure tussen enkele legatarissen-kleinkinderen en de zuiver aanvaard hebbende erfgenamen (ouders, ooms en/of tantes van de legatarissen-kleinkinderen).

In dit geval staat voldoende vast dat de legaten niet overeenstemmen met de wil van de erflaatster. Die discrepantie is gebaseerd op niet meer dan de bizarre consequenties van het toekennen van kleinkindlegaten zonder voorbehoud of begrenzing (waardoor de overlegatering kon ontstaan), en wel in een procedure waarbij de legatarissen-kleinkinderen geen partij waren. Wat de erflaatster dan wél wilde, was niet eenduidig vast te stellen. Dat de erfgenamen (vijf kinderen van erflaatster) en de notaris met elkaar tot een vergelijk waren gekomen over de wijze van afwikkeling van de nalatenschap regardeert en bindt de legatarissen-kleinkinderen uiteraard niet. Wordt nietsalstnog ook overeenstemming met deze legatarissen bereikt over een wezenlijke beperking van de omvang van de legaten, dan zie ik het somber in voor deze notaris. Het testament is hard, maar dat is nu eenmaal het testament.

Opeisbaarheid van het legaat

In het testament zal tevens aandacht besteed moeten worden aan het moment waarop het kleinkindlegaat opeisbaar wordt. Art. 4:125 lid 1 BW bepaalt dat - tenzij de erflater anders heeft beschikt - het legaat van een geldsom zes maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar wordt. De erflater kan in zijn testament anders beschikken. Hier zijn verschillende momenten denkbaar: onmiddellijke opeisbaarheid van het legaat na het overlijden van de erflater, opeisbaarheid van het legaat bij het overlijden van de langstlevende grootouder, opeisbaarheid van het legaat bij het overlijden van het kind (en zijn partner).

Het uitstellen van de opeisbaarheid van het legaat levert het voordeel op dat de (groot)ouder bij leven de beschikkingsmacht behoudt over het gelegateerde vermogen. Van de niet-opeisbare geldvorderingen van de (klein)kinderen wordt (vooralsnog) geen hinder ondervonden.

Legaat van vruchtgebruik van nalatenschapsgoederen

Om fiscale redenen kan ervoor worden gekozen de bloot-eigendom van bepaalde nalatenschapsgoederen (in plaats van een geldbedrag) te legateren aan een kleinkind, zoals een effectenportefeuille of vastgoedbezittingen. Het fiscaal interessante daaraan is dat bij het overlijden van de vruchtgebruiker de waardeaan groei van bloot-eigendom naar volle eigendom voor de heffing van erfbelasting onbelast is. De waardeaan groei levert bij de bloot-eigenaar geen verkrijging “krachtens erfrecht” op (art. 1 lid 1 onder 1° SW).

3. Wat is een eerlijke verdeling van de lasten van de kleinkindlegaten?

De gezinnen van de kinderen van een grootouder zullen niet op precies dezelfde wijze zijn samengesteld. Dat leidt bij de toekenning van legaten aan kleinkinderen nogal eens tot verdelingsperikelen. Stel dat een grootouder drie kinderen heeft. Het ene kind is kinderloos, het andere kind heeft één kind en het laatste kind heeft drie kinderen. Hoe moeten de kleinkindlegaten van de grootouder dan (eerlijk) verdeeld worden? Twee stelsels zijn van elkaar te onderscheiden: (i) de grote pot-gedachte en (ii) de staaksgewijze verdeling.

Grote pot-gedachte

De nalatenschap van de grootouder kan beschouwd worden als één grote pot waaruit de legaten aan de kleinkinderen voldaan moeten worden. De grootouder laat bijvoorbeeld aan elk kleinkind (vier in totaal) een bedrag na gelijk aan de vrijstelling voor de erfbelasting. Ieder kleinkind wordt op gelijke wijze behandeld. De legaten komen in dat geval *“ten laste van de gezamenlijke erfgenenamen”* (vgl. art. 4:117 lid 2 BW). Het vermogen dat resteert na voldoening van deze schulden van de nalatenschap (een legaat is een schuld ex art. 4:7 lid 1 onder h BW) is voor de drie kinderen. Indien de kinderen elk 1/3^e erfdeel van de nalatenschap verkrijgen, dan heeft het kinderrijke gezin het meeste vermogen uit de nalatenschap van de grootouder ontvangen.

Staaaksgewijze verdeling

Het is ook mogelijk het vermogen van de grootouder eerst in drieën te splitsen, zodat elk kind 1/3^e erfdeel verkrijgt. Vervolgens komen de bedragen van de legaten voor de kleinkinderen ten laste van de erfdelen van het betreffende kind. Het legaat komt in dat geval *“ten laste van een of meer bepaalde erfgenenamen”* (art. 4:117 lid 2 BW). Op deze wijze verkrijgt elk gezin evenveel vermogen. De bewuste clause zou als volgt kunnen luiden:

“Het legaat aan de kleinkinderen komt in mindering op het (erf)deel dat de ouder van het desbetreffende kleinkind als mijn erfgenaam uit mijn nalatenschap verkrijgt.”

Wat eerlijk is of eerlijk wordt gevonden, zal van ieders persoonlijke voorkeur afhangen. Een door de erflater gemaakte keuze voor het ene of het andere stelsel zal gerespecteerd moeten worden. Die keuze van de erflater zou geen splijtzwaam in de familie behoren te zijn. Onvrede over die keuze zou ook niet geprojecteerd moeten worden op een ander.⁶

⁶ Van projectie is sprake wanneer iemand eigenschappen of emoties van zichzelf tracht te ontkennen, verbergen of verdringen door deze aan iets of iemand anders toe te schrijven. Projectie gebeurt vaak onbewust. Projectie is dan ook een afweermechanisme tegen negatieve emoties. Door projectie hoeven we zaken die wij in onszelf niet graag erkennen, niet aan te gaan. Het is immers makkelijker om deze aan anderen toe te schrijven dan aan onszelf.

4. Financiële gevolgen van de wijze van structurering van kleinkindlegaten

In een situatie waarin opa in 2022 overlijdt en oma nog leeft, kan – schematisch weergegeven – het kleinkind op verschillende manieren bedacht worden met een kleinkindlegaat, met uiteenlopende financiële gevolgen. Uitgegaan wordt hierna van de toepasselijkheid van de wettelijke verdeling van de nalatenschap, de quasi-wettelijke verdeling dan wel de ouderlijke boedelverdeling volgens oud erfrecht.

In de *eerste plaats* kan het legaat ten gunste van het kleinkind direct ten laste komen van de nalatenschap van opa (ofwel “*ten laste van de gezamenlijke erfgenamen*” (art. 4:117 lid 2 BW)).

Het kleinkindlegaat ter grootte van de vrijstelling voor de erfbelasting kan meteen opeisbaar⁷ zijn dan wel bijvoorbeeld bij het overlijden van oma (63 jaar). Is het legaat meteen opeisbaar, dan komt een bedrag van € 21.559 (2022) als schuld ten laste van de nalatenschap.

Is het legaat eerst opeisbaar bij het overlijden van oma, dan heeft oma tot haar overlijden het fictieve vruchtgebruik van het kleinkindlegaat. De waarde daarvan is volgens de tabel van art. 5 van het Uitvoeringsbesluit SW gelijk aan factor 10 (vanwege de leeftijd van 63 jaar) x 6% (normrendement).⁸ De contante waarde van het legaat is gelijk aan het vrijgestelde bedrag van € 21.559. Dat is in dit geval gelijk aan 40%, zodat de nominale vordering van het kleinkind in de nalatenschap van opa € 53.897,50 bedraagt (100%). De vrijstelling voor de erfbelasting is daarmee optimaal benut (en die is gelijk aan de contante waarde van het kleinkindlegaat). De vrijstelling zou *niet* optimaal benut zijn als in het testament bepaald wordt dat het legaat ter grootte van € 21.559 eerst opeisbaar is bij het overlijden van oma. In dat geval is de contante waarde van het legaat (slechts) € 8.623,60 (40%).

In de *tweede plaats* kan het legaat ten gunste van het kleinkind ten laste komen van de erfrechtelijke verkrijging van het kind (ofwel “*ten laste van een of meer bepaalde erfgenamen*” (art. 4:117 lid 2 BW)).

Ook dan kan het kleinkindlegaat meteen opeisbaar zijn of bij het overlijden van oma. We komen dan op dezelfde bedragen uit als hiervoor weergegeven: € 21.559 als het legaat meteen opeisbaar is en € 53.897,50 als het legaat eerst bij het overlijden van oma opeisbaar is.

Verdere optimalisatie is mogelijk doorte bepalen dat het kleinkindlegaat pas opeisbaar is bij het overlijden van het kind (37 jaar) dan wel bij het overlijden van het kind én zijn partner (34 jaar). In het eerste geval is het vrijgestelde bedrag van € 21.559 gelijk aan 16% van de nominale waarde van de vordering (14 (factor passende bij 37 jaar) x 6% (normrendement)). In het tweede geval is het vrijgestelde bedrag gelijk aan 10% van de nominale waarde. Uitgegaan moet dan worden van de factor die passend is bij de leeftijd van 34 jaar min 5 jaar (vgl. art. 7 lid 1 Uitvoeringsbesluit SW), derhalve factor 15.

⁷ Art. 4:125 lid 1 BW bepaalt dat – tenzij de erflater anders heeft beschikt – het legaat van een geldsom zes maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar wordt.

⁸ Met het fictieve vruchtgebruik van het legaat wordt rekening gehouden, tenzij 6% samengestelde rente door oma aan de legataris wordt betaald. Zie verder het onderdeel ‘Belastingheffing bij overlijden en schenking’. Zie voor het normrendement van 6%: art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW.

Stel dat het kleinkindlegaat ten laste van de verkrijging van het kind komt en eerst opeisbaar is bij het overlijden van oma (64 jaar). De contante waarde van het legaat is € 21.559 (40%), terwijl de nominale waarde van het legaat € 53.205 (100%) is. Hoe dient in dat geval de erfrechtelijke verkrijging van het kind uitgewerkt te worden? Twee visies komen daarvoor in aanmerking.

Visie I

Stel dat de renteloze geldvordering van het kind op oma gesteld kan worden op € 300.000. Oma heeft daarvan het fictieve vruchtgebruik (60% van € 300.000), zodat de erfrechtelijke verkrijging van het kind € 120.000 groot is. Ten laste van het kind komt de contante waarde van het kleinkindlegaat (€ 21.559), zodat een erfrechtelijke verkrijging voor het kind resteert van € 98.441.

Visie II

Een alternatieve visie is de volgende. De renteloze geldvordering van het kind op oma wordt gesteld op € 300.000. Oma dient - als onderdeel van de wettelijke verdeling van de nalatenschap - als langstlevende onder alle schulden van de nalatenschap voor haar rekening te nemen (art. 4:14 lid 1 BW). Dat betekent dat de pro resto geldvordering van het kind op oma gelijk is aan € 300.000 - € 53.205 (de nominale schuld van het kleinkindlegaat, die ten laste van oma komt), derhalve een bedrag van € 246.795. Oma heeft daarvan het fictief vruchtgebruik (60% van € 246.795 = € 148.077), zodat de erfrechtelijke verkrijging van het kind € 98.718 groot is.

Het verschil tussen de twee visies springt in het oog. In visie I is de onderbedelingsvordering van het kind in de nalatenschap van oma - die de grondslag vormt voor oprenting en daardoor uitholling van de nalatenschap van de langstlevende - gelijk aan € 120.000, in visie II is deze onderbedelingsvordering (slechts) € 98.718, omdat daarbij reeds rekening is gehouden met de voldoening van de schuld van het kleinkindlegaat door de langstlevende.

De Belastingdienst heeft zich voor zover mij bekend nog niet over uitgelaten welke visie de juiste is.

5. Testamentair beschermingsbewind

Onder omstandigheden is het wenselijk dat een testamentair bewind in het belang van de rechthebbende (het kleinkind) wordt ingesteld over de erfrechtelijke verkrijging (het kleinkindlegaat). Het kind zou tot bewindvoerder benoemd kunnen worden als deze daarvoor althans geschikt geacht kan worden. Het bewind kan bijvoorbeeld voortduren totdat het kleinkind 25 jaar is. Zie verder het onderdeel 'Bescherming van het nagelaten vermogen met een testamentair bewind'.

6. Schenkingsbewind

Zo nodig kunnen schenkingen aan kleinkinderen onder schenkingsbewind worden gedaan (art. 7:182 lid 1 BW). Bij een schenking kan worden bepaald dat hetgeen wordt geschonken

onder bewind wordt gesteld. In dat geval is de wettelijke regeling van Boek 4 BW over testamentair bewind grotendeels en met enkele aanpassingen wat betreft de aanvang en het einde van het bewind van overeenkomstige toepassing op het schenkingsbewind (art. 7:182 lid 2 BW).

Het schenkingsbewind biedt de mogelijkheid aan degene die het bewind instelt (de schenker) om de aanwending door het begiftigde kleinkind van hetgeen geschonken wordt te reguleren. Dat kan ook tot overdreven bedilzucht leiden, zo leert het volgende geval.

Opa heeft kleine vrijgestelde geldbedragen ter grootte van ca. € 2.000 aan zijn kleinkinderen geschonken, maar hij deed dat niet ongeclausuleerd. Blijkens een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 4 januari 2019, [ECLI:NL:RBMNE:2019:22](#), legde opa aan zijn kleinkinderen de volgende bizarre, welhaast Spartaanse leefregels op in de vorm van een schenkingsbewind:

"HOOFDSTUK 2. SCHENKINGSOVEREENKOMST

De schenkers en de begiftigde sluiten hierbij een overeenkomst van schenking. Ter uitvoering van deze overeenkomst betalen de schenkers ten laste van de tussen hen bestaande huwelijksgemeenschap aan elke begiftigde een bedrag van twee duizend een honderd zeven en veertig euro (€ 2.147,00). Het bedrag van twee duizend een honderd zeven en veertig euro (€ 2.147,00) per begiftigde, alzo totaal een bedrag van acht duizend vijf honderd acht en tachtig euro (€ 8.588,00) is door de schenkers betaald door storting op hun gezamenlijke rekening met nummer (...).

HOOFDSTUK 3. BEPALINGEN SCHENKINGSOVEREENKOMST

De schenkingen zijn gedaan onder de navolgende voorwaarden. Al hetgeen uit de onderhavige schenking wordt verkregen, waaronder begrepen de revenuen en herbeleggingen daarvan, zal onder bewind staan. (...) Met betrekking tot dit bewind gelden de volgende bepalingen:

a. Het bewind vangt heden aan en eindigt als de jongste van de onderbewindgestelden de leeftijd van vijfendertig (35) jaren heeft bereikt. In tegenstelling tot het vorengenoemde geldt het bewind levenslang indien de begiftigde:

- 1. verslaafd is aan drugs of verslaafd is geweest;*
- 2. verslaafd is aan alcohol of verslaafd is geweest en/of zich in coma heeft gedronken;*
- 3. verslaafd is aan roken, lachgas of inhaleren van andere schadelijke middelen voor de gezondheid;*
- 4. zich met meer dan één tatoeage heeft laten ontsieren groter dan twintig vierkante centimeter (20 cm²);*
- 5. door géén gebruik te maken van zijn of haar talenten en zich niet ingespannen heeft om op basis van zijn of haar capaciteiten een eigen inkomen te genereren;*
- 6. door slecht beheer van zijn of haar financiële middelen een registratie heeft bij de Stichting Bureau Krediet Registratie (BKR); een registratie bij de Stichting Bureau Krediet Registratie geldt niet indien die tot stand is gekomen omdat men goederen heeft gekocht op afbetaling;*
- 7. zijn of haar gezondheid dusdanig heeft verwaarloosd zodat ten gevolge daarvan zijn of haar body mass index (BMI) meer bedraagt dan vijf en twintig (25) voor vrouwelijke begiftigden of acht en twintig (28) voormannelijke begiftigden of morbide obesitas heeft;*
- 8. met justitie in aanraking is geweest en middels een veroordeling een strafblad heeft gekregen;*

9. door haat of zijn onverantwoord rijgedrag zwaar lichamelijk letsel en schade heeft toegebracht aan zichzelf of aan derden.

Indien de begiftigde vijf (5) jaar na de constatering van de punten 1. tot en met 8. hiervoor genoemd aan kan tonen dat hij of zij ontdaan is van de zaken zoals in deze punten gemeld, dan wordt het bewind over het vermogen opgeheven ten gunste van de begiftigde en gelden de gewone regels zoals onder a. genoemd. (...)

(...)

(...) Het geld mag worden aangewend voor een studie met dien verstande dat de uitkering jaarlijks niet meer mag bedragen dan één vijf/tiende (1,5) keer de leenbeurs die dan geldt van de Rijksoverheid. Een uitkering voor studie mag maximaal twee (2) jaar worden gedaan, indien géén vooruitgang is gemaakt met de studie. Indien verzorging vereist is die niet wordt betaald uit de ziektekostenverzekering of andere sociale wetgeving, dan mag het bedrag worden aangewend tot maximaal het bedrag van het thans geldende persoonsgebonden budget. Indien het kapitaal niet wordt gebruikt voor a) de eigen woning; b) studie; c) verzorging; dan dient het vermogen/kapitaal te worden aangewend voor het verkrijgen van een pensioenvoorziening die ingaat op de vijftien zestigste (65e) verjaardag van de verkrijger. (...) Het is de wens van de schenkers dat deze bepalingen omtrent het bewind ook gelden voor de eerder gedane schenkingen aan de kleinkinderen. (...)"

Blijkens deze concept-akte duurt het schenkingsbewind voort tot het jongste kleinkind 35 jaar is. Wordt één van de door opa opgelegde leefregels overtreden, dan duurt het schenkingsbewind zelfs levenslang. De grootouders verlangen onder meer dat de kleinkinderen niet verslaafd raken aan drank en drugs, dat zij grote tatoeages achterwege laten en hun BMI binnen de perken houden. De grootouders wensen dit regime zelfs te laten gelden voor eerder aan de kleinkinderen gedane schenkingen, met terugwerkende kracht derhalve.

Blijkens de uitspraak was de kantonrechter ex art. 1:253k BW j° art. 1:345 lid 1 onder c BW om machtiging gevraagd voor de aanvaarding van deze schenking onder bewind.⁹ Uit deze bepalingen van Boek 1 BW volgt dat de ouders voor deze rechtshandeling, inhoudende het namens de minderjarige aannemen van een making of gift waaraan lasten of voorwaarden (in dit geval het schenkingsbewind) zijn verbonden, machtiging van de kantonrechter nodig hebben.

Aan de moeder, in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van de (klein)kinderen, is door de kantonrechter gevraagd hoe zij tegen deze bepalingen van het schenkingsbewind aankijkt, en in het bijzonder tegen de bepaling dat de voorwaarden van het bewind ook gelden voor eerder gedane schenkingen aan de minderjarigen. De uitspraak vermeldt over de reactie van de moeder:

"Beknopt weergegeven heeft zij meegedeeld de voorwaarden niet gepast te vinden. Zij is het eens met de strekking, maar zij is van mening dat dit niet als eis geformuleerd hoeft te worden in een schenkingsakte. Ook is zij het niet eens met de bepaling dat de voorwaarden ook gelden voor de eerder gedane schenkingen. Gelet op het voorgaande overweegt ze niet te tekenen voor de akte."

⁹ Terzijde: het machtigingsverzoek was niet door de ouders, maar - nota bene - door de grootouders gedaan. Ze zijn daarin niet-ontvankelijk verklaard.

De kantonrechter geeft ten overvloede¹⁰ en vrijblijvend nog de volgende opvoedkundige wenken in zijn uitspraak mee:

“Op grond van artikel 1:356 BW kan de kantonrechter een machtiging zoals verzocht slechts verlenen, indien dit hem in het belang van de minderjarige noodzakelijk, nuttig of wenselijk lijkt te zijn. De kantonrechter overweegt dat de in de conceptovereenkomst opgenomen voorwaarden niet in het belang van de minderjarige zijn. Immers, het is volstrekt onduidelijk door wie en hoe wordt bepaald of de voorwaarden zijn vervuld. Verder druist het achteraf van toepassing verklaren van voorwaarden op eerdere schenkingen in tegen de regels van het opgewekt vertrouwen. De kleinkinderen en/of hun wettelijke vertegenwoordigers hebben er op mogen vertrouwen dat zij eerdere schenkingen zonder voorwaarden hebben aanvaard. De gevraagde machtiging zou daarom niet verleend zijn.

De schenkingsovereenkomst zal overigens door verzoekers zijn ingegeven vanuit de beste bedoelingen, maar de voorwaarden neigen naar een financieel dwangmiddel om aan de kleinkinderen tot (bijna) in lengte van dagen op vele gebieden een levensstijl op te leggen zoals verzoekers die voorstaan. Het komt de kantonrechter voor dat er pedagogisch andere middelen zijn om (klein)kinderen de juist geachte levensstijl mee te geven.”

7. Ik-grootouder clausule

Het ik-opa (of ik-oma) legaat houdt in dat opa zijn zoon/dochter tot enig erfgenaam benoemt en ten laste van deze zoon/dochter een geldbedrag aan een kleinkind legateert.¹¹ De opeisbaarheid van het legaat wordt uitgesteld tot het overlijden van de zoon/dochter (of indien het kind is gehuwd tot het overlijden van de langstlevende).¹² Stel dat het kind over het schuldig erkende bedrag aan zijn kind geen rente verschuldigd is. Hierdoor verkrijgt het kind het fictieve vruchtgebruik van het schuldig erkende bedrag, dat mede in de heffing van erfbelasting wordt betrokken. Het kleinkind wordt slechts belast voor de contante waarde van het legaat (de bloot-eigendom). Met het opstellen van de ik-grootouder clausule kon tot de wijziging per 1 januari 2010 van de Successiewet 1956 een beperkt belastingvoordeel worden behaald. Dat voordeel bestond daaruit dat de waardeaanwinst van de vordering van het kleinkind op zijn ouder (ofwel de aanwas van bloot-eigendom naar volle eigendom) niet met erfbelasting belast was. Daarbij ging men ervan uit dat de ik-grootouder clausule niet zou worden getroffen door art. 10 SW (met de bekende “al wat”-benadering).¹³

Het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BG6455](#), gooide alsnog roet in het eten. De Hoge Raad bepaalde in dat arrest dat de aanvaarding van een legaat en de uitvoering van een testamentaire last aangemerkt moesten worden als

¹⁰ Ten overvloede, omdat de grootouders in hun machtigingsverzoek niet-ontvankelijk waren.

¹¹ Soms werd onder het oude erfrecht de ik-grootouderclausule vorm gegeven als een aan het kind opgelegde testamentaire last.

¹² Het kleinkind loopt dan wel het risico dat zijn ouder het gehele vermogen heeft verteerd, zodat de schuld uit hoofde van het legaat niet meer kan worden voldaan. Bij het overlijden van de grootouder was het kleinkind wel erfbelasting verschuldigd. Veelal wordt daarom in het testament bepaald dat de ouder de door het kind verschuldigde erfbelasting moet voorschieten. Ook kan in het testamant worden bepaald dat het kind de verplichting heeft zekerheid te stellen voor betaling van de schuld uit hoofde van het kleinkindlegaat aan het kleinkind.

¹³ Zie daarvoor het onderdeel ‘Belastingheffing bij overlijden en schenking’.

rechtshandelingen zoals bedoeld in art. 10 SW. De belastingbesparing die aan de ik-grootouderclausule was verbonden, leek daarmee voorgoed verdwenen.

Met ingang van 1 januari 2010 is evenwel aan art. 10 SW een negende lid toegevoegd. Die bepaling houdt in dat art. 10 lid 1 SW mede van toepassing is:

“(...) indien tot het vermogen van de erflater een of meer als gevolg van een uiterste wil ontstane schulden behoren, voor zover de nominale waarde van die schuld, onderscheidenlijk die schulden, meer bedraagt dan de waarde van hetgeen die erflater krachtens erfrecht heeft verkregen van degene die de uiterste wil heeft opgemaakt. Voor de bepaling van de laatstbedoelde waarde worden de in de eerste volzin bedoelde schulden buiten beschouwing gelaten.”

Bij de ik-grootouder clausule kán art. 10 lid 9 SW aan de orde zijn, en wel in het geval de nominale waarde van de schuld van de zoon/dochter aan het (klein)kind meer bedraagt dan de waarde van hetgeen de zoon/dochter krachtens erfrecht heeft verkregen van opa. Uitsluitend het surplus wordt dan als een fictieve erfrechtelijke verkrijging met erfbelasting getroffen, zodat in dit verband gesproken kan worden van een “beperkte al wat”-benadering (in tegenstelling tot de “al wat”-benadering van art. 10 lid 1 SW). Met twee aan de wetsgeschiedenis van de Successiewet ontleende voorbeelden kan dit verduidelijkt worden.

Voorbeeld, zonder rente

Een opa met een nalatenschap van € 150.000 legateert aan zijn drie kleinkinderen ieder € 60.000, opeisbaar bij het overlijden van het kind (56 jaar), de enig erfgenaam. De contante bloot-eigendoms waarde van de vordering van elk kleinkind bedraagt € 20.400. Daarvoor wordt toepassing gegeven aan art. 5 Uitvoeringsbesluit SW: $100\% - 66\%$ (te weten 11 (factor passend bij 56 jaar) \times 6% (normrendement)) = 34% van € 60.000, derhalve € 20.400. De erfrechtelijke verkrijging van het kind bedraagt dan € 150.000 min € 61.200 ($3 \times$ € 20.400) = € 88.800. Als het kind overlijdt, bedraagt de schuld van het kind aan zijn kinderen (ofwel de kleinkinderen van opa) in totaal € 180.000 (want $3 \times$ € 60.000). Op grond van art. 10 lid 9 SW bedraagt de fictieve erfrechtelijke verkrijging voor de heffing van erfbelasting per (klein)kind dan $\frac{1}{3}$ van € 30.000 ($\frac{1}{3}$ van € 180.000 - € 150.000) = € 10.000. Kortom, bij het overlijden van het kind wordt art. 10 lid 9 SW uitsluitend voor het surplus toegepast, ofwel voor hetgeen de nominale waarde van het legaat (€ 180.000) meer bedraagt dan de waarde van hetgeen het kind uit de nalatenschap van opa heeft verkregen (€ 150.000). Om die reden wordt in dit verband ook wel van het ‘erfrechtelijk budget’ gesproken.

Voorbeeld, met rente

Een opa met een nalatenschap van € 150.000 legateert aan zijn kleinkinderen ieder € 20.400, opeisbaar bij het overlijden van het kind (56 jaar), de enig erfgenaam. Op de vordering uit hoofde van het legaat wordt 6% samengestelde rente per jaar bijgeschreven. De verkrijging van het kind bedraagt dan (wederom) € 88.800 (te weten € 150.000 - ($3 \times$ € 20.400)). Als het kind na 19 jaar overlijdt, heeft hij een schuld aan zijn kinderen, de kleinkinderen van opa, van ca. € 180.000. Hiervan is (wederom) op grond van art. 10 lid 9 SW € 30.000 belast (per kleinkind € 10.000).

Als gezegd, heeft ter discussie gestaan of de ik-grootouder clause die gebaseerd is op een testamentaire last óók onder art. 10 lid 1 SW kon vallen.¹⁴ Dat scheelt nogal een slok op een borrel. Op grond van art. 10 lid 1 SW wordt het gehele aan de rechtshandeling onderworpen vermogensbestanddeel (in dit geval het kleinkindlegaat) in de heffing van erfbelasting betrokken (de zogeheten "al wat"-benadering), terwijl uit de gegeven voorbeelden blijkt dat op grond van art. 10 lid 9 SW alleen het surplus in de heffing van de erfbelasting wordt betrokken (de zogeheten "beperkte al wat"-benadering).

In zijn arrest van 22 november 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1838](#), heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt hoe met deze ik-grootouder clause in het licht van art. 10 SW omgegaan moet worden. In deze zaak was oma in 1996 overleden. Zij heeft in haar testament aan haar kleinkinderen een onvoorwaardelijke vordering gelegateerd ten laste van haar dochter. Vervolgens erkende de dochter de in het testament genoemde bedragen schuldig te zijn aan de legatarissen in een notariële akte. De legatarissen betwistten niet dat art. 10 lid 9 SW toepassing vond, omdat de omvang van de totale schuld van de dochter aan de legatarissen groter was dan hetgeen de dochter van oma uit haar nalatenschap had verkregen. De Belastingdienst stelde echter dat art. 10 lid 1 SW van toepassing was, op grond waarvan niet alleen het surplus, maar de gehele vordering van het kleinkind uit hoofde van het legaat als een fictieve erfrechtelijke verkrijging diende te worden aangemerkt (en wel tot een bedrag van € 104.423).

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat de verkrijging van de kleinkinderen aangemerkt moest worden als een last waarop art. 10 lid 1 SW van toepassing was. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat vast stond dat de dochter de nalatenschap van oma heeft aanvaard en dat de dochter daarmee de verplichting heeft aanvaard geldsommen renteloos schuldig te erkennen aan de kleinkinderen. Hoewel het testament van oma de ik-oma-making als legaat typeert, volgt volgens de rechtbank uit de bewoordingen in het testament - te weten "*een onvoorwaardelijke vordering ten laste van*" de dochter - dat de dochter uit de volle eigendom die zij van oma heeft verkregen vermogen heeft overgedragen aan de kleinkinderen onder voorbehoud van een genotsrecht zonder dat zij daarvoor ander vererfbaar vermogen uit de nalatenschap van oma heeft ontvangen. Om die reden is de ik-oma-making een lastbevoordeling, en heeft de dochter - aldus nog steeds de rechtbank - een rechtshandeling als bedoeld in art. 10 lid 1 SW verricht die bestaat uit aanvaarding van de erfenis en daarmee van de last bij het overlijden van oma.

Tegen het oordeel van de rechtbank wordt bij de Hoge Raad in cassatieberoep opgekomen met twee middelen. Het eerste middel bestrijdt het oordeel van de rechtbank

¹⁴ Die discussie is - zoals aangegeven - ontstaan naar aanleiding van HR 19 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BG6455](#), BNB 2009/224. Volgens de staatssecretaris van Financiën had de Hoge Raad beslist dat het aanvaarden van een legaat een rechtshandeling was als bedoeld in art. 10 lid 1 SW. Dit zou volgens de staatssecretaris ook gelden voor de ik-grootouder clause in de vorm van een lastbevoordeling. In het door de Hoge Raad berechte geval was in het testament aan de langstlevende het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd onder de verplichting de bloot-eigendom van het aandeel van de langstlevende in de ontbonden huwelijksgemeenschap in de nalatenschap in te brengen onder voorbehoud van vruchtgebruik voor zichzelf (het zogeheten 'turbotestament'). Het gevolg hiervan was dat de langstlevende bij leven het vruchtgebruik had van alle goederen die tot de ontbonden huwelijksgemeenschap hadden behoord. Na het overlijden van de langstlevende oordeelde de Hoge Raad dat art. 10 lid 1 SW van toepassing was op het vermogen dat de langstlevende echtgenoot ter uitvoering van de last had overgedragen. De Hoge Raad besliste dat "*de aanvaarding van het legaat en de uitvoering van de last rechtshandelingen waren waarbij de vader (de erflater) als partij waren betrokken*". Zie verder de brief van de staatssecretaris van 12 oktober 2009 aan de KNB (DB/2009/596 U).

dat de ik-oma-making in het testament een lastbevoordeling is. Het tweede middel bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat de dochter een rechtshandeling als bedoeld in art. 10 lid 1 SW heeft verricht. De Hoge Raad overweegt hierover als volgt:

“Uit de hiervoor (...) weergegeven feiten volgt dat de nalatenschap van de grootmoeder is opengevallen en afgewikkeld onder het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht en dat onder dat erfrecht de niet-opeisbare vordering van ieder van belanghebbenden op de dochter is ontstaan. Door het overlijden van de dochter werd die vordering opeisbaar, zonder dat daarbij een vraag van uitleg van de uiterste wilsbeschikking (het testament) van de grootmoeder rees. De vraag of de grootmoeder in haar testament aan ieder van belanghebbenden een vordering heeft gelegateerd, moet dan worden beantwoord met toepassing van het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht.

Onder het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht wordt, evenals nadien onder artikel 4:46 BW, aan uitleg van een uiterste wilsbeschikking niet toegekomen als de bewoordingen van die uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn.

De in 1994 in het testament van de grootmoeder gebezigde bewoordingen “ik legateer een onvoorwaardelijke vordering” hielden toen en ten tijde van het openvallen van de nalatenschap in dat een vorderingsrecht werd toegekend.

Gelet op het voorgaande betekenen de hiervoor (...) vermelde feiten dat belanghebbenden als kleinkinderen van de grootmoeder krachtens haar testament bij haar overlijden een onvoorwaardelijke, bepaalbare vordering hebben verkregen op de dochter die opeisbaar werd door het overlijden van de dochter.

Het testament van de grootmoeder bevat geen aanknopingspunt om aan te nemen dat de verkrijging van de vordering door belanghebbenden mede afhankelijk was van de schuldigerkenning van die vorderingen door de dochter of van enige andere rechtshandeling van de dochter.

Het vorenstaande betekent dat de bewoordingen van het testament van de grootmoeder er duidelijk over zijn dat de vordering aan belanghebbenden is verschaft door middel van een legaat. In het bestreden oordeel is dit miskend. Het eerste middel slaagt.

Ook het tweede middel slaagt. Gelet op hetgeen hiervoor is geoordeeld, is in dit geval niet voldaan aan de eis voor toepasselijkheid van artikel 10, lid 1, SW dat de verkrijging van belanghebbenden verband houdt met een rechtshandeling waarbij de dochter partij is. Die verkrijging vond immers plaats krachtens het testament bij het overlijden van de grootmoeder. Het schuldig erkennen door de dochter in de akte van boedelbeschrijving was voor die verkrijging geen vereiste.

Hierbij neemt de Hoge Raad mede in aanmerking dat, anders dan de Staatssecretaris in het verweerschrift in cassatie betoogt, de vastgestelde feiten niet inhouden dat de dochter een rechtshandeling als bedoeld in artikel 10, lid 1, SW heeft verricht ter aanvaarding van de nalatenschap van de grootmoeder, ook niet indien daarbij de feitelijke gedragingen van de dochter in aanmerking worden genomen die tot uitdrukking komen in de in het geding gebrachte akte van boedelbeschrijving.

(...) De bestreden uitspraak kan niet in stand blijven. De Hoge Raad kan de zaak afdoen. Artikel 10, lid 1, SW is op de verkrijging van belanghebbenden niet van toepassing. Niet in geschil is dat de verkrijging van belanghebbenden bij gebreke van toepasselijkheid van artikel 10, lid 1, SW wordt bestreken door artikel 10, lid 9, SW en dat de omvang van die verkrijging voor ieder van de belanghebbenden € 10.479 is.”

Uit deze uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat de door de kleinkinderen verkregen vordering in het testament was vormgegeven als een legaat, en niet als een lastbevoordeling. Een dergelijke erfrechtelijke verkrijging is fiscaal gunstiger, omdat de toepassing van art. 10 lid 1 SW wordt vermeden. Hiervoor hebben we ook gezien dat de kleinkinderen bij het overlijden van opa/oma erfbelasting verschuldigd zijn over de contante waarde van hun erfrechtelijke verkrijging (§ 4). Bij het overlijden van het kind van opa/oma wordt de vordering van de kleinkinderen op hun ouder opeisbaar tegen de nominale waarde (hetgeen tot uitholling van de nalatenschap van de ouder leidt). De aanwas van de bloot-eigendom tot volle eigendom valt niet onder het bereik van art. 10 lid 1 SW. Hooguit kan toepassing van art. 10 lid 9 SW aan de orde zijn indien de totale schuld van het kind aan de legatarissen-kleinkinderen groter is dan hetgeen het kind uit de nalatenschap heeft verkregen.

De Hoge Raad heeft zich in deze uitspraak niet uitgelaten over situaties waarin in het testament een lastbevoordeling is opgenomen. Naar huidig erfrecht geldt dat als beoogd is een vorderingsrecht in de nalatenschap te laten ontstaan, het legaat daarvoor de aangewezen weg is (art. 4:117 BW). Met uitleg van het testament kan onder omstandigheden een in een testament opgenomen lastbevoordeling desondanks worden aangemerkt als een legaat (art. 4:46 lid 1 BW).