

De uitsluitingsclausule uitgespeeld?

Vp-bulletin 2017/52

Op 1 januari 2018 wordt het wetsvoorstel inzake de beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen² wet. Een belangrijk gevolg van de inwerkingtreding van deze wet is dat verkrijgingen krachtens erfrecht of gift voortaan van rechtswege buiten de huwelijksgemeenschap vallen.

Dit roept de vraag op of de noodzaak tot het opnemen van uitsluitingsclausules in testamenten en akten van schenking tot het verleden behoort. Gezien het feit dat van de uitsluitingsclausule, al dan niet in versoepelde vorm, in testamenten en akten van schenking veelvuldig gebruik wordt gemaakt, is deze vraag voor de praktijk niet van gering belang. In deze bijdrage zal ik de vraag of de uitsluitingsclausule zijn beste tijd heeft gehad, beantwoorden. Daarnaast ga ik in op een nieuwe rechtsfiguur die met inwerkingtreding van het wetsvoorstel zijn intrede doet: de insluitingsclausule. De insluitingsclausule kan ervoor zorgen dat een verkrijging krachtens erfrecht of schenking alsnog in de huwelijksgemeenschap wordt betrokken.

Ik sluit af met een voorbeeld ter illustratie van de werking van de uitsluitingsclausule en de insluitingsclausule onder de nieuwe wet.

1. De uitsluitingsclausule in de huidige wettelijke gemeenschap van goederen

Op grond van het huidige huwelijksvermogensrecht worden alle goederen en schulden van aanstaande echtgenoten³ gemeenschappelijk als zij in het huwelijk⁴ treden zonder vooraf huwelijksvoorwaarden te hebben gemaakt. Verkrijgingen krachtens erfrecht of schenking behoren eveneens tot de gemeenschap, tenzij de testateur of schenker bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift een uitsluitingsclausule op de verkrijging van toepassing heeft verklaard.⁵

De uitsluitingsclausule speelt niet alleen een rol bij in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten, maar eveneens indien echtgenoten huwelijksvoorwaarden maken met een verrekenbeding waarin erfrechtelijke verkrijgingen of giften worden betrokken. Hierbij kan worden gedacht aan een finaal verrekenbeding, op grond waarvan tussen de echtgenoten bij overlijden van één van hen dient te worden afgerekend alsof zij in de huidige wettelijke gemeenschap van goederen waren gehuwd.

1 Mw. L. van Lent is werkzaam als kandidaat notaris bij Arcagna.
2 Initiatiefvoorstel-Swinkels, Recourt en Van Oosten, Beperking wettelijke gemeenschap van goederen, 33987.
3 Met echtgenoten worden in deze bijdrage tevens geregistreerd partners bedoeld.
4 Onder huwelijk wordt het geregistreerd partnerschap begrepen.
5 Art. 1:94 lid 2 onderdeel a BW.

Voor deze situatie kan bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift worden bepaald dat geen verrekening van deze verkrijgingen plaatsvindt.⁶

1.1 Soorten uitsluitingsclausules

In de praktijk wordt gewerkt met verschillende soorten uitsluitingsclausules. Op grond van de 'strenge uitsluitingsclausule' of 'sterke uitsluitingsclausule' valt de verkrijging altijd buiten een gemeenschap waarin de verkrijger te eniger tijd is gehuwd of buiten een verrekening krachtens huwelijksvoorwaarden. Ongeacht of het huwelijk eindigt door echtscheiding of overlijden.

Het doel van de 'soepele uitsluitingsclausule' of 'zwakke uitsluitingsclausule' is beperkter. Met deze variant wordt beoogd dat de verkrijging alleen bij echtscheiding wordt beschermd. Wanneer het huwelijk van de verkrijger eindigt door diens overlijden valt de verkrijging wel in de gemeenschap dan wel mag deze in de verrekening worden betrokken. In de praktijk worden aan afrekening vaak nadere voorwaarden verbonden, zoals de eis dat uit het huwelijk kinderen moeten zijn voortgekomen.⁷

De reden om voor een soepele uitsluitingsclausule te kiezen is soms een gevoelsmatige. De testateur of de schenker wil zijn kind en diens echtgenoot gelijk behandelen en wat er met de verkrijging verder gebeurt, maakt de testateur of schenker niet uit.

Daarnaast wordt vaak voor een soepele uitsluitingsclausule gekozen omdat de testateur of de schenker de verkrijger meer vrijheid wenst te geven bij zijn eigen estate planning. Doordat de waarde van de verkrijging alsnog bij overlijden in een verrekening kan worden betrokken of in een gemeenschap kan vallen, hoeft maar over de helft van de verkrijging erfbelasting te worden betaald. Tot de andere helft is de langstlevende gerechtigd op grond van het huwelijksvermogensrecht zodat hierover geen erfbelasting is verschuldigd.

1.2 Vorm uitsluitingsclausule

In beginsel geldt voor de uitsluitingsclausule geen vormvoorschrift, tenzij de uitsluitingsclausule wordt verbonden aan een erfrechtelijke verkrijging of aan een schenking terzake des doods zoals bedoeld in art. 7:177 BW.

Een schenking terzake des doods is een schenking waarvan het de bedoeling is dat die pas wordt uitgevoerd bij het overlijden van de schenker. Een bekend voorbeeld van de schenking terzake des doods is de schenking onder schuldigerkenning. Hierbij schenkt de schenker een geldbedrag aan de begiftigde en blijft dat geschonken bedrag schuldig. De vordering die hierdoor ontstaat op de schenker wordt pas opeisbaar bij diens overlijden.

Indien de uitsluitingsclausule wordt verbonden aan een erfrechtelijke verkrijging of aan een schenking terzake

6 Art. 1:134 BW.

7 De discussie in de literatuur over de goederenrechtelijke werking van voorwaardelijke uitsluitingsclausules valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

des doods deelt de uitsluitingsclausule de vorm die voor uiterste wilsbeschikkingen respectievelijk schenkingen terzake des doods is voorgeschreven. In de praktijk komt dit erop neer dat de uitsluitingsclausule moet zijn opgenomen in het testament respectievelijk de notariële akte waarin de schenking terzake des doods wordt vastgelegd. Bij vormvrije giften is het ter voorkoming van bewijsproblemen desalniettemin aan te raden de uitsluitingsclausule op schrift te stellen. Dit kan eenvoudig plaatsvinden, bijvoorbeeld door bij de bankoverschrijving als kenmerk op te nemen 'schenking onder uitsluitingsclausule'.

De vraag wordt nog weleens gesteld of het niet verbinden van een uitsluitingsclausule aan een schenking achteraf kan worden gerepareerd. Het antwoord op deze vraag luidt, in ieder geval voor zover het niet-vormvrije giften betreft, ontkennend. Op grond van art. 1:94 lid 2 onderdeel a BW dient de uitsluitingsclausule 'bij de gift' te zijn opgenomen. De schenker kan daarom niet alsnog achteraf bepalen dat het goed niet in de huwelijksgemeenschap is gevallen. De gedachte hierachter is dat duidelijk moet zijn welke plaats de schenking inneemt in het huwelijksvermogen.

In het geval van vormvrije giften wordt in de literatuur ter reparatie van het achterwege laten van een uitsluitingsclausule de mogelijkheid geopperd dat de schenker en de begiftigde in een later stadium een bewijsovereenkomst sluiten waarin zij vaststellen dat er in het verleden vormvrije giften tussen hen hebben plaatsgevonden en dat die zijn geschied onder uitsluitingsclausule. Ter voorkoming van bewijsproblemen stellen de schenker en de begiftigde vervolgens vast dat de vormvrije giften zijn gedaan onder uitsluitingsclausule. Er is dan geen sprake van toevoegen maar op schrift stellen van een reeds eerder gemaakte uitsluitingsclausule.⁸

Het is ten slotte mogelijk dat de schenker en de begiftigde van tevoren afspreken dat alle toekomstige schenkingen zullen worden gedaan onder toepassing van een uitsluitingsclausule.⁹ Het vooraf opstellen van een akte houdende algemene schenkingsbepalingen met daarin een uitsluitingsclausule, waarnaar bij iedere toekomstige schenking wordt verwezen, lijkt dus mogelijk. In het geval van jaarlijks terugkerende schenkingen in het kader van een schenkingsplan kan het praktisch zijn van zo'n set algemene schenkingsbepalingen gebruik te maken. De akte van schenking zelf is dan kort en overzichtelijk.

Het ontbreken van een uitsluitingsclausule in een testament kan achteraf niet worden gerepareerd. De erfrechtelijke verkrijging valt bij het overlijden van de erflater in de huwelijksgemeenschap van de verkrijger, ongeacht de bedoeling van de erflater.

1.3 Uitsluitingsclausule en tweetrap

Het verbinden van een uitsluitingsclausule aan een erfrechtelijke verkrijging of een schenking, voorkomt niet dat een verkrijger het geërfde vermogen of de schenking bij testament laat toekomen aan zijn of haar partner. Via

het erfrecht kan het geërfde vermogen of de schenking dus alsnog terecht komen bij de 'koude kant'. Ook voorkomt de uitsluitingsclausule niet dat een verkrijger het geërfde of geschonken vermogen schenkt aan zijn of haar partner.

In sommige gevallen, bijvoorbeeld indien er sprake is van familievermogen, heeft de erflater of schenker de wens dat de verkrijging te allen tijde alleen kan toekomen aan de kinderen van de verkrijger. In dat geval kan in het testament of in de schenkingsakte in aanvulling op de strenge uitsluitingsclausule een tweetrapsmaking respectievelijk tweetraps-schenking worden opgenomen (hierna zal ik deze figuur eenvoudig de 'tweetrap' noemen).

De tweetrap regelt dat hetgeen een verkrijger bij zijn of haar overlijden niet heeft opgemaakt van de verkrijging (het 'residu'), toekomt aan de door de erflater of schenker aangewezen verwachters. In aanvulling daarop kan worden bepaald dat schenkingen door de verkrijger aan anderen dan de verwachters niet zijn toegestaan. De verwachters zijn vaak de kinderen van de verkrijger of, indien er geen kinderen zijn, de broers en zusters van de verkrijger. Door de tweetrap wordt zeker gesteld dat het vermogen binnen de familie blijft.

2. De beperking van de gemeenschap

Kort gezegd geldt voor huwelijken gesloten vanaf 1 januari 2018 dat buiten de gemeenschap van goederen blijven:

1. niet-gezamenlijk vermogen van ieder van de echtgenoten; en
2. verkrijgingen krachtens erfrecht of gift voor of tijdens het huwelijk verkregen.

Het nieuwe art. 1:94 lid 2 BW vermeldt hierover:

- "2. De gemeenschap omvat, wat haar baten betreft, alle goederen die reeds vóór de aanvang van de gemeenschap aan de echtgenoten gezamenlijk toebehoorden, en alle overige goederen van de echtgenoten, door ieder van hen afzonderlijk of door hen tezamen vanaf de aanvang van de gemeenschap tot haar ontbinding verkregen, met uitzondering van:
- a. krachtens erfopvolging bij versterf, making, last-bevoordeling of gift verkregen goederen;"¹⁰

Volgens de initiatiefnemers van het wetsvoorstel sluit voorgaande regeling beter aan bij hetgeen de meerderheid van de bevolking als wenselijk beschouwt en internationaal gezien meer gangbaar is.¹¹

Op grond van de overgangsbepaling bij het wetsvoorstel¹² blijft op een gemeenschap van goederen ontstaan voor 1 januari 2018 art. 1:94 BW zoals dit nu geldt van toepassing. Dit brengt mee dat erfrechtelijke verkrijgingen of giften verkregen na 1 januari 2018 door een verkrijger die

8 A. Autar e.a., *Compendium Estate Planning*, par. 3.2.3.2, Den Haag: Sdu 2015.

9 Hof Leeuwarden 19 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ7257.

10 Op grond van art. 1:94 lid 6 BW vallen ook de vruchten van deze goederen buiten de gemeenschap.

11 *Kamerstukken II* 2013/14, 33987, 3, p. 1.

12 Art. IV, *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 5, p. 4.

voor deze datum in gemeenschap van goederen is gehuwd, niet van deze gemeenschap van goederen zijn uitgezonderd.

3. De uitsluitingsclausule uitgespeeld? Nee!

Vanaf 1 januari 2018 zit de strenge uitsluitingsclausule als het ware ingebakken in het huwelijksvermogensrecht. Betekent dit nu dat het niet langer nodig is om een uitsluitingsclausule in een testament of in een akte van schenking op te nemen?

Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. In de eerste plaats omdat echtgenoten kunnen besluiten bij huwelijksvoorwaarden af te wijken van de in art. 1:94 lid 2 onderdeel a BW opgenomen hoofdregel. Echtgenoten kunnen bij huwelijksvoorwaarden bepalen dat krachtens erfrecht of gift verkregen goederen wel in de gemeenschap vallen. De gemeenschap van goederen zoals die nu op grond van de wet bestaat, wordt dan alsnog gecreëerd door het maken van huwelijksvoorwaarden. Indien een testateur of schenker dit wil voorkomen, is en blijft hij aangewezen op de uitsluitingsclausule.

Als een testateur of schenker een uitsluitingsclausule heeft opgenomen, terwijl echtgenoten bij huwelijksvoorwaarden hebben afgesproken dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften in de huwelijksgemeenschap vallen, prevaleert de uitsluitingsclausule. Deze rechtsregel, die is ontwikkeld in de jurisprudentie,¹³ krijgt in het nieuwe art. 1:94 lid 4 BW een wettelijke basis. Een uitsluitingsclausule kan door echtgenoten niet door het maken van huwelijksvoorwaarden worden doorbroken.

Daarnaast blijft de uitsluitingsclausule relevant indien een testateur of schenker wil voorkomen dat de verkrijging moet worden verrekend op grond van een in de huwelijksvoorwaarden opgenomen verrekenbeding, zoals een finaal verrekenbeding bij echtscheiding en/of overlijden.¹⁴

Ten slotte zal de praktijk nog lange tijd worden geconfronteerd met verkrijgers die in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd zoals die geldt tot 1 januari 2018. Op grond van de eerdergenoemde overgangsbepaling bij het wetsvoorstel blijft het huidige art. 1:94 BW op deze gemeenschappen van toepassing. Voor al deze verkrijgers blijft de uitsluitingsclausule daarom relevant.

4. De insluitingsclausule

Per 1 januari 2018 geldt als hoofdregel dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften buiten de huwelijksgemeenschap vallen. Van deze hoofdregel kan door de testateur of schenker worden afgeweken. De estate planner kan namelijk met dank aan het wetsvoorstel aan de slag met een nieuwe rechtsfiguur: de insluitingsclausule.

De insluitingsclausule vindt zijn grondslag in het nieuwe art. 1:94 lid 3 onderdeel b BW, dat luidt als volgt:

“3. Het tweede lid, aanhef en onderdeel a, is niet van toepassing op:

- a. (...)
- b. goederen, alsmede de vruchten van die goederen, ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift is bepaald dat zij in de gemeenschap vallen.”

Op grond van de insluitingsclausule kan een erfrechtelijke verkrijging of een gift wel in een gemeenschap van goederen vallen als de testateur of de schenker dit heeft bepaald.

Of de insluitingsclausule effect heeft, hangt evenwel af van het huwelijksvermogensregime van de verkrijgers. Indien er sprake is van koude uitsluiting, zal een verkrijging met een insluitingsclausule geen effect hebben. In tegenstelling tot de uitsluitingsclausule doorbreekt de insluitingsclausule de afspraken die echtgenoten bij huwelijksvoorwaarden maken dus niet. De contractsvrijheid van de echtgenoten gaat voor. Als een testateur of schenker zich ervan wil vergewissen dat de verkrijging aan beide echtgenoten toekomt, zal de schenker of erflater bekend moeten zijn met het huwelijksgoederenregime van de verkrijgende echtgenoot.¹⁵

Net als de uitsluitingsclausule kan de insluitingsclausule onbeperkt of beperkt worden vormgegeven. Met een onbeperkte insluitingsclausule bedoel ik de bepaling op grond waarvan de verkrijging in de gemeenschap van goederen valt, zonder dat hier voorwaarden aan worden verbonden. De beperkte insluitingsclausule verbindt voorwaarden aan de gemeenschappelijke verkrijging, waarbij kan worden gedacht aan de voorwaarde dat de verkrijging alleen in de gemeenschap van goederen wordt betrokken als het huwelijk eindigt door overlijden. Uiteraard geldt voor beide clausules dat het huwelijksvermogensregime de insluiting in de gemeenschap van goederen moet kunnen ‘dragen’.

De beperkte insluitingsclausule is het equivalent van de soepele of zwakke uitsluitingsclausule zoals ik die hiervoor in par. 1.1 heb besproken en in zoverre niet nieuw. Door de testateur of schenker de mogelijkheid te bieden een beperkte insluitingsclausule aan de verkrijging te verbinden, wordt tegemoetgekomen aan de in de praktijk veel bestaande wens om – in het licht van estate planning – zo veel mogelijk goederen in gemeenschap te brengen en op die manier de erfbelasting te drukken.

Het is van belang om in gedachten te houden dat zowel voor de uitsluitingsclausule als voor de beperkte insluitingsclausule geldt, dat het succes daarvan afhangt van de discipline van de verkrijger en diens partner om een administratie bij te houden. Dit is reeds zo onder het huidige recht en het wetsvoorstel brengt daar geen verandering in.

In de praktijk komt het geregeld voor dat onder uitsluitingsclausule verkregen vermogen door beide echtgenoten wordt geconsumeerd of dat het zich vermengt met overig vermogen. In dat soort gevallen zal, bij echtschei-

13 HR 21 november 1980, NJ 1981/193.

14 Art. 1:134 BW wordt in het kader van het wetsvoorstel niet gewijzigd.

15 B. Breederveld, ‘De beperkte gemeenschap van goederen (deel 1)’, REP 2017/359.

ding of overlijden, moeilijk kunnen worden vastgesteld wat tot het uitgesloten vermogen behoort en kunnen geschillen ontstaan tussen de echtgenoten dan wel de langstlevende echtgenoot en de erfgenamen. Voor het geval geen van partijen vervolgens kan bewijzen aan wie het desbetreffende goed toekomt, bevat de wet een bewijsvermoeden dat ook terugkomt in het wetsvoorstel. Op grond van dit bewijsvermoeden zal het goed als gemeenschapsgoed worden aangemerkt.¹⁶ Het effect dat de testateur of schenker voor ogen had, wordt hierdoor niet bereikt.

5. Een casus

Jan wil zo snel mogelijk een testament opstellen en zijn vermogen nalaten aan zijn twee kinderen. Zijn zoon is in 2014 gehuwd zonder het maken van huwelijksvoorwaarden. Het huwelijk van de dochter van Jan is in voorbereiding en staat gepland voor 1 juni 2018. Zijn dochter en haar aanstaande zijn niet van plan om huwelijksvoorwaarden te maken.

Jan heeft een goede band met zijn kinderen en wil het door hem nagelaten vermogen met name beschermen bij een mogelijke echtscheiding. Hij heeft er geen bezwaar tegen dat het geërfde vermogen bij overlijden van zijn zoon of dochter toekomt aan diens partner en hij wil hen ook niet belemmeren bij hun eigen vermogensplanning. De vraag is nu wat voor uit- en/of insluitingsclausules in Jan's testament moeten worden opgenomen om aan zijn wensen tegemoet te komen.

Om het vermogen in geval van een echtscheiding te beschermen moet Jan in zijn testament allereerst een strenge uitsluitingsclausule opnemen, omdat:

- de zoon van Jan is gehuwd voor 1 januari 2018 zonder het maken van huwelijksvoorwaarden, zodat erfenissen en giften in de gemeenschap zullen vallen, ook als zij na 1 januari 2018 worden verkregen; en
- de dochter van Jan en haar partner van gedachten kunnen veranderen en alsnog bij huwelijksvoorwaarden kunnen besluiten af te wijken van de nieuwe hoofdregel dat erfenissen en giften buiten de gemeenschap van goederen vallen.

Om de werking van de strenge uitsluitingsclausule vervolgens te nuanceren zodat het geërfde vermogen bij overlijden in de huwelijksgemeenschap valt of in een verrekening kan worden betrokken, dient na de uitsluitingsclausule een beperkte insluitingsclausule te worden opgenomen.

Hieronder geef ik aan hoe de bepaling in Jan's testament eruit zou kunnen komen te zien:

1. Ik bepaal dat hetgeen krachtens erfrecht uit mijn nalatenschap wordt verkregen en hetgeen daarvoor door zaaksvervanging in de plaats treedt, alsmede de vruchten van een en ander, niet vallen in enige door huwelijk of geregistreerd partnerschap ontstane gemeenschap en evenmin kunnen worden betrokken in

enige bij huwelijksvoorwaarden of voorwaarden van geregistreerd partnerschap overeengekomen verrekening.

2. Het in lid 1 bepaalde geldt niet indien het huwelijk van een verkrijger eindigt door overlijden van de verkrijger [of zijn echtgenoot of geregistreerd partner]. In dat geval bepaal ik dat het verkregene, voor zover niet verteerd, wel in enige tussen de verkrijger en diens echtgenoot of geregistreerd partner bestaande gemeenschap valt of in enige bij huwelijksvoorwaarden of voorwaarden van geregistreerd partnerschap overeengekomen verrekening kan worden betrokken.

Verder kunnen aan de clausule, afhankelijk van de wensen van Jan, nog nadere voorwaarden worden verbonden. Hierbij kan worden gedacht aan de voorwaarde dat er kinderen uit het huwelijk moeten zijn geboren, er geen verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed is ingediend of er geen faillissement op handen is.

6. Conclusie

De rol van de uitsluitingsclausule is zeker niet uitgespeeld. Als een testateur of schenker wil voorkomen dat hetgeen hij nalaat of schenkt in een gemeenschap van goederen valt of in een verrekening wordt betrokken, is hij ook onder de nieuwe wet op de uitsluitingsclausule aangewezen.

In de praktijk wordt door testateurs en schenkers vanuit het oogpunt van de estate planning van de verkrijger veelvuldig gebruikgemaakt van de soepele of zwakke uitsluitingsclausule zoals wij die nu kennen. Het is mijn verwachting dat dit onder de nieuwe wet ook zal gelden voor de uitsluitingsclausule gevolgd door de beperkte insluitingsclausule.

16 Art. 1:94 lid 6 BW en vanaf 1 januari 2018 art. 1:94 lid 8 BW.