

# Artikel

## Is artikel 4:4 BW nog bij de tijd?

Mr. R.E. Brinkman\*

### 1 Inleiding

In dit artikel neem ik artikel 4:4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) nog eens onder de loep. Artikel 4:4 lid 1 BW bepaalt dat een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling nietig is, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen die hem krachtens Boek 4 BW met betrekking tot die nalatenschap toekomen. Ik vraag mij af of het een gelukkige keuze is (geweest) dat de wetgever in 2003 deze regel, afkomstig uit artikel 4:921 lid 2 (oud) BW, waarvan de inhoud overeenkwam met het tot 1 januari 1992 geldende artikel 1370 lid 2 (oud) BW, handhaafde. Ik kom tot de conclusie dat, mede gelet op de ontwikkelingen van de afgelopen twintig jaar, artikel 4:4 lid 1 BW enerzijds zijn waarde nog heeft, maar anderzijds ook aan vernieuwing toe is. In paragraaf 2 maak ik een onderscheid tussen het (al dan niet) *maken* van de uiterste wil en de *gemaakte* uiterste wilsbeschikkingen en ga daar ook in op de thans verboden erfovereenkomst over de hele nalatenschap of een evenredig deel daarvan (art. 4:4 lid 2 BW). In paragraaf 3 wordt nader gekeken naar de toepassing van artikel 4:4 lid 1 BW bij uiterste wilsbeschikkingen. Paragraaf 4 zoomt in op concrete cautio's, zoals de door de Hoge Raad in 2015 gesanctioneerde cautio Socini (par. 4.1) en de cautio met het oog op de andere wettelijke rechten (par. 4.2). In paragraaf 5 wordt een alternatief geschetst, waarmee artikel 4:4 lid 1 BW soms omzeild kan worden. In paragraaf 6 volgt een conclusie, waarin

ik mij afvraag of artikel 4:4 BW over twintig jaar nog (in dezelfde vorm) bestaat.

### 2 Uiterste wil en uiterste wilsbeschikkingen

De vraag rijst of het *maken* van een testament met uiterste wilsbeschikkingen, in welke vorm dan ook (afdeling 4.4.4 BW), onderhevig is aan artikel 4:4 lid 1 BW. Het antwoord luidt bevestigend: een rechtshandeling die gericht is op het belemmeren van een persoon in zijn vrijheid tot het (wel of niet) *maken* van een uiterste wil is nietig.<sup>1</sup> Deze ordeningsmaatregel lijkt mij nog steeds doeltreffend. Althans, zolang er geen mogelijkheid bestaat tot het maken van erfovereenkomsten (art. 4:4 lid 2 en 4:93 BW). Ik ben een voorstander van het mogelijk maken van de erfovereenkomst.<sup>2</sup> Ik geef daarvoor twee argumenten:

1. Bij de invoering van het huidige erfrecht (in 2003) was het nog niet gebruikelijk, zelfs uitzonderlijk, dat er levenstestamenten met een algemene volmacht (art. 3:62 BW) werden gemaakt. Nu is dat schering en inslag. De volmachtgever kan de gevolmachtigde volmacht geven tot het doen van giften (door onze oosterburen in dit kader ook wel treffend genoemd: 'vorweggenommene Erfvolg'), zelfs aan de gevolmachtigde zelf (art. 3:68 BW). De volmacht werkt door bij wilsonbekwaamheid; er kan dan van wilsdelegatie worden gesproken omdat de levenstestateur zelf niet meer *kan* handelen en de gevolmachtigde

1 Zie ook Asser/Perrick 4 2021/144.

2 Zie bijvoorbeeld recent ook nog F. Schonewille, 'The times they are a changin'', in: P.C. van Es e.a., *Hulde aan Huijgen*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 229 e.v., die mijns inziens onbedoeld ook andere aspecten (dan het verbod op de erfovereenkomst) overboord wil gooien door art. 4:4 BW te schrappen.

\* Mr. R.E. Brinkman is notaris te Hardenberg, als docent verbonden aan het Notarieel Instituut van de Rijksuniversiteit Groningen en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

over het algemeen geen (of niet veel) concrete instructies meekrijgt hoe te handelen. De volmacht werkt soms zelfs *na* de dood.<sup>3</sup> Met die bevoegdheden kan een ander dan de levenstestateur over zijn vermogen beschikken. De vraag doemt op waarom A aan B wel een uitgebreide volmacht mag geven, maar geen *overeenkomst* met B zou mogen sluiten over de nalatenschap van A.<sup>4</sup>

2. En woont men net buiten Nederland, namelijk in Duitsland of België, dan kan men wel een erfovereenkomst maken,<sup>5</sup> die in Nederland erkend wordt.<sup>6</sup>

De ontwikkeling van het levenstestament, die in Nederland vooralsnog geen strobreed in de weg gelegd wordt,<sup>7</sup> en waarbij de autonomie van het rechtssubject hoogtij viert,<sup>8</sup> alsmede de verdergaande internationalisering van onze maatschappij<sup>9</sup> mogen wat mij betreft tot gewijzigde inzichten leiden over de vrijheid om erfovereenkomsten te maken. Hoe dat alles ook zij, zo ver zijn we nog niet. Toch bepaalt het bovenstaande deels ook mijn gedachten over de toepassing van artikel 4:4 lid 1 BW bij uiterste wilsbeschikkingen, waarover thans meer.

### 3 Artikel 4:4 lid 1 BW bij uiterste wilsbeschikkingen

Duidelijk is dat artikel 4:4 lid 1 BW ook ziet op de uiterste wilsbeschikkingen zelf.<sup>10</sup> In de praktijk komt het regelmatig voor dat een testateur aan een making een voorwaarde (*cautio*<sup>11</sup>) wil koppelen om te bereiken dat

de erfgenaam of legataris iets doet of nalaat. Ik geef twee voorbeelden:

1. De testateur wil niet dat erfgenaam X de door de testateur gesloten overeenkomst met Y vernietigt – hij benoemt X dan bijvoorbeeld onder de ontbindende voorwaarde dat X dat wel doet.
2. De testateur wil niet dat legataris Z een beroep op een ‘ander wettelijk recht’ (bijvoorbeeld dat van art. 4:38 BW) doet – hij legateert dan bijvoorbeeld iets aan Z onder de ontbindende voorwaarde dat Z dat wel doet.

Voor artikel 4:4 lid 1 BW moet onderscheid gemaakt worden tussen belemmeringen die niet (zie voorbeeld 1) of wel (zie voorbeeld 2) zien op Boek 4-vrijheden.<sup>12</sup>

In paragraaf 4 ga ik nader in op concrete *cautio*'s die zien op belemmeringen van Boek 4-vrijheden. Gaat het om andere belemmeringen, dan zal de grens daarvan door artikel 3:40 BW bewaakt en door artikel 4:45 BW gesanctioneerd worden.

De regeling van artikel 4:4 lid 1 BW betreft een orderingsmaatregel, waar best iets voor te zeggen is (het levert met name rechtszekerheid op), maar waar ook kritiek op te leveren valt, omdat er wel argumenten zijn om de erflater meer vrijheden toe te staan in het beperken van de rechten die de verkrijgers in zijn nalatenschap hebben. Ik noem de volgende:

1. De positie van een verkrijger kan soms ook door andere middelen ‘belemmerd’ worden die wel binnen de grenzen van Boek 4 BW blijven, maar waarmee nagenoeg hetzelfde bereikt kan worden. Deze zijn alleen een stuk ingewikkelder (zie par. 5).
2. De huidige regeling lijkt de erflater tot een alles-of-nietsbeslissing te dwingen (zie art. 4:4 versus art. 4:45 lid 1 eerste én tweede zin BW<sup>13</sup>), wat soms ongelukkig uitpakt.
3. Het genuanceerd regelen van posities van verkrijgers kan, net als de wens om via erfovereenkomsten ruzies te voorkomen,<sup>14</sup> als een gerechtvaardigd belang worden beschouwd, vooral als de notariële tussenkomst er hoogstwaarschijnlijk voor zorgt dat het geen rommeltje wordt.
4. De goede zeden en de openbare orde van artikel 3:40 BW bewaken de grenzen van het betamelijke.

3 Zie art. 3:74 BW.

4 Dit argument dient ook als argument tegen het verbod op wilsdelegatie en testieren door een vertegenwoordiger. Art. 4:42 lid 2 BW, waarin staat dat een erflater een uiterste wilsbeschikking *steeds* eenzijdig kan herroepen, is in geval van wilsontbrekzaamheid nogal wrang (de erflater kan dan niet meer herroepen).

5 Vgl. § 1941 en 2274 e.v. van het Duitse Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) en ondertitel 10 van boek 4 van het Belgische BW.

6 Zie art. 25 en 27 van de Europese Erfrechtverordening (EuErfVo). Dat geeft de vele Nederduitsers (rond de 150.000 op 31 december 2020, zie [https://nl.wikipedia.org/wiki/Nederlanders\\_in\\_Duitsland](https://nl.wikipedia.org/wiki/Nederlanders_in_Duitsland), geraadpleegd op 21 januari 2023) en Nederlanders (ook rond de 150.000, aldus [https://nl.wikipedia.org/wiki/Nederlandse\\_gemeenschap\\_in\\_Belgi%C3%AB](https://nl.wikipedia.org/wiki/Nederlandse_gemeenschap_in_Belgi%C3%AB), eveneens geraadpleegd op 21 januari 2023) al de mogelijkheid bij erfovereenkomst te testieren.

7 Dat kan ook anders: in Frankrijk wordt het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid niet geheel aan de autonomie van de persoon overgelaten, maar onderworpen aan rechterlijk toezicht (zie art. 477-494 van de Code civil; CC).

8 Het rechtssubject mag autonoom voor het schemergebied tussen helder leven en dood, namelijk de periode van wilsontbrekzaamheid, bevoegdheden verlenen zoals hij wenst (in zijn eigen belang en in het belang van hen die hij, net als in een testament, zou willen bevoordelen).

9 Die bijvoorbeeld mede aanleiding (hoewel niet het enige of het belangrijkste argument) was voor een aanpassing van het relatievermogensrecht in 2018; zie W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Parlementaire geschiedenis moderniseringswetgeving huwelijksvermogensrecht*. Vierde tranche, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 11, 68, 110 en 186.

10 Zie uitgebreid hierover ook F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk III, met name par. 2.

11 Ook wel genoemd: *privatieve clausule*.

12 Zie ook F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht*, p. 42-43 met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, over de logische uitzondering van art. 4:1 lid 2 BW. Ook de *erflater* zelf wordt belemmerd in zijn erfrechtelijke vrijheid om zijn nalatenschap geheel aan derden te geven: de legitimaris en andere wettelijk gerechtigden kunnen zijn plannen dwarsbomen (afd. 4.4.3 en 4.3.2 BW).

13 Immers: of de voorwaarde is nietig op grond van art. 4:4 BW (dan gebeurt *niet* wat de erflater belangrijk vindt, namelijk dat de verkrijger iets doet of nalaat), of de beschikking vervalt als de voorwaarde of de last die aan de beschikking is toegevoegd de beslissende beweegreden tot die beschikking is geweest op grond van art. 4:45 lid 1 tweede zin BW (ook dan gebeurt *niet* wat de erflater belangrijk vindt, namelijk dat de verkrijger wel iets krijgt).

14 Zie bijvoorbeeld J.H. Lieber, *De erfovereenkomst om ruzie te voorkomen*, FJR 2017/12.

Ik geef daarnaast vier voorbeelden, waarbij hopelijk invoelbaar is dat (toepassing van) artikel 4:4 lid 1 BW wel eens te stringent zou kunnen zijn:

1. In een recent artikel gaan Van Anken en auteur dezes<sup>15</sup> in op het niet-opeisbare en voorwaardelijke legaat in de vereffening en stellen dat het mogelijk zou moeten zijn om te bepalen dat als de legataris gedurende de vereffening gebruik maakt van zijn bevoegdheid om de contant gemaakte waarde van zijn legaat als vordering in te dienen (art. 4:218 lid 4 of 5 BW), het legaat vervalt.
2. De testateur kan goede redenen hebben om de gedwongen schuldtoerekening (art. 3:184 in verbinding met art. 4:228 BW) uit te sluiten, waarmee een solvante erfgenaam die een lening met een bepaalde looptijd bij de erflater heeft, kan rekenen op het aanhouden van de lening.<sup>16</sup>
3. Een door erflater X gemaakte making geldt alleen als Y in zijn – te zijner tijd effect sorterende – testament een bepaalde making heeft opgenomen (bijvoorbeeld ter gelijkstelling van kinderen en stiefkinderen).<sup>17</sup>
4. De erflater sluit een overeenkomst met X en wil zijn erfgenamen op straffe van verval van hun verkrijging verbieden om die overeenkomst aan te tasten.<sup>18</sup>

Ik denk dat het voldoende zou zijn als artikel 3:40 BW en wellicht enkele dwingendrechtelijke concrete regels de grenzen van de belemmeringen zouden afbakenen.

## 4 Concrete cautio's

### 4.1 De cautio Socini

In HR 20 november 2015<sup>19</sup> zondert de Hoge Raad de cautio Socini uit van de toepassing van artikel 4:4 lid 1 BW, met een beroep op (het later als overbodig geoordeelde) artikel 4.3.3.14b lid 1 van het Gewijzigd Ontwerp voor Boek 4 BW, waarin stond: 'Een erflater kan een uiterste wilsbeschikking ervan afhankelijk stellen, dat een legitimaris van een hem als zodanig toekomstige bevoegdheid afstand doet.' Bij de verwerpingslegitieme is de cautio niet nodig, want die is inderdaad ingebakken in het systeem (art. 4:72 en 4:73 BW). De cautio Socini kan wel spelen als geen sprake is van een verwerpingslegitieme. Ik geef twee voorbeelden:

1. De testateur benoemt de legitimaris tot erfgenaam onder de ontbindende voorwaarde dat hij een beroep op zijn legitieme portie doet. In dat geval doet

de legitimaris er overigens niet verstandig aan te aanvaarden als hij zich op zijn legitieme wil beroepen. Hij kan de nalatenschap dan beter verwerpen, omdat hij anders geconfronteerd kan worden met toepassing van artikel 4:71 BW. Vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft immers geen terugwerkende kracht (art. 3:38 BW); de waarde van de erfrechtelijke verkrijging die hem eerst toekwam en hem dan bij de vervulling van de voorwaarde ontvalt, komt mijns inziens namelijk in mindering van zijn legitieme portie.

2. De testateur wil regelen dat legitimaris X meer krijgt dan zijn legitimaire erfdeel, maar wel bezwaard (met bijvoorbeeld een bewind, fideicommiss of vruchtgebruik). Doet X echter een beroep op zijn legitieme portie, dan wil de erflater het aandeel van X beperken tot zijn vrij en onbezwaard legitimair erfdeel.<sup>20</sup> In dat geval is mijns inziens<sup>21</sup> sprake van (a) een onvoorwaardelijke verkrijging van een legitimair erfdeel, waarbij *niet het erfdeel* maar *de bezwaring* geschiedt onder ontbindende voorwaarde van het beroep door X op de legitieme, en (b) een verkrijging van het meerdere boven het legitimair erfdeel (met bezwaring) onder de ontbindende voorwaarde van het beroep op de legitieme.

De uitzondering van artikel 4.3.3.14b lid 1 van het Gewijzigd Ontwerp voor Boek 4 BW, dat een erflater een uiterste wilsbeschikking ervan afhankelijk kon stellen dat een legitimaris van een hem als zodanig toekomstige bevoegdheid afstand doet, is niet meer nodig, omdat een beroep op de legitieme portie niet meer betekent dat hij *afstand* doet van een bevoegdheid (bijvoorbeeld om zijn erfdeel te ontdoen van een bezwaring<sup>22</sup>), maar dat hij hooguit een (onbezwaarde) *gelddanspraak* krijgt.

### 4.2 De 'cautio Socini' ook voor andere wettelijk gerechtigden?

In Boek 4 BW is, naast de legitieme portie, ook plaats gemaakt voor 'andere wettelijke rechten' (zie afdeling 4.3.2 BW), waaronder bijvoorbeeld het verzorgingsvruchtgebruik. Zou daarvoor hetzelfde gelden als voor de legitimaris, namelijk dat de testateur zou kunnen bepalen dat de verkrijging van een andere wettelijk gerechtigde vervalt als hij een beroep doet op het 'andere wettelijke recht'? Ik acht dat wel aannemelijk, met dezelfde argumentatie die voor de legitimaris geldt:

'De legitimaris kan immers geen recht doen gelden op meer dan zijn onbezwaarde legitieme portie, zodat in zoverre geen sprake is van een belemmering

15 J.M. van Anken & R.E. Brinkman, Het legaat onder voorwaarde of tijdsbepaling in de vereffening: lang leve het legaat?, WPNR 2023/7413.

16 Als die erfgenaam insolvent is, moet de gedwongen schuldtoerekening wel gelden; de wet maakt dit onderscheid echter niet.

17 Ontleend aan F.W.J.M. Schols, Quasi-erfrecht, par. 3.2.3.

18 Zie bijvoorbeeld W.G. Huijgen, Over de cautio socini en de beperkte werking van een vaststellingsovereenkomst, JBN 2020/9 inzake Rb. Amsterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7493 en Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3358, met verschillende uitkomsten.

19 HR 20 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3329, NJ 2016/169.

20 Zeg maar: de helft van zijn erfdeel bij versterf, geabstraheerd van giften en andere nalatenschapsschulden dan bedoeld in art. 4:65 BW.

21 Anders dan A.J.H. Pleysier, Cautio Socini te ruim geformuleerd, JBN 2016/24 in nr. 14 bepleit.

22 Onder het oude recht had het beroep op de legitieme portie veelal tot gevolg dat de bezwaring van de legitieme vernietigd werd (zie bij een vruchtgebruik echter ook art. 4:965 (oud) BW).

van de legitimaris in het uitoefenen van een erfrechtelijke bevoegdheid.<sup>23</sup>

Tot dusver ben ik een standpunt hierover nog niet tegengekomen in de literatuur of jurisprudentie.

#### 4.3 Andere cautio's

Andere cautio's dan die in paragraaf 4.1 en 4.2 genoemd, zijn niet toegestaan voor zover zij zien op bevoegdheden die een persoon belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen die hem krachtens Boek 4 BW met betrekking tot die nalatenschap toekomen. Dat betekent dat de testateur de verkrijger niet mag belemmeren in onder meer de volgende vrijheden:<sup>24</sup>

1. de dwingendrechtelijke bevoegdheden gekoppeld aan de wettelijke verdeling, waarbij gedacht kan worden aan het nader overeenkomen van een rente, het verlangen van een boedelbeschrijving en het ongedaan maken (art. 4:13 e.v. BW);
2. de bevoegdheid om uiterste wilsbeschikkingen te vernietigen op grond van (erfrechtelijke) vernietigingsgronden, alsmede het inroepen van de nietigheid van uiterste wilsbeschikkingen;
3. de bevoegdheid om vervallenverklaring te vorderen (art. 4:131 lid 2 BW);
4. de bevoegdheid van de lastplichtige te verzoeken de last te wijzigen of op te heffen (art. 4:134 BW);
5. de meeste bevoegdheden in het kader van bewind en executele, zoals het vrijelijk kunnen verzoeken tot ontslag van de executeur (art. 4:149 lid 2 BW);<sup>25</sup>
6. de bevoegdheid van de erfgenaam de nalatenschap (beneficiair) te aanvaarden of te verwerpen (art. 4:190 BW);
7. de bevoegdheid van de legataris om een legaat te verwerpen (art. 4:201 BW);
8. de meeste bevoegdheden in het kader van de vereffening en verdeling, zoals de bevoegdheid om ontslag van de vereffenaar te vorderen (art. 4:206 lid 5 BW).

Als men de in paragraaf 4.2 genoemde argumentatie zou doortrekken naar ieder ander die geen dwingendrechtelijke aanspraken heeft (en die dus in beginsel *nergens* op mag rekenen), zou men echter ook kunnen zeggen dat alle belemmeringen in Boek 4-vrijheden, bij overtreding waarvan de verkrijging vervalt, moeten zijn toegestaan, omdat die ander 'immers geen recht kan doen gelden op meer dan niets, zodat in zoverre geen sprake is van een belemmering van die ander in het uitoefenen van een erfrechtelijke bevoegdheid'. Dat zou op dit gebied plei-

ten voor een algehele vrijheid of op z'n minst voor een relativering van de norm.<sup>26</sup>

## 5 Alternatief

Stel dat het hierboven (in par. 3) genoemde voorbeeld van de niet gewenste gedwongen schuldtoerekening in strijd komt met artikel 4:4 lid 1 BW en de testateur dus *niet* kan bepalen dat de erfgenaam-niet-schuldenaar moet afzien van gedwongen schuldtoerekening. Is er dan een alternatief? Ja, de testateur kan een (afwikkelings)bewind instellen en bepalen dat de bewindvoerder de nalatenschap (al dan niet onder bepaalde voorwaarden<sup>27</sup>) dient te verdelen zonder dat er een gedwongen schuldtoerekening mag plaatsvinden: de bewindvoerder kan de vordering op de erfgenaam bijvoorbeeld 'in stukken knippen' en toedelen en leveren aan alle erfgenamen. Dit is omslachtig als dit het belangrijkste doel van het afwikkelingsbewind is (in welk geval het bewind overigens zelf mogelijk ook in strijd met art. 4:4 lid 1 BW komt<sup>28</sup>). Een bewind 'als oplossing' is ook goed denkbaar bij de andere in paragraaf 3 genoemde voorbeelden.

## 6 Conclusie

Of artikel 4:4 BW bestaansrecht heeft, vraag ik mij af. Hoewel de rechtszekerheid gediend kan zijn met *hard and fast rules*, is de testeervrijheid ook een groot goed. Het vinden van een balans tussen die twee is een opgave. Ik zou willen pleiten voor meer vrijheid, niet alleen door de 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. Ik ben benieuwd of artikel 4:4 BW over twintig jaar nog (in dezelfde vorm) bestaat.

23 Nota II, Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4, p. 1180, zoals door de procureur-generaal aangehaald in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:1922) voorgegaan aan het arrest HR 20 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3329, NJ 2016/169.

24 Grotendeels ontleend aan F.W.J.M. Schols, Quasi-erfrecht, p. 56-57, maar hier en daar genuanceerd.

25 Anders over de aantasting van een bewind na de vijfjaarsperiode van art. 4:178 lid 2 BW: M.J.A. van Mourik, in: Handboek erfrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2020/II.5.3. F.W.M.J. Schols, Quasi-erfrecht, p. 39-40 en 56, acht dit echter, mijns inziens terecht, in strijd met art. 3:40 en/of 4:4 lid 1 BW.

26 Voor zover niet in strijd met de goede zeden of de openbare orde.

27 Zie noot 16.

28 Als dat zo is, is geen sprake van een alternatief, omdat het bewind dan ook wordt meegezogen in het verbod van art. 4:4 lid 1 BW.