

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
2. Terreinverkenning: makingen onder tijdsbepaling en onder voorwaarde	3
3. Conversie in vruchtgebruik bij een making onder tijdsbepaling	5
4. De rechtsverhouding bij een voorwaardelijke making	6
4.1 Externe relatie	7
4.2 Interne relatie van de bezwaarde en de verwachter(s)	8
4.3 Einde van het bezwaar	13
5. Bestaanseis	14
6. De dertigjaarsregeling	14
7. Tweetrapsmakingen	15
8. Veelvoorkomende testamentaire clausules bij tweetrapsmakingen	17
9. Tweetrapsmakingen in de rechtspraak	24
10. Praktische toepassingsmogelijkheden	42
11. Beletten of teweegbrengen van de vervulling van een voorwaarde	45

## 1. Inleiding

Ook op het terrein van het erfrecht komt het betere juridische trapeze- of denkwerk voor. Ingewikkelde testamentaire constructies worden opgetuigd om de erflater in staat te stellen verschillende personen *na elkaar* van hem te laten erven. De nalatenschap van erflater of een legaat uit deze nalatenschap komt in dat geval eerst toe aan A en daarna (bijvoorbeeld na het overlijden van A of op een ander door de erflater bepaald moment) aan B. Hier komen twee *achtereenvolgende* erfrechtelijke verkrijgers van *dezelfde verkrijging* (of wat daarvan nog resteert) in beeld. Op deze wijze kan de erflater nog vele jaren later over zijn graf heen regeren en zijn wil aan erfgenamen en/of legatarissen dwingend opleggen door te bepalen wat er met zijn nalatenschap - zelfs ná het overlijden van de eerstgeroepene (A) of op een ander moment - dient te gebeuren. Het instrument dat daarvoor wordt gehanteerd, is de voorwaardelijke making. De voorwaardelijke making is met een populair taalgebruik ook wel bekend onder de benaming 'tweetrapsmaking'.

Om een reeks van redenen kan door een erflater voor een voorwaardelijke making gekozen worden (zie verder § 10 voor legio toepassingsmogelijkheden). Traditioneel wordt voor een dergelijk instrument gekozen indien het vermogen van de erflater in de familie dient te blijven (het zogeheten 'doorgeefvermogen'). Het kan dan om familie-erfgoed gaan, maar ook om het vermogen van de erflater dat niet via het kind naar de ex-echtgenoot van de erflater of naar de echtgenoot van het kind mag vererven. Ook om redenen van estate

planning, oftewel ter besparing van erfbelasting, kan de voorwaardelijke making haar diensten bewijzen. De voorwaardelijke making is daarmee een mooi planningsinstrument, dat door creatieve estate planners meer dan eens wordt ingezet. Weer een ander voorbeeld waarin de voorwaardelijke making van pas kan komen, is de wens van de erflater om ook ongebornen als erfrechtelijke verkrijgers in zijn nalatenschap te betrekken.

Afdeling 5 van titel 5 (Onderscheiden soorten van uiterste wilsbeschikkingen) van Boek 4 BW handelt over de voorwaardelijke makingen. Het opschrift van deze afdeling luidt: 'Makingen onder tijdsbepaling en onder voorwaarde' (art. 4:136 e.v. BW). Onder een 'making' wordt zowel een erfstelling als een legaat verstaan. Ook het algemene vermogensrecht regelt dat een rechtshandeling – tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit – onder een tijdsbepaling of een voorwaarde verricht kan worden (art. 3:38 lid 1 BW).<sup>1</sup> Daaraan is toegevoegd dat de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft (art. 3:38 lid 2 BW). De werking van een tijdsbepaling en een voorwaarde bij erfrechtelijke makingen is dezelfde als in het algemene vermogensrecht. Deze notie is met name van belang, omdat afdeling 4.5.5 BW zelf geen allesomvattende regeling bevat van de rechtsfiguur van de voorwaardelijke making. In voorkomend geval zal om die reden voor het oplossen van rechtsvragen niet alleen bij het erfrecht van Boek 4 BW, maar ook bij het algemene vermogensrecht van Boek 3 BW te rade gegaan moeten worden.

Onder het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht was de voorwaardelijke making bekend onder een andere benaming, te weten het fideï-commis. Het fideï-commis kende onder het oude erfrecht een geheel uitgeschreven wettelijke regeling. Zo bestonden onder het oude erfrecht (i) het gewone of zuiver fideï-commis met bewaarplicht (art. 4:1020 e.v. BW (oud)) en (ii) het fideï-commis de residuo (art. 4:1036 e.v. BW (oud)), ook wel genoemd de 'making over de hand van het overschot'. Het kenmerkende van deze laatste rechtsfiguur is dat de erflater – *de insteller* – de mogelijkheid wordt geboden te bepalen dat het op enig moment aanwezige eventuele overschot van het door hem aan de erfgenaam of legataris vermaakte – die erfgenaam of legataris is dan *de bezwaarde* – overgaat op een na deze bezwaarde geroepen persoon, *de verwachter*. Dat verklaart ook de benaming 'making over de hand', en wel een making over de hand van de eerstgeroepene. De bezwaarde en de verwachter erven in dit geval niet naast elkaar van de erflater, maar – als gezegd – *na elkaar*.

Het kenmerkende verschil tussen het fideï-commis (de residuo) en de voorwaardelijke making of tweetrapsmaking volgens het geldende erfrecht is, dat *de voorwaardelijke making* als zodanig niet bestaat. De erflater dient met een voorwaardelijke making namelijk zelf aan de slag te gaan. De erflater dient de inhoud van deze making (erfstelling of legaat) en de voorwaarde(n) waaraan deze is onderworpen precies te bepalen. Dit in tegenstelling tot het oude fideï-commis (de residuo), welke rechtsfiguur pasklaar en geheel uitgeschreven in de wet was opgenomen. In Boek 4 BW zijn nog wel enkele reminiscenties van de oude wettelijke regeling van het fideï-commis aan te wijzen. Zo worden in art. 4:141 BW de termen 'bezwaarde' en 'verwachter' gehanteerd en zelfs in recente rechtspraak klinken herinneringen aan het oude fideï-commis nog wel eens door.

---

<sup>1</sup> Art. 3:38 BW maakt deel uit van titel 2 (Rechtshandelingen) van Boek 3 BW.

## 2. Terreinverkenning: makingen onder tijdsbepaling en onder voorwaarde

Uit afdeling 5 van titel 4 van Boek 4 BW blijkt dat een erfstelling en een legaat aan een voorwaarde kunnen worden onderworpen. Aan de erflater zal grote testeervrijheid toekomen om de inhoud van die voorwaarde(n) nader te bepalen (bijvoorbeeld een studie- of rampenclausule), maar daarvoor gelden wel enige grenzen. Zo wordt een voorwaarde die onmogelijk te vervullen is, of die in strijd is met de goede zeden, de openbare orde of een dwingende wetsbepaling voor niet geschreven gehouden. De uiterste wilsbeschikking zelf (en dat is de erfstelling of het legaat in het testament waaraan een voorwaarde is verbonden) is slechts dan nietig, indien deze voorwaarde de beslissende beweegreden is geweest tot het maken van die beschikking (art. 4:45 lid 1 BW). Het spreekt voor zich dat het uiteindelijke oordeel of een voorwaarde in strijd is met de openbare orde of de goede zeden aan de rechter is voorbehouden. De notaris zal zijn ministerie bij het passeren van een testament met daarin een making met (een) mogelijk discutabele voorwaarde(n) niet te snel mogen weigeren (vgl. art. 21 Wet op het notarisambt). In lijn hiermee oordeelde een kantonrechter in zijn vonnis van 16 augustus 2017<sup>2</sup>:

*“De testeervrijheid is een belangrijk uitgangspunt van het erfrecht. Deze vrijheid dient zo veel mogelijk te worden gerespecteerd. De beperkingen die art. 4:44 en art. 4:45 lid 1 BW in het belang van de goede zeden en de openbare orde aan de testeervrijheid stellen, dienen restrictief te worden geïnterpreteerd. Het oordeel over de vraag of een bepaalde uiterste wilsbeschikking nietig is en/of in strijd is met de goede zeden of de openbare orde is primair voorbehouden aan de rechter. De notaris dient zich terughoudend op te stellen bij zijn beoordeling of hij in dit verband gehouden is zijn diensten te weigeren.”*

Voorwaardelijke makingen zijn er in alle soorten en maten. Dat blijkt uit de navolgende terreinverkenning.

### *Making onder tijdsbepaling en voorwaarde*

Onderscheid kan worden gemaakt tussen: (i) een making onder een tijdsbepaling en (ii) een making onder een voorwaarde. In beide gevallen wordt de erfrechtelijke verkrijging afhankelijk gesteld van het intreden van een toekomstige gebeurtenis. De erflater heeft dan bepaald dat voorafgaand aan het intreden van een bepaalde gebeurtenis de verkrijging aan A als erfgenaam of legataris toekomt en ná het intreden van die gebeurtenis aan B als erfgenaam of legataris.

Bij een making onder een *tijdsbepaling* bestaat zekerheid dat de toekomstige gebeurtenis zal plaatsvinden. Onzeker is slechts wanneer die gebeurtenis plaatsvindt. In de testamentenpraktijk komen dergelijke makingen onder een tijdsbepaling weinig voor. Bij een making onder een *voorwaarde* is onzeker of de toekomstige gebeurtenis überhaupt zal plaatsvinden (en ook wanneer dat dan gebeurt). Zoals hierna zal blijken, is het onderscheid tussen een tijdsbepaling en een voorwaarde van belang in verband met de (overeenkomstige) toepasselijkheid van de wettelijke bepalingen over vruchtgebruik (titel 8 van Boek 3 BW) in de relatie tussen de bezwaarde (de erfrechtelijke verkrijger onder

---

<sup>2</sup> Rechtbank Noord-Holland 16 augustus 2017, [ECLI:NL:RBNHO:2017:6960](https://eclw.nl/rechtspraak/ERCLI:NL:RBNHO:2017:6960).

ontbindende voorwaarde) en de verwachter (de erfrechtelijke verkrijger onder opschortende voorwaarde) (§ 4).

### *Opschortende en ontbindende tijdsbepaling en voorwaarde*

Verder kan nog een onderscheid gemaakt worden tussen: (i) een opschortende voorwaarde of tijdsbepaling en (ii) een ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling.

Bij een erfrechtelijke verkrijging onder een opschortende *tijdsbepaling* is de aanvang van de verkrijging uitgesteld totdat de zekere gebeurtenis zich voordoet. Bij een verkrijging onder een ontbindende tijdsbepaling heeft de betrokken erfgenaam of legataris meteen verkregen, maar eindigt zijn recht indien de zekere gebeurtenis zich voordoet.

Bij een verkrijging onder een opschortende *voorwaarde* is het onzeker of de gebeurtenis zich voordoet en de verkrijger ooit zal verkrijgen. Dat hangt af van het al dan niet intreden van de onzekere gebeurtenis. Bij een verkrijging onder een ontbindende voorwaarde is het eveneens onzeker of de gebeurtenis zich voordoet en het recht van de verkrijger dat hij meteen heeft verkregen ooit zal eindigen. Het in vervulling gaan van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht. Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt slechts een recht verkregen dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen (art. 3:84 lid 4 BW). Zie verder § 4 voor de consequenties van deze bijzondere regels van ons algemene vermogensrecht.

Met deze verschillende modaliteiten (te weten (i) een tijdsbepaling of voorwaarde en (ii) een opschortende of ontbindende tijdsbepaling of voorwaarde) voor ogen zouden de volgende voorbeelden van makingen onder tijdsbepaling of voorwaarde gegeven kunnen worden. De voorbeelden gaan uit van een erfstelling, maar hetzelfde geldt voor een legaat.

### *Erfstelling onder tijdsbepaling*

Erflater benoemt in zijn testament X tot diens overlijden als enig erfgenaam en na het overlijden van X wordt Z tot erfgenaam benoemd, waarbij daaraan nog is toegevoegd dat het recht dat Z onder opschortende tijdsbepaling verkrijgt, kan vererven.

Het gaat hier om een erfstelling onder tijdsbepaling. Zeker is dat X ooit zijn ogen definitief zal sluiten. Voor X is dit een erfstelling onder ontbindende tijdsbepaling (het tijdstip van zijn overlijden), voor Z is het een erfstelling onder opschortende tijdsbepaling (eveneens het tijdstip van overlijden van X). In dit geval vindt krachtens de wet automatisch conversie (ook wel genoemd omzetting) van de erfstelling onder tijdsbepaling in vruchtgebruik plaats, omdat de wetgever geen voorstander is van tijdelijke eigendom (zie verder § 3).

### *Erfstelling onder voorwaarde*

Erflater benoemt X in zijn testament tot enig erfgenaam en daarnaast ook Z onder de voorwaarde dat hij X overleeft (of een andere onzekere voorwaarde).

Het gaat hier om een erfstelling onder voorwaarde. X zal zeker overlijden. Onzeker is echter of ten tijde van zijn overlijden Z nog in leven is. Als Z vóór X overlijdt, dan heeft X onvoorwaardelijk verkregen en de nalatenschap van de erflater zal na het overlijden van X vererven naar zijn erfgenamen. Bij een erfstelling onder voorwaarde wordt degene die in

eerste instantie geroepen wordt (X) geen vruchtgebruiker, maar zijn de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing in de relatie tussen X en Z (zie verder § 4). Dat is verklaarbaar, omdat het in dit geval nu eenmaal onzeker is of Z überhaupt aan bod zal komen.

### 3. Conversie in vruchtgebruik bij een making onder tijdsbepaling

Een making onder tijdsbepaling zou tot tijdelijke eigendom leiden. A zou dan eerst gedurende een bepaalde periode de eigendom van (een deel van) de nalatenschap verkrijgen, en na een zekere tijd B. Tijdelijke eigendom wordt door de wetgever niet wenselijk geacht en daarom converteert art. 4:136 lid 1 BW een erfstelling onder tijdsbepaling automatisch in een legaat van vruchtgebruik. De erfstelling onder tijdsbepaling wordt aangemerkt als een dadelijk ingaande erfstelling van degene die, bij uitvoering van de uiterste wil zoals deze luidt, het laatst tot het erfdeel zou zijn geroepen (B, de verwachter). Deze erfstelling ten gunste van B wordt belast met een legaat van vruchtgebruik van het erfdeel voor de gestelde tijd ten behoeve van degene die het eerst tot het erfdeel zou zijn geroepen (A, de bezwaarde).

Niet alleen een erfstelling onder tijdsbepaling, ook een legaat onder tijdsbepaling wordt van rechtswege geconverteerd in vruchtgebruik, hoewel Boek 4 BW daarover geen specifieke bepaling bevat. De conversie van een legaat onder tijdsbepaling in een legaat van vruchtgebruik berust in dit geval op art. 3:85 BW<sup>3</sup>, een bepaling uit het algemene vermogensrecht.

De oorsprong van deze regeling ligt in het feit dat de ontwerper van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Prof. Meijers, een afkeer had van tijdelijke eigendom, die door een making onder tijdsbepaling zou ontstaan. Meijers was blijkens de parlementaire geschiedenis van Boek 4 BW<sup>4</sup> van mening dat er geen andere rechtsfiguur naast het vruchtgebruik nodig is voor dit soort gevallen:

*“Een erfstelling kan, volgens het ontwerp, niet onder een tijdsbepaling worden gemaakt. Een tijdelijke eigendom heeft in zijn regeling zoveel gelijkenis met een vruchtgebruik, dat het niet wenselijk is geoordeeld, hier twee verschillende rechtsfiguren te erkennen. Ook in de praktijk komt een zodanige in de tijd beperkte eigendom zelden voor. (...) Niet alleen wordt een erfstelling onder tijdsbepaling niet toegelaten, maar evenmin het legaat van de eigendom van een bepaalde zaak onder tijdsbepaling.”*

In het hiervoor in § 2 gegeven voorbeeld - de erflater benoemt in zijn testament X tot diens overlijden als enig erfgenaam en na het overlijden van X wordt Z benoemd, waarbij daaraan nog is toegevoegd dat het recht dat Z onder opschortende tijdsbepaling verkrijgt, kan vererven - leidt dit tot het volgende resultaat. De erfstelling met een tijdsbepaling ten

---

<sup>3</sup> Art. 3:85 lid 1 BW luidt als volgt: *“Een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed voor een bepaalde tijd, wordt aangemerkt als een verbintenis tot vestiging van een vruchtgebruik op het goed voor de gestelde tijd.”* Lid 2 voegt daaraan toe: *“Een verbintenis tot overdracht van een goed onder opschortende tijdsbepaling, wordt aangemerkt als een verbintenis tot onmiddellijke overdracht van het goed met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik van de vervreemder op het goed voor de gestelde tijd.”*

<sup>4</sup> TM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 801.

gunste van X wordt op grond van art. 4:136 lid 1 BW omgezet in een erfstelling ten gunste van Z, belast met een legaat van vruchtgebruik van het erfdeel van Z ten gunste van X. X heeft als erfgenaam onder ontbindende tijdsbepaling een recht van vruchtgebruik verkregen totdat de gebeurtenis zich heeft voorgedaan (in dit geval zijn overlijden of een ander, door de erflater bepaald tijdstip dat wordt bereikt). Het recht van vruchtgebruik ten gunste van X zal dan nog wel gevestigd moeten worden. In de praktijk zal er, gelet op de door art. 4:136 lid 1 BW voorgeschreven wettelijke conversie, in een dergelijk geval meteen voor gekozen worden om Z tot enig erfgenaam te benoemen onder de verplichting een recht van vruchtgebruik te vestigen ten gunste van X. Het vruchtgebruiktestament zal dan een uitgewerkte regeling bevatten voor het te vestigen vruchtgebruik en de bevoegdheden van de vruchtgebruiker.

#### *Legaat van vruchtgebruik met bevoegdheid tot vervreemding en vertering*

In geval van een erfstelling onder een ontbindende tijdsbepaling *zonder* een daarbij aansluitende erfstelling onder een opschortende tijdsbepaling komt de eerstgeroepene een recht van vruchtgebruik met bevoegdheid tot vervreemding en vertering toe (vgl. art. 3:215 BW), voor zover de erflater deze bevoegdheid niet heeft uitgesloten (art. 4:136 lid 2 BW). Met de uitbreiding van deze bevoegdheden is de facto sprake van een 'tijdelijke erfgenaam'. Aan de vruchtgebruiker komen dan immers de meest essentiële eigenaarsbevoegdheden toe: de bevoegdheid tot vervreemding en vertering. De wetgever gaat er in dit geval vanuit dat de erflater door in zijn testament geen aandacht te schenken aan de aansluitende benoeming van de erfgenaam onder opschortende tijdsbepaling beoogd zal hebben de erfgenaam onder ontbindende tijdsbepaling óók de bevoegdheid tot vervreemding en vertering van zijn erfdeel toe te kennen.

Voor legaten wordt een vergelijkbare regel gegeven in art. 3:85 BW, dat handelt over verbintenissen tot overdracht van een goed voor een bepaalde tijd of onder een opschortende tijdsbepaling. Hier worden geen nadere wettelijke regels gegeven met betrekking tot het karakter van het vruchtgebruik. De inhoud van het vruchtgebruik wordt primair bepaald door de wettelijke bepalingen betreffende het vruchtgebruik (titel 8 van Boek 3 BW, art. 3:201 e.v. BW), maar het wordt verder aan de erflater overgelaten om - voor zover mogelijk - daarvan af te wijken of daaraan een nadere invulling te geven. De inhoud van de oorspronkelijke verbintenis bepaalt namelijk mede welke bevoegdheden aan het te vestigen vruchtgebruik moeten worden verbonden.<sup>5</sup> Het vruchtgebruik eindigt definitief door het overlijden van de vruchtgebruiker (art. 3:203 lid 2 BW).<sup>6</sup>

#### **4. De rechtsverhouding bij een voorwaardelijke making**

Bij een making onder voorwaarde is het (anders dan bij een making onder tijdsbepaling) niet zeker of degene die in tweede instantie wordt geroepen (de verwachter) daadwerkelijk aan zijn trekken zal komen. Onzeker is immers of de voorwaarde waaronder de making is gedaan in vervulling zal gaan. Wettelijke conversie in vruchtgebruik zoals bij de making onder tijdsbepaling is dan ook niet mogelijk (§ 3). De wet geeft daarom in art. 4:138 BW

---

<sup>5</sup> MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 320.

<sup>6</sup> Nota II, Parl. Gesch. InvW Boek 3, p. 1204.

enige regels voor de rechtsverhouding tussen de erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) en de erfgenaam onder opschortende voorwaarde (de verwachter).

#### 4.1 Externe relatie

Wanneer een erfstelling onder een voorwaarde is gemaakt, wordt degene aan wie het vermaakte tot de vervulling van de voorwaarde toekomt (de bezwaarde) als de uitsluitend rechthebbende aangemerkt voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsvorderingen (art. 4:138 lid 1 BW). Aan de bezwaarde wordt bij een voorwaardelijke making aldus in de relatie tot derden een prominente positie toegekend. Dat is verklaarbaar, omdat het recht van de onder opschortende voorwaarde geroepene (de verwachter) onzeker is. Men kent daarom aan de bezwaarde tegenover derden de positie van eigenaar toe, althans ten aanzien van de uit te oefenen rechten en de door hem tegen derden in te stellen rechtsvorderingen. Derden mogen er derhalve van uitgaan dat de bezwaarde de uitsluitend rechthebbende van het vermaakte is.

Daarmee is evenwel niet gezegd dat de bezwaarde gerechtigd is om onvoorwaardelijk over het vermaakte te beschikken. Beschikkingsdaden kan de bezwaarde uit de aard der zaak slechts verrichten met eerbiediging van de voorwaarde waaronder hij zelf zijn recht heeft verkregen. In beginsel kan de bezwaarde niet meer overdragen dan zijn voorwaardelijk recht. Hier komt de werking van art. 3:84 lid 4 BW naar voren (vgl. § 2 hiervoor). Aldaar wordt bepaald dat wanneer ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis wordt geleverd, slechts een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen. Een belangrijke regel van ons algemene vermogensrecht luidt namelijk dat niemand meer rechten aan een ander kan overdragen dan hij zelf heeft.<sup>7</sup> Zo zal een bloot-eigenaar wiens goed belast is met een recht van vruchtgebruik, in beginsel niet meer dan die bloot-eigendom aan een ander kunnen overdragen. Indien een goed door de bezwaarde onder een ontbindende voorwaarde is verkregen, dan kan overdracht van dat goed in beginsel alleen onder diezelfde voorwaarde plaatsvinden. Slechts via de gewone regels van derdenbescherming kunnen derden te goeder trouw worden beschermd. Derden die onbekend zijn met de voorwaarde en te goeder trouw zijn bij hun verkrijging van de bezwaarde, zullen beschermd worden. De voorwaarde werkt dan niet ten nadele van deze derden en zij kunnen dan onvoorwaardelijk verkrijgen.<sup>8</sup> Het feit dat een registergoed is verkregen onder ontbindende voorwaarde kan worden ingeschreven in de openbare registers van art. 3:16 BW. Die inschrijving in de openbare registers werpt een dam op tegen derdenbescherming. Art. 3:23 BW bepaalt namelijk dat het beroep van een verkrijger van een registergoed op goede trouw niet wordt aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend.

Het voorgaande betekent dat bij de tweetrapsmaking waarbij aan de bezwaarde de bevoegdheid tot vervreemding en vertering van de vermaakte goederen is toegekend (vgl. art. 4:138 lid 2 BW j° art. 3:215 lid 1 BW) de bezwaarde wel bevoegd is tot

---

<sup>7</sup> In een Latijns adagium: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.

<sup>8</sup> TM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 811.

onvoorwaardelijke vervreemding en bezwaring, alsmede tot het verteren daarvan.<sup>9</sup> Die bevoegdheid kan evenwel op een bepaalde wijze worden beperkt.

De verwachter - de gerechtigde onder *opschortende* voorwaarde - verkrijgt zijn volwaardige recht pas daadwerkelijk wanneer de voorwaarde is vervuld. Daarvoor is hij slechts opschortend gerechtigd (vgl. HR 3 juni 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1046](#), JOR 2016/287).

De gevolgen van het intreden van een voorwaarde treden door het plaatsvinden van de onzekere gebeurtenis zonder terugwerkende kracht (en dus ex nunc ex art. 3:38 lid 2 BW) en van rechtswege in, als de voorwaarde tenminste goederenrechtelijk is geformuleerd. De vervulling van een voorwaarde met betrekking tot een registergoed is inschrijfbaar in de openbare registers op grond van art. 3:17 onder c BW, maar de inschrijving van de vervulling van de voorwaarde is niet constitutief voor de inwerkingtreding van de rechtsgevolgen van het vervullen van de voorwaarde. Als de vervulling van de voorwaarde niet is ingeschreven, maar de voorwaardelijk gestelde rechtshandeling wel, dan geldt de voorwaarde als vervuld maar kunnen derden die daarvan onkundig waren een beroep doen op art. 3:24 BW dat hen beschermt tegen inschrijfbare feiten die niet in de openbare registers zijn ingeschreven.

#### 4.2 Interne relatie van de bezwaarde en de verwachter(s)

Voor het overige vinden, zolang de vervulling van de voorwaarde onzeker is, de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik, zoals geregeld in titel 8 van Boek 3 BW, overeenkomstige toepassing (art. 4:138 lid 2 BW). Dientengevolge is de bezwaarde verplicht het vermaakte gelijk een vruchtgebruiker te bewaren en in stand te houden, tenzij de erflater de bezwaarde de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden (eveneens art. 4:138 lid 2 BW).

In dit geval is er geen sprake van wettelijke conversie in vruchtgebruik (vgl. § 3). De wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik zoals geregeld in titel 8 van Boek 3 BW zijn in dit geval "*van overeenkomstige toepassing*" (art. 4:138 lid 2 BW). Deze verwijzing naar de spelregels van het recht van vruchtgebruik is slechts van belang als de erflater zelf niets heeft geregeld. De erflater is - als de insteller van de voorwaardelijke making - degene die de voorwaarden hier in eerste instantie kan bepalen. Hij kan allerlei (beperkende) voorschriften aan de bezwaarde opleggen met betrekking tot vervreemden, verteren en/of schenken van hetgeen vermaakt wordt.

In geval van een erfstelling onder een ontbindende voorwaarde *zonder* een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde is de bezwaarde jegens degene aan wie het vermaakte bij vervulling van de voorwaarde toekomt (de verwachter), bevoegd de goederen te vervreemden en te verteren op dezelfde voet als een vruchtgebruiker aan wie deze bevoegdheid is gegeven, voor zover de erflater niet anders heeft bepaald (art. 4:138 lid 3 BW). Ook hier wordt betekenis toegekend aan het gegeven dat de erflater in zijn testament geen aandacht heeft geschonken aan de aansluitende benoeming van een

---

<sup>9</sup> Onder 'verteren' wordt verstaan iedere onttrekking van vermogensbestanddelen waarvoor geen andere vermogensbestanddelen in het vermogen terugkomen dan wel het verrichten of nalaten van (rechts)handelingen die tot gevolg hebben dat het tweetrapsvermogen teloor gaat zonder dat er een tegenwaarde voor in de plaats treedt.



erfgenaar onder opschortende voorwaarde (de verwachter).<sup>10</sup> Daardoor ontstaat meer ruimte voor de erfgenaar onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) om over het vermaakte te kunnen beschikken.

### *Afwijking van dwingendrechtelijke voorschriften mogelijk?*

Een twistpunt in rechtspraak en literatuur is nog wel of bij de vormgeving van de relatie tussen de bezwaarde (de erfgenaar onder ontbindende voorwaarde) en de verwachter (de erfgenaar onder opschortende voorwaarde) van de dwingendrechtelijke voorschriften van de wettelijke regeling van het vruchtgebruik kan worden afgeweken. Dwingendrechtelijk zijn bijvoorbeeld de wettelijke voorschriften aangaande (i) de boedelbeschrijving (art. 3:205 lid 1 BW) en (ii) de jaarlijkse opgave (art. 3:205 lid 4 BW). Dat deze bepalingen van het vruchtgebruikregime van titel 8 van Boek 3 BW dwingendrechtelijk zijn, bepaalt art. 3:205 lid 5 BW: *“De vruchtgebruiker kan van de verplichtingen die ingevolge de voorgaande leden op hem rusten, niet worden vrijgesteld.”* Het is nog geen definitief uitgemaakte zaak dat van deze dwingende bepalingen bij een erfstelling onder een voorwaarde niet kan worden afgeweken, nu deze voorschriften betreffende het vruchtgebruik slechts *“van overeenkomstige toepassing”* zijn (art. 4:138 lid 2 BW).

Gelden de verplichtingen van de vruchtgebruiker om een boedelbeschrijving op te maken en een jaarlijkse opgave te doen van het vruchtgebruikvermogen ook dwingend voor de erfgenaar onder ontbindende voorwaarde? Is het mogelijk om van deze verplichtingen in een testament rechtsgeldig af te wijken, en de erfgenaar onder ontbindende voorwaarde daarvan vrij te stellen? In de literatuur bestaan er twee kampen. Het ene kamp zweert bij de dwingendrechtelijke bepalingen, omdat de wet dat nu eenmaal in één zin bepaalt.<sup>11</sup> Het andere kamp ziet meer ruimte om van de dwingendrechtelijke voorschriften van het vruchtgebruik af te wijken, omdat het nu eenmaal de erflater als insteller van de voorwaardelijke making is die uiteindelijk de voorschriften van de making moet kunnen bepalen.<sup>12</sup> Verder verwijst dit kamp naar een uitspraak van de minister in de parlementaire geschiedenis<sup>13</sup>:

*“Het voorgaande komt erop neer dat de verwijzing naar de vruchtgebruikbepalingen inderdaad lang niet alle bepalingen betreft en dan ook slechts dient als een hulpmiddel om bij gebreke van een regeling in het testament tot een redelijk uitkomst te komen.”*

Dat de wetgever de voorschriften betreffende het vruchtgebruik slechts als *“hulpmiddel”* bij gebreke van een andersluidende regeling aanmerkt, geeft volgens dit kamp steun aan de opvatting dat aan de erflater bij het vormgeven van de interne relatie tussen de bezwaarde en de verwachter in dit opzicht de nodige vrijheid toekomt, en dat de verwijzing naar de

---

<sup>10</sup> Bij gebreke van een testamentaire benoeming wijst het versterfrecht van art. 4:10 BW de erfgenaam(en) onder opschortende voorwaarde aan.

<sup>11</sup> Tot dit kamp kunnen worden gerekend Verstappen (Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2020, p. 307-308) en Brinkman (Het fideïcommis in de notariële praktijk (pft. RUG), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 95)

<sup>12</sup> Tot het andere kamp kunnen worden gerekend de gebroeders Schols (FTV 2003/7) en Vegter (WPNR 2020/6486).

<sup>13</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 17 141, nr. 12, p. 53.

overeenkomstige toepassing van de voorschriften betreffende het vruchtgebruik blijkt geeft van een regelend karakter.

De twee kampen hebben elkaar getroffen in een vonnis van de rechtbank Gelderland van 11 oktober 2017, [ECLI:NL:RBGEL:2017:6592](#). In het vonnis zijn de posities van de strijdende kampen overzichtelijk weergegeven. Heel belangwekkend is dit vonnis intussen niet, omdat het hier besproken twistpunt niet in al zijn scherpste aan de orde kon komen. In het testament was de (dwingendrechtelijk voorgeschreven) jaarlijkse opgave van art. 3:205 lid 4 BW door de bezwaarde namelijk niet uitdrukkelijk of stilzwijgend uitgesloten. Daarom meende de rechtbank met behulp van uitleg van het testament dat de door de verwachter ingestelde vordering tot het doen van een jaarlijkse opgave kon worden toegewezen.

In de testamentenpraktijk wordt met dit twistpunt als volgt omgegaan. Het lijkt geen twijfel dat een beschrijving en vaststelling van het bezwaarde vermogen van groot belang is. Een boedelbeschrijving wordt dan ook in het testament in de regel voorgeschreven en opgemaakt. Ten aanzien van de jaarlijkse opgave en toonplicht redt de praktijk zich met de volgende clausule:

*“De bezwaarde is - slechts indien de wet dit dwingendrechtelijk voorschrijft - verplicht jaarlijks aan de verwachter een ondertekende, nauwkeurige opgave te zenden van de goederen die niet meer aanwezig zijn, van de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen, en van de voordelen die de goederen hebben opgeleverd en die geen vruchten zijn.*

*Voor zover de bezwaarde van het stellen van zekerheid is vrijgesteld, kan de verwachter - slechts indien de wet dit dwingendrechtelijk voorschrijft - jaarlijks verlangen dat hem de aan de tweetrapsmaking onderworpen zaken worden getoond.”*

Slechts voor zover afwijking van het dwingendrechtelijke voorschrift niet mogelijk zou zijn, geldt de plicht tot jaarlijkse opgave en de toonplicht voor de bezwaarde.

Opgemerkt wordt ten slotte dat art. 4:138 lid 2 BW ziet op erfstellingen onder een voorwaarde. Op een legaat onder een voorwaarde zijn de wettelijke voorschriften betreffende vruchtgebruik niet van overeenkomstige toepassing. De erfflater geniet derhalve in dit opzicht volledige testeervrijheid. Soms verdient het daarom de voorkeur om in een testament niet met een erfstelling onder een voorwaarde te werken als dit niet nodig is, aangezien daaraan mogelijk knellende voorschriften betreffende het vruchtgebruik zijn verbonden. Ingeval voor een legaat onder een voorwaarde wordt gekozen, zal in elk geval geen hinder ondervonden worden van de (overeenkomstige toepassing van) dwingendrechtelijke bepalingen van het recht van vruchtgebruik.

*Welke wettelijke bepalingen betreffende het vruchtgebruik komen op voorwaardelijke makingen voor overeenkomstige toepassing in aanmerking?*

Bij het redigeren van tweetrapsmakingen zou aan de volgende wettelijke bepalingen aandacht besteed moeten worden. Het gaat dan om die vruchtgebruikbepalingen die aansluiten bij en verenigbaar zijn met de bepalingen die gelden voor de tweetrapsmaking.

### *Boedelbeschrijving (art. 3:205 lid 1 BW)*

De bezwaarde dient bij aanvang van de tweetrapsmaking een boedelbeschrijving op te maken. Hieruit blijkt welke goederen oorspronkelijk tot het tweetrapsvermogen behoorden. Dat is in het belang van zowel de bezwaarde als de verwachter. De verwachter is immers erfgenaam of legataris onder een opschortende voorwaarde. Het van overeenkomstige toepassing zijnde art. 3:205 lid 1 BW is van dwingend recht. In beginsel zou daarvan niet kunnen worden afgeweken (zie hiervoor). Is deze wettelijke bepaling over de boedelbeschrijving van overeenkomstige toepassing of bevat de uiterste wil daarvoor een uitdrukkelijke bepaling, dan kan de verwachter nakoming van deze wettelijke verplichting vorderen van de bezwaarde.

### *Opgave jaarlijkse mutaties (art. 3:205 lid 4 BW)*

De vruchtgebruiker is verplicht jaarlijks aan de hoofdgerechtigde een ondertekende en nauwkeurige opgave te zenden van de goederen die niet meer aanwezig zijn, van de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen en van de voordelen die de goederen hebben opgeleverd en die geen vruchten zijn. Het lijkt betwistbaar dat deze wettelijke bepaling van overeenkomstige toepassing is op de tweetrapsmaking. Een tweetrapsmaking kan niet op één lijn met vruchtgebruik gesteld worden. De verwachter is geen bloot-eigenaar. De verwachter heeft slechts een voorwaardelijk recht, dat onder meer afhankelijk is van het overleven van de bezwaarde én van de aanwezigheid op dat tijdstip van een overschot. Is dat overschot er niet, dan blijken de jaarlijkse opgaves van mutaties zonder zin te zijn geweest. Tijdens het bezwaar is de bezwaarde de enige rechthebbende.

### *Zekerheid stellen of toonplicht (art. 3:206 BW)*

Is de bezwaarde in de uiterste wil vrijgesteld van de verplichting tot zekerheidstelling, dan zou de verwachter jaarlijks van de bezwaarde kunnen verlangen dat hem de goederen van het tweetrapsvermogen worden getoond. Dat zijn goederen die de verwachter vanwege zijn voorwaardelijke recht wellicht nimmer verkrijgt.

### *Afscheidingsplicht (art. 3:211 BW)*

De vruchtgebruiker is verplicht naar soort bepaalde goederen (zoals geld en effecten) afgescheiden te houden van zijn overige vermogen. Deze bepaling kan bij de tweetrapsmaking goede diensten bewijzen. Voorkomen dient te worden dat deze goederen vermengd worden met soortgoederen van de bezwaarde. In het algemeen kan de eis gesteld worden dat de bezwaarde zijn eigen vermogen afgescheiden houdt van het tweetrapsvermogen.

### *Zaaksvervangning (art. 3:213 BW)*

Ook de regeling van zaaksvervangning geldt voor de tweetrapsmaking. Tot het overschot behoren de goederen die in de plaats treden van de bevoegd door de bezwaarde vervreemde goederen. Hetzelfde is het geval met hetgeen door inning van de tot het tweetrapsvermogen behorende vorderingen wordt ontvangen, alsmede vorderingen tot

vergoeding van schade aan of waardevermindering van het tweetrapsvermogen. Voordelen die het tweetrapsvermogen opleveren behoren eveneens tot het tweetrapsvermogen, tenzij die voordelen als vruchten zijn te beschouwen. Een waardestijging van de tot het tweetrapsvermogen behorende goederen komt daarmee ten goede aan het overschot.

De wettelijke regeling van art. 3:213 BW is onvolledig. Zo kan de verkrijging van een vervangend goed gefinancierd zijn uit het tweetrapsvermogen en/of het eigen vermogen van de bezwaarde. Een criterium ontbreekt om vast te stellen of zaaksvervanging heeft plaatsgevonden en het vervangende goed aldus zal deel uitmaken van het tweetrapsvermogen. Is zaaksvervanging niet aan de orde en is evenmin een financiering uit het tweetrapsvermogen opgenomen, dan kunnen nog vergoedingsrechten ten behoeve van het tweetrapsvermogen ontstaan.<sup>14</sup> Duidelijk is dat een goede administratie behulpzaam zal kunnen zijn bij het vaststellen van zaaksvervanging en eventuele vergoedingsrechten. Ook een bewijsregeling in het testament kan hier van pas komen.

#### *Wederbelegging (art. 3:214 BW)*

Hoofregel is dat overleg tussen de bezwaarde en de verwachter moet plaatsvinden over de wijze waarop het tweetrapsvermogen vruchtdragend zal worden belegd of in het belang van de overige aan de tweetrapsmaking onderworpen goederen besteed zal worden (art. 3:214 lid 1 BW). Die hoofregel is van regeland recht. De insteller van de tweetrapsmaking kan namelijk anders bepalen. Wanneer er een geschil over de belegging of de besteding van de gelden bestaat, beslist een daartoe bij de instelling van de tweetrapsmaking aangewezen persoon of, wanneer een dergelijke persoon niet aanwezig is, de kantonrechter (art. 3:214 lid 2 BW). Tegen een beschikking van de kantonrechter is geen hogere voorziening - hoger beroep of beroep in cassatie - toegelaten.

#### *Vervreemdings- en verteringsbevoegdheid (art. 3:215 BW)*

Aan de bezwaarde kan vervreemdings- en verteringsbevoegdheid toegekend worden. Die bevoegdheid kan onbeperkt zijn, maar de praktijk laat zien dat allerhande beperkingen aan de bezwaarde worden opgelegd. Zo kan bepaald worden dat de bezwaarde eerst zijn eigen vermogen dient te verteren of dat het tweetrapsvermogen alleen verteerd kan worden indien dat noodzakelijk is voor het levensonderhoud van de bezwaarde. Het is ook mogelijk dat verteringen naar evenredigheid van het eigen vermogen en het tweetrapsvermogen dient plaats te vinden. Vervreemdings- en verteringsbevoegdheid kunnen ook toezien op bepaalde goederen van het tweetrapsvermogen of tot een maximumbedrag per jaar. Een andere beperking kan gelegen zijn in een aan de bezwaarde opgelegd schenkingsverbod (art. 4:138 lid 3 BW).

Toezicht op de naleving van deze beperkingen van de vervreemdings- en verteringsbevoegdheid van de bezwaarde zou kunnen worden uitgeoefend door middel van een conflictbewind, een specifieke vorm van testamentair bewind (vgl. art. 4:155 lid 3 BW). Het testamentair bewind wordt dan ingesteld in het belang van zowel degene die het goed bij de vervulling van de voorwaarde verkrijgt (de verwachter), als van degene die het alsdan verliest (de bezwaarde). Het beheer over het tweetrapsvermogen komt dan toe

---

<sup>14</sup> HR 5 oktober 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA6756](https://www.eclinet.nl/HR/2007/BA6756) (zie verder § 9).

aan een bewindvoerder. Zie daarvoor verder het onderdeel 'Bescherming van het nagelaten vermogen met een testamentair bewind'.

### *Rechtspositie van de verwachter*

Bij de tweetrapsmaking is aan de verwachter een voorwaardelijk recht toegekend. Zijn recht is echter onzeker tot het moment waarop de voorwaarde wordt vervuld. Om die reden is de bezwaarde in de tussentijd extern de enige rechthebbende (§ 4.1). Eerst na het einde van het bezwaar wordt het recht van de verwachter onvoorwaardelijk en is de verwachter de enige rechthebbende op het overschot. Het overschot gaat op grond van de saisine-regel van rechtswege over op de verwachter (art. 4:182 BW).

### 4.3 Einde van het bezwaar

Het recht van de bezwaarde eindigt bij zijn overlijden of op een ander in de uiterste wil bepaald tijdstip, zoals bij faillissement of hertrouwen.

Het is volgens de wetsgeschiedenis ook mogelijk dat aan de bezwaarde de bevoegdheid wordt verleend om dat tijdstip zelf te fixeren, en daarmee te vervroegen.<sup>15</sup> In dat geval wordt door de bezwaarde ten behoeve van de verwachter afstand gedaan van het tweetrapsvermogen. Uitsluitend ongeboren verwachters zouden daarvan in theorie ondervinden nadeel ondervinden. Niet aannemelijk lijkt het dat de bezwaarde die door de afstand zichzelf hiermee in eerste instantie nadeel toebrengt, "tot die vervroeging zal overgaan uit zucht om verwachters, die nog geboren moeten worden, nadeel te berokkenen." Daarom lijkt er geen bezwaar te bestaan om aan een bezwaarde de bevoegdheid toe te kennen over te gaan tot vervroeging van het overgangstijdstip van het tweetrapsvermogen naar de verwachter.

### *Bewijslevering van het overschot*

Bij het einde van het bezwaar moeten de bezwaarde dan wel zijn erfgenamen aantonen dat de niet meer van het tweetrapsvermogen aanwezige goederen zijn verteerd of door toeval tenietgegaan zijn (art. 4:138 j° art. 3:215 lid 1 BW). De bewijslast van vertering of tenietgaan ligt derhalve bij de bezwaarde of diens erfgenamen. De aanwezigheid van een boedelbeschrijving bij aanvang van het bezwaar is om die reden belangrijk voor de bewijspositie van de bezwaarde dan wel diens erfgenamen.

### *Opnieuw openvallen van de nalatenschap*

Bij het einde van het bezwaar valt de nalatenschap van de erflater (de insteller) opnieuw open. Dit heeft gevolgen voor de (wijze van) overgang van het vermogen op de verwachter, de aanvaarding, plaatsvervulling, executele, bewind en vereffening. De bepalingen van Boek 4 BW gelden hiervoor eveneens.

---

<sup>15</sup> MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 325.

## 5. Bestaanseis

Net als in het versterfrecht (zie hiervoor art. 4:9 BW) geldt in het testamentair erfrecht als hoofdregel dat de erfgenaam of legataris moet bestaan ten tijde van het openvallen van de nalatenschap (art. 4:56 lid 1 BW). Dat betekent dat als de erflater (de insteller) overlijdt en zijn nalatenschap openvalt niet alleen de erfgenaam of legataris onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) dient te bestaan, maar ook de erfgenaam of legataris onder opschortende voorwaarde (de verwachter).

Wil een erflater ongeborenen in de vererving van zijn nalatenschap betrekken, dan geldt in beginsel dat dit niet kan. Ongeborenen kunnen uitsluitend bij de vererving betrokken worden indien de erflater werkt met de bijzondere tweetrapsmaking als bedoeld in art. 4:141 BW (waaraan drie elementen zijn verbonden) én de ongeboren verwachters behoren tot de familieclubs van art. 4:56 lid 2, 3 of 4 BW. In dat geval geldt de bestaanseis niet. Zie voor deze bijzondere tweetrapsmaking verder § 7.

Om aan een making onder opschortende voorwaarde een recht te kunnen ontleen, moet men "nog bestaan" op het ogenblik dat de voorwaarde wordt vervuld, tenzij uit de uiterste wil of uit de aard van de beschikking het tegendeel voortvloeit (art. 4:137 BW). De wet gaat er daarbij vanuit dat het de erflater bij een making onder opschortende voorwaarde te doen is om de in het testament genoemde persoon als verkrijger onder opschortende voorwaarde, en niet om zijn afstammelingen. Dat is de reden dat in art. 4:137 BW als eis wordt gesteld dat deze persoon nog bestaat. Dit brengt met zich dat deze persoon in leven dient te zijn zowel ten tijde van het overlijden van de erflater als op het tijdstip dat de opschortende voorwaarde in vervulling gaat. Nogmaals: behoudens de door art. 4:141 BW toegestane uitzondering op de bestaanseis voor personen die in familierelatie tot de erflater staan (§ 7).

## 6. De dertigjaarsregeling

Is een aan een erfstelling toegevoegde voorwaarde dertig jaren na het overlijden van de erflater nog niet vervuld, dan vervalt de beschikking, wanneer het een opschortende voorwaarde is; is het een ontbindende voorwaarde, dan vervalt de voorwaarde. Hiermede strijdige beschikkingen van de erflater zijn nietig. Aldus bepaalt art. 4:140 lid 1 BW. Deze regeling vindt mede toepassing op een legaat van een bepaald goed van de nalatenschap of een legaat van een beperkt recht op een zodanig goed (art. 4:140 lid 2 BW).

Deze bepaling stelt een zekere grens aan de testeervrijheid, in dit geval een maximale termijn van dertig jaar aan een voorwaardelijke making. De achtergrond daarvan is dat niet vervulde voorwaarden de rechtstoestand van een goed niet te lang in het onzekere mogen houden.<sup>16</sup> Op enig moment dient duidelijkheid te bestaan wie onvoorwaardelijk tot een goed gerechtigd is.

Opgemerkt dient te worden dat deze dertigjaarsregeling niet geldt voor testamentaire lasten (art. 4:130 e.v. BW).<sup>17</sup> Hoewel testamentaire lasten een verwantschap<sup>18</sup> hebben met

<sup>16</sup> TM, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 821.

<sup>17</sup> TM, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 822.

<sup>18</sup> Die verwantschap bestaat hieruit dat met een testamentaire last ook een voorwaardelijke making in het leven wordt geroepen, maar een met een geprefabriceerde voorwaarde. Art. 4:131 lid 1 BW bepaalt namelijk: "Een erfgenaam of legataris op wie een testamentaire last rust, verkrijgt zijn recht

ontbindende voorwaarden, bestaat er niet enig bezwaar om testamentaire lasten voor een langere periode dan dertig jaar toe te staan. In de *eerste plaats* werkt het niet vervullen van een testamentaire last niet automatisch, want deze behoeft een rechterlijke vervallenverklaring (art. 4:131 lid 1 BW). In de *tweede plaats* hebben langdurige lasten veelal de strekking het algemeen belang te behartigen. In de *derde plaats* en ten slotte kan te allen tijde een verzoek tot wijziging of opheffing van een last wegens gewijzigde omstandigheden worden gedaan (art. 4:134 BW). Zie hiervoor het onderdeel 'Testamentaire lasten. Over wensen, lastige verplichtingen en ondraaglijke lasten'.

## 7. Tweetrapsmakingen

Bij de totstandkoming van het nieuwe erfrecht moest erover nagedacht worden of überhaupt nog wel behoefte zou bestaan aan een wettelijke regeling van het fideï-commis. Het instituut van het fideï-commis - ofwel met een bewaarplicht, ofwel de residuo (van het overschot) - kende immers onder het oude erfrecht een uitgebreide wettelijke regeling. Is een regeling van deze rechtsfiguur onder het nieuwe erfrecht nodig of is het wellicht mogelijk om in een testament met voorwaardelijke makingen zelf aan de slag te gaan, zodat een met het fideï-commis vergelijkbaar resultaat bereikt kan worden?

De invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 maakte deze kwestie in zoverre gemakkelijker dat de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht meer heeft (vgl. art. 3:38 lid 2 BW). De positie van de bezwaarde blijft door de vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder de making aan de bezwaarde is gedaan, in stand. In andere woorden uitgedrukt: 'de geschiedenis' van de bezwaarde wordt door en met de vervulling van de ontbindende voorwaarde niet uitgewist en dus erkend. Om die reden was voor het fideï-commis onder het nieuwe erfrecht in elk geval geen bijzondere regeling nodig.

Wel diende een oplossing gevonden te worden voor twee andere, bij voorwaardelijke makingen spelende *issues*. In de *eerste plaats* geldt bij voorwaardelijke makingen de regel dat de levensduur van een voorwaarde niet langer dan dertig jaar kan zijn (§ 6). Na dertig jaar zal duidelijk moeten zijn wie de onvoorwaardelijk gerechtigde is van de nalatenschapsgoederen. Bij een fideï-commis, waarbij de vererving over meer dan één generatie plaatsvindt, is die regel onwerkbaar. Immers, de bezwaarde zou pas na meer dan dertig jaar na het overlijden van de erflater kunnen overlijden. In de *tweede plaats* geldt bij voorwaardelijke makingen de bestaans eis van art. 4:56 lid 1 BW (§ 5). Bij een fideï-commis zou dat betekenen dat op het moment dat de insteller overlijdt en zijn nalatenschap openvalt, niet alleen de bezwaarde maar ook de verwachter moet bestaan. Aldus zouden ongebornen testamentair niet bedacht kunnen worden door de insteller van een voorwaardelijke making. Onder een ongebornene wordt in dit verband verstaan degene die nog niet bestond bij het overlijden van de insteller van de voorwaardelijke making (de erflater), maar die wel bestaat bij het einde van het recht van de bezwaarde.

Om aan deze twee knelpunten het hoofd te bieden, is ervoor gekozen om in art. 4:141 BW een bijzondere regeling hiervoor op te nemen. Is sprake van een bijzondere voorwaardelijke making als bedoeld in deze bepaling - veelal aangeduid met de populaire

---

*onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter."*

term 'tweetrapsmaking' - dan geldt de beperkende dertigjaarsregeling niet. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 4:56 BW blijkt verder dat in een dergelijk geval - in afwijking van de bestaans eis van art. 4:56 lid 1 BW - ongeborenen testamentair bedacht mogen worden indien dezen behoren tot één van de familieclubs als vermeld in de leden 2 t/m 4 van art. 4:56 BW.<sup>19</sup> In de limitatief in de wet omschreven gevallen behoeft de verwachter niet te bestaan op het moment van het overlijden van de insteller. Deze nadere voorschriften gelden zowel voor de klassieke tweetrapsmaking met bewaarplicht (art. 4:56 lid 2 en 3 BW) als voor de tweetrapsmaking van het overschot waarbij de afgifteverplichting aan het einde beperkt is tot hetgeen er van het vermaakte nog resteert (art. 4:56 lid 4 BW). Hierdoor was het niet nodig dat het instituut van het fidei-commis zou terugkomen in Boek 4 BW, omdat met aan makingen verbonden voorwaarden vergelijkbare rechtsverhoudingen in het leven kunnen worden geroepen. Uit art. 4:56 BW volgt overigens dat uitsluitend personen die tot de erflater in de erfelijke graad (en wel tot de zesde graad) staan als verwachters kunnen worden geroepen. Het is opmerkelijk dat een ieder - ook een willekeurige derde - als bezwaarde kan optreden, maar dat de ongeborene verwachters bloedverwanten in de erfelijke graad van de erflater moeten zijn. Terzijde: bestaat de verwachter ten tijde van het overlijden van de insteller van de tweetrapsmaking, dan geldt geen enkele beperking voor de persoon van de verwachter. Er behoeft dan immers geen uitzondering gemaakt te worden op de bestaans eis.

De tweetrapsmaking als bedoeld in art. 4:141 BW kent, toegesneden op een erfstelling, de volgende drie kenmerkende elementen:

- a. een uitdrukkelijke benoeming van een erfgenaam onder een ontbindende voorwaarde (eerste trap);
- b. een daarbij aansluitende uitdrukkelijke benoeming van een erfgenaam onder opschortende voorwaarde (tweede trap); en
- c. het overlevingselement, oftewel de verwachter (tweede trap) moet het moment dat het recht van de bezwaarde (eerste trap) eindigt, overleven.

Het tweetrapslegaat kan op een vergelijkbare wijze omschreven worden. Opgemerkt moet worden dat het mogelijk is dat - ter keuze van de insteller - het recht van de bezwaarde (de eerste trap) eindigt bij zijn overlijden dan wel op een eerder tijdstip. Of anders uitgedrukt: de verwachter (de tweede trap) moet het recht van de bezwaarde overleven, niet zijn persoon.

Blijkens art. 4:141 BW erft zowel de bezwaarde als de verwachter van de erflater. De erflater kan evenwel met meer trappen werken. De erflater wordt ook wel de insteller genoemd. Hij regeert als het ware over zijn graf heen. Hij legt in zekere zin 'een ververvingsparcours' vast voor het geval degene die het eerste wordt geroepen, overlijdt of failliet gaat, of in andere in het testament op te nemen gevallen.<sup>20</sup> De tweetrapsmaking wordt onbeperkt toegelaten. In beginsel kan een ieder als bezwaarde of verwachter optreden.

---

<sup>19</sup> MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 320.

<sup>20</sup> MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 825.



Ook bij de tweetrapsmaking zijn de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik, zoals geregeld in titel 8 van Boek 3 BW, van overeenkomstige toepassing in de relatie tussen de bezwaarde en de verwachter (art. 4:138 lid 2 BW). De rechtspositie van de bezwaarde als vruchtgebruiker kan verder ingevuld worden, zoals met (i) een bewaarplicht van bepaalde goederen, (ii) beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde (schenkingsverbod) of (iii) onbeperkte verteringsbevoegdheid e.d. (vgl. § 4 en 8).

Aldus kan de insteller ook bepalen wanneer de tweede trap aan bod komt, en wel door in te kleuren wanneer de ontbindende voorwaarde die gekoppeld is aan de verkrijging van de bezwaarde in vervulling gaat (de overgang van de eerste naar de tweede trap), maar ook wanneer de tweede trap niet meer aan bod komt en de eerstgeroepene onvoorwaardelijk verkrijgt. Zo kan de insteller bepalen dat de bezwaarde de bevoegdheid heeft om over het bezwaarde vermogen bij uiterste wilsbeschikking te beschikken. Het voorwaardelijk karakter komt dan aan de erfrechtelijke verkrijging te ontvallen: de verwachters hebben dan geen recht meer.

Weliswaar geldt dat iedereen die voldoet aan de vereisten tot het zijn van testamentair erfgenaam of legataris als eerste trap<sup>21</sup> en tweede trap benoemd kan worden, maar in beginsel dienen verwachters ook te bestaan bij het overlijden van de erflater/insteller (§ 5). Er zijn evenwel uitzonderingen van toepassing indien de ongebornen verwachters in bepaalde familieclubs passen, genoemd in art. 4:56 lid 2 t/m 4 BW. Er mag maar eenmaal een trap met een ongebornene worden ingezet zo volgt uit de parlementaire geschiedenis.<sup>22</sup> Een bij de instelling van de tweetrapsmaking ongebornen verwachter (eerste trap) kan derhalve geen bezwaarde zijn voor een hem opvolgende verwachter (tweede trap).

### *Voorbeeld*

Indien erflater A zijn zoon B tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (overlijden) benoemt met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid en de kinderen van B tot erfgenamen onder opschortende voorwaarde (overleven), moet zoon B bij het overlijden van erflater A bestaan om te erven van A. Volgens art. 4:56 lid 4 BW hoeven de kinderen van B, bij het overlijden van A, nog niet te bestaan. Zij moeten, om te kunnen erven, wel bestaan op het moment van overlijden van B.

## **8. Veelvoorkomende testamentaire clausules bij tweetrapsmakingen**

Bij een tweetrapsmaking als bedoeld in art. 4:141 BW (alook bij een gewone voorwaardelijke making) wordt de relatie tussen degene die als eerste verkrijgt (de bezwaarde) en degene die daarna verkrijgt (de verwachter) door de insteller veelal *en détail* geregeld. Meestal is het de bedoeling dat de bezwaarde het recht heeft om de nagelaten goederen te vervreemden en te verteren. Een testament met een tweetrapsmaking (een tweetrapservstelling dan wel een tweetrapslegaat) zal de volgende clausules kunnen

---

<sup>21</sup> Ook een rechtspersoon kan bezwaarde zijn. Het recht van een bezwaarde rechtspersoon eindigt bij diens ontbinding en in ieder geval na verloop van dertig jaar na de aanvang van dat recht (art. 4:138 lid 3 BW j° art. 3:203 lid 3 BW).

<sup>22</sup> MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 323.

bevatten.<sup>23</sup> Met de tekst tussen haken worden één of meer opties aangegeven. De in de tekstblokken opgenomen nummering verwijst naar de toelichting.

### Benoeming bezwaarde en verwachter

#### Eerste trap: bezwaarde

*Ik bepaal dat de hierboven benoemde erfgenaam [X] is benoemd onder de hierna vermelde ontbindende voorwaarden. [1]*

#### Tweede trap: verwachter

*Ik benoem de hierna te noemen verwachters tot erfgenamen onder de bij de ontbindende voorwaarden aansluitende opschortende voorwaarden. [1]*

*Verwachters zijn [Y] en [Z], met inachtneming van hetgeen onder 'Overgang van eerste naar tweede trap' is opgenomen ten aanzien van het eindigen van het recht bij leven van de bezwaarde.*

#### Oogmerk van de tweetrapsmaking

*Al wat de betreffende bezwaarde bij het einde van zijn recht van zijn verkrijging nalaat, zal binnen het kader van het hierna bepaalde, toekomen de hierboven benoemde verwachters.*

#### Overgang van eerste naar tweede trap

*Het recht van de bezwaarde op de verkrijging eindigt door:*

- *het overlijden van de bezwaarde; of*
- *faillissement van de bezwaarde;*
- *bij het op de bezwaarde van toepassing worden van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen;*
- *het doen van afstand bij notariële akte;*
- *[zelf toevoegen] [2]*

*In geval het recht eindigt bij het leven van de bezwaarde zijn (slechts) verwachters degenen die op het moment dat het recht eindigt in leven zijn.*

*Het recht van de bezwaarde eindigt niet als de tweede trap, zoals hierna is bepaald, vervalt.*

#### Het vervallen van de tweede trap

*Het voorwaardelijke karakter van de verkrijging van de bezwaarde vervalt en de beschikking ten behoeve van de verwachter vervalt:*

- *indien de verwachter het moment van opvolging niet overleeft in de zin van artikel 141 Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek. [3]*

*Dit is eveneens het geval indien een van de volgende gevallen zich voordoet:*

- *[X] jaar na mijn overlijden de overgang van de eerste naar de tweede trap nog niet heeft plaatsgevonden;*
- *indien de bezwaarde bij zijn overlijden een of meer afstammelingen heeft;*
- *indien de bezwaarde bij zijn overlijden een echtgenoot/geregistreerde partner heeft;*
- *indien en voor zover de bezwaarde een testamentaire regeling heeft gemaakt, waarbij over de verkrijging uitdrukkelijk is beschikt;*
- *op het moment dat mijn ex-echtgenoot/ex-echtgenote de vader van mijn kinderen/de moeder van mijn kinderen overlijdt.*

---

<sup>23</sup> De teksten zijn ontleend aan modellen die ten behoeve van het onderwijs en de praktijk door ScholsBurgerhartSchols, hoogleraren aan de Radboud universiteit en de Rijksuniversiteit Groningen en estate planners te Nijmegen, ter beschikking zijn gesteld.

Toelichting:

[1]

In deze clausule vindt de benoeming plaats van een erfgenaam onder ontbindende voorwaarde en een daarop aansluitende benoeming van een erfgenaam onder opschortende voorwaarde.

[2]

Bij de overgang van de eerste naar de tweede trap wordt bepaald wanneer het recht van de bezwaarde eindigt. Dat hoeft niet alleen het overlijden van de bezwaarde te zijn, maar het kan ook een eerder tijdstip zijn.

[3]

Het recht van de bezwaarde wordt in elk geval onvoorwaardelijk indien de verwachter het recht van de bezwaarde niet overleeft. Aanvullend kunnen desgewenst andere gevallen die leiden tot het einde van het recht van de bezwaarde vermeld worden.

Spelregels: rechtsverhouding bezwaarde/verwachter

*Ten aanzien van deze tweetrapsmaking en de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter geldt het volgende: [1]*

*Onder bezwaarde/verwachter wordt in dit kader begrepen zowel de bezwaarden/verwachters tezamen als iedere bezwaarde/verwachter afzonderlijk, tenzij anders aangegeven.*

Bevoegdheden bezwaarde

*Aan de bezwaarde komen alle bevoegdheden toe die de wet toestaat te verlenen, in het bijzonder de bevoegdheid tot beheer van en beschikking over het verkregene en tot (onvoorwaardelijke) vervreemding en/of vertering (intering) van de aan de tweetrapsmaking onderworpen goederen.*

*Onder verteren wordt [niet] begrepen het tot zekerheid geven van het verkregene voor door de bezwaarde gesloten geldleningen, in die zin dat de schuld en de geleende gelden [en hetgeen daarvoor door zaaksvervanging eventueel in de plaats treedt] geacht wordt tot het verkregene te gaan behoren. [Indien het zekerheidsrecht wordt uitgeoefend, dient dit niet te worden beschouwd als een vertering.]*

*[Een en ander met inachtneming van het hierna bepaalde.]*

*[De bezwaarde is bevoegd om bij testament het vruchtgebruik [zonder] [met] vervreemdingsbevoegdheid van het uit mijn nalatenschap verkregene of het onvervreemde en onverteerde deel daarvan te legateren aan zijn of haar huidige echtgenoot/geregistreerde partner op het moment van zijn/haar overlijden, waarbij op de bevoegdheden/verplichtingen van de vruchtgebruiker de onderhavige bepalingen zo veel mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn. Het gebruik maken van deze bevoegdheid laat de tweede trap niet vervallen.*

Interingsvolgorde

*De bezwaarde is niet verplicht eerst op zijn overige vermogen in te teren vóórdat wordt ingeteerd op de verkrijging. [Eventuele interingen worden geacht te zijn gedaan eerst ten laste van de verkrijging.]*

*[De bezwaarde is verplicht eerst op het overige vermogen in te teren voordat wordt ingeteerd op de verkrijging.]*

*[Indien enigerlei intering plaatsvindt, bepaal ik dat de intering wordt geacht te zijn geschied naar evenredigheid van de verkrijging en het overige vermogen. Tegenbewijs is mogelijk.]*  
*[Behoort tot het verkregene een vordering van mij op de bezwaarde, dan wordt deze vordering door en bij mijn overlijden geacht verteerd te zijn.]*

#### Giften

*Het is de bezwaarde niet verboden door gift over de verkrijging te beschikken.*

*[Het is de bezwaarde verboden door gift over de verkrijging te beschikken, behoudens de gebruikelijke giften, voor zover zij niet bovenmatig zijn en behoudens giften aan de gezamenlijke verwachters die in leven zijn op het moment van de rechtshandeling, waaronder te begrijpen de ongeboren vrucht in de zin van artikel 2 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.][2]*

#### Zekerheid

*De bezwaarde hoeft geen zekerheid te stellen voor de nakoming van de verplichtingen jegens de verwachter.*

*[Ik leg de bezwaarde de verplichting op om zekerheid te stellen voor de nakoming van de verplichtingen jegens de verwachter binnen een redelijke termijn nadat daarom is verzocht.]*

#### Beschrijving en vaststelling bezwaarde vermogen

*De bezwaarde is verplicht zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen een jaar na mijn overlijden, bij notariële akte een beschrijving op te maken van de verkrijging.*

*De verwachter heeft het recht op een afschrift van die akte, alsmede op een afschrift van de aangifte voor de erfbelasting en bijbehorende gegevens.*

*In verband met het onder 'interingsvolgorde' bepaalde, leg ik de bezwaarde de last op ook zijn overige vermogen te beschrijven.*

*De bezwaarde is bevoegd vast te stellen welke goederen tot de verkrijging (het tweetrapsvermogen) behoren indien voor mijn overlijden sprake was van een gemeenschap tussen mij en de bezwaarde. Een vaststelling waarbij het tweetrapsvermogen dan wel het eigen vermogen wordt overbedeeld, wordt gecompenseerd met een (nominaal en renteloos) vergoedingsrecht. Strekt deze vergoeding ten behoeve van de verkrijging dan is deze opeisbaar bij het einde van het bezwaar.*

*[anders. Vergoedingsrecht en economische deelgerechtigdheid]*

*De kosten van deze boedelbeschrijving komen ten laste van het verkregene de bezwaarde privé de bij mijn overlijden in leven zijnde verwachters privé.*

#### Jaarlijkse opgave/toonplicht

*De bezwaarde is, slechts indien de wet dit dwingendrechtelijk voorschrijft, verplicht jaarlijks aan de verwachter een ondertekende nauwkeurige opgave te zenden van de goederen die niet meer aanwezig zijn, van de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen, en van de voordelen die de goederen hebben opgeleverd, en die geen vruchten zijn.*

*Voor zover de bezwaarde van het stellen van zekerheid is vrijgesteld, kan de verwachter, slechts indien de wet dit dwingendrechtelijk voorschrijft, jaarlijks verlangen dat hem de aan de tweetrapsmaking onderworpen zaken worden getoond. [3]*

#### Administratie

*De bezwaarde is verplicht de verkrijging afzonderlijk van zijn overige vermogen te administreren. [4]*

Toelichting:

[1]

De vruchtgebruikregels zijn - bij gebreke van een andersluidende regeling in de uiterste wil - van overeenkomstige toepassing op de interne rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter (art. 4:138 lid 2 BW).

[2]

Volgens art. 4:138 lid 2 j° art. 3:215 lid 3 BW geldt - behoudens een andersluidende bepaling in het testament - dat als aan de bezwaarde ( de 'vruchtgebruiker') de bevoegdheid tot vervreemding en vertering verleend is, de bezwaarde de goederen ook voor gebruikelijke kleine geschenken mag bestemmen. Het is mogelijk een schenkingsverbod op te leggen. Het is ook mogelijk de schenkingsbevoegdheid uit te breiden, zoals in dit geval met het doen van schenkingen aan de verwachters.

[3]

In deze clausules wordt gepoogd voor zover mogelijk de dwingendrechtelijke vruchtgebruikregels met betrekking tot de jaarlijkse opgave en de toonplicht buiten toepassing te laten.

[4]

Vgl. ook art. 3:211 lid 2 BW dat een verplichting oplegt om de goederen van het vruchtgebruikvermogen (en derhalve ook van het tweetrapsvermogen) afgescheiden van het overige vermogen te houden.

#### Vruchten en zaaksvervanging

*De vruchten van het verkregene worden [niet/eveneens] onder de verkrijging begrepen.*

*Geen zaaksvervanging/nominaal vergoedingsrecht*

*Goederen die in de plaats zijn gekomen van de verkrijging worden niet onder de verkrijging begrepen. Een onttrekking aan het verkregene doet een nominaal vergoedingsrecht (onder opschortende voorwaarde) ontstaan ten belope van de onttrekking ten behoeve van de verwachter, onverminderd hetgeen bepaald is omtrent vertering. [1]*

#### Zaaksvervanging

*De goederen die in de plaats zijn gekomen van de verkrijging, worden onder de navolgende voorwaarden en op de navolgende wijze onder de verkrijging begrepen. [2]*

#### Norm

*Van zaaksvervanging als hier bedoeld, is slechts sprake indien de verkregen goederen voor meer dan de helft van de tegenprestatie ten laste van de verkrijging worden verkregen. Is er sprake van een onttrekking aan de verkrijging zonder dat aan deze norm is voldaan dan ontstaat er een nominaal vergoedingsrecht (onder opschortende voorwaarde) ten belope van de onttrekking, ten behoeve van de verwachter, onverminderd hetgeen bepaald is omtrent vertering. [2]*

#### Aanspraak op goederen

*Voor zover geen sprake is van zaaksvervanging in goederenrechtelijke zin - uitsluitend omdat de goederenrechtelijke formaliteiten niet zijn nageleefd of nageleefd kunnen worden - heeft de verwachter een obligatoire aanspraak (onder opschortende voorwaarde) op levering van de vervangende goederen. [3]*

Geen goederen; vergoedingsrecht (naar rato)

*De in de plaats gekomen goederen worden als zodanig niet onder de verkrijging begrepen. De verwachter krijgt evenwel recht op een vergoedingsrecht (onder opschortende voorwaarde). Het beloop van dit vergoedingsrecht wordt vastgesteld op basis van het bepaalde in artikel 136 lid 1 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, met dien verstande dat het bepaalde in de tweede volzin van dit artikel [niet van toepassing is] [slechts van toepassing is indien en voor zover uit de verkrijging op een schuld is afgelost.] [4]*

Toelichting:

[1]

Volgens art. 4:138 lid 2 BW geldt de zaaksvervangingsregeling van art. 3:213 BW ook voor de tweetrapsmaking. Tot het overschot behoren de goederen die in de plaats treden van de bevoegdelyk door de bezwaarde vervreemde goederen. Hetzelfde geldt als tot het tweetrapsvermogen behorende vorderingen worden geïnd, alsmede vorderingen tot vergoedingen van schade of waardevermindering aan, respectievelijk van goederen die behoren tot het tweetrapsvermogen. Voordelen die goederen behorende tot het tweetrapsvermogen opleveren, behoren ook tot het tweetrapsvermogen, tenzij ze als vruchten zijn te beschouwen. Een waardestijging van het tweetrapsvermogen komt dus ten goede aan het overschot (art. 4:138 lid 2 j° art. 3:213 lid 2 BW).

Zaaksvervanging wordt hier uitgesloten. Onttrekkingen ten laste van het tweetrapsvermogen leveren een nominaal vergoedingsrecht op.

[2]

Hier wordt in aanvulling op de regeling van de zaaksvervanging een norm daarvoor geformuleerd. De bezwaarde aan wie vervreemdingsbevoegdheid is toegekend, beschikt bevoegdelyk over het tweetrapsvermogen. Wanneer behoort het vervangende goed tot het tweetrapsvermogen? Welke norm dient daarvoor gehanteerd te worden?

Zaaksvervanging is volgens deze norm aan de orde indien het vervangende goed voor meer dan de helft van de tegenprestatie ten laste van het tweetrapsvermogen van de bezwaarde is gekomen. Wordt niet aan deze norm voldaan, dan ontstaat een nominaal vergoedingsrecht.

[3]

Naast juridische zaaksvervanging bestaat ook oog voor economische zaaksvervanging (een vergoedingsrecht gebaseerd op de beleggingsleer) (zie § 9).

Bijzondere privé-clausule bezwaarde

*Het door de bezwaarde verkregene valt niet in enige gemeenschap van goederen (door huwelijk of geregistreerd partnerschap) en kan ook niet onderworpen worden aan enig verrekenbeding. Bij verval van de tweede trap geldt de uitsluitingsclausule als onder privé-clausule opgenomen.*

*Wat betreft de verwachter geldt de uitsluitingsclausule als onder privé-clausule opgenomen.*

[1]

### Bijzondere bepaling executele

De executele eindigt indien de executeur zijn werkzaamheden als zodanig heeft voltooid en het beheer is geëindigd door de goederen ter beschikking van de bezwaarde te stellen. De executeur heeft geen (hernieuwde) taak indien het recht van de bezwaarde op de verkrijging eindig.

### Bijzondere bepaling legitieme

De beschikking ten behoeve van de verwachter vervalt indien door hem een beroep op de legitieme wordt gedaan. [2]

### Aandelen en dergelijke

Indien tot het verkregene aandelen of andere waardepapieren behoren, komen het stemrecht en de andere zeggenschapsrechten voor zover mogelijk aan de bezwaarde toe.

### Lasten

De volgende posten komen ten laste van de bezwaarde privé:

- de kosten van verzekering tegen de gevaren waartegen het gebruikelijk is het verkregene te verzekeren.
- gewone lasten en herstellingen, alsmede de belastingen en heffingen alsof de bezwaarde onvoorwaardelijk eigenaar is.
- [anders].

De volgende posten komen ten laste van het verkregene:

- de buitengewone lasten.
- [anders].

[De volgende posten komen ten laste van de verwachter privé.] [3]

### Positie subsidiaire verwachters

Indien gedurende het bezwaar de verwachters op enigerlei wijze dienen te worden betrokken bij aangelegenheden betreffende de voorwaardelijke rechtsverhouding, dan zijn dat slechts de verwachters die geroepen zouden zijn indien op dat moment het recht van de bezwaarde zou eindigen.

[Indien de bezwaarde en de verwachter (die op dat moment geroepen zouden zijn indien op dat moment het recht van de bezwaarde zou eindigen) contracteren over hun rechtsverhouding dan wel deze (gedeeltelijk) beëindigen, dan wordt dit mede/niet toegerekend aan degenen die nog als verwachter zouden kunnen opkomen.]

### Rekening en verantwoording, bewijs

Bij het einde van het recht van de bezwaarde rust op hem (casu quo diens erfgenamen) een rekening- en verantwoordingsplicht, evenwel binnen het kader van de hierna genoemde bewijsregels.

### Bewijsregels

De bewijslast betreffende de vervreemding (en de eventuele zaaksvervanging), het tenietgegaan of intering ligt op de bezwaarde, onverminderd eventuele bewijsvermoedens of van deze algemene regels afwijkende bepalingen. [4]

Toelichting:

[1]

Indien de insteller van de tweetrapsmaking de uitsluitingsclausule niet heeft gemaakt, valt de erfrechtelijke verkrijging van de bezwaarde en de verwachter in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen.

[2]

De erfrechtelijke verkrijging van de verwachter is inferieur als het een erfstelling (art. 4:72 onder a BW) of een legaat (art. 4:73 lid 1 onder a BW) betreft.

[3]

Deze regeling wordt getroffen om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag aan welk vermogen de schulden die de bezwaarde tijdens het bezwaar is aangegaan, toegerekend moeten worden. Ook bij het einde van het bezwaar zal deze vraag beantwoord moeten worden voor zover schulden onbetaald zijn gebleven.

[4]

Met het treffen van een bewijsregeling is een groot belang gemoeid vanwege het ervaringsfeit dat zaken in de privésfeer slecht geadministreerd plegen te worden.

## 9. Tweetrapsmakingen in de rechtspraak

De over tweetrapsmakingen gewezen rechtspraak laat zien dat nog veel kwesties onduidelijk zijn, en dat de praktijk niet altijd even goed met deze rechtsfiguur weet om te gaan. De volgende thema's komen hierna aan de orde:

- de bevoegdheden van de bezwaarde;
- tweetrapsmaking en dwingendrechtelijke bepalingen;
- zaaksvervanging;
- onttrekkingen aan het tweetrapsvermogen;
- de bevoegdheid van de bezwaarde tot het doen van schenkingen; en
- de legitieme.

### Bevoegdheden van de bezwaarde

Het eerste arrest dat de Hoge Raad na inwerkingtreding van Boek 4 BW heeft gewezen, betreft het Boerenplaatsje-arrest (HR 16 januari 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AN8282](#)). Hoewel het arrest op een fidei-commis de residuo onder het oude erfrecht zag, heeft de Hoge Raad de gelegenheid te baat genomen om ook enige beschouwingen te wijden aan het nieuwe erfrecht.

De feiten van deze zaak waren de volgende. Erflaatster L was in algehele gemeenschap van goederen gehuwd met B, welk huwelijk kinderloos is gebleven. Om die reden benoemde L enerzijds B tot haar enige erfgenaam, maar onder de bepaling dat wat B van de nalatenschap van L achter zou laten bij zijn overlijden moest worden uitgekeerd aan de kinderen van de broers van L. De relevante testamentaire clausule van dit fidei-commis de residuo luidde als volgt:

*“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, waar in hij te eniger tijd mocht huwen. Hij zal echter wel bij testament over het na te melden onroerend goed mogen beschikken.”*



Aldus was enerzijds aan B een schenkingsverbod opgelegd met betrekking tot hetgeen B uit de nalatenschap van L had verkregen, maar anderzijds was aan B ten aanzien van de onverdeelde helft in één onderdeel van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen, te weten een boerenplaatsje (een huis, met schuur, dubbele garage, zomerhuisje en erf), de bevoegdheid verleend zelf daarover bij testament te beschikken ten laste van het fideï-commissaire vermogen. Vermoedelijk heeft hierbij een rol gespeeld dat het boerenplaatsje door B was ingebracht in de met L bestaande wettelijke algehele gemeenschap van goederen.

B heeft van deze door de insteller van het fideï-commis de residuo toegekende testeerbevoegdheid daadwerkelijk gebruik gemaakt door in zijn eigen testament onder de daarin opgenomen erfstelling mede te begrijpen het genoemde boerenplaatsje (en wel voor het geheel, inclusief de eigen onverdeelde helft van B). Vervolgens is een geschil ontstaan tussen de kinderen van de broers van L enerzijds en de testamentaire erfgenaam van B anderzijds over de rechtsgeldigheid van de bij het fideï-commis door L aan B toegekende testeerbevoegdheid over de fideï-commissaire verkrijging, de onverdeelde helft van het boerenplaatsje.

Nadat de rechtbank en het hof de door L aan B toegekende testeerbevoegdheid en de uitoefening daarvan geoorloofd en niet in strijd met de wet achtten, wordt de zaak aan de Hoge Raad voorgelegd. De Hoge Raad benadert deze zaak vanuit het perspectief van de testeervrijheid, die – indien deze aan de bezwaarde B is toegekend – voor de bezwaarde bij fideï-commissaire makingen eveneens geldt voor het bezwaarde vermogen. Ook ten aanzien van het fideï-commissaire vermogen kan de verwachting van de kinderen van de broer van L slechts het overschot betreffen, dus ná aftrek van de makingen die door de bezwaarde op grond van zijn testeerbevoegdheid zijn gedaan. In de woorden van de Hoge Raad:

*“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 fideï-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 fideï-commissaire making onder de voorwaarde dat zij slechts van kracht is, indien en voor zover de bezwaarde niet bij uiterste wil over fideï-commissair vermaakte zaken mocht blijken te hebben beschikt. Is zulks wel het geval, dan vallen de bedoelde zaken niet langer onder het fideï-commissair verband.”*

Dit arrest was – als gezegd – de eerste uitspraak die de Hoge Raad heeft gedaan nadat het nieuwe erfrecht op 1 januari 2003 in werking was getreden. Daarom wordt in een *obiter dictum* (een overweging ten overvloede) ten aanzien van het nieuwe erfrecht nog overwogen:

*“Opmerking verdient nog dat in het erfrecht zoals het sedert 1 januari 2003 van kracht is, het fideï-commis de residuo niet meer als afzonderlijke rechtsfiguur is geregeld, doch beheerst wordt door hetgeen de wet omtrent voorwaardelijke makingen behelst, met dien verstande dat ingevolge art. 4:141 BW de in art. 4:140 neergelegde beperking in de tijd van de werking van aan erfstellingen verbonden voorwaarden niet geldt voor makingen als hier bedoeld. Het effect van fideï-commis de residuo onder het oude recht kan thans worden bewerkstelligd door een making aan de bezwaarde onder de ontbindende voorwaarde dat de verwachter de bezwaarde zal overleven, met een daarop aansluitende making aan de*

*verwachter onder dezelfde voorwaarde, doch in opschortende vorm. Zoals ook blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 13 aangehaalde passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van de nieuwe wetgeving, staat het de erflater vrij de 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.”*

Hieruit blijkt dat onder het nieuwe erfrecht het fidei-commis als een voorwaardelijke making beschouwd dient te worden, met de uitdrukkelijke kanttekening dat in vergelijking met een zuiver voorwaardelijke making een uitbreiding van de reikwijdte van deze bijzondere voorwaardelijke making wordt gegeven in art. 4:141 BW.<sup>24</sup> Bij een voorwaardelijke making komt de testateurbevoegdheid tot uitdrukking doordat de insteller enerzijds de vrijheid heeft om de bezwaarde de bevoegdheid te geven om door middel van een testament de omvang van het overschot te bepalen en anderzijds doordat de bezwaarde de vrijheid heeft om bij testament rechtsgeldig over de bezwaarde goederen te beschikken. Hierbij ligt het één (vervreemden en verteren) in het verlengde van het ander (bij testament beschikken). Dit betekent ook dat aan de voorwaardelijke making met een dergelijke ‘boerenplaatsje-clausule’ ten aanzien van die goederen waarover de bezwaarde bevoegd heeft beschikt een einde komt. Uiteraard kan de insteller van een voorwaardelijke making met nog meer zaken aan de slag gaan (vgl. § 8).

Het arrest geeft daarmee ruim baan aan de testeervrijheid van de insteller. De insteller kan namelijk de bevoegdheid aan de bezwaarde toekennen om de verwachter geheel buitenspel te zetten. Dat levert geen ongeoorloofde wilsdelegatie door de insteller op.<sup>25</sup> Evenmin is een dergelijke clausule in strijd met het wezen van het instituut van de tweetrapsmaking van het overschot. Het is de bezwaarde namelijk toegestaan om bij testament zonder enige beperking over het tweetrapsvermogen te beschikken.

### Tweetrapsmaking en dwingendrechtelijke bepalingen

In § 4.2 is het twistpunt in rechtspraak en literatuur aan de orde gesteld of bij de vormgeving van de relatie tussen de bezwaarde (de erfgenaam onder ontbindende voorwaarde) en de verwachter (de erfgenaam onder opschortende voorwaarde) van de dwingendrechtelijke voorschriften van de wettelijke regeling van het vruchtgebruik kan worden afgeweken (vgl. art. 4:138 lid 2 BW).

Bij vonnis van 24 februari 2021 heeft de rechtbank Midden-Nederland eenduidig gekozen voor de visie dat bij een tweetrapsmaking waarbij de partner van erflater enig erfgenaam is en de kinderen verwachters afwijking van de dwingendrechtelijke bepalingen betreffende het vruchtgebruik niet mogelijk is ([ECLI:NL:RBMNE:2021:1185](https://eclis.nl/RBMNE:2021:1185)). De kinderen hebben – gebaseerd op de “*van overeenkomstige toepassing*” zijnde vruchtgebruikbepalingen –

---

<sup>24</sup> Die uitbreiding van de reikwijdte ziet op (i) de niet-toepasselijkheid van de dertigjaarsregeling (art. 4:141 j° art. 4:140 BW) en (ii) de mogelijkheid om ongeborenen bij de vererving via de tweetrapsmaking te betrekken (art. 4:56 lid 2 t/m 4 BW) (§ 7).

<sup>25</sup> Hiermee wordt bedoeld dat de erflater de invulling van zijn uiterste wil niet – en in elk geval niet onbeperkt – kan overlaten aan een derde. In dit geval kan de erflater bepalen dat de bezwaarde bevoegd is te beschikken over het tweetrapsvermogen, en op grond daarvan wordt mede bepaald of de verwachter al dan niet het overschot verkrijgt.

stevige vorderingen tegen de partner ingesteld. Die vorderingen strekken tot: (i) jaarlijkse opgave van het bezwaarde vermogen, (ii) jaarlijkse opgave van het eigen vermogen van de partner en (iii) het jaarlijks tonen van het bezwaarde vermogen. Bij notariële akte van 29 juni 2016 is een beschrijving van de boedel en vaststelling van de tweetrapsmaking opgesteld. In het testament zijn de volgende passages opgenomen:

*“De bezwaarde is slechts indien de wet dit dwingendrechtelijk voorschrijft, verplicht jaarlijks aan de verwachter een ondertekende, nauwkeurige opgave te zenden van de goederen die niet meer aanwezig zijn, van de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen, en van de voordelen die de goederen hebben opgeleverd en die geen vruchten zijn.”*

en

*“De bezwaarde is niet verplicht eerst op zijn overig vermogen in te teren vóórdat wordt ingeteerd op de verkrijging. Indien enigerlei intering plaatsvindt, bepaal ik dat de intering wordt geacht te zijn geschied naar evenredigheid van de verkrijging en het overige vermogen, berekend op het moment van de desbetreffende intering. Tegenbewijs is mogelijk.”*

en

*“Voor zover de bezwaarde van het stellen van zekerheid is vrijgesteld, kan de verwachter, slechts indien de wet dit dwingendrechtelijk voorschrijft, jaarlijks verlangen dat hem de aan de tweetrapsmaking onderworpen zaken worden getoond.”*

Ter onderbouwing van hun vorderingen stelden de kinderen dat genoemde verplichtingen van de partner dwingendrechtelijke verplichtingen zijn van de vruchtgebruiker/bezwaarde, waarvan de erflater niet kon afwijken. De partner stelde daartegenover dat de vruchtgebruikbepalingen slechts van overeenkomstige toepassing zijn, hetgeen een aanvullende karakter heeft. De erflater mocht daarom bij testament van deze bepalingen afwijken. Bovendien zijn alleen de regels van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing die passen bij de aard en inhoud van de making. Het testament is gebaseerd op de wens van de erflater de partner verzorgd achter te laten met toekenning van verschillende bevoegdheden. Daarbij passen volgens de partner niet al deze verplichtingen.

De rechtbank stelt onomwonden dat de jaarlijkse opgave evenals bij vruchtgebruik ook bij een tweetrapsmaking van dwingend recht is. De rechtbank deelt niet het standpunt dat de verzorgingsgedachte van het testament tot gevolg heeft dat een verplichting tot jaarlijkse opgave in strijd is met de aard en inhoud van de making en deze verplichting uitsluit.

*“Er is hier sprake van een testament met makingen ten behoeve van de langstlevende, waarbij de partner eerst de volledige beschikking met interingsbevoegdheid heeft over alle goederen van de nalatenschap. Pas na haar overlijden komt dit vermogen aan de kinderen toe. Deze situatie is vergelijkbaar met een vruchtgebruiktestament, waarbij de bloot eigendom van kinderen pas na overlijden van de langstlevende aanwast tot de volle eigendom over de goederen van de nalatenschap. Beide typen testamenten gaan uit van de*

wens van erflaters hun partners verzorgd achter te laten. In beide gevallen kunnen kinderen - uitzonderingen daargelaten - ook pas na overlijden van de langstlevende aanspraak maken op de goederen van de nalatenschap. Kinderen die geconfronteerd worden met een vruchtgebruiktestament hebben volgens artikel 3:205 lid 4 BW recht op een jaarlijkse opgave. Bij een testament met een tweetrapsmaking verkeren kinderen in een vergelijkbare situatie en hebben eenzelfde behoefte aan informatie. Zij kunnen aan de hand daarvan immers vaststellen of er aan het eind nog iets van het bezwaarde vermogen voor hen overblijft of niet en zo ja wat en hoeveel. Daarom acht de rechtbank een jaarlijkse opgave van het bezwaarde vermogen niet in strijd met de aard en inhoud van het testament van erflater."

De rechtbank oordeelt zelfs dat de kinderen op grond van de tweede, hiervoor aangehaalde clause recht hebben op een jaarlijkse opgave van het saldo van het eigen vermogen van de partner (uitsluitend de hoogte, niet een nauwkeurige opgave van de goederen van haar eigen vermogen).

"Partijen hebben geschil over de uitleg van deze bepaling in het testament. Los van dit geschil blijkt in ieder geval uit deze bepaling dat intering op het bezwaarde vermogen is toegestaan. De partner heeft op de zitting ook verklaard dat zij inteert op het bezwaarde én op haar eigen vermogen, aangezien zij slechts een klein inkomen heeft en zij dit vermogen nodig heeft voor haar levensonderhoud de komende jaren. De vraag hoe de bewijsregel over evenredigheid en de mogelijkheid van tegenbewijs moet worden uitgelegd kan in deze procedure buiten beschouwing blijven. Uit de regeling blijkt in ieder geval voldoende dat de kinderen behoefte zullen hebben aan informatie over het saldo van het eigen vermogen van de partner in een bepaald jaar. Dit saldo is immers mede van belang voor de vraag of er te zijner tijd nog voldoende is om hun aanvullende niet opeisbare legitieme te doen uitkeren. Zij hebben er geen behoefte aan te weten waaruit dit eigen vermogen precies bestaat en welke veranderingen in een jaar zijn opgetreden."

Ten slotte wordt ook de vordering van de kinderen inzake de toonplicht toegewezen.

"De toonplicht is voor vruchtgebruik vastgelegd in artikel 3:206 lid 2 BW. Deze bepaling is volgens artikel 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing bij een tweetrapsmaking. De erflater heeft in zijn testament bepaald dat de kinderen alleen het tonen van zaken kunnen verzoeken als de wet dit dwingendrechtelijk voorschrijft. Anders dan lid 1 van artikel 3:206 BW geeft lid 2 de mogelijkheid niet om de vruchtgebruiker daarvan vrij te stellen. Lid 2 is dan ook van dwingend recht. Op grond van het testament van de erflater is de partner verplicht op verzoek van de kinderen roerende zaken van het bezwaarde vermogen te tonen. Anders dan de partner stelt is dit niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het is immers de uitvoering van het testament zoals de erflater deze zelf heeft opgesteld en waarvan de tekst aansluit op de wettelijke regeling. De kinderen kunnen aan de hand van deze toonplicht controleren of de jaarlijkse opgave die de partner hen verstrekt juist is. De vordering van de kinderen wordt toegewezen."

De rechtbank wijst de gevorderde dwangsom van € 500 per overtreding toe met een maximum van € 5.000 per jaar.

Opmerkelijk is dat de rechtbank het verzorgingskarakter van het testament en de bepalingen van het testament waaruit toch duidelijk blijkt dat de erflater de toepasselijkheid van de vruchtgebruikbepalingen niet wenste, niet van belang acht. Het betrof in dit geval een tweetrapserving, waarop art. 4:138 lid 2 BW van toepassing is. Het is onduidelijk waarom in dit geval door de erflater niet is gekozen voor een tweetrapslegaat, waarbij ruimere mogelijkheden bestaan om de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter naar eigen inzicht in te kleuren. Ten slotte acht ik de door de rechtbank aangenomen verplichting tot jaarlijkse opgave van het saldo van het eigen vermogen van de partner onjuist. Het testament bepaalde niet dwingend op welke wijze ingeteerd moest worden (eigen vermogen versus tweetrapsvermogen). Het bevatte daarvoor slechts een (weerlegbare) bewijsregel. Dat de kinderen behoefte aan bepaalde informatie zullen hebben, scheidt nog geen rechtsplicht voor de partner om die informatie met betrekking tot het eigen vermogen te verschaffen.

### Zaaksvervanging?

Bij arrest van 5 oktober 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA6756](#), kreeg de Hoge Raad opnieuw de gelegenheid zich over een fidei-commis de residuo uit te laten. Erflater A is overleden op 23 december 1983. Hij was buiten gemeenschap van goederen gehuwd met echtgenote B. Erflater A heeft in zijn testament zijn echtgenote B tot zijn enige en algemene erfgename benoemd, onder de last om al hetgeen zij bij haar overlijden onvervreemd en onverteerd zal achterlaten van wat zij uit zijn nalatenschap als erfgename zal hebben verkregen, uit te keren aan de zuster C van erflater A of haar nakomelingen, een en ander met een aantal bij een fidei-commis de residuo behorende bepalingen. Die bepalingen zijn: (a) dat de bezwaarde (echtgenote B) verplicht zal zijn bedoeld vermogen geheel afzonderlijk, gescheiden van haar overige bezittingen te administreren, (b) dat al hetgeen door wederbelegging of anderszins in de plaats zal treden van de bestanddelen van bedoeld vermogen, mede zal behoren tot het fidei-commissaire kapitaal (oftewel zaaksvervanging) en (c) dat bij het einde van het bezwaar de verwachters afgifte van bedoeld kapitaal, dan wel van hetgeen daarvan nog is overgebleven, zullen kunnen vorderen, met dien verstande dat het bewijs van enige vervreemding of vertering, casu quo van enige wederbelegging of zaaksvervanging, rust op de bezwaarde of haar erfgenamen en/of rechtverkrijgenden (een bewijsregeling).

Het saldo van de nalatenschap van A bedroeg blijkens de boedelbeschrijving van 30 juli 1985 NLG 127.213,03. Erflater A en zijn echtgenote B woonden in een woning, die in eigendom toebehoorde aan echtgenote B en haar broer D, ieder voor de onverdeelde helft. Zij hadden deze woning bij wege van vererving van hun ouders verkregen. Bij akte van 7 maart 1985 zijn echtgenote/zus B en broer D overgegaan tot scheiding en deling van de woning, waarbij deze woning aan zus B is toebedeeld met een vordering van broer D op haar wegens overbedeling van NLG 59.443,51. Het aan broer D verschuldigde bedrag is in de loop van 1985 voldaan ten laste van het fidei-commissaire kapitaal. Vastgesteld was door het hof dat de betaling "(geheel of grotendeels) [is] voldaan uit het fidei-commissaire kapitaal". Op 16 januari 2001 is echtgenote/zus B overleden, waarna haar broer D als haar enige erfgenaam is overgegaan tot de afwikkeling van het fidei-commis de residuo. In verband hiermee heeft broer D (de broer van echtgenote B) aan zuster C (de verwachter van erflater A) een bedrag van NLG 47.411,88 betaald. De woning is vervolgens door broer D in januari 2002 verkocht met een opbrengst van € 262.567,69.

De erfgenaam van zuster C (de verwachter) vordert dat broer D wordt veroordeeld tot betaling van de helft van de opbrengst van de woning, met wettelijke rente. Hij heeft daartoe aangevoerd dat broer D met de betaling van NLG 47.411,88 de ingevolge het fideï-commis de residuo op hem rustende verplichtingen nog niet volledig is nagekomen, aangezien aan hem als verwachter de helft van (de waarde van) de woning toekomt. Daartoe wordt aangevoerd dat nu echtgenote B de aan haar broer D toebehorende onverdeelde helft van de woning in eigendom heeft verworven met contanten afkomstig uit het fideï-commissaire kapitaal, de helft van deze woning op grond van zaaksvervangings is gaan behoren tot het fideï-commissaire kapitaal en C derhalve gerechtigd is tot de helft van de woning althans tot de helft van de (verkoop)waarde daarvan. Broer D voert als verweer daartegen aan dat bij de betaling uit het fideï-commissaire kapitaal van de vordering wegens overbedeling sprake was van een tijdelijke opname uit het kapitaal en dat zijn zuster (echtgenote B) deze geldlening nadien heeft terugbetaald door overboekingen uit haar vrije vermogen en door het afzien van door het fideï-commissaire kapitaal gegenereerde rente-inkomsten. De rechtbank en het hof achtten die terugbetaling van de tijdelijke opname onvoldoende aannemelijk, waarbij een rol speelde dat echtgenote B pas in 1989 is begonnen met het afzonderlijk gaan administreren van het fideï-commissaire kapitaal. Daarom rees de vraag of er zaaksvervangings ten aanzien van de helft van de woning was opgetreden op basis van de aanwending van het fideï-commissaire kapitaal voor de betaling ter zake van de verkrijging in privé van de onverdeelde helft van de woning. Het hof beantwoordde die vraag bevestigend. In cassatie overwoog de Hoge Raad daarover als volgt:

*“Het hof heeft evenwel niet miskend dat de bezwaarde ([betrokkene 2]) de mogelijkheid had om het aandeel van haar broer te verwerven met gelden die uit het fideï-commissaire kapitaal afkomstig zijn, zonder dat sprake zou zijn van zaaksvervangings ten behoeve van het fideï-commissaire vermogen. Het hof heeft immers (ook) die mogelijkheid onderzocht, maar evenals de rechtbank geoordeeld dat op grond van de financiering van de uitkering wegens overbedeling uit het fideï-commissaire kapitaal in beginsel sprake is van zaaksvervangings, waarbij niet van belang is of het daarbij gaat om een nieuw verworven object dan wel om de opheffing van een onverdeeldheid (...), waarbij het hof vervolgens nog (...) heeft overwogen:*

- dat onduidelijkheden die het gevolg zijn van het feit dat [betrokkene 2] pas vanaf 1989 heeft voldaan aan haar verplichting om haar eigen vermogen en het fideï-commissaire kapitaal gescheiden te administreren, niet voor rekening en risico komen van de verwachter [verweerder] maar van de bezwaarde en haar erfgenaam [eiser];*
- dat de door [eiser] ter onderbouwing van zijn standpunt aangevoerde argumenten en reconstructies slechts gebaseerd zijn op wat hij een voor de hand liggende gang van zaken acht, maar niet op een door overtuigende bescheiden onderbouwde weergave van de feitelijke gang van zaken;*
- dat ook de (ter griffie van het hof gedeponeerde) administratie van [betrokkene 2] geen uitsluitel biedt in de door [eiser] gewenste zin;*
- en dat een dergelijk uitsluitel wel door hem verschaft dient te worden, gezien ook de bepaling daaromtrent in het testament van erflater (waarmee het hof kennelijk doelt op de hiervoor (...) geciteerde bepaling aangaande het bewijs van wederbelegging of zaaksvervangings).*

*Op grond van dit samenstel van overwegingen is het hof (...) tot dezelfde slotsom als de rechtbank gekomen, namelijk dat - zoals de rechtbank in (...) van haar tussenvonnis oordeelde - "voorshands [geoordeeld wordt] dat sprake is van zaaksvervangings en dat [verweerder] aanspraak heeft op een aandeel in de verkoopopbrengst van de woning (...), tenzij [eiser] slaagt in het bewijs dat in plaats van zaaksvervangings sprake is van een vergoedingsrecht ten laste van het onbezwaarde vermogen".*

*Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat zij voor het overige in cassatie niet op juistheid kunnen worden getoetst. Het onderdeel faalt dan ook."*

Aangenomen mag worden dat hetzelfde resultaat zou worden bereikt als deze casus beoordeeld zou worden naar Boek 4 BW. In Boek 4 BW is gekozen voor de constructie van een voorwaardelijke making met een verwijzing in art. 4:138 lid 2 BW naar de wettelijke voorschriften van het vruchtgebruik, waaronder derhalve art. 3:213 BW (zaaksvervangings), voor de relatie tussen de bezwaarde en de verwachter.

Als mogelijke oplossingsrichtingen waren voor deze casus voorhanden: (a) de verwachter is voor de helft mede-eigenaar van de woning geworden (goederenrechtelijke zaaksvervangings), (b) de verwachter is slechts economisch gerechtigd ten aanzien van de helft van de woning (economische zaaksvervangings) of (c) de verwachter heeft een nominale vordering op de (erfgenaam van) de bezwaarde ter grootte van het bedrag dat uit het fidei-commissaire kapitaal is opgenomen ter betaling van de overbedelings-schuld (nominale vergoedings). In het bewijs van dat laatste, te weten het bewijs dat de wil van de bezwaarde gericht was op het creëren van een nominale vergoedings, was de erfgenaam van de bezwaarde volgens de rechtbank en het hof niet geslaagd. Ook staat vast dat goederenrechtelijke zaaksvervangings niet aan de orde was, nu de goederenrechtelijke spelregels daarvoor niet waren nageleefd. De woning stond namelijk uitsluitend op naam van de bezwaarde. De tenaamstelling is beslissend voor de eigendomsverkrigings van registergoederen (vgl. HR 2 april 1976, NJ 1976/450 (*Modehuis Nolly*)). Ook al staat de woning op naam van de bezwaarde, dan staat dat er niet aan in de weg dat de verwachter op grond van zaaksvervangings economisch gerechtigd kan zijn tot de (waarde van de) onverdeelde helft van de woning. In dit geval heeft de Hoge Raad aanvaard dat zaaksvervangings ook heeft plaatsgevonden als de tegenprestatie niet geheel uit het fidei-commissaire vermogen afkomstig is. De Hoge Raad baseert zijn oordeel immers op het door hof vastgestelde feit dat de betaling aan de broer wegens overbedelings "geheel of grotendeels" is voldaan uit het fidei-commissaire vermogen.<sup>26</sup>

Ook in lagere rechtspraak is het fidei-commis de residuo aan de orde gekomen. Zo oordeelde de rechtbank Den Haag 2 november 2005, Estate Tip Review 2006-04, over de volgende kwestie.

In 1982 overlijdt erflater A (de insteller). Hij heeft zijn echtgenote B (de bezwaarde) tot enig erfgename benoemd onder de last om al hetgeen bij haar overlijden van zijn nalatenschap onvervreemd en onverteerd overgebleven mocht zijn, uit te keren aan de

---

<sup>26</sup> Het zou m.i. geen verschil moeten maken of de tegenprestatie voor een verkregen goed meteen uit het tweetrapsvermogen wordt voldaan, dan wel dat de bezwaarde eerst een financiering voor de verkrijging van het goed aantrekt en nadien de aangegane schuld voldoet uit het tweetrapsvermogen.

kinderen van zijn broer en zuster. De strekking van het fidei-commis de residuo was de echtgenote in de gelegenheid te stellen in haar levensonderhoud te voorzien en een mogelijk overschot aan de neven en nichten van de erflater te laten vererven. In het testament was opgenomen dat de neven en nichten afgifte van alle zaken van de nalatenschap van A konden vragen, zonder tot enig bewijs gehouden te zijn. Het bewijs van de vervreemding en vertering rustte derhalve op echtgenote B of haar erfgenamen. De stiefdochter van B was door B tot enig erfgename benoemd. Tot het fidei-commissaire vermogen behoorde onder meer een onroerende zaak, die na het overlijden van erflater A door de bezwaarde B zwaar hypothecair belast werd voor de terugbetaling van een door bezwaarde B opgenomen geldlening van NLG 400.000. De betreffende geldlening werd door bezwaarde B gebruikt voor het onderhoud en het herstel van de woning, alsmede voor haar persoonlijke levensonderhoud.

De neven en nichten van A stelden dat het sluiten van de hypothecaire geldlening een privé aangelegenheid van bezwaarde B was en er derhalve voor hen nog een vergoedingsrecht bestond. De stiefdochter stelde daarentegen dat haar rechtsvoorganger de woning had aangewend om in haar levensonderhoud te voorzien en dat zij hiertoe op grond van het testament gerechtigd was. Een deel van de woning had de bezwaarde zeggezegd gewoon 'opgegeten'. Geld was namelijk niet meer in afdoende mate aanwezig en bezwaarde B moest toch in haar levensonderhoud kunnen voorzien.

Hoe moet hierover rechtens geoordeeld worden? Behoren de woning én de schuld tezamen tot het tweetrapsvermogen of gaat de woning onder het tweetrapsverband naar de neven en nichten van de erflater, terwijl de geldschuld bij wege van erfopvolging naar de stiefdochter gaat?

De rechtbank kiest voor het eerste. Immers, bezwaarde B had de woning ook mogen verkopen en de opbrengst daarvan mogen aanwenden voor haar persoonlijke levensonderhoud. Dan vervolgt de rechtbank met de volgende overwegingen:

*"Het enkele feit dat B na het overlijden van A een lening is aangegaan om geld ter beschikking te krijgen voor de bestrijding van haar kosten van dagelijks levensonderhoud is onvoldoende om dat geld als fidei-commissair vermogen te beschouwen.*

*(...) Dat wordt (...) anders doordat zij het huis, dat tot de nalatenschap van A behoorde, heeft verhypothekerd teneinde de lening te verkrijgen. Het aangaan van de geldlening hangt door het verhypothekeren van het 'fidei-commissaire huis' zo nauw samen met het fidei-commissair vermogen, dat lening en fidei-commissair vermogen niet meer los van elkaar kunnen worden gezien. (...)*

*De economische samenhang tussen het aangaan van de schuld, het onderzetten van het huis, de bedoeling van het fidei-commis de residuo en het gegeven dat de uitgaven conform die doelstelling zijn gedaan, maakt dat de schuld bij ABN AMRO aan het fidei-commissair vermogen moet worden toegerekend, ook voorzover dit is besteed aan uitgaven voor dagelijks levensonderhoud. (...) Het aangaan door B van de hypothecaire schuld is in zoverre als het verteren van fidei-commissair vermogen te beschouwen. Deze schuld (minus het eventuele restant) behoort derhalve tot het door A aan de neven en nichten nagelatene."*

Was een andere visie op deze casus mogelijk? Die andere visie zou dan inhouden dat bezwaarde B in privé een schuld aanging bij de bank. Zij gaf slechts de woning behorende tot het fidei-commissaire vermogen tot zekerheid aan de bank. Het opmaken van het geleende geld is dan niet het verteren van de onroerende zaak. Het geleende geld is privé,



net als de schuld privé is, en dat vererft beide naar de erfgenamen van de bezwaarde. Ik meen dat de rechtbank – gelet op de aanwending van het geleende geld door bezwaarde B – terecht van een andere visie is uitgegaan.

### Onttrekkingen aan het tweetrapsvermogen

In het testament van de in 1976 overleden vader was een fidei-commis de residuo opgenomen.<sup>27</sup> Zijn (tweede) echtgenote is voor haar erfdeel erfgenaam-bezwaarde en zijn dochter is daarvoor de erfgenaam-verwachter. In 2008 verklaart stiefmoeder in een notariële akte dat haar opnames uit het fidei-commissaire vermogen moeten worden gezien als leningen en niet als verteringen, zolang zij nog eigen vermogen zou hebben. Deze akte is door de notaris – met medeweten van stiefmoeder – toegezonden aan de dochter.

Nadat stiefmoeder in 2014 is overleden, blijkt dat zij in 2009 haar verklaring uit de notariële akte van 2008 heeft herroepen en haar zuster tot haar enig erfgenaam heeft benoemd.

Volgens de stiefdochter (de verwachter) stond het haar stiefmoeder niet vrij om bij haar testament haar verklaring uit 2008 eenzijdig te herroepen. Volgens de rechtbank heeft stiefmoeder dit wel kunnen doen, met als gevolg dat haar opnames uit het vermogen als verteringen hebben te gelden ([ECLI:NL:RBAMS:2018:4052](#)). Het gerechtshof Amsterdam oordeelt bij arrest van 23 juni 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:1748](#), anders over de vraag of de stiefmoeder in de akte van 2008 van de bevoegdheid tot verteren van het bezwaarde vermogen (on)voorwaardelijk heeft afgezien en of als gevolg daarvan voor de stiefmoeder en haar rechtsopvolger onder algemene titel een verplichting tot vergoeding is ontstaan jegens de dochter. Het hof overweegt:

*“Voor de beantwoording van deze vraag is het volgende van belang. Vaststaat dat tussen [de echtgenote van erflater, stiefmoeder] en de echtgenoot van appellante de mogelijkheid voor [stiefmoeder] niet verder in te teren op het bezwaarde vermogen is besproken, dat vervolgens de notaris is ingeschakeld en dat [stiefmoeder] in het bijzijn van de echtgenoot van appellante en de notaris en daarna ook in een gesprek onder vier ogen met de notaris heeft bevestigd dat zij het bezwaarde vermogen in stand wilde laten. De notaris heeft vervolgens een conceptakte opgemaakt, waarna [stiefmoeder] de akte in het bijzijn van de notaris en haar buurvrouw op 7 oktober 2008 heeft ondertekend. In deze akte heeft [stiefmoeder] onder meer verklaard als hiervoor (...) weergegeven en daarmee haar op een rechtsgevolg gerichte wil schriftelijk vastgelegd. Die wil hield in dat de opnames die zij vanaf 1 januari 2007 deed ten laste van het in de akte gemelde effectendepot en als te blijken uit de dagafschriften en het aan de akte gehechte overzicht, moesten worden gezien als leningen uit het bezwaarde vermogen en dat zij alleen dan pas zou interen op het bezwaarde vermogen indien en zodra haar eigen vermogen niet meer voldoende was. Zij heeft in de akte van 7 oktober 2008 geen voorwaarde verbonden aan haar (wils)verklaring. Op 16 oktober 2008 is de akte toegezonden aan de echtgenoot van appellante en geïntimeerde*

---

<sup>27</sup> Het testament is in 1971 gepasseerd door notaris mr. P.W. van der Ploeg te Amsterdam, één van de toonaangevende notarissen op onder meer het terrein van het erfrecht, bewerker van Asser-Meijers-Van der Ploeg (Erfrecht) en oud-naamgever van het kantoor Loeff & Van der Ploeg waar ik als advocaat mijn carrière ben begonnen.

heeft niet (voldoende) betwist dat appellante op dat moment heeft kennis genomen van de inhoud daarvan. De notaris heeft, zo heeft hij verklaard in zijn (...) brief van 5 mei 2019, aan [stiefmoeder] gevraagd "of ik een kopie naar [echtgenoot van appellante] mocht sturen: geen bezwaar, want dan kon hij zien dat zij haar belofte om het bezwaarde vermogen in stand te houden op papier had gezet."

Uitgaande van het voorgaande heeft [stiefmoeder] niet zozeer afstand gedaan van haar bevoegdheid tot verteren, maar een rang- of volgorde van in-/vertering bepaald tussen het bezwaarde en het eigen vrije vermogen. Dat de bedoeling van de erflater was dat [stiefmoeder] verzorgd zou achterblijven staat daaraan niet in de weg, net zomin of, en zo ja, in hoeverre [stiefmoeder] voor 1 januari 2007 al had ingeteerd op het bezwaarde vermogen. Door de toezending van de akte met instemming van [stiefmoeder] en de kennisneming van de inhoud daarvan door appellante in samenhang met hetgeen hieraan is voorafgegaan, heeft [stiefmoeder] zich jegens appellante verbonden en bij appellante het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat zij het bezwaarde vermogen intact zou laten zolang [stiefmoeder] nog over eigen vrij vermogen beschikte en dat, als [stiefmoeder] uitgaven deed uit het bezwaarde vermogen, deze moesten worden gezien als leningen ten behoeve van het bezwaarde vermogen en ten laste van [stiefmoeder] eigen vrije vermogen in die zin dat vergoedingsrechten ontstonden ten behoeve van het bezwaarde vermogen en ten laste van het eigen vrije vermogen. (...) Het hof kan niet uitsluiten dat [stiefmoeder], zoals geïntimeerde heeft aangevoerd, de wil heeft gehad / geuit (aan de notaris) de door haar vastgelegde rang- of volgordebepaling te kunnen herroepen, maar omdat zij deze wil tot herroeping niet schriftelijk heeft vastgelegd in de akte van 7 oktober 2008 en ook niet schriftelijk bij de toezending van de akte aan (de echtgenoot van) appellante of anderszins gericht kenbaar heeft gemaakt, is het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat voormelde rang- of volgorde zou gelden zolang [stiefmoeder] over eigen vermogen beschikte. Als het de bedoeling van [stiefmoeder] was geweest dat zij de toezegging te allen tijde zou kunnen herroepen, had het op de weg van de notaris gelegen dit als onderdeel van de verklaring van [stiefmoeder] in deze akte op te nemen."

Aangezien vaststaat dat de stiefmoeder bij haar overlijden nog steeds het in de akte van 2008 bedoelde registergoed in eigendom had en dit na haar overlijden is verkocht en geleverd tegen een koopsom van ruim € 500.000,-, is de voorwaarde bij de verklaring in de akte (inhoudende dat zij pas zal interen op het bezwaarde vermogen op het moment dat haar eigen vrije vermogen niet meer voldoende is) niet vervuld en is een vergoedingsrecht ontstaan ten laste van de nalatenschap van stiefmoeder ten behoeve van het bezwaarde vermogen en om die reden ten behoeve van de dochter.

### Bevoegdheid van de bezwaarde tot schenking?

In het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 1 mei 2018, [ECLI:NL:GHARL:2018:4125](#), was de vraag aan de orde of de bezwaarde het tweetrapsvermogen onbeperkt mocht vervreemden en verteren, en zo ja, of hieronder mede begrepen kon worden de bevoegdheid tot het doen van schenkingen. In het testament was aan de bezwaarde de bevoegdheid toegekend de goederen van de nalatenschap te gebruiken, de vruchten daarvan te genieten en deze goederen te vervreemden, te bezwaren en te verteren. Een specifieke bepaling over het doen van schenkingen door de bezwaarde ontbrak. In geschil was of de bezwaarde bevoegd was

grote bedragen (ca. € 400.000) ten laste van het tweetrapsvermogen te schenken. Het hof schetst eerst het algemene kader en formuleert tegen die achtergrond vervolgens de te beantwoorden rechtsvraag:

*“In deze zaak is (...) artikel 4:138 lid 2 BW van toepassing, dat bepaalt dat de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik (titel 8 van Boek 3 BW) toepassing vinden, zolang de vervulling van de voorwaarden onzeker is. Van deze bepalingen is in dit geval in het bijzonder artikel 3:215 lid 3 BW aan de orde dat bepaalt dat de vruchtgebruiker (lees bij overeenkomstige toepassing: de bezwaarde) die zoals hier de bevoegdheid heeft gekregen tot vervreemding en vertering van de goederen, deze goederen ook mag bestemmen voor gebruikelijke kleine geschenken. De bepalingen van vruchtgebruik zijn, in elk geval voor zover deze van regeland recht zijn, alleen van overeenkomstige toepassing voor zover de erflater in zijn testament niet anders heeft bepaald. Dat kan worden afgeleid uit de volgende passage in parlementaire geschiedenis bij afdeling 5 van titel 5 van Boek 4 BW (Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.wet), p. 2041):*

*‘De verwijzing naar titel 3.8 ligt in verband met de gelijkens tussen de primaire voorwaardelijke erfstelling en de toekenning van een vruchtgebruik over de nalatenschap voor de hand. Zij kan echter niet anders dan een beperkt globaal karakter dragen, omdat rekening moet worden gehouden met de concrete aard en de inhoud van de betreffende voorwaardelijke erfstelling. Ook is van belang dat titel 3.8 de mogelijkheid openlaat het vruchtgebruik nader te regelen. Voor wat betreft het fideicommiss de residuo moet in dit verband terstond erop worden gewezen dat dit, naar zijn aard, aan de bezwaarde erfgenaam de bevoegdheid tot vervreemden en verteren geeft, zoals een zodanige bevoegdheid volgens artikel 3:215 ook bij de vestiging van het vruchtgebruik aan de vruchtgebruiker kan worden toegekend.*

*Voor wat betreft een fideicommiss de residuo komen daarom in beginsel slechts voor overeenkomstige toepassing in aanmerking de bepalingen die gelden voor een vruchtgebruik met het in artikel 3:215 bedoelde beding. Het zal overigens in de eerste plaats van de inhoud en de uitleg van het betreffende fideicommiss afhangen wat hier precies geldt. Zo kan het bijv. zijn dat het fideicommiss een verdergaande bevoegdheid om de fideicommissaire goederen weg te schenken inhoudt dan uit artikel 3:215 lid 3 voortvloeit, zoals anderzijds ook mogelijk is dat de bevoegdheid te vervreemden of te verteren bij het testament wordt beperkt met als gevolg dat de making wellicht geen zuiver fidei-commiss de residuo meer mag heten.’*

*Uit deze passage in de parlementaire geschiedenis volgt dat de mogelijkheid open blijft dat de erflater in zijn testament bepaalt dat de bezwaarde erfgenaam ook bevoegd is goederen van het bezwaarde vermogen te schenken of schenkingen te doen ten laste van het bezwaarde vermogen. De vraag is nu of erflater dat heeft bepaald. Overigens staat vast dat erflater in zijn testament niet uitdrukkelijk de bevoegdheid om schenkingen te doen aan de bezwaarde heeft toegekend.”*

Twee visies strijden om voorrang. Tegenover de verwachters (de kinderen van de erflater) staan de bezwaarde (de tweede echtgenote) en haar kind met partner aan wie de schenkingen gedaan zijn. De verwachters stellen dat het testament zo uitgelegd moet worden dat de bezwaarde geen schenkingen kon doen, behoudens kleine gebruikelijke schenkingen (vgl. art. 3:215 lid 3 BW). Dat zou aan de bezwaarde ook door de notaris zo uitgelegd en gezegd zijn. De begiftigden stellen daar tegenover dat de bezwaarde

bevoegd was tot alle beheers- en beschikkingshandelingen. Ten aanzien van het doen van schenkingen is geen restrictie opgenomen. Een eerder concept van het testament, dat kennelijk was voorbereid door een van de kinderen, bevatte wel een inperking van de beschikkingsbevoegdheid door een verbod tot schenken. Maar die inperking staat niet meer in het testament dat gepasseerd is. Daarmee heeft erflater bewust de kans aanvaard dat er voor de verwachters minder overblijft van het bezwaarde vermogen, omdat de bezwaarde vrij was om over de goederen te beschikken.

Het hof overweegt hierover als volgt:

*“Bij de uitleg van een uiterste wilsbeschikking dient te worden gelet op de verhoudingen die erflater in de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt. Die omstandigheden zijn grotendeels geschetst in onderdeel 3.1-3.4 van dit arrest, waarnaar hier wordt verwezen. Verder is van belang de omstandigheid dat erflater zijn uiterste wil heeft gemaakt onder het nieuwe erfrecht, waarbij anders dan onder het oude erfrecht de bezwaarde niet bevoegd is andere dan gebruikelijke kleine schenkingen te doen ten laste van het bezwaarde vermogen, tenzij erflater in zijn uiterste wil anders bepaalt (...). De verhoudingen die erflater in de uiterste wil kennelijk wilde regelen zijn dat [echtgenote] zolang zij leefde over het door erflater aan haar nagelaten vermogen kan beschikken en daarop ook mocht interen en dat na haar overlijden hetgeen dan nog van zijn vermogen resteerde voor zijn drie nog in leven zijnde kinderen en zijn schoondochter was.*

*Gelet op deze omstandigheden en op de bedoelde verhoudingen neemt het hof tot uitgangspunt dat de bepalingen ten aanzien van de tweetrapsmaking vooralsnog zo worden uitgelegd dat [echtgenote] als bezwaarde bevoegd was de goederen van de nalatenschap te gebruiken, de vruchten daarvan te genieten, deze goederen te vervreemden en te verteren, maar niet dat zij ook bevoegd was om deze goederen (waaronder ook gelden die tot de nalatenschap behoorden) te schenken.*

*Het hof gaat vooralsnog ervan uit dat notaris [notaris] bij de redactie van de uiterste wil van erflater is uitgegaan van de toepasselijkheid van artikel 4:138 lid 2 BW en artikel 3:215 lid 3 BW. Omdat uit die bepalingen voortvloeit dat de bezwaarde erfgename niet bevoegd is schenkingen te doen, hoefde de notaris dat niet nog eens expliciet in de uiterste wil op te nemen. Zou het voor de notaris kenbaar zijn geweest dat erflater - zoals [geïntimeerde 1], [geïntimeerde 2] en [geïntimeerde 3] aanvoeren - [echtgenote] ook de bevoegdheid om te schenken wilde toekennen, dan moet (vooralsnog) worden aangenomen dat hij dat met zoveel woorden in de uiterste wil zou hebben opgenomen. Dat volgt ook uit de uitlatingen van de notaris na het overlijden van erflater. Onweersproken is dat de notaris in elk geval twee maal aan [echtgenote] de bedoeling van het testament heeft uitgelegd en heeft gezegd dat zij in ieder geval geen schenkingen uit het bezwaarde vermogen mocht doen (...). Onder de stukken van het geding (producties 4 en 5 bij de dagvaarding in eerste aanleg) bevindt zich een brief van notaris [notaris] aan [appellant] van 21 september 2015. Daarin schrijft [notaris] dat [echtgenote] slechts kleine gebruikelijke schenkingen mocht doen en dat andere schenkingen niet zijn toegestaan. [notaris] baseert zich daarbij op een advies van FBN/Juristen van 15 september 2015, dat door hem was gevraagd in zijn mail aan FBN van 26 mei 2015.*

*Erflater heeft zowel in 2005 als in 2012 een concept van een uiterste wil laten maken door notaris [notaris 2] in [plaatsnaam]. Aan die concepten heeft erflater overigens geen gevolg gegeven. In het concept van 2005 benoemt hij zijn kinderen tot erfgenamen en legateert hij*

aan [echtgenote] zijn woning, de inboedel en zijn vervoersmiddelen. Het legaat van de woning is een fideïcommissair legaat met [echtgenote] als bezwaarde legataris en zijn zoon [zoon 1] respectievelijk diens echtgenote ([appellante 3]) als verwachters. In dit concept is bepaald dat de bezwaarde legataris bevoegd is tot vervreemding van de woning en vertering van de opbrengst, maar niet om uit het bezwaarde vermogen schenkingen of giften te doen, behoudens gebruikelijke kleine geschenken. In het concept van 2012 benoemt hij zijn drie nog in leven zijnde kinderen en zijn schoondochter tot zijn enige erfgenamen en maakt legaten van de inboedel, vervoersmiddelen en van het vruchtgebruik van zijn woning en van zijn banktegoeden aan [echtgenote]. Ten aanzien van het legaat van vruchtgebruik kent hij aan [echtgenote] de bevoegdheid tot vervreemding en bezwaring toe als bedoeld in de artikelen 3:212 en 215 BW. In het concept uit 2005 is de bevoegdheid schenkingen te doen expliciet genoemd. In het concept uit 2012 niet. Daarin is alleen de bevoegdheid tot vervreemding en bezwaring toegekend en wordt verder verwezen naar artikel 3:212 en 215 BW. Dat het concept uit 2005 expliciet de mogelijkheid tot het doen van schenkingen uitsluit en de uiterste wil van erflater van 8 oktober 2012 dat niet doet, betekent niet dat erflater die mogelijkheid in dat testament niet langer uitsluit. Dat hoefde hij immers niet expliciet te bepalen, omdat dat al volgt uit artikel 3:215 lid 3 BW. De expliciete uitsluiting van de mogelijkheid tot het doen van schenkingen in het concept uit 2005 kan zeer goed als reden hebben dat artikel 3:215 lid 3 BW bij een fideïcommissair legaat niet van overeenkomstige toepassing is verklaard in art. 4:138 lid 2 BW (dat slechts voor erfstelling geldt) en onzeker is of de bepalingen van titel 3.8 BW analogisch toegepast moeten worden, Kennelijk heeft de notaris daarom bij de redactie van het concept van 2005 ervoor gekozen de bepaling van artikel 3:215 lid 3 BW in de uiterste wil 'uit te schrijven'. Het niet 'uitschrijven' van deze bepaling in het concept van 2012 en in de uiterste wil van 8 oktober 2012 doet niet af aan de toepasselijkheid van artikel 3:215 lid 3 BW (op grond van de bij een erfstelling wél geldende overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen als bepaald in art. 4:138 lid 2 BW). Overigens is de erfrechtelijke positie van [echtgenote] als bezwaarde erfgename met de bevoegdheid tot vervreemding en vertering in de uiterste wil van 8 oktober 2012 aanmerkelijk beter dan die in de (nooit uitgevoerde) concepten, waarin zij slechts legaten krijgt. Dat past goed in het relaas van [geïntimeerde 3] over de totstandkoming van de uiterste wil van 8 oktober 2012. Kennelijk was erflater niet tevreden met de positie van [echtgenote] als legataris en wilde hij graag dat zij meer kon. Die mogelijkheid kreeg zij door haar benoeming tot enige (bezwaarde) erfgename. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen betekent die verbetering nog niet dat zij ook bevoegd was tot het doen van schenkingen ten laste van het bezwaarde vermogen."

Het zijn de verwachters die zich hebben beroepen op de rechtsgevolgen van de door hen bepleite uitleg van de tweetrapsmaking. Zij dragen daarmee de bewijslast van de feiten die deze uitleg steunen (art. 150 Rv). Het hof is blijkens het voorgaande van oordeel dat de verwachters dat bewijs voorshands hebben geleverd (het 'feitelijke' voorshandse bewijsoordeel), maar ziet wel aanleiding het kind en zijn partner in de gelegenheid te stellen daartegen tegenbewijs te leveren.

Tegenbewijs is het aandragen van bewijsmateriaal met het oog op het ontkrachten van voorshands door de rechter voor bewezen gehouden feiten, waarvoor de andere partij het bewijsrisico draagt. Tegenbewijs zou kunnen worden geleverd door middel van bewijsstukken of getuigen. Bij tegenbewijs is het voldoende zoveel twijfel te zaaien bij de rechter dat deze niet (meer) vermoedt dat de stelling van de met het bewijs belaste partij

juist zijn. Kortom, de aanvankelijke overtuiging van de rechter moet aan het wankelen gebracht worden. Voldoende is dat het bewijs door het tegenbewijs wordt ontzenuwd.<sup>28</sup> De eigen lezing van het gebeurde hoeft dus niet te worden bewezen. Tegenbewijs dient in het algemeen te worden aangeboden. Ondanks dat art. 151 lid 2 Rv aangeeft dat tegenbewijs vrijstaat, hoeft de rechter het niet ambtshalve toe te laten.

In een ander geval bevatte het door vader ten behoeve van zijn vijf kinderen onder oud erfrecht ingestelde fideï-commis de residuo waarbij de kinderen over en weer verwachters zijn een beperkte schenkingsbevoegdheid. De bezwaarden mochten alleen schenken aan personen die afstammelingen van de erflater zijn. De clause luidde onder meer als volgt:

*“De last van fideicommiss de residuo houdt in dat het desbetreffende kind verplicht is hetgeen hij van mij geërfd zal hebben en onvervreemd en onverteerd zal hebben overgelaten, uit te keren aan diegenen van mijn afstammelingen die mijn erfgenamen volgens de wet zouden zijn geweest indien ik gelijktijdig met het desbetreffende kind zou zijn overleden, daaronder begrepen heb die bij mijn overlijden nog niet waren geboren, of - indien alsdan geen van mijn afstammelingen in leven is - aan de stichtingen (...)  
De verkrijger onder de last van fideicommiss de residuo kan niet bij schenking over de hem onder die last nagelaten goederen beschikken, anders dan aan personen die afstammelingen van mij zijn.”*

Eén van de kinderen heeft bij notariële akte en in persoon op 24 mei 2012 om niet een bedrag aan één van de andere kinderen schuldig erkend onder de opschortende voorwaarde van haar overlijden (schenking ter zake des doods (art. 7:177 BW)) met de mogelijkheid voor de schenker deze schenking te herroepen. Partijen zijn het erover eens dat de schenking, als deze geldig is, een schenking uit het fideï-commissaire vermogen is. Het geschil handelt over de uitleg van deze bepaling uit het testament. Eén van de kinderen legt de aangehaalde bepaling zo uit dat een bezwaarde erfgenaam geen herroepelijke schenkingen kan doen die pas werken bij overlijden van de bezwaarde erfgenaam en dat schenkingen alleen aan de verwachters voor gelijke delen kunnen worden gedaan. Het andere kind (de begiftigde) betwist deze uitleg. De enige beperking die erflater heeft gegeven is dat een bezwaarde alleen schenkingen kan doen aan afstammelingen van erflater. Erflater heeft geen beperking voor het soort schenkingen gegeven; ook herroepelijke schenkingen ter zake des doods zijn mogelijk.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden legt in een tussenarrest van 17 maart 2020, [ECLI:NL:GHARL:2020:2328](https://www.eclis.nl/gharl/2020/2328), het testament uit:

*“Bij de uitleg van een uiterste wilsbeschikking dient te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt (artikel 4:46 lid 1 BW). Erflater had ten tijde van het maken van zijn testament vijf kinderen, van wie een aantal ook zelf kinderen had. [F] had geen kinderen, maar was wel getrouwd. [De zuster van F] stelt onweersproken dat erflater voor de figuur van het fideicommiss de residuo heeft gekozen, omdat hij absoluut niet wenste dat aangetrouwde familieleden, in het bijzonder de echtgenoot van [F], op enige wijze zouden profiteren van zijn vermogen; schenkingen aan kinderen of kleinkinderen waren geen probleem. (...) Het*

---

<sup>28</sup> HR 2 mei 2003, NJ 2003/468.

*hof is van oordeel dat de enkele omstandigheid dat voor 2003 in de rechtsgeleerde literatuur omstreden was of herroepelijke schenkingen met werking bij dode geldig waren, onvoldoende is om te oordelen dat erflater aan de bezwaarde erfgenamen wilde verbieden dit soort schenkingen te doen. In de bewoordingen van het testament is die beperking niet te lezen. Ook uit de bedoeling die erflater kennelijk had met het fideicommiss is niet af te leiden dat hij dit soort schenkingen wilde uitsluiten. (...) De bewoordingen van het testament en de genoemde bedoeling van erflater ondersteunen evenmin de uitleg van [appellant, het andere kind] dat erflater alleen schenkingen toestond aan al zijn kinderen samen en voor gelijke delen. Erflater gebruikte niet het woord kinderen, maar de woorden 'personen die afstammelingen van mij zijn'. Dat is een grotere groep dan alleen zijn kinderen. Het hof gaat dan ook voorbij aan de uitleg van [appellant]."*

Eén van de andere kinderen betreft ook nog de stelling dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid die op de rechtsverhouding tussen de bezwaarde erfgenaam en de verwachters van toepassing zijn voortvloeit dat de schenking niet deugt. [F] zou op onaanvaardbare wijze de wil van erflater doorkruist hebben door het gehele fidei-commissaire vermogen bij haar overlijden te schenken aan één andere afstammeling van erflater. Daarmee heeft zij gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ook deze stelling wordt door het hof verworpen:

*"Het hof stelt voorop dat het [F] vrijstond het fideicommissaire vermogen te schenken aan een afstammeling van erflater, ook als dat gebeurde door een schenking die pas werking zou hebben bij haar overlijden. Daarbij was zij ook geheel vrij in de keuze aan wie zij zou schenken mits dit een afstammeling van erflater was. Hiervoor is al overwogen dat niet is komen vast te staan dat erflater niet wilde dat zij aan slechts aan één afstammeling zou schenken, maar dat hij alleen schenkingen aan alle kinderen samen wilde. Als erflater een schenking aan slechts één afstammeling niet zou hebben gewild, dan ligt het voor de hand dat hij dat in zijn testament zou hebben bepaald. Ook is niet komen vast te staan dat erflater niet wilde dat een bezwaarde het gehele fideicommissaire vermogen zou schenken aan één afstammeling. [appellant] voert nog aan dat het handelen van [F] en [geïntimeerde] indruist tegen de heersende moraal dat men zijn kinderen gelijk behandelt. Het hof gaat daaraan voorbij. Het zal zeker zo zijn dat ouders hun kinderen voor het erfrecht vaak gelijk willen behandelen, maar er bestaat geen verplichting dat te doen. Ouders die anders willen hebben daartoe de vrijheid; kinderen hebben dan wel de mogelijkheid zich te beroepen op hun legitieme portie of andere wettelijke rechten. Bovendien heeft erflater in dit geval zijn kinderen gelijk behandeld, zij het dat [C] iets minder heeft geërfd dan zijn broers en zussen. Ieder van de kinderen heeft dezelfde vrijheid gekregen zijn of haar fideicommissaire vermogen te vervreemden, te verteren en te schenken. [F] heeft daarvan gebruik gemaakt op de wijze die haar goed dunkte; dat kunnen de andere kinderen ook doen. Niet valt in te zien dat sprake is van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling door [F]. Verder merkt het hof op dat erflater zelf ook al onderscheid heeft gemaakt tussen zijn kinderen, door die kinderen die met achterlating van kinderen overlijden, te bevrijden van de fideicommissaire last. Daarbij past dat de erflater bedoeld zal hebben dat een bezwaarde zelf mocht kiezen aan wie van de afstammelingen van erflater zou worden geschonken."*

Het geschil heeft ten slotte betrekking op de vraag of het de bedoeling van de schenker is geweest om al haar banktegoeden op het moment van haar overlijden aan haar zuster te



schenken, ongeacht bij welke banken dit tegoed zou staan (ca. € 240.000). Ten tijde van het ondertekenen van de schenkingsakte had de schenker alleen bankrekeningen bij ABN Amro Bank, vandaar dat de notaris heeft geschreven dat het ging om de tegoeden die daar werden aangehouden. Bij overlijden bleek de schenker ook over tegoeden bij een aantal andere (buitenlandse) banken te beschikken. De begiftigde wordt toegelaten tot bewijslevering dat de fidei-commissaire nalatenschap mede uit deze banktegoeden bestaat. In de einduitspraak ([ECLI:NL:GHARL:2021:3779](#)) is beslist dat uit de verklaringen van de notaris en de bankmedewerker, en uit de correspondentie waarnaar zij verwijzen, inderdaad blijkt dat het de bedoeling was dat na het overlijden van de schenker al haar vermogen naar haar zus zou gaan, inclusief het fidei-commissaire vermogen voor zover dat mogelijk was.

### De legitieme

In zijn testament heeft erflater zijn partner, met wie hij zo'n twintig jaar heeft samengewoond tot zijn overlijden in 2010, tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) en executeur benoemd en twee van zijn drie kinderen tot erfgenamen onder een aansluitende opschortende voorwaarde (de verwachters). Hij heeft één van zijn drie kinderen onderfd. De partner heeft de nalatenschap zuiver aanvaard en haar benoeming tot executeur aanvaard. De partner overlijdt in 2015. De twee kinderen hebben de nalatenschap van hun vader beneficiair aanvaard. Vader heeft in zijn testament de opeisbaarheid van de legitieme portie van het onderfd kind uitgesteld tot het overlijden van de partner (art. 4:82 BW).

Het onderfd kind beroept zich op zijn legitieme portie (ca. € 35.000). Zijn broer en zus zijn als erfgenamen hiervoor aansprakelijk na het overlijden van de partner. Zij hebben, met inachtneming van art. 4:80 lid 2 BW, een deel van de legitimaire vordering van het onderfd kind voldaan.

Het onderfd kind spreekt ook de erfgenamen van de partner aan tot betaling van het restant van de legitieme. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wijst deze vordering af bij arrest van 16 februari 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:1673](#).

Het hof gaat eerst in op de positie en de vordering van de legitimaris, het onderfd kind:

*"Omdat appellant een beroep heeft gedaan op zijn legitieme, heeft hij als legitimaris een vordering in geld op de gezamenlijke erfgenamen (dat zijn hier [de broer] en [de zus]). De schuld ter zake van de legitieme portie van de legitimaris is geen schuld van erflater in de zin van artikel 4:182 lid 2 BW (zie ook artikel 7 lid 1 onder a BW), maar wel een schuld van de nalatenschap (artikel 4:7 lid 1 sub g BW). De erfgenamen zijn hiervoor naar evenredigheid van hun erfdeel gebonden (artikel 6:6 BW). Als het bedrag van de vordering van de legitimaris de waarde van de nalatenschap te boven gaat dan worden de vorderingen op de erfgenamen naar evenredigheid verminderd (artikel 4:80 lid 2 BW)."*

Hoe moet worden geoordeeld over de positie van de partner?

*"Met het overlijden van erflater op 24 mei 2010 is eerst de partner (onder ontbindende voorwaarde) erfgenaam van zijn nalatenschap geworden en heeft de legitimaris op voet van artikel 4:80 lid 1 BW jegens haar aanspraak op betaling; op grond van het testament was de legitieme nog niet opeisbaar. Met het overlijden van de partner op 25 juli 2015 zijn de*



*kinderen van erflater erfgenaam geworden (de vervulling van de opschortende voorwaarde) en daarmee is de tweetrapsmaking 'voltooid'. [appellant] heeft daardoor vanaf het overlijden van de partner als legitimaris op voet van artikel 4:80 lid 1 BW jegens de bezwaarde erfgenamen aanspraak op betaling van zijn legitieme portie Met het overlijden van de partner is ook háár nalatenschap opengevallen, die echter lós staat van de nalatenschap van erflater. Haar erfgenamen, onder wie geïntimeerde, hebben die nalatenschap beneficiair aanvaard. Over de afwikkeling van de nalatenschap van de partner van erflater is verder niets bekend in deze procedure."*

Het onterfde kind stelt dat hij zijn gehele vordering van de legitieme kan verhalen op de erfgenaam van de partner. Het onterfde kind beroept zich voor zijn aanspraak op de legitieme op art. 4:79 BW waarin onder meer is bepaald (sub a) dat de legitimaris een vordering verkrijgt op de gezamenlijke erfgenamen dan wel (sub b) op een begiftigde door inkorting als bedoeld in art. 4:89 BW. In het verlongde hiervan stelt het onterfde kind dat hij op grond van art. 4:80 lid 1 BW zijn vordering kan indienen bij de gezamenlijke erfgenamen, onder wie de partner van erflater die door de tweetrapsmaking enig erfgenaam was. Gezien de bepaling in het testament onder B.2 sub k. (dat luidt: "Schulden en daarmee samenhangende renten en kosten die bestaan op het tijdstip van in vervulling gaan van een voorwaarde wordt tot het eigen vermogen gerekend en moeten daaruit worden voldaan. Pas als het eigen vermogen niet toereikend is, komen de schulden ten laste van het bezwaarde vermogen.") kan de schuldvordering van het onterfde kind als 'bestaande schuld' worden gedefinieerd, wordt deze schuld tot het eigen vermogen van de partner van erflater gerekend en moet daaruit worden voldaan, aldus nog steeds het onterfde kind.

Het hof wijst die vordering af:

*"De schuld ter zake van de legitieme portie van de legitimaris, is een schuld van de erfgenamen van de erflater. Hier is sprake van een tweetrapsmaking waarbij eerst de partner erfgenaam is geworden onder ontbindende voorwaarde(n). Met vervulling van die ontbindende voorwaarde (hier: het overlijden van de partner) zijn de kinderen [de broer] en [de zus] als verwachters erfgenaam van erflater geworden. De partner van erflater was met haar overlijden geen erfgenaam meer. De schuld ter zake van de legitieme portie is geen schuld van de bezwaarde die door haar overlijden is overgegaan op haar eigen erfgenamen, zodat geïntimeerde als erfgenaam van de partner van erflater (de bezwaarde) in die hoedanigheid niet aansprakelijk is voor voldoening van de restantschuld van de legitieme. Met inachtneming van de artikelen 4:79 en 4:80 lid 2 BW heeft appellant zijn vordering uit de legitieme op de erfgenamen [de broer] en [de zus] (die hiervoor als erfgenamen van erflater aansprakelijk waren) overigens betaald gekregen door evenredige vermindering van hetgeen nog resteerde uit de nalatenschap van erflater (...).*

*Appellant meent dat hij het restant van de legitieme kan verhalen op geïntimeerde in haar hoedanigheid van erfgenaam van de partner van erflater en dat geïntimeerde gehouden is zijn vordering uit haar eigen vermogen te voldoen. Hij wijst hierbij op de bepaling in het testament onder B.2. sub k. Dit betoog gaat niet op. In de bepalingen onder B.2 van het testament zijn de rechten en verplichtingen van bezwaarde en verwachters nader ingevuld/geregeld. Alleen daarom al valt, zonder nadere toelichting of onderbouwing die ontbreekt, niet in te zien op welke grondslag appellant als derde in die rechtsverhouding hieraan rechten kan ontlennen. Kennelijk verstaat appellant onder "schulden" als genoemd in die bepaling (ook) de schulden van de nalatenschap, waaronder de aanspraak op de*

*legitieme en deze schuld van de partner van erflater is overgegaan op geïntimeerde als erfgenaam, zo verstaat het hof zijn stelling. Als het hof deze bepaling al moet uitleggen op de voet van artikel 4:46 lid 1 BW (daarover hebben partijen overigens geen debat gevoerd) dan kan redelijkerwijs uit de bewoordingen van sub k niet anders volgen dan dat het gaat om schulden van de bezwaarde die zij had op het moment van de vervulling van de voorwaarde en het einde van het bezwaar: die (eigen) schulden moest zij eerst voldoen uit haar eigen vermogen en als dat niet toereikend was dan kon/mocht de bezwaarde die schulden voldoen uit het bezwaarde vermogen (interen op de nalatenschap). Tot die schulden behoort niet de schuld ter zake van de legitieme portie die bij het einde van het bezwaar immers 'overgaat' op de bezwaarden.*

*Dat betekent dat appellant zijn vordering uit de legitieme niet geldend kan maken tegenover geïntimeerde, ongeacht of appellant geïntimeerde aanspreekt als erfgename van de partner van erflater of als vereffenaar van de nalatenschap van de partner van erflater, haar moeder."*

Het hof wijst het onderfde kind ook het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid af. Het onderfde kind stelt alleen dat het naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat hem een rechtstreekse aanspraak en verhaalsmogelijkheid op de nalatenschap van de partner wordt ontnomen en dat hij daardoor onevenredig in zijn belangen als legitimaris wordt geschaad. Dat is - aldus het hof - onvoldoende om de wettelijke regels opzij te zetten.

Was de aanspraak van het onderfde kind wel in strijd met die wettelijke regels? Art. 4:82 BW bevat een bijzondere faciliteit om de geldvordering van de legitimaris op de partner niet-opeisbaar te maken. Die faciliteit is bepaald niet kosteloos, zo blijkt uit art. 4:87 lid 5 BW. Aldaar wordt bepaald:

*"Voor zover de schuld aan een legitimaris ten laste komt van het erfdeel van de echtgenoot of andere levensgezel van de erflater en haar voldoening eerst kan worden verlangd op een met toepassing van artikel 81 lid 2, 82 of 83 vast te stellen tijdstip, is de echtgenoot of andere levensgezel daarvoor met zijn gehele vermogen aansprakelijk, ook als hij de nalatenschap beneficiair had aanvaard."*

Art. 4:87 lid 5 BW biedt de legitimaris dus een verhaalsrecht op het eigen vermogen van de echtgenoot of andere levensgezel die de nalatenschap beneficiair heeft aanvaard, en wel voor zover de schuld aan de legitimaris ten laste van zijn erfdeel komt. Die schuld drukt mijns inziens ook op de erfgenaam van de partner. Ik ben dus niet overtuigd van de juistheid van het oordeel van het hof.

## **10. Praktische toepassingsmogelijkheden**

De tweetrapsmaking wordt om een reeks van redenen gebruikt (vgl. § 1). De volgende motieven kan een erflater hebben om te kiezen voor een tweetrapsmaking waarmee hij over zijn graf heen kan regeren.

## Besparing van erfbelasting

Stel dat de erflater in fiscaalvriendelijk Monaco woont en dat hij Nederland reeds 10 jaar metterwoon heeft verlaten (vgl. art. 3 lid 1 SW). De erflater kan dan vrij van Nederlandse erfbelasting zijn in Nederland wonende zoon testamentair bedenken met een erfstelling of een legaat. De erflater zou nu met een tweetrapsmaking kunnen bepalen dat als zijn zoon overlijdt (de eerste trap) het onverteerde gedeelte van zijn nalatenschap overgaat op zijn kleinzoon (de tweede trap). Aangezien de kleinzoon in dat geval rechtstreeks van opa erft, is ook de kleinzoon geen erfbelasting verschuldigd over zijn erfrechtelijke verkrijging. Dat zou anders zijn als de kleinzoon bij gebreke van een tweetrapsmaking van zijn in Nederland wonende vader zou erven.

In dit geval zal de erflater het niet wenselijk achten dat aan zijn zoon enige beperking wordt opgelegd om te kunnen beschikken over de nalatenschap. De erflater doet er dan wijs aan te opteren voor een tweetrapslegaat in plaats van een tweetraps erfstelling. Op deze wijze zal de zoon niet gehinderd worden door de overeenkomstige toepassing van de dwingendrechtelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik in de relatie tot de verwachter (vgl. art. 4:138 lid 2 BW) (§ 4).

Een ander voorbeeld van een tweetrapsmaking waarbij besparing van erfbelasting het leidmotief is, ziet op het langstlevende testament. Stel dat de erflater een echtgenote en een kind achterlaat, en niet over zijn nalatenschap testamentair heeft beschikt. De nalatenschap bedraagt € 650.000. De wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW) is in dit geval van toepassing. Dat betekent dat alle goederen van rechtswege toegedeeld worden aan de langstlevende echtgenoot (art. 4:13 lid 2 BW) en dat het kind met zijn geldvordering op de langstlevende in de erfrechtelijke wachtkamer wordt geplaatst. De geldvordering van het kind op de langstlevende ter grootte van € 325.000 is vooralsnog niet-opeisbaar (art. 4:13 lid 3 BW). In dit geval valt de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende ruim binnen de partnervrijstelling van € 680.645 (2022). De geldvordering van het kind wordt – onder aftrek van de kindvrijstelling van € 27.231 – in de erfbelasting betrokken met 10% over de eerste schijf tot € 130.245 en 20% over het meerdere. Het precieze bedrag aan erfbelasting zal mede afhangen van de rente die over de geldvordering van het kind in rekening wordt gebracht (zie daarvoor het onderdeel 'Estate planning. De ventieltechniek'). De langstlevende zal de door het kind verschuldigde erfbelasting moeten betalen (welk bedrag metertijd met de geldvordering kan worden verrekend) (art. 4:14 lid 1 BW). Dat het kind erfbelasting moet betalen over een niet-opeisbare geldvordering (en dus slechts een geldvordering 'op papier') op de langstlevende zal niet door een ieder begrepen worden. Maar dat is wel de bittere realiteit.

Met een tweetrapsmaking is het in dit geval mogelijk om de door het kind verschuldigde erfbelasting te vermijden, alsook om optimaler gebruik te maken van de partnervrijstelling van de langstlevende. Als het vermogen van de langstlevende bijvoorbeeld grotendeels bestaat uit 'stenen' (de woning) biedt de tweetrapsmaking de langstlevende bovendien de nodige financiële ademruimte. Met de tweetrapsmaking wordt de langstlevende als erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) benoemd en het kind onder opschortende voorwaarde (de verwachter). Hierdoor heeft de langstlevende in beginsel de volledige zeggenschap over het tweetrapsvermogen. Het kind komt pas aan bod na het vervullen van de voorwaarde. In de tussentijd heeft het kind in relatie tot de langstlevende slechts rechten als bloot-eigenaar, alsof de langstlevende

vruchtgebruiker van het nagelaten vermogen is. De langstlevende krijgt veelal bij testament de bevoegdheid om op het tweetrapsvermogen in te teren.

Uitsluitend de bezwaarde wordt voorafgaand aan de vervulling van de voorwaarde in de heffing van de erfbelasting betrokken (art. 21 lid 2 SW). Gelet op de grote partnervrijstelling kan de heffing in dit geval bij het eerste overlijden worden voorkomen en wordt de erfbelasting op een gunstige wijze over beide nalatenschappen gespreid. Het kind wordt bij het eerste overlijden nog niet in de heffing van de erfbelasting betrokken (art. 21 lid 4 SW). Bij het overlijden van de langstlevende wordt de erfrechtelijke verkrijging van het kind als verwachter belast in de relatie tot de eerste ouder, aangezien de verwachter bij een tweetrapsmaking rechtstreeks van de insteller verkrijgt.

Het nadeel van een tweetrapsmaking is dat deze niet het voordeel heeft van uitholling van de nalatenschap van de langstlevende door oprenting (zoals bij andere eigendomsvarianten) of onbelaste waardegroei bij het kind (zoals bij vruchtgebruik).

Zie hiervoor ook het onderdeel 'Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap'.

Een laatste voorbeeld van een fiscaal voordeel dat aan een tweetrapsmaking is verbonden betreft de tweetrapsmaking waarbij kinderen over en weer tot bezwaarde en verwachter zijn benoemd. Overlijdt een kind (de bezwaarde) partner- en kinderloos, dan erven de andere kinderen (de verwachters) niet van hun broer of zus (tariefgroep II met tarieven van 30% en 40%), maar van de ouder (tariefgroep I met tarieven van 10% en 20%), de insteller van de tweetrapsmaking.

### *Bescherming van familievermogen*

De tweetrapsmaking met bewaarplicht kan worden ingezet om vermogen in de familie te houden. Een dergelijke tweetrapsmaking met een bewaarplicht (ook wel gewoon fideï-commis genoemd) komt zelden nog voor. In de regel is aan de bezwaarde de bevoegdheid verleend om het vermaakte te vervreemden en te verteren, zodat de verwachter alleen recht heeft op het overschot (de tweetrapsmaking van het overschot).

### *Echtscheidingstestament*

In echtscheidingssituaties wordt de tweetrapsmaking ingezet om te voorkomen dat vermogen via een gemeenschappelijk kind na zijn overlijden krachtens het versterferfrecht aan de ex-echtgenoot vererft.

De testamentaire clause in een tweetrapsmaking na echtscheiding zou als volgt kunnen luiden:

*"Hetgeen een kind (de bezwaarde) bij zijn overlijden onverteerd nalaat van hetgeen hij van mij heeft geërfd, zal worden verkregen door mijn overige kinderen (de verwachters).*

*Indien een verwachter vooroverlijdt, treden diens erfgenamen staaksgewijze in diens plaats, ook al bestonden zij nog niet ten tijde van mijn overlijden.*

*De bezwaarde is derhalve rechthebbende onder ontbindende voorwaarde en de verwachters zijn rechthebbenden onder opschortende voorwaarde.*

*Het voorwaardelijke karakter van de verkrijging van de bezwaarde vervalt:*

- *als [de ex-echtgenoot overlijdt];*
- *als de bezwaarde afstammelingen, een echtgenoot of geregistreerd partner als erfgenaam/erfgenamen achterlaat.”*

Het laatste deel van de clausule geeft aan dat aan de tweetrapsmaking geen behoefte meer bestaat als de ex-echtgenoot is overleden of het kind zelf één of meer erfgenamen achterlaat. Als de bezwaarde afstammelingen achterlaat of een echtgenoot of geregistreerd partner (behorende tot de eerste groep van versterferfgenamen) kan de ex-echtgenoot (behorende tot de tweede groep van versterferfgenamen) volgens het versterferfrecht niet meer erven (art. 4:10 BW).

*Kinderloze echtgenoten of samenwoners*

Een ander voorbeeld waarin een tweetrapsmaking ingezet kan worden, is de situatie dat kinderloze echtgenoten of samenwonenden aan de ene kant wensen dat de langstlevende alles verkrijgt, maar het aan de andere kant ook wenselijk achten dat na diens overlijden het resterende vermogen zoveel mogelijk toekomt aan de respectieve naaste familieleden van ieder hunner. Het (familie)vermogen blijft aldus in de bloedlijn.

Op deze wijze kan de langstlevende op dezelfde wijze voortleven en niet gehinderd worden door financiële zorgen. Het restant van het vermogen gaat naar de eigen familie, zonder verdere mogelijke inbreuk daarop door de langstlevende anders dan op grond van de uitdrukkelijk toegestane vertering. In een dergelijk testament past een schenkingsverbod voor de langstlevende, maar niet een testeerbevoegdheid.

## **11. Beletten of teweegbrengen van de vervulling van een voorwaarde**

Soms is de vervulling van een voorwaarde aan het toeval overgelaten en niet afhankelijk van het handelen van de betrokken persoon, een zogeheten 'toevallige voorwaarde'. Helpt de betrokken persoon te kwader trouw het lot een handje en geniet hij daardoor voordeel, dan kan uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat hij daarop geen beroep mag doen. In lijn hiermee bepaalt art. 4:139 lid 1 BW dat als de vervulling van een aan een erfstelling toegevoegde voorwaarde *belet* is door iemand aan wie het vermaakte toekomt zolang de voorwaarde niet is vervuld, dan geldt zij als vervuld, indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen.

Omgekeerd geldt dat als de vervulling van de voorwaarde *teweeggebracht* is door iemand aan wie het vermaakte bij de vervulling van de voorwaarde toekomt, dan geldt zij als niet vervuld, indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen (art. 4:139 lid 2 BW).

Hoewel de regeling van art. 4:139 BW is toegesneden op erfstellingen kan zij analoog worden toegepast op legaten die onder voorwaarde worden toegekend.<sup>29</sup>

Het is ook mogelijk dat een voorwaarde een zogeheten potestatief element bevat, waarbij het in vervulling gaan van de voorwaarde afhankelijk is van de wil of het handelen van de betrokken persoon. In dat geval geldt art. 4:139 BW niet. Zo is het heel goed mogelijk dat uit de erfstelling juist voortvloeit dat de erflater heeft gewild dat degene die

---

<sup>29</sup> Nota II Bezemwet, Parl. Gesch. InvW. Boek 4, p. 2047.

een voordeel behoudt bij het niet in vervulling gaan van de voorwaarde, het in vervulling gaan van de voorwaarde behoort te verhinderen. Denk bijvoorbeeld aan een legaat aan een persoon onder de ontbindende voorwaarde dat die persoon een bepaalde studie niet voltooit.