

Artikel

Turbo-achtige testamenten en de maatschappelijke wenselijkheid daarvan

Een instrument voor indirecte erfrechtelijke binding: 'do ut des'

Prof. mr. F.W.J.M. Schols*

1 Proloog: artikel 10 SW 1956 en het turbo-testament

² Onlangs werd door Rechtbank Haarlem¹ geoordeeld dat op een testamentsvariant, waarbij per saldo aan de langstlevende het vruchtgebruik van de nalatenschap werd gelegateerd tegen inbreng van de 'bloot eigendom' van de onverdeelde helft van de ontbonden huwelijksgemeenschap artikel 10 SW 1956 van toepassing is. In het jargon is hier sprake van een 'turbo-testament'.² De lezer van het oordeel zou wel eens het gevoel kunnen bekruipen dat men kost wat kost deze testamentsvariant onder het bereik van artikel 10 SW 1956 wil brengen, als zou er iets 'fraus-legisachtigs' spelen. Om artikel 10 SW 1956 toe te kunnen passen was overigens nog wel wat kunst en vliegwerk nodig. Over het bewijs bij uitstek dat artikel 10 SW 1956 *niet speelt* bij testamentaire genotssituaties, te weten het bepaalde in artikel 10 lid 4 SW 1956,³ werd heen gestapt. De aanvaarding van het legaat door de langstlevende werd, vreemd genoeg, gezien als een schenking, en het destijds – bij de afwikkeling van de nalatenschap – volgens de inspecteur verschuldigde, maar niet

als zodanig betaalde, schenkingsrecht⁴ kwam voor verrekening in aanmerking.

Hoe het ook zij, in deze bijdrage staan niet de successierechtelijke aspecten van het turbo-testament centraal. Beoogd wordt te laten zien dat de turbo-achtige testamenten een belangrijke rol kunnen spelen bij het vormgeven van *civielrechtelijke wensen* in gevallen waar men worstelt met het feit dat een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig te *herroepen* is. Ik zal dat doen aan de hand van een voorbeeld dat speelde in een procedure bij Hof Amsterdam in 1994.⁵ Het gaat dan over een geval waarin een man trachtte een vrouw te bewegen op een bepaalde wijze te testen. Ik verwijs naar paragraaf 2 van deze bijdrage. Ik zal in dit kader ook een blik over de grens werpen, en in het bijzonder ingaan op het Duitse gemeinschaftliches Testament (par. 3). Dit betreft een testamentsvariant waarmee men iemand erfrechtelijk kan binden aan zijn uiterste wilsbeschikkingen. Daar waar in Nederland belemmeringen bestaan om iemand erfrechtelijk te binden, waarover meer in paragraaf 4 van deze bijdrage, komen de turbo-achtige testamentsvarianten in beeld. Met deze varianten kan men per saldo de verkrijger erfrechtelijk sturen. Ik verwijs naar paragraaf 5 van deze bijdrage. Ik doel met 'turbo-achtigen' overigens op uiterste wilsbeschikkingen waarbij men de erfgenaam of legataris verplicht tot inbreng van eigen vermogen 'in de nalatenschap' van de erflater. Het turbo-testament, zoals ook aan de orde bij Rechtbank Haarlem, is daar slechts een voorbeeld van.

* freek@scholsburgerhartschols.nl.

1 Rb. Haarlem 2 oktober 2006, LJN AZ0148, Notafax 260/240. Zie voor een kritische analyse van dit oordeel B.M.E.M. Schols, Van instemming met testamentaire transacties tot analogie met art. 10 SW 1956. Turbo-fictie?, FBN november 2006, nr. 65.

2 Zie over dit fenomeen als estate-planningsinstrument, Van der Stok, Het vruchtgebruik-tegen-inbreng-bloot-eigendom (turbo)testament, WFR 1996 6183.

3 Art. 10 lid 4 SW 1956 bepaalt, grosso modo, dat eerder geheven overdrachtsbelasting en schenkingsrecht op de heffing op basis van art. 10 SW 1956 in mindering mag worden gebracht. Successierecht wordt niet genoemd als verrekenpost, hetgeen tot de conclusie moet leiden dat de wetgever niet beoogd heeft testamentaire genotssituaties onder art. 10 SW 1956 te brengen.

4 Het bij het eerste overlijden door de inbreng 'extra' verschuldigde successierecht had schenkingsrecht moeten zijn, aldus de inspecteur.

5 Hof Amsterdam 14 juli 1994, nr. 229/94. Hierover Van Erk, Recente Rechtspraak, WPNR (1995) 6169. Het hof ging, als tuchtrechter, niet in op het verzoek van de vrouw om de voorwaarde ongeldig te verklaren.

Het is niet alleen de fiscaliteit die mensen noopt tot turboachtig denken, zo wil ik betogen. Misschien leidt het gebruik van het woord ‘turbo’ tot een onprettige *fiscale bij-smaak* en tracht de fiscus, zoals in de onderhavige procedure, dergelijke constructies te vuur en te zwaard te bestrijden omdat het lijkt dat deze figuren louter een fiscaal doel zouden dienen.

2 Erfrechtelijke kaartenhuisconstructies?

Illustratief voor de worsteling met het feit dat een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig is te *herroepen*, is de procedure die in 1994 speelde bij Hof Amsterdam. Man en vrouw waren eerder gehuwd geweest en hadden beiden kinderen uit een eerdere relatie. De man bepaalde dat zowel de kinderen van de vrouw als zijn eigen kinderen van hem zouden erven. Voor wat de kinderen van de vrouw betrof, gold de making echter slechts indien de vrouw óók in haar testament mede de kinderen van de man zou hebben benoemd. Het laatst gemaakte testament van de vrouw – waarin zijn kinderen zouden zijn bedacht – moest, zo bepaalde de man in casu, nog geldig zijn (niet herroepen) bij het overlijden van de man als eerststervende, en eveneens indien de vrouw vóór of tegelijkertijd met de man zou zijn overleden. Al met al wilde de man een ‘kaartenhuis-effect’ inbouwen. Bepaalde beschikkingen van hem moesten immers staan en vallen met de beschikkingen van de vrouw. Hij hoopte, zo neem ik aan, de vrouw *erfrechtelijk te sturen*. Een wens die mijns inziens erfrechtelijk vervuld zou moeten kunnen worden. De vraag is echter of de wetgever deze mening ook is toegegaan. Ik kom hier in paragraaf 4 op terug. Gelet op het feit dat de man refereerde aan het bestaan van het laatst gemaakte testament van de vrouw *op het moment van zijn overlijden*, was het blijkbaar niet de bedoeling de vrouw ook na zijn overlijden nog erfrechtelijk in de greep te houden. Wellicht heeft de notaris hem van deze wens kunnen afhouden; wie zal het zeggen?

3 Over de grens: het gemeinschaftliches Testament

In Duitsland werkt men in gevallen waarin men iemand *erfrechtelijk wil binden*, met het Erbvertrag (§ 1941 BGB en § 2274–2302 BGB) of het gemeinschaftliches Testament (§ 2265–2273 BGB). Men kan zich met deze varianten in meer of mindere mate erfrechtelijk binden. Om een beeld te krijgen van de mogelijkheden zal ik kort het gemeinschaftliches Testament nader beschouwen en plakken op de casus van Hof Amsterdam zoals die in paragraaf 2 van deze bijdrage aan de orde was.

Net als in Nederland geldt voor uiterste wilsbeschikkingen, in het geval dat men ‘gemeenschappelijk’ testeert, de hoofdregel dat de beschikkingen in een gemeinschaftliches Testament tijdens leven altijd te herroepen zijn (§ 2253 BGB). Is

evenwel sprake van in het gemeinschaftliches Testament opgenomen ‘*wechselbezügliche*’ erfstellingen, legaten of lasten, dan heeft dit niet alleen invloed op de wijze waarop men moet herroepen,⁶ maar treedt er ook, onder omstandigheden, na het overlijden van de eerststervende, *erfrechtelijke binding* op, aldus § 2271 Abs. 2 BGB:

‘Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten; der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Überlebende zur Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 BGB und des § 2336 BGB berechtigt.’

Met het overlijden van de eerststervende van de ‘gezamenlijke testateurs’ vervalt in beginsel het recht van de *langstlevende* om zijn uiterste wilsbeschikkingen te herroepen. Met ‘wechselbezüglich’ wordt bedoeld dat de beschikkingen die getroffen zijn, van elkaar afhankelijk zijn (§ 2270 BGB). De beschikkingen staan en vallen met elkaar. De beschikking die de man in de casus van Hof Amsterdam maakte ten behoeve van de kinderen van de *vrouw*, kan naar Duitse maatstaven als ‘wechselbezüglich’ worden aangemerkt met de beschikking van de vrouw ten behoeve van de kinderen van de *man*. De beschikkingen zijn immers van elkaar afhankelijk: ‘do ut des’.⁷ Deze ‘Wechselbezüglichkeit’ heeft bovendien tot gevolg, naast de gevolgen op het gebied van de wijze van herroeping en binding, dat de herroeping van een dergelijke *wechselbezügliche* beschikking tijdens leven van beide testateurs als resultaat heeft dat *ook de ‘gekoppelde’ beschikking(en) van de ander niet werken*. Een en ander vrij vertaald naar ons voorbeeld: indien de vrouw haar uiterste wil zou herroepen, zou de beschikking van de man ten gunste van haar kinderen vervallen. In § 2270 BGB komt dit *kaartenhuis* karakter van het gemeinschaftliches Testament tot uitdrukking:

‘Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge.’

Men vat dit ‘staan en vallen met elkaar’ ook wel samen met ‘Wirksamkeitszusammenhang’.⁸ Zie ik het goed, dan kon hetgeen de man in de casus uit 1994 wilde bereiken, gere-

6 Men kan niet herroepen zonder dat de ander hier weet van heeft. Zie hierover mijn bijdrage, Met de ‘schenking terzake des doods’ naar een semi-contractueel erfrecht, Nieuw Erfrecht 2004, nr. 3.

7 Wechselbezüglich zijn bij twijfel, bijvoorbeeld, de beschikkingen, waarbij een echtgenoot (A) de andere echtgenoot (B) als verkrijger benoemt, welke laatste echtgenoot (B), in geval van overlijden als langstlevende, personen laat erven die familie (‘verwandt’) zijn van de eerstbedoelde echtgenoot (A) of met wie deze (A) anderszins een persoonlijke binding had (‘nahe steht’). Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2000, p. 450.

8 Mayer in Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, Handkommentar mit Gestaltungsvorschlägen für die kautelarjuristische Praxis, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Hermann Luchterhand Verlag GMBH Neuwied und Kiftel 2000, Kommentarteil Teil B, § 2270, Rn. 3.

geld worden met het gemeinschaftliches Testament.⁹ Dit instrument is evenwel niet voorhanden in Nederland. We moeten derhalve in Nederland roeien met de riemen die we hebben, en van die riemen maken de turbo-achtigen deel uit. Terug naar Nederland.

4 Erfrechtelijke belemmering?

Dat de man in de casus uit 1994 op een dergelijke wijze de vrouw heeft willen binden om de positie van zijn eigen kinderen veilig te stellen, komt mij niet vreemd voor. Hij wens- te niet erfrechtelijk bedrogen uit te komen. Duits onderzoek¹⁰ en het onderzoek dat ik verrichtte onder notarissen,¹¹ leiden mijns inziens overigens tot de conclusie dat, onder omstandigheden, behoefte bestaat aan enige erfrechtelijke binding.

Laten we de clause van de man nog eens nader onder de loep nemen. Indien bij het overlijden van de man moet worden vastgesteld wie zijn erfgenamen zijn, moet het laatste testament van de vrouw op tafel komen. In de procedure van 1994 – het betrof een tuchtrechtprocedure – werd geoordeeld dat de notaris zijn geheimhoudingsplicht had geschonden. Hij had immers onderzoek gedaan in het Centraal testamentenregister om te bezien of de betreffende beschikking van de vrouw nog niet herroepen was, met als doel – vanzelfsprekend – te beoordelen hoe het testament van de man zou uitpakken. Had dit met een andere redactie van clause kunnen worden voorkomen? Men zou de bewijslast betreffende ‘het bestaan van het laatste testament’ op de belanghebbende kunnen leggen, bijvoorbeeld de

4

vrouw of haar kinderen.¹² De vraag komt echter op of de clause door de beugel van artikel 4:4 lid 1 BW kan.

Artikel 4:4 lid 1 BW bepaalt dat een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling nietig is voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens Boek 4 met betrekking tot die nalatenschap toekomen.

De Hoge Raad¹³ oordeelde op 3 maart 1944 dat de bepaling *in een testament*, waarin was opgenomen dat de beschikking ten behoeve van een persoon verviel, indien de betrokkene een uiterste wil maakte waarin hij het versterferfrecht opzij

zou zetten, nietig was. Dat het verbod, volgens de wetgever, ook ziet op belemmerend werkende *uiterste wilsbeschikkingen*, blijkt eveneens uit de parlementaire stukken:¹⁴

‘Belangrijker voor de praktijk is dat het eerste lid van het onderhavige artikel ook de zgn. *privatieve clauses in testamenten* [cursivering FS] nietig verklaart, voor zover deze de strekking hebben om de bevoordeelde te belemmeren in zijn vrijheid om enige erfrechtelijke bevoegdheid, hem als bevoordeelde krachtens Boek 4 toekomende, al dan niet uit te oefenen.’

Wordt de vrouw erfrechtelijk belemmerd in haar erfrechtelijke bevoegdheden, te weten het wijzigen (herroepen) van haar uiterste wil? Het vrije gebruik van de erfrechtelijke bevoegdheid van de vrouw om te testeren, wordt in beginsel *indirect*¹⁵ bemoeilijkt, zo kan men betogen, in die zin dat het beschikken nadelige erfrechtelijke gevolgen voor haar kinderen zou kunnen opleveren. De vraag komt dan nog op of van belemmeren alleen sprake kan zijn indien de vrouw *weet heeft* van de beschikking van de man. Ook moet nog worden beantwoord of het gebruik van de woorden ‘de strekking heeft’ in artikel 4:4 lid 1 BW met zich brengt dat *motieven* een rol spelen. Is het motief van de man de vrouw te bewegen een uiterste wil met een bepaalde inhoud in stand te houden? Of kan de sanctie van artikel 4:4 lid 1 BW buiten de deur gehouden worden door te stellen dat *hét* motief is gelegen in de wens kinderen en stiefkinderen gelijk te behandelen? Het betreft een moeilijke materie die nadere aandacht behoeft.¹⁶ Ik kan niet uitsluiten dat de wetgever beoogd heeft om cautio’s van onderhavige aard te verbieden. Dit zou belemmerend zijn voor de testamentenpraktijk. Voorzichtigheid is geboden.¹⁷

Zijn er andere routes te bewandelen? Want met een gelijkstelling op basis van ‘do ut des’ is toch niets mis? Hier komen de ‘turbo-achtigen’ in beeld, waarmee men grip krijgt op het vermogen van degene ten behoeve van wie men iets vermaakt en waarmee de erflater per saldo indirect erfrechtelijk stuurt.

9 Wel geldt dat men gehuwd moet zijn of ‘Lebenspartner’ om ‘gemeenschappelijk’ te kunnen testeren (§ 2265 BGB). Is dit niet het geval, dan moet men werken met het Erbvertrag.

10 Schulte, Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, Inaugural-Dissertation, Westfälischen Wilhelms Universität, 1982, Roterung, Rechtsstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, Inaugural-Dissertation, Westfälischen Wilhelms Universität, 1985, en Vollmer, Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht und das Pflichtteilsrecht, ein Reformvorschlag anhand empirisch gewonnenen Tatsachenmaterials, Dissertation, Philipps Universität Marburg 1999, Frankfurt am Main: Peter Lang 2001.

11 Zie mijn dissertatie Quasi-erfrecht met bindende elementen, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Deventer: Kluwer 2005.

12 Interessant in dit kader is de bijdrage van Gräler, Inzage in het Centraal Testamentenregister, WPNR (1999) 6354.

13 HR 3 maart 1944, NJ 1944/1945, 255.

14 Memorie van antwoord, 3771, nr. 6, p. 4 en nota naar aanleiding van het eindverslag, 17 141, nr. 20, p. 4 e.v.

15 Minister Polak verwoordde het als volgt (MvA, 3771, nr. 133, p. 40): ‘Voor het overige snijdt artikel 4.1.3b directe en indirecte belemmeringen in erfrechtelijke vrijheden naar het oordeel van de ondergetekende echter terecht af.’

16 Voor een nadere beschouwing van de problematiek verwijs ik naar mijn dissertatie Quasi-erfrecht met bindende elementen, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 37 e.v. en p. 230 e.v.

17 Vegter lijkt hier geen problemen te zien, Boekbespreking, WPNR (2006) 6684.

5 De turbo-achtigen als civielrechtelijk 'do ut des'-instrument

De man in de casus die speelde bij Hof Amsterdam in 1994, wilde zijn vrouw erfrechtelijk sturen. Hij wilde de kinderen van de vrouw wel begunstigen, maar onder de voorwaarde dat de vrouw ook zijn kinderen erfrechtelijk zou bedenken. Gelijktelling zal waarschijnlijk zijn motief zijn geweest. Vaak zal men, anders dan in de casus uit 1994, ook elkaar willen begunstigen, zij het dat men wel wenst dat de langstlevende ook de kinderen van de eerststervende benoemt.

Geabstraheerd van het concrete geval uit 1994 leidt dit tot onder meer de volgende vraag: A wil B begunstigen, maar eigenlijk slechts indien B in zijn testament C als erfgenaam opneemt. Kan dat? Stel artikel 4:4 lid 1 BW gooit inderdaad roet in het eten. Ik verwijs naar hetgeen hiervoor in paragraaf 4 van deze bijdrage is opgemerkt. Kan het dan anders? Een tweetrapsmaking in de zin van artikel 4:141 BW zou in beeld kunnen komen. Dit is immers bij uitstek het instrument om over de dood heen te regeren.

A zou B tot enig erfgenaam onder ontbindende voorwaarde kunnen benoemen en C tot erfgenaam onder opschortende voorwaarde. Als ontbindende voorwaarde geldt, onder meer, het overleven door C van het overlijdensmoment van B. Met deze tweetrapsmaking in de zin van artikel 4:141 BW wordt voorkomen dat A afhankelijk is van de beschikkingen van B. Het nalatenschapsvermogen van A komt uiteindelijk¹⁸ bij C terecht. Deze tweetrapsmaking heeft echter geen impact op het overige vermogen van B. Hij blijft vrij als langstlevende om bij uiterste wil te beschikken over zijn eigen vermogen. Van het erfrechtelijk sturen van B is dan ook nog geen sprake.

Thans dienen de *turbo-elementen* zich aan, waarmee men de erfgenaam of legataris verplicht tot inbreng van *eigen vermogen* in de nalatenschap van de erflater. Aan het tweetraps-testament zou een aanvullende beschikking kunnen worden gekoppeld. B kan worden verplicht zijn gehele vermogen in te brengen in de nalatenschap van A, op straffe van verval van zijn erfgenaamschap. Dit met de bedoeling het ingebrachte vermogen onder dezelfde voorwaarden toe te laten komen aan C als waarop de verwachting in vervulling gaat. We hebben het dan over het vermogen dat B heeft op het moment van het overlijden van A. Zo heeft C uitzicht op het (ten tijde van het overlijden van de insteller aanwezige) vermogen van de bezwaarde. Men legt dan een *claim op het vermogen van B en daarmee, zij het indirect, op zijn erfrechtelijke vrijheid*. Men kan een dergelijke beschikking omschrijven als de *'tweetraps-turbo'*. Artikel 4.4 lid 1 BW komt niet in beeld. Er wordt immers niet gerefereerd aan de wijze waarop B testeert. Hoe hij testeert is irrelevant; het gaat erom dat door mee te werken aan de inbreng de 'massa' waarover hij zou kunnen beschikken, verkleint.

Per saldo wordt door de 'inbreng' de 'nalatenschap' van A

groter dan het vermogen dat hij op het moment van zijn overlijden bezat. Beter is het om te zeggen dat C krachtens erfrecht meer verkrijgt van A dan A bezat. Dit doet misschien op het eerste gezicht vreemd aan, maar indien men beseft dat men ook de auto van de buurman kan legateren, blijkt het allemaal wel mee te vallen.¹⁹

Kort een *successierechtelijke zijsprong*. Stel het vermogen van A bedraagt 50. Het vermogen van B bedraagt 30. Hoe wordt er successierechtelijk geheven? Alvorens deze vraag te beantwoorden, moet de inbrengverplichting nader worden gekwalificeerd. Men kan een en ander zien als een legaat onder opschortende voorwaarde ten laste van B ten behoeve van C.²⁰ B wordt dan wat betreft de werkelijke nalatenschap voor 50 in de heffing betrokken als 'bezwaarde'. Het bezwaar heeft geen waardedrukkend effect. C wordt pas bij het einde van het bezwaar in de heffing betrokken (art. 21 lid 2 en 21 lid 7 SW 1956). Gaat het voorwaardelijke legaat in vervulling, dan wordt vermindering van de aanslag van B verleend (art. 53 SW 1956). Bij het in vervulling gaan van de voorwaarde – tevens het einde van het bezwaar – wordt C voor 30 in de heffing betrokken *als legataris* en voor 50²¹ als *'verwachter'*.²² C verkrijgt per saldo 80.²³ Gelet op de progressie in het successietarief kan dit tot een hogere heffing van successierecht leiden dan het geval dat C 50 van A en 30 van B zou verkrijgen.²⁴

Ook zou het klassieke *turbotestament*, zoals aan de orde was bij Rechtbank Haarlem, waarbij gewerkt wordt met vruchtgebruik, dienst kunnen doen. Ook hier brengt de verkrijger van het vruchtgebruik (B) eigen vermogen in de nalatenschap in, welke inbreng ten behoeve van de erfgenamen (C) strekt. Ook hier legt de erflater (A) een *claim op het vermogen van B, ten behoeve van C, en wordt B indirect erfrechtelijk gestuurd*.

Wil men een stapje verder gaan en nog *meer zekerheid* inbouwen, dan werkt men met een *superturbo*-testament.²⁵ Men bindt zich al – op het niveau van de huwelijkse voor-

18 Al dan niet deels verteerd, afhankelijk van de wijze waarop de tweetrapsmaking is opgetuigd.

19 Zie de definitie van een legaat in art. 4:117 BW.

20 Versterkt met een (extra) ontbindende voorwaarde aan het erfgenaamschap van B.

21 Geabstraheerd van intering en dergelijke.

22 Ook indien het vermogen van B groter zou zijn dan het vermogen van A kan het aanvaarden van het erfgenaamschap door B niet als een schenking worden gezien. Wil men de mogelijkheid van een schenking al in overweging nemen, dan zal de liberaliteit vaak ontbreken. Zie ook Torfs en Van Soest, Het turbo-testament ook in België?, Belgisch Tijdschrift voor Estate Planning 2005, nr. 3, p. 224, waarover B.M.E.M. Schols in Nieuw Erfrecht in de praktijk; Een evaluatie, preadvies KNB, p. 138. Ook al is het vermogen van B groter dan het vermogen van A, dan krijgt B toch het vermogen van A onder zich. Zeker indien hij kan verteren, kan hij toch het 'gevoel' hebben er beter van te worden.

23 De gedachte dat (ook) B 80 verkrijgt en in casu aftrek heeft voor 30, spreekt mij minder aan.

24 Men kan in dit kader allerlei gevallen in het testament opnemen, waarin het voorwaardelijke legaat vervalt, met als doel te trachten de progressie te vermijden.

25 Zie over dit fenomeen Kleyn, Successierecht besparen, (hoofd)doel van estate planning? Het super-turbotestament, JBN juli/augustus 1997, nr. 69, B.M.E.M. Schols, Hoe super is het superturbotestament?, WPNR (1992) 6362 en Turbotestament: een mislukte erfrechtelijke zeeleewdribbel?, Belgisch Tijdschrift voor Estate Planning, 2005, nr. 2, p. 87 e.v., Boer, Superturbotestament, VP-bulletin juli/augustus 1998, alsmede Gubbels, Turbo- en superturbotestament, WPNR (2001) 6433.

waarden – met betrekking tot de verdeling van de gemeenschap ter zake des doods. Hier ontwaart men quasi-erfrecht met bindende elementen.²⁶

Met de vruchtgebruikvarianten kan men werken indien men de verkrijger, anders dan bij de tweetrapsmaking, niet in de positie van ‘eigenaar’ wil brengen. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat in economisch opzicht een tweetrapspositie en een vruchtgebruikpositie als eeneïgige tweeling kunnen verschijnen. Zo kan men aan de bezwaarde een bewaarplicht opleggen, en, anderzijds, aan de vruchtgebruiker (vervreemdings- en) verteringsbevoegdheid toekennen. De verschillen zijn dan in het bijzonder fiscaal getint.²⁷

Recent nog merkte de staatssecretaris²⁸ op:

‘(...) Bij de invoering van vruchtgebruik met intereringsbevoegdheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn de veranderingen daarvan voor het successierecht nauwkeurig overwogen. Het vruchtgebruik met intereringsbevoegdheid lijkt in economische zin sterk op het fidei-commis de residuo. Toch heeft de wetgever geen aanleiding gezien de bepalingen met betrekking tot de waardering van het vruchtgebruik in de SW te wijzigen. Tussen beide rechtsfiguren bestaan immers ook verschillen.’

De turbo-varianten, die men op allerlei wijzen kan optuigen, vervullen een belangrijke functie, daar waar bij onze oosterburen, bijvoorbeeld, het gemeinschaftliches Testament een zeer belangrijke rol speelt: men creëert enige indirecte erfrechtelijke binding. Het is niet vreemd dat men iemand voor een erfrechtelijke verkrijging laat betalen. Men kan wel degelijk andere motieven hebben dan louter het besparen van belasting. Het is dan ook geen must dergelijke constructies fiscaal te bestrijden. Bestaat er een onprettige bijmaak bij de turbo-achtige testamenten dan is dit onterecht. In voorkomende gevallen vervullen zij immers een belangrijke maatschappelijke functie: het trachten te verwezenlijken van het erfrechtelijke ‘do ut des’. Wellicht evenwel dat de naamgeving werkt als een rode lap op een stier.

6

6 Epiloog: artikel 13 SW 1956 en de levensverzekering ‘in eigen beheer’

De poging om de artikel 10 SW 1956-fictie op te rekken naar *testamentaire* vruchtgebruiken doet mij, in combinatie met de hiervoor beschreven belangrijke erfrechtelijke functie van de turbo-achtigen, denken aan de interessante levensverzekeringszaken die speelden bij Hof Den Bosch op 28 juli 2006. Een erflater, verzekerd lijf, fungeerde tevens als *verzekeraar* voor een polis van levensverzekering. De (tweede) echtgenoot was begunstigde en verzekeringnemer.²⁹ Er volgde een grote uitkering die niet met artikel 13 SW 1956 belast kon worden. De fiscus zag aanleiding het bijzondere rechtsmiddel van *fraus legis* toe te passen. De belanghebbende stelde, vrij vertaald, onder meer dat de functie van de constructie was de langstlevende zekerheid ter zake des doods te verschaffen. Een uiterste wilsbeschikking is, in tegenstelling tot de onderhavige opzet, immers steeds eenzijdig te herroepen. Het hof aan het woord:

‘4.8. Maar voor belanghebbende was, naar zij terecht stelt, in december 1995 op dat punt nog niets zeker. Het testament, met daarin het legaat, kon elk moment worden gewijzigd (en is nog in 1999 gewijzigd). En een pensioen in eigen beheer biedt in deze gevallen, naar ervaring leert, ook onzekerheden. Beide onzekerheden kunnen echter veranderen met de tijd. Daarbij paste in 1995 naar het oordeel van het Hof zeer wel een in de tijd beperkte voorziening als de onderhavige overeenkomst. Verder is de overeenkomst gesloten voor het huwelijk. Het is dus naar het oordeel van het Hof in zoverre goed denkbaar dat andere redenen dan belastingbesparing doorslaggevend zijn geweest.’

De fiscus viste (vooralsnog) achter het net. Een en ander steunt mij in de gedachte dat er behoefte bestaat aan erfrechtelijke binding. Het betreft een schoolvoorbeeld van quasi-erfrecht met bindende elementen. Op een andere polis met vader/erflater als verzekeraar waren de kinderen verzekeringnemer en begunstigden.³⁰ Hier volgde het hof de inspecteur, die stelde dat belastingbesparing de doorslaggevende reden vormde. Ik zie niet in waarom ook hier niet de *quasi-erfrechtelijke zekerheid* die men kinderen wil geven, *fraus legis* zou kunnen voorkomen. ■

26 Bij het super-turbotestament zou art. 10 SW 1956 ook geen rol dienen te spelen. Er wordt immers geen eigendom omgezet, maar slechts vruchtgebruik gekocht.

27 Er zijn overigens ook andere verschillen. Denk onder meer aan de mogelijkheden die een tweetrapsmaking biedt voor het werken met ongeborenen (art. 4:56 BW).

28 Besluit van 18 augustus 2006, nr. CPP2006/1958M, Stcrt. 2006, nr. 165.

29 LJN AY7739, Gerechtshof Den Bosch, 04/02570.

30 LJN AY7711, Gerechtshof Den Bosch, 04/02545.