

27. The times they are a-changin'

De familieovereenkomst als uitgangspunt van een eigentijds erfrecht; of: het afscheid van art. 4 Boek 4 BW

DR. MR. F. SCHONEWILLE

Een nieuw juridisch paradigma is noodzakelijk, gefundeerd op het rechtsbeginsel partijautonomie, dat gezamenlijk contracteren door families vooropstelt op basis van zorgvuldige begeleiding, communicatie, verbinding zoeken, samenwerking en het bereiken van evenwicht op de bovenstroom én de onderstroom. In dit artikel onderbouw ik deze stelling en betoog ik dat het bedoelde nieuwe paradigma verrassend eenvoudig kan worden gefaciliteerd door het schrappen van slechts één wetsartikel, te weten art. 4:4 BW.¹

1. Context

Het werken aan mijn proefschrift² heeft mij bevestigd in de zienswijze dat partijautonomie het fundamentele beginsel is en dient te zijn van het civiele recht en met name van het familierecht in brede zin.

Veelal wordt in het beginhoofdstuk van civielrechtelijke handboeken wel de loftrumpet gestoken over partijautonomie of over de daaraan sterk gelieerde contractvrijheid.³ Bij verdere lezing blijkt dan echter al snel dat dit niet meer dan het bewijzen van lippendienst is aan deze fundamentele beginselen omdat de rest van het boek handelt over hoe de normen en regels van het desbetreffende rechtsgebied dienen te worden gezien, begrepen en toegepast – alsof dit alles dwingend recht zou zijn – en het beginsel partijautonomie daarbij helaas vrijwel geheel uit het zicht geraakt.

2. Inleiding

Ik begin deze bijdrage met twee observaties. De eerste is dat er waar het gaat om nalaten en erven in de samenleving al enige tijd een ontwikkeling zichtbaar is van het centraal stellen van het juridisch-fiscale kader naar het

denken vanuit de familiecontext.⁴ De opkomst van nalatenschapsmediation⁵ in het afgelopen decennium is hiervan een exponent.

Mijn tweede observatie is dat het erfrecht van 2003 geschreven is voor een tijd die toen eigenlijk al voorbij was. Dit alomvattende 'staats erfrecht' tracht zeer uiteenlopende familiesystemen in eenzelfde erfrechtelijke mal te wringen en dit pogen is vanzelfsprekend tot mislukken gedoemd. Het gevolg ervan is een sterke toename van gerechtelijke procedures volgend op het overlijden van een erfflater. Het voorgaande voert tot de gevolgtrekking – en stelling – dat een nieuw juridisch paradigma noodzakelijk is, gefundeerd op het rechtsbeginsel partijautonomie, dat gezamenlijk contracteren door families vooropstelt op basis van zorgvuldige begeleiding, communicatie, verbinding zoeken, samenwerking en het bereiken van evenwicht op de *bovenstroom* én de *onderstroom*.⁶ Het thans bestaande paradigma, geworteld in adviseren vanuit het denken in juri-

1 Dit artikel is in een gedeeltelijk andere vorm eerder gepubliceerd in de bundel *Hulde aan Huijgen*, welk *liber amicorum* in 2023 verscheen bij Wolters Kluwer ter gelegenheid van het emeritaat van mijn promotor prof. W.G. Huijgen.

2 *Partijautonomie in het relatievevermogensrecht*; Antwerpen-Apeldoorn: Maklu Uitgevers 2012.

3 Voor het onderscheid tussen beide rechtsbeginselen verwijs ik naar de paragraaf over partijautonomie in dit artikel.

4 Ik volsta in dit verband met het noemen van het recente besluit van het gerechtshof Amsterdam om erfeniszaken structureel te gaan verwijzen naar mediation, van de eveneens recente instelling van de leerstoel Preventive Law door Maastricht University en van de conclusie in het kader van een cassatie in het belang der wet van advocaat-generaal M.L.C.C. Lückers d.d. 13 mei 2022, ECLI:NL:PHR:2022:457, betreffende het niet-nietig zijn van het uitsluiten van het recht op partneralimentatie door echtgenoten in voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden. Wat dit laatste punt betreft, merk ik volledigheidshalve op dat ik in hoofdstuk 6 van mijn dissertatie hetzelfde heb betoogd. In dit kader is voorts vermeldenswaardig dat huwelijkse voorwaarden (en samenlevingscontracten) steeds vaker in het kader van *premarital mediation* worden gemaakt. Voor een uitgewerkt voorbeeld hiervan verwijs ik naar *Nederlandse Mediation 2022/4* (opgenomen in *Tijdschrift Conflicttherapie 2022/4*).

5 Het fenomeen nalatenschapsmediation wordt in een daaraan gewijde paragraaf in dit artikel nader uitgelegd.

6 Met *bovenstroom* wordt bedoeld op de dimensie van feiten, juridische bepalingen, het zakelijke en rationele en met *onderstroom* op de dimensie van emoties, communicatie en psychologische patronen.

dische en fiscale dimensies, zou daardoor naar het tweede plan worden verwezen.

In dit artikel onderbouw ik deze stelling en betoog ik dat het bedoelde nieuwe paradigma verrassend eenvoudig kan worden gefaciliteerd door het schrappen van slechts één wetsartikel, te weten art. 4:4 BW.

3. Partijautonomie

In mijn proefschrift heb ik een definitie van partijautonomie ontwikkeld die ik hier integraal invoeg:

‘Partijautonomie dient verstaan te worden als de vrijheid te komen tot Selbstbestimmung van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot. Het betreft hier een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de ander heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk in het leven roept.

Deze definitie impliceert dat binnen het verband van de partijautonomie, contractvrijheid (in enge zin) in een continuüm tegenover het beginsel van solidariteit staat en tussen deze tegenpolen daardoor vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig is.

Met betrekking tot de contractuele positie tussen echtgenoten (of hun rechtsverhouding) als bedoeld, zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt, waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.’⁷

Ik ben in mijn dissertatie (waar het betreft de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenanten) derhalve tot de conclusie gekomen dat contractvrijheid in familierechtelijke verhoudingen niet gezien moet worden als een opzichzelfstaand beginsel (contractvrijheid *in enge zin*) maar dat dan moet worden gesproken over partijautonomie: het overkoepelende rechtsbeginsel dat zowel contractvrijheid in enge zin als solidariteit omvat. Partijautonomie is in deze benadering een synoniem van contractvrijheid *in brede zin*.

Maasland stelt in zijn pleidooi voor meer partijautonomie in het familievermogensrecht ook dat er geen vrijheid is zonder verantwoordelijkheid, in mijn woorden: geen contractvrijheid zonder solidariteit.⁸ Anders dan hij, meen ik dat partijautonomie – en daarmee contracteren – tot uitgangspunt kan worden gemaakt zonder dat dit gepaard gaat met het stellen van allerlei waarborgen. Ik werk deze opvatting hierna kort uit in paragraaf 7 ‘Mediation als methode’.

Voorgaande definitie, door mij verwoord voor de huwelijkse verhouding, is wat mij betreft vrijwel een-op-een

van toepassing waar het gaat om het contracteren door families,⁹ omdat, net als binnen een huwelijk, ook binnen familieverband sprake is van nauwe persoonlijke banden tussen ouders en kinderen. Daarnaast klinkt de huwelijkse verhouding binnen het grotere familieverband zelf uiteraard ook sterk door.

Ik kom hierna terug op wat het betekent om partijautonomie – in deze definitie – daadwerkelijk als richtsnoer te gebruiken in de rechtspraktijk van nalaten en erven.

4. Maatschappelijke ontwikkelingen

Mijn eerste observatie in de inleiding van deze bijdrage was dat het in 2003 geïntroduceerde ‘nieuwe erfrecht’ op dat moment al was verouderd, op grond van het gegeven dat de statische samenleving van de naoorlogse jaren – waarin het proces dat leidde tot het nieuwe erfrecht van 2003 in gang was gezet – toen niet meer bestond. Dit ‘staatsrecrecht’ zou nog wel goed hebben gepast bij de maatschappij van de jaren vijftig van de vorige eeuw waarin bijna uitsluitend zogenoemde kostwinnershuwelijken voorkwamen, echtscheiding een rariteit was en samengestelde gezinnen vrijwel ontbraken.¹⁰

De toename van verschillende samenstellingen van gezinnen en families ging hand in hand met het losser worden van familiebanden, alsmede met het mondiger worden van de burger, het veel vaker voorkomen van nalatenschappen met een aanzienlijke omvang, het complexer worden van testamenten – in veel gevallen grotendeels fiscaal geïnspireerd – het door familieleden ter discussie stellen van de wilsbekwaamheid van de testateur op hogere leeftijd en de *ontsokkeling*¹¹ van de notaris. Deze opsomming van maatschappelijke ontwikkelingen is niet uitputtend.

Daarnaast spelen andere aspecten, die zich binnen het domein van de zogenoemde *onderstroom* bevinden, vaak een grote rol, zoals het fenomeen dat de afwikkeling van een nalatenschap binnen families vaak leidt tot het naar boven komen van ‘oud zeer’ en tot het ‘opmaken van de balans van de jeugd en het latere leven’; ook bestaat in veel gevallen bij een of meer kinderen de perceptie dat het niet *fair* is dat alle kinderen gelijk worden behandeld omdat bijvoorbeeld door elk kind ook niet een gelijke bijdrage is geleverd aan de zorg voor de ouders.

Het nog steeds bestaan van de legitieme portie is – binnen het domein van de *bovenstroom* – een opzichzelfstaand aspect dat een groot obstakel kan zijn als het bijvoorbeeld gaat om het treffen van de door de erflater gewenste regelingen inzake het nalaten van een familiebedrijf.

7 Partijautonomie in het relatievermogensrecht; Antwerpen-Apeldoorn: Maklu Uitgevers 2012, p. 33.

8 J.L.D.J. Maasland, ‘Een pleidooi voor meer partijautonomie in het familievermogensrecht’, *KWEP* 2021/1, paragraaf 1 en 5.

9 In deze bijdrage beperk ik mij door onder familie te verstaan: het gezin van ouders met gezamenlijke kinderen en kinderen van ieder van de echtgenoten uit een eerdere verbintenis.

10 Ik verwijs hier kortheidshalve naar het Erfenisvakdag Cahier 2023: 20 gouden regels na 20 jaar nieuw erfrecht!

11 Deze term is geïntroduceerd door G.J.C. Lekkerkerker, ‘De notaris en zijn eigen waarde; een kijk op het beroep, beroepsplichten en realiteiten van het hier en nu’, in: *De goede notaris*, Preadvies KNB, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 17-63.

Het voorgaande maakt in mijn ogen duidelijk wat de achtergrond is van de sterke toename van het aantal gerechtelijke procedures over opengevallen nalatenschappen en in het bijzonder over testamenten.

De casus die ik hierna heb uitgewerkt, vormt een duidelijke illustratie van wat er kan gebeuren als het erfrecht niet aansluit bij de bestaande familiestructuur en een erflater door het systeem er niet primair toe wordt bewogen te contracteren met zijn echtgenoot, de gezamenlijke kinderen en de kinderen die ieder van de echtgenoten mogelijk heeft uit een eerdere verbintenis, doch tot het in het geheim laten opstellen van een eenzijdige wilsbeschikking.

5. Een casus

Een vader was na diens scheiding opnieuw in het huwelijk getreden. Zijn drie toentertijd nog tamelijk jonge kinderen – een dochter en twee zonen – hadden nooit een warme verhouding ontwikkeld met hun stiefmoeder. Uit het tweede huwelijk van vader werden geen kinderen geboren. Vader had zijn drie kinderen er in het jaar voor zijn onverwachte overlijden van verzekerd dat hij in zijn testament goed voor hen had gezorgd. Na zijn overlijden bleek echter dat vader een klassiek vruchtgebruiktestament had opgesteld waarin hij aan zijn weduwe ook de bevoegdheid in te teren op het vruchtgebruikvermogen had toegekend, alsmede de bevoegdheid dit te vervreemden en waarin hij haar tevens had vrijgesteld van de verplichting zekerheid te verschaffen ten behoeve van zijn kinderen. Daarnaast had hij zijn beide zonen in de legitieme gesteld en had hij ook zijn kleinkinderen ongelijk bedeed door de kinderen van zijn beide zonen een bedrag te legateren dat de helft bedroeg van het legaat dat de kinderen van zijn dochter ontvingen.

Het moge duidelijk zijn dat de kinderen – mijn cliënten – dit bepaald niet hadden zien aankomen. Er was tussen vader en zijn zonen weliswaar een minder goede verstandhouding dan tussen vader en dochter, maar dit rechtvaardigde in de beleving van de kinderen op geen enkele wijze de inhoud van vaders testament. Waarvoor bij mijn cliënten ook zeer weinig begrip bestond, was dat vader niet had toegelicht waarom hij de door hem in zijn testament vastgelegde keuzen had gemeend te moeten maken: in het testament was zelfs geen begin van een considerans te ontwaren en ook was er geen brief, videoboodschap of iets anders dat de kinderen enige duidelijkheid had kunnen geven. Het voorspelbare gevolg hiervan was dat stiefmoeder de schuld kreeg, hun herinnering en beeld van hun vader met bitterheid werden vermengd en er ook tussen de kinderen enige tijd grote spanningen speelden.¹²

Een dergelijk testament heeft het effect van een bom die in de familie wordt gegooid. Het heeft dan ook veel moeite gekost om in mijn hoedanigheid van *mediation advocate* te bereiken dat uiteindelijk tot een beter evenwicht werd gekomen tussen de kinderen en hun stiefmoeder.

Ik noem deze casus omdat het heel veel voorkomt dat, ingeval sprake is van een zogenoemd samengesteld gezin, er ten onrechte voor een vruchtgebruiktestament wordt gekozen. Maar ik heb er in het kader van deze bijdrage ook twee andere redenen voor. De eerste is dat in het onderhavige testament standaardbepalingen voorkomen – de genoemde bevoegdheden tot intering en vervreemding en de vrijstelling van de verplichting zekerheid te geven – en de vraag rijst of het hier gaat om bewuste en doordachte keuzen van de erflater, dan wel of deze automatisch mee zijn gekomen met het model vruchtgebruiktestament van de notaris. In deze gevallen leeft, naar mijn ervaring, bij de erfgenamen sterk het vermoeden dat het laatste het geval is. De tweede reden is dat het zo kan zijn dat een door een erflater welbewust gemaakt testament een desastreus effect heeft, doordat het – zoals in deze zaak het geval was – een ontwrichtende uitwerking heeft op het familiesysteem dat achterblijft; iets dat erflaters zich kennelijk niet realiseren.¹³

Deze casus is tevens een goed voorbeeld van een situatie waarin contracteren na het overlijden van de vader een moeizaam proces is en een gerechtelijke procedure voortdurend op de loer ligt; de casus maakt daarmee duidelijk dat contracteren voorafgaand aan het overlijden van de vader – indien wettelijk toegestaan – een veel betere keuze was geweest.

6. Art. 4 Boek 4 BW en de familieovereenkomst

Art. 4 Boek 4 BW luidt als volgt:

1. Een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling is nietig, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens dit Boek met betrekking tot die nalatenschap toekomen.
2. Overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, zijn nietig.

Uit dit artikel komt een bevoogding naar voren die sterk bevreemdt in de huidige moderne maatschappij waarin een grote allergie lijkt te bestaan voor *betutteling*. Ik beschouw het artikel dan ook als achterhaald en ben van mening dat het op die grond eenvoudigweg zou moeten worden

12 Voor de goede orde meld ik dat ik deze casus ook heb genoemd in mijn bijdrage aan de Erfenisvakdag 2021, gewijd aan het thema *Uitleg van het testament en van het 'wettelijk testament'*; Zie: Erfenisvakdag Cahier 2021, p. 37-49.

13 In mijn bijdrage aan de Erfenisvakdag 2019 bepleitte ik in deze context het standaard opnemen in elk testament van een *vredesclausule*, welke clausule gezien zou kunnen worden als verschijningsvorm van *procesdelegatie* door de erflater. In mijn bijdrage aan de Erfenisvakdag 2022, gewijd aan het thema *Klimaatverandering: tijd voor een all-weather testament!*, heb ik deze vredesclausule nader uitwerkt; zie Erfenisvakdag Cahier 2022, p. 43-53.

geschrapt.¹⁴ Het schrappen van het artikel leidt waarschijnlijk tot een wat ongemakkelijk gevoel onder erfrechtjuristen, omdat het al zo lang bestaat. Men is opgeleid in de gedachte dat vrijuit contracteren omtrent nog niet opgevallen nalatenschappen niet mogelijk is en dat de ratio van het desbetreffende verbod dan wel zal zijn dat het sluiten van overeenkomsten problematisch is. Dat contracteren niet mogelijk is, is steeds als een soort mantra herhaald en er is daardoor eigenlijk nooit een fundamentele gedachteswisseling ontstaan over het bestaansrecht van dit verbod; eerder lijkt een irrationele angst om de mensen in het land in dezen het heft in eigen handen te geven te overheersen. Het beter willen weten, dan wel denken te weten en het graag willen denken voor de burger van dit land zit er diep ingebakken bij de wetgever en de adviespraktijk. Als partijautonomie echt het uitgangspunt is van ons civielrechtelijk systeem, voert dit gegeven onvermijdelijk tot de conclusie dat voor hen die dat willen het eenvoudigweg mogelijk moet zijn om te contracteren voorafgaand aan overlijden.¹⁵ In mijn opvatting is het zo dat schrapping van dit artikel er uitsluitend toe leidt dat het aangaan van een familieovereenkomst zoals door mij hierna gedefinieerd *mogelijk wordt*. Het blijft derhalve zonder meer ook mogelijk om *geen* familieovereenkomst te sluiten indien een erflater na ampele overweging tot de conclusie komt dat het volgen van dit pad in zijn familie geen goed idee is. Hoewel deze constatering natuurlijk het intrappen van een open deur is, maak ik deze opmerking toch omdat er – zoals ik hiervoor al schreef – bij de wetgever en onder juristen vaak een irrationele angst lijkt te bestaan om burgers zelf te laten beslissen in hun eigen zaken, alsmede de sterke neiging hen tegen zichzelf te willen beschermen door zaken te verbieden of met allerlei formaliteiten te omgeven.

Ik stel hiertegenover dat burgers volwassenen zijn die in veruit de meeste gevallen zelf het beste weten wat goed voor hen is, hetgeen *a fortiori* geldt op het onderhavige terrein van het recht dat rechtstreeks ziet op familie. Deze burgers hebben zelden behoefte aan een juridisch advies over ‘hoe het zit’ en wat zij op die basis zouden moeten doen. Het is in mijn visie zo dat een familie geen juridische obstakels op haar weg dient aan te treffen indien zij in de hoogst eigen situatie met een eigen statuut – te weten: de familieovereenkomst – wil voorzien in de continuïteit van de familie na het overlijden van een van de leden ervan. In dat geval dienen alle civielrechtelijke aspecten van nalaten en erven haar tot vrije beschikking te staan als elementen

waaromtrent gecontracteerd kan worden. Het juridische systeem zou, zoals door mij al betoogd, families bij wijze van *default option* zelfs moeten uitnodigen tot contracteren: dit laatste wordt gemakkelijk bereikt doordat het door mij hierna voorgestelde nieuwe art. 4 Boek 4 Burgerlijk Wetboek direct in het begin van de wettelijke regeling omtrent het erfrecht wordt gepositioneerd.

Een familieovereenkomst¹⁶ is in mijn visie een overeenkomst waarbij één of beide ouders met hun kinderen, stiefkinderen en kleinkinderen (hierna: kinderen) en eventueel met andere betrokken familieleden afspraken vastleggen over nalaten, erven en schenken, in de brede context van hun specifieke en unieke familiesysteem.

Centraal hierbij staat dat ouders samen met hun toekomstige erfgenamen op zoek gaan naar een fair evenwicht tussen de langstlevende en de kinderen – of tussen de kinderen indien er geen langstlevende ouder zal zijn – en naar een door alle betrokkenen gedragen akkoord, waarbij ook schenkingen en voordelen die hun kinderen hebben ontvangen worden betrokken.

Essentieel is hier dat het erfrecht een familie bij het sluiten van een familieovereenkomst ter vrije beschikking staat en men dus af kan wijken van alle bestaande erfrechtelijke regels door deze op maat te snijden van de eigen specifieke situatie dan wel door deze buiten werking te verklaren. Door op voorhand te anticiperen op bepaalde problemen en spanningen die zich zouden kunnen manifesteren bij de afwikkeling van de toekomstige nalatenschap worden latere conflicten en discussies tussen de kinderen vermeden. Bij het zoeken naar het bedoelde faire evenwicht wordt de situatie van de kinderen met elkaar vergeleken en kan men rekening houden met eerder gedane schenkingen, genoten voordelen en/of de persoonlijke situatie van de kinderen.

Met Maasland¹⁷ ben ik van mening dat een familieovereenkomst (hij gebruikt de term *erfovereenkomst*) in een notariële akte moet worden vastgelegd, doch anders dan hij ben ik niet van mening dat de notaris het beste zou zijn gepositioneerd om te waken voor een evenwichtige totstandkoming van de door de partijen bij een familieovereenkomst te maken afspraken: ik kom hierna op dit punt terug. Mijn keuze voor de notariële akte als de enige aan de totstandkoming van een familieovereenkomst te stellen voorwaarde is alleen ingegeven door de bewijskracht die de notariële akte biedt en het gegeven dat de notaris er zorg voor draagt dat de desbetreffende overeenkomst goed wordt bewaard.

Ik sluit deze paragraaf af met mijn tekstvoorstel voor het nieuwe art. 4 Boek 4 BW dat het huidige artikel vervangt.

14 De Belgische wetgever is ons hierin voorgegaan in 2018; ik volsta hier kortheidshalve met een verwijzing naar het artikel van B. Albrecht, S. Lust & J.L.D.J. Maasland, ‘De globale erfovereenkomst naar (nieuw) Belgisch recht’, *WPNR* 2019/7264.

15 F.W.J.M. Schols heeft wel bepleit dat de mogelijkheden om regelingen te treffen die erfrechtelijk bindend zijn worden vergroot. Zie in dit verband zijn dissertatie *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, Deventer: Wolters-Kluwer 2005 en zijn artikel ‘Erfrechtelijke ingrepen met het oog op het informele samenleven en het samengestelde gezin’, *WPNR* 2018/7220. J.H. Lieber doet, mede op basis van zijn ervaringen als rechter, in zijn artikel ‘De erfovereenkomst om ruzie te voorkomen’ *FJR* 2017/12, ook de oproep om te onderzoeken of erfovereenkomsten mogelijk gemaakt dienen te worden.

16 Ik prefereer deze term boven de meer gangbare term *erfovereenkomst* omdat een dergelijke overeenkomst meer betreft dan alleen het regelen van de erfenis zoals blijkt uit deze bijdrage.

17 J.L.D.J. Maasland, ‘Een pleidooi voor meer partijautonomie in het familievermogensrecht’, *KWEP* 2021/1, paragraaf 5.

Art. 4 Boek 4 BW luidt dan als volgt:

Een toekomstig erflater kan een overeenkomst sluiten met zijn echtgenoot of levenspartner, (klein)kinderen, stiefkinderen en andere familieleden, die betrekking heeft op zijn nalatenschap, bij de totstandkoming waarvan hij kan afwijken van de regels in dit Boek. Deze overeenkomst dient te worden vastgelegd in een authentieke akte.¹⁸

7. Mediation als methode

De definitie van (legal) mediation in zaken waarin een duidelijke juridische dimensie aan de orde is – hetgeen het geval is bij een mediation die betrekking heeft op de afwikkeling van een opgevallende nalatenschap – luidt in mijn visie als volgt:

Mediation is een gefaseerde, waardegedreven methode van bemiddeling waarbij de betrokken partijen zelf onder leiding/regie van een onafhankelijke, onpartijdige, neutrale, meerzijdig partijdige deskundige – de mediator – zich ervoor inspannen om in een gestructureerd, vertrouwelijk proces van *balancing interests* te trachten een tussen hen gerezen (eenzijdig) conflict of geschil op te lossen, of te voorkomen. Het bedoelde proces biedt een veilige context, onder meer omdat juridische vrijblijvendheid is gegarandeerd en (communicatie)spelregels worden gehandhaafd. De mediator diagnosticeert het conflict of geschil samen met partijen en begeleidt de onderhandelingen tussen betrokkenen met als doel vanuit hun werkelijke belangen – i.e. zorgen, wensen, behoeften, verlangens – en met behulp van door partijen gevonden normen tot gezamenlijk gedragen duurzame oplossingen te komen die – waar relevant – worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 900 e.v. Boek 7 BW die door partijen vrijwillig wordt aangegaan.

De mediationmethode houdt kortweg in dat in een mediation wordt gestart met de diagnose van het conflict (of geschil), waartoe in de meeste gevallen de relatie tussen partijen en hun onderlinge communicatie worden onderzocht. Deze zogenoemde ‘relationele fase’ betreft geen (relatie)therapie, omdat dit onderzoek uitsluitend plaatsvindt met het doel de achter de ingenomen standpunten schuilgaande (werkelijke) belangen (i.e. de behoeften, wensen en zorgen) van de betrokken partijen op te sporen en te inventariseren teneinde over te kunnen gaan tot de zakelijke fase waarin de mediator de integratieve onderhandelingen tussen de partijen begeleidt en daarbij meestal gebruikmaakt van de onderhandelingsregels die zijn ontwikkeld

door het *Harvard Program on Negotiation*.¹⁹ Tot slot worden in de afsluitende juridische fase de door partijen zelf gevonden oplossingen door de mediator juridisch vertaald en vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in de art. 7:900 e.v. BW. Voor de afwikkeling van een nalatenschap geldt dat de (legal) mediator in veruit de meeste gevallen evaluatief te werk zal gaan. Dit betekent dat de mediator de relevante wettelijke normen, alsmede de normen die kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie, aanreikt en bespreekt gedurende het proces, doch deze niet positioneert als de door partijen over te nemen normen en regels (met uitzondering uiteraard van dwingendrechtelijke normen en regels), noch daarin adviseert.

Mediation levert derhalve een unieke context om daarbinnen te komen tot een overeenkomst: er is geen andere setting waarbinnen mensen écht goede gesprekken in dialoogvorm met elkaar kunnen voeren en vertrouwelijkheid en juridische vrijblijvendheid bescherming bieden. Dit maakt dat alle relevante thema’s in zowel de *onderstroom* als de *bovenstroom* besproken kunnen worden en op beide niveaus voortgang kan worden geboekt.

Elke partij kan inbrengen wat hij belangrijk vindt en de andere partijen moeten luisteren. Vervolgens hebben partijen de volledige vrijheid om in alle autonomie en op grond van normen die zij zelf vinden of formuleren tot oplossingen te komen die zo goed mogelijk recht doen aan de belangen – de *needs and concerns* – van ieder van hen. Een andere belangrijke regel in mediation is dat in beginsel net zolang wordt gesproken totdat zo goed mogelijk echt alle wensen, behoeften en verlangens van de partijen in het voor hen juiste evenwicht zijn gebracht en aan al hun zorgen tegemoet is gekomen. Belangrijk om te noemen, is voorts dat de kernwaarden van mediation vanzelfsprekend worden bewaakt door de mediator. Deze kernwaarden betreffen onder meer de onafhankelijkheid, meerzijdige onpartijdigheid en neutraliteit van de mediator, het zorgdragen door de mediator van een evenwichtige machtsbalans, het bewaken van het uitgangspunt van *informed consent* ter zake van de te sluiten overeenkomst²⁰ en van de vertrouwelijkheid van het proces, alsmede het aandringen op het inwinnen van een *second opinion* alvorens tot ondertekening van de tot stand gekomen overeenkomst over te gaan.

Mediation kan in mijn ogen ook worden gezien als een met waarborgen omklede verschijningsvorm van het zogenoemde *conscious contracting*.²¹ De wijze van de totstandkoming van en de manier waarop de overeenkomst is geformuleerd, wijken ingeval van *conscious contracting* sterk af van de klassieke overeenkomst. Het proces start met een gesprek tussen de betrokken partijen over hun dromen

18 Art. 1 lid 2 Boek 4 BW dient – aansluitend bij het door mij voorgestelde nieuwe art. 4 Boek 4 BW – als volgt te worden verwoord: ‘Van de erfopvolging bij versterf kan worden afgeweken bij de in art. 4 van dit Boek bedoelde overeenkomst of bij een uiterste wilsbeschikking die een erfstelling of een onterving inhoudt.’

19 Zie hiervoor onder meer de publicaties *Getting To Yes* (Fisher/Ury, 1981), *Beyond Reason* (Fisher/Shapiro 2005), *Getting to Yes with Yourself* (Ury, 2015) en *Negotiating the Nonnegotiable* (Shapiro, 2016).

20 In dit verband zal het in meer complexe situaties vaak gewenst zijn dat partijen in een mediation een eigen adviseur – i.e. een *mediation advocate* – betrekken bij het proces.

21 Zie bijvoorbeeld: *Conscious Contracts*® – Contracts that turn conflict into creativity, consciouscontracts.com.

en hun hoop, hun waarden en uitgangspunten, over hun verwachtingen, behoeften en zorgen en over wat hen voor ogen staat met de overeenkomst. Hiervan wordt in de overeenkomst ook verslag gedaan (te weten, in de considerans). Een *conscious contract* wordt grotendeels door de partijen zelf opgesteld en is ook bedoeld om te worden uitgelegd door de partijen zelf en niet door juristen en rechters. Het gaat om levende documenten die niet zijn gemaakt om in een lade te leggen. Het doel van de overeenkomst is immer om een duurzame relatie te ondersteunen.

De mediationmethode maakt dat ik meen dat de legal mediator bij uitstek de professional is die geschikt is om het proces van totstandkoming van een familieovereenkomst te begeleiden op grond van het feit dat het grootste deel van dit proces geen betrekking heeft op het recht. Een mediator praat weinig, stelt vragen en luistert vooral. Een notaris daarentegen praat gewoonlijk veel – zendt – en adviseert op juridisch terrein, niet ten onrechte in de veronderstelling verkerende dat mensen voor kennis en advies bij hem of haar hebben aangeklopt. Dit neemt niet weg dat het recht voortdurend een rol speelt in het proces en de mediator over de daarvoor noodzakelijke juridische kennis en kunde zal moeten beschikken en in dezen in mijn visie ook een juridische zorgplicht heeft.

Dit gezegd hebbend, zou ik het aan de toekomstige erflater en zijn familie willen overlaten zelf te kiezen voor de inschakeling van de juiste professional(s) voor begeleiding bij het aangaan van hun familieovereenkomst.²² Voor de goede orde merk ik in dit verband op dat een notaris uiteraard tevens ook een legal mediator kan zijn maar deze in dat geval wel een scherp onderscheid dient te maken tussen beide hoedanigheden.²³

8. Slot

In deze enigszins caleidoscopische bijdrage heb ik betoogd dat het de hoogste tijd wordt om het huidige art. 4:4 BW te schrappen en daarvoor in de plaats een eigentijds artikel terug te laten komen. Het bieden van de mogelijkheid aan families om in een familieovereenkomst een eigen statuut, te weten een samenhangende regeling, te treffen ter zake van het nalaten door de toekomstige erflater, voorziet in een grote behoefte en voorkomt veel conflicten en slepende gerechtelijke procedures na het overlijden van de erflater.

De ontwikkeling die zichtbaar is in onze samenleving van het centraal stellen van het juridisch-fiscale kader naar het denken vanuit de familiecontext – mijn eerste observatie in de inleiding – vergt ook dat een nieuw paradigma wordt geïntroduceerd waarin het contracteren door families

voorop wordt gesteld. Niet meer mag vooropstaan ‘hoe het zit’, hoe het juridisch-fiscale kader in elkaar steekt en op welke wijze de casus van de cliënt daarin dient te worden geschoven door de juridisch/fiscaal adviseur, doch het bewaren en versterken van de vrede in de familie moet steeds het uitgangspunt zijn. Het erfrechtelijk systeem staat ten dienste van de burgers en zij moeten het systeem daarom desgewenst geheel naar hun eigen hand kunnen zetten.

Het systeem dient mensen in dit opzicht te prikkelen – en dus aan te zetten tot contracteren – en hen niet in de waan te laten dat ze er eigenlijk niets over te zeggen hebben, ze er niets van weten en dat het allemaal goedkomt als men het maar aan het systeem, de adviseurs en – indien nodig – de rechter overlaat.

De mediationmethode biedt een uitstekende, veilige bedding voor het totstandkomingsproces van een familieovereenkomst omdat deze primair is gericht op het analyseren en structureren van communicatie en het in kaart brengen van de wensen, behoeften en zorgen van de participerende partijen, alvorens naar het zakelijke en het juridische te bewegen. Daarnaast wordt mediation op alle punten gekarakteriseerd door zorgvuldigheid.

Nu mediation in de afgelopen dertig jaar haar sporen ruimschoots heeft verdiend, óók op het terrein van de afwikkeling van nalatenschappen, verzet zich er niets tegen dat deze methode tevens wordt ingezet voor de totstandkoming van overeenkomsten die zien op nog niet opengevallen nalatenschappen.

De mediationpraktijk is gefundeerd op de wetenschap dat mensen en families het zelf beter weten en de methode is er dan ook op gericht om mensen te laten reflecteren op de eigen positie en de wensen, behoeften en zorgen die daarachter schuilgaan, soms (gedeeltelijk) onbewust. De les uit mediation is dat het misschien voor tien procent van de tijd, die aan het proces wordt besteed, gaat over de wet en juridische regels; de rest van de tijd is gewijd aan veel wezenlijker zaken.

Ik realiseer mij uiteraard dat degenen die ervaring hebben met het contracteren in de context van mediation weten dat dit uiterst zorgvuldig gebeurt – zoals ik hiervoor ook uiteen heb gezet – maar ik ben me er tevens van bewust dat zij die deze ervaring ontberen daardoor wellicht moeilijk te overtuigen zullen zijn en de opvatting blijven toegedaan dat erfeniszaken primair om juridische thema's draaien.

Over de auteur

Dr. mr. F. (Fred) Schonewille
Schonewille legal mediation.

²² Ik verwijs korthedshalve naar mijn bijdrage ‘Wie begeleidt de verdeling? C’est la méthode qui fait la musique’, in: *Verdeling in de notariële praktijk*, Preadvies KNB 2012, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, waarin ik de wijzen waarop de verschillende professies – notariaat, advocatuur, rechterlijke macht en mediators – een verdeling begeleiden tegen het licht houd.

²³ Zie hiervoor ook mijn bijdrage ‘Wie begeleidt de verdeling? C’est la méthode qui fait la musique’, in: *Verdeling in de notariële praktijk*, Preadvies KNB 2012, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 337 e.v.