



“Gehandicapten” testament en het nieuwe erfrecht (I)

Inleiding

In de praktijk van het erfrecht merken we dat veel mensen een testamentaire regeling willen treffen in verband met het feit dat ze een gehandicapt kind (of soms zelfs meerdere gehandicapte kinderen) hebben. Met gehandicapt bedoel ik (ook hierna) verstandelijk gehandicapt.

De vraag was en is hoe een dergelijk testament vorm te geven.

Voorop staat natuurlijk de wil van de testateur(s). Als notaris kan en moet je daarbij echter adviseren en zondig sturen.

Met een aantal collega's heb ik al ongeveer 20 jaar geleden een testament ontworpen, waar ook diverse Kantonrechters zich mee konden verenigen en toezegden in voorkomende gevallen de bewindvoerder/curator machtiging tot bekrachtiging te verlenen.

Vanzelfsprekend moest dit testament door de invoering van het nieuwe erfrecht worden aangepast. Ik behandel hieronder het testament naar nieuw recht.

Inhoud testament

Het testament behelst het volgende; uitgaande van de situatie dat er naast het gehandicapte kind nog een of meer andere kinderen zijn:

- a. het gehandicapte kind wordt, impliciet of expliciet, onderfd;
- b. het gedeelte van de nalatenschap dat de andere

- kinderen daardoor meer krijgen dienen ze als een afgescheiden vermogen te houden. Dit gedeelte wordt in het testament en hierna als fonds aangeduid;
- c. aan het gehandicapte kind wordt het vruchtgebruik van het fonds gelegateerd;
 - d. aan de andere kinderen wordt de last opgelegd om uit het fonds ten behoeve van hun gehandicapte broer of zuster uitgaven te doen voorzover het eigen inkomen en vermogen van dat kind niet toereikend is. Dit als aanvulling op de WAO- of WA JONG-uitkering van het gehandicapte kind;
 - e. het fonds wordt onder bewind gesteld van een van de kinderen. Als de Kantonrechter liever een neutrale bewindvoerder wenst wordt daar in het testament rekening mee gehouden.
 - f. de rechten en aanspraken van het gehandicapte kind worden onder bewind gesteld.
Bewindvoerder is dezelfde als de bewindvoerder van het fonds.
Het is de vraag of deze onderbewindstelling onder het nieuwe recht steeds nodig is. Ik kom daar hierna op terug;
 - g. er wordt een tweetrapsmaking ten laste van de gehandicapte gemaakt voor het geval deze vermogen in volle eigendom ontvangt.

Doel van het testament

Het testament dient een driedelig doel:

- a. door het vruchtgebruik wordt voorkomen dat bij overlijden van de gehandicapte (die immers normaal gesproken geen partner en kinderen zal hebben) vermogen naar broers en zusters vererft. Dit bespaart successierecht. Om dezelfde reden wordt de tweetrapsmaking opgenomen;
- b. het zou wellicht nog eens kunnen gebeuren dat de AWBZ zodanig wordt gewijzigd dat de gehandicapte zijn eigen vermogen moet "opeten" alvorens de overheid financieel bijspringt om de kosten van zijn verzorging en verzorging te voldoen. Door de gehandicapte het vruchtgebruik van het fonds te geven wordt voorkomen dat het fonds tot diens eigen vermogen behoort. Alleen de hem als vruchtgebruiker toekomende inkomsten uit het fonds hebben eventueel invloed op de hoogte van zijn eigen bijdrage;
- c. de gehandicapte wordt niet "vergeten". Voor sommige ouders is het psychologisch moeilijk hun gehandicapte kind, dat toch al zoveel tekort komt, te onterven. Doordat in het testament een uitgebreide regeling ten behoeve van de gehandicapte zoon/dochter wordt getroffen, wordt die psychologische drempel geslecht.

Oude erfrecht

Onder het oude erfrecht was er geen twijfel mogelijk dat de bewindvoerder, als hij het testament wilde bekrachtigen, daarvoor de machtiging van de Kantonrechter nodig had: het recht op goederen werd de gehandicapte

onthouden en bovendien werd het erfdeel niet vrij en onbezwaard ontvangen.

Doordat machtiging nodig was en de Kantonrechter moest worden ingeschakeld kon deze kritisch naar de gehele uitvoering kijken en ook eventuele voorwaarden aan het geven van de machtiging verbinden (zoals een "neutrale" bewindvoerder).

Nieuwe erfrecht

Hoe zit het nu met de rechten van de gehandicapte onder het nieuwe erfrecht?

Legitieme

A. *Vorm*

Zoals bekend bestaat de legitieme in het nieuwe erfrecht uitsluitend in de vorm van een vordering. Als dus namens de gehandicapte een beroep op diens legitieme wordt gedaan, wordt deze geen mede-erfgenaar. De afwikkeling van de nalatenschap kan dan eenvoudiger plaatsvinden omdat voor bijvoorbeeld de verkoop/levering van een onroerende zaak geen machtiging van de Kantonrechter nodig is. Ook voor de verdeling is diens goedkeuring niet nodig omdat de gehandicapte geen deelgenoot is en diens medewerking evenmin vereist is (zie art. 3:183 BW).

B. *Omvang*

De legitieme bedraagt sinds 1 januari 2003 de helft van het erfdeel bij versterf.

De vraag is nu hoe het vruchtgebruik moet worden gewaardeerd. Mijn indruk is dat de praktijk daarvoor meestal de tabellen van het Uitvoeringsbesluit van de Successiewet hanteert.

Dat zou betekenen, dat pas als de gehandicapte de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt bij het overlijden van de ouder, de waarde van het vruchtgebruik onder de 50% uitkomt (bij 65 jaar bedraagt de waarde dan $8 \times 6 = 48\%$). De ouder zal dan toch ook meestal al tenminste 85 jaar zijn. De meeste mensen halen die leeftijd niet. Bovendien schijnen gehandicapte mensen meestal een kortere levensverwachting te hebben dan niet gehandicapte.

Kortom: de kans dat de waarde van het vruchtgebruik lager is dan 50% van de waarde van de volle eigendom is klein.

Wellicht is het, gezien de huidige hoogte van de rente op spaargelden en obligaties en die van de dividenden, reëler uit te gaan van de tabellen die sinds 1 januari 2001 voor de waardering van periodieke inkomsten voor de inkomstenbelasting gelden en zijn gebaseerd op een rendement van 4% (in plaats van 6% waarvan de Successiewet uitgaat).

De leeftijd van 65 jaar waarbij de 50% grens wordt overschreden wordt dan 60 jaar, dus zo heel veel scheelt dat niet.

Het zou goed zijn om te weten hoe de Kantonrechters over de waardering van het vruchtgebruik denken.¹
 Wat de waarde betreft zal het vruchtgebruik dus in het algemeen niet tot een tekort op de legitieme leiden.

Inferieure making?

Een andere vraag is of het legaat van het vruchtgebruik een inferieure making is.
 Het toepasselijke art. is 4:73 BW. Dat begint als volgt:

“De waarde van een legaat aan een legitimaris van een bepaalde geldsom of van niet in een vorderingsrecht bestaande goederen der nalatenschap komt ook in mindering van zijn legitieme portie wanneer hij het legaat verwerpt, tenzij”

(hier volgen de uitzonderingen).

Is het vruchtgebruik een niet in een vorderingsrecht bestaand goed? Nee, aldus de Memorie van Antwoord, Kamerstukken 1962/1963 3771, nummer 6 pagina 27.

Dat betekent dus dat art. 73 niet van toepassing is. Het gevolg is dat de legataris/legitimaris het legaat straffeloos kan verwerpen: hij ontvangt zijn volledige legitieme, mits hij deze bij de verwerping opvordert (art. 4:63 lid 3 BW).

*Mr. W. Meijling**

(wordt vervolgd)

* Notaris te Losser.

1. Diezelfde vraag (hoe het vruchtgebruik moet worden gewaardeerd) kan worden gesteld in verband met de berekening van de waarde als bedoeld in art. 4:87 lid 2 BW.