28. Haken en ogen aan de erfovereenkomst naar Nederlands recht

MR. M.J.P. SCHIPPER

De erfovereenkomst, haarlemmerolie voor de onderliggende erfrechtelijke problemen of niet? In deze bijdrage een kritische blik vanuit de rol van erfrechtadvocaat op de behoefte aan invoering van een erfovereenkomst in het algemeen en gelet op de reeds bestaande mogelijkheden alsmede de problemen bij en beperkingen die de verschillende mogelijke regelingen meebrengen.

1. Inleiding

In de bijdragen in het vorige nummer van *ftV* en in dit nummer wordt een lans gebroken voor de invoering van een erfovereenkomst naar Nederlands recht.
In verschillende bijdragen in dit blad is aan de orde gekomen welke mogelijkheden in dit kader, naar huidig Nederlands recht, al toepasbaar zijn en welke zekerheden die kunnen bieden, is de behoefte aan erfovereenkomsten bezien vanuit het perspectief van (nalatenschaps)mediation, is over mogelijke regelingen nagedacht aan de hand van het Duitse recht, is bezien welke lessen getrokken kunnen worden uit de ervaringen in de Angelsaksische wereld met ante mortem or living probate, is de erfovereenkomst in geval van samengestelde gezinnen bezien, is een blik geworpen op de erfovereenkomst in relatie tot de legitieme portie bij familiaire bedrijfsopvolging en zijn de fiscale aspecten van de erfovereenkomst bezien en is inspiratie gezocht bij het Belgische en Duitse systeem.
In deze bijdrage wordt bezien wat de haken en ogen zijn verbonden aan de, of – beter gezegd – een nader vorm te geven erfovereenkomst in het Nederlandse recht, bezien vanuit mijn achtergrond als erfrechtadvocaat.
De betreffende haken en ogen zullen steeds in afzonderlijke paragrafen worden besproken aan de hand van diverse bijdragen en de daarbij aangehaalde literatuur, almede uit eigen ervaringen in de praktijk.

2. Bestaat er behoefte aan een erfovereenkomst?

De eerste vraag die naar mijn mening gesteld moet worden, is of er wel behoefte bestaat aan een erfovereenkomst.
Vanuit mijn rol als advocaat ben ik niet bekend met een dergelijke behoefte bij personen die nu in erfrechtelijke kwesties zijn betrokken. Tijdens besprekingen met zowel cliënten als wederpartijen en tijdens zittingen worden hierover door de betrokkenen zelden tot nooit uitingen gedaan. De oorzaak daarvan hangt naar mijn idee samen met de onbekendheid met de in het buitenland wel bestaande mogelijkheden op dit vlak en – als gemeld – met de aard van mijn beroep.
Bovendien zijn de professionals in het werkveld in mijn beleving zodanig bekend met de 'sta in de weg'-bepaling art. 4:4 BW dat hetgeen nu niet mogelijk is in dit kader zelden tot nooit op papier wordt gezet en slechts een enkele maal – bewust of onbewust – de grens van het toegestane wordt opgezocht. Daarop duidt in ieder geval het zeer beperkt aantal procedures dat hierover is gevoerd, als de publicatie ervan op rechtspraak.nl[1] daarvan een realistische afspiegeling vormt. Dat procedures hierover niet veel voorkomen, laat onverlet dat het belang van een dergelijke procedure groot kan zijn. Zo is er tot aan de Hoge Raad geprocedeerd of het antwoord op de vraag of strafsancties in strijd kunnen zijn met art. 4:4 lid 1 BW (HR 20 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3329). In mijn praktijk is in elk geval het aantal procedures hierover zeer beperkt geweest.
Bij het opzoeken van de grens zoals hiervoor bedoeld, kan – naast strafsancties – bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat in een echtscheidingsconvenant wordt opgenomen dat een bepaalde vermogensrechtelijke afwikkeling plaatsvindt, waar dan onder meer tegenover staat dat een van de partijen in zijn testament een legaat van een bepaald bedrag zal opnemen ten behoeve van een of meer van de kinderen. Het gaat daarbij niet om een afspraak over een nog niet opengevallen nalatenschap voor het geheel of van een evenredig deel ervan ex art. 4:4 lid 2 BW, maar de vraag kan wel gesteld worden of een dergelijke afspraak de strekking heeft de persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen die hem op grond van het erfrecht toekomen ex art. 4:4 lid 1 BW. Zo ja, dan is sprake van nietigheid tenzij de rechter besluit tot conversie.[2]

1 Op rechtspraak.nl geeft het zoeken op art. 4:4 BW binnen civiel recht 41 treffers (situatie op 31 juli 2024).
2 Vgl. Rb. Haarlem (thans rechtbank Noord-Holland, locatie Haarlem) 3 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4089.

Uit de literatuur blijkt dat bij professionals in het werkveld de behoefte bestaat aan een erfovereenkomst c.q. dat hen van de behoefte blijkt in het werkveld, ervan uitgaande dat (ook) ten aanzien van de betreffende auteur geldt dat hun visie wordt gedeeld door vakgenoten.

Zo is vanuit het notariaat door Maasland[3] een pleidooi gehouden voor meer partijautonomie in het familievermogensrecht, zowel vooraf bij het tot stand komen van afspraken als achteraf, met voldoende mogelijkheden voor de rechter om onbillijkheden te corrigeren en dit alles met voldoende waarborgen omkleed. Maasland stelt dat in het kader van de bedrijfsopvolging bij familiebedrijven een globale erfovereenkomst een belangrijke rol zou kunnen spelen omdat daarin bijvoorbeeld erfrechtelijk bindende afspraken kunnen worden gemaakt over de waarde van het geschonken belang in het familiebedrijf aan één van de kinderen en de financiële compensatie van de andere kinderen.

Vanuit de rechterlijke macht wordt door Lieber[4] aangegeven dat hij graag de erfovereenkomst op de agenda van het erfrecht van de 21e eeuw zet. Gelet op hetgeen hij aan zich voorbij ziet trekken aan procedures en betrokkenen, waarbij de oorzaak van het geschil volgens hem eerder voer is voor psychologen dan juristen, vraagt hij zich af of het geen goed idee is dat de ouder op de een of andere manier wordt betrokken bij de afwikkeling van zijn nalatenschap door de ouder en kinderen de gelegenheid te geven daarover tijdens het leven bindende afspraken te maken. Hij pleit daarbij voor een aanpassing van art. 4:4 BW dat daaraan nu in de weg staat, wijst op de voordelen van dergelijke afspraken zoals gemoedsrust en zekerheid voor alle betrokkenen en het voorkomen van achterdocht en ruzies en de dan nog (bij leven van erflater) bestaande mogelijkheid om kwesties met elkaar uit te spreken. Het is volgens hem in elk geval de moeite waard de voor- en nadelen tegen elkaar af te wegen en te onderzoeken of en in welke vorm erfovereenkomsten kunnen voorzien in een praktische behoefte en ruzies kunnen voorkomen. Het verdient daarbij volgens hem aanbeveling te rade te gaan bij rechtsstelsels die erfovereenkomsten kennen.

Vanuit de wereld van nalatenschapsmediation is in een bijdrage in dit blad door F. Schonewille, ik mag wel schrijven 'hartstochtelijk' gepleit voor de mogelijkheid om een overeenkomst met betrekking tot een nog niet opengevallen nalatenschap te kunnen aangaan, door hem aangeduid als 'familieovereenkomst'. De manier waarop? Door het eenvoudigweg schrappen van art. 4:4 BW, om daarmee de partijautonomie tot uitgangspunt te maken zonder dat dit gepaard gaat met het stellen van allerlei waarborgen. Hij beschouwt de bepaling als achterhaald en is van oordeel dat handhaving hiervan sterk bevreemdt in de huidige maatschappij waarin volgens hem een grote allergie voor betutteling bestaat.

Vanuit de wetenschap is er door verschillende auteurs een lans gebroken voor een erfovereenkomst. Zonder anderen tekort te willen doen, haal ik hier enkele auteurs aan, zo veel mogelijk chronologisch gerangschikt.

Nog voor de inwerkingtreding van het huidige BW zijn door Den Tonkelaar[5] onder de titel 'Overeenkomsten over nog niet opengevallen nalatenschappen' de nodige aantekeningen gemaakt bij de art. 1370 BW (oud) en 4.1.3b NBW, de voorloper(s) van het huidige art. 4:4 BW.

Enkele jaren na invoering van het huidige erfrecht per 1 januari 2003 verscheen het proefschrift van F. Schols,[6] waarin – voor zover op dit punt van belang – een pleidooi is opgenomen om meer erfrecht met contractuele elementen toe te laten. Daarbij is een blik geworpen op het Duitse recht ten aanzien van dit onderwerp.

Een paar jaar na het verschijnen van zijn proefschrift is door F. Schols[7] in *Tijdschrift Erfrecht* de mogelijkheid om met een 'turbo-achtig' testament – van origine fiscaal getint – op civielrechtelijk vlak tegemoet te komen aan een mogelijke wens om erfrechtelijke binding over en weer te verkrijgen c.q. erfrechtelijk te kunnen sturen. Met de term 'turbo-achtig' doelt hij op uiterste wilsbeschikkingen, waarbij men de erfgenaam of legataris verplicht tot inbreng van eigen vermogen 'in de nalatenschap' van de erflater. In dat artikel wordt door hem aangehaald dat Duits onderzoek en zijn eigen onderzoek onder notarissen leiden tot de conclusie dat er – onder omstandigheden – behoefte bestaat aan enige erfrechtelijke binding.

Naar aanleiding van de toen nog op handen zijnde erfrechthervorming in België (per 1 januari 2018) is door Waaijer[8] aandacht gevraagd voor een versoepeling van het huidige verbod in Nederland op overeenkomsten over niet-opengevallen nalatenschappen, onder verwijzing naar het pleidooi in de literatuur[9] om meer erfrecht met contractuele elementen toe te laten. Ook naar de mening van Waaijer zelf heeft de praktijk behoefte aan meer ruimte om erfovereenkomsten aan te gaan.

Nadat de herziening van het erfrecht in België was ingegaan heeft Kolkman[10] deze besproken in *Tijdschrift Erfrecht*. Daarbij heeft hij erop gewezen dat de mogelijkheid om erfovereenkomsten te sluiten op enige schaal in diverse landen in Europa al realiteit is, zoals – naast België – in Duitsland en Italië. Het feit dat deze mogelijkheid in andere landen bestaat, kan erop duiden dat aldaar (ook) de behoefte aan deze mogelijkheid wordt gevoeld.

3 J.L.D.J. Maasland, 'Een pleidooi voor meer partijautonomie in het familievermogensrecht', *KWEP* 2021/1.

4 J.H. Lieber, 'De erfovereenkomst om ruzie te voorkomen', *FJR* 2017/12.

5 J.D.A. den Tonkelaar, *WPNR* 1982/5631 en het daaropvolgende slot.

6 F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, diss. Nijmegen Radboud, 2005, par. 3.8 en 4.7.

7 F.W.J.M. Schols, 'Turbo-achtige testamenten en de maatschappelijke wenselijkheid daarvan', TE 2007/1, zie voorts de verwijzing hiernaar door mr. G.B.B. Boelens in zijn dissertatie 'Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht', *Ars Notariatus* 161, p. 454 e.v. alwaar hij ook de invloed van het oordeel van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2009:BG6455) over het turbotestament bespreekt

8 B.C.M. Waaijer, 'De Belgische erfrechthervorming: ook van de legitieme portie!', *WPNR* 2017/7155.

9 F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, diss. Nijmegen Radboud, 2005, par. 3.8 en 4.7.

10 W.D. Kolkman, 'Belgisch erfrecht grondig herzien', *TE* 2018/4.

F. Schols[11] heeft de kwestie na de herziening in België opnieuw aan de orde gesteld. Naast de mogelijkheid van een verruiming van art. 4:4 BW is door hem aangegeven dat wellicht breder moet worden ingezet en ruimte moet worden geboden aan bindende elementen in het erfrecht. Hij kijkt daarbij naar de positie van het stiefkind ex art. 4:91 BW, de informele samenlever en het bepaalde in art. 4:82 BW en de andere wettelijke rechten als bedoeld in art. 4:28 BW.
Door Brinkman[12] zijn vraagtekens geplaatst bij het bestaansrecht van art. 4:4 BW. Daarbij is gepleit voor meer vrijheid, niet alleen door een erfovereenkomst mogelijk te maken, maar ook door de testateur meer vrijheden te bieden omtrent het regelen van de verhoudingen in zijn nalatenschap, bijvoorbeeld door een beroep op gedwongen schuldtoerekening of het in geval van een legaat in een vereffening mogen sanctioneren met een cautio.

3. Erfrechtpraktijk advocatuur

Tot zover de wetenschap. Hoe staat het met de erfrechtadvocatuur? Er zijn mij geen stukken bekend waarin vanuit de advocatuur is gepleit voor invoering van een erfovereenkomst. Wel is dit onderwerp tijdens de Erfenisvakdag[13] 2023 ook aangestipt in een presentatie namens de Vereniging Erfrecht Advocaten Nederland, waarbij te kennen is gegeven dat de vereniging positief staat tegenover plannen om de mogelijkheden op dit vlak te bezien. Vanuit de aard van het beroep van de erfrechtadvocaat, in elk geval tot dit moment, is het logisch dat een eventueel op dit vlak bestaande wens minder bekend is. De erfrechtadvocaat wordt immers pas achteraf met de problemen geconfronteerd, en dan enkel en alleen in die zaken waar er toch iets gebeurd is dat tot discussie leidt over het onderwerp dat hier speelt. In het notariaat, dat uit de aard van de werkzaamheden aan de voorzijde van de keten zit, zal de betreffende wens bij betrokkenen eerder kenbaar zijn. Uiteraard kan aan de erfrechtadvocatuur simpelweg het verwijt worden gemaakt dat die zich tegen een eventuele erfovereenkomst zal verzetten, als het doel daarvan is geschillen te voorkomen of te beperken. Dit alleen al uit het oogpunt van gedwongen winkelnering en het feit dat menig advocaat wordt gezien als een kei in het vergroten van bestaande en creëren van nieuwe problemen. Ik meen echter dat een dergelijk verwijt in de huidige tijd (meestal) ongegrond is. De kwaliteitsslag die in de beroepsgroep in de afgelopen tien à vijftien jaar is gemaakt, brengt mee dat de erfrechtadvocatuur, wellicht een enkele uitzondering daargelaten, er op is gericht vanuit kwalitatief oogpunt de kwestie snel 'op scherp te hebben' in die zin dat onzinnige discussies achterwege worden gelaten, dat vanwege de deformalisering in de rechtspraak de nadruk op de inhoud in plaats van op formaliteiten ligt, gekeken wordt naar waar het (juridisch) werkelijk om gaat en wat daarin over en weer mogelijk is, de kansen en risico's worden afgewogen tegen het procesbelang en vervolgens weloverwogen een oplossing wordt gezocht, zo mogelijk buiten rechte. Dit alles met het doel een eventueel bestaand geschil zo snel mogelijk op te lossen. Daaraan kan de mogelijkheid van een erfovereenkomst bijdragen. Daarbij zou het zelfs zo kunnen zijn dat de erfrechtadvocaat eventueel ook een rol kan worden toebedacht in het voorportaal bij het aangaan van een erfovereenkomst net zoals soms nu een erfrechtadvocaat wordt gevraagd mee te denken over de uitwerking van een testament, bezien vanuit zijn of haar vak, maar daarmee loop ik vooruit op de inhoud van het een en ander.

4. Tussenconclusie

De conclusie van het vorenstaande is in elk geval dat er door professionals in het werkveld in diverse fases van de keten een behoefte wordt gesignaleerd aan de mogelijkheid een erfovereenkomst te sluiten. Vooralsnog blijkt niet uit enig aan mij bekend onderzoek dat rechtzoekenden zelf een dergelijke mogelijkheid missen, maar dat zal samenhangen met de onbekendheid hiermee.

5. Wat is er nu al mogelijk en moet daarop worden aangesloten of moet er meer gebeuren?

Op het moment dat de contouren worden bezien van een erfovereenkomst en er moet worden nagedacht over de manier waarop die kan worden vormgegeven, is het naar mijn mening van belang om te bezien wat er al mogelijk is, om op die manier in kaart te brengen wat de puur aanvullende behoefte is en of en zo ja, wat er eventueel aan de reeds bestaande mogelijkheden zou moeten worden gewijzigd om die te verbeteren of te vergemakkelijken.
In dit blad is op de reeds bestaande mogelijkheden al uitvoerig ingegaan. Ik volsta nu met een verwijzing naar de betreffende bijdragen, meer in het bijzonder de bijdrage van Kapma.

6. Welke behoeften blijken uit het werkveld en zijn die verenigbaar in één oplossing?

Uit de hiervoor aangehaalde bijdragen destilleer ik dat de behoefte om erfovereenkomsten te kunnen sluiten met name voortkomt uit twee (door mij 'veralgemeniseerde') kwesties.
Ten eerste bestaat de wens in het kader van de overdracht van grote familievermogens, met name wanneer dergelijke vermogens zijn verweven met c.q. vastzitten in familiebedrijven. Het is dan van groot belang de voortzetting door de volgende generatie goed te regelen en latere geschillen tussen de voortzetter(s) en niet-voortzetter(s) te voorkomen of te beperken.

11 F.W.J.M. Schols, 'Erfrechtelijke ingrepen met het oog op het informele samenleven en het samengestelde gezin', *WPNR* 22-29 december 2018 p. 1039 e.v.
12 R.E. Brinkman, 'Is artikel 4:4 BW nog bij de tijd?', *TE* 2023/4.
13 De erfenisvakdag is een jaarlijks terugkerend congres dat wordt georganiseerd door de Stichting Nalatenschapsmediation (SNM). Dit wordt gekenmerkt door een multidisciplinair karakter. Zie hiervoor o.a.: https://nalatenschapsmediation.com/.

Ten tweede bestaat de wens geregeld in het geval sprake is van samengestelde gezinnen. Wanneer bijvoorbeeld de beide echtgenoten geen gezamenlijke kinderen, maar elk eigen kinderen hebben, zij vervolgens niet alleen de eigen kinderen, maar ook de kinderen van de ander tot erfgenamen benoemen, dan wordt er op dat moment gewoonlijk van uitgegaan dat dit zo blijft. Maar wie garandeert de eerststervende dat dat inderdaad zo blijft? Onzekerheid en wantrouwen zijn wat nu overblijven.

Met name de eerste categorie, waarin men discussies over bedrijfsvoortzetting, inbreng, legitieme portie, de (on) mogelijkheid giften aan te tasten en dergelijke wil voorkomen of beperken, vraagt om meer dan er nu in de spreekwoordelijke gereedschapskist zit.

Met betrekking tot de tweede categorie kan nog geprobeerd worden creatief te handelen, bijvoorbeeld met een clausule die de benoeming van de kinderen van de partner tot medeerfgenaam onder opschortende voorwaarde koppelt aan de ontbindende voorwaarde dat bij het overlijden van de partner blijkt dat bijvoorbeeld de eigen kinderen van erflater door de partner niet als zodanig zouden zijn benoemd. Maar dergelijke constructies vormen al snel een erfrechtelijke belemmering in de zin van art. 4:4 lid 1 BW en zijn dus risicovol (zie daarover P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, 'De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot II', *WPNR* 2004/6575).

Uiteraard geldt voor de tweede categorie ook dat het fijn is wanneer problemen worden voorkomen of beperkt, maar deze problemen kunnen ook voorkomen in situaties dat géén sprake is van een groot vermogen, of beter gezegd, in 'huis-tuin-en-keukennalatenschappen'.

In mijn optiek zou in beide kwesties meer mogelijk moeten zijn dan nu het geval is; de vraag is evenwel hoe dat vorm te geven, in acht genomen de benodigde waarborgen aan de ene kant tegenover de kosten daarvan aan de andere kant. Wanneer wordt gekozen voor een oplossing in de trant van 'one size fits all' ontstaan er in de ene of de andere categorie al snel grote problemen, zo verwacht ik.

7. Inhoud: sec een erfovereenkomst of meer grondige herziening van het erfrecht?

Het wezen van deze bijdrage en de andere bijdragen in dit blad betreft de erfovereenkomst. De vraag kan gesteld worden of daarnaast niet breder zou moeten worden gekeken, om ook andere onderwerpen die de partijautonomie betreffen aan te pakken.

Zo zijn in het Belgisch erfrecht niet alleen de mogelijkheden in het kader van een erfovereenkomst uitgebreid, maar zijn ook de aard en omvang van de erfrechtelijke reserve (de Belgische tegenhanger van de legitieme portie) gewijzigd en is de regeling omtrent inbreng van giften aangepast.[14] F. Schols[15] pleit, naast de mogelijkheid voor meer bindende elementen in het erfrecht, voor aanpassingen die – zo lees ik een en ander – eveneens recht zouden doen aan de partijautonomie c.q. de huidige maatschappij. Te wijzen valt op een aanpassing van art. 4:82 BW (de niet-opeisbaarheidsclausule van de legitieme portie) ten behoeve van informele samenwoners, een aanpassing van de mogelijkheid om afspraken te maken over de nu nog dwingendrechtelijke andere wettelijke rechten (alsmede een andersoortige aanpassing van dit postmortale alimentatierecht[16]), en voorts een aanpassing van art. 4:91 BW dat ziet op stiefkinderen in het kader van inkorting en op het stiefkindbegrip van art. 4:8 BW. Tevens valt te wijzen op de mogelijkheid de testateur meer vrijheden te bieden omtrent het regelen van de verhoudingen in zijn nalatenschap, bijvoorbeeld door een beroep op gedwongen schuldtoerekening of het in geval van een legaat in een vereffening mogen sanctioneren met een cautio zoals bepleit door Brinkman.[17]

Als het erfrecht toch wordt aangepast en de mogelijkheid bestaat dit alles in één keer mee te nemen, dan zou dat toe te juichen zijn. Ruim twintig jaar na de invoering van en ervaringen met dit erfrecht is de tijd er rijp voor, zou ik menen.

Daar staat tegenover dat er ook nog meer ideeën zullen zijn zoals afschaffing van de legitieme portie, (al dan niet) in combinatie met een afschaffing van art. 4:43 lid 1 BW[18] (de onmogelijkheid om een uiterste wil aan te tasten op grond van misbruik van omstandigheden) en dergelijke, maar volgens de vorige minister bestaat voor de afschaffing geen dringende noodzaak en heeft deze zich, voor wat betreft het erfrecht, meer geconcentreerd op een wetsvoorstel (33 836) dat onder meer ziet op de vervaltermijn voor het inroepen van de legitieme portie. Het plan is om die pas te laten ingaan op het moment dat de legitimaris meerderjarig wordt. In zoverre is het de vraag of er overeenstemming zou kunnen ontstaan over welke andere onderwerpen naast een erfovereenkomst zouden kunnen worden ingevoerd en over de inhoud ervan.

8. Haken en ogen aan (elementen van) een erfovereenkomst

In andere bijdragen zijn ideeën geuit over de invulling van een erfovereenkomst naar Nederlands recht en in eerdere

14 F.W.J.M. Schols, 'Turbo-achtige testamenten en de maatschappelijke wenselijkheid daarvan', *TE* 2007/1, zie voorts de verwijzing hiernaar door G.B.B. Boelens in zijn dissertatie 'Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal rech't, *Ars Notariatus* 161, p. 454 e.v. alwaar hij ook de invloed van het oordeel van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2009:BG6455) over het turbotestament bespreekt

15 F.W.J.M. Schols, 'Erfrechtelijke ingrepen met het oog op het informele samenleven en het samengestelde gezin', *WPNR* 22-29 december 2018 p. 1039 e.v.

16 F.W.J.M. Schols, '(Ex-)partners en postmortale solidariteit: Een korte beschouwing over het "erfrechtelijke alimentatierecht" en de postmortale solidariteit voor samenlevers', *WPNR* 2013/6972.

17 R.E. Brinkman, 'Is artikel 4:4 BW nog bij de tijd?', *TE* 2023/4.

18 W.D. Kolkman pleitte voor deze combinatie in zijn presentatie op de Erfenisvakdag 2023.

literatuur is gewezen op minpunten in de reeds elders bestaande regelingen. De aan mij toebedachte taak in dezen is te wijzen op een aantal (volledigheid kan niet binnen het bestek van deze bijdrage) aan een erfovereenkomst verbonden haken en ogen. Dit alles ten behoeve van de gedachtevorming hierover bij de lezer en als bijdrage aan de inhoud van een eventuele discussie over deze plannen, zodat op een later moment en met inachtname daarvan een mogelijk meer concreet voorstel kan worden gedaan. Met het gegeven 'commentaar' pretendeer ik dus niet het beter te weten en zeker niet de perfecte oplossing te kennen. Bovendien moet ik op voorhand toegeven dat ik me niet heb kunnen inhouden hier en daar zelf een suggestie te doen.

Door F. Schonewille is bepleit dat art. 4.4 BW simpelweg moet worden geschrapt om de eerder al genoemde redenen. Deze stelling scoort hoog op het terrein van de eenvoud en is zeer begrijpelijk vanuit het idee dat er beweging dient te komen in het recht op dit punt. Immers, (gewenste) verandering leidt over het algemeen tot weerstand en zo'n helder statement leidt in elk geval tot reactie. Ook moet worden toegegeven dat de mogelijkheid een dergelijke overeenkomst aan te gaan ook de mogelijkheid openlaat dat niet te doen.

Als het alleen bij een schrapping van de bepaling zou blijven, dan is het eerste probleem dat een erfovereenkomst niet kwalificeert als uiterste wil en daarmee dus niet kan worden afgeweken van het ab-intestaat erfrecht. Dit zou kunnen worden opgelost door die mogelijkheid op te nemen in de wet,[19] maar enkel schrapping volstaat dus sowieso niet.

Verder vrees ik chaos als alleen de mogelijkheid wordt geboden bij erfovereenkomst af te wijken van het wettelijk erfrecht en geen nadere vereisten worden gesteld. Immers, dan zouden de betrokkenen (en dat mag dan ook nog eens eenieder zijn), zonder voorlichting van alles kunnen afspreken – schriftelijk en zelfs mondeling – met alle te verwachten problemen van dien.

Echter, Schonewille meent dat een dergelijke overeenkomst in een notariële akte moet worden vastgelegd. Een dergelijke voorwaarde lost in mijn optiek een deel van de bezwaren op. Immers, geen notariële akte zonder notaris en geen notaris zonder *Belehrung* aan partijen. Aldus zullen[20] partijen deugdelijk geïnformeerd en over en weer in vrijheid/zonder onoorbare druk hun afspraken maken, worden die naar behoren op papier gezet en is voorzien in een deugdelijke bewijskracht aangaande de inhoud en ondertekening van de betreffende afspraken en is gerealiseerd dat de akte goed bewaard blijft.

Voor Schonewille is de keuze voor de notariële akte alleen ingegeven door de bewijskracht en het gegeven dat de notaris er zorg voor draagt dat de betreffende akte goed wordt bewaard. Ik meen dat niet alleen bewijskracht en bewaarplicht van belang zijn, maar ook de *Belehrung*, het in vrijheid kunnen beslissen en correcte formulering van de gemaakte afspraken vereiste elementen zijn.

Deze opmerking van Schonewille vormt een reactie op de stelling van Maasland[21] dat de notaris als beste is gepositioneerd om te waken voor een evenwichtige totstandkoming van de door partijen bij een dergelijke overeenkomst te maken afspraken. Ik kan Schonewille volgen in de gedachte dat ook een ander dan de notaris kan waken voor het evenwicht als hiervoor bedoeld, in welk kader Schonewille doelt op de nalatenschapsmediator. Daar voeg ik aan toe dat ik zou menen dat hier ook een taak zou kunnen liggen voor de erfrechtadvocatuur.

Nadat de afspraken op evenwichtige wijze tot stand zijn gekomen, blijft uiteraard de toegevoegde waarde van de notariële akte op het vlak van de bewijskracht en bewaring ervan. Een nadeel van de eerdere betrokkenheid van anderen dan de notaris (als die vervolgens de akte opstelt, maar zich wel van de nodige kwesties[22] dient te vergewissen) zal zijn gelegen in de bijkomende kosten van die anderen.

In het geval er geschillen zijn of dreigen en de notaris geen nalatenschapsmediator is, ligt het voor de hand eerst een nalatenschapsmediator en/of erfrechtadvocaat te betrekken.

Gelet op de aard van een erfovereenkomst zou ook nog de vraag gesteld kunnen worden of een notaris het aangaan en vastleggen van een erfovereenkomst in het geheel wel zou moeten begeleiden vanwege de mogelijk forse belangentegenstellingen die aan de orde kunnen zijn.

Daartegenover kan gesteld worden dat dit bij het aangaan van huwelijksvoorwaarden en het opstellen van andersoortige overeenkomsten ook het geval kan zijn.

Over de erfrechtadvocaat zou natuurlijk hetzelfde kunnen worden gesteld. Ik meen dat die ook niet zo'n kwestie van begin tot eind in eigen huis zou moeten willen houden, nog los van het feit dat die zelf geen notariële akte kan bieden.

In zoverre zou mediation een fijne tussenweg zijn, temeer omdat dan vaak ook nog afzonderlijke voorlichting aan partijen plaatsvindt door de eigen wel partijdige adviseurs, in het kader van 'informed consent'. Het grote nadeel van dat laatste vormen natuurlijk de kosten.

In zoverre zou de mogelijkheid alles bij de notaris te regelen in het geval de financiële belangen geen grote kosten rechtvaardigen te verkiezen zijn. Als de mogelijkheid bestaat en de betrokken professional gezond verstand hanteert, kunnen eventueel benodigde andere professionals alsnog worden betrokken wanneer de zaak daarom vraagt en het belang de kosten rechtvaardigt.

Mijn indruk is weleens dat betrokken of mogelijk te betrekken professionals, zelfs als ze uit verschillende disciplines komen, elkaar toch zien als concurrent. Dit terwijl de meerwaarde erin zit dat de professionals elkaar kunnen aanvullen als er op goede wijze wordt samengewerkt en ze gebruik kunnen maken van elkaars sterke kwaliteiten. Uiteraard hebben we het in deze constellatie met name over een erfovereenkomst in het kader van een groot vermogen, bijvoorbeeld in een familiebedrijf.

19 Bijvoorbeeld door in art. 4:1 BW een daartoe strekkend lid 2 op te nemen, zie F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, diss. Nijmegen Radboud, 2005, p.12.

20 Uiteraard uitgaande van een notaris die de taak naar behoren verricht.

21 J.L.D.J. Maasland, 'Een pleidooi voor meer partijautonomie in het familievermogensrecht', *KWEP* 2021/1.

22 De zaken die de notaris ook zou toetsen als deze de kwestie zelf in het geheel zou begeleiden.

Juist in verband met de mix tussen zakelijk en privé die dan bestaat, zouden ook niet-juridische disciplines (denk bijvoorbeeld aan psychologen) deel uit kunnen maken van het professionele team.

Van Doormalen pleit in haar bijdrage[23] voor handhaving van het verbod van art. 4:4 BW als uitgangspunt, maar een beperking van de strekking ervan, met de mogelijkheid een erfovereenkomst te sluiten binnen het kader van een daartoe op te stellen regeling waarbij een evenwicht wordt gezocht tussen bescherming van betrokkenen enerzijds en partijautonomie anderzijds. Ik bespreek enkele onderdelen van haar voorstel.

Geïnspireerd door het Belgisch recht stelt zij een verplichte inschakeling van deskundigen aan de orde, waarbij niet uitsluitend wordt gedacht aan een notaris. Ik zou menen dat bijstand van een ter zake kundige een vereiste is[24] en, zoals hiervoor betoogd, dat het aantal deskundigen en de discipline van de betreffende deskundige of deskundigen afhangt van het financiële belang en de inhoud van hetgeen speelt en mogelijk ook nog van hetgeen de betrokkenen zelf aan kennis op het betreffende vlak meebrengen en in staat zijn daar gebruik van te maken.

Ook stelt Van Doormalen aan de orde wie contractpartijen zouden kunnen zijn of soms zelfs zouden moeten zijn, dat laatste in het kader van het meetekenen door de eventuele partner. Uit oogpunt van partijautonomie en het feit dat normaal gesproken ook zelf kan worden gekozen wie men iets vermaakt, vraag ik me af of grenzen zouden moeten worden gesteld aan wie contractpartijen zouden kunnen zijn. Daar kan tegenin worden gebracht dat met een 'buitenstaander' mogelijk eerder problemen zouden kunnen ontstaan dan met familie, maar het is de vraag of de wetgever daartegen moet beschermen en uiteraard of deze aanname juist is, gelet op het groot aantal procedures tussen familieleden die juist ook aanleiding vormen voor deze special. Opmerking verdient hier wel dat niet alleen in België een beperking is gesteld aan de contractanten in dit kader, maar ook in Duitsland, zij het dat daar in wat breder (familie)verband kan worden gecontracteerd in dit kader. Zie daartoe de bijdrage van De Rooij-Stevenhaagen in dit blad.[25] De redenen daarvoor en de ervaringen hiermee in die landen kunnen mogelijk nog inspiratie geven hoe hiermee om te gaan.

Van Doormalen stelt ook de aard van de erfovereenkomst aan de orde. Betreft dit een 'normale' overeenkomst of een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900? Een dergelijke keuze is uiteraard van invloed op de mate van en gronden voor eventuele aantastbaarheid hiervan. Hier geldt het spreekwoord 'elk voordeel heeft zijn nadeel', want op het moment dat een erfovereenkomst minder snel aan te tasten valt, zou deze ook in stand kunnen blijven in situaties waarin dat zelfs naar meer objectieve maatstaven niet gewenst is. Met meer objectieve maatstaven bedoel ik: naar de mening van de gemiddelde buitenstaander met gezond verstand.

Maasland[26] is van oordeel dat (naast de betrokkenheid van de notaris bij de totstandkoming) een waarborg moet worden gehanteerd die de rechter de mogelijkheid geeft de gemaakte afspraken achteraf te toetsen en indien de redelijkheid en billijkheid dat vereisen hiervan af te wijken, mede in het licht van onvoorziene omstandigheden. Dat zijn mogelijkheden die reeds wettelijk zijn verankerd, maar dan wel voor 'normale' overeenkomsten. Als een erfovereenkomst als vaststellingsovereenkomst wordt gekwalificeerd, dan geldt dat die slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden aantastbaar is[27] en bepaald niet snel op deze gronden zal kunnen worden aangetast. Als de wens daartoe toch bestaat, dan zal – vanuit dat oogpunt – niet voor die vorm moeten worden gekozen of zal daarvoor ook een aanvullende regeling nodig zijn.

Lieber[28] stelde al dat het aanbeveling verdient te rade te gaan bij rechtsstelsels die erfovereenkomsten kennen. In deze bijdrage zijn diverse plannen of onderdelen daarvan met name geïnspireerd op het Belgische en Duitse stelsel. Ook op die regelingen valt echter het nodige af te dingen, waarmee bij het opstellen van een concreet wetsvoorstel rekening zou kunnen worden gehouden.

Kolkman[29] noemt de vormvoorschriften voor de erfovereenkomsten in het Belgisch recht 'indrukwekkend' en maakt melding van tal van termijnen die gelden. Gelet op de grote belangen valt dit dwingende tijdschema volgens hem wel te billijken omdat overijling op deze manier geen kans krijgt. Terecht wijst hij erop dat dit een erfovereenkomst ongeschikt maakt voor estateplanning *in extremis*. Als daaraan wel behoefte zou bestaan bij een erfovereenkomst, dan is het zaak daarvoor een oplossing te bedenken, wellicht in de vorm van een mogelijk in te roepen rechterlijke toets over de gegrondheid van het niet of in mindere mate hanteren van termijnen achteraf[30] en dient daarop niet de sanctie van nietigheid te staan.

23 Mr. J.M.H. van Doormalen, 'Contracteren over niet-opengevallen nalatenschappen: Vrijheid, blijheid? Het zorgvuldigheidskader van de erfovereenkomst', *ftV* 2024/26.

24 Zie ook Kolkman a.w., 'Het opstellen van de familieovereenkomst lijkt mij geen eenvoudige kost, en zeker geen "modellenwerk"'. Hij haalt aldaar ook Verbeke aan die erop wijst dat het niet zozeer een juridisch-technische aanpak betreft, dan wel een zorgvuldige en doordachte facilitering van de gesprekken tussen de familieleden, waarbij men alle onderliggende belangen en bekommernissen voor alle betrokkenen, kinderen én ouders zorgvuldig beluistert en respecteert (zie verder noot 38 in dat stuk). NB: dit zal uiteraard met name gelden voor de meer gecompliceerde kwesties over grote vermogens waarbij minder gekeken wordt naar de kosten van het advies en de bijstand.

25 Mr. M. de Rooij-Stevenhaagen, 'Was könnte sein? Mogelijke regelingen in de erfovereenkomst', *ftV* 2024/23.

26 J.L.D.J. Maasland, 'Een pleidooi voor meer partijautonomie in het familievermogensrecht', *KWEP* 2021/1.

27 Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7276.

28 J.H. Lieber, 'De erfovereenkomst om ruzie te voorkomen', *FJR* 2017/12.

29 W.D. Kolkman, 'Belgisch erfrecht grondig herzien', *TE* 2018/4.

30 Vergelijk de situatie dat de notaris twijfelt of iemand nog in staat is om te testeren in het geval de dood zichtbaar nabij is. Dan is "bij twijfel wel inhalen" het devies, ofwel kan de notaris hiervan melding maken in het testament en kan de rechter achteraf al dan niet nietigheid uitspreken. In het geval er niet wordt getesteerd in zo'n situatie zou immers het gevolg zijn dat de laatste wens van een wilsbekwame ten onrechte niet is opgenomen in een testament.

Schols[31] doet, voordat hij over de grens kijkt, eerst nog de suggestie dat in art. 4:4 BW toegevoegd zou kunnen worden dat niet onder het verbod vallen clausules die, in mijn woorden, een making onder opschortende en daarmee corresponderende ontbindende voorwaarde afhankelijk stellen van wat bijvoorbeeld de partner doet met makingen in diens testament.
Over het Belgisch recht merkt hij op dat de globale erfovereenkomst tot de verbeelding spreekt, net als de zorgvuldige procedure die in acht genomen moet worden. Voor wat betreft de gelijkstelling binnen het samengestelde gezin stelt hij dat het Nederlandse regime (zeker met een door hem bepleite aanscherping van art. 4:91) de erflater meer mogelijkheden biedt dan het Belgische regime. Daarin bestaat geen equivalent van art. 4:82 BW en het Belgische systeem is geënt op een evenwicht tussen de kinderen waardoor vaak gewerkt moet worden met schenkingen, terwijl dat in Nederland (dan) niet hoeft. Voorts wijst Schols erop dat het regime van de globale erfovereenkomst het probleem van de herroepelijkheid van de uiterste wilsbeschikking niet oplost. De echtgenoten kunnen zich naar Belgisch recht niet binden ten opzichte van elkaars kinderen.
Voor een structurele aanpak van het herroepingsprobleem wijst Schols naar het Duitse systeem waarin volgens hem een blauwdruk kan worden gevonden in de figuur van het *Gemeinschaftliches* testament (zie hiervoor uitvoerig de bijdrage van De Rooij-Stevenhaagen).
Opmerking verdient dat de praktijk van het *Gemeinschaftliches* testament reeds onder het huidige recht in Nederland kan worden nagebootst.[32]
Ten slotte wijst Schols erop dat hij daarmee niet gezegd wil hebben dat het Duitse systeem en een systeem van erfrechtelijke binding in het algemeen zonder problemen zijn. Aan de binding dient immers ook daadwerkelijk inhoud gegeven te worden en dan is het besef nodig dat degene die erfrechtelijk gebonden is, in beginsel nog steeds de vrijheid heeft om tijdens leven over zijn vermogen te beschikken. De vraag is vervolgens of en hoe men die vrijheid wil beperken om de binding geen wassen neus te laten zijn. Aldus zijn flankerende maatregelen nodig om te voorkomen dat de binding niet wordt uitgehold.
De conclusie van Schols is dat het invoeren van contractueel erfrecht derhalve meer is dan alleen het aanbrengen van een nuance in art. 4:42 BW en dat dit veel meer om het lijf heeft. Volgens hem ligt eerstelijnsbinding ter zake des doods op eenvoudige wijze binnen handbereik met een soepeler art. 4:4 lid 2 (dat bepaalde clausules toestaat, zie hiervoor) en geeft hij aan dat hij niet de indruk heeft dat de praktijk de mogelijkheden die het quasi erfrecht biedt (zie hierover ook de bijdrage van Kapma in dit blad al goed benut.

9. Conclusie

In deze bijdrage is bezien wat de haken en ogen zijn, verbonden aan de, of – beter gezegd – een erfovereenkomst, bezien vanuit mijn rol als erfrechtadvocaat.
Allereerst is bezien of wel behoefte bestaat aan een erfovereenkomst. Bij de rechtzoekenden zelf lijkt dit, niet zo zeer het geval. De onbekendheid met het onderwerp vormt daarvan een belangrijke oorzaak vermoed ik. In het werkveld is die bekendheid er natuurlijk wel en aldaar bestaat de behoefte wel. Vanuit het notariaat, de rechterlijke macht, de wereld van nalatenschapsmediation en wetenschap is gepleit voor het mogelijk maken van een erfovereenkomst en ook de erfrechtadvocatuur lijkt hier positief tegenover te staan.
Vervolgens is aangestipt dat bij het creëren van de mogelijkheid een erfovereenkomst te sluiten, niet uit het oog moet worden verloren wat reeds nu mogelijk is.
Met het oog op de inhoud van de te creëren mogelijkheid is daarna bezien wat de behoeften uit het werkveld zijn en die blijken vooral samen te hangen met de wens om problemen te voorkomen bij de overdracht van grote familievermogens en te verwachten problemen met nalatenschappen in samengestelde gezinnen en is gesteld dat een ‘one size fits all’ oplossing waarschijnlijk niet mogelijk is om in beide behoeften te kunnen voorzien.
Aansluitend is de bezien of sec naar de mogelijkheid voor een erfovereenkomst moet worden gekeken of dat een meer grondige herziening van het erfrecht in de rede ligt. Geoordeeld is een grondige herziening zou zijn toe te juichen, maar (nog) meer tijd en discussie zal vergen en dat die de kans op invoering wellicht kleiner zal maken.
De inhoudelijke haken en ogen aan (elementen) van een erfovereenkomst zagen op de geopperde plannen als schrapping of beperking van de werking van art. 4:4 BW, een eventueel (notarieel of ander) vormvereiste voor een erfovereenkomst, totstandkoming via mediation of verplichte inschakeling van andere deskundigen, de eventuele mogelijkheid tot aanpassing van een erfovereenkomst door de rechter en het (nog) niet volledig benutten van de huidige mogelijkheden.
Het Duitse en Belgische stelsel kunnen inspiratie bieden voor de invulling van plannen om een erfovereenkomst in Nederland mogelijk te maken. Het zou in mijn optiek ook goed zijn te bezien welke problemen zich in die (en wellicht nog andere) stelsels voordoen in de praktijk en of en zo ja hoe die voorkomen of beperkt zouden kunnen worden.

Over de auteur
Mr. M.J.P. (Mathieu) Schipper
Erfrechtadvocaat bij Schipper en Lof advocaten te Alkmaar
(schipper@schipperenlof.nl).

31 F.W.J.M. Schols, ‘Erfrechtelijke ingrepen met het oog op het informele samenleven en het samengestelde gezin’, *WPNR* 22-29 december 2018, p. 1039 e.v.
32 F.W.J.M. Schols, ‘Erfrechtelijke ingrepen met het oog op het informele samenleven en het samengestelde gezin’, *WPNR* 22-29 december 2018, p. 1039 e.v. zie noot 37.