

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

afl. 2004-06

10 maart 2004

De losgeweekte 'tweede trap' Hoe zit het met enkele onderbelichte successierechtelijke vangnetbepalingen?

Op 16 januari 2004 deed de Hoge Raad (NJB 6 februari 2004/6) een voor de estate planner zeer interessante civielrechtelijke uitspraak ten aanzien van een *fidei-commis de residuo*. Het betrof een variant – in een onder oud erfrecht gemaakt testament en opgevallende nalatenschap – waarin met betrekking tot de vereringsbevoegdheid was bepaald:

'Het is aan mijn genoemde echtgenoot verboden bij schenking onder de levenden over het aan hem gemaakte te beschikken, terwijl dit aan hem gemaakte niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen, waarin hij te eniger tijd mocht huwen. Hij zal echter wel bij testament over het na te melden onroerend goed mogen beschikken. [...]

De bezwaarde was derhalve de bevoegdheid gegeven om de onroerende zaak te onttrekken aan het bezwaar.

De Hoge Raad zag hierin geen problemen:

'Er is geen grond om aan te nemen dat het in strijd is met het tot 1 januari 2003 geldende wettelijk stelsel de erflater de vrijheid te laten om in een geval van een fidei-commis de residuo aan de bezwaarde de bevoegdheid toe te kennen om over het gemaakte bij testament te beschikken. In dat geval is sprake van een fidei-commissaire making onder de voorwaarde dat zij slechts van kracht is, indien en voor zover de bezwaarde niet bij uiterste wil over de fidei-commissair vermaakte zaken mocht blijken te hebben beschikt. Is zulks wel het geval, dan vallen de bedoelde zaken niet langer onder het fidei-commissair verband.'

Een soepel standpunt waarover in de literatuur ook wel anders werd gedacht. Zie bijvoorbeeld Klaassen-Eggens-Luijten, *Erfrecht*, p. 198.

Voor de praktijk van de *'tweetrapsmaking'* van artikel 4:141 BW – waarmee dergelijke beschikkingen thans worden vormgegeven – wordt door de Hoge Raad nog een ruimhartige opmerking gemaakt. Het staat de erflater vrij, aldus de Hoge Raad, aan een dergelijke making verbonden voorwaarden aldus te formuleren dat de te vermaken zaak of zaken slechts dan aan de verwachter zal (zullen) toevallen indien deze de bezwaarde overleeft en laatstgenoemde niet bij uiterste wil over die zaak (zaken) heeft beschikt. 'Alles kan, alles mag', zo lijkt de Hoge Raad te bevestigen.

Men kan derhalve de *'tweede trap'* (verwachters) onder bepaalde omstandigheden geheel laten vervallen, en blijkbaar ook ten aanzien van bepaalde goederen, in welk geval we overigens toch meer in de sfeer van *'tweetrapslegaten'* dan *'tweetrapsersstellingen'* zitten. Er is nog heel veel *'civielrechtelijks'* over de tweetrapsmaking te zeggen, maar dat doen we in een latere fase. Voor enkele civielrechtelijke aspecten van de uitspraak kan men ook reeds terecht bij Mellema-Kranenburg, JBN februari 2004.

Er zal echter ook een *fiscale noot* gekraakt moeten worden. Veel tweetrapsmakingen worden immers met fiscale bedoelingen ingezet. Het technische gegeven dat zowel de *'bezwaarde'* als de *'verwachter'* geacht worden te erven van de *'insteller'* kan onder omstandigheden goed gebruikt worden om de heffing van successierecht te beperken (art. 21 lid 2 en 7 SW 1956). De tweetrapsmaking kan evenwel ook fiscaal ongunstig werken. Denk aan de 60%-opslag bij een vererving naar kleinkinderen (art. 24 SW 1956).

In de onderhavige casus van de Hoge Raad kwam een onroerende zaak door de beschikking van de bezwaarde terecht bij zijn stiefzoon in plaats van bij de neven of nichten van de insteller, die als verwachters te boek stonden. Dit zou dan ook, gelet op de tariefgroepen, een tariefvoordeel kunnen opleveren.

Deze casus deed ons weer denken aan de *'vergeten'* bepalingen van artikel 45 lid 3 en artikel 31 SW 1956. Een mooie gelegenheid om die artikelen op een rijtje te zetten.

In artikel 45 lid 3 SW 1956 is het volgende bepaald:

'[...] Indien verkregen wordt tengevolge [...] van een afstand door een verkrijger onder een ontbindende voorwaarde als bedoeld in artikel 21, tweede lid, ten behoeve van de verwachters [...] gaat de in het eerste lid bedoelde termijn van acht maanden in op de dag waarop één van die gebeurtenissen plaatsvindt.'

Uit deze bepaling kan impliciet de conclusie worden getrokken dat indien de verwachter aan bod komt, omdat eerder afstand wordt gedaan van *'tweetrapsvermogen'*, hij toch krachtens erfrecht geacht wordt te verkrijgen én verkrijgt van de insteller. Zie ook Van Vijfeijken, *Fiscaal Commentaar*, p. 223, die er terecht op wijst dat indien afstand onder bezwarende titel plaatsvindt geen mogelijkheid bestaat om de tegenprestatie in mindering op de erfrechtelijke verkrijging te brengen!

Met een afstand (waaronder te begrijpen een schenking uit het tweetrapsvermogen) *ten behoeve van de verwachter* schiet men derhalve wat het tarief betreft niet veel op.

Artikel 31 SW 1956 luidt als volgt:

‘Het recht, verschuldigd wegens de afstand van vermogen verkregen onder een in artikel 21, tweede lid, bedoelde voorwaarde door de bezwaarde aan de echtgenoot of een of meer van de bloed- of aanverwanten tot en met de vierde graad van de verwachter of aan de echtgenoot van één van die verwanten, bedraagt niet minder dan het recht, verschuldigd wegens de overgang van dat goed van de bezwaarde op de verwachter krachtens de vervulling van de voorwaarde.’

Afstand moet men, blijkens de parlementaire toelichting lezen, als ‘schenken uit het tweetrapsvermogen’.

Ook met schenken aan het ‘*omveld*’ van de verwachter bereikt men derhalve niet veel. Schenkt men aan *niet* in artikel 31 SW 1956 genoemde personen, dan lijkt een tariefvoordeel er wel in te zitten.

De vraag die nog opkomt is of de werking van een bepaling in een tweetrapsmaking die regelt dat:

- a) de tweede trap vervalt, indien de bezwaarde blijkt te hebben getesteerd; *of*
- b) de bezwaarde mag beschikken over het vermogen door middel van het maken van een uiterste wilsbeschikking,

met zich brengt dat men kan spreken van ‘*afstand*’ in de zin van artikel 45 lid 3 SW 1956 of artikel 31 SW 1956. Dit lijkt ons niet het geval, in het bijzonder niet met betrekking tot de clausule onder a. We kunnen echter niet uitsluiten dat een Inspecteur, die geconfronteerd wordt met door de Hoge Raad toegestane zeer flexibele tweetrapsmakingen, grijpt naar de stelling dat testeren geldt als ‘afstand doen op de valreep’. Zijn verhaal is dan echter niet erg sterk. Wat vindt u?

De tweetrapsmaking zal nog vaak van zich doen spreken in *EstateTip*. Heeft u tips voor *EstateTip*? We horen het gaarne.

Tot volgende week!