

## De tweetrapsmaking moet in het centraal testamentenregister ingeschreven kunnen worden

### Inleiding

Sedert de fameuze Radaruitzending in 2010<sup>1</sup> tiert het fidei-commissaire testament, meestal aangeduid als “tweetrapstestament”<sup>2</sup> welig in de notariële praktijk. Het tweetrapstestament komt meestal voor in de ‘horizontale’ vorm, in die zin dat de langstlevende partner bezwaarde is en de kinderen verwachters, waardoor de erfbelastingvrijstelling van de langstlevende optimaal kan worden benut zodat heffing bij het ‘eerste overlijden’ (zoveel mogelijk) wordt voorkomen.<sup>3</sup> Daarnaast zien we echter in toenemende mate ook de ‘verticale’ vorm van het tweetrapstestament verschijnen, waarin ouders bepalen dat het van hen geërfde vermogen bij het overlijden van een kind (bezwaarde) aan de kleinkinderen als verwachters toevalt, en dus met name niet aan de partner van het kind. Ook tweetrapsregelingen tussen (klein)kinderen onderling komen steeds meer voor.

Al deze tweetrapstestamenten zullen in de (wat verdere) toekomst ook tot uitvoering komen. In deze bijdrage wil ik met name aandacht vragen voor de problemen die in de notariële praktijk (zullen gaan) ontstaan doordat de tweetrapsregeling niet bekend is – of wordt – op het moment dat de bezwaarde overlijdt.<sup>4</sup> Ten eerste komt dat doordat de tweetrapsregeling meestal noch bij de bezwaarde, noch bij de verwachters ‘leeft’,<sup>5</sup> ten tweede doordat de notaris geen eenvoudige mogelijkheid heeft om te signaleren dat er een tweetrapsmaking is (geweest).

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting  
www.notarielestichting.nl

## Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Dat tweede punt kunnen we oplossen, en daarvoor doe ik in dit artikel een suggestie.

### Een tweetal casus

1. Harry en Anja, echtgenoten met kinderen, hebben bij ‘radartestament’ over hun nalatenschap beschikt, zodat bij het overlijden van Anja haar nalatenschap, met inbegrip van (o.a.) haar onverdeelde helft in de woning, door Harry als enig (bezwaard) erfgenaam wordt verkregen met de kinderen als verwachters.

1. Het bekijken van deze uitzending is verplichte kost voor iedereen die in de notariële familiepraktijk werkt, zie <https://radar.avrotros.nl/uitzendingen/gemist/item/uitzending-01-03-2010>
2. Hetgeen in dit artikel wordt geschreven over tweetrapstestamenten geldt ook voor meertrapstestamenten, dat wil zeggen testamenten waarin regelingen zijn opgenomen die inhouden dat de verwachter op zijn/haar beurt ook weer bezwaarde is ten behoeve van een volgende verwachter enzovoorts. De geschetste problematiek geldt evenzeer bij twee- en meertrapsschenkingen.
3. Het ‘horizontale’ tweetrapstestament is met name geschikt voor cliënten wier vermogen grotendeels uit de (over)waarde van het huis bestaat, zodat er bij het overlijden van de eerste partner geen liquiditeiten zijn om belasting te voldoen over een erfrechtelijke verkrijging van de kinderen (zoals een vordering op grond van de wettelijke verdeling als bedoeld in art.4:13 BW). Daarom is, naast de term ‘Radartestament’, voor dit type testament ook de benaming ‘baksteentestament’ in zwang gekomen.
4. Uiteraard speelt dezelfde problematiek ook als het recht van de bezwaarde reeds tijdens diens leven eindigt.
5. De gemiddelde bezwaarde zal zich enig erfgenaam van het bezwaard vermogen voelen en zich er niet van bewust zijn dat het later niet tot zijn nalatenschap behoort.

Na verloop van tijd gaan weduwnaar Harry en zijn nieuwe liefde Sally ongehuwd samenwonen in de woning van Harry. Op enig moment laat Harry zijn testament bij de notaris aanpassen; een simpele ingreep, want in feite hoeft alleen de naam van Anja door de naam van Sally te worden vervangen. Het testament kost dan ook niet veel want er hoeft geen uitgebreide bespreking te worden gevoerd. Als Harry overlijdt, en Sally na enkele jaren de woning verkoopt, komt zij er ineens – tot haar grote schrik – achter dat deze ook voor de helft aan de kinderen toebehoort. Deze weigeren aan de levering mee te werken zodat Sally wanprestatie pleegt jegens haar koper met alle gevolgen van dien. Aangezien Sally een overname van de woning niet kan financieren, eindigt ze in een huurflat.

2. In de periode dat John in een vechtscheiding met Anita is verwickeld, erft hij van zijn ouders een bedrag van € 200.000. Door de uitsluitingsclausule in hun testamenten hoeft John zijn erfenis niet met zijn aanstaande ‘ex’ te delen. Gelukkig komt er na verloop van tijd een nieuwe liefde in het leven van John in de vorm van de lieflijke Chantal. Zij trouwen begin 2018 in de wettelijke gemeenschap van goederen (nieuwe stijl) en kopen samen een woning aan die deels wordt gefinancierd met het geld dat John van zijn ouders heeft geërfd. Omdat de kinderen van John de kant van hun moeder Anita kiezen, maakt John ook een testament waarin hij Chantal beschermt tegen hun erfrechtelijke aanspraken met behulp van de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW.

Nadat John bij een auto-ongeluk is overleden, ontvangt Chantal een brief van een advocaat die namens de kinderen directe betaling van John's vergoedingsvordering – ten bedrage van € 200.000 plus een evenredig deel van de waardevermindering van de woning sedert de aankoop vorderen.<sup>6</sup> Het blijkt dat de ouders van John destijds niet alleen een uitsluitingsclausule in hun testament hebben opgenomen, maar ook een tweetrapsregeling met de kleinkinderen als verwachters, zodat het geërfde vermogen nooit bij een partner van John terecht zou kunnen komen. Chantal wordt de nieuwe buurvrouw van Sally.

### Wat ging er precies mis?

In beide casus is de partner in feite het slachtoffer geworden van een combinatie van twee factoren, ten eerste de onwetendheid van de bezwaarde zelf omtrent het bestaan (en de betekenis van) de tweetrapsregeling, zoals in de inleiding geschetst, en ten tweede het feit dat de notaris deze niet tijdig – d.w.z. bij het opstellen van het

testament van de bezwaarde – heeft ontdekt. Het gevolg daarvan is dat de tweetrapsregeling bij het overlijden van de bezwaarde onverwacht opduikt en – met goederenrechtelijke precisie<sup>7</sup> – bewerkstelligt dat een deel van het bij leven aanwezige vermogen ‘zomaar ineens’ weg is.<sup>8</sup> En tegen iets dat je niet verwacht, kun je je als erfgenaam van de bezwaarde ook niet wapenen.<sup>9</sup> De notaris zal de tweetrapsregeling alleen kunnen signaleren als hij serieus onderzoek doet naar het erfrechtelijk verleden van de testateur. Bij Harry zou dat eigenlijk geen probleem moeten zijn, want uit de BRP-inzage blijkt dat hij weduwnaar is en dus zal er aandacht zijn voor de nalatenschap van Anja. Het probleem is echter dat vaak wordt volstaan met het inzien van een verklaring van erfrecht.<sup>10</sup> Als daarin de tweetrapsregeling niet wordt genoemd, is de kans aanwezig dat deze over het hoofd wordt gezien. Deze kans is aanmerkelijk groter bij de tweede casus. Gezien de WWFT zal de notaris die de overdracht van de nieuwe woning regelt wel informeren naar de herkomst van het eigen vermogen van John, maar in de hectiek van de onroerendgoedpraktijk zal het er vaak niet van komen, de inhoud van de testamenten van de ouders te bestuderen. Ook hier zal het vaak bij het opvragen van een verklaring van erfrecht blijven, en alleen als die volgens de regels der kunst – dus met vermelding van het erfgenaamschap onder ontbindende voorwaarde – is opgesteld, ontdekt de notaris hoe de zaak in elkaar zit.

6. Art. 1:95 lid 2 jo. 1:87 BW.

7. Bij een ‘obligatoire’ tweetrapsmaking zal de beschikingsbevoegdheidsproblematiek – zie casus Harry en Sally – zich niet voordoen, maar ook het moeten uitbetalen van een groot bedrag kan de langstlevende partner van de bezwaarde in de problemen brengen – zie casus John en Chantal.

8. Opmerking verdient dat art. 4:194a BW hier geen toepassing vindt. Er is geen sprake van een onverwacht opduiken van een schuld maar van het onverwacht verdwijnen van activa uit de boedel. Economisch komt dat natuurlijk min of meer op hetzelfde neer, maar de wetgever heeft gewoon nooit stilgestaan bij de in deze bijdrage aan de orde gestelde problematiek.

9. Bijvoorbeeld door het sluiten van een overlijdensrisico-verzekering op het leven van de bezwaarde, zodat diens partner economisch sterker staat ten opzichte van de verwachters.

10. Realiter wordt er vaak helemaal geen aandacht besteed aan de ‘erfrechtelijke *footprint*’ van de vooroverleden echtgenoot, getuige de steeds weerkerende jurisprudentie over situaties waarin de notaris, hetzij bij het opstellen van het testament van de langstlevende partner, hetzij bij de afwikkeling van diens nalatenschap, het bestaan van erfrechtelijke schulden aan de kinderen over het hoofd ziet. Zie recentelijk weer Rb. Oost-Brabant 5 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4500 (legaten aan kleinkinderen in het testament van een ‘technisch vrijwel failliete’ langstlevende grootouder) en Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:437 (notaris had bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot niet gewezen op het bestaan van een obv-schuld).

Conclusie tot zover:

het is van groot belang dat in de verklaring van erfrecht die ter gelegenheid van het overlijden van de maker van het tweetrapstestament (de insteller) wordt afgegeven, duidelijk wordt vermeld dat er sprake is van een verkrijging onder ontbindende voorwaarde.<sup>11</sup> Nog mooier is het uiteraard als het kadaster bij de inschrijving van die verklaring in de openbare registers aan het voorwaardelijk verkregen registergoed de aantekening “fidei commis/tweetrapsmaking” toevoegt.<sup>12</sup>

### Hoe weten de verwachters eigenlijk dat ze verwachters zijn?

In het bovenstaande heb ik me vooral bekommerd om de positie van de erfgenamen van de bezwaarde (Sally respectievelijk Chantal), en daarbij gemakshalve aangenomen dat de verwachters meteen na het overlijden van de bezwaarde al revindicerend toeslaan. Maar in de praktijk zullen de verwachters vaak helemaal niet op de hoogte zijn van het bestaan van hun recht. Ongetwijfeld zal de notaris bij het overlijden van Anja de kinderen over hun erfrechtelijke positie hebben geïnformeerd,<sup>13</sup> maar hebben ze die informatie nog als Harry dertig jaar later overlijdt?<sup>14</sup> Bij een verticale tweetrapregeling (tweede casus) is de kans dat de tweetrapregeling in vergetelheid raakt nog groter, omdat er niet een maar twee generaties tussen insteller en verwachters zitten. Het is zeker niet ondenkbaar dat de kinderen van John nog minderjarig zijn bij het overlijden van hun grootouders, zodat de informatie over de betekenis van het testament hen op dat moment niet eens persoonlijk bereikt. En bij het overlijden van de insteller nog ongeboren kinderen van John kunnen op dat moment uiteraard al helemaal niet worden geïnformeerd over hun positie als verwachter.

Het zal dus vaak de notaris zijn die de verwachters bij het overlijden van de bezwaarde moet informeren over hun recht – maar hoe weet de notaris dan van het bestaan van de tweetrapregeling(en) af? Als we beide casus in een schuiven dan zal bij het overlijden van Harry/John de tweetrapregeling uit maar liefst drie testamenten worden geactiveerd, en daarnaast kunnen er ook nog best ooms en tantes zijn geweest die hun neef Harry/John met een tweetraplegaat hebben bedacht met zijn kinderen als verwachters.

De kans bestaat dat de notaris bij het overlijden van de bezwaarde één, meer of zelfs alle tweetrapregeling(en) over het hoofd ziet, omdat deze niet worden gepubliceerd. Als de notaris het Centraal Testamentenregister (hierna: CTR) raadpleegt, komt hij immers de tweetrapsmaking niet tegen, en precies dat laatste is de crux van een groeiend probleem.<sup>15</sup>

Hoeveel testamenten van voorgaande generaties – en familieleden in de zijlijn of zelfs goede vrienden die eerder zijn overleden – moet de notaris, in de wetenschap dat het fenomeen van de tweetrapregeling zich als een olievlek uitbreidt in het erfrechtelijke landschap, in de toekomst bij een overlijden gaan raadplegen om te voorkomen dat er verwachters worden overgeslagen?<sup>16</sup>

11. *Ja, maar de bank begrijpt het dan niet!* is geen excuus om dit achterwege te laten. Om te bevorderen dat een bank (medewerker) een dergelijke ‘griezelige’ verklaring van erfrecht accepteert, verdient het aanbeveling om daarin – als dat het geval is uiteraard – expliciet te vermelden dat de bezwaarde bevoegd is tot onvoorwaardelijke beschikking over de geërfde goederen.
12. Het kadaster is daartoe inmiddels bereid en ook in staat, zie R.E. Brinkman, ‘Een mooie stap vooruit: het fideicommiss en de kadastrale registratie’, *JBN* 2019-23. Bij de oorspronkelijke – krachtens tweetrapstestament verkregen – woning zal het dus qua publicatie goed gaan, maar wat indien deze woning wordt verkocht met aanwending van de verkoopopbrengst voor een volgende woning? Als zaaksvervangende optreedt, zodat de nieuwe woning tot het bezwaard vermogen behoort, zal de notaris dat dan in de leveringsakte vermelden en het kadaster de signalering ‘fidei commis/tweetrapsmaking’ ook bij die volgende woning weer opnemen? Te vrezen valt dat hier nog (lang) geen sprake is van een sluitend systeem van publicatie van tweetrapsmakingen, maar de eerste stap is in elk geval gezet. De verwachters zijn erfgenamen en dienen dus als zodanig door de notaris te worden geïnformeerd over hun erfrechtelijke positie, zie de bevindingen van de door de KNB ingestelde Werkgroep deontologie nieuw erfrecht in het artikel van R.L. Albers-Dingemans, ‘Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap’, *WPNR* 6585 (2004). Dat ze erfgenamen onder opschortende voorwaarde zijn, doet daaraan niet af.
13. Overigens zal de notaris bij het overlijden van de insteller over het algemeen slechts de “primaire” verwachters – dat wil zeggen degenen die als verwachters zouden optreden indien het recht van de bezwaarde op dat moment zou eindigen – informeren, en niet de “subsidiare” verwachters (voor zover die op dat moment al bestaan). Deze “subsidiare” verwachters zijn dus meestal helemaal niet op de hoogte van het bestaan van hun recht. Zie over de vraag welke verwachters de notaris moet informeren de discussie tussen P. Blokland en R.E. Brinkman onder de titel ‘Wie heeft er wat te verwachten?’ in *FTV* 2013, nrs. 12 en 17.
14. Natuurlijk zal het nog geruime tijd duren voordat we de hype van de tweetrapstestamenten in volle omvang in de boedelpraktijk terugzien, maar ik durf de stelling wel aan dat een tweetrapstestament – net als een wettelijke verdeling trouwens – door het gemiddelde kind wordt aangezien voor een enig (onvoorwaardelijk) erfgenaamschap van de langstlevende zonder dat het (kind) zich er bewust van is dat het een erfrechtelijke verkrijging onder opschortende voorwaarde heeft. Dit wordt uiteraard bevorderd door de fiscaliteit; net zoals de erfrechtelijke vordering op grond van de wettelijke verdeling is gedefiscaliseerd, figureert ook de ‘verwachting’ bij de kinderen niet in box 3, zie art. 5.4 lid 8 Wet IB 2001.
15. Immers, de notaris raadpleegt het CTR op naam van de bezwaarde en niet op naam van de insteller (want hij weet niet dat die er is).
16. De notaris zou dan min of meer lukraak testamenten van eerder overleden personen moeten gaan opvragen – dat wil zeggen aan de notarissen in wier protocol die testamenten zich bevinden vragen of er wellicht een tweetrapregeling instaat – en dat is een weinig zinnige (en in elk geval kostbare) exercitie. Het oproepen van ‘onbekende verwachters’ via internet of sociale media lijkt me ook geen serieuze optie.

De oplossing van het probleem ligt voor de hand, te weten het inschrijven van de verklaring van erfrecht van de insteller in het CTR ten name van de bezwaarde. Dan zal de tweetrapsmaking tevoorschijn komen als de notaris bij het overlijden van de bezwaarde inzage neemt in het CTR, en kunnen de verwachters worden opgespoord en van het bestaan van hun recht op de hoogte worden gesteld.<sup>17</sup>

Het probleem is echter dat een dergelijke inschrijving op dit moment niet mogelijk is aangezien een verklaring van erfrecht niet valt onder de limitatieve opsomming van inschrijfbaar akten in artikel 1 lid 1 van de Wet op het centraal testamentenregister (hierna: Wet CTR).<sup>18</sup>

De Wet CTR zou in deze zin moeten worden uitgebreid, waarbij dan meteen ook de mogelijkheid van het inschrijven van tweetraps-schening (ten name van de bezwaarde begiftigde) zou moeten worden opgenomen.<sup>19</sup>

### Conclusie; aanbevelingen om de kenbaarheid van tweetrapsmakingen te bevorderen

Aangezien de tweetrapsrage pas vrij recent is ontstaan, zien we daarvan op dit moment in de testamenten- en boedelpraktijk nog pas het topje van de ijsberg.

Samenvattend kom ik tot de volgende aanbevelingen voor de notariële praktijk en de wetgever om te voorkomen dat een tweetrapsmaking – en dus de wens van de insteller – in de toekomst wordt ‘vergeten’:

- in de verklaring van erfrecht na het overlijden van de insteller dient te worden vermeld dat er sprake is van een verkrijging onder ontbindende voorwaarde (tweetrapsmaking);
- indien van toepassing dient de verklaring van erfrecht in de openbare registers te worden ingeschreven, zodat bij tot het bezwaard vermogen behorende registergoederen de aantekening “fidei commis/tweetrapsmaking” kan worden geplaatst;

- in de Wet CTR dient de mogelijkheid te worden geopend om de verklaring van erfrecht ten name van de bezwaarde en de “primaire” verwachters in te schrijven,<sup>20</sup> en hetzelfde zou moeten gelden voor de beschrijving van het bezwaard vermogen, voor tweetraps-schening en voor akten waarin de omvang van erfrechtelijke vorderingen wordt vastgelegd (inschrijving ten name van de schuldenaar).<sup>21</sup> Hopelijk wordt een en ander snel opgepakt!

Mr. P. Blokland\*

17. Nog mooier is het uiteraard als er ook een boedelbeschrijving is opgesteld en (ten name van de bezwaarde) in het CTR ingeschreven.

18. Het is weliswaar formeel niet mogelijk, maar het gebeurt toch, aangezien het CTR de inhoud van de ingeschreven akten niet controleert. De (met recht!) burgerlijk ongehoorzame notaris die nu al verklaringen van erfrecht in het CTR inschrijft, loopt echter tegen het probleem aan dat inschrijvingen ten name van personen die jonger zijn dan 16 jaar (en dus geen testament kunnen maken of schenkingen ter zake des doods kunnen verrichten) niet door het CTR worden geaccepteerd.

19. En als het even kan ook de mogelijkheid tot inschrijving van akten waarin de omvang van erfrechtelijke vorderingen die (klein)kinderen op een langstlevende partner hebben wordt vastgelegd om te voorkomen dat deze bij het overlijden van de langstlevende over het hoofd worden gezien, zie noot 10. Denkbaar is ook nog dat de tweetrapsmaking eveneens ten name van de “primaire” verwachters in het CTR wordt ingeschreven, zodat de informatie-achterstand van de “subsidiare” verwachters – zie het slot van noot 13 – kan worden ingelopen indien een “primaire” verwachter voor de bezwaarde overlijdt en zij tot “primaire” verwachters promoveren.

20. Zie het slot van de vorige noot.

21. Zie noot 19.

\* Notaris en estate planner te Tilburg, buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen.  
(p.blokland@dktnotarissen.nl)