

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. 2004-45

8 december 2004

'The Models' delen sterren uit. De wonderbaarlijke bevoegdheden van de turbo-executeur

Begin 2005 zullen *ScholsBurgerhartSchols* het project 'The Models' het levenslicht laten zien. Om u niet te lang te laten wachten willen wij u langs deze weg al een kijkje in onze erfrechtelijke modellenkeuken geven. Als bijlage treft u bij deze *EstateTip* dan ook het raamwerkmodel 'Testament van de 21^e eeuw' ('quasi-wettelijke verdeling') aan.

Vandaag vragen wij uw speciale aandacht voor een van de clausules uit het betreffende raamwerkmodel, en wel voor een clause waar u in de afwikkelingspraktijk veel lol aan kunt beleven. De clause wordt in de notariële wandelgangen dan ook niet voor niets reeds de 'wonderbaarlijke clause' genoemd. De tekst luidt als volgt:

'Tussentijdse bevoegdheid (vóór goederenrechtelijke effectuering)
Mijn echtgenote is eveneens bevoegd om over de goederen van mijn nalatenschap als vertegenwoordiger van de erfgenamen te beschikken, als ware zij enig rechthebbende en derhalve zonder medewerking/toestemming/machtiging/goedkeuring van welke aard dan ook, zulks met toepassing van het beginsel van *zaaksvervanging*.
Dit mede met als doel een soepele boedelafwikkeling te garanderen.'

Deze clause is gebaseerd op de uitbreiding van de bevoegdheden van een executeur met behulp van het instellen van een *afwikkelingsbewind*. Zie hierover B.M.E.M. Schols in *Nieuw Erfrecht*, 'De executeur en zijn sterren', oktober 2001, die over het fenomeen 'turbo-executeur' opmerkt:

'Voorts zal men de afwikkelingsbewindvoerder inzetten als men een executeur de bevoegdheid wil geven onder *alle* omstandigheden (ook als er geen schulden van de nalatenschap hoeven te worden voldaan, artikel 4:147 BW) de goederen van de nalatenschap te gelde te maken zonder inmenging van de erfgenamen.'

Deze clausule zal in de praktijk vooral dienst doen als kort na overlijden door de langstlevende een onroerende zaak vervreemd moet worden, bijvoorbeeld omdat 'moeder' kleiner wenst te gaan wonen. De langstlevende hoeft in die fase dan in beginsel *nog geen beslissing te nemen* over hoe het testament zal worden uitgevoerd. Inmenging van de kinderen bij de verkoopbeslissing is niet vereist.

Ten aanzien van het 'raamwerkmodel' willen wij nog enkele opmerkingen 'voor het gebruik' maken. Van een 'estate plannings'-model verwachten wij dat het voldoet aan de eisen van *flexibiliteit* en *zekerheid*. Wat flexibiliteit betreft, spreekt het model voor zich. Er wordt gewerkt met een 'tenzij-clausule' die ingeroepen kan worden tot twee jaar na het overlijden en waarbij ook partiële uitoefening tot de mogelijkheden behoort. In het geraamte kan vanzelfsprekend het naar hartelust afvullen van de successierechtelijke bakjes met de (handmatige) ventieltechniek verwerkt worden. En is de 'ventielsaus' op, dan kan er eventueel ook nog een afvullegaat ingebouwd worden.

Minstens zo belangrijk voor het notariaat is de zekerheid. In hoeverre is de langstlevendebescherming gegarandeerd? Staat als een paal boven water dat 'moeder' geen medewerking van de kinderen behoeft bij uitvoering van het testament onder oorlogsomstandigheden? Vier punten zijn hier van belang:

1. *De legatenexecuteur***

In deel B van het model is een keur aan legaten opgenomen ten behoeve van de langstlevende echtgenoot. 'Moeder' kan op ieder gewenst moment eigenaar worden van welk goed dan ook. Door het feit dat moeder tevens beheersexecuteur met ontheffing van 'selbsteintritt' (art. 3:68 BW) is, kan zij als privaatief vertegenwoordiger hiervoor zelf zorgdragen. Zie B.M.E.M. Schols, 'Het "legatum per vindicationem" in de gedaante van executeur-testamentair als "Vermächtnisvollstrecker"', WPNR 6436 (2001).

Over de bevoegdheden van een legatenexecuteur bestaat bij ons weten in de rechtsliteratuur geen enkele discussie.

2. *De erfrechtelijke 'boobytrap'*

Wij verzoeken u de bijlage zeer voorzichtig te openen. 'Moeder' is als driesterrengeneraal*** voorzien van erfrechtelijk zeer zwaar geschat. Stel dat de kinderen (om welke reden dan ook) verzocht wordt om hun medewerking te verlenen aan de verdeling van de nalatenschap en zij van hun adviseur te horen krijgen dat zij dat niet moeten doen, dan zou het nog wel eens erfrechtelijk verkeerd met hen kunnen aflopen.

Wat is het geval? Het erfdeel van de kinderen is belast met een testamentaire last om de nalatenschap op een bepaalde wijze te verdelen. Doen zij dit niet, dan gaat de erfrechtelijke 'boobytrap' van artikel 4:131 BW af, de mogelijke vervallenverklaring van het erfdeel. Dit zal geen enkele adviseur op zijn geweten willen hebben. Over het fenomeen vervallenverklaring en de (rechts)gevolgen daarvan bestaat bij ons weten ook geen discussie in de literatuur.

3. *'Deel A' is met name op fiscale leest geschoeid*

De keuze voor deel A in het testament is met name gebaseerd op het binnenhalen van fiscale faciliteiten die aan de wettelijke verdeling en wellicht aan wettelijke verdelingachtigen gekoppeld kunnen worden, zoals de 'ventieltechniek' en het niet

van toepassing zijn van artikel 30 SW 1956. Zie hierover *EstateTip* 2004-09 en 2004-32, alsmede B.M.E.M. Schols & F.A.M. Schoenmaker, 'De "quasi-wettelijke verdeling" in fiscalibus', *Kwartaalbericht Estate Planning*, nr. 4, december 2004.

4. Het 'verstevigingslegaat'

Stel, men wil bijvoorbeeld om fiscale redenen uitvoering geven aan deel A van het testament, doch men wil civielrechtelijk dubbele zekerheid voor de langstlevende, dan is dat met het zogeheten 'verstevigingslegaat' eenvoudig te realiseren. In de verdelingsakte wordt het legaat aan de langstlevende door haar als legatenexecuteur aan zichzelf afgegeven voor het geval dat de verdeling niet geldig totstandgekomen is. Óf de verdeling heeft reeds het gewenste effect en zo niet, dan is 'moeder' op grond van het legaat enig eigenaar geworden. Een en ander kan vanzelfsprekend ook op deze wijze in de 'aankomsttitel' opgenomen worden.

Wil men overigens dubbele zekerheid bij bovenstaande 'wonderbaarlijke clause', wie zijn wij dan om u daarvan te weerhouden? Bij wijze van spreken zou de voorwaardelijke afgifte van het legaat nog in een 'transportakte' kunnen plaatsvinden. Hierbij merken wij op dat onder oud erfrecht deze route nooit bewandeld kon worden, omdat een keuzelegaat niet 'legitimarisch' was. Op dit gebied heeft het nieuwe erfrecht derhalve ongekende mogelijkheden gebracht.

In ieder geval geniet u als estate planner bij het gebruik van het 'raamwerk' van uw nachtrust. Hier geldt immers dubbele zekerheid zonder de flexibiliteit te verspelen.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

© 2004 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.