

Betere bescherming tegen afnemende wilsbekwaamheid

Willem van Tongeren¹

Uitgangspunt bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid is dat iedereen die wettelijk niet handelingsonbekwaam is wilsbekwaam is en dat de notaris desgevraagd in beginsel zijn ministerie moet verlenen en aan de wensen van een cliënt dient te voldoen. Daarom is het van belang dat de beoordeling van de wilsbekwaamheid van ouderen op het moment van het verrichten van rechtshandelingen met meer waarborgen wordt omgeven dan nu het geval is. Een wilsbeschikking niet meer ‘mogen’ maken, is erg. Maar op gevorderde leeftijd, oud en zwak, een wilsbeschikking maken die niet deugt en waarbij een eerdere wél weloverwogen uiterste wilsbeschikking wordt herroepen, is erger.

Ouderen vallen veelvuldig,² met grote gevolgen van dien. In deze bijdrage is de aandacht gericht op ‘valpartijen’ van ouderen als gevolg van afnemende wilsbekwaamheid. Het onderwerp is actueel. Het *WPNR* heeft er een Themanummer aan gewijd.³ Hieronder wordt een aantal recente uitspraken, met name in klachtzaken⁴ tegen notarissen, die een caleidoscopisch beeld geven van zaken waarbij telkens de wilsbekwaamheid van een oudere in het geding was, (heel) kort vermeld. Ik vrees dat wat in de uitspraken zichtbaar wordt een tipje van de ijsberg is. Wie kent niet in zijn omgeving verhalen over erflaters met testamenten met daarin op het eerste gezicht onbegrijpelijke erfgenamen dan wel wilsbeschikkingen die niet te verwachten waren? Tegen de achtergrond van de genoemde uitspraken zal ik het huidige beoordelingskader in theorie en praktijk bespreken. Tot slot bepleit ik dat vanaf een bepaalde leeftijd door een andere notaris dan de *eigen* notaris, telkens als diens betrokkenheid bij het verrichten van een rechtshandeling wordt gevraagd of wettelijk is vereist, standaard de wilsbekwaamheid van een cliënt volgens vaste regels en verifieerbaar, voor als er later problemen komen, wordt getoetst, dit om misbruik van wilsonbekwaamheid bij ouderen tegen te gaan.

Een aantal uitspraken

99 is vader, geplaagd door doof- en blindheid, als hij in 2010 twee van zijn vier kinderen onterft, omdat hij, zo vertelde hij de notaris, ‘geen pest meer met die andere twee te maken wilde hebben’, teleurgesteld als

hij was dat de zoon en dochter hem niet wilden helpen om, ondanks schenkingen aan hen, de fiscale, dat wil zeggen financiële gevolgen van het hebben van geld op een Zwitserse bankrekening op te lossen.⁵

84 is stiefmoeder als zij in 2009 haar testament herroept en haar stiefdochter, de dochter van haar overleden man, tot erfgenamen benoemt, in plaats van een oude vriend en boekhouder respectievelijk zijn kinderen, dit terwijl in 2010 volgens klagers bij de stiefmoeder een gevorderde dementie werd vastgesteld.⁶

91 was de man in 2007 toen hij een testament opmaakte met daarin prelegaten, waarover uitlegproblemen tussen broers en een zuster ontstonden.⁷

83 is stiefmoeder als zij in 2012 haar testament herroept en in plaats van de kinderen van haar man een nicht, een neef en de buurman, haar financieel adviseur, tot erfgenamen benoemt, terwijl zij leed (volgens klagers) aan de ziekte van Alzheimer.⁸

83 is moeder als zij in 2014 valt, dan eerst in het ziekenhuis en vervolgens in een gesloten psychogeriatrische afdeling terecht komt, en in maart 2014 een psycholoog rapporteert over een dementieel beeld met een gemengde etiologie (Alzheimer en vasculair). In juni 2014 verleende moeder een volmacht en in maart 2015 werd een levenstestament opgemaakt, bij twee verschillende notarissen, die het van elkaar niet wisten.⁹

81 is de man als hij in 2012 zijn testament herroept, zijn partner/echtgenote, met wie hij 55 jaar heeft samengeleefd, onterft en aan het Leger de Heils en de Zonnebloem 100% van zijn miljoenenvermogen

nalaat in plaats van 70%. De verraste echtgenote, die overigens door haar man niet helemaal onverzorgd werd achtergelaten, spande een zaak aan tegen de psychiater om te achterhalen hoe hij het onderzoek, op verzoek van de notaris, naar de wilsbekwaamheid van haar man, volgens haar o.a. lijdend aan de ziekte van Pick, had uitgevoerd. Het Hof verplichtte de psychiater, ondanks zijn beroep op zijn beroepsgeheim, de gevraagde informatie te verstrekken.¹⁰ Intussen heeft de rechtbank inzake de wilsbekwaamheid van de erflater het Leger de Heils en de Zonnebloem in het gelijk gesteld.¹¹ En heeft de psychiater een waarschuwing gekregen omdat hij geen onderzoek naar de wilsbekwaamheid heeft verricht zoals dat van een behoorlijk psychiater mag worden verwacht.¹²

80 is een man, lijdend aan de ziekte van Alzheimer en opgenomen in diverse zorginstellingen vanwege mentale problemen, als hij in 2012 een testament maakt waarin hij zijn dochter onterft. De notaris heeft weliswaar het Stappenplan gevolgd, maar het Hof is van oordeel dat er voor de notaris voldoende aanknopingspunten waren om te twifelen aan de wilsbekwaamheid van de man.¹³

77 is een dan in een zorgcentrum opgenomen vrouw als zij op 18 juli 2012 door haar aanstaande erfgenaam naar het notariškantoor wordt gereden voor het opmaken van een uiterste wilsbeschikking. Die aanstaande erfgenaam, dat is een pikant detail, heeft enkele jaren daarvoor in haar kruidentuin zijn

taakstraf uitgevoerd.¹⁴

77 is de man die volgens zijn broers en zusters als gevolg van een ongeval dat hij als kleuter had meegeemaakt blijvend verstandelijk beperkt zou zijn op 20 mei 1999 een laatste wilsbeschikking opmaakt, waarin zijn wettelijke erfgenamen werden onterfd ten gunste van degene die huishoudelijke werkzaamheden deed en haar man die de boekhouding deed. Pikant detail was dat in 2009 de erflater zijn woning voor minder dan de helft van de WOZ-waarde had verkocht aan een dorpsgenoot, welke verkoop door de wettelijke erfgenaam op verzoek van de 'boekhouder' ongedaan werd gemaakt.¹⁵

77 is de man, verblijvend in een verpleeghuis, die op 24 juli 2009 zijn eerdere uiterste wilsbeschikking waarin hij een vrouw 'die hem dagelijks bezocht' tot enig erfgenaam benoemde, herriep en in plaats daarvan zijn broer en zuster tot erfgenaam benoemde.¹⁶

89 is de moeder die op 29 juni 2011 een eerdere uiterste wilsbeschikking wijzigde en een dochter die tevens mantelzorger is tot executeur benoemde. In de eerdere uiterste wilsbeschikking had de moeder haar andere kinderen al onterfd.¹⁷

82 is moeder als zij in januari 2009 op initiatief van een zoon, precies in de periode dat de dochters die eerder hun moeder, intussen opgenomen in een psychogeriatrisch verpleeghuis, verzorgden met vakantie zijn, haar testament wijzigt en hem benoemde tot executeur, zulks tot groot ongenoegen van de dochters, waarschijnlijk omdat vanwege de herroeping van een

Auteur

1. Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat, info@advocaatvantongeren.nl.

Noten

- Volgens jongste CBS cijfers. Vergrijzing zou de oorzaak zijn. Het *Algemeen Dagblad* 'kopte' op 26 oktober 2017 in verband met de cijfers van het CBS: 'Oudere betaalt hoge prijs voor zelfstandigheid'.
- Themanummer *WPNR*, 'Notariaat en Vergrijzing', 2013/6987, met bijdragen van o.a. prof. mr. M.J.A. van Mourik, 'Misbruik van afhankelijkheid en van abnormale geestestoestand', en 'Notaris en Wilsbekwaamheid', en verder: mr. P. Blokland, 'Notaris en wilsonbekwaamheid in jurisprudentie en praktijk'.
- Het is overigens niet zo dat in de vermeldde klachtzaken wordt geoordeeld over het al dan niet wilsbekwaam zijn van een cliënt maar of de notaris in verband met een eventueel bestaande wilsonbekwaamheid tuchtrechtelijk verwijtbaar en onzorgvuldig heeft gehandeld. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1107.
- HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850 in een zaak waarin het ging om de aansprakelijkheid van de

- notaris. Eerder was er al een uitspraak gedaan over het gedrag van de notaris, Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1860. In beide uitspraken wordt uitgegaan van de wilsbekwaamheid van de 99-jarige. In beide uitspraken wordt overwogen dat de notaris zich er met inachtneming van het hierna nog aan de orde komende Stappenplan van had vergewist of hij in staat was om de akten te ondertekenen en de gevolgen daarvan te overzien. De notaris had ook een verslag gemaakt van zijn bevindingen dat in het dossier aanwezig is.
- Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 19 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3759.
 - Hof Den Bosch, 25 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3679.
 - Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3258. Blijkens de tussenbeslissing van 3 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:8, deed de notaris een beroep op zijn geheimhoudingsplicht, ten onrechte volgens het hof, omdat die plicht zich niet uitstrekt tot de wijze waarop een notaris te werk gaat. Uit de beslissing van 15 augustus 2017 is op te maken dat de notaris

- weigerde om antwoord te geven op de vraag wie de eerste afspraak heeft gemaakt met betrekking tot het nieuwe testament van de stiefmoeder en wie er aanwezig waren bij de gesprekken over dat testament.
- Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:951.
 - Hof Arnhem-Leeuwarden, 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014: 8078.
 - Rb. Midden- Nederland 8 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1324.
 - Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam, 7 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:27.
 - Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:33.
 - Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4089.
 - Hof Den Bosch, 7 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ9853. In HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, wordt de uitspraak vernietigd nu de Hoge Raad oordeelde dat de wettelijk erfgenaam/nicht voldoende had gesteld over de wilsonbekwaamheid om toegelaten te worden tot bewijslevering. Zie ook Hoge Raad 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047, waar-

- in de Hoge Raad op gelijke wijze oordeelde in een situatie dat een 77-jarige tandarts zijn dochters onterfde en zijn vroegere tandarts-assistente tot enig erfgenaam benoemde.
- Rb. Oost-Brabant, 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1274, bekrachtigd bij Hof Den Bosch, 12 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016: 2807: De geestestoestand van (erflater) was op 24 juli 2009 van dien aard dat hij over onvoldoende verstandelijke vermogens beschikt om tot een noodzakelijke redelijke waardering van de bij het verlijden van het testament op 24 juli 2009 betrokken belangen te komen, na een tussenaarrest van hetzelfde hof, (Hof Den Bosch 26 mei 2015 ECLI:NL:GHSHE:2015:1925), waarin een onderzoek werd gelast door een psychiater die op grond van de bestudering van de processtukken, het medisch dossier en op grond van mijn neurologische expertise en intuïtie tot de conclusie kwam dat (erflater) ten tijde van het verlijden van het testament wilsonbekwaam was. Testament van 24 juli 2009 werd nietig verklaard. De geldigheid van het op 24 juli 2009 herroepen testament van 30 januari 2008 was kennelijk niet in het geding.
 - Hof Amsterdam, notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer, 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1904.



© Ikon Images / Alamy

eerdere uiterste wilsbeschikking een codicil verviel.¹⁸
81 is een vrouw die in november 2010 van een bedrijf, dat handelt in speculatieve grondtransacties en klanten via de zogenaamde direct-call methode benadert, drie percelen grond kocht en vervolgens geleverd krijgt via een door een plaatselijke notaris gelegaliseerde volmacht, waarna de vrouw stelde wils- onbekwaam te zijn geweest en de notaris schending van zijn zorgplicht aanwreef.¹⁹
72 is de man, toen hij op 5 augustus 2004, terwijl hij al leed aan Alzheimer, trouwde met een Poolse vrouw, vijftien jaar jonger, onder het maken van huwelijksvoorwaarden en het wijzigen van zijn uiterste wilsbeschikking, zonder dat zijn zonen het wisten.²⁰
70 is de vrouw als zij na een kennismaking via een contactadvertentie, twee weken na welke kennismaking de man bij de vrouw was ingetrokken, op 16 november 2015 trouwde met een vijftien jaar jongere man. De man isoleerde de vrouw meteen volledig van haar dochters en eerst toen, volgens de dochters, de buit binnen was, namelijk het huwelijk al was voltrokken en de dochters waren ontfermd, ging de man meewerken aan het toelaten in de woning van de eerder al ingezette hulpverlening.²¹
41, de benjamin in deze reeks, was de man die als 67-jarige in 2014 stierf en die volgens zijn zuster functioneerde op het niveau van een zesjarige, lezen noch schrijven kon en bij wie volgens haar een luci-

dum intervallum uitgesloten was en in 1991 een testament maakte ten behoeve van een Stichting, die de last kreeg het als erfgename verkregene door te geven aan het tweetal Gezinsvervangende Tehuizen dat hem verzorgde.²²

Beoordelingskader wilsbekwaamheid

Uitgangspunt bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid is dat iedereen die wettelijk niet handelsonbekwaam is wilsbekwaam is en dat de notaris desgevraagd in beginsel zijn ministerie moet verlenen en aan de wensen van een cliënt dient te voldoen. Het is de notaris die de wilsbekwaamheid beoordeelt van personen die een (rechts) handeling verrichten waarbij de notaris is betrokken of de wet zijn betrokkenheid voorschrijft. Daarbij komt het in eerste instantie aan op zijn eigen

Het is de notaris die de wilsbekwaamheid beoordeelt van personen die een (rechts) handeling verrichten waarbij de notaris is betrokken

waarneming, waarbij de notaris een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt. Bij *gerede* twijfel aan de wilsbekwaamheid is in het algemeen verder onderzoek aangevoerd. Het Stappenplan biedt hiervoor een handreiking.²³

Het Stappenplan, waarop het hof als handreiking wijst, is een protocol, aanvankelijk uit 2006, opgesteld door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.²⁴ Het gaat van dezelfde gedachte uit als die van het Hof. Eerst dan, als er twijfel bestaat bij de notaris over iemands wilsbekwaamheid, dient hij volgens het Stappenplan de geestesgesteldheid van de cliënt te onderzoeken, uitgaande van een aantal (voorbeeld) indicatoren, zoals: is het vermogen onder bewind gesteld, de (hoge) leeftijd van de cliënt, een verblijf in een zorginstelling, een medische situatie die van invloed is op het verstandelijk vermogen, zoals Alzheimer, enz.

Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening¹

Dit Stappenplan biedt toetsingskader (...)

Onderverdeling:

- A. Inleiding
- B. Indicatoren
- C. Verdere stappen
- D. Conclusie

A

Inleiding:

1 () cliënt moet in staat zijn tot een redelijke waardering () Eerst indien daartoe aanleiding bestaat, dient wilsbekwaamheid van een cliënt uitgebreider te worden onderzocht.

B

Indicatoren:

2 Iemand die handelingsbekwaam is, wordt geacht zijn belangen te kunnen behartigen. Eerst indien er aanleiding is te twifelen, dient een notaris geestesgesteldheid nader te onderzoeken.

Indicatoren (in combinatie) zijn bijv.

Hoge leeftijd;

Verblijf in zorginstelling;

Medische situatie, Alzheimer, verstandelijke handicap;

Voor testamenten: frequenter dan normaal, nieuw testament wijkt ingrijpend af etc.

3 Besluit wel of niet wilsbekwaamheid.

Zijn er *gerede* twijfels?

Bestaat indruk van beïnvloeding?

C

Verdere stappen:

4 Bespreking 'onder vier ogen';

Bezoeken cliënt in de eigen woonomgeving etc.

Beoordeling vervolgens van de beslisvaardigheid.

5

A Het vermogen een keuze uit te drukken

B Het begrijpen van informatie

C Besef van betekenis van de informatie voor de eigen situatie

D Logisch redeneren, betrekken van informatie in het overwegen van opties

D

Conclusie:

6 Beslissing, uitgaande van in C5 genoemde criteria, voor het ondertekenen van de akte de cliënt als wilsbekwaam of wilsonbekwaam moet worden beschouwd.

7 Wilsbekwaam: akte kan gepasseerd worden.

8 Wilsonbekwaam, maar kans op herstel? Akte kan niet gepasseerd worden. Overweeg kans op herstel, overweeg uitstel besluitvorming en volg Stappenplan opnieuw bij vervolgbespreking.

9 Wilsonbekwaam: akte kan niet gepasseerd worden. Notaris kan ter verificatie algemeen psychiatrisch/geriatriesch onderzoek overwegen door NIET-behandelend arts.

10 Het is verstandig wijze en inhoud beoordeling vast te leggen in het cliënt-dossier.

1. Samenvatting op hoofdlijnen

18. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 29 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2176.

19. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 24 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1407.

20. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8646.

21. Hof Den Bosch, 5 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4219.

22. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 5 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3555. Het Hof vraagt in deze tussenbeslissing een duidelijk-

ke reactie van de notarissen over de gang van zaken in 1991 waar het gaat om het onderzoek dat zij hebben verricht naar de wilsbekwaamheid van de verstandelijk gehandicapte man. De kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem- Leeuwarden, 13 januari 2017, ECLI:NL:TNORARL:2017:1, verklaarde de klacht ongegrond, op basis van de stelling van de notarissen dat aannemelijk is dat zij destijds in 1991 de wilsbekwaamheid van de testateur als te doen gebruikelijk hebben beoordeeld. De rechtbank Midden Nederland heeft op 15 juli 2015 geoordeeld (in een niet gepubliceerd vonnis) dat de zuster

onvoldoende heeft onderbouwd dat bij haar broer de wil tot het verrichten van de uiterste wilsbeschikking ten behoeve van de Stichting ontbrak. De zuster kreeg wel gelijk op het punt dat de Gezinsvervangende Tehuizen niet konden erven in verband met het bepaalde in art. 4:59 lid 2. De uitkomst van het blijkbaar ingesteld hoger beroep wordt afgewacht.

23. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3258: Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:951; Hof Amster-

dam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3074.

24. Stappenplan van de KNB: www.recht.nl/doc/protocolwilsbekwaamheidknbn.nl Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshoofdkamer, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:33, verwijst in r.o. 6.4. ook naar het Protocol Wilsbekwaamheid, ontwikkeld door de Vereniging van Estate Planners (EPN) en de Vereniging van Indicerende en adviserende Artsen (VIA).

Vaststelling in de praktijk van de wilsbekwaamheid

Hoe komt de notaris de (mogelijke) wilsonbekwaamheid van een cliënt op het spoor? Door 'waarneming'. Door 'de indruk die een cliënt in een gesprek maakt'.²⁵ Om die indruk te verkrijgen moest de notaris voldoende alert zijn geweest op de wilsbekwaamheid, zoals in het geval van de 83 jarige stiefmoeder²⁶ respectievelijk moest hij voldoende alert zijn geweest op de *mate* van wilsbekwaamheid van de betreffende erflater.²⁷ Hinderlijk voor de 'waarneming' is ongetwijfeld dat de notaris uitgaat van de vooronderstelling dat hij in beginsel niet eens hoeft te twijfelen aan de wilsbekwaamheid van een cliënt. Zelfs Alzheimer,²⁸ de ziekte van Pick, vasculaire (ouderdoms)dementie, een geestelijke handicap²⁹ enz. hoeven op zichzelf voor een notaris geen reden voor twijfel over de wilsbekwaamheid van een cliënt te zijn. Ook het bestaan van een of meerdere in het Stappenplan genoemde indicatoren, bijvoorbeeld opname in een verpleeghuis, een hoge leeftijd of de omstandigheid dat niet de cliënt maar de partner het initiatief voor het verzoek tot dienstverlening heeft genomen, de omstandigheid dat de erflaatster haar administratie niet meer zelf deed,³⁰ zijn volgens het Stappenplan, maar ook volgens het hof, op zich zelf geen aanleiding te twijfelen aan de wilsbekwaamheid van een cliënt en de notaris hoeft dan ook het Stappenplan niet te volgen.³¹ Twijfel telt niet. Alleen *gerede* twijfel telt. Dat betekent dat een notaris op basis van 'waarneming' en een 'indruk' moet beslissen of de *mate* van wilsbekwaamheid zodanig is dat hij niet hoeft te twijfelen en een cliënt 'gewoon' een testament kan maken of zijn huis kan verkopen dan wel dat de *mate* van wilsbekwaamheid naar zijn oordeel

Twijfel telt niet.

Alleen *gerede* twijfel telt

zodanig is dat de twijfel over de geestesgesteldheid van de cliënt moet toeslaan. Eerst als hij *gerede* twijfel heeft, bijvoorbeeld in geval van een cliënt met (duidelijke) Alzheimer, zou hij een arts kunnen raadplegen.^{32/33} Maar in de zaak van de man van 77 gaf de notaris desalniettemin de voorkeur aan snelheid en sloeg zij het Stappenplan over.³⁴

Mogelijk is de 'redelijke beoordelingsvrijheid' die een notaris op basis van de recente rechtspraak heeft misschien nog wel groter dan in 2007 toen het hof in het geval hierboven van de man van 72, die leed aan Alzheimer, oordeelde dat 'onder deze concrete omstandigheden' de notaris een arts had moeten raadplegen op het gebied van de ziekte van Alzheimer alvorens zijn eigen oordeel over de wilsbekwaamheid van vader vast te stellen, met toevoeging van de als terechtwijzing te beschouwen overweging dat de door de notaris geraadpleegde kantoorgenoot en de accountant van vader *beiden onmiskenbaar geen deskundigen op het gebied van de ziekte van Alzheimer* waren.³⁵ Consequent was het

oordeel van het hof niet omdat de notaris in eerste instantie immers zélf heeft te oordelen over de wilsbekwaamheid en hij zelf blijkbaar helemaal niet daaraan twijfelde, zodat verder onderzoek door een arts naar zijn oordeel niet nodig was. In zekere zin *rehabiliteerde* tien jaar later de Rechtbank Noord-Nederland de door de Kamer van Toezicht en het Hof 'gestrafte' notaris.³⁶ Op basis van hetzelfde feitencomplex oordeelde zij dat de vordering tot nietigverklaring van het testament respectievelijk het verzoek het huwelijk nietig te verklaren moest worden afgewezen. Het feit dat de notaris indertijd geen medisch advies had ingewonnen en volgens de Kamer van Toezicht en het Hof niet zorgvuldig was geweest, neemt niet weg dat volgens de Rechtbank de notaris de vader uitputtend had bevraagd om te achterhalen of hij wilsonbekwaam was, hetgeen een duidelijke aanwijzing heeft opgeleverd dat hij wilsbekwaam was. Volgens de rechtbank staat de ziekte van Alzheimer en/of vasculaire dementie er niet aan in de weg dat een notaris oordeelt dat de patiënt/cliënt volledig wilsbekwaam is, ook indien deze aandoeningen al enkele jaren tevoren zijn geconstateerd. De rechtbank voegt er wel aan toe dat er een moment kan komen dat de patiënt onder invloed van deze aandoeningen zodanig gestoord kan raken in zijn geestvermogens dat hij wilsonbekwaam moet worden geacht.

De praktijk laat zien dat soms grote haast geboden kan zijn. In twee gevallen van twee terminaal zieke cliënten overwoog het Hof de beoordeling van de wilsbekwaamheid niet er toe mag leiden dat een notaris (te) bang moet worden voor klachten als hij als gevolg van onnodig onderzoek zijn ministerieplicht zou verzaken of door fataal tijdsverloop zijn ministerie niet meer kan verlenen en zelfs dat de notaris ook bij zekere twijfel aan de wilsbekwaamheid voorrang moet geven aan zijn ministerieplicht.³⁷ Het Hof overwoog dat een erflater die overleden is niets meer kan doen en dat belanghebbenden een 'fout' testament nog kunnen aanvechten. Dit lijkt op wat Kleijn indertijd schreef: 'Ik zou dan (bij gerechte twijfel) zonder meer kiezen voor de slogan: Bij twijfel wel passeren'.³⁸

Het beeld dat de uitspraken laten zien, is diffuus. Soms is er sprake van Alzheimer en is het volgen van het Stappenplan niet nodig. Een andere keer mag de notaris niet zijn eigen oordeel volgen en had hij een arts moeten raadplegen. Soms zit de notaris tuchtrechtelijk goed met zijn oordeel over de wilsbekwaamheid en wordt civielrechtelijk daar anders over geoordeeld of is het omgekeerde het geval. En soms moet de notaris zelfs ook bij twijfel aan de wilsbekwaamheid voorrang geven aan zijn ministerieplicht.

Uit de (recente) hiervoor genoemde tuchtrechtelijke en civielrechtelijke uitspraken komt duidelijk naar voren dat de beoordeling door de notaris van de wilsbekwaamheid van een cliënt te vaak omstrede is en tot ingewikkelde procedures met onzekere afloop leidt.³⁹

Al met al lijkt het er niet op dat introductie en het volgen van het Stappenplan in de praktijk mensen, die te maken krijgen met op het eerste gezicht onbegrijpelijke erfgenamen dan wel onverwachte wilsbeschikkingen van een in hun ogen wilsonbekwame erflater, overtuigt.⁴⁰

De beoordeling door de notaris van de wilsbekwaamheid van een cliënt is te vaak omstreden en leidt tot ingewikkelde procedures met onzekere afloop

Vanaf 75 jaar standaard beoordeling van wilsbekwaamheid

Een testament maken óf het wijzigen er van is een belangrijk recht, zoals huwelijkse voorwaarden opmaken en rechts-handelingen verrichten in verband met registergoederen belangrijke zaken zijn. Maar als het om belangrijke rechten gaat, is het belangrijk dat men er zo zeker mogelijk van kan zijn dat het met de vrijheid van handelen van degene die de rechtshandeling verricht in orde is. Een wilsbeschikking niet meer 'mogen' maken, is erg. Maar op gevorderde leeftijd, oud en zwak, een wilsbeschikking maken die niet deugt en waarbij een eerdere wél weloverwogen uiterste wilsbeschikking wordt herroepen, is mijns inziens erger. Vaststaat dat met de leeftijd de gebreken komen, ook op het mentale vlak. De vermijdbaarheid van beïnvloeding moet niet worden overschat. Ouderen zijn afhankelijker en de omgevingsomstandigheden zijn soms voor ouderen niet eenvoudig. Kinderen wonen regelmatig ver weg. Eenzaamheid ligt op de loer. Een oudere is niet altijd een weerbare partij.

Ik zou er daarom vóór zijn dat er steeds aanleiding is vanaf een bepaalde leeftijd te vermoeden dat er iets bijzonders aan de hand is en er aan te twijfelen of een persoon de voorgenomen te verrichten rechtshandeling daadwerkelijk wil en om die reden vanaf die leeftijd bij

cliënten telkens hun wilsbekwaamheid indringend te beoordelen, op basis van bijvoorbeeld het Stappenplan of een andere in het leven te roepen regeling, dit om testamenten en overeenkomsten die niet deugen tegen te gaan. In dat verband zou de notaris in ieder geval naaste familieleden moeten raadplegen om er achter te komen of er iets aan de hand is en of zij weten of er iets speelt. Ik zou ook menen dat niet de *eigen* notaris wiens betrokkenheid wordt ingeroepen, maar voorafgaand aan zijn dienstverlening een andere notaris wordt ingeschakeld die het Stappenplan of een andere in het leven te roepen regeling volgt om zelf *onafhankelijk* van de eigen notaris de wilsbekwaamheid of het ontbreken ervan vast te stellen. Iedere leeftijdsgrens is arbitrair en is voor de één te vroeg en de ander te laat. Leeftijdsgrenzen zijn vaak omstreden, zowel het afschaffen als het invoeren ervan. Over de afschaffing van de leeftijdsgrens van leden van een RvC van 72 jaar heb ik indertijd een *Opinie* geschreven in het *NJB*.⁴¹ Maar met de relatief nieuwe leeftijdsgrens van 70 jaar, vanaf welke leeftijd mensen die hun rijbewijs willen behouden om de vijf jaar moeten worden gekeurd, ook op het punt van de mentale geschiktheid om zelf chauffeur te blijven, valt in de praktijk goed te leven.

25. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2640.

26. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3258.

27. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2640.

28. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3258.

29. Zie noot 21: de rechtbank Midden Nederland heeft op 15 juli 2015 geoordeeld (in een niet gepubliceerd vonnis) dat de zuster onvoldoende heeft onderbouwd dat bij haar (geestelijk gehandicapte) broer de wil tot het verrichten van de uiterste wilsbeschikking ten behoeve van de Stichting ontbrak.

30. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 28 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1900.

31. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2640. De door klager aangevoerde feiten en omstandigheden rechtvaardigen niet zonder meer het ver-

moeden dat erflater bij het opstellen van haar testament niet wilsbekwaam was of dat toepassing van het Stappenplan geïndiceerd was. Dat erflater leed aan afasie en diverse hersenbloedingen had gehad, betekent op zichzelf nog niet dat erflater bij de bespreking en het passeren van het testament haar wil niet duidelijk kenbaar heeft kunnen maken. De door erflater gewenste wijzigingen ten opzichte van haar uit 2001 daterende testament is niet dermate ingrijpend dat de oud-notaris op grond daarvan extra behoedzaam had moeten zijn.

32. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007: AZ864.

33. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:33.

34. Rb. Oost-Brabant, 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1274. Wat betreft het Stappenplan had de notaris verklaard dat niet te hebben gevolgd en het testament te hebben verleden omdat bij haar de overweging was de ministerieplicht in dit geval voor te laten gaan op die aanwijzingen (in het Stappenplan), want er zou

anders wellicht te veel tijd verstrijken en wellicht dat in die tijd de toestand van de testateur zodanig achteruit zou gaan dat hij niet meer in staat zou zijn om nog zijn wil te bepalen en omdat (ik) van mening was dat de testateur op dat moment in staat was zijn wil te bepalen.

35. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007: AZ8646.

36. Rb. Noord-Nederland, beide, 28 juni 2017, nog niet gepubliceerd, C/17/148803 en C/17/148643, de eerste uitspraak over de geldigheid van de uiterste wilsbeschikking en de andere over de geldigheid van het huwelijk.

37. Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3074 en Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5353

38. *Civiel & Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2008-4: Gedachten over het notariële dilemma omtrent passeren bij wilsbekwaamheid van een testateur. In die zin ook: Kolkman in zijn *Preadvies KNB*, 'De Goede notaris', 2010, nr. IV.2.2. 'Naar mijn

mening dient bij aanhoudende twijfel over de verstandelijke vermogens van de testateur het testament gepasseerd te worden. (...) Op de hoofdregel dat zorgvuldigheid hoger in het vaandel staat dan voortvarendheid maak ik hier graag een uitzondering'.

39. Dat was overigens ook al, blijkens Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 30 juni 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD 5756, vóór de introductie van het Stappenplan 2006, in welke zaak het ging om vrouw van 87, die haar testament herriep en daarmee en passant een erfstelling ten gunste van een nicht. Het Hof oordeelde dat het aan wilsbekwaamheid niet schortte maar dat er de herroeping van de erfstelling niet in orde was, omdat daarover met de vrouw van 87 onvoldoende was gecommuniceerd.

40. Zelfs als standaard het Stappenplan niet gevolgd omdat er gerede twijfel was maar omdat het volgen van het Stappenplan gebruikelijk is op het notariatskantoor, zoals aan de orde in: Hof Amsterdam, notaris- en gerechtshofkamer, 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1107

41. *NJB* 2000, afl. 14, pag. 759, 72-jaargrens voor Commissarissen moet blijven!

75 zou, om mee te beginnen, in mijn ogen een leeftijd kunnen zijn om standaard twijfel te hebben over de wilsbekwaamheid van een persoon waar het gaat om rechtshandelingen waarbij de betrokkenheid van een notaris wordt ingeroepen of wettelijk is vereist.

Aan het begin van hun leven zijn mensen tot achttien jaar handelingsonbekwaam. Het is niet onoverkomelijk dat aan het einde mensen hun wilsbekwaamheid laten toetsen.

Vooralsnog lijkt een regeling overeenkomstig art. 4:55 lid 2 BW te ver te gaan. Daarin is bepaald dat iemand die vanwege een geestelijke stoornis onder curatele staat slechts met toestemming van de kantonrechter uiterste wilsbeschikkingen mag maken. In een relatief recente uitspraak gaf de kantonrechter toestemming, nadat hij de curanda had gehoord en had geconstateerd dat haar geestelijke stoornis haar niet verhinderde om de gevolgen van het testeren in de door haar gewenste zin – zij wilde haar spaargeld nalaten aan haar curator – voldoende te overzien.⁴² Art. 4:55 lid 2 is er overigens niet voor bedoeld dat iemand *namens* een erfplater een testament opmaakt, in het berechte geval namens een curandus die functioneerde op het niveau van een driejarige.⁴³ Het feit dat toestemming verkregen moet worden van een rechter kan wel een aanzienlijk ‘*chilling effect*’ hebben waar het gaat om (het tegengaan van) verdachte testamenten en andere rechtshandelingen.

Conclusie:

Voorkomen is beter dan genezen. Ik ben niet van het passeren in geval van twijfel. Mijn voorkeur gaat dan uit naar abstineren. Dat het met een rechtshandeling als een uiterste wilsbeschikking helemaal in orde is, is te belangrijk. Uit de genoemde rechtspraak blijkt dat een beoordeling achteraf van de wilsbekwaamheid nog problematischer is dan op het moment van het verrichten van de rechtshandeling.⁴⁴ Het is van belang dat de beoordeling van de wilsbekwaamheid van ouderen op het

Het feit dat toestemming verkregen moet worden van een rechter kan een aanzienlijk ‘*chilling effect*’ hebben waar het gaat om (het tegengaan van) verdachte testamenten en andere rechtshandelingen

moment van het verrichten van de rechtshandeling met meer waarborgen dan nu wordt omgeven. Om dat te bereiken zou, om mee te beginnen, de regel dat een *onafhankelijk* notaris vanaf de leeftijd van 75 jaar van een persoon standaard uitvoering geeft aan het Stappenplan of een andere daarvoor in het leven te roepen regeling en daarvan verslag doet in zijn dossier, voorafgaand aan het passeren van een Akte bij de *eigen* notaris, als zijn betrokkenheid wordt ingeroepen of wettelijk is vereist, een stap vooruit zijn. Mogelijk kunnen feitelijk vaak ingewikkelde en moeizame procedures vermeden worden, een testament bijvoorbeeld is niet zomaar van de baan, omdat personen die, uitgaande van de huidige wijze van beoordeling van de wilsbekwaamheid, er van overtuigd zijn dat de cliënt van de notaris wilsbekwaam was, daar anders over gaan denken, ook in het geval dat geen wilsbekwaamheid werd vastgesteld, als in hun ogen op betere wijze, bijvoorbeeld door een andere notaris, naar de wilsbekwaamheid van hun vader, moeder of broer/zuster zou zijn gekeken. •

⁴². ECLI:NL:RBHAA:2011:BR 1331, Rb. Haarlem 11 mei 2011.

⁴³. ECLI:NL:RBROT:2017:5662, Rb. Rotterdam 7 juli 2017.

⁴⁴. Aan de in noot 11 vermelde uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam, 7 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:27 ontleen

ik: Immers, na het overlijden van kunnen daarover geschillen ontstaan tussen erfgenamen en dan is een onderzoek achteraf naar de wils(on)bekwaamheid een uitermate moeizame opgave. Het college verwijst hiervoor ook naar de opinie/rapportage van 2 april 2015 van prof. H., klinisch geriater, waarin hij stelt dat ‘het medisch dossier

van een overledene in het algemeen ontoereikend is om achteraf een antwoord te kunnen geven op de vraag of een dement(erend) persoon wilsbekwaam was op het moment dat hij/zij een zwaarwegende beslissing heeft genomen’. Zie ook Hof Arnhem- Leeuwarden 16 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5626, waarin het ook

gaat om het reconstrueren van een medisch dossier om te komen tot een beoordeling van de wilsbekwaamheid of- onbekwaamheid ten tijde van het opmaken van het testament.