

De tweetrapsmaking. Wie zorgt voor de partner van de bezwaarde?

MR. GEESKE A. TUINSTRA¹

Met een tweetrapsmaking beschikt de insteller tweemaal over zijn nalatenschap, onder ontbindende voorwaarde ten gunste van de bezwaarde en onder de aansluitende opschortende voorwaarde ten gunste van de verwachter. Dit geeft de insteller enige zekerheid, maar het kan voor de bezwaarde een strak keurslijf zijn. Mogelijk is dat precies de bedoeling van de insteller, maar hij moet zich dan realiseren dat een tweetrapsmaking de bezwaarde kan verhinderen om zijn partner verzorgd achter te laten.² In deze bijdrage aandacht hiervoor.³

1. Casus

Stel: vader – zeer vermogend – heeft zijn zoon onder ontbindende voorwaarde tot erfgenaam benoemd en zijn kleinkind voor het restant onder opschortende voorwaarde. Ik doel op een tweetrapsstelling in de zin van art. 4:141 BW: “(...) een making onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende making onder opschortende voorwaarde, volgens welke het vermaakte of het onverteerde deel daarvan op het tijdstip van overlijden van de bezwaarde of op een eerder tijdstip zal ten deel vallen aan de verwachter, indien deze het aangewezen tijdstip overleeft.”

De zoon en zijn echtgenote leven goed van het bezwaarde vermogen. Als langstlevende dreigt de schoondochter de broekriem echter flink te

moeten aanhalen. Haar kind is als erfgenaam van zijn grootvader dan vermogend, zijzelf allerminst. Waarom? De tweetrapsmaking verhindert dat het familiekapitaal kan vererven naar schoondochter. Ook haar verzorgingsvruchtgebruik krijgt hier geen vat op.⁴ Hoogstwaarschijnlijk is vader niet over één nacht ijs gegaan en heeft hij meer maatregelen getroffen om schoondochter buiten spel te zetten, zoals een schenkingsverbod voor de zoon,⁵ uitsluitingsclausule⁶ en uitsluiting van haar ouderlijk vruchtgenot.⁷ Dat schoondochter onverzorgd dreigt achter te blijven, gaat vader echter een brug te ver.

2. Hoe kan vader schoondochter tegemoet komen? Twee scenario's

In de geschetste casus gaan de gedachten al snel uit naar bijvoorbeeld een vruchtgebruik voor schoondochter, eventueel beperkt tot een deel van het familiekapitaal, zoals de woning.⁸ Zonder (beschikkings- en) verteringsbevoegdheid kan de schoondochter het kapitaal geen geweld aandoen.

Ik focus hierna op een vruchtgebruik van de bezwaarde woning. Vader kan schoondochter hier op twee manieren van voorzien:

1. vader legateert het vruchtgebruik, onder de opschortende voorwaarde dat schoondochter de zoon overleeft (scenario A);

¹ Werkzaam bij ScholsBurgerhartSchols, Loyens & Loeff N.V. en fellow bij het Notarieel Instituut van de Rijksuniversiteit Groningen.

² Hetzelfde geldt voor een tweetraps-schenking.

³ Stokkel stipt deze materie al aan in par. 2.2 van haar artikel in Estate Planner Digitaal 2015/6: 'Uitsluitingsclausule en tweetrapsmaking: een goede verhouding?'

⁴ Art. 4:29-30 BW. Dit geldt ook voor het andere wettelijke recht van art. 4:28 BW.

⁵ Art. 4:138 lid 2 BW jo. art. 3:215 lid 3 BW.

⁶ Art. 1:94 lid 2 onder a BW, art. 1:134 BW.

⁷ Art. 1:253l BW, art. 1:253m BW.

⁸ Art. 3:201 BW (vruchtgebruik), art. 3:226 BW (recht van gebruik en bewoning).

2. vader geeft de zoon de bevoegdheid om in zijn testament het vruchtgebruik te legateren (scenario B).⁹

Reinhartz spreekt bij scenario A van een 'splitting' van de verwachting in bloot eigendom en vruchtgebruik en beschrijft:¹⁰ *"Ten gevolge van de tweetrapsmaking wordt de bezwaarde erfgenaam onder ontbindende voorwaarde, daarentegen verkrijgt de erfgenaam-verwachter een aansluitend recht van erfgenaamschap onder opschortende voorwaarde. Degene die bij de vervulling van de voorwaarde het legaat van vruchtgebruik van de nalatenschap moet krijgen, krijgt bij het openvallen van de nalatenschap een recht tot afgifte van het vruchtgebruik van de nalatenschap onder dezelfde opschortende voorwaarde als de verwachter."*

Sinds het Boerenplaatsje-arrest weten we dat scenario B geldig is. De Hoge Raad overweegt:¹¹ *"3.5. (...) Geen regel van erfrecht (...) verzet zich tegen een testamentaire making als bedoeld in art. 4:928 (oud) BW waarbij de erflater de bezwaarde niet slechts de vrijheid laat het hem gemaakte te vervreemden of te verteren, doch hem eveneens de bevoegdheid verleent daarover bij testament te beschikken. (...)*

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.

*3.6 (...) sedert 1 januari 2003 (...) staat het de erflater vrij de aan een dergelijke making verbonden voorwaarden aldus te formuleren dat de te vermaaken 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."*¹²

3. Civielrechtelijke verschillen tussen scenario's A en B¹³

In scenario A houdt vader de regie. Hij legateert zelf en vermijdt zo het risico dat de zoon onbedoeld vergeet gebruik te maken van de Boerenplaatsje-clausule of dit niet langer kan door wils-onbekwaamheid. In scenario B laat vader schoondochter aan de zorg van de zoon over. Dit geeft de schoondochter minder zekerheid, maar de zoon meer flexibiliteit. Me dunkt dat, sinds het Boerenplaatsje-arrest, testateurs meer gecharmeerd zijn van het flexibeler scenario B dan van scenario A.

Hierna sta ik voor beide scenario's stil bij een drietal meer juridisch-technische punten:

1. de bestaans eis van art. 4:56 BW: een erfgenaam of legataris moet bestaan bij het overlijden van de testateur. Voor de verkrijger onder opschortende voorwaarde gelden bepaalde uitzonderingen;

⁹ Ik richt mij in dit artikel op de positie van de schoondochter, in de situatie dat het kleinkind verwachter-erfgenaam van schoonvader is (de tweetrapsmaking 'full swing'). Om een tariefsvoordeel te behalen – tarief ouder-kind in plaats van grootouder-kleinkind – zou schoonvader de tweede trap kunnen laten vervallen als de woning dan rechtstreeks vererft van de zoon naar de kleinzoon. Ook in dat geval kan schoonvader een vruchtgebruik voor zijn schoondochter faciliteren, bijvoorbeeld door zijn zoon de vrijheid te laten om het vruchtgebruik te legateren ten koste van het kleinkind (vergelijk scenario B).

¹⁰ Tijdschrift Erfrecht 2005/2.

¹¹ HR 16 januari 2004, nr. C02/150HR, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004, 487.

¹² In het Boerenplaatsje-arrest had de insteller bepaald dat de bezwaarde erfgenaam bij testament (alleen) over een boerenplaatsje mocht beschikken. Gebruikmakend van deze bevoegdheid had de bezwaarde erfgenaam in zijn testament verklaard dat hij het boerenplaatsje onder zijn nalatenschap 'begreep'. Daardoor behoorde het boerenplaatsje niet tot het fidei-commissaire overschot dat de erfgenaam van de bezwaarde aan de verwachter moest afgeven, aldus het hof. Men zou zich onder huidig erfrecht overigens kunnen afvragen hoe zo'n (onttrekkings)beschikking van de bezwaarde past binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:42 lid 1 BW). Een legaat aan de erfgenaam is wel inpasbaar, eventueel via conversie (art. 3:42 BW).

¹³ Fiscaal kennen beide scenario's ook verschillende gevolgen, denk bijvoorbeeld aan art. 21 leden 2 en 4 SW, art. 78 lid 1 SW en art. 5.4 leden 3, 4 en 7 Wet IB 2001. Ik beperk me hier tot een civielrechtelijke vergelijking.

2. de dertigjaarstermijn van [art. 4:140 BW](#): een making onder opschortende voorwaarde vervalt als die voorwaarde dertig jaar na het overlijden van de testateur nog niet is vervuld. Een tweetrapsmaking in de zin van [art. 4:141 BW](#) is hiervan gevrijwaard;
3. de afgifte van het legaat.

3.1. Bestaanseis

3.1.1. Scenario A

Doorgaans zal schoondochter al geboren zijn bij het overlijden van vader. Maar stel dat schoondochter een generatie jonger is dan de zoon, of dat de zoon nog erg jong is als zijn vader overlijdt. Dan is denkbaar dat schoondochter nog niet bestaat als vader overlijdt en voldoet zij niet aan de bestaanseis van [art. 4:56 lid 1 BW](#). Schoondochter zal doorgaans geen bloedverwant zijn die in [art. 4:56 BW](#) is gevrijwaard van deze eis.¹⁴

Het lijkt misschien vergezocht dat vader een voor hem nog onbekend schoonkind in zijn testament bedenkt. Toch heb ik in (oudere) testamenten, waarin scenario A is uitgewerkt, wel zien staan dat insteller het vruchtgebruik legateert aan het eventuele schoonkind, zonder naam en toenaam. Vader voegt zich dan naar de (eventueel toekomstige) partnerkeuze van zijn kind. In scenario B beperkt de insteller de bezwaarde vaak ook niet in die keuze, is mijn ervaring.

3.1.2. Scenario B

In scenario B zoon legateert de zoon het vruchtgebruik. Overleeft schoondochter de zoon, dan voldoet zij aan de bestaanseis van [art. 4:56 lid 1 BW](#).

3.2. Levensduur vruchtgebruiklegaat

3.2.1 Scenario A

Profiteert vaders voorwaardelijke vruchtgebruiklegaat van de werking van [art. 4:141 BW](#)? Of vervalt het als de zoon zijn vader meer dan dertig jaar overleeft ([art. 4:140 BW](#))? Reinhartz lijkt in scenario A geen risico te zien in [art. 4:140 BW](#).¹⁵ *“Voor deze constructie geldt niet de dertig-jaren limiet van artikel 4:140 lid 1 BW, aangezien het een making (betekent: erfstelling of legaat) betreft waarvan de voorwaarden op elkaar aansluiten. Dat op de verwachter-erfgenaam nog een verplichting tot afgifte van het vruchtgebruik rust, doet mijns inziens niet terzake.”*

Maar zijn de erfstelling onder ontbindende voorwaarde en het vruchtgebruiklegaat onder opschortende voorwaarde wel aansluitende makingen in de zin van [art. 4:141 BW](#)? Door het ruime begrip ‘making’ in [art. 4:141 BW](#) lijkt dit inderdaad het geval. Kennelijk vereist [art. 4:141 BW](#) alleen dat het einde van het erfrecht van de één, het begin van het erfrecht van de ander is, ongeacht de aard van ieders making, erfdeel of legaat. In onze casus wordt de zoon door twee verwachters opgevolgd, een erfgenaam en een legataris. Ik ga ervan uit dat [art. 4:141 BW](#) beiden beschermt tegen [art. 4:140 BW](#).¹⁶

3.2.2 Scenario B

In scenario B is sprake van een onvoorwaardelijk legaat van de zoon. In dat opzicht kan de vervaltermijn van [art. 4:140 BW](#) geen issue zijn. Brinkman ziet mogelijk wel een probleem in de beschikking van vader. Hij vraagt zich af of de Boerenplaatsje-clausule dertig jaar na vaders

¹⁴ Reinhartz (Tijdschrift Erfrecht 2005/2) acht de uitzonderingen van [art. 4:56 leden 2, 3 en 4 BW](#) op zich wel toepasbaar op het vruchtgebruiklegaat.

¹⁵ Tijdschrift Erfrecht 2005/2.

¹⁶ In zekere zin sluit deze conclusie aan op de achtergrond van [art. 4:141 BW](#). De wetgever heeft met [art. 4:140 BW](#) de testevrijheid bewust beperkt ter bevordering van de rechtszekerheid (Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht, Van der Burght c.s., p. 821). Voor de tweetrapsmaking achtte de wetgever een uitzondering geboden, zodat deze making een volwaardig alternatief zou zijn – zonder beperking in tijd – voor het echte vruchtgebruik (Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht, Van der Burght c.s., p. 320, Stollenwerck, Het fidei commiss de residuo (diss. 1986), Ars Notariatus XXXIV, p. 112). De tweetrapsregeling in onze casus is in feite een alternatief voor een vruchtgebruik bij opvolging. Vergelijk daartoe de zoon met de eerst geroepen vruchtgebruiker, de schoondochter met de bij opvolging geroepen vruchtgebruiker en het kleinkind met de bloot eigenaar (dat dit niet vergezocht is, bewijst [art. 4:138 lid 2 BW](#)). Zou het vruchtgebruiklegaat voor schoondochter na dertig jaar vervallen, dan zou vaders tweetrapsregeling geen volwaardig alternatief zijn voor een echt vruchtgebruik bij opvolging, dat immers een langer leven beschoren kan zijn. Zie ook Vegter in WPNR 2011/6884, die de toepasbaarheid van [art. 4:141 BW](#) op het vruchtgebruik bij opvolging onderzoekt. Hij concludeert dat [art. 4:141 BW](#) wel passend is, maar door [art. 3:203 lid 2 BW](#) overbodig.

overlijden nog bruikbaar is. Zijn zorg houdt verband met de techniek van de clause.¹⁷ Blokland en Stollenwerck stonden al eerder stil bij deze techniek:¹⁸

“In beide visies van de HR geldt het fideïcommis niet meer met betrekking tot de bewuste goederen, in de eerste visie omdat de goederen door het maken van het testament min of meer zijn “vervreemd en verteerd”, in de tweede visie omdat het fideïcommissaire bezwaar zelf is vervallen. Aangezien het eindresultaat voor beide gevallen – ook fiscaal – exact hetzelfde is, betreft het hier een vrij academische discussie.”

Brinkman betwist het academische karakter van de discussie door te wijzen op [art. 4:140 BW](#). Is de tweede visie – het legaat van de zoon als ontbindende voorwaarde voor het fideï-commis zelf – de juiste, dan betwijfelt Brinkman of deze voorwaarde bestreken wordt door [art. 4:141 BW](#). Vooralsnog acht hij de eerste visie overigens meest aannemelijk en dan schuilt in [art. 4:140 BW](#) geen gevaar.¹⁹ Daar houd ik het dan ook maar op. Zou de zoon slechts beperkte tijd testamentair kunnen beschikken, dan zou dat een lelijke streep door de rekening zijn van het op het oog toch zo ruimhartige Boerenplaatsje-arrest.

3.3. Afgifte legaat

3.3.1. Scenario A

Het ligt voor de hand dat het kleinkind belast is met de afgifte van het vruchtgebruiklegaat.²⁰ Het kleinkind zal normaal gesproken immers van

rechtswege eigenaar zijn geworden van de bezwaarde woning door het overlijden van de zoon.²¹ Overleeft het kleinkind zijn vader niet, dan rust het legaat op (de erfgenamen van de) de zoon. Dit lijkt mij voortvloeien uit [art. 4:118 lid 1 BW](#).

3.3.2. Scenario B

In scenario B legateert de zoon het vruchtgebruik van de woning. Het kleinkind zal door het overlijden van de zoon echter van rechtswege vol eigenaar van de woning zijn geworden. Hoe kunnen de erfgenamen van de zoon, die aansprakelijk zijn voor het legaat,²² het vruchtgebruik van diezelfde woning dan afgeven?^{23 24}

Volgens Brinkman komt in dit geval het legaat van de zoon, door een ruime lezing van [art. 4:117 lid 2 BW](#), als zodanig ten laste van het kleinkind als erfgenaam van vader.²⁵

Ik denk dat de Boerenplaatsje-clausule in vaders testament in ieder geval impliceert dat de erfgenamen van de zoon medewerking van de verwachter kunnen vorderen om het legaat tot zijn recht te laten komen. Deze uitleg acht Brinkman ook denkbaar.²⁶ Het lijkt mij zinvol, ter voorkoming van uitleg, dat vader zo'n vorderingsrecht – een legaat – expliciet toekent aan de erfgenamen van de bezwaarde, maar ook aan schoondochter.²⁷

Doordat vader en zoon beiden testamentair beschikken over de woning, levert de vestiging van het vruchtgebruik de nodige hoofdbrekens op. Een testamentair bewind over de verkrijgingen uit de tweetrapsmaking, zou de afwikkeling kunnen

¹⁷ Brinkman, Het fideïcommis in de notariële praktijk (diss. 2014), BJU, Familie & Recht, deel 11, par. 1.6.2.

¹⁸ WPNR 2004/6574 onder 5.

¹⁹ Brinkman, t.a.p., par. 1.6.2.1 en 1.6.2.3.

²⁰ Zo ook Reinhartz in Tijdschrift Erfrecht 2005/2.

²¹ Vragen over zaaksvervanging en registergoederen laat ik hier buiten beschouwing. Zie hierover bijvoorbeeld Asser/Perrick 4, 2013/203.

²² [Art. 4:117 BW](#).

²³ In feite zijn zij belast met een legaat van andermans goed ([art. 4:49 BW](#)). Uit de achtergrond van het legaat, de Boerenplaatsje-clausule die de zoon zal hebben vermeld in zijn testament, valt af te leiden dat de zoon het legaat niettemin heeft gewild.

²⁴ Stel zoon had van vader de volle eigendom mogen legateren en deze bevoegdheid gebruikt. Volgens Brinkman (t.a.p., par. 1.6.2.3) wordt schoondochter dan niet van rechtswege eigenaar van de woning. Eens, want dat vereist levering aan haar. Maar wie is leveringsbevoegd? Brinkman stelt dat de woning van rechtswege bij de kleinzoon als verwachter belandt. Dit valt te betwijfelen. Maakt de woning onderdeel uit van het overschot dat vanzelf aan het kleinkind toevalt, of blijft de woning in de nalatenschap van de zoon achter? Dit hangt volgens mij af van de uitleg van de Boerenplaatsje-clausule. Die kan inhouden dat het (effect sorterende) legaat van de zoon op zichzelf volstaat voor goederenrechtelijke onttrekking van de woning aan het overschot. De woning blijft dan in zijn nalatenschap achter en zijn erfgenamen kunnen het legaat afgeven. Zo verliep het overigens ook in de casus van het Boerenplaatsje-arrest. Het boerenplaatsje bleef door de (onttrekkings)beschikking van de bezwaarde in zijn nalatenschap hangen. Zie noot 12.

²⁵ Brinkman, t.a.p., par. 1.6.2.3.

²⁶ Brinkman, t.a.p., par. 1.6.2.3, noot 163.

²⁷ Zonder vorderingsrecht jegens de kleinzoon, zou met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) de druk opgevoerd kunnen worden.

bevorderen.²⁸ Dit geldt overigens meer in het algemeen voor de afwikkeling van een tweetrapsmaking.

4. Conclusie

Door een tweetrapsmaking kan de partner van de bezwaarde uiteindelijk in de kou staan. Het tweetrapsvermogen valt niet in de nalatenschap van de bezwaarde, maar is voorbestemd voor de verwachter.

De insteller van de tweetrap kan een tussenoplossing nastreven. Zo kan vader bijvoorbeeld het vruchtgebruik van de bezwaarde woning aan zijn schoondochter legateren als zijn zoon als bezwaarde erfgenaam overlijdt (scenario A). Vader kan dit ook overlaten aan de zorg van de zoon zelf (scenario B, Boerenplaatsje-arrest).

Bij het maken van het testament van vader en bij het overlijden van de zoon, zal in beide gevallen aandacht moeten zijn voor de bestaansis in [art. 4:56 BW](#) en de vervaltermijn van [art. 4:140 BW](#) en alertheid bij de afgifte van het legaat.

Mijn conclusie op deze onderdelen:

1. in scenario A zal schoondochter al geboren moeten zijn bij het overlijden van (schoon)vader en in scenario B (Boerenplaatsje) niet;
2. in beide scenario's is verdedigbaar dat [art. 4:140 BW](#) geen spelbreker is voor schoondochter, mocht de zoon zijn vader meer dan dertig jaar overleven;
3. de vestiging van het vruchtgebruik kan vooral in scenario B (Boerenplaatsje) hoofdbreken opleveren, doordat vader en zoon beiden testamentair beschikken over de woning. Met wat goede wil is de verwachter – erfgenaam van vader – aansprakelijk te houden voor het legaat van de zoon.

²⁸ [Art. 4:155 lid 3 BW](#).