

HANDREIKING MET BETREKKING TOT EEN TESTAMENT MET EEN TWEETRAPSMAKING

Herziene versie mei 2020

1. Algemeen

Steeds vaker krijgen goede doelen te maken met testamenten waarin een *tweetrapsmaking* (ook wel *fidei-commis*) is opgenomen¹. Bij een tweetrapsmaking benoemt de erflater ('de insteller') een erfgenaam onder een ontbindende voorwaarde ('de bezwaarde') en een erfgenaam onder een opschortende voorwaarde ('de verwachter'). Als voorwaarde geldt meestal het overlijden van de bezwaarde maar ook komt bijvoorbeeld voor het (her)trouwen door de bezwaarde zonder huwelijksvoorwaarden. Het gevolg van de tweetrapsmaking is dat twee of meer personen (of een organisatie zoals een goed doel) achtereenvolgens van de insteller erven.

In deze handreiking wordt uitleg gegeven over de tweetrapsmaking (2), over de relatie en het verschil met vruchtgebruik (3), wat de positie van een goed doel als verwachter is (4 en 5), welke verplichtingen en bevoegdheden voor de bezwaarde gelden (6) en wat de waarderingsregels zijn (7). Tenslotte worden de afkoop besproken (8) en een aantal aanbevelingen gedaan (9).

NB Ten aanzien van de in deze handleiding gebruikte term "tweetrapsmaking" wordt opgemerkt dat deze term in de notariële praktijk en in het dagelijks spraakgebruik meer is ingeburgerd dan de term *fidei-commis*. Tegelijkertijd is de term tweetrapsmaking niet altijd juist: er kunnen drie, vier of nog meer 'trappen' zijn ingebouwd. Daarnaast moet onderscheid gemaakt worden tussen tweetrapsmaking zonder vervreemdings- en verteringsbevoegdheid (zuiver *fidei-commis*; komt zelden voor) en tweetrapsmaking mét vervreemdings- en verteringsbevoegdheid (*fidei-commis de residuo*). In deze handreiking wordt alleen de *fidei-commis de residuo* besproken en enkel een testament met twee trappen.

2. Tweetrapsmaking - definitie en functie

Een in een testament opgenomen tweetrapsmaking kan voor verschillende doeleinden worden gebruikt. Ten eerste is het een manier om meerdere keren over eenzelfde nalatenschap te beschikken ('over het graf heen regeren') en ten tweede kan het een middel zijn om erfbelasting te besparen. Deze handreiking gaat alleen op de eerste doelstelling in en dan met name op het geval dat een goed doel de verwachter is.

De betrokkenen bij een tweetrapsmaking zijn:

- De insteller: dit is de persoon die het testament opstelt (na overlijden: erflater).
- De bezwaarde: dit is de persoon of organisatie die als eerste erft. Dit recht blijft in stand zolang de door de insteller opgenomen ontbindende voorwaarde niet in vervulling is gegaan.
- De verwachter: dit is de persoon of organisatie die na het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde van de bezwaarde erft.

Na overlijden van de bezwaarde (of het ingaan van een andere opgenomen ontbindende voorwaarde) ontvangt de verwachter het onverteerde deel van de nalatenschap (het overgebleven deel). Er wordt steeds verkregen van/via de insteller.

¹ De term tweetrapsmaking of *fidei-commis* komt niet in de wet voor. De wettelijke term is "erfstelling onder voorwaarde". Bij een erfstelling onder voorwaarde wordt de verhouding tussen de gerechtigde onder ontbindende voorwaarde en die onder opschortende voorwaarde geregeerd door art. 4:138 BW. In aanvulling op het eerste lid, bepaalt het tweede lid van art. 4:138 BW het volgende: "Voor het overige vinden, zolang de vervulling der voorwaarden onzeker is, de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik, zoals geregeld in titel 8 van Boek 3, overeenkomstige toepassing." In deze handreiking wordt het tweetrapslegaat niet behandeld.

Fiscaal gezien wordt de nalatenschap ook door de verwachter verkregen van de insteller van het testament. Dat daarvoor eerst de bezwaarde moet overlijden (c.q. een andere gestelde voorwaarde in vervulling gaat) voordat de nalatenschap kan worden toegerekend aan deze erfgenaam, doet hieraan niet af.

Als in het testament niets over vervreemdings- en verteringsbevoegdheid is bepaald, heeft de bezwaarde een bewaarplicht (zuivere fidei-commis). In de praktijk wordt echter in vrijwel alle tweestaptestamenten vervreemdings- en verteringsbevoegdheid aan de bezwaarde gegeven. De bezwaarde kan dan binnen de in het testament gestelde voorwaarden het tweestapsvermogen in beginsel onvoorwaardelijk verteren, vervreemden of bezwaren. Mag de bezwaarde het tweestapsvermogen ook aan een ander schenken? Indien in het testament hier niets over is bepaald, is het uitgangspunt dat slechts gebruikelijke kleine schenkingen mogen worden gedaan². Dit is anders indien dit door de insteller geheel of gedeeltelijk is verboden (of juist onvoorwaardelijk is toegestaan). Door de insteller kan ook als voorwaarde gesteld worden dat de bezwaarde eerst moet interen op diens eigen vermogen of slechts mag interen naar evenredigheid van het eigen vermogen en het tweestapsvermogen.

3. Relatie met vruchtgebruik

De wettelijke bepalingen van vruchtgebruik (titel 3.8 BW) zijn van overeenkomstige toepassing op de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter in een tweestapserfstelling (art. 4:138 lid 2 BW) voor zover de erflater in het testament niet anders heeft bepaald. Het staat de insteller, behoudens de eventuele dwingendrechtelijke bepalingen (zie hierna onder 6), vrij om af te wijken van deze vruchtgebruik bepalingen en een tweestapsmaking op maat te maken.

Bij de beoordeling in hoeverre de vruchtgebruik bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn, wordt rekening gehouden met de aard en de inhoud van de desbetreffende tweestapsmaking. De insteller kan discussie voorkomen door in het testament de verhouding tussen de bezwaarde en verwachter zo duidelijk mogelijk te regelen.

In een testament met vruchtgebruik kan de erflater ('de insteller') een persoon of instelling tot erfgenaam benoemen en aan een andere persoon of instelling ('de vruchtgebruiker') het recht van vruchtgebruik van zijn/haar nalatenschap geven. Aan de vruchtgebruiker wordt dan 'een legaat' toegekend waarbij niet het bestanddeel zelf maar de opbrengsten daarvan – de vruchten (bijv. rente) - aan de vruchtgebruiker ten goede komen. Indien de erflater een goed doel tot erfgenaam benoemt, is het goede doel gerechtigd tot de nalatenschap belast met het recht van vruchtgebruik. Het goede doel is in deze situatie in tegenstelling tot een tweestapsmaking geen voorwaardelijke erfgenaam.

4. Het goede doel als verwachter

In de rechtsliteratuur is de vraag gesteld of een insteller een rechtspersoon (een goed doel) eigenlijk wel als verwachter kan benoemen. Mr. dr. R.E. Brinkman neemt het standpunt in dat wanneer 30 jaar na het overlijden van de insteller een bepaalde in het testament gestelde voorwaarde niet in vervulling is gegaan (bijvoorbeeld de bezwaarde is niet overleden) het recht van de verwachter (zijnde een rechtspersoon) verval³. Het recht van de bezwaarde groeit dan aan tot een

² Zie ook: E-learning VBN juristen 25-02-2020 Auteur: mr. E.M.A. van Amersfoort. In hoeverre is een bezwaarde erfgenaam bevoegd schenkingen uit het bezwaarde vermogen te doen?

³ Het fidei-commis en de rechtspersoon als bezwaarde of verwachter van mr. dr. R.E. Brinkman; Tijdschrift Erfrecht april 2017 nr. 2

onvoorwaardelijk recht. Brinkman geeft aan dat het mooi zou zijn als de wetgever zich hierover duidelijk(er) uit zou spreken. Vooralnog zijn er geen rechterlijke uitspraken waarin dit standpunt bevestigd wordt. Het is niet bekend of dit standpunt in de praktijk bij goede doelen organisaties tot aanpassingen of wijzigingen in hun verkrijging heeft geleid.

Het is voor een goed doel wel belangrijk om rekening te houden met de mogelijkheid dat het recht van het goede doel als verwachter 30 jaar na het overlijden van de insteller vervalt, als een in het testament gestelde voorwaarde op dat moment nog niet in vervulling is gegaan.

5. Aanvaarding door een goed doel als verwachter

Een goed doel zal een tweetraps erfgenaamschap beneficiair aanvaarden of verwerpen. De vraag is wanneer dit plaats moet vinden; na het overlijden van de insteller of na het overlijden (of een andere in het testament gestelde voorwaarde) van de bezwaarde? Beneficiaire aanvaarding na het overlijden van de bezwaarde (of een andere in het testament gestelde voorwaarde) heeft als voordeel dat op dat moment duidelijkheid is over de omvang van het tweetrapsvermogen. Het tweetrapsvermogen kan zijn verteerd en kan mogelijk ook negatief zijn. Om deze reden heeft het de voorkeur om beneficiair te aanvaarden na het overlijden van de bezwaarde (of een andere in het testament gestelde voorwaarde) .

Totdat deze keuze is gedaan zal de erfgenaam geen handelingen mogen verrichten, waardoor de (schijn wordt gewekt dat de) nalatenschap alsnog zuiver wordt aanvaard. Indien er gebruik wordt gemaakt van interne bevoegdheden (waar anderen dan de bezwaarde, verwachter en executeur niet bij betrokken zijn) zoals het opleggen of afdwingen van de administratieplicht (zie hierna) is er volgens de rechtsliteratuur geen sprake van zuivere aanvaarding⁴.

6. Verplichtingen en bevoegdheden van de bezwaarde

In het testament van de insteller zullen bepalingen ten aanzien van de tweetrapsmaking zijn opgenomen. Er gelden echter ook dwingende wettelijke bepalingen. Deze bepalingen zijn voor testamenten met vruchtgebruik en tweetrapsmaking beiden van toepassing⁵. Hieronder zal op een aantal verplichtingen en bevoegdheden worden ingegaan.

Beschrijving van het tweetrapsvermogen

De bezwaarde moet in het bijzijn van de verwachter of na behoorlijke oproeping van de verwachter als uitgangspunt een notariële beschrijving van de goederen opmaken⁶. De beschrijving kan onderhands worden opgemaakt, indien de verwachter in leven is en de bezwaarde en verwachter een regeling hebben getroffen over de bewaring van de boedelbeschrijving.

Van de verplichting tot het beschrijven van het tweetrapsvermogen kan een bezwaarde in een testament niet worden vrijgesteld.

Jaarlijkse opgave

4 Het fidei-commis in de notariële praktijk, proefschrift van mr. R.E. Brinkman 2014; 3.3.1.3

5 artikel 4:138 lid 2 BW

6 artikel 4:138 lid 2 juncto artikel 3:205 lid 1 BW

Een vruchtgebruiker moet jaarlijks aan de hoofdgerechtigde een ondertekende, nauwkeurige opgave sturen 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 geen vruchten (bijvoorbeeld rente, huurinkomsten) zijn⁷. Hetzelfde geldt voor een bezwaarde ten opzichte van de verwachter bij een tweetrapsmaking⁸.

Ook van deze verplichting kan een bezwaarde in een testament niet worden vrijgesteld.

Anders Mr. P.C. van Es in WPNR | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 8 februari 2020 jaargang 151 – nr. 7269: “Ook als men ervan uitgaat dat art. 4:138 lid 2 BW van dwingend recht is, dan heeft dit dwingendrechtelijke karakter op zich weinig betekenis omdat het artikel niet (dwingendrechtelijk) bepaalt welke vruchtgebruikbepalingen van toepassing zijn. De vrijheid ligt hier bij de testateur die de ‘aard en inhoud’ van de voorwaardelijke erfstelling bepaalt. Het is daarom mogelijk om de bezwaarde bij een fideïcommis de residuo vrij te stellen van de verplichte jaarlijkse opgave van art. 3:205 lid 4 BW. De ‘aard en inhoud’ van de voorwaardelijke erfstelling is dan zodanig (te weten: gericht op het ongestoord voortleven van de bezwaarde) dat art. 3:205 lid 4 BW niet op grond van art. 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is. De mogelijkheid van vrijstelling is te meer wenselijk nu de wetgever niet goed heeft nagedacht over het dwingendrechtelijke karakter van de verplichting om bij de jaarlijkse opgave ook melding te maken van hetgeen door de vruchtgebruiker (dan wel via de schakel van art. 3:138 lid 2 BW: door de bezwaarde) is verteerd. Het is natuurlijk ook mogelijk om de bezwaarde niet geheel vrij te stellen van de verplichting van art. 3:205 lid 4 BW, maar slechts van de plicht opgave te doen van het verteerde.”

Gescheiden houden van vermogen

Vaak is in het testament opgenomen dat de bezwaarde het eigen vermogen en het tweetrapsvermogen gescheiden dient te houden, zodat deze vermogens zich niet met elkaar vermengen.

Zekerheidsstelling

De verwachter heeft de bevoegdheid om zekerheid (bijvoorbeeld hypotheek- of pandrecht) te krijgen. De bezwaarde moet dan voor de nakoming van zijn verplichtingen zekerheid stellen⁹. De insteller kan de bezwaarde daarvan vrijstellen, maar in dat geval kan de verwachter jaarlijks verlangen dat de goederen worden getoond. Ook kunnen de belangen van de verwachter al voldoende zijn beveiligd door een bewind dat door de insteller is ingesteld.

Afgifte van het tweetrapsvermogen

Bij het overlijden van de bezwaarde of op een eerder in het testament aangewezen moment (zoals bijv. hertrouwen van de bezwaarde zonder huwelijksvoorwaarden), dient het tweetrapsvermogen door (de erfgenamen van) de bezwaarde aan de verwachter afgegeven te worden. Op het moment van het overlijden van de bezwaarde zal duidelijkheid over de omvang en samenstelling van het tweetrapsvermogen nodig zijn.

7. Waardering van het tweetrapsvermogen

Op grond van de Goede Doelen Nederland Handreiking Verwerking en waardering van nalatenschappen belast met (vrucht)gebruik, hoeft er geen (financiële) waardering van het

⁷ Artikel 3:205 lid 4 BW

⁸ Rechtbank Gelderland heeft in 2017 in een vonnis nog eens expliciet bepaald dat deze verplichting niet alleen geldt voor een vruchtgebruiker, maar ook voor een bezwaarde. Rb. Gelderland 11 oktober 2017, C/05/316273/HZ ZA 17-106 ECLI:NL:RBGEL:2017:6592

⁹ Artikel 4:138 lid 2 juncto artikel 3:206 BW

tweetrapsvermogen door het goede doel plaats te vinden¹⁰. Er bestaat immers een mogelijkheid dat bij het overlijden van de bezwaarde niets van het tweetrapsvermogen resteert. Omdat het onzeker is of toekomstige economische voordelen aan het goede doel zullen toevloeien en het goede doel geen beschikkingsmacht heeft over het verkregen actief zal er geen verwerking/waardering plaatsvinden.

8. Afkoop tweetrapsmaking

Als de bezwaarde en de verwachter beiden de tweetrapsmaking niet willen handhaven, kan door de bezwaarde afkoop plaatsvinden. De afkoopwaarde is afhankelijk van de leeftijd van de bezwaarde. Het kan van belang zijn hierover advies in te winnen bij een fiscalist en/of notaris.

9. Aanbevelingen

1. Voor een bezwaarde is niet altijd duidelijk welke verplichtingen er gelden en welk belang daarmee gepaard gaat. Het is goed een onafhankelijke derde daarover advies te laten geven. Aan de notaris of belastingadviseur kan verzocht worden om de bezwaarde te informeren over de bevoegdheden en verplichtingen die uit de wet en/of het testament voortvloeien.
2. Het is belangrijk dat een goed doel verzoekt/eist dat een boedelbeschrijving wordt gemaakt. Het is wenselijk dat deze boedelbeschrijving notarieel wordt opgemaakt en dat deze door de notaris wordt ingeschreven in het Centraal Testamentenregister (CTR) onder 6 (akte ter zake des doods), zodat bij het overlijden van de bezwaarde uit het CTR blijkt dat er sprake is van tweetrapsvermogen. De erfgenamen moeten dan het tweetrapsvermogen aan de verwachter afgeven.
3. Vraag bij de bezwaarde de jaarlijkse opgave op. Door de jaarlijkse opgave krijgt het goede doel als verwachter een beter inzicht met betrekking tot de vraag ten aanzien van welke goederen zaaksvervanging aan de orde is geweest (bijvoorbeeld een woning is aangekocht met de verkoopopbrengst van een woning die behoorde tot het tweetrapsvermogen). Ook als er een (beperkte) mogelijkheid tot schenking mogelijk is, kan van eventuele schenkingen kennis worden genomen. Een jaarlijkse opgave geeft het goede doel duidelijkheid over de vraag of er nog iets resteert van het tweetrapsvermogen.
Wees er bewust van dat het opvragen van een jaarlijkse opgave gevoelig kan liggen bij de bezwaarde. Het contact met de verwachter wordt regelmatig door de bezwaarde als een last ervaren.
4. Bij het overlijden van de bezwaarde (of in een andere in het testament genoemde situatie) zal hetgeen resteert van het tweetrapsvermogen toekomen aan de verwachter. Als er contact bestaat met de bezwaarde wordt het goede doel over het algemeen van het overlijden (of in een andere in het testament genoemde situatie) op de hoogte gesteld. Indien er geen contact is met de bezwaarde, kan het lastig zijn voor een goed doel kennis te nemen van het in vervulling zijn gegaan van de gestelde ontbindende voorwaarde. Wel kan het goede doel - indien de bezwaarde een registergoed op naam heeft (hoeft niet te behoren tot het tweetrapsvermogen) en het goede doel toegang heeft tot de kadastrale registratie – met enige regelmaat nagaan of de bezwaarde nog in leven is. De kadastrale registratie is gekoppeld aan de Basisregistratie Personen (BRP).

¹⁰ Handreiking verwerking en waardering van nalatenschappen belast met (vrucht)gebruik van Goede Doelen Nederland; versie januari 2018; zie bladzijden 2 en 3.