

Uitsluitingsclausule en tweetrapsmaking: een goede verhouding?

MR. LEONIE STOKKEL¹

Vrijwel iedereen die in Nederland een testament maakt, neemt daar een uitsluitingsclausule² in op. De uitsluitingsclausule is hierdoor bijna een standaardbepaling geworden.

Met de uitsluitingsclausule beoogt de toekomstig erflater te voorkomen dat de erfenis in de gemeenschap van goederen van de verkrijger terechtkomt, of door de verkrijger wordt betrokken in een verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden.

De meeste erfelers vinden het vooral belangrijk dat de erfenis niet deels aan de echtgenoot van de verkrijger toekomt als het huwelijk van de verkrijger en diens echtgenoot eindigt door echtscheiding.

Soms wil een erflater vastleggen dat de erfenis nooit bij de echtgenoot van de verkrijger terecht kan komen. Bijvoorbeeld omdat de erflater wil dat zijn erfenis in de familie blijft, of omdat de erflater moeite heeft met de echtgenoot van de verkrijger. In dat geval kan de erflater een tweetrapsmaking opnemen in zijn testament.

1. Uitsluitingsclausule

Om de verkrijger een mogelijkheid tot belastingbesparing te geven kan de uitsluitingsclausule worden verzacht voor het geval het huwelijk van de verkrijger niet door echtscheiding, maar door het overlijden van de verkrijger eindigt.³

In de praktijk spreken we daarom van twee soorten uitsluitingsclausules: de harde uitsluitingsclausule en de zachte uitsluitingsclausule.

1.1. Harde uitsluitingsclausule

Een voorbeeld van een harde uitsluitingsclausule luidt als volgt:

“Uitsluitingsclausule

Ik bepaal dat:

- *alles wat krachtens erfrecht, en voor zover mogelijk krachtens quasi-erfrecht, wordt verkregen;*
- *al hetgeen krachtens zaaksvervanging voor bovengenoemde goederen in de plaats is getreden; en*
- *de opbrengst van bovengenoemde goederen, niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen waarin de verkrijger is gehuwd of mocht huwen (of welke gemeenschap is ontstaan door wijziging van het huwelijksgoederenregime) en niet in aanmerking mag worden genomen bij een verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden.”*

Met de harde uitsluitingsclausule wordt bepaald dat hetgeen van de erflater wordt geërfd:

- niet valt in de gemeenschap van goederen van de verkrijger en diens echtgenoot;⁴ en
- niet mag worden betrokken in een verrekenbeding bij huwelijkse voorwaarden tussen de verkrijger en diens echtgenoot.⁵

In beide situaties is de erfenis dus privévermogen van de verkrijger.

Eindigt het huwelijk van de verkrijger door echtscheiding, dan wordt de erfenis niet gedeeld met de aanstaande ex-echtgenoot. Eindigt het huwelijk door het overlijden van de verkrijger, dan behoort over het algemeen de gehele erfenis tot de nalatenschap van de verkrijger.

Heeft de verkrijger geen testament gemaakt, dan erft de echtgenoot de hele nalatenschap van de verkrijger, inclusief de erfenis.

Heeft de verkrijger wel een testament gemaakt, dan blijkt uit de bepalingen van dit testament of de echtgenoot de erfenis (deels) erft.

¹ Kandidaat-notaris bij Olenz Notarissen te Veenendaal.

² Art. 1:94 BW.

³ Onder huwelijk wordt tevens verstaan: geregistreerd partnerschap. Onder echtscheiding wordt tevens begrepen: scheiding.

⁴ Onder echtgenoot wordt tevens verstaan echtgenote en partner.

⁵ Onder huwelijkse voorwaarden wordt tevens verstaan: partnerschapsvoorwaarden.

De uitsluitingsclausule voorkomt dus uitsluitend dat de erfenis ook bij de echtgenoot van de verkrijger terechtkomt als het huwelijk van de verkrijger eindigt door echtscheiding. Tenzij de verkrijger zijn ex-echtgenoot tot erfgenaam heeft benoemd. Bij overlijden vererft de erfenis met de rest van het vermogen van de verkrijger door naar de echtgenoot, tenzij de verkrijger zelf anders heeft bepaald.

Doordat de echtgenoot de erfenis via het erfrecht verkrijgt, is deze hele verkrijging – de partnervrijstelling van de Successiewet buiten beschouwing gelaten – belast met erfbelasting.

1.2. Zachte uitsluitingsclausule

De zachte uitsluitingsclausule bevat een aanvulling op de harde uitsluitingsclausule. Hiermee geeft de erflater de verkrijger de mogelijkheid om een erfbelastingbesparing te realiseren door gebruik te maken van het huwelijksvermogensrecht.

Een voorbeeld van een verzachting in de uitsluitingsclausule luidt als volgt:

“De hiervoor omschreven uitsluitingsclausule is ten aanzien van een afstammeling niet van toepassing ten aanzien van de waarde van de betreffende goederen indien het huwelijk of het geregistreerd partnerschap van de betreffende afstammeling eindigt door diens overlijden.

De waarde wordt dan, voor zover niet verteerd, in een eventuele huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap betrokken en kan dan, voor zover niet verteerd, in een eventueel in een notariële akte opgenomen verrekenbeding worden betrokken.

De clausule blijft evenwel onverkort van toepassing:

- *indien de afstammeling en zijn/haar echtgeno(o)t(e) niet uitsluitend (klein)kinderen hebben met wie beiden familierechtelijke betrekkingen hebben;*
- *indien op het moment van overlijden een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed dan wel ontbinding of beëindiging van het geregistreerd partnerschap op welke wijze dan ook aangevangen is (bijvoorbeeld door ondertekening van een verklaring als bedoeld in artikel 1:80c letter c van het Burgerlijk Wetboek) of een scheiding van tafel en bed is uitgesproken, dan wel de afstammeling en de*

(huwelijks)partner duurzaam gescheiden leven (anders dan door opname in een verpleeghuis of een soortgelijke instelling);

- *indien de echtgeno(o)t(e) van de afstammeling op het moment van overlijden failliet is of in staat van faillissement is verklaard, surseance van betaling geniet, dan wel op hem/haar de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen van toepassing is;*
- *indien het vermogen van de (huwelijks)partner negatief is.”*

Als het huwelijk van de verkrijger eindigt door diens overlijden, mag de erfenis wel in de gemeenschap van goederen van de verkrijger terechtkomen of door de verkrijger worden betrokken in een verrekenbeding bij huwelijkse voorwaarden.

Hier worden vaak nog aanvullende vereisten bij gesteld. Bijvoorbeeld dat de verkrijger en de echtgenoot ten tijde van het overlijden van de verkrijger niet in een echtscheidingsprocedure waren verwickeld, dat de echtgenoot niet in staat van faillissement verkeert, niet in de schuldsanering zit, geen surseance van betaling heeft aangevraagd en geen negatief vermogen heeft. Mogelijk is ook bepaald dat de verkrijger en de echtgenoot (uitsluitend) gezamenlijke kinderen moeten hebben. Deze laatste eis wordt gesteld vanuit de gedachte dat de erfenis dan uiteindelijk via de echtgenoot van de verkrijger weer bij de gezamenlijke kinderen en daarmee bij de kleinkinderen van de erflater terechtkomt.

Door deze verzachting krijgt de echtgenoot van de verkrijger mogelijk een deel van de erfenis krachtens huwelijksvermogensrecht. Over dit deel van de erfenis hoeft door de echtgenoot van de verkrijger geen erfbelasting te worden betaald.

1.3. Voorbeeld

Jan en Marie zijn gehuwd in gemeenschap van goederen en hebben twee kinderen. Zij hebben samen een vermogen van € 1.500.000. Jan verkrijgt daarnaast van zijn ouders een erfenis met een waarde van € 1.000.000. In de testamenten van beide ouders staat een harde uitsluitingsclausule. Hierdoor behoort de erfenis niet tot de gemeenschap van goederen van Jan en Marie, maar tot het privévermogen van Jan.

Gaan Jan en Marie scheiden, dan wordt de gemeenschap van goederen gelijkelijk tussen Jan en Marie gedeeld terwijl de erfenis alleen van Jan is. Oftewel € 750.000 voor ieder en daarbovenop heeft Jan nog € 1.000.000.

Komt Jan te overlijden, dan bestaat zijn nalatenschap uit de helft van de gemeenschap van goederen vermeerderd met zijn privévermogen. Het saldo van de nalatenschap is € 1.750.000.⁶ Het is afhankelijk van het testament van Jan op welke wijze de nalatenschap vervolgens naar Marie en de kinderen vererft, maar in alle gevallen overstijgt zijn nalatenschap de maximaal mogelijke vrijstellingen in de Successiewet met minimaal € 1.076.892 (ervan uitgaande dat er geen sprake is van ondernemingsvermogen).

Marie heeft als echtgenote een vrijstelling van maximaal € 633.014 en de beide kinderen hebben ieder een vrijstelling van € 20.047.⁷

Over dit meerdere van € 1.076.892 is dus in ieder geval erfbelasting verschuldigd.

Stel dat de ouders van Jan in hun testament een zachte uitsluitingsclausule hadden opgenomen. De erfenis valt dan wel in de gemeenschap van goederen, mits aan de voorwaarden van de zachte uitsluitingsclausule is voldaan, bijvoorbeeld dat op het moment van het overlijden van Jan:

- Jan en Marie samen kinderen hebben;
- Jan en Marie niet in een echtscheidingsprocedure verwickeld waren;
- Marie niet in staat van faillissement verkeert, surseance van betaling heeft aangevraagd of in de schuldsanering zit;
- het vermogen van Marie niet negatief is.

Indien aan de voorwaarden van de uitsluitingsclausule is voldaan, behoort tot de gemeenschap van goederen dus geen vermogen van € 1.500.000, maar een vermogen van € 2.500.000, waartoe Jan en Marie ieder voor de helft gerechtigd zijn. Het saldo van de nalatenschap van Jan bedraagt dan € 1.250.000 in plaats van € 1.750.000. De helft van de erfenis van de ouders van Jan met een waarde van € 500.000 is

hiermee bij het overlijden van Jan via het huwelijksvermogensrecht, en daarmee vrij van erfbelasting, naar Marie gegaan. Bij het overlijden van Marie wordt dit vermogen uiteraard alsnog in de erfbelastingheffing betrokken.

2. Tweetrapsmaking

In paragraaf 1.1 zagen we dat een uitsluitingsclausule niet kan voorkomen dat een erfenis bij overlijden van de verkrijger vererft naar de echtgenoot van de verkrijger.

Soms wil een erflater regelen dat zijn erfenis nooit bij de echtgenoot van de verkrijger terecht kan komen. Dat kan door een tweetrapsmaking op te nemen in het testament.

2.1. Werking tweetrapsmaking

Op grond van de tweetrapsmaking gaat hetgeen de verkrijger van erflater heeft geërfd bij het einde van het bezwaar – doorgaans het overlijden van de verkrijger (de bezwaarde) – naar de door de erflater aangewezen personen (de verwachters). Meestal wordt bepaald dat de kinderen van de bezwaarde de verwachters zijn. Laat de bezwaarde geen afstammelingen na, dan zijn bijvoorbeeld de broer(s) en zus(sen) van de bezwaarde de verwachters. Hiermee zorgt erflater ervoor dat de erfenis in de familie blijft.

De bezwaarde verkrijgt het nagelaten vermogen onder ontbindende voorwaarde. Bij zijn overlijden gaat de ontbindende voorwaarde, mits er verwachters opkomen, in vervulling. Op dat moment komt de erfenis, voor zover niet verteerd, voor een ondeelbaar moment terug in de nalatenschap van erflater en vererft vervolgens naar de verwachters. Zij waren al die tijd erfgenamen onder opschortende voorwaarde. Op het moment dat de voorwaarden in vervulling gaan erven de verwachters de erfenis van de erflater. Doordat zij van de erflater erven en niet van de bezwaarde, gelden dus ook de tarieven en vrijstelling van de Successiewet in het jaar van het in vervulling gaan van de voorwaarden en naar de verhouding tussen erflater en verwachters.

⁶ € 750.000 + € 1.000.000.

⁷ Tarieven 2015.

Om fiscaal nadeel te voorkomen kan worden bepaald dat de tweetrapsmaking vervalt als de erfenis bij het overlijden van de bezwaarde op grond van de wet of het testament van de bezwaarde naar dezelfde personen vererft die de erflater tot verwachters heeft benoemd. In de notariële praktijk wordt dit ook wel de Boerenplaatsje-bepaling⁸ genoemd. Zeker bij kinderen is het immers voordeliger als zij van de bezwaarde (hun vader/moeder) erven tegen een tarief van 10% en 20% dan van de erflater (hun opa/oma) tegen een tarief van 18% en 36%. Overstijgt de erfenis de 10% schijf dan is het weer wel voordeliger om een deel te erven van de erflater. Bepaald kan dan worden dat de tweetrapsmaking deels vervalt.

2.2. Nadelen tweetrapsmaking

De bezwaarde is tijdens leven in principe volledig vrij om de erfenis te gebruiken en te verbruiken op de wijze waarop hij dat wil, mits deze bevoegdheden bij testament zijn toegekend. Als bij zijn overlijden de ontbindende en de opschortende voorwaarde in vervulling gaan, moet worden bekeken wat er nog resteert van de erfenis en via de erflater naar de verwachters vererft. Heeft de bezwaarde niet goed boekgehouden dan is dit geen gemakkelijke klus en kan het resulteren in onenigheid tussen de erfgenamen van de bezwaarde en de verwachters.

De erflater dient zich dit goed te realiseren voordat hij overgaat tot het opnemen van een tweetrapsmaking in zijn testament.

Daarnaast is het mogelijk dat de echtgenoot van de bezwaarde in een problematische situatie komt te verkeren als hij/zij de erfenis ter beschikking moet stellen aan de verwachters en de erfenis door de bezwaarde bijvoorbeeld was geïnvesteerd in de door de bezwaarde en diens echtgenoot in het verleden gezamenlijk in eigendom verkregen eigen woning.

Indien de echtgenoot van de bezwaarde en de verwachters geen regeling kunnen treffen waardoor de echtgenoot van de bezwaarde het in de eigen woning geïnvesteerde geld niet liquide hoeft te maken, bijvoorbeeld door het overeenkomen van een geldlening, kan dit betekenen dat de

echtgenoot van de bezwaarde door de erfgenamen van de bezwaarde gedwongen wordt de woning te verkopen.

Om de bezwaarde en diens echtgenoot tegemoet te komen kan de erflater bij de tweetrapsmaking bepalen dat de voorwaardelijke verkrijging van de verwachter, evenals de ontbindende voorwaarde, komt te vervallen als de bezwaarde in zijn testament aan zijn echtgenoot het vruchtgebruik heeft toegekend zonder vervreemdings-, bezwarings- en verteringsbevoegdheid en de verwachters de bloot eigendom erven. Bepaald kan worden dat dit vruchtgebruik over de hele erfenis mag worden toegekend of slechts over een gedeelte, bijvoorbeeld alleen ten aanzien van een eventuele investering in de eigen woning.

De echtgenoot hoeft het in de eigen woning geïnvesteerde bedrag dan niet liquide te maken en kan gewoon in de woning blijven wonen. Doordat de echtgenoot niet de bevoegdheid heeft om over te gaan tot vervreemding, bezwaring en vertering kan de echtgenoot geen hypotheek vestigen op een deel van de woning gelijk aan het geïnvesteerde bedrag en kan de echtgenoot het bedrag niet liquide maken door de woning te verkopen en het bedrag vervolgens voor zichzelf gebruiken.

De erflater kan er ook voor kiezen om de bescherming van de echtgenoot van de bezwaarde in eigen hand te houden en in zijn testament naast de tweetrapsmaking een legaat op te nemen aan de echtgenoot van de bezwaarde. De erflater legateert aan de echtgenoot van de bezwaarde het recht van vruchtgebruik van hetgeen door de bezwaarde bij diens overlijden wordt nagelaten.

3. Verhouding uitsluitingsclausule en tweetrapsmaking

De uitsluitingsclausule en de tweetrapsmaking gaan alleen samen in een testament als gebruik wordt gemaakt van de harde uitsluitingsclausule.

Als het de bedoeling van erflater is dat zijn erfenis niet bij de echtgenoot van de verkrijger/bezwaarde terecht mag komen en hij daarvoor een tweetrapsmaking opneemt in zijn testament, is het niet de bedoeling dat een deel van de erfenis

⁸ HR 16 januari 2004, nr. C02/150HR, ECLI:NL:HR:2004:AN8282.

alsnog bij de echtgenoot van de verkrijger/bezwaarde kan komen door de zachte uitsluitingsclausule.

De maker van het testament dient zich goed bewust te zijn van de verhouding tussen de uitsluitingsclausule en de tweetrapsmaking en moet de verzachting van de uitsluitingsclausule niet opnemen als de erflater een tweetrapsmaking in het testament wenst met als doel te voorkomen dat de erfenis bij de echtgenoot van de verkrijger/bezwaarde terecht kan komen.

Als toch beide bepalingen, de zachte uitsluitingsclausule en de tweetrapsmaking, zijn opgenomen in het testament is het de vraag welke bepaling vóór gaat.

De tweetrapsmaking, die bepaalt dat de erfenis op het moment van het overlijden van de verkrijger/bezwaarde teruggaat naar de nalatenschap van de erflater om vervolgens direct door te vererven naar de verwachters?

Of de zachte uitsluitingsclausule, die bepaalt dat de erfenis op het moment van het overlijden van de verkrijger/bezwaarde deels via het huwelijksvermogensrecht bij de echtgenoot van de verkrijger/bezwaarde terechtkomt?

Een eenduidig antwoord is hierop niet te geven. In het Handboek Erfrecht⁹ wordt aangegeven dat goederen die met een tweetrapsmaking worden verkregen, mogelijk door hun bijzondere verknochtheid niet in de huwelijksgemeenschap vallen. Een verzachting van de uitsluitingsclausule kan dan niet tot gevolg hebben dat de erfenis tot de gemeenschap van goederen van de verkrijger en diens echtgenoot gaat behoren waardoor de erfenis niet via het huwelijksvermogensrecht bij de echtgenoot van de verkrijger/bezwaarde kan komen.

De waarde zal waarschijnlijk wel verrekend moeten worden. Dit is waarschijnlijk niet de bedoeling van erflater en een ongewenst gevolg van de zachte uitsluitingsclausule en de tweetrapsmaking samen in één testament.

4. Conclusie

De uitsluitingsclausule en de tweetrapsmaking zoals hierboven omschreven, kunnen een goede verhouding hebben, mits het om de harde uitsluitingsclausule gaat. Een zachte uitsluitingsclausule en de tweetrapsmaking gaan niet samen.

De maker van het testament dient zich bewust te zijn van deze verhouding en hier naar te handelen. In een ouders-kinderen verhouding waarbij alle kinderen door gebruik te maken van een tweetrapsmaking onder ontbindende voorwaarde erven zodat de erfenis niet aan de schoonkinderen kan toekomen, dient de harde uitsluitingsclausule te worden aangehouden.

Geldt de tweetrapsmaking bijvoorbeeld slechts voor één van de vier kinderen van erflater of komt de ontbindende voorwaarde bijvoorbeeld te vervallen na twintig jaar huwelijk van de bezwaarde en diens echtgenoot, dan kan bij de zachte uitsluitingsclausule worden bepaald dat deze niet geldt indien in een tweetrapsmaking is bepaald dat de erfenis bij het overlijden van de verkrijger naar andere personen gaat dan naar de echtgenoot van de verkrijger. De zachte uitsluitingsclausule geldt dan wel voor de andere kinderen.

Om misverstanden en onduidelijkheden te voorkomen kan dit ook standaard bij de zachte uitsluitingsclausule worden bepaald. Het kan dan nooit misgaan en de uitsluitingsclausule en de tweetrapsmaking hebben dan altijd een goede verhouding.

⁹ Van Mourik e.a., Handboek Erfrecht, Deventer, Kluwer: 2006, p. 295.