

‘Schatje ik benoem jou tot enig erfgenaam’. ‘Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet...’

Auteur: Prof. mr. F.W.J.M. Schols, Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen, estate planner te Nijmegen, vaste medewerker van het WPNR. (freek@scholsburgerhartschols.nl)

Rubriek: Artikel
Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Editie: 2011, 6873
Publicatiedatum: 05-02-2011
Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Over het notariële gebruik om langstlevende-testamenten in het bijzijn van beide partners te passeren

1. De testamentaire passeerpraktijk

Sommige zaken gaan zoals ze gaan, zo is dat ook in de erfrechtelijke praktijk van het notariaat. Praktijkervaring, maar ook onderzoek,¹ bevestigt dat een langstlevende-testament door de notaris gepasseerd wordt in het bijzijn van beide echtgenoten of partners. De vraag is of dit zo vanzelfsprekend is. Het betreft immers enerzijds een eenzijdige rechtshandeling, zelfs een ongerichte, waarbij anderen geen functie hebben. Bovendien draagt deze rechtshandeling nog het kenmerk ‘hoogstpersoonlijk’ (art. 4:42 BW), terwijl anderzijds de notaris voor de vrije en onafhankelijke wilsvorming staat.

2. Kamer van Toezicht Den Haag 5 augustus 2009

Op mijn bureau lag al een tijdje een beslissing van de notariële Kamer van Toezicht van Den Haag de dato 5 augustus 2009 (LJN YC0305). Ik dacht, gelet op de inhoud en opzet van de beslissing, dat er wel beroep zou worden ingesteld. Een reden waarom ik de zaak liet rusten. Ik wist bovendien niet goed of ik nu tevreden dan wel teleurgesteld zou moeten zijn met de beslissing van de Kamer. Het beroep bleef uit, hetgeen dan toch de aanleiding vormde alsnog aandacht te besteden aan deze zaak. Het betrof een geval waarin, ik schets het in vogelvlucht, een erflater zijn partner tot enig erfgenaam benoemde en bij zijn overlijden als langstlevende *haar* kinderen. *Zijn* (klein)kinderen werden daarmee uitgesloten als erfgenaam. Zoals ‘gebruikelijk’ werd ook dit testament besproken en gepasseerd in het bijzijn van beide partners:

“Op 20 september 2005 heeft de notaris op zijn kantoor een gesprek gehad met erflater en diens partner over de aanpassing van het testament van erflater en het opmaken van een notariële samenlevingsovereenkomst voor erflater en partner. Uit de verklaringen van de notaris in de schriftelijke fase van de klachtprocedure komt naar voren dat de notaris in dit gesprek met erflater op concrete punten aandacht heeft geschonken aan de redenen van erflater voor het wijzigen van zijn testament. Het gesprek ging over het belang en de duur van de relatie van erflater en partner (22 jaar), de relatie van erflater met zijn dochter (klaagster) en de relatie van erflater met de kinderen van zijn partner. Het gesprek heeft volgens de tijdschrijfadministratie van de notaris een uur geduurd. Vervolgens heeft de notaris op 1 november 2005 de betreffende akten verleden, waaronder ook het testament van de partner. Dit heeft volgens de tijdschrijfadministratie van de notaris ruim anderhalf uur in beslag genomen. De notaris stelt dat hij erflater (bijna tot vervelens toe) heeft gevraagd of inderdaad zijn dochter en kleinkinderen uitgesloten moesten worden. Erf-later persisteerde daarin duidelijk op niet mis te verstane wijze, aldus de notaris. Ter zitting heeft de notaris verklaard dat bij het verlijden van het testament van erflater ook diens partner aanwezig was. [...]”

3. Vrije en onafhankelijke wilsvorming?

Voor menig een zal het vanzelfsprekend zijn dat een langstlevende-testament in het bijzijn van de partners wordt besproken en verleden. Dit fenomeen wordt als een uitzondering aangemerkt op de in de praktijk geldende regel dat bij het passeren van een uiterste wilsbeschikking geen derden aanwezig zijn. Is deze uitzondering echter terecht? Is het niet goed nog eens gedegen na te denken over deze praktijk rondom de onderhavige eenzijdige, ongerichte en hoogstpersoonlijke rechtshandeling, zonder het af te doen met het gemak dat wordt gediend? Welk gemak? Het feit dat het gezamenlijk passeren kostenbesparend werkt voor cliënten en cliënten het niet bezwaarlijk - wellicht zelfs prettig - lijken te vinden. Ik lees het volgende bij de Kamer:

“De notaris had echter naar het oordeel van de Kamer bij het verlijden van het testament alles moeten doen om maar enigszins de mogelijkheid van beïnvloeding van erflater door aanwezigheid van een derde, in dit geval de partner van erflater, te voorkomen, temeer gelet op de hoge leeftijd van erflater op het moment van testeren (84 jaar) en op het feit dat erflater met dit testament zijn bloedverwanten van de nalatenschap uitsloot. Door het verlijden van het testament in aanwezigheid van de partner van erflater heeft de notaris gelet op voormelde omstandigheden onvoldoende zorgvuldigheid betracht en is hij niet voorzichtig genoeg geweest, in aanmerking genomen dat erflater met zijn testament de bloedlijn doorknipte. Gezien de verhoudingen die de testateur hier heeft willen regelen brengt een juiste notariële beroepsuitoefening mee dat het testament van de erflater verleden had moeten worden buiten tegenwoordigheid van zijn partner. De klacht is daarom in zover op dit onderdeel gegrond.”

Een notaris dient er alles aan te doen om maar enigszins de mogelijkheid van beïnvloeding te voorkomen, zo wordt terecht door de Kamer geoordeeld. Een notariële open deur. Bij een eenzijdige, ongerichte en hoogstpersoonlijke rechtshandeling zou dit op de keper beschouwd moeten betekenen dat een derde de gang op gaat, ook al is deze derde een partner. De Kamer lijkt deze denktrant ook te volgen, hoewel tegen deze conclusie ingebracht kan worden dat in casu bijzondere omstandigheden speelden, te weten de hoge leeftijd van de testateur en de inhoud van de uiterste wil (onterving kinderen). Gelet op het woordgebruik (“temeer”) lijkt de Kamer dit evenwel niet doorslaggevend te vinden.² De notaris werd door *klaagster* verweten dat hij zich niet voldoende van zijn taak had gekweten wat betreft de beoordeling van de wilsbekwaamheid, maar naar het oordeel van de Kamer heeft hij op dat punt voldoende zorgvuldig gehandeld:

“Beoordeeld dient te worden of en in hoever de notaris bij het vaststellen van de wilsbekwaamheid van erflater tijdens het opstellen en het verlijden van het testament voldoende zorgvuldigheid heeft betracht. De notaris dient daarbij met name vast te stellen of de erflater zelfstandig en bewust zijn wil verklaart, of hij begrijpt hetgeen hij in zijn testament wil laten vastleggen en of hij de reikwijdte daarvan kan overzien. De Kamer gaat dan af op de betreffende verklaring van de notaris als onvoldoende weersproken en in ieder geval als voldoende aannemelijk gemaakt. Uit deze verklaring leidt de Kamer af dat erflater zich zowel tijdens de voorbespreking op 20 september 2005 als tijdens het passeergesprek op 1 november 2005 op de gerichte vragen van de notaris uitdrukkelijk, gemotiveerd en consistent heeft uitgesproken over de door erflater gewenste en uiteindelijk gerealiseerde uiterste wilsbeschikking. De notaris heeft geen signalen van de ziekte van Alzheimer bij erflater geconstateerd. Er was daarom voor hem geen aanleiding voor een nader onderzoek. In zover heeft de notaris naar het oordeel van de Kamer voldoende zorgvuldigheid betracht.”

En wordt hiermee deze casus dan niet anders dan een geval er jonge mensen en ‘oudere-jongeren’ voor de notaris verschijnen? Het had mij niet verbaasd indien de Kamer een punt zou hebben gezet achter de zaak, nadat geconstateerd werd dat op het niveau van de controle van de wilsbekwaamheid de notaris naar behoren had gehandeld, omdat het thans zeker geen notarieel gebruik is om in dergelijke gevallen anders te opereren dan in casu gebeurde.

Hoe het ook zij, we mogen niet te veel uit deze beslissing afleiden, maar het zet de problematiek weer op de kaart. Is het niet opportunistisch om bij partners anders te handelen dan in het geval tante de erfrechtelijk te bedenken neef voor de gezelligheid meeneemt? De notaris dient toch geen concessies te doen aan de vrije wilsvorming en alle schijn van en kans op beïnvloeding te voorkomen? Voelt u ook de spanning die ontstaat aan de passeertafel indien de man zegt: “Schatje ik benoem jou tot enig erfgenaam” en de vrouw dit beantwoordt met: “Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet...” Zou mevrouw zich wel eens niet meer op haar gemak voelen en voor de lieve vrede zeggen: “Ik jou ook”, of toch een legaatje opnemen ten behoeve van de man? Het argument dat de huwelijksband met zich brengt

dat echtgenoten elkaar op de hoogte houden van hun erfrechtelijk gedrag³ snijdt juridisch geen hout. Dit past immers niet bij de eenzijdige, ongerichte, hoogstpersoonlijke en bovendien herroepelijke uiterste wilsbeschikking. Ons erfrecht kent voor gehuwden geen fenomeen als het Duitse 'Gemeinschaftliches Testament' of het 'Erbvertrag' waarmee erfrechtelijke openheid te waarborgen is.⁴ Dat de waarde van openheid met betrekking tot financiële (erfrechtelijke) kwesties als belangrijker moet worden aangemerkt dan de bescherming tegen in huwelijksverband uitzonderlijke gevallen van feitelijk overwicht,⁵ overtuigt niet. Het voelt als recht praten van wat in de praktijk, in ieder geval in theorie, enigszins krom is. En speelde het notariële Belehrungsarrest bij uitstek niet bij echtgenoten?⁶ Het is aan echtgenoten om te bepalen welke mate van openheid te betrachten, niet aan de notaris. Thuis op het bankstel kan het stel als liefdesverklaring, zogewenst, elkaar een inkijkje gunnen in het afschrift van het testament. Het is niet aan de notaris om deze openheid op te leggen. Ook als de notaris vooraf zou vragen of cliënten een behandeling 'tegelijkertijd' of 'afzonderlijk' zouden willen ondergaan, kan hij (één van de) cliënten in een lastig parket brengen.⁷ Het is tijd om de 'partner-uitzondering' op de regel te heroverwegen. Er moeten bijzondere omstandigheden spelen, wil het gerechtvaardigd zijn belanghebbenden bij het bespreken en passeren van het testament toe te laten.⁸ Vanzelfsprekend ben ik niet tegen erfrechtelijke openheid binnen een relatie. Het geeft rust. Maar dan is de route van de (eenzijdige en altijd (heimelijk) te herroepen) uiterste wilsbeschikking niet de geëigende weg. Wil men zich erfrechtelijk binden, dan dient men zich te bedienen van het contract terzake des doods, het quasi-erfrecht. Gezellig samen passeren ligt dan voor de hand. Alle cliëntvriendelijke economische beweegredenen en de nostalgie daargelaten, geldt voor de uiterste wilsbeschikking bij partners dat na het bespreken en passeren van de eventuele huwelijksvoorwaarden of het samenlevingscontract zij terug gaan naar de wachtkamer om vervolgens één voor één weer door de notaris binnengeroepen te worden.⁹ Overigens wordt dan ook de schijn van onherroepelijkheid, die ontstaat door het gezamenlijk testen, vermeden.

4. Heroverweging van het beleid

Ben ik nu tevreden dan wel teleurgesteld over de beslissing? Gelet op de aard van de uiterste wilsbeschikking zou deze gepasseerd moeten worden zonder het bijzijn van wie dan ook. In die zin spreken onderdelen van de beslissing mij wel aan. Maar dit is zeker geen praktijk.¹⁰ De notaris in kwestie is dan ook niet te benijden. Hij deed zijn werk goed, aldus de Kamer. 'bijna tot vervelens toe' beleerde hij, maar toch... De waarschuwing die aan de notaris werd opgelegd doet dan ook te zwaar aan, hetgeen teleurstelt.¹¹

Het gezamenlijk passeren bij partners is zo ingesleten dat niet verwacht kan en mag worden dat de individuele notaris dit gebruik gaat veranderen. Uit concurrentieoverwegingen is dit wellicht al niet haalbaar.¹² Het is de beroepsgroep als zodanig die het erfrechtelijke beleid zou moeten heroverwegen en vervolgens vaststellen. Men moet zich ook hier niet aan de tuchtrechter overleveren.

Voetnoten

1. F.W.J.M. Schols, 'Quasi-erfrecht met bindende elementen', Radboud Universiteit Nijmegen 2005, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Kluwer Deventer 2005, p. 24 e.v.
2. Vgl. Hof Amsterdam 24 augustus 1995, WPNR (1995) 6201 waar er gelet op de verzorgingsafhankelijke positie door het hof overwogen werd dat de notaris 'eens te meer' waarborgen moest scheppen dat de erflater zich, buiten tegenwoordigheid van de bij het testament belanghebbende, in volle vrijheid zelfstandig over de uiterste wil jegens de notaris zou uitlaten. Let wel hier werd de notaris door het hof verweten dat hij geen onderzoek had verricht naar de geestesvermogens van de testateur.
3. In deze zin Asser-Perrick 4*, Erfrecht 2009, nr. 314.
4. Een informatieplicht over het erfrechtelijke gedrag ontbreekt dan ook terecht. Anders is dat in het voorgestelde nieuwe huwelijksvermogensrecht. Art. 1:83 NBW: "Echtgenoten verschaffen elkaar desgevraagd inlichtingen over het door hen gevoerde bestuur alsmede over de stand van hun goederen en schulden." Kamerstukken I 2008/09, 28 867, A (gewijzigd voorstel van wet van 18 september 2008).
5. In deze zin B.C.M. Waaijer, Het passeren van een testament voor een mogelijk wilsonbekwame testateur; een proeve voor een protocol, WPNR (2005) 6630.
6. HR 20 januari 1989, NJ 1989/766 (Groningse huwelijksvoorwaarden). Denk ook aan Hoge Raad HR 9 september 2005, NJ 2006/99 (Zeeuwse huwelijksvoorwaarden).
7. Dit doet denken aan de onmogelijkheid om de notaris te ontslaan van zijn plicht om niet te spreken voor de rechter. Zie HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (Ogem/notaris Maas).
8. Vgl. Hof Amsterdam 28 januari 1999, WPNR (1999) 6380.
9. Vanzelfsprekend mag er ook iemand blijven zitten!
10. Ter voorkoming van misverstanden: ook de schrijver van deze bijdrage heeft gewerkt in de praktijk des levens waar langstlevende-testamenten gelijktijdig werden besproken en getekend.
11. Overigens verschenen inmiddels ook weer andere beslissingen van Kamers over gevallen waarbij 'derden' aanwezig waren bij het passeren. Hoewel het daarbij niet ging om partners of echtgenoten, blijkt de problematiek te leven. Onder meer Kamer

van Toezicht 's-Hertogenbosch, 17 juni 2010, LJN YC0484, Kamer van Toezicht 's-Gravenhage, 10 juli 2010, LJN YC0486 en Kamer van Toezicht 's-Gravenhage, 14 juli 2010, LJN YC0487.

12. De notariële spagaat zal onvermijdelijk hinderlijk kunnen werken op punten waar men de ambtsuitoefening zou willen verbeteren.