

## Inhoudsopgave

### Verklarende woordenlijst

1	Inleiding	p. 5
	1.1 Introductie	p. 5
	1.2 Onderzoeksonderwerp	p. 6
	1.3 Centrale vraagstelling	p. 7
	1.4 Opzet	p. 7
	1.5 Afbakening	p. 8
	1.6 De uiterste wilsbeschikking	p. 8
	1.7 Soorten handelingen	p. 8
	1.8 Cijfers financieel misbruik	p. 10
2	Dementie	p. 11
	2.1 Het begrip dementie	p. 11
	2.2 Symptomen	p. 12
	2.3 Verschillende vormen	p. 12
	2.4 Diagnose	p. 13
	2.5 Stadia in het ziektebeeld	p. 13
	2.6 Cijfers	p. 14
3	Problemen in de huidige notariële regelgeving	p. 15
	3.1 Beperkte beroepsmogelijkheden testament	p. 15
	3.1.1 Wilsonbekwaamheid	p. 15
	3.1.2 De uiterste wilsbeschikking	p. 16
	3.1.3 Nietigheid	p. 17
	3.1.4 Oordeel rechters wilsonbekwaamheid	p. 19
	3.1.5 Bewijs	p. 20
	3.1.6 Vernietiging	p. 21
	3.1.7 Conclusie	p. 25
	3.2 De beoordeling van de wils(on)bekwaamheid van de testateur door de notaris	p. 25
	3.3 Tuchtrect	p. 28
	3.4 Ontvankelijkheid	p. 30
	3.5 Tussenconclusie	p. 32

4	Problemen in de notariële praktijk	p. 33
	4.1 Privatisering van het notariële ambt	p. 33
	4.2 Notarishoppen	p. 34
	4.3 Het levenstestament	p. 35
	4.4 Het stappenplan	p. 38
	4.5 Het EPN-VIA-protocol	p. 43
	4.6 Het aanwezig zijn van de partner tijdens het passeren van het testament	p. 45
	4.7 Tussenconclusie	p. 48
5	Aanbevelingen voor de huidige regelgeving	p. 49
	5.1 Beoordeling wils(on)bekwaamheid niet langer aan notaris overlaten	p. 49
	5.2 Vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden opnemen bij een uiterste wilsbeschikking	p. 53
	5.3 Omkering bewijslast	p. 55
	5.3.1 Aanleiding tot omkering	p. 55
	5.3.2 Omkering op grond van een bijzondere geschreven regel	p. 55
	5.3.3 Omkering op grond van een bijzondere ongeschreven regel	p. 56
	5.3.4 Omkering op grond van redelijkheid en billijkheid	p. 56
	5.3.5 Conclusie	p. 57
6	Aanbevelingen voor de notariële praktijk	p. 58
	6.1 Geen ongedaan-making privatisering notariële ambt	p. 58
	6.2 Invoeren centraal register	p. 58
	6.3 Wettelijke basis levenstestament	p. 61
	6.4 Aanpassing stappenplan/uitbreiding indicatoren	p. 63
	6.5 Nietigverklaring testamenten die in bijzijn partner zijn gepasseerd	p. 65
7	Conclusie en aanbevelingen	p. 67
	7.1 Conclusie	p. 67
	7.2 Aanbevelingen	p. 68
	Literatuurlijst	p. 70

## Bijlagen

- Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening
- Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten
- Proeve wetsvoorstel inzake levenstestament
- Toelichting proeve wetsvoorstel inzake levenstestament

## **Verklarende woordenlijst**

AMvB:	Algemene Maatregel van Bestuur
Art.:	Artikel
BFT:	Bureau Financieel Toezicht
BGH:	Bundesgerichtshof (Duitsland)
BW:	Burgerlijk Wetboek
EPN:	Vereniging van Estate Planners in het Notariaat
HR:	Hoge Raad
HREA:	Human Right Education Associates
ICD:	De Internationale Classificatie van Ziekten van de Wereldgezondheidsorganisatie
ISAO:	Internationale Stichting Alzheimer Onderzoek
KNB:	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Rv:	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
VIA:	Vereniging van Indicerende en adviserende Artsen
WAR:	Wetenschappelijke Advies Raad
Wna:	Wet op het notarisambt
WODC:	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

## 1. Inleiding

### 1.1 Introductie

Sportverslaggever Philip Kooke schreef er een boek over<sup>1</sup>, *Elsevier* een artikel<sup>2</sup> en *Zembla* wijdde er een uitzending<sup>3</sup> aan: financieel misbruik van dementerenden. Dementerenden blijken gewillige slachtoffers te zijn van financieel misbruik. Door hun kwetsbare positie die voor de buitenwereld niet altijd even zichtbaar is, kunnen dementerenden moedwillig in de gelegenheid worden gebracht authentieke akten te laten passeren door een notaris zonder dat zij de gevolgen daarvan beseffen of overzien. Hierdoor worden mensen bevoordeeld van wie door de dementerende nooit beoogd is dat zij worden bevoordeeld. Naaste familie en vrienden komen buiten spel te staan.

Emeritus hoogleraar Van Mourik schat dat jaarlijks 5000 kwetsbare ouderen de dupe worden van familieleden, vrienden of verzorgers.<sup>4</sup> Dit aantal kan met de toenemende vergrijzing<sup>5</sup> alleen maar toenemen.

Omdat het probleem van misbruik al jaren speelt, is ter voorkoming hiervan in 2006 het *Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening*<sup>6</sup> (hierna: het stappenplan) vastgesteld door het bestuur van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB). Dit stappenplan geeft een aantal indicatoren op grond waarvan aanleiding bestaat tot een nader onderzoek door de notaris van de wilsbekwaamheid van zijn cliënt. Op 19 januari 2012 hebben de EPN en de VIA een protocol gepresenteerd tijdens een cursus voor notarissen en leden van de notariskamer.<sup>7</sup> Met dit *Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten* (hierna: het EPN-VIA-protocol) hebben artsen en notarissen afgesproken dat notarissen voortaan

---

<sup>1</sup> P. Kooke, *Ik laat je nooit in de steek*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam, 2007.

<sup>2</sup> J. Dohmen, 'Bejaarden prooien', *Elsevier*, 2010-50.

<sup>2</sup> J. Dohmen, 'Bejaarden prooien', *Elsevier*, 2010-50.

<sup>3</sup> 'Zembla - Aasgieren en erfgenamen', VARA Nederland 3, 26 januari 2006.

<sup>4</sup> J. Dohmen, 'Bejaarden prooien', *Elsevier*, 2010-50, p. 72.

<sup>5</sup> HREA, thematische gids 'Rechten van bejaarden', 22 december 2011, <[http://www.hrea.org/index.php?doc\\_id=436](http://www.hrea.org/index.php?doc_id=436)>.

<sup>6</sup> KNB, *Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening*, 1 juni 2006.

<sup>7</sup> EPN, 'Notarissen en artsen trekken samen op in problematiek wilsonbekwaamheid', 19 januari 2012, <[http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51062\\_Persbericht-Notarissen-en-artsen-trekken-samen-op-in-problematiek-wilsonbekwaamheid.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51062_Persbericht-Notarissen-en-artsen-trekken-samen-op-in-problematiek-wilsonbekwaamheid.aspx)>.

artsen kunnen raadplegen voor nader onderzoek van de wilsbekwaamheid.<sup>8</sup> Hoewel het protocol is gesloten tussen de EPN en VIA, kunnen niet alleen notarissen een onafhankelijke arts raadplegen, ook rechters en accountants kunnen dit doen. Tot de invoering van het protocol waren artsen vaak niet bereid hun medisch oordeel over de wilsbekwaamheid van hun patiënten met notarissen te delen.<sup>9</sup> In de inleiding bij het protocol wordt beschreven dat het EPN-VIA-protocol tot doel heeft de adviserend arts, niet zijnde een behandelend arts, een richtlijn te geven bij het opstellen van de medische verklaring inzake wilsbekwaamheid.<sup>10</sup> Deze verklaring kan gevraagd worden ‘ten behoeve van het inwerking stellen van een levenstestament of voorafgaand aan het opstellen van een notariële akte, het aanvragen van bewind, mentorschap of curatele, het slechten van een juridisch geschil of het overgaan tot financiële transacties.’<sup>11</sup>

Het stappenplan en het EPN-VIA-protocol lijken een grote stap in de goede richting, maar de vraag is in hoeverre deze maatregelen een afdoende oplossing bieden om misbruik van dementerenden bij de notaris tegen te gaan. Deze vraag vormt de aanleiding voor mijn onderzoek.

## **1.2 Onderzoeksonderwerp**

In mijn onderzoek staat de huidige notariële gang van zaken omtrent dementerenden centraal. Ik heb in mijn scriptie onderverdeeld in de notariële wetgeving en de notariële praktijk. Wanneer ik de term ‘notariële gang van zaken’ bezig, bedoel ik hiermee zowel de notariële wetgeving als de notariële praktijk.

---

<sup>8</sup> Novocatie.nl, ‘Samenwerking notarissen en artsen bij wilsbekwaamheid’, 29 maart 2012, <[http://www.novocatie.nl/page?7,1101/Actueel/samenwerking\\_notarissen\\_en\\_artsen\\_bij](http://www.novocatie.nl/page?7,1101/Actueel/samenwerking_notarissen_en_artsen_bij)>.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> EPN & VIA, *Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten*, 2012, versie 1, p. 4.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 4.

### **1.3 Centrale vraagstelling**

In mijn scriptie staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

‘In hoeverre bieden de notariële praktijk en de daarop van toepassing zijnde wet- en regelgeving afdoende waarborgen om financieel misbruik van dementerenden te voorkomen en welke aanpassingen kunnen worden gedaan teneinde de eventuele mogelijkheid tot misbruik van dementerenden te voorkomen?’

Onderzoek naar de wetgeving en de praktijk heb ik gedaan door literatuur te bestuderen en jurisprudentie-onderzoek te verrichten. Ik heb gebruik mogen maken van de bibliotheek van de KNB waardoor ik veel literatuur heb kunnen raadplegen. Ook heb ik gesproken met Philip Kooke, heb ik schriftelijk vragen gesteld aan Herman Post en heb ik telefonisch contact gehad met Theo Trompetter. Kooke is strijd al jaren tegen financieel misbruik van dementerenden en houdt hier ook een website over bij: [www.alzheimermisbruik.nl](http://www.alzheimermisbruik.nl). Herman Post is hoofd Hulp en Informatie bij Alzheimer Nederland. Theo Trompetter is algemeen directeur van Trompetter & Van Eeden. Trompetter & Van Eeden is een organisatie voor sociaal-medische expertise en onderzoekt op verzoek van notarissen, rechters en accountants de wilsbekwaamheid van hun cliënten.

### **1.4 Opzet**

In de volgende paragrafen van dit hoofdstuk baken ik de reikwijdte van mijn onderwerp af. Omdat het begrip dementie niet eenduidig is en de lezer van deze scriptie zich een duidelijk beeld moet kunnen vormen van deze ziekte voor een goed begrip van de problematiek, verhelder ik dit begrip in hoofdstuk twee. Een uiteenzetting van de aspecten van de notariële wetgeving waar mogelijk aanpassing gewenst is, geef ik in hoofdstuk drie. Hoofdstuk vier bespreekt de aspecten in de notariële praktijk die tot misbruik zouden kunnen leiden. In hoofdstuk vijf doe ik aanbevelingen hoe de in hoofdstuk drie gesignaleerde problemen kunnen worden opgelost dan wel kunnen worden gereduceerd. Hoofdstuk zes presenteert de oplossingen die het eventuele misbruik in de notariële praktijk zouden kunnen doen afnemen. In hoofdstuk zeven geef ik een conclusie en hiermee beantwoord ik tevens mijn onderzoeksvraag.

## **1.5 Afbakening**

In deze scriptie staat financieel misbruik van dementerenden centraal. Ik beperk mij tot het misbruik dat gemaakt zou kunnen worden bij de notaris. Dit omdat ik mij vanwege de omvang van deze scriptie moet beperken tot één vorm van dienstverlening.

Ik richt mij daarom wel op de situatie waarin een dementerende zijn of haar testament wijzigt – een notariële handeling – maar niet op de situatie waarin door een ambtenaar van de burgerlijke stand een huwelijk wordt gesloten of de situatie waarin door een arts ten onrechte een euthanasieverzoek wordt ingewilligd. Deze twee laatste situaties kunnen wel financieel misbruik van een dementerende impliceren, maar aangezien deze handelingen buiten het domein van de notaris vallen, wil ik daar in deze scriptie geen aandacht aan besteden. Ik zou dan wel weer aandacht kunnen besteden aan de situatie waarin een notaris huwelijkse voorwaarden opstelt nadat een huwelijk is gesloten door een ambtenaar van de burgerlijke stand. Ook besteed ik geen aandacht aan misbruik van dementerenden dat kan plaatsvinden door tussenkomst van een advocaat, een accountant en/of een boekhouder, hoewel bij deze vormen van dienstverlening misbruik zeer wel mogelijk is. Welke handelingen door de notaris kunnen worden uitgevoerd waarbij ik financieel misbruik mogelijk acht, vindt u in paragraaf 1.7.

## **1.6 De uiterste wilsbeschikking**

In het kader van deze scriptie zullen zowel de begrippen “testament” als “uiterste wil” als “uiterste wilsbeschikking” worden gebruikt. Het Burgerlijk Wetboek spreekt over een uiterste wilsbeschikking, in de spreektaal is het woord testament meer gebruikelijk. Met alle drie de definities wordt in deze scriptie bedoeld de notariële akte waarin de testateur heeft geregeld wat er na zijn of haar dood met zijn nalatenschap dient te gebeuren.

## **1.7 Soorten handelingen**

Bij de notaris kan iemand terecht voor uiteenlopende zaken. Alleen een notaris kan een notariële akte opstellen, passeren en in het notarieel archief opnemen. Ingevolge art. 156, lid 1 Rv is een akte een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs te dienen. Er is een verschil



tussen een authentieke en een onderhandse akte. Een authentieke akte is ingevolge art. 156, lid 2 Rv een akte ‘in de vereiste vorm en bevoegdelijk opgemaakt door ambtenaren aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hen gedane waarnemingen op verrichtingen’. De overige akten zijn onderhands.<sup>12</sup>

In de wet is bepaald welke overeenkomsten en verklaringen pas rechtsgevolg hebben als ze zijn opgenomen in een notariële akte. Volgens de KNB zijn de belangrijkste activiteiten waarvoor een notariële akte verplicht is:<sup>13</sup>

- het opstellen van huwelijkse voorwaarden of voorwaarden voor een partnerschap of het wijzigen hiervan;
- het opstellen of wijzigen van een testament;
- de overdracht van onroerend goed;
- het oprichten van een besloten vennootschap of stichting;
- het overdragen van aandelen in een besloten vennootschap.

Bij al deze rechtshandelingen is misbruik mogelijk. Het meest in het oog springende voorbeeld is het opstellen of wijzigen van het testament ten gunste van degene die poogt misbruik te maken van de dementerende. Maar eveneens is mogelijk dat het huis van de dementerende wordt verkocht voor een veel te laag bedrag. In deze scriptie zal het maken en wijzigen van een testament centraal staan nu deze vorm van misbruik het meest voor de hand ligt, maar zal eveneens - waar dit van belang is - ingegaan worden op andere notariële handelingen.

---

<sup>12</sup> W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt* (Ars Notariatus C), Deventer: Kluwer 2001, p. 83.

<sup>13</sup> KNB, informatie over ‘akten’, <<http://www.knb.nl/de-notaris/notariele-akten>>.

## 1.8 Cijfers financieel misbruik

Zoals reeds opgemerkt, schat Van Mourik dat jaarlijks 5000 kwetsbare ouderen de dupe worden van familieleden, vrienden of verzorgers<sup>14</sup> en dit aantal zal met de toenemende vergrijzing alleen nog maar toenemen.<sup>15</sup> Deze cijfers worden echter (nog) niet door de jurisprudentie gestaafd. Er zijn de afgelopen jaren slechts een gering aantal rechtszaken geweest waarin nietigheid van het testament omwille van de wilsonbekwaamheid van de testateur centraal stond en niet in al deze zaken heeft de rechter geoordeeld dat het testament ook daadwerkelijk nietig moest worden verklaard.<sup>16</sup> Ook het aantal tuchtrechtelijke procedures waarin de notaris een notariële reprimande heeft gekregen wegens onzorgvuldig handelen bij het opstellen en passeren van een testament, is beperkt.<sup>17</sup> Dit zegt overigens nog niets over het uiteindelijke aantal gevallen van misbruik. Zoals later in mijn scriptie zal blijken, is het vrijwel onmogelijk achteraf aan te tonen dat iemand op het moment van het passeren van het testament wilsonbekwaam was. Advocaat en oud-notaris Huntjens (63) zegt daarover: ‘Er melden zich bij mij wekelijks mensen die zich benadeeld voelen door een testament. Ik raad ze vaak af op te procederen. Je bent zo tien mille verder en de kans dat je wint, is klein.’<sup>18</sup> Mijns inziens zouden slachtoffers ook vrees kunnen hebben voor de hoge kosten die een rechtszaak met zich meebrengt. Ook juridische onkunde, angst voor gezichtsverlies en de soms hoog oplopende emoties die een rechtszaak met zich meebrengen, kunnen redenen zijn voor het lage aantal opgestarte rechtsprocedures. Het kleine aantal procedures lijkt dus niets te zeggen over de omvang van het probleem.

---

<sup>14</sup> J. Dohmen, ‘Bejaarden prooien’, *Elsevier*, 2010-50, p. 73.

<sup>15</sup> HREA, ‘Rechten van bejaarden’, <[http://www.hrea.org/index.php?doc\\_id=436](http://www.hrea.org/index.php?doc_id=436)>.

<sup>16</sup> Zo werden bijvoorbeeld in 2011 slechts twee zaken voor de rechtbank gebracht waarin de nietigheid van het testament werd gevorderd wegens wilsonbekwaamheid van de testateur: Rb. ’s-Gravenhage, 20 december 2011, *LJN* BU8572 en Rb. Utrecht, 13 april 2011, *LJN* BQ0539. Alleen in de laatstgenoemde zaak besloot de rechtbank tot nietigheid.

<sup>17</sup> In 2011 is twee keer een tuchtrechtelijke klacht tegen een notaris ingediend wegens onzorgvuldig handelen bij een mogelijk wilsonbekwame testateur: Kamer van Toezicht Leeuwarden, 20 december 2011, *LJN* YC0735 en Kamer van Toezicht Arnhem, 27 januari 2011, *LJN* YC0597. In de eerstgenoemde zaak achtte de Kamer de klacht gegrond, in de tweede ongegrond.

<sup>18</sup> J. Dohmen, ‘Bejaarden prooien’, *Elsevier*, 2010-50, p. 73.

## 2. Dementie

Omdat het begrip “dementie” niet eenduidig is en enige kennis bij de lezer omtrent deze ziekte noodzakelijk is voor een goed begrip van de problematiek, zet ik in deze paragraaf de voor dit onderzoek meest relevante informatie omtrent dementie uiteen.

### 2.1 Het begrip dementie

Dementie is de verzamelnaam voor stoornissen waarbij de hogere verstandelijke vermogens achteruit gaan. Er zijn 52 vormen van dementie.<sup>19</sup> Letterlijk betekent dementie “ontgeesting, geestelijke aftakeling”. Dementie is eigenlijk geen ziekte maar een combinatie van ziekteverschijnselen die samen het dementiesyndroom vormen.<sup>20</sup>

De Internationale Classificatie van Ziekten van de Wereldgezondheidsorganisatie (ICD), omschrijft dementie als volgt:

‘Dementie is een syndroom tengevolge van een hersenaandoening, meestal chronisch of progressief van aard, waarbij er een verstoring is van multiple corticale hersenfuncties, zoals geheugen, denken, oriëntatie, begripsvermogen, rekenen, taal en beoordelingsvermogen. Verlies van deze verstandelijke functies gaat meestal gepaard met, of in minder mate voorafgegaan door, een achteruitgang van emotionele controle, sociaal gedrag en motivatie.’<sup>21</sup>

Dementie wordt vaak geassocieerd met ouderdom, maar ouderdom leidt niet altijd tot dementie. De meeste 65-plussers functioneren verstandelijk gezien goed. Sommige cognitieve capaciteiten functioneren minder goed dan in de “jonge jaren”, maar dit is een natuurlijk proces.<sup>22</sup> Ook kan dementie voorkomen bij mensen jonger dan 65 jaar. Deze groep wordt jong dementerend genoemd.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> L. van Almelo, ‘Is zij wel goed bij haar hoofd?’, *Notariaat Magazine* 2012-1, p. 24.

<sup>20</sup> Hersenstichting Nederland, ‘Alles over hersenen’, <<https://www.hersenstichting.nl/alles-over-hersenen/index.html>>.

<sup>21</sup> Wereldgezondheidsorganisatie, ‘ICD-10’, <<http://www.icd-10.nl/icd-10/>>.

<sup>22</sup> Hersenstichting Nederland, ‘Alles over hersenen’, <<https://www.hersenstichting.nl/alles-over-hersenen/index.html>>.

<sup>23</sup> Alzheimer Nederland, ‘Cijfers en feiten over dementie’, 16 februari 2012, <[alzheimer-nederland.nl](http://alzheimer-nederland.nl)>.

## 2.2 Symptomen

Bij dementie blijft het bewustzijn helder, terwijl het denken, oriëntatievermogen, begrip, leer- en oordeelvermogen en het taalgebruik minder worden. Ernstige geheugenproblemen zijn het meest opvallende aspect van dementie. In het begin tast dementie met name het kortetermijngeheugen aan, in een later stadium het langetermijngeheugen. Het opnemen van nieuwe informatie lukt niet meer, en er ontstaan problemen met lezen, praten, schrijven en rekenen.<sup>24</sup>

Zelfstandig handelen en het nemen van initiatieven worden bemoeilijkt en raken onder het vroegere niveau. Ook persoonlijkheids- en gedragsveranderingen kunnen optreden, zoals de versterking van karaktereigenschappen. Vaak raakt iemand gedesoriënteerd in tijd en/of plaats en gaan sociale vaardigheden verloren. Veel patiënten krijgen klachten van depressieve aard. In de laatste fase van het ziekteproces is de patiënt zeer hulpbehoevend en herkent hij zijn familie en omgeving niet of nauwelijks meer.<sup>25</sup>

## 2.3 Verschillende vormen

Er zijn veel vormen van dementie en er zijn ook aandoeningen waarbij bepaalde symptomen van dementie voorkomen. De meest bekende en meest voorkomende vorm is de ziekte van Alzheimer (70% van de dementerenden lijdt aan alzheimer).<sup>26</sup>

Dementie kan ook ontstaan na herseninfarcten (vasculaire dementie). Andere vormen zijn frontotemporale dementie (vroeger ook wel ziekte van Pick genoemd) en dementie met Lewy lichaampjes. Voorbeelden van andere aandoeningen waarbij dementie kan optreden zijn Parkinson, Huntington, aids en OPS.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Hersenstichting Nederland, 'Alles over hersenen', <<https://www.hersenstichting.nl/alles-over-hersenen/index.html>>.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Alzheimer Nederland, 'Cijfers en feiten over dementie', 16 februari 2012, <[alzheimer-nederland.nl](http://alzheimer-nederland.nl)>.

<sup>27</sup> Hersenstichting Nederland, 'Alles over hersenen', <<https://www.hersenstichting.nl/alles-over-hersenen/index.html>>.

## 2.4 Diagnose

De diagnose dementie wordt gesteld bij een ernstige geheugenstoornis in combinatie met minstens één ander probleem: een verstoord taalbegrip, voorwerpen niet meer kunnen herkennen terwijl de zintuigen nog werken (agnosie), meervoudige handelingen niet kunnen uitvoeren (apraxie) en problemen met het intellectuele vermogen (plannen, regelen en abstract denken). Voor de diagnose moeten deze problemen het dagelijks functioneren in enige mate verstoren.<sup>28</sup>

De diagnose dementie kan met grote zekerheid gesteld worden in geheugenpoliklinieken en alzheimercentra. De hier genoemde vormen van dementie kunnen worden onderscheiden door middel van gedragstesten en -observaties in combinatie met beeldvormend onderzoek en onderzoek van hersenvocht.<sup>29</sup>

## 2.5 Stadia in het ziektebeeld

Hoewel het ziekteverloop bij iedereen anders is, zijn er wel bepaalde stadia van ontwikkeling te herkennen in het ziekteverloop van alzheimer. Hieronder geef ik deze stadia weer.

### *Eerste stadium*

Dit wordt de pre-klinische fase genoemd. Effecten van de ziekte zijn nog niet duidelijk merkbaar. Dit stadium kenmerkt zich onder andere door:

- vergeetachtigheid
- desoriëntatie
- verandering van persoonlijkheid
- vermindering van reactievermogen

---

<sup>28</sup> Hersenstichting Nederland, 'Alles over hersenen', <<https://www.hersenstichting.nl/alles-over-hersenen/index.html>>.

<sup>29</sup> Ibidem.

### *Tweede stadium*

Karakteristiek voor dit stadium is de milde cognitieve beschadiging (Mild Cognitive Impairment). In deze fase is het duidelijk dat de patiënt door geestelijke invaliditeit belemmeringen ondervindt in het dagelijks leven. Het korte termijngeheugen functioneert niet goed meer, terwijl herinneringen uit een ver verleden vaak helder voor ogen staan. Zo vergeten patiënten data, de tijd of het seizoen. Ook kunnen zij hun emoties niet goed controleren en hebben moeite met het herkennen van familieleden en vrienden. Dit stadium kan voor de directe omgeving van de patiënt bijzonder confronterend zijn. De patiënt verliest zijn zelfstandigheid en wordt steeds meer hulpbehoevend. Daarnaast kan er sprake zijn toenemende ongeïnteresseerdheid (apathie).

### *Derde stadium*

Dit is de laatste en ook meest ernstige fase; de patiënt is nu volledig afhankelijk van hulp van anderen. De patiënt kan eigenlijk niets meer zelfstandig en heeft 24 uur per dag zorg nodig.<sup>30</sup>

## **2.6 Cijfers**

In Nederland hadden in 2011 ongeveer 250.000 mensen dementie. Hiervan zijn 12.000 mensen jong dementerend. Ruim 60.000 dementerenden wonen in verpleeg- of verzorgingshuizen en ruim 100.000 hebben nog geen diagnose. Leeftijd is de belangrijkste risicofactor voor dementie. Ruim 10% van de mensen boven de 65 jaar heeft dementie, ruim 20% van de mensen boven de 80 jaar en ruim 40% van de mensen boven de 90 jaar. Alzheimer Nederland verwacht dat het aantal mensen met dementie als gevolg van de vergrijzing explosief zal stijgen naar meer dan een half miljoen in 2040. In 2050 bereikt het aantal mensen met dementie een piek van ruim 565.000.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> ISAO, 'Het verloop van Alzheimer', <[http://www.alzheimer.nl/verloop\\_van\\_alzheimer.html](http://www.alzheimer.nl/verloop_van_alzheimer.html)>.

<sup>31</sup> Alzheimer Nederland, 'Cijfers en feiten over dementie', 16 februari 2012, <[alzheimer-nederland.nl](http://alzheimer-nederland.nl)>.

### 3. Problemen in de huidige notariële regelgeving

#### 3.1 Beperkte beroepsmogelijkheden testament

In deze paragraaf onderzoek ik of er voldoende mogelijkheden zijn om een testament dat is opgesteld door een dementerende, aan te vechten. Hiertoe zet ik tevens enige relevante informatie met betrekking tot het leerstuk van de wilsonbekwaamheid uiteen.

##### 3.1.1 Wils(on)bekwaamheid

Wilsbekwaamheid is het vermogen om ten aanzien van een bepaalde beslissing zelf deze beslissing verantwoord te nemen. De notaris heeft de taak om rechtsbescherming te bieden met betrekking tot de inhoud en de rechtgevolgen van de akte (de voorgenomen rechtshandeling).<sup>32</sup> In het arrest Groningse huwelijkse voorwaarden<sup>33</sup> heeft de Hoge Raad bepaald dat de notaris beroepshalve is gehouden naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. In art. 43, lid 1 Wna is deze norm gecodificeerd. Daarom dient een notaris de wilsbekwaamheid van de cliënt te toetsen voordat hij een akte passeert.

Wilsonbekwaamheid als term bestaat niet als zodanig in de wet, maar wordt in de literatuur gebruikt om de situatie aan te duiden waarin iemand niet in staat is om zelf verantwoord een bepaalde beslissing te nemen. Iemand die dementerend is, kan mogelijk wilsonbekwaam zijn. Volgens Herman Post van Alzheimer Nederland is iemand met dementie echter niet per definitie wilsonbekwaam.<sup>34</sup> De Gezondheidsraad merkt hierover op: ‘Dementiepatiënten zijn niet per definitie wilsonbekwaam. Het vermogen om rationeel te denken, te abstraheren en te reflecteren, verdwijnt niet plotseling. Of iemand wilsonbekwaam is, hangt af van het onderwerp en de complexiteit van de situatie. Het oordeel heeft uitsluitend betrekking op één (type) beslissing en is geen vrijbrief voor paternalisme in andere situaties.’<sup>35</sup> Wellicht ten overvloede dient opgemerkt te worden dat wilsonbekwaamheid natuurlijk niet verward moet

---

<sup>32</sup> EPN & VIA, *Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten*, 2012, versie 1, p. 5.

<sup>33</sup> HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

<sup>34</sup> L. van Almelo, ‘Is zij wel goed bij haar hoofd?’, *Notariaat Magazine* 2012-1, p. 24.

<sup>35</sup> Gezondheidsraad, *Dementie*, Den Haag 2002. Publicatie nr. 2002/04. p. 18.

worden met de in art. 3:32, lid 1 BW beschreven handelingsonbekwaamheid. Op bescherming van handelingsonbekwamen wordt in paragraaf 4.3 verder ingegaan.

### 3.1.2 De uiterste wilsbeschikking

Een rechtshandeling vereist ingevolge art. 3:33 BW een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Het bestaan van een “wil” is niet afhankelijk van een uiting (openbaring). Een rechtshandeling kan het echter niet stellen zonder openbaring. De verklaarde wil is nodig voor het tot stand doen komen van een overeenkomst, alleen aan uiterlijke gedragingen kan rechtsgevolg worden toegekend.<sup>36</sup> Art. 3:37 BW bepaalt dat verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm kunnen geschieden en dat deze in één of meer verklaringen besloten kunnen liggen, tenzij de wet anders bepaalt. Voor uiterste wilsbeschikkingen zijn vormvoorschriften voorgeschreven in afdeling 4.4 van boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.

Ingevolge art. 4:42, lid 1 BW is een uiterste wilsbeschikking een ‘eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit Boek geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt’. Uit deze bewoording kan worden afgeleid dat er sprake is van een eenzijdige rechtshandeling. De definitie van een uiterste wilsbeschikking van art. 4:42, lid 1 BW geeft echter nog geen uitsluitsel over de vraag of de rechtshandeling gericht of ongericht is.

Gerichte eenzijdige rechtshandelingen zijn die rechtshandelingen waarbij de wilsverklaring tot een andere persoon wordt gericht, zoals een ingebrekestelling. In beginsel is bij deze rechtshandelingen voor het intreden van het rechtsgevolg vereist dat de verklaring die andere persoon heeft bereikt.<sup>37</sup> Ongericte rechtshandelingen zijn rechtshandelingen die niet tot een of meer andere personen zijn gericht, zoals de aanvaarding of verwerping van een

---

<sup>36</sup> A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6-III. Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 119.

<sup>37</sup> *Ibidem*, nr. 99.



nalenschap en het maken van een uiterste wil.<sup>38</sup> In de literatuur lijkt de visie dat de uiterste wilsbeschikking ongericht is, heersende leer te zijn.<sup>39</sup>

### 3.1.3 Nietigheid

Wil en wilsuiting hoeven niet overeen hoeven te stemmen. ‘De vertaling van de door de aspirant-testateur mondeling overgebrachte wil in een door een notaris opgestelde tekst, vormt geen garantie dat de tekst in harmonie is met de wil,’ aldus Van Mourik.<sup>40</sup> Art. 3:34, lid 2 BW bepaalt dat een eenzijdig ongerichte rechtshandeling door het ontbreken van de wil nietig wordt. In lid 1 van hetzelfde artikel staat beschreven wat er met het “ontbreken van de wil” bedoeld wordt. Een met de verklaring overeenstemmende wil wordt in twee gevallen geacht afwezig te zijn. Ten eerste indien de stoornis een redelijke waardering van de bij de handeling betrokken belangen belette en ten tweede indien de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan. Bij deze tweede grond geldt dat een verklaring wordt vermoed onder invloed van de stoornis te zijn gedaan, indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was.<sup>41</sup> Volgens Kolkman speelt dit vermoeden over het onmiddellijke oorzakelijke verband tussen stoornis en verklaring echter bij de uiterste wilsbeschikking slechts een zeer ondergeschikte rol. Hij wijst er namelijk op dat welbeschouwd een uiterste wil immers uit haar aard voor de erflater niet nadelig kan zijn.<sup>42</sup>

De eerste vraag is met name van belang. Belet de stoornis een redelijke waardering van de bij de handeling betrokken belangen? Deze vraag kan op twee manieren worden geïnterpreteerd. De eerste manier is dat de rechter oog heeft op een redelijke waardering van de bij het maken van een eenzijdige rechtshandeling in het algemeen betrokken belangen. De tweede manier is een redelijke waardering van de bij het maken van juist deze eenzijdige rechtshandeling in concreto betrokken belangen.<sup>43</sup> Kolkman wijst erop dat dit onderscheid onder meer van belang kan zijn wanneer de rechter over medische attesten beschikt. Deze zijn in algemene

---

<sup>38</sup> A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6-III. Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 99.

<sup>39</sup> F.W.J.M. Schols, ‘Uiterste wilsbeschikking, algemeen’, in: M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek erfrecht* (publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 108.

<sup>40</sup> M.J.A. van Mourik, *Monografieën Privaatrecht. 1. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 96.

<sup>41</sup> W.D. Kolkman, ‘Deontologische dilemma’s in het erfrecht’, (Preadvis KNB), in: G.J.C. Lekkerkerker e.a., *De goede notaris*, Den Haag: SDU uitgevers 2010, p. 133.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 133.

bewoordingen gesteld en richten zich niet op de inhoud van het voorliggende testament.<sup>44</sup> Dat art. 3:34, lid 1 BW spreekt van de waardering van de ‘bij de handeling betrokken’ belangen, is volgens Kolkman een aanwijzing dat de rechter zich behoort te richten op de belangen die door een concrete uiterste wilsbeschikking worden geraakt. Dit impliceert dat de inhoud van de eenzijdige rechtshandeling in deze visie fungeert als basis voor de beantwoording van de vraag naar de aanwezigheid van een stoornis, maar deze inhoud vormt niet de enige wegingsfactor. De discussie of de geestelijke gesteldheid van de testateur beoordeeld dient te worden in het algemeen dan wel met betrekking tot de in concreto betrokken belangen, doet zich ook voor bij art. 4:55, lid 2 BW. Dit artikel biedt hem die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, de mogelijkheid met toestemming van de rechter een uiterste wilsbeschikking te maken. Het is echter de taak van de rechter om te beoordelen of de geestelijke stoornis niet verhindert dat de onder curatele gestelde de gevolgen van het testament voldoende overziet, conform art. 3:34, lid 1 BW.<sup>45</sup> De discussie die zich voordoet bij art. 4:55, lid 2 BW is dus eveneens van toepassing bij art. 3:34, lid 1 BW. Volgens Kolkman laat de doctrine op dit gebied een diffuus beeld zien. Breemhaar<sup>46</sup> betoogt bijvoorbeeld dat de rechterlijke toestemming betrekking heeft op het maken van een uiterste wilsbeschikking in concreto en niet op het maken van uiterste wilsbeschikkingen in abstracto. Daarentegen verkondigen rechters zelf dat de rechter tot taak heeft te beoordelen of de geestelijke stoornis niet verhindert dat de curandus de gevolgen van de uiterste wilsbeschikkingen overziet, welk oordeel in beginsel op de algemene situatie moet worden gebaseerd. Hiermee wordt dus expliciet gesteld dat het oordeel niet moet worden gebaseerd op een bepaald concepttestament, al kan dit concept wel van invloed zijn.<sup>47</sup> De meningen dienaangaande lopen dus uiteen en er is (nog) geen algemeen standpunt. Onduidelijk is dus of de geestelijke stoornis de in het algemeen bij een eenzijdige rechtshandeling betrokken belangen moest belemmeren voor een geslaagd beroep op nietigheid, dan wel de in concreto betrokken belangen.

---

<sup>44</sup> W.D. Kolkman, ‘Deontologische dilemma’s in het erfrecht’, (Preadvies KNB), in: G.J.C. Lekkerkerker e.a., *De goede notaris*, Den Haag: SDU uitgevers 2010, p. 133.

<sup>45</sup> F.W.J.M. Schols, ‘Uiterste wilsbeschikking; maken en genieten’, in: M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek erfrecht* (publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 237.

<sup>46</sup> W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 25.

<sup>47</sup> Zie ‘Handleiding Erfrechtprocedures Kantonrechter van het Landelijk Overleg Kantonsectorvoorzitters’, 10 november 2008, <<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Richtlijnen%20kantonrechtspraak/Documents/Handleidingerfrechtprocedures2008.pdf>>.

### 3.1.4 Oordeel rechters wilsonbekwaamheid

Het is mogelijk dat de rechter van mening is dat voor het nietig verklaren van een testament de wilsonbekwaamheid bij het maken van juist deze eenzijdige rechtshandeling in concreto betrokken belangen moet worden beoordeeld. Achteraf is het echter bijna onmogelijk vast te stellen dat de testateur specifiek met betrekking tot het maken van het opgestelde testament wils(on)bekwaam was. Dat rechters met bovenstaande materie worstelen, laten onderstaande uitspraken zien.

De rechtbank 's-Gravenhage wijst erop dat het voor een patiënt met alzheimer veel moeilijker in staat is om daadwerkelijk de wil te bepalen ten aanzien van een complexe beslissing dan ten aanzien van een eenvoudige dagelijkse beslissing, omdat een door de ziekte van Alzheimer aangetast brein de consequenties van een complexe beslissing aanzienlijk minder goed zal kunnen overzien. De rechtbank stelt dat er in casu sprake is van een complexe beslissing en dat de gedaagde – de nieuwe partner van de testateur – onvoldoende concreet feitelijk onderbouwd heeft dat haar partner (erflater) ondanks het matige tot ernstige stadium van zijn alzheimer-dementie om het moment van passeren van het testament in voldoende mate beschikte over de vereiste zelfstandige geestvermogens voor het ingrijpend wijzigen van zijn uiterste wilsbeschikking bij testament.<sup>48</sup>

Het oordeel van rechtbank Utrecht is met bovenstaande uitspraak op één lijn te stellen. Deze rechtbank kwam tot het nietig verklaren van het testament op grond van de volgende redenering:

‘Gelet op het voorgaande – in het bijzonder de verklaringen van de medisch specialisten – is de rechtbank van oordeel dat vast is komen te staan dat de geestvermogens van de vrouw ten tijde van het sluiten van het huwelijk reeds zodanig waren gestoord dat zij niet in staat was haar wil te bepalen of de betekenis van haar verklaring te begrijpen. Hierbij is van belang dat het aangaan van het huwelijk een complexe beslissing betrof, met grote (financiële en emotionele) consequenties.’<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Rb. 's-Gravenhage, 25 januari 2012, *LJN* BV2938, r.o. 4.3 en 4.4.

<sup>49</sup> Rb. Utrecht, 24 november 2010, *LJN* BO6170, r.o. 3.8.

De lijn die de rechters in deze zaken lijken te trekken is dat als vast staat dat iemand in bepaalde mate leed aan dementie ten tijden van passeren van het testament, de wilsonbekwaamheid daarmee vast staat. Andere zaken laten echter een ander beeld zien.

Rechtbank Amsterdam<sup>50</sup> oordeelde dat de feiten ‘zodanig moeten zijn, dat de mogelijkheid dat erflater de voor de behandeling noodzakelijke bekwaamheid op het ogenblik ter behandeling bezat, volstrekt is uitgesloten’. In deze uitspraak lijkt de rechter er blijk van te geven dat dementerenden niet per definitie wilsonbekwaam zijn en dat daarom achteraf niet kan worden vastgesteld dat iemand wilsonbekwaam was omdat hij aan dementie leed.

De vraag die rijst is wanneer de stoornis nu zodanig is dat er geen wilsbekwaamheid meer is. Moet de wilsbekwaamheid ‘volstrekt’ zijn uitgesloten zoals rechtbank Amsterdam oordeelde of staat de wilsonbekwaamheid vast indien de geestesvermogens van de testateur in bepaalde mate waren aangetast op het moment dat het testament gepasseerd werd, zoals de rechtbanken ’s-Gravenhage en Utrecht oordeelden? Deze vraag is tot op heden onbeantwoord gebleven maar een antwoord is van groot belang. Deze vraag is ook relevant voor de notaris voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de testateur op het moment van het passeren van het testament. Hier kom ik in paragraaf 3.2 op terug.

### **3.1.5 Bewijs**

Een probleem dat samenhangt met het achteraf beoordelen door de rechter of de testateur wilsonbekwaam was, is het aandrazen van het bewijs voor deze beoordeling.

Ingevolge art. 150 Rv is de hoofdregel in het burgerlijk procesrecht dat degene die stelt, moet bewijzen tenzij uit een bijzondere regel of de redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. Er is met betrekking tot het bewijs voor het achteraf vaststellen van de wilsonbekwaamheid van de testateur geen bijzondere regel. Vaak weten de nabestaanden pas achteraf dat er een testament is opgemaakt en gewijzigd en wanneer dit heeft plaatsgevonden. Het is dan vrijwel onmogelijk te bewijzen dat de testateur op het moment dat het testament werd opgesteld, wilsonbekwaam was. Als het al lukt dementie aan te tonen, is hiermee nog niet gesteld dat de testateur ten tijde van het opmaken van het testament ook wilsonbekwaam was.

---

<sup>50</sup> Rb. Amsterdam, 23 november 1914, *NJ* 1914, 61.

### 3.1.6 Vernietiging

De rechter kan dus een testament nietig verklaren indien een wil ontbreekt dan wel wanneer een wil niet overeenkomt met een verklaring. Het is ook mogelijk dat een testament wordt opgemaakt terwijl de wil op een gebrekkige wijze is gevormd. In dat geval kan de rechter eenzijdig ongerichte rechtshandelingen vernietigen op grond van wilsgebreken. De wilsgebreken zijn geregeld in de artt. 3:44 BW en 6:228 BW. Art. 3:44 BW verklaart in het algemeen een rechtshandeling vernietigbaar wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Art. 4:43, lid 1 BW maakt daarop een uitzondering voor uiterste-wilsbeschikkingen. Een uiterste-wilsbeschikking is niet vatbaar voor vernietiging op grond van het feit dat zij door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. En dat terwijl misbruik van omstandigheden de meest voor de hand liggende vernietigingsgrond is in het geval dat er misbruik wordt gemaakt van de dementie van de testateur. Wortmann en Duijvendijk-Brand stellen dat de wetgever vreesde dat een dergelijke vernietigingsgrond tot veel procedures aanleiding zou geven.<sup>51</sup>

Het oude BW voor 1992 kende misbruik van omstandigheden als zelfstandig wilsgebrek niet. Per 1 januari 1992 is met de invoering van art. 3:44, lid 4 BW misbruik van omstandigheden als apart, vierde wilsgebrek opgenomen. Zoals hierboven aangegeven wordt door art. 4:43, lid 1 BW dat in werking trad op 1 januari 2003 de algemene regel van het wilsgebrek misbruik van omstandigheden aan de kant gezet bij een uiterste wilsbeschikking. Hierdoor kan een erfstelling of legaat dat is vastgelegd in een notarieel testament dat tot stand is gekomen door misbruik van omstandigheden niet meer worden vernietigd.<sup>52</sup> Wanneer deze uitzonderingsbepaling niet zou bestaan, zou een testateur bij wie dementie niet vast is komen te staan maar die wel onder druk van een afhankelijkheidsrelatie een uiterste wilsbeschikking heeft opgemaakt, of zijn nabestaanden, deze kunnen vernietigen op grond van misbruik van omstandigheden. Nu rest slechts de mogelijkheid van een tuchtrechtelijke klacht richting de (kandidaat-)notaris, al dan niet gevolgd door een civiele vordering tot schadevergoeding.<sup>53</sup> De gedachte achter de uitzonderingsbepaling is beschreven door Meijers in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van art. 4:43, lid 1 BW:

---

<sup>51</sup> S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 277.

<sup>52</sup> T.A.M. Weijermans, 'Misbruik van omstandigheden en uiterste wilsbeschikkingen', *WPNR* 2009, 6811, § 3.1.

<sup>53</sup> *Ibidem*, § 4.3.

‘Misbruik van omstandigheden is hier niet genoemd, omdat daaruit geen benadeling van erfflater voortkomen kan. Het is ook niet gewenst om een misbruik van omstandigheden als grond van vernietiging van uiterste wilsbeschikkingen te erkennen, omdat dit juist bij uiterste willen een voortdurende bron van processen zou zijn; degenen, die door een testament in hun verwachtingen zijn teleurgesteld, menen bijna steeds dat de bevoordeelden een onoirbare invloed hebben uitgeoefend om de erfflater tot het maken van zijn uiterste wil te bewegen.’<sup>54</sup>

Hieruit kan worden afgeleid dat de vrees voor een toename van processen het zwaarste argument was voor het weglaten van misbruik van omstandigheden als vernietigingsgrond voor uiterste wilsbeschikkingen. Weijermans wijst er echter op dat Meijers echter geen enkele feitelijke of cijfermatige onderbouwing heeft gegeven van de door hem gevreesde toevloed van processen. Weijermans stelt dat deze vrees dus nergens op is gebaseerd en ook niet veel voorstelt.<sup>55</sup> Hij is juist van mening dat de wettelijke mogelijkheid voor een slachtoffer van misbruik van omstandigheden bij uiterste wilsbeschikkingen om via een gerechtelijke procedure zijn gelijk te halen doorslaggevender is dan een toename van het aantal processen. Hier sluit ik mij bij aan en daarom ben ik van mening dat de huidige situatie onbevredigend is. Daarbij zullen met deze oplossing opmerkelijke oordelen zoals in de uitspraak van de rechtbank ’s-Gravenhage<sup>56</sup> niet meer voor hoeven komen.

In deze zaak speelde het volgende. Een vader, tandarts van beroep, en een vooroverleden moeder hadden drie dochters. In zijn tandartspraktijk had vader een assistente die na een onderbreking van bijna twintig jaar in 2001 opnieuw in de praktijk kwam werken. De tandarts wijzigde op 23 mei 2008 zijn testament waarbij hij zijn assistent tot enig erfgenaam benoemde, waarna de tandarts op 28 juli 2008 overleed. In deze casus kon niet vastgesteld worden dat de tandarts aan een geestelijke stoornis leed op het moment dat het testament gepasseerd werd. De advocaat van de dochters deed een beroep op vernietiging op grond van artikel 4:43 BW en op een “verboden beschikking” als bedoeld in artikel 4:59 BW. Beide beroepen werden afgewezen.

---

<sup>54</sup> Derde Nota van Wijziging van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, 17141, nr. 10 (Zitting 1991-1992), ontvangen 7 oktober 1991. In: Van der Burgt c.s., Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4, p. 1774.

<sup>55</sup> T.A.M. Weijermans, ‘Misbruik van omstandigheden en uiterste wilsbeschikkingen’, *WPNR* 2009, 6811, § 4.1.

<sup>56</sup> Rb. ’s Gravenhage, 8 juni 2011, *LJN* BU8572.

De advocaat vorderde echter tevens dat de assistente op grond van redelijkheid en billijkheid geen rechten mocht ontlelen aan het testament. De rechtbank heeft uit de verklaring afgeleid dat de assistente zich op een opdringende wijze mengde in de relatie tussen de tandarts en zijn dochters en dat zij een wig tussen hen dreef. Hierop heeft de rechtbank geconcludeerd dat de assistente een vooropgezet plan had om de tandarts ertoe te bewegen dat hij zijn testament ten nadele van de dochters zou wijzigen.

De rechtbank besloot daarom dat de tandartsassistente naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen rechten kan ontlelen aan de uiterste wilsbeschikking die de tandarts in zijn testament van 23 mei 2008 heeft opgenomen. De rechtbank liet het testament in stand, maar heeft bepaald dat de assistente daaraan geen rechten kan ontlelen.

Mijns inziens is deze uitspraak het gevolg van het niet een beroep kunnen doen op de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden bij een uiterste wilsbeschikking. Daarom moest er een beroep worden gedaan op de redelijkheid en billijkheid, terwijl dit veel meer rechtsonzekerheid met zich meebrengt. Dit is namelijk een zeer brede definitie die op vele situaties van toepassing is. Daarbij kan met een geslaagd beroep op redelijkheid en billijkheid het testament niet worden vernietigd. De rechtbank heeft in deze zaak besloten dat het testament in stand blijft maar dat de assistente daar geen rechten aan kan ontlelen. Maar vervolgens rijst de vraag wat er vervolgens moet gebeuren. De assistente kan geen beroep doen op het testament maar nu de dochters onterfd zijn in het testament dat in stand blijft, is er feitelijk niemand erfgenaam. Deze situatie lijkt mij verre van wenselijk, maar kan in de toekomst worden opgelost door het mogelijk te maken een beroep te doen op de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden.

Bij dwaling is eveneens sprake van een wilsgebrek. Omdat dwaling in beginsel alleen kan leiden tot aantasting van een overeenkomst, is dit vierde wilsgebrek geregeld in art. 6:228 BW.<sup>57</sup> Het erfrecht kent voor dwaling echter een eigen regeling. Gesproken wordt in art. 4:43, lid 2 BW van een onjuiste beweegreden. In het algemeen is een uiterste wilsbeschikking aangegaan onder invloed van een onjuiste beweegreden niet vernietigbaar. Dit is anders, indien de ten onrechte veronderstelde omstandigheid die de onjuiste beweegreden voor de

---

<sup>57</sup> C. Bollen, R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi 2006, p. 28.

uiterste wilsbeschikking vormt in de uiterste wil zelf is vermeld en de erflater de beschikking niet zou hebben gemaakt, indien hij van de onjuistheid kennis had gedragen. De mogelijkheid tot vernietiging verdwijnt, als de uiterste wilsbeschikking door de erflater is bevestigd, nadat het bedrog of de onjuiste beweegreden is ontdekt of de bedreiging heeft opgehouden te werken.<sup>58</sup> Hoe van een bevestiging blijkt, zegt de wet niet (art. 4:43, lid 3 BW).<sup>59</sup> Ingevolge art. 4:54, lid 1 BW is er bij een beroep op art. 4:43 BW slechts een verjaarsstermijn van één jaar.<sup>60</sup> De rechtsvordering tot vernietiging verjaart één jaar nadat zowel de dood van de erflater als de uiterste wilsbeschikking als de vernietigingsgrond ter kennis is gekomen van degene die zich op de vernietigingsgrond kan beroepen dan wel diens rechtsopvolger. Ingevolge art. 3:51, lid 3 BW kan ondanks de verjaring te allen tijde een beroep in rechte worden gedaan ter afwering van een op de vernietigbare uiterste wilsbeschikking steunende vordering. Dit wordt het exceptief verweer genoemd.<sup>61</sup>

Hoewel een beroep op het wilsgebrek misbruik van omstandigheden niet mogelijk is bij een uiterste-wilsbeschikking, proberen advocaten hier toch soms een beroep op te doen.<sup>62</sup> Dat dit niet lukt, getuigt de uitspraak van de rechtbank 's Gravenhage van 8 juni 2011.<sup>63</sup> In deze zaak probeerde de eiser een testament te laten vernietigen op grond van art. 4:43, lid 1 BW. De rechtbank bepaalde:

‘De vordering tot vernietiging van het testament van 23 mei 2008 is evenmin op grond van artikel 4:43 BW toewijsbaar. Krachtens artikel 4:43, lid 1 BW kan een uiterste wilsbeschikking niet worden vernietigd wegens misbruik van omstandigheden.’<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> Derde Nota van Wijziging van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, 17141, nr. 10 (Zitting 1991-1992), ontvangen 7 oktober 1991. In: Van der Burgt c.s., *Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Boek 4*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1775.

<sup>59</sup> S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 277.

<sup>60</sup> T. Kool, nieuwsbrief ‘Erfrecht’ *KBG Advocaten*, januari 2008, <<http://www.kbgadvocaten.nl/nieuwsbrief/nberf20081.pdf>>.

<sup>61</sup> F.W.J.M. Schols, ‘Uiterste wilsbeschikking, algemeen’, in: M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek erfrecht* (publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 123.

<sup>62</sup> T. Kool, nieuwsbrief ‘Erfrecht’ *KBG Advocaten*, januari 2008, <<http://www.kbgadvocaten.nl/nieuwsbrief/nberf20081.pdf>>.

<sup>63</sup> Rb. 's-Gravenhage, 8 juni 2011, *LJN* BU8572.

<sup>64</sup> Rb. 's-Gravenhage, 8 juni 2011, *LJN* BU8572, r.o. 4.6.



### **3.1.7 Conclusie**

Bovenstaande uiteenzetting leidt tot de conclusie dat de mogelijkheden om een door een dementerende opgesteld testament aan te vechten onvoldoende zijn. Bij dementie zal een beroep op wilsonbreken gedaan moeten worden op grond van art. 3:34 BW. Als dit beroep slaagt, is op grond van art. 3:34, lid 2 BW het testament nietig.<sup>65</sup> Nabestaanden kunnen echter bijna onmogelijk bewijzen dat een dementerende wilsonbekwaam was met betrekking tot het opstellen van het testament. Rechters kunnen niet met zekerheid vaststellen dat de testateur met betrekking tot het opstellen van het testament wilsonbekwaam was en zijn niet rechtlijnig in hun oordeel wanneer wilsonbekwaamheid vast staat. In de huidige situatie is de vraag wat de meest wenselijke uitkomst is: stellen dat een dementerende wilsonbekwaam is, wat feitelijk niet juist is, of misbruik nooit vast kunnen stellen omdat wilsonbekwaamheid achteraf nooit met zekerheid kan worden vastgesteld. Beide situaties lijken mij niet wenselijk. Daarom onderzoek ik in hoofdstuk 5 de mogelijkheid de beoordeling van de wils(on)bekwaamheid niet langer aan de notaris over te laten (paragraaf 5.1), de mogelijkheid van het alsnog opnemen van de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden bij een uiterste wilsverklaring (paragraaf 5.2) en de mogelijkheid van omkering van de bewijslast (paragraaf 5.4).

### **3.2 De beoordeling van de wils(on)bekwaamheid van de testateur door de notaris**

In de vorige paragraaf heb ik al even aangestipt dat in het arrest Groningse huwelijkse voorwaarden<sup>66</sup> de Hoge Raad heeft bepaald dat de notaris beroepshalve is gehouden naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Daarom dient een notaris de wilsbekwaamheid van de cliënt te toetsen voordat hij een akte passeert. Zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, is het voor de rechter vrijwel onmogelijk om achteraf vast te stellen of er sprake is van wilsonbekwaamheid. De vraag is of de wilsbekwaamheid van de testateur op het moment van het passeren van het testament door de notaris wel kan worden vastgesteld.

---

<sup>65</sup> T. Kool, nieuwsbrief 'Erfrecht' *KBG Advocaten*, januari 2008, <<http://www.kbgadvocaten.nl/nieuwsbrief/nberf20081.pdf>>.

<sup>66</sup> HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766.

Zoals eerder gesteld is de dementerende niet per definitie wilsonbekwaam. Net als de rechter, moet de notaris beoordelen of de testateur met betrekking tot de uiterste wilsbeschikking wils(on)bekwaam is. En ook bij de notaris speelt de vraag of de wilsbekwaamheid met betrekking de in het algemeen dan wel in concreto betrokken belangen dient te worden beoordeeld. Mijns inziens kan niet door de notaris worden beoordeeld of de dementerende testateur wilsbekwaam is met betrekking tot het opstellen van het testament. Dementie is een zeer complexe ziekte en het opstellen van een testament vergt in zo'n geval een specialist die kan oordelen over de wilsbekwaamheid van de testateur. Alleen al de beoordeling dat er mogelijk sprake is van dementie, vergt een haarfijn inschattingsvermogen van de notaris. Notaris Gips zegt hierover: 'Wanneer moet je aan iemands geestesvermogens twijfelen? Hoe kunnen wij dat als huis-, tuin- en keukenpsychiaters zien?'<sup>67</sup> Mijns inziens mag niet van de notaris worden verlangd dat hij een oordeel geeft over de wilsbekwaamheid van testateur met betrekking tot het opstellen van de uiterste wilsverklaring. Echter, ingevolge art. 21 Wna heeft de notaris de verplichting zijn diensten te verlenen, de zogeheten ministerieplicht. Hij mag zijn diensten slechts weigeren indien hij het vermoeden heeft dat zijn werkzaamheden zullen leiden tot strijd met het recht of de openbare orde. En om te oordelen dat er een vermoeden is dat zijn diensten zullen leiden tot strijd met het recht of de openbare orde, moet de notaris toch weer beoordelen of er mogelijk sprake is van wilsonbekwaamheid.

Voor 1 januari 2012 was het zo dat de notaris zijn diensten moest weigeren indien hij de 'overtuiging' had dat zijn werkzaamheden zouden leiden tot strijd met het recht of de openbare orde of wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. Per 1 januari 2012 is deze dienstweigeringsplicht verruimd naar de omstandigheid waarin de notaris slechts een 'vermoeden' heeft dat zijn diensten zullen leiden tot ongewenste situaties.

Eind september 2011 heeft de Eerste Kamer een wetsvoorstel<sup>68</sup> aanvaard dat ervoor heeft gezorgd dat de dienstweigeringsplicht nu is verruimd. Aanleiding voor dit wetsvoorstel was de evaluatie van de Wet op het notarisambt door de commissie onder leiding van

---

<sup>67</sup> L. van Almelo, "Acceptatie van tuchtrecht neemt af", *Notariaat Magazine* 2008-1, p. 8.

<sup>68</sup> Wetsvoorstel Wijziging van de Wet op het notarisambt, onder meer naar aanleiding van de evaluatie van die wet, *Kamerstukken II* 2009-2011, 32250, nr. 1.

Hammerstein.<sup>69</sup> Het doel van het wetsvoorstel is dat er sneller en gericht kan worden opgetreden wanneer een notaris niet goed functioneert. In de Memorie van Toelichting staat: ‘Dit wetsvoorstel bevat een aantal voorstellen om de integriteit en kwaliteit van het notariaat te bevorderen.’<sup>70</sup> Het is mogelijk dat op de achtergrond de betrokkenheid bij vastgoedfraude van sommige notarissen speelde. De wetgever heeft mogelijk een duidelijke waarschuwing willen geven aan notarissen om voorzichtig en terughoudend te zijn.<sup>71</sup> Het wetsvoorstel bevat onder meer een scheiding tussen tuchtrecht en toezicht, en een verruiming van de mogelijkheden voor schorsing en ontslag.<sup>72</sup>

Een andere aanpassing is dus de aanscherping van de plicht tot dienstweigeren. Hiertoe is art. 21 Wna per 1 januari 2012 aangepast,<sup>73</sup> zodat dit artikel nu bepaalt dat wanneer een notaris een vermoeden heeft dat zijn cliënt niet wilsbekwaam is door dementie, hij zijn diensten zal moeten weigeren. Maar de notaris wordt door de wijziging ook in een moeilijke positie gebracht omdat hij anderzijds zijn ministerieplicht heeft. Waaijers zegt hierover:

‘Hij (de notaris, red.) kan het fout doen door zijn diensten te verlenen, maar net zo goed door zijn diensten te weigeren. Bij een onoplosbaar dilemma word je als notaris door de hond of door de kat gebeten.’<sup>74</sup>

De vraag is of deze wetswijziging ertoe bijdraagt dat notarissen minder snel ten onrechte in opdracht van een wilsonbekwame het testament passeren. Postmus, kandidaat-notaris in Purmerend, heeft geen hoge verwachtingen van de wetswijziging: ‘Misschien wordt een notaris sneller tuchtrechtelijk aangepakt als artikel 21 wordt aangevuld met het woord “vermoeden”, maar ik denk niet dat beroepshouding van de notaris in de praktijk verandert.’<sup>75</sup>

Waaijer is eveneens van mening dat er in de notariële praktijk niet veel verandert. ‘De wetgever geeft een signaal, meer is het niet. Ik ken geen zaken waarin het verschil tussen

---

<sup>69</sup> Memorie van Toelichting Wijziging van de Wet op het notarisambt, onder meer naar aanleiding van de evaluatie van die wet, *Kamerstukken II 2009-2010*, 32250, nr. 3.

<sup>70</sup> *Ibidem*, nr. 3.

<sup>71</sup> H. van Hermeskerken, ‘Zorgvuldigheid staat altijd voorop’, *Notariaat Magazine 2011-11*, p. 16.

<sup>72</sup> Memorie van Toelichting Wijziging van de Wet op het notarisambt, onder meer naar aanleiding van de evaluatie van die wet, *Kamerstukken II 2009-2010*, 32250, nr. 3.

<sup>73</sup> H. van Hermeskerken, ‘Zorgvuldigheid staat altijd voorop’, *Notariaat Magazine 2011-11*, p. 16.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 16.

“overtuiging” en “vermoeden” een verschil had uitgemaakt voor het beoordelen van het handelen, of niet handelen, van de notaris. En ik kan me zo’n uitspraak ook moeilijk voorstellen, niet civielrechtelijk en niet tuchtrechtelijk. Het is een semantische kwestie.’<sup>76</sup>

Hoewel de wetwijziging een goed signaal lijkt, verandert er hiermee dus weinig. De notaris is nog steeds verplicht de wilsbekwaamheid van zijn cliënt te beoordelen. Dat het voor de notaris problemen oplevert om de wilsbekwaamheid te beoordelen, is een probleem dat al langer in de praktijk bekend is. Daartoe zijn in 2006 en 2012 het stappenplan respectievelijk het EPN-VIA-protocol aan de notaris als handvatten aangereikt. In de paragrafen 4.4 en 4.6 zal ik betogen dat deze handvatten ook niet afdoende zijn gebleken om de kern van het probleem weg te nemen. Mijns inziens is de kern van het probleem dat de notaris niet bekwaam, maar wel bevoegd en zelfs verplicht is de wilsbekwaamheid van zijn cliënt te beoordelen.

### 3.3 Tuchtrecht

Gedupeerden kunnen in bezwaar komen tegen de handelwijze van de notaris wanneer zij vermoeden dat deze een akte heeft verleden terwijl de testateur niet wilsbekwaam was. Tijdens de tuchtrechtelijke procedure dient beoordeeld te worden of en in hoeverre de notaris bij het vaststellen van de wilsbekwaamheid van de erflater tijdens het opstellen en het passeren van het testament voldoende zorgvuldigheid heeft betracht. Voor de civiele rechter is een notariële reprimande onvoldoende reden om een testament nietig te verklaren.<sup>77</sup> Een tuchtrechtelijke veroordeling leidt dus niet automatisch tot een civiele vernietiging van het testament.<sup>78</sup> Slachtoffers hebben in de praktijk echter weinig aan deze reprimande<sup>79</sup> en het kan als zeer wrang worden ervaren door de nabestaanden dat hoewel vastgesteld wordt dat de notaris een fout heeft gemaakt, het testament niet nietig kan worden verklaard.

Echter, dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet automatisch tot een civiele vernietiging leidt, is vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid niet meer dan logisch. De tuchtrechtelijke procedure en de civielrechtelijke procedure verschillen zeer van aard en voor beide

---

<sup>76</sup> H. van Hermeskerken, ‘Zorgvuldigheid staat altijd voorop’, *Notariaat Magazine* 2011-11, p. 16.

<sup>77</sup> J. Dohmen, ‘Bejaarden prooien’, *Elsevier*, 2010-50, p. 74.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 74.

procedures zijn andere feiten en omstandigheden van belang. Uit de jurisprudentie<sup>80</sup> blijkt echter dat er in rechtszaken waarin een testament nietig wordt verklaard, er soms ook een tuchtrechtelijke veroordeling aan vooraf is gegaan. Het is vanuit het oogpunt van de slachtoffers van misbruik een positief signaal wanneer de rechters in een civiele procedure rekening zouden houden met het oordeel van de tuchtrechter. Vanuit het perspectief van de slachtoffers kan het namelijk onverteerbaar zijn dat de uitkomst van hun procedure is dat vaststaat dat de notaris een fout heeft begaan maar dat de consequenties van deze fout niet kunnen worden hersteld en/of de schade verhaald. Op dit punt hoeft echter mijns inziens niets te worden veranderd, hoe oneerlijk het voor nabestaanden kan lijken dat vast staat dat de notaris fouten heeft gemaakt maar dat het testament daartoe niet automatisch nietig wordt verklaard.

Kooke is van mening dat de sancties voor de notaris die klachtwaardig heeft gehandeld, zouden moeten worden verzwaard. Kooke: ‘Nabestaanden worden opgezadeld met een jarenlange procedure die de nodige emotionele en financiële belasting met zich mee brengt, terwijl de notaris er met een waarschuwing vanaf komt.’

De kamer van toezicht kan de volgende maatregelen opleggen aan de (kandidaat-)notaris:

- waarschuwing;
- berisping;
- schorsing in de uitoefening van het ambt (maximaal zes maanden);
- ontzetting uit het ambt.<sup>81</sup>

Uit de tuchtrechtelijke jurisprudentie blijkt echter dat in geen enkele tuchtrechtelijke zaak die zag op het voldoende zorgvuldigheid betrachten bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de testateur, een andere straf is opgelegd dan de maatregel van waarschuwing.<sup>82</sup>

Om te kunnen oordelen of de sancties voor de notaris die klachtwaardig heeft gehandeld zouden moeten worden verzwaard, is onderzoek nodig naar de preventieve werking van de

---

<sup>80</sup> Dit was bijvoorbeeld het geval in Rb. 's-Gravenhage, 25 januari 2012, *LJN* BV2938.

<sup>81</sup> W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt (Ars Notariatus C)*, Deventer: Kluwer 2001, p. 145.

<sup>82</sup> De maatregel van waarschuwing werd onder andere opgelegd in notariskamer hof Amsterdam, 20 december 2011, *LJN* BV3896; notariskamer hof Amsterdam, 18 januari 2011, *LJN* BP8007; en notariskamer hof Amsterdam, 8 februari 2007, *LJN* AZ8646.

maatregel van waarschuwing en van de andere maatregelen. Dit onderzoek gaat het bestek van mijn scriptie te buiten en zodoende wil ik de vraag of de sancties voor de notarissen moeten worden verhoogd, onbeantwoord laten. Ik wil volstaan met erop te wijzen dat in zaken die reeds aan de kamer van toezicht voorgelegd zijn, de maatregel van waarschuwing de hoogst opgelegde straf is gebleken.

Ook wil ik erop wijzen dat Van Mourik heeft aangegeven dat de notarissen in de praktijk ervaren dat tegenwoordig achter iedere akte, iedere brief en ieder gesprek, een potentiële klager schuilgaat. ‘En in de doolhof van de tuchtrechtspraak worden zijn permanent geteisterd door onzekerheid, in het besef dat het zwaard van de tuchtrechter aan een dun en weinig betrouwbaar touwtje hangt. Ik bespeur op de notariële velden nogal wat angsthazen.’<sup>83</sup> De vraag die gesteld zou moeten worden is in hoeverre het wenselijk is deze angst te vergroten door nog hardere sancties in het vooruitzicht te stellen.

### **3.4 Ontvankelijkheid**

Het is vereist om een “belanghebbende” in een zaak te zijn om een tuchtrechtelijke procedure te kunnen starten tegen een notaris. In deze paragraaf bespreek ik de onzekerheid die sinds 2007 bestaat over het begrip “belanghebbende”. Deze onzekerheid is veroorzaakt door een uitspraak van het hof Amsterdam. In 2007 oordeelde de notariskamer van dit hof namelijk als volgt:

‘Klagers kunnen niet worden aangemerkt als belanghebbenden bij de genoemde akten in de zin van artikel 49 Wna. Het hof is echter van oordeel dat voor de vraag wie het recht heeft een klacht in te dienen een verwijzing naar het (rechtstreeks) belanghebbendenbegrip in de artikelen 49 en 49b Wna te beperkt is. Er zijn immers situaties denkbaar waarin ook diegenen belanghebbenden kunnen zijn die niet met zoveel woorden vallen onder de categorieën genoemd in die artikelen. Of een dergelijke situatie zich voordoet, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.’<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> M.J.A. van Mourik, ‘Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris’, *WPNR* 2007, 6724, § 1.

<sup>84</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 8 februari 2007, *LJN* AZ8646.

Voor deze uitspraak bleek uit de jurisprudentie dat de klager in de tuchtprocedure een rechtens te respecteren belang dient te hebben.<sup>85</sup> In deze zaak heeft het hof het aantal klagers uitgebreid, zodat ook de kinderen als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. De vraag wat echter precies de criteria zijn om als belanghebbende te worden aangemerkt, laat het hof onbeantwoord. Het wijst slechts op de omstandigheden van het geval, maar wat deze dan zijn wordt niet duidelijk. Notaris De Wolf interpreteert deze uitspraak als volgt. Hij is van mening dat door deze uitspraak alle kinderen voortaan een afschrift van het testament zouden kunnen opvragen voordat hun ouders zijn overleden.<sup>86</sup> Dit zou onwenselijke situaties in de hand kunnen werken nu kinderen ook niet altijd het beste met hun ouders voor hebben.

Mijns inziens heeft notaris De Wolf de uitspraak van de rechter onjuist geïnterpreteerd. In de uitspraak van het hof staat:

‘Klagers zijn kinderen van een hulpbehoevende man over wie zij zich aantoonbaar hebben ontfermd in de afgelopen jaren. Voorts is het hof gebleken dat vader ook wilde dat zijn zoons een grote rol speelden in deze nieuwe situatie: zoon Philip zat al halverwege de jaren '90 in het schaduwbestuur van het bedrijf van vader en vader had hem in juli 2003 een medisch volmacht verstrekt en hem een niet-behandelverklaring en een euthanasieverklaring laten meeondertekenen. Het hof komt dan ook tot het oordeel dat klagers kunnen worden ontvangen in hun klacht.’

Het hof verklaart de zonen dus ontvankelijk omdat zij zich aantoonbaar hebben ontfermd over hun vader en niet automatisch omdat zij kinderen zijn, zoals notaris De Wolf stelt in het *Notariaat Magazine*.<sup>87</sup> Dit laatste lijkt mij ook niet wenselijk omdat er ook kinderen zijn die niet het beste met hun ouders voor hebben. Om kinderen bij rechtswege als belanghebbende aan te duiden, is mijns inziens dan ook een brug te ver.

Dat deze interpretatie van de uitspraak van het hof Amsterdam juist is, wordt mijns inziens bevestigd door opnieuw een uitspraak van het hof Amsterdam in 2011. In deze casus oordeelde het hof:

---

<sup>85</sup> J.C.H. Melis/R.C.M. de Waaijer, *De Notariswet*, Kluwer: Deventer 2003, p. 396.

<sup>86</sup> L. van Almelo, “Zo wilde cliënt het’ Oud-notaris De Wolf over alzheimerzaak’, *Notariaat Magazine*, 2008-3, p. 24.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 24.

‘Nu klager geen andere bijzondere omstandigheden heeft gesteld die leiden tot een eigen belang bij de klacht, kan hij niet in zijn klacht worden ontvangen.’<sup>88</sup>

Een klager dient dus bijzondere omstandigheden aan te dragen die leiden tot een eigen belang bij de klacht en alleen het feit dat iemand kind is van de testateur is daarom niet voldoende om te worden aangemerkt als belanghebbende. Wat onder bijzondere omstandigheden moet worden verstaan, licht het hof helaas niet verder toe.

Mijns inziens hoeft de wetgeving met betrekking tot de ontvankelijkheid niet te worden aangepast. Wel is het wenselijk dat de wetgever betreffende het begrip “belanghebbende” en de daarvoor van belang zijnde “bijzondere omstandigheden” een toelichting verschaft.

### **3.5 Tussenconclusie**

De vraag die beantwoord dient te worden is in hoeverre de wetgeving afdoende is om financieel misbruik van dementerenden door het wijzigen van authentieke akten bij de notaris te voorkomen. Mijn antwoord hierop is dat de wetgeving vooralsnog niet afdoende is om dit misbruik te voorkomen. Rechters kunnen niet met zekerheid vaststellen dat de testateur met betrekking tot het opstellen van het testament wilsonbekwaam was. Nabestaanden kunnen niet bewijzen dat een dementerende wilsonbekwaam was met betrekking tot het opstellen van het testament. Omdat tevens geen beroep kan worden gedaan op de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden, wordt misbruik niet ten optimale bestreden. De aanscherping van de plicht tot dienstweigering lijkt niet meer te zijn dan een positief signaal.

---

<sup>88</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 7 juni 2011, *LJN* BQ9860, r.o. 7.1.



## 4. Problemen in de notariële praktijk

### 4.1 Privatisering van het notariële ambt

In 1999 is de nieuwe Wet op het notarisambt ingevoerd. Eén van de doelstellingen van de Wna was dat meer marktwerking zou leiden tot een kwalitatief betere dienstverlening. In deze paragraaf onderzoek ik of deze marktwerking met zich meebrengt dat dementerenden minder snel door de notaris in bescherming worden genomen tegen een kwaadwillende potentiële erfgenaam. Vanaf het begin is er namelijk discussie geweest over de uitholling van de kwaliteit onder invloed van de marktwerking.<sup>89</sup>

De commissie Hammerstein heeft in opdracht van minister Donner onderzoek gedaan naar de effecten van de marktwerking. De commissie schrijft in haar rapport dat notarissen efficiënter zijn gaan werken en meer oog hebben gekregen voor innovatie en klantvriendelijkheid. Er zijn volgens de commissie geen aanwijzingen dat marktwerking en liberalisering van de tarieven hebben geleid tot het op grote schaal teruglopen van kwaliteit en aantasting van integriteit binnen de beroepsgroep.<sup>90</sup>

Het onderzoek dat in opdracht van het WODC is uitgevoerd, laat echter andere resultaten zien. Dit onderzoek toont aan dat door de invoering van de Wna de concurrentie binnen het notariaat is toegenomen. Mede door de economische crisis is de spanning tussen de rol van notaris als ambtenaar en de rol als ondernemer vergroot. Het financiële belang of voortbestaan van het kantoor kan zwaarder wegen dan de kwaliteit van het geleverde werk en de zorg voor de cliënt. Verschillende notarissen zijn van mening dat de concurrentie in het notariaat te ver is doorgesloten. Het gevoel leeft dat de kernwaarden van het notariaat – onpartijdigheid, onafhankelijkheid en integriteit – onder druk zijn komen te staan.<sup>91</sup>

Een indicatie dat de vrees voor het voortbestaan van het notariskantoor reëel is, is de afname van het aantal kantoren. In 2010 is het aantal notarissen met 25 afgenomen van 1480 tot 1455.

---

<sup>89</sup> M.J. ter Voert & F. Zwenk/E.M.Th. Beenackers, *Kwaliteit in zware tijd* (onderzoek in opdracht van WODC), Meppel: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 11.

<sup>90</sup> Rapport Commissie Hammerstein 2005.

<sup>91</sup> M.J. ter Voert & F. Zwenk/E.M.Th. Beenackers, *Kwaliteit in zware tijd* (onderzoek in opdracht van WODC), Boom Juridische uitgevers: Meppel 2011, p. 11.

Ook het aantal notarissen dat het predicaat “verscherpt toezicht” heeft gekregen is van 51 tot 67 gestegen; bij deze notarissen was de continuïteit van het kantoor in gevaar.<sup>92</sup>

De privatisering heeft er dus toe geleid dat meer notarissen in (financiële) moeilijkheden komen. Iedere cliënt die een testament wil laten passeren, levert geld op en zonder geld kan het voortbestaan van de praktijk in gevaar komen. Hierdoor zullen notarissen wellicht minder geneigd zijn hun diensten te weigeren aan mensen bij wie getwijfeld kan worden aan hun wilsonbekwaamheid. Iedere cliënt levert immers geld op. Een ander probleem dat samenhangt met de privatisering, is het notarishoppen. De volgende paragraaf beschrijft dit probleem.

## 4.2 Notarishoppen

Ook al neemt het aantal notarissen af, er zijn er altijd nog rond de 1450 in Nederland. Wanneer een notaris weigert een testament op te maken of andere akte te laten passeren, staat het iemand vrij om dit ergens anders te proberen.<sup>93</sup> In de zaak van de Utrechtse weduwe Guus Ehrenfeld (1910-2003)<sup>94</sup> werden in totaal zes notarissen en kandidaat-notarissen benaderd, van wie er vier weigerden mee te werken omdat zij twijfelden aan de wilsbekwaamheid van de weduwe.<sup>95</sup> Het notariaat weert zich niet tegen deze praktijken door elkaar te waarschuwen voor wilsonbekwame cliënten. Volgens Maaldrink, notaris bij Maaldrink Vermeulen Grooss advocaten & notarissen, gebeurt dit waarschuwen wel bij vastgoedfraude: ‘Er gaan dan mailtjes rond waarin wordt gewaarschuwd voor bepaalde transacties’.<sup>96</sup>

In het notariaat is geen register waarin melding gemaakt zou kunnen worden van dienstweigering in verband met veronderstelde wilsonbekwaamheid. De KNB heeft het beheer over het landelijke Centrale Testamentenregister (CTR). Voor het overige heeft de KNB geen centrale registers.<sup>97</sup> In het CTR kan geen melding worden gemaakt van

---

<sup>92</sup> NVM, ‘Minder notarissen door slechte woningmarkt’, 28 maart 2012, <[www.nvm.nl/actual/maart\\_2011/minder\\_notarissen\\_door\\_slechte\\_woningmarkt.aspx](http://www.nvm.nl/actual/maart_2011/minder_notarissen_door_slechte_woningmarkt.aspx)>.

<sup>93</sup> J. Dohmen, ‘Bejaarden prooien’, *Elsevier*, 2010-50, p. 74.

<sup>94</sup> Deze zaak wordt uitvoerig besproken in F.G.I. Jennekens & A. Jennekens-Schinkel, ‘De dementerende persoon, het testament en de notaris’, *WPNR* 2005, 6630, p. 595-599.

<sup>95</sup> J. Dohmen, ‘Bejaarden prooien’, *Elsevier*, 2010-50, p. 74.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>97</sup> A.D. Plaggemars, *Is de notaris de markt meester?* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Boom Juridische uitgevers: Meppel 2011, p. 234.

dienstweigering. Uit Plaggemars dissertatie ‘Is de notaris de markt meester?’<sup>98</sup> blijkt dat geen enkel Europees land een register kent dat dienstweigerig registreert.

Het probleem dat misbruik in de hand zou kunnen werken, is dat wanneer een notaris weigert iemand een testament te laten opmaken, de testateur het zonder enige belemmering bij een andere notaris kan proberen. Nergens wordt door een notaris gemeld dat er iemand bij hem een testament wilde opmaken waarbij hij de omstandigheden niet geheel vertrouwde. Nu Nederland rond de 1450 notarissen telt, is de kans aanwezig dat wanneer de testateur maar genoeg notarissen langs gaat, er één notaris is die de situatie niet goed inschat en het testament passeert.

### **4.3 Het levenstestament**

Sinds mei 2009 bestaat in Nederland de mogelijkheid om in een levenstestament iemands wensen vast te leggen voor het geval hij niet meer zijn eigen belangen kan behartigen.<sup>99</sup> Wanneer iemand op een gegeven moment wilsonbekwaam is, kan aan de hand van de inhoud van het levenstestament worden bepaald hoe de wilsonbekwame zou willen dat er op dat moment gehandeld wordt. Dit zou ertoe kunnen bijdragen dat er minder misbruik van een dementerende kan worden gemaakt. In deze paragraaf onderzoek ik in hoeverre dit daadwerkelijk het geval is.

De Nederlandse wet kent drie vormen van bescherming van meerderjarigen:

1. Het mentorschap (art. 1:145 e.v. BW), voor niet-vermogensrechtelijke bescherming van de belangen van een meerderjarige;
2. Het beschermingsbewind (art. 1:431 e.v. BW), voor vermogensrechtelijke bescherming van een minderjarige;

---

<sup>98</sup> A.D. Plaggemars, *Is de notaris de markt meester?* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Boom Juridische uitgevers: Meppel 2011.

<sup>99</sup> A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. van der Heide-van IJzinga Veenstra, ‘Het levenstestament, een inleiding’, *FTV* 2010-10, p. 5.

3. De ondercuratelestelling (art. 1:378 e.v. BW), voor zowel vermogensrechtelijke als niet-vermogensrechtelijke bescherming van een meerderjarige. Deze wordt door de ondercuratelestelling handelingsonbekwaam.<sup>100</sup>

Bezwaarlijk kan echter zijn dat de wilsonbekwame een voorkeur kan uitspreken voor de persoon van mentor, bewindvoerder of curator, maar de rechter aan deze voorkeur voorbij kan gaan als daar gegronde redenen voor zijn. Een ander nadeel van deze vormen van bescherming is volgens de EPN dat degene die wilsonbekwaam wordt, zijn (zelfstandige) regie over de behartiging van zijn belangen verliest. Ook kunnen volgens de EPN de kosten van mentorschap, beschermingsbewind en curatele aanzienlijk zijn. En deze beschermingsmaatregelen kunnen aanleiding geven tot strubbelingen tussen de familie van de wilsonbekwame en de door de rechter benoemde persoon of instelling, wat in het uiterste geval ertoe kan leiden dat een verzoek wordt gedaan aan de rechter tot ontslag van de benoemde persoon of instelling.<sup>101</sup>

De Raad van Europa heeft in april 2009 een aanzet gegeven voor een aanbeveling door het Comité van Ministers (Recommendation CM/Rec (2009)11) om ervoor te zorgen dat ouderen hun zaken voor later zoveel mogelijk zelf moeten kunnen regelen. Daarop is op 9 december 2009 het Comité van Ministers met een aanbeveling (Aanbeveling nr. R (2009)11) gekomen ‘on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity’.<sup>102</sup> De gedachte achter deze aanbeveling was dat mensen zelf maatregelen moeten kunnen nemen voor het geval zij wilsonbekwaam worden. Deze maatregelen moeten dan minder formeel zijn dan de beschermingsmaatregelen mentorschap, bewindvoering en ondercuratelestelling. Een mogelijkheid is dan het geven van een volmacht.<sup>103</sup> De WAR (Wetenschappelijke Advies Raad) van de EPN heeft hiertoe de mogelijkheid van een levenstestament geïntroduceerd.<sup>104</sup>

Het levenstestament is een notariële akte, waarin door de testateur een aantal zaken wordt vastgelegd voor het geval er tijdens zijn leven iets gebeurt waardoor hij zelf niet meer wil of

---

<sup>100</sup> EPN, *Toelichting proeve van wetsvoorstel (volmacht voor het geval van wilsonbekwaamheid en verklaringen betreffende medische behandeling)*, 31 mei 2011, § 2.

<sup>101</sup> Ibidem, § 2.

<sup>102</sup> Ibidem, § 3.

<sup>103</sup> Ibidem, § 3.

<sup>104</sup> Ibidem, § 3.

kan handelen.<sup>105</sup> In het levenstestament kunnen afspraken op verschillende gebieden worden gemaakt die bij leven in werking kunnen worden gesteld als aan een voorwaarde daartoe wordt voldaan. Het levenstestament bestaat uit:

- één of meer volmachten (beperkte, algehele, herroepelijk en onherroepelijk);
- wensen ten aanzien van (medische) verzorging;
- bijlagen (zoals bijvoorbeeld een overzicht van bankrekeningen).<sup>106</sup>

In het levenstestament wijst de levenstestateur één of meerdere personen aan die hij onvoorwaardelijk vertrouwt. Deze mensen krijgen een volmacht om de wensen van de opsteller van het levenstestament kenbaar te maken en een om goede zorg te organiseren. Ook wordt een volmacht gegeven om het vermogen te beheren, waarbij door de opsteller van het levenstestament uitgebreide instructies kunnen worden gegeven over de wijze waarop dit dient te gebeuren.<sup>107</sup> Wanneer iemand geen levenstestament opstelt, is het in geval van wilsonbekwaamheid bijna altijd noodzakelijk dat de rechter een mentor, bewindvoerder of curator benoemt. De rechter kan de wensen en verzoeken zoals opgenomen in het levenstestament meewegen bij zijn beslissing, maar is daar niet aan gehouden.<sup>108</sup> Mocht er toch een mentor, bewindvoerder of curator moeten worden benoemd, kan het levenstestament belangrijke informatie bevatten voor de rechter over wie en bij voorkeur wordt benoemd en welke instructies aan deze persoon dienen te worden meegegeven.<sup>109</sup> Het levenstestament kan vanaf 1 mei 2011 worden ingeschreven in het Centraal Levenstestamentenregister (CLTR). De notaris geeft een origineel gewaarmerkt afschrift af van de notariële akte aan de belanghebbenden. Wie daaronder dienen te worden verstaan, zal door de wet en de rechtspraak moeten worden bepaald.<sup>110</sup>

Het probleem bij het levenstestament is dat het in Nederland nog niet is verankerd in wetgeving. Nederland heeft als één van de weinige landen binnen de Europese Unie de

---

<sup>105</sup> A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. van der Heide-van Ilzinga Veenstra, 'Het levenstestament, een inleiding', *FTV* 2010-10, p. 5.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>107</sup> EPN, 'Levenstestament; wie behartigt uw belangen als u dit zelf niet meer kunt?', 14 mei 2009, p. 1.

<sup>108</sup> A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. van der Heide-van Ilzinga Veenstra, 'Het levenstestament, een inleiding', *FTV* 2010-10, p. 5.

<sup>109</sup> EPN, 'Levenstestament; wie behartigt uw belangen als u dit zelf niet meer kunt?', 14 mei 2009, p. 1.

<sup>110</sup> A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. van der Heide-van Ilzinga Veenstra, 'Het levenstestament, een inleiding', *FTV* 2010-10, p. 5.

Europese Aanbeveling op het gebied van het levenstestament nog niet omgezet in nationale wetgeving. Dit ondanks de grote populariteit van het levenstestament. Uit een onderzoek dat EPN in mei 2011 liet uitvoeren is gebleken dat ruim 53% van de 60-plussers een gevolmachtigde heeft aangewezen die hun persoonlijke en financiële belangen behartigt bij wilsonbekwaamheid.<sup>111</sup> Door het niet verankerd zijn in de wetgeving, is de huidige status van het levenstestament niet geheel duidelijk. In deze situatie is de verhouding van het levenstestament ten opzichte van het vermogensrecht en het erfrecht niet helder. Ook geeft het huidige art. 3:72 BW onvoldoende duidelijkheid omtrent de vraag of een volmacht eindigt wanneer de volmachtgever wilsonbekwaam wordt, zodat de gevolmachtigde aan hem geen rekening en verantwoording meer kan afleggen.<sup>112</sup>

Door het levenstestament een wettelijke basis te geven, kan de onzekerheid omtrent de huidige status van het levenstestament worden weggenomen. De EPN heeft een *Proeve wetsvoorstel inzake levenstestament* gepubliceerd, waarin enkele voorstellen worden gedaan met betrekking tot het in de nationale regelgeving opnemen van het levenstestament. Tot op heden is er aan dit wetsvoorstel geen gehoor gegeven. In paragraaf 6.3 onderzoek ik de mogelijkheid van een wettelijke basis voor het levenstestament en bespreek ik zodoende ook het wetsvoorstel van de EPN.

#### **4.4 Het stappenplan**

Op 1 juni 2006 is het *Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid* ingevoerd. Het stappenplan is een hulpmiddel dat de notaris helpt om de wils(on)bekwaamheid van zijn cliënten te beoordelen. Bovendien zou het de cliënten kunnen helpen zich er van te overtuigen dat de notaris zijn werk goed heeft gedaan.<sup>113</sup> In deze paragraaf onderzoek ik in hoeverre het probleem van financieel misbruik van dementerenden bij de notaris met dit stappenplan wordt opgelost.

---

<sup>111</sup> Website EPN, 'Notarissen presenteren wetsvoorstel Levenstestament', 31 mei 2011, <[http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU50620\\_Notarissen-presenteren-wetsvoorstel-Levenstestament.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU50620_Notarissen-presenteren-wetsvoorstel-Levenstestament.aspx), laatst geraadpleegd op 4 april 2012>.

<sup>112</sup> EPN, 'Levenstestament; wie behartigt uw belangen als u dit zelf niet meer kunt?', 14 mei 2009, p. 3.

<sup>113</sup> Rechtennieuws.nl, 'Notaris krijgt hulpmiddel voor beoordeling wilsbekwaamheid', 1 juni 2006, <<http://rechtennieuws.nl/8402/notaris-krijgt-hulpmiddel-voor-beoordeling-wilsbekwaamheid.html>>.

‘Door toename van de vergrijzing kan het voorkomen dat testamenten worden opgesteld waarvan de dementerende testateur de gevolgen niet goed kan overzien. Het is belangrijk waakzaam te zijn en iets in handen te hebben om zo'n situatie nog beter te kunnen beoordelen,’<sup>114</sup> stelde Salomons, voorzitter van de KNB in 2006. De KNB heeft een stappenplan voor de beoordeling van wilsbekwaamheid door notarissen opgesteld, gebaseerd op de richtlijn die huisartsen op dat moment gebruikten. Het stappenplan is op initiatief en in overleg met stichting Alzheimer Nederland tot stand gekomen.<sup>115</sup>

De stichting Alzheimer Nederland berichtte in augustus 2005<sup>116</sup> dat zij steeds vaker melding krijgt over dementerenden die door familie of anderen zouden worden ‘bestolen’. Er zouden testamenten worden opgesteld zonder dat de (dementerende) testateur goed weet wat de gevolgen (zouden kunnen) zijn. Ook andere media berichtten over de kans op misbruik van ouderen bij het opstellen van testamenten en het gebruik van volmachten.<sup>117</sup>

Het stappenplan biedt als het ware twee handvatten. Ten eerste geeft het indicaties voor de (kandidaat-)notarissen over wanneer zij bedacht moeten zijn op mogelijke wilsonbekwaamheid van een cliënt en ten tweede geeft het richtlijnen over de verdere procedure wanneer er aanwijzingen zijn dat de testateur mogelijk wilsonbekwaam is. In de bijlage van deze scriptie vindt u het volledige *Stappenplan ter beoordeling van de wilsbekwaamheid*.

Uit het stappenplan wordt echter niet duidelijk of de arts nu zelf de wilsbekwaamheid dient te beoordelen of dat hij hiervoor een arts moet inschakelen. In het stappenplan staat het volgende:

‘Als de notaris (...) van mening is dat de wilsbekwaamheid ontbreekt, dan kan een algemeen psychiatrisch/geriatriesch onderzoek uitgevoerd worden door de niet-behandelend arts ter verificatie.’

---

<sup>114</sup> Rechtennieuws.nl, ‘Notaris krijgt hulpmiddel voor beoordeling wilsbekwaamheid’, 1 juni 2006, <<http://rechtennieuws.nl/8402/notaris-krijgt-hulpmiddel-voor-beoordeling-wilsbekwaamheid.html>>.

<sup>115</sup> Ibidem.

<sup>116</sup> M. Hooimeyer, ‘Notaris, vergeet rechtsbescherming dementerenden niet!’, *Notariaat Magazine* 2005-8, p. 30.

<sup>117</sup> KNB, *Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening*, 1 juni 2006.

Dat deze vrijblijvende formulering leidt tot onduidelijkheid in de praktijk, blijkt uit de jurisprudentie na 2006. Uit de volgende twee uitspraken blijkt dat sommige rechters van mening zijn dat notarissen zelf mogen en moeten beoordelen of een cliënt wilsbekwaam is:

‘Het hof neemt daarbij in aanmerking dat, hoewel de gemachtigde van klaagster er op heeft gewezen dat het voor de omgeving van erflaatster duidelijk was dat zij geleidelijk mentaal achteruitging, dit op zichzelf niet relevant is voor de positie van de notaris, aangezien hij bij de beoordeling van de geestelijke gesteldheid van een testateur voorafgaand aan en op het moment van het passeren van het testament dient uit te gaan van zijn eigen waarneming. Dit kan anders zijn als de notaris ervan op de hoogte is dat de testateur aan een ziekte lijdt die de geestesvermogens beïnvloedt. Dat daarvan hier sprake was is noch gesteld noch gebleken.’<sup>118</sup>

En

‘De notaris heeft bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de moeder van klaagster voorafgaand aan en ten tijde van het passeren van de akte moeten en mogen afgaan op zijn eigen waarneming.’<sup>119</sup>

In beide zaken stelt de rechter dat de notaris voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid van zijn cliënt, moet afgaan op zijn eigen waarneming. Toch blijkt de stelling dat de notaris zelf de wilsbekwaamheid van zijn cliënt dient te beoordelen, niet zo eenduidig te worden aangehangen als de bovenstaande jurisprudentie doet vermoeden. In een andere zaak oordeelde de notariskamer namelijk als volgt:

‘Onder deze concrete omstandigheden is het hof van oordeel dat de oud-notaris, behalve dat hij Bakker en zijn kantoorgenoot heeft gevraagd naar hun oordeel omtrent de wilsbekwaamheid van vader - beiden onmiskenbaar geen deskundigen op het gebied van de ziekte van Alzheimer – ook een deskundige, bijvoorbeeld een arts met genoegzame kennis op het gebied van de ziekte van Alzheimer, had moeten raadplegen alvorens zijn eigen oordeel over de wilsbekwaamheid van vader vast te stellen.’<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 26 juni 2008, *LJN* BD5756.

<sup>119</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 29 september 2009, *LJN* BK1607.

<sup>120</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 8 februari 2007, *LJN* AZ8646.



Hier stelt de notariskamer dus dat de notaris niet af had mogen gaan op zijn eigen oordeel en hij een deskundige in had moeten schakelen om de wilsbekwaamheid van de vader vast te stellen. De notariskamer lijkt van mening te zijn dat het oordeel van de deskundige niet doorslaggevend is, maar het oordeel van de notaris dient getuige de passage ‘ook een deskundige (...) had moeten raadplegen alvorens zijn eigen oordeel over de wilsbekwaamheid van de vader vast te stellen’ wel gebaseerd te zijn op dit deskundigenoordeel.

De vraag die nu rijst is of de notaris af dient te gaan op zijn eigen oordeel of op het oordeel van een deskundige. De feiten in de drie genoemde zaken waren niet identiek. In de twee eerstgenoemde zaken is niet gebleken dat de notaris bekend was met het feit dat zijn cliënt aan alzheimer leed. In de derde zaak was dit wel het geval. Hieraan zou de conclusie kunnen worden verbonden dat de notaris verplicht is een deskundige in te schakelen in het geval hij bekend is met de ziekte van zijn cliënt. Echter, gezien de beoordeling in eerstgenoemde zaak lijkt mij dit niet de juiste conclusie. In dit vonnis staat namelijk: ‘Dit (het niet verplicht hoeven inschakelen van een deskundige, red.) kan anders zijn als de notaris ervan op de hoogte is dat de testateur aan een ziekte lijdt die de geestesvermogens beïnvloedt.’ Het kan dus zijn dat een notaris een deskundige moet inschakelen indien hij weet dat zijn cliënt een geestesziekte heeft, maar niet in alle gevallen. De vraag wanneer nu precies een deskundige moet worden ingeschakeld, is dus tot op heden onbeantwoord gebleven. In het kader van de rechtszekerheid lijkt het mij wenselijk als hier binnen afzienbare tijd een antwoord op komt.

Daarbij wordt uit het stappenplan niet duidelijk dat wanneer een notaris zelf de wilsbekwaamheid dient te beoordelen, in hoeverre hij zich moet inspannen om tot een gerechtvaardigd oordeel over de wilsbekwaamheid van zijn cliënt te komen. In een uitspraak door de notariskamer in 2010<sup>121</sup> is een maatregel van waarschuwing aan de notaris opgelegd. De reden hiervoor was als volgt:

‘Naar het oordeel van het hof had de notaris een grondig onderzoek moeten doen naar de wilsbekwaamheid van [broer klager] *en had hij niet mogen volstaan met een kort gesprekje met [broer klager] in aanwezigheid van diens begeleider.*’<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 29 juni 2010, *L/N* BN0057.

<sup>122</sup> *Ibidem*, r.o. 6.1.

Hieruit kan worden afgeleid dat de notaris dus een grondig onderzoek dient te doen naar de wilsbekwaamheid van de klager en hij had niet mogen volstaan met een kort gesprekje. De vraag die nu rijst, is wanneer een notaris aan de eis heeft voldaan een grondig onderzoek te doen. Hierover bestaan geen richtlijnen of minimumvereisten en het lijkt mij aanbevelingswaardig wanneer deze wel in het stappenplan worden opgenomen.

Een probleem dat samenhangt met de beoordeling van de wilsbekwaamheid is de beoordeling door de notaris wanneer hij het stappenplan dient in te zetten. Er moet voldoende aanleiding zijn om het stappenplan in te zetten,<sup>123</sup> maar er wordt in het stappenplan niet concreet gemaakt wanneer er nu precies voldoende aanleiding is om de wilsbekwaamheid te onderzoeken. Het stappenplan is mijns inziens te vrijblijvend geformuleerd omdat slechts een aantal voorbeelden van mogelijke indicatoren worden genoemd die al dan niet in combinatie aanleiding zouden kunnen geven tot nader onderzoek. In het stappenplan staat het volgende:

‘Indicatoren (in combinatie) hiervoor kunnen zijn:

Indien het vermogen onder bewind gesteld is;

Indien de cliënt op hoge leeftijd is;

Indien de administratie niet in eigen beheer is;

Indien de cliënt niet meer in staat is zelfstandig te wonen;

Indien de cliënt verblijft in een zorginstelling;

Medische indicatie (ziekten/aandoeningen die van invloed kunnen zijn op het verstandelijk vermogen, bijvoorbeeld de ziekte van Alzheimer, verstandelijke handicap, depressiviteit);

Indien er twijfels bestaan aan de weloverwogenheid van een gedaan verzoek;

Indien het initiatief voor het verzoek tot dienstverlening van een ander dan de cliënt komt;

Indien instructies voor de inhoud van de akte door anderen dan de cliënt zijn vastgelegd;

Voor testamenten: Indien een testateur frequenter dan voor hem te doen gebruikelijk een verzoek doet tot het aanpassen van een eerder testament;

Voor testamenten: Naarmate de inhoud van een nieuw testament ingrijpender afwijkt van de inhoud van een eerder testament of de inhoud ongebruikelijk is;

Voor testamenten: Indien de tijdspanne tussen het verzoek tot het opmaken van het testament en het verlijden daarvan zeer kort is zonder medische noodzaak;

---

<sup>123</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 31 mei 2011, *LJN BQ7826*.

Extra aandacht verdienen testamenten, schenkingen, overdrachten ouders-kinderen en de verstrekking van geldleningen.<sup>124</sup>

In het *Notariaat Magazine* van januari jongstleden staat dat Alzheimer Nederland enkele nieuwe indicatoren bij onterving voorstelt. Dat de cliënt van buiten de gemeente komt, kan bijvoorbeeld duiden op ‘shoppen’. Alleenstaanden zouden ook altijd moeten langskomen op kantoor. Verder vindt de stichting dat de notaris (een netwerk van) deskundigen moet kunnen raadplegen, op kosten van de cliënt.<sup>125</sup> Welke voorstellen Alzheimer Nederland nog meer doet, vindt u in paragraaf 6.4.

Het stappenplan lijkt dus op meerdere punten ontoereikend. Jennekens-Schinkel wijst erop dat doordat het stappenplan kwetsbare patiënten niet genoeg beschermt, het meer bedoeld lijkt te zijn voor de bescherming van de notaris dan van de cliënt.<sup>126</sup>

#### 4.5 Het EPN-VIA-protocol

Op 19 januari 2012 hebben de EPN en VIA een protocol ondertekend waarin is afgesproken dat onder andere notarissen een onafhankelijk arts kunnen raadplegen indien zij twijfelen aan de wilsbekwaamheid van hun cliënt. Tot de invoering van het protocol waren artsen vaak niet bereid hun medisch oordeel over de wilsbekwaamheid van hun patiënten met notarissen te delen.<sup>127</sup> Het probleem hierbij was dat door de uitspraak van het hof Amsterdam van 8 februari 2007<sup>128</sup> notarissen zich verplicht voelden een arts in te schakelen voor een medische verklaring, maar dit stuitte in de praktijk op problemen. Notaris De Wit: ‘Zo’n verklaring is er vrijwel niet te krijgen. Artsen willen hun vingers niet aan branden. Moet je dan, net als artsen, bij twijfel afzien van de behandeling – *in dubio abstinere*?’<sup>129</sup> In deze paragraaf onderzoek ik in hoeverre het probleem van financieel misbruik van dementerenden bij de notaris met dit protocol wordt opgelost.

---

<sup>124</sup> KNB, *Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening*, 1 juni 2006, § 2.

<sup>125</sup> L. van Almelo, ‘Is zij wel goed bij haar hoofd?’, *Notariaat Magazine* 2012-1, p. 24.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>127</sup> Novocatie.nl, ‘Samenwerking notarissen en artsen bij wilsonbekwaamheid’, 29 maart 2012, <[http://www.novocatie.nl/page?7,1101/Actueel/samenwerking\\_notarissen\\_en\\_artsen\\_bij](http://www.novocatie.nl/page?7,1101/Actueel/samenwerking_notarissen_en_artsen_bij)>.

<sup>128</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 8 februari 2007, *LJN AZ8646*.

<sup>129</sup> L. van Almelo, ‘Acceptatie van tuchtrecht neemt af’, *Notariaat Magazine* 2008-1, p. 8.

Het onderzoek naar de wilsbekwaamheid van de testateur wordt uitgevoerd door Trompetter & Van Eeden. Trompetter & Van Eeden is een organisatie voor sociaal-medische expertise.<sup>130</sup> Uit navraag bij Theo Trompetter blijkt dat het onderzoek enkele weken in beslag neemt en dat de kosten van het onderzoek variëren tussen de twee- tot driehonderd euro. Trompetter: ‘De kosten zijn afhankelijk van de omstandigheden. Bij sommige testateurs is meer onderzoek vereist, daar liggen de kosten iets hoger. Maar de hoogste factuur die wij tot nu hebben verstuurd, bedraagt iets boven de driehonderd euro.’

Het bestaan van het EPN-VIA-protocol biedt notarissen de mogelijkheid een arts in te schakelen wanneer er twijfels omtrent de wilsbekwaamheid bestaan. Dit is een goede stap in de richting. De mogelijkheid van het inschakelen van een arts neemt echter niet weg dat de notaris alsnog de eerste stap moet zetten om ervoor te zorgen dat er verder onderzoek naar de wilsbekwaamheid van de testateur wordt verricht. De notaris is in deze situatie nog steeds de eerste die moet twijfelen aan de geestestoestand en de daar mogelijk uit voortvloeiende wilsonbekwaamheid van de testateur. Als de notaris met betrekking tot de wilsbekwaamheid van de testateur een inschattingsfout maakt, wordt alsnog een testament van een mogelijk wilsonbekwame gepasseerd, met alle gevolgen van dien.

Wortmann: ‘Dementiepatiënten kunnen prachtig façade-gedrag vertonen. In een gesprek dat 10 minuten duurt, kunnen dementerenden zich redelijk goed houden.’<sup>131</sup> Met de mogelijkheid tot het laten uitvoeren van een deskundigenonderzoek, wordt de situatie in stand gehouden dat de notaris de eerste persoon is die façade-gedrag moet doorgronden. De jurisprudentie en het grote aantal gevallen van misbruik, bevestigen dat de notaris niet tegen deze taak is opgewassen. Een deskundige wordt pas ingeschakeld wanneer de notaris zelf signaleert dat de testateur mogelijk niet wilsbekwaam is. Kooke omschrijft het als volgt:

‘Nog steeds is het mogelijk dat een uurtje moe zijn op notariskantoor, niet zo alert, niet zo bekend met dementie (in het gunstigste geval), of te gretig een deal willen sluiten (in een ongunstig geval) het begin kan zijn van emotionele en financiële schade die generaties decennialang kan bezig houden. De misstand dat een notaris zelf moet bepalen of iemand

---

<sup>130</sup> Website Trompetter & Van Eeden, < <http://www.treve.nl/> >.

<sup>131</sup> M. Hooimeyer, ‘Notaris, vergeet rechtsbescherming dementerenden niet!’, *Notariaat Magazine* 2005-8, p. 31.

wel of niet wilsbekwaam is, waarmee hij zich in de praktijk moet opstellen als een medisch specialist, wordt intact gelaten.<sup>132</sup>

Toenmalig voorzitter van de KNB, Sarneel, heeft hierop als volgt gereageerd:

‘Toch heeft het notariaat de afgelopen jaren met vallen en opstaan meer grip gekregen op het fenomeen wilsonbekwaamheid. Ook nu is het weer het notariaat, c.q. de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat, dat het initiatief heeft genomen om misstanden te voorkomen door nieuwe, verbeterde afspraken te maken met medici. Kooke mag dit alles afdoen als goedbedoeld, doch onvoldoende - de realiteit is dat niemand anders dan de notaris deze moeilijke verantwoordelijkheid op zich neemt.’<sup>133</sup>

De vraag die gesteld kan worden is of het juist is dat de notaris deze verantwoordelijkheid wel op zich zou moeten nemen. Hier kom ik in paragraaf 5.1 op terug.

Een ander probleem is dat het denkbaar is dat de notaris vanuit concurrentieoverwegingen zijn cliënt liever niet zal willen doorsturen naar een deskundige. Zijn cliënt draagt immers zelf de kosten van dit nadere onderzoek en zal uit kostenoverweging liever een notaris kiezen die nader onderzoek niet nodig acht. Voorstelbaar is dat wanneer er sprake is van onder druk laten opstellen van een testament, de misbruikers net zo lang zoeken naar een notaris die zelf oordeelt dat er niets mis is met de wilsbekwaamheid van de testateur.

#### **4.6 Het aanwezig zijn van de partner tijdens het passeren van het testament**

Hoewel het opstellen van een langstlevende-testament een eenzijdige en ongerichte rechtshandeling is, is uit onderzoek<sup>134</sup> gebleken dat in de praktijk een langstlevende-testament door de notaris gepasseerd wordt in het bijzijn van beide partners. De vraag is of dit toegestaan en wenselijk is. Uit art. 4:42 BW blijkt namelijk dat een testament ‘persoonlijk’ dient te worden gemaakt en de notaris heeft ingevolge art. 17 Wna de plicht zijn ambt in

---

<sup>132</sup> P. Kooke, ‘Notaris laat zich foppen bij ‘klaargestoomde’ demente’, *NRC Handelsblad*, 3 februari 2012, p. 16.

<sup>133</sup> G. Sarneel, ‘Klaargestoomde’ demente heeft ook recht op notaris’, website EPN, < [http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51095\\_Artikel-NRC-inz-wilsonbekwaamheid-en-reactie-voorzitter-KNB.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51095_Artikel-NRC-inz-wilsonbekwaamheid-en-reactie-voorzitter-KNB.aspx)>.

<sup>134</sup> W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 24 e.v.

onafhankelijkheid uit te oefenen en de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen te behartigen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Het langstlevende-testament is een testament waarbij de langstlevende echtgenoot/geregistreerd partner de erfgenaam is. De kinderen krijgen wel een vordering ter grootte van hun rechtmatige erfdeel. De erfbelasting voor de kinderen moet berekend worden over de contante waarde van de vordering (bij huizen, aandelen e.d. de waarde op de dag van overlijden). De langstlevende ouder betaalt erfbelasting over de gehele nalatenschap verminderd met de waarde van de schuld aan de kinderen.<sup>135</sup>

Van Mourik wijst erop dat het Nederlands recht geen “Erbvertrag” kent zoals geregeld in par. 2274 e.v. BGB. ‘De uiterste-wilsbeschikking wordt neergelegd in een akte, genaamd ‘testament’ (art. 4:94 BW). Die akte kan slechts de uiterste-wilsbeschikking(en) van één persoon inhouden (art. 4:93 BW). Een “Gemeinschaftliches Testament”, zoals bekend in par. 2265 BGB, behoort in Nederland niet tot de mogelijkheden.’<sup>136</sup>

In de notariële Kamer van Toezicht van Den Haag was een zaak<sup>137</sup> aan de orde waarbij tijdens het verlijden van het testament en het opmaken van een notariële samenlevingsovereenkomst de partner van de testateur aanwezig was. De Kamer oordeelde hierover:

‘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 de 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 met zich mee dat het testament van de erflater verleden had

---

<sup>135</sup> Erfwijzer.nl, ‘Langstlevende testament’,

<<http://www.erfwijzer.nl/woordenboek/langstlevende%20testament.html>>.

<sup>136</sup> M.J.A. van Mourik, *Monografieën Privaatrecht. 1. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75.

<sup>137</sup> Kamer van Toezicht Den Haag, 5 augustus 2009, *LJN* YC0305.

moeten worden buiten tegenwoordigheid van zijn partner. De klacht is daarom in zover op dit onderdeel gegrond.’

Schols wijst erop dat de Kamer lijkt te vinden dat een derde tijdens het passeren van het testament de gang op moet gaan, maar dat de Kamer in casu wel wijst op de hoge leeftijd van de testateur en de inhoud van de uiterste wil. Door het gebruik van het woord “temeer” lijkt de Kamer dit echter niet doorslaggevend te vinden.<sup>138</sup> De vraag blijft echter hoe de Kamer hierover oordeelt indien iemand geen hoge leeftijd heeft en de inhoud van het testament niet ongebruikelijk is. Mijns inziens is de rechtbank van mening dat de omstandigheden van het geval bepalend zijn.

Het aanwezig zijn van de partner tijdens het passeren van het testament vormt mijns inziens een probleem. 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.<sup>139</sup> Er zijn geen testamenten nietig verklaard omdat er een “derde” bij het passeren aanwezig was en de vraag is ook of dit mogelijk is. Het aanwezig zijn van een derde zou kunnen duiden op misbruik van omstandigheden, maar daarvoor zullen tevens andere bezwarende omstandigheden moeten worden aangevoerd. Dat er niet eerder een testament nietig is verklaard wegens aanwezigheid van een derde, hoeft echter niet te impliceren dat er tijdens het passeren van een testament nooit een “derde” aanwezig is geweest die enige druk op de testateur heeft uitgeoefend. Het starten van een rechtszaak omdat er iemand aanwezig was bij het passeren van het testament, is niet aantrekkelijk nu de kans niet groot dat deze procedure wordt gewonnen. Dat het in de praktijk echter wel gebeurt dat de partners aanwezig zijn, is aannemelijk. Volgens Schols zal het voor veel mensen vanzelfsprekend zijn dat een langstlevende-testament in het bijzijn van de partner 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.’<sup>140</sup> Beïnvloeding van de partner is bij dit fenomeen echter zeer wel mogelijk wat mij ertoe brengt te stellen dat deze praktijk dient te worden veranderd.

---

<sup>138</sup> W.J.M. Schols, 'Schatje ik benoem jou tot enig erfgenaam'. 'Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet...', *WPNR* 2011, 6873, p. 112.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 112.

#### **4.7 Tussenconclusie**

De vraag die beantwoord dient te worden is in hoeverre de notariële praktijk omtrent dementerenden afdoende is om financieel misbruik van dementerenden bij de notaris te voorkomen. Mijn conclusie is dat de huidige notariële praktijk er nog niet afdoende op ingericht is om dit misbruik te voorkomen. Het geprivatiseerde ambt en de daaruit vloeiende gevolgen, het ‘notarishoppen’, het niet in de wet verankerd zijn van het levenstestament, het vrijblijvende karakter van het stappenplan en de mogelijkheid tot het aanwezig zijn van de partner vormen mijns inziens problemen die ervoor zorgen dat de notariële praktijk niet afdoende bescherming biedt tegen mogelijk financieel misbruik van dementerenden. Ook de invoering van het EPN-VIA-protocol pakt de kern van het probleem – de notaris is niet bekwaam maar wel bevoegd en verplicht de wilsbekwaamheid van zijn cliënt te beoordelen - niet aan.



## **5. Aanbevelingen wetgeving**

In dit hoofdstuk bespreek ik welke aanpassing kunnen worden gedaan teneinde de eventuele mogelijkheid tot misbruik van dementerenden bij de notaris te voorkomen.

### **5.1 Beoordeling wils(on)bekwaamheid niet langer aan notaris overlaten**

Een oplossing die mijns inziens de kern van het probleem aanpakt, is afkomstig van Kooke. Hij stelt voor dat iedereen die een bepaalde leeftijd heeft bereikt én een transactie doet van boven de 25.000 euro, huwelijkse voorwaarden opstelt of een testament opstelt of wijzigt, verplicht een bezoek zou moeten krijgen van een deskundige. Ik sluit me aan bij zijn aanbeveling maar wil hieraan toevoegen dat dit ook van toepassing moet zijn bij iedereen boven een bepaalde leeftijd die een levenstestament opstelt. De leeftijdsgrens zou bijvoorbeeld gesteld kunnen worden op 60 of 65 jaar, dit moet afhankelijk zijn van de leeftijd waarop de kans op dementie reëel is. Hier zouden statistici verder onderzoek naar moeten verrichten. Het bezoek van de deskundige dient op dezelfde dag plaats te vinden als het passeren van het testament en vindt plaats bij de cliënt thuis, uiteraard zonder aanwezigheid van derden. Er zou over het gehele land verspreid een team van deskundigen moeten worden samengesteld. Deze deskundigen stellen dan bij een thuisbezoek vast of er mogelijk sprake is van wilsonbekwaamheid. Wanneer dit het geval is, is verder onderzoek door Trompetter & Van Eeden verplicht. Met deze oplossing ondervang je mijn inziens de kern van het probleem. De kern van het probleem is dat notarissen niet voldoende deskundigheid hebben voor het beoordelen van wilsbekwaamheid bij dementerenden. Dementie is een (te) complexe ziekte waarbij de dementerende ook meer dan eens façade-gedrag vertoont. Het is niet reëel van een notaris te verlangen dat hij dit gedrag kan doorgronden, daar is hij immers niet voor opgeleid. Deskundigen zijn dit wel. Façade-gedrag put een dementerende uit. Hij kan dit even volhouden op het notariskantoor, maar hij zal dit gedrag niet twee keer per dag kunnen vertonen, simpelweg omdat het te vermoeiend is. Daarom is het van groot belang dat het bezoek van de deskundige op dezelfde dag plaatsvindt als het passeren van het testament.

In het EPN-VIA-protocol staat dat onderzoek naar de mate en duur van wilsonbekwaamheid valt onder de competenties van de arts Maatschappij en Gezondheid (profiel Indicatie en

Advies) of een daartoe opgeleide adviserende arts, niet zijnde een behandeld arts.<sup>141</sup> Mijn voorstel is om deze artsen als deskundigen aan te wijzen.

Deze werkwijze heeft zowel voordelen voor de notaris als voor de testateur en zijn nabestaanden. De notaris hoeft niet meer angstig te zijn dat zijn beoordelingsvermogen niet toereikend was en hij daarom wordt aangeklaagd. Zijn oordeel over de wilsbekwaamheid van de testateur hoeft hij immers niet meer te geven. De testateur heeft meer zekerheid dat zijn testament niet na zijn dood wordt bevochten en mogelijk zelfs nietig kan worden verklaard. Zijn wilsbekwaamheid komt vast te staan waardoor er geen bezwaar meer kan worden gemaakt tegen het testament op grond van wilsonbreken. De nabestaanden zullen weten dat de erfflater bij zijn volle verstand een testament heeft opgesteld en zullen hierin moeten en kunnen berusten. Het aantal procedures waarbij een testament wordt aangevochten, zal afnemen. Hierdoor kan de vrees worden weggenomen dat er vele procedures zullen ontstaan wanneer de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden wordt toegestaan bij een uiterste wilsbeschikking.

Bezwaren zijn er echter ook. Zo brengt bovenstaande werkwijze extra kosten en extra inspanning met zich mee. Met Kooke ben ik echter van mening dat deze kosten ‘peanuts’ zijn vergeleken met de kosten van de huidige situatie. Er komen tonnen danwel miljoenen terecht bij degenen die niet het beste voor hebben met de medemens en de kosten van de procedures die momenteel gevoerd worden zijn aanzienlijk. De extra inspanning is vervelend voor de mensen die niets mankeren maar toch een deskundige moeten ontvangen en daar de kosten voor moeten dragen. Het is in onze maatschappij echter niet ongebruikelijk dat mensen zich medisch moeten laten keuren om het algemeen belang te dienen. Zo is bijvoorbeeld voor automobilisten van 70 jaar en ouder voor verlenging van het rijbewijs minimaal iedere vijf jaar een medische keuring verplicht. De Wet op de medische keuringen sluit ook een dergelijk onderzoek naar de wilsbekwaamheid niet uit.

Dat notarissen niet langer zelf de wilsbekwaamheid van hun cliënten hoeven te beoordelen, zal voor sommige notarissen een lastenverlichting zijn, andere notarissen zullen zich

---

<sup>141</sup> EPN & VIA, *Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten*, 2012, versie 1, p. 5.

gepasseerd kunnen voelen. Zoals Waaijer aangaf is de notaris tenslotte wel een academicus met een verplichte wettelijke stage en een jarenlange praktijkervaring, die door de wet belast is met het opstellen van testamenten.<sup>142</sup> Het alleenrecht op het opstellen van testamenten moet de notaris behouden, maar ik ben het wel eens met wat de rechtbank Assen heeft gezegd in een niet gepubliceerde uitspraak van 28 november 2000:

‘In de stelling van Y c.s. dat erflaatster wel haar geestelijke vermogens bezat, omdat de notaris het testament heeft opgemaakt en de notaris de persoon bij uitstek is om de bekwaamheid van betrokkene te beoordelen, kan de rechtbank zich evenmin vinden. Alhoewel van een notaris verwacht kan worden dat hij geen akte opmaakt als hem apert duidelijk is dat betrokkene onbekwaam is, wil dat nog niet zeggen dat hij de expertise heeft om een deskundig oordeel te geven over de verstandige vermogens van erflaatster.’<sup>143</sup>

Daarbij kan worden gesteld dat met deze oplossing nog niet iedere vorm van misbruik wordt voorkomen. De leeftijdsgrens wordt arbitrair vastgesteld. Jong dementerenden die een transactie doen boven de 25.000 euro krijgen niet automatisch een bezoek van een deskundige. Het is echter niet dat er dan eenvoudig misbruik gemaakt kan worden van deze mensen omdat tevens het stappenplan nog in werking is. Kooke wijst er bovendien op dat deze mensen niet de risicogroep vormen waarvan snel misbruik zal worden gemaakt. Kooke: ‘Mensen onder de 65 jaar hebben vaak een relatie en een uitgebreider sociaal netwerk dan bejaarden. Zij zullen minder last hebben van eenzaamheid en potentiële misbruikers zien hen niet snel als makkelijke prooi.’

Ook is de vraag hoe bovenstaande constructie uitwerkt bij die op hun sterfbed nog vlug een testament willen opstellen. Als een bezoek van de notaris nog mogelijk is, zal een bezoek van een deskundige ook geen probleem zijn. Bij eventuele twijfel kan echter een verder onderzoek door Trompetter & Van Eeden wel moeilijk realiseerbaar zijn. Maar de vraag is hoe vaak misbruik zich in deze situatie zal voordoen. Een testament wordt naar alle waarschijnlijkheid pas op het sterfbed opgemaakt indien de erflater plotseling ziek is geworden. Bij een plotselinge ziekte speelt het probleem van dementie niet, dat zich juist kenmerkt door het

---

<sup>142</sup> B.C.M. Waaijer, ‘Het passeren van een testament voor een mogelijk wilsonbekwame testateur; een proeve voor een protocol’, *WPNR* 2005, 6630, § 1.

<sup>143</sup> *Ibidem*, § 1.

sluipende proces. Mensen die plotseling ziek worden, zullen dus niet snel als makkelijke prooi worden gezien.

De vraag die tevens rijst, is hoe moet worden omgegaan met kleine wijzigingen in het testament, bijvoorbeeld een legaatstelling. Het ligt voor de hand om te stellen dat er bij legaten onder de 25.000 euro geen deskundige hoeft te worden ingeschakeld. Daar kan echter tegenin gebracht worden dat er nog steeds sprake van misbruik kan zijn wanneer een dementerende wekelijks bij een andere notaris een legaat ten behoeve van één persoon laat opnemen. Ik stel voor om bij wijzigingen in het testament onder de 25.000 euro geen verplicht bezoek van een deskundige te laten plaatsvinden. Echter is het dan wel wenselijk dat in het stappenplan wordt opgenomen dat als een testament binnen het jaar opnieuw wordt gewijzigd, dit een indicatie kan zijn voor mogelijke wilsonbekwaamheid en dat deze verder onderzocht dient te worden. Ook wanneer een testament gedurende het leven van de testateur in totaal meer dan drie keer wordt gewijzigd, kan dit mijns inziens duiden op wilsonbekwaamheid en daartoe dient dit criterium ook te worden opgenomen in het stappenplan. In het huidige stappenplan staat het volgende criterium dat kan duiden op wilsonbekwaamheid:

‘Indien een testateur frequenter dan voor hem te doen gebruikelijk een verzoek doet tot het aanpassen van een eerder testament’

Mijns inziens is dit criterium te vrijblijvend geformuleerd en daartoe dient het stappenplan te worden aangepast. Verdere aanbevelingen met betrekking tot wijzigingen van het stappenplan zijn te vinden in paragraaf 6.4.

De bezwaren van een verplicht bezoek van een deskundige onderken ik maar het feit dat er naar schatting jaarlijks 5000 keer misbruik wordt gemaakt van dementerenden bij de notaris, weegt hier mijns inziens tegenop. In de meeste gevallen zal een testament ook slechts eenmaal worden opgesteld waardoor de meeste mensen maar eenmalig geconfronteerd zullen worden met de hogere kosten en de extra inspanning die deze procedure van de testateur vergt.

Daarbij is het zo dat wanneer iemand geen testament opstelt, van rechtswege de wettelijke verdeling ingevolge art. 4:13 BW plaatsvindt. Deze wettelijke verdeling zal voor veel mensen afdoende zijn en dientengevolge hoeven zij niet naar de notaris om een testament op te laten stellen en zullen zij niet worden geconfronteerd met de hoge extra kosten en de extra

inspanning. De voorgestelde oplossing zal niet alle problemen kunnen ondervangen, maar samen met de andere in deze scriptie voorgestelde maatregelen wel in aanzienlijke mate kunnen reduceren.

## **5.2 Vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden opnemen bij een uiterste wilsbeschikking**

Bij dementie zal een beroep op wilsonbreken gedaan moeten worden op grond van art. 3:34 BW. Als dit beroep slaagt, is op grond van art. 3:34, lid 2 BW het testament nietig.<sup>144</sup> Zoals in paragraaf 3.1 besproken, kunnen nabestaanden echter moeilijk bewijzen dat een dementerende wilsonbekwaam was met betrekking tot het opstellen van het testament. Rechters kunnen niet met zekerheid vaststellen dat de testateur met betrekking tot het opstellen van het testament wilsonbekwaam was.

Eenvoudiger kan worden geoordeeld dat de testateur dementerend was en dat er misbruik van de omstandigheden is gemaakt. Bij misbruik van omstandigheden gaat het om de situatie waarin iemand door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling en de wederpartij daar misbruik van maakt.<sup>145</sup> Het is achteraf eenvoudiger om vast te stellen dat iemand dementerend is en dat daar misbruik van is gemaakt dan vast te stellen dat iemand wilsonbekwaam was met betrekking tot het opstellen van een uiterste wilsbeschikking.

Om slachtoffers van financieel misbruik meer mogelijkheden te geven hun recht te halen, wil ik daarom ook - zoals Weijermans voorstelt<sup>146</sup> - alsnog in boek 4 de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden opnemen bij een uiterste wilsbeschikking. Dit leidt er niet alleen toe dat slachtoffers meer procedurele mogelijkheden hebben, maar mijns inziens gaat hier eveneens een preventieve werking vanuit. Wanneer mensen met kwade bedoelingen weten dat een onder druk opgesteld testament kan worden vernietigd op grond van misbruik van omstandigheden, zullen zij wellicht door deze gedachte worden afgeschrikt en minder

---

<sup>144</sup> T. Kool, nieuwsbrief 'Erfrecht' *KBG Advocaten*, januari 2008, <<http://www.kbgadvocaten.nl/nieuwsbrief/nberf20081.pdf>>.

<sup>145</sup> J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, p. 201-202.

<sup>146</sup> T.A.M. Weijermans, 'Misbruik van omstandigheden en uiterste wilsbeschikkingen', *WPNR* 2009, 6811, § 5.

snel tot misbruik overgaan. Daarbij zullen met deze oplossing opmerkelijke oordelen zoals in de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage<sup>147</sup> waarin bepaald werd dat de erfgenaam geen beroep op het testament mocht doen op grond van redelijkheid en billijkheid, niet meer voor hoeven komen.

Natuurlijk zitten er ook nadelen aan dit voorstel. Dat de wetgever vreest dat er vele procedures zullen volgen, is wellicht terecht. Er zijn nu eenmaal veel situaties van misbruik denkbaar en door de vergrijzing zal het aantal dementerenden toenemen en daarmee de kans op misbruik. Door de mogelijkheden van bezwaar beperkt te houden, sluit de wetgever als het ware zijn ogen voor de realiteit. Hoewel de wetgever het niet met zoveel woorden heeft gezegd, kan het zijn dat hij vreesde voor procedures door mensen die niet daadwerkelijk benadeeld zijn door een testament en/of procedures waar geen sprake is van misbruik maar waar nabestaanden hopen alsnog iets te zullen erven als zij niet in het testament zijn aangewezen als verkrijger. Ik vrees hier niet voor omdat art. 3:50 BW bepaalt:

‘Een buitengerechtigde verklaring die een rechtshandeling vernietigt, wordt door hem in wiens belang de vernietigingsgrond bestaat, gericht tot hen die partij bij de rechtshandeling zijn.’

Voor de buitengerechtigde verklaring is dus bepaald dat er een belang dient te zijn. Voor de vernietiging in rechte is dit niet met zoveel woorden vastgelegd, maar geldt hetzelfde.<sup>148</sup> Voorbeelden van belanghebbenden zijn (de wettelijk vertegenwoordiger van) een handelingsonbekwame (art. 3:32 BW), de benadeelde schuldeiser (art. 3:45 BW) en de dwalende (art. 6:228 BW).<sup>149</sup> Breemhaar wijst er echter op dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat bij art. 3:50, lid 1 BW het zwaartepunt ligt op de bescherming van de belangen van bepaalde personen.<sup>150</sup> Met andere woorden: de groep ‘belanghebbenden’ is door de wetgever niet bij voorbaat beperkt waardoor er in theorie veel procedures zouden kunnen worden opgestart. Niemand is bij voorbaat uitgesloten om te worden aangemerkt als

---

<sup>147</sup> Rb. 's Gravenhage, 8 juni 2011, *LJN* BU8572.

<sup>148</sup> P.M. Verbeek, *Groene Serie Vermogensrecht*, commentaar op artikel 51 boek 3 BW, Deventer: Kluwer 2010, §7.

<sup>149</sup> J. Hijma, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, commentaar op artikel 50 boek 3 BW, Deventer: Kluwer 2011, § 3.

<sup>150</sup> W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 82.

‘belanghebbende’. Toch denk ik niet dat de vrees voor een stortvloed van procedures terecht is. Mensen zullen niet snel een tijd- en kostenroevende rechtsprocedure opstarten als zij niet daadwerkelijk kans maken om deze te winnen.

Daarbij zal door het voorstel gedaan in paragraaf 5.1 een veel wezenlijkere wijziging van het huidige systeem worden doorgevoerd. Deze wijziging pakt de kern van het misbruik aan, waardoor procedures als vanzelf tot een minimum zullen worden beperkt.

### **5.3 Omkering bewijslast**

#### *5.3.1 Aanleiding tot omkering*

Op de hoofdregel ‘wie stelt, moet bewijzen’ kunnen zoals aangegeven uitzonderingen gemaakt worden. Mijn voorstel is dan ook om voor de situatie dat getwijfeld wordt aan de wilsbekwaamheid van een testateur, een uitzonderingspositie te creëren. Omdat de huidige situatie mijns inziens onwenselijk is, ben ik van mening dat de bewijslast moet worden omgedraaid. De notaris zou moeten kunnen aantonen dat er bij degene die bij hem een testament heeft opgemaakt, geen reden was om te twijfelen aan de wilsbekwaamheid. In de huidige situatie worden de notaris daartoe echter te weinig handvatten aangeboden. Daarom wil ik voorstellen de bewijslast om te keren in combinatie met het doorvoeren van andere aanpassingen die ik in de hoofdstukken 5 en 6 bespreek. De bewijslast kan op de volgende drie manier worden omgekeerd.

#### *5.3.2 Omkering op grond van een bijzondere geschreven regel*

De wet geeft op verschillende plaatsen een andere verdeling van de bewijslast, waarbij het bewijsrisico wordt omgekeerd.<sup>151</sup>

Een aantal voorbeelden hiervan zijn art. 185, lid 1 Wegenverkeerswet, art. 2:248, lid 3 BW en art. 6:99 BW.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu-Uitgevers nv 2011, p. 77.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 77.

### 5.3.3 Omkering op grond van een bijzondere ongeschreven regel

De bewijslast kan ook worden omgekeerd op grond van een bijzondere ongeschreven regel indien de strekking van een wettelijke regeling kan leiden tot een afwijking (met omkering) van de objectiefrechtelijke bewijslastverdeling.<sup>153</sup> Het is een rechtsvraag of zo'n ongeschreven regel bestaat en de beslissing is in beginsel toetsbaar in cassatie.<sup>154</sup> Omdat deze beslissingen bij de Hoge Raad vaak verweven zijn met waarderingen van feitelijke aard, zal de toetsing echter beperkt zijn.<sup>155</sup>

### 5.3.4 Omkering op grond van redelijkheid en billijkheid

Behalve uit een bijzondere regeling, kan ook uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeien. Echter wordt slechts in uitzonderlijke gevallen de hoofdregel omgekeerd. Er is sprake van een uitzonderlijk geval indien de stellende partij door toedoen van de wederpartij in een onredelijk zware bewijspositie is geraakt. Voorbeelden hiervan zijn het zoek maken van bewijsstukken en het heel laat reageren op een onjuist geachte gedraging van de wederpartij.<sup>156</sup> De Hoge Raad heeft echter in zijn arrest van 9 september 2005<sup>157</sup> benadrukt dat terughoudendheid bij de toepassing van deze uitzondering moet worden betracht<sup>158</sup> en liet bijvoorbeeld in een arrest van 7 mei 2004<sup>159</sup> blijken een duidelijke voorkeur te hebben voor andere methoden om de hoofdregel van de bewijslast te verlichten.<sup>160</sup>

---

<sup>153</sup> H.W.B. thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu-Uitgevers nv 2011, p. 84.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>157</sup> HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99; *JBPR* 2006, 3 met nt. C.J.M. Klaassen.

<sup>158</sup> H.W.B. thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu-Uitgevers nv 2011, p. 87.

<sup>159</sup> HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 met nt. DA (Provincie Fryslân).

<sup>160</sup> H.W.B. thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu-Uitgevers nv 2011, p. 87.



### 5.3.5 Conclusie

Mijns inziens is het in het kader van de rechtszekerheid het meest wenselijk wanneer de bewijsvoering wordt omgekeerd op grond van een bijzondere geschreven regel. De notaris moet aantonen dat er geen reden was om te twijfelen aan de wilsbekwaamheid van zijn cliënt. Dit kan bijvoorbeeld door aan te tonen dat hij zijn cliënt heeft laten onderzoeken op wilsbekwaamheid door een deskundige zoals voorgesteld in paragraaf 5.1. Wanneer zijn cliënt de leeftijdsgrens zoals voorgesteld in paragraaf 5.1 nog niet bereikt heeft of de cliënt een transactie doet van minder dan 25.000 euro, kan de notaris zich erop beroepen dat hij zich heeft gehouden aan het stappenplan. De omkering van de bewijslast lost grotendeels het probleem op dat de nabestaanden moeten bewijzen dat de testateur op een bepaald moment wilsonbekwaam was. Zoals in paragraaf 3.1 besproken is dit een bijna onmogelijke opgave. Een nadeel van deze constructie is dat de notaris een groot aansprakelijkheidsrisico loopt. Daar weegt mijns inziens tegenop dat de notaris zich kan verzekeren tegen dit risico. Daarbij worden aan de notaris door het voorstel zoals gedaan in paragraaf 5.1 en door het aangepaste stappenplan zoals omschreven zal worden in paragraaf 6.4 mijns inziens afdoende handvatten aangereikt die hem helpen dit risico te minimaliseren. Wanneer een notaris er blijk van geeft voldoende zorgvuldigheid te hebben betracht bij het beoordelen van de wilsonbekwaamheid, kan hij voor een onjuist oordeel met betrekking tot de wilsonbekwaamheid niet aansprakelijk worden gesteld.

## **6. Aanbevelingen notariële praktijk**

Welke aanpassing kunnen er worden gedaan in de notariële praktijk met het doel de mogelijkheid tot misbruik van dementerenden bij de notaris te voorkomen?

### **6.1 Geen ongedaan-making privatisering notariële ambt**

Ten aanzien van de privatisering van het notariële ambt heb ik bepleit dat dit meer misbruik in de hand kan werken dan wanneer het notariële ambt niet geprivatiseerd zou zijn. Toch wil ik de mogelijkheid van deprivatisering van het notariële ambt buiten beschouwing laten nu dit op korte termijn geen realistische aanbeveling is en ik denk dat andere oplossingen efficiënter en effectiever zijn. Deze andere oplossingen zet ik hieronder uiteen.

### **6.2 Invoeren centraal register**

Het notarishoppen zou kunnen worden tegengegaan door het invoeren van een centraal register voor notarissen waarin melding kan worden gemaakt door de notaris wanneer iemand bij zijn praktijk is geweest die zijn testament wilde opmaken of wijzigen maar van wie de wilsbekwaamheid werd betwijfeld. De vraag is echter of er een mogelijkheid is dat notarissen elkaar waarschuwen voor mogelijk wilsonbekwame cliënten. Hiervoor moeten de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de notaris worden afgezet tegen zijn informatieplicht. Ook is de vraag of het waarschuwen wenselijk is vanuit het oogpunt van de privacy.

Juridisch kan sprake zijn van een onrechtmatige daad of schending van een contractuele verplichting indien de notaris zijn geheimhouding schendt. De wetgever heeft de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de notaris benadrukt door deze vast te leggen in de artikelen 22 en 98 Wna.<sup>161</sup> De informatieplicht is vastgelegd in art. 17, lid 1 Wna en art. 43 Wna. De algemene informatieplicht kan in bepaalde omstandigheden worden

---

<sup>161</sup> H.W. Heyman, 'Inleiding', (Preadvies KNB), in: P.C. van Es & C.A. Kraan, *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris* (Preadviezen voor de Koninklijk Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: SDU uitgevers 2007, p. 9-11.

aangevuld met een ‘bijzondere’ waarschuwingsplicht. Van Es wijst<sup>162</sup> daarbij naar de uitspraak van de Hoge Raad in het Groningse huwelijkse voorwaarden-arrest. Hierin oordeelde de Hoge Raad: ‘Een notaris dient ‘naar vermogen’ te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.’<sup>163</sup>

De eerste mogelijke oplossing om dreigende schending van belangen van partijen of derden af te wenden, zou kunnen zijn om de notaris meer ruimte te geven om partijen of derden – ondanks zijn geheimhoudingsplicht – te informeren. Het eerste bezwaar hiertegen is echter dat uit het Ogen/notaris Maas-arrest<sup>164</sup> kan worden afgeleid dat de geheimhoudingsplicht niet te verenigen is met onzekerheid omtrent de reikwijdte ervan. Een tweede bezwaar is dat wanneer de notaris op grond van de belangenafweging tot de conclusie komt dat de geheimhoudingsplicht in een concreet geval moet wijken, het gevaar bestaat dat de rechter achteraf tot een andere afweging komt. Dit kan vervolgens voor de notaris leiden tot een strafrechtelijke (op grond van art. 272 Wetboek van Strafrecht), civielrechtelijke en/of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>165</sup>

Volgens van Es zou een andere oplossing kunnen zijn het aanleggen van een (alleen voor notarissen toegankelijk) centraal register waarin melding wordt gemaakt van dienstweigeringen alsmede de reden hiervoor. Hij wijst erop dat in de tuchtrechtspraak betreffende de ‘brandstichtende hypotheekgever’<sup>166</sup> de vraag aan de orde is gekomen of een notaris die dienst heeft geweigerd, bevoegd is om op verzoek van de opvolgende notaris inlichtingen te verschaffen over de redenen voor deze weigering.<sup>167</sup> Het hof oordeelde als volgt:

---

<sup>162</sup> P.C. van Es, ‘Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris’, (Preadvies KNB), in: P.C. van Es & C.A. Kraan, *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris* (Preadviezen voor de Koninklijk Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: SDU uitgevers 2007, p. 21.

<sup>163</sup> HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

<sup>164</sup> HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173.

<sup>165</sup> P.C. van Es, ‘Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris’, (Preadvies KNB), in: P.C. van Es & C.A. Kraan, *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris* (Preadviezen voor de Koninklijk Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: SDU uitgevers 2007, p. 75.

<sup>166</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 25 juli 1996, WPNR 1996, 6235.

<sup>167</sup> P.C. van Es, ‘Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris’, (Preadvies KNB), in: P.C. van Es & C.A. Kraan, *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris* (Preadviezen voor de Koninklijk Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: SDU uitgevers 2007, p. 76.

‘Onder deze omstandigheden waarbij een door de ene partij tegenover de andere met opzet verzwijgen van een ernstig strafbaar feit voor de notaris reden was voor het weigeren van zijn ministerie ten behoeve van het vestigen van een hypotheek, prevaleerde zijn plicht tot het naar evenredigheid betrachten van de redelijke zorg voor de door dat verzwijgen serieus bedreigde, niet te verwaarlozen belangen van de beoogde hypotheekverstrekker/wederpartij zodanig duidelijk boven de geheimhoudingsplicht van de notaris jegens klagers, dat hij zonder deze ongerechtvaardigd te schenden de reden van zijn ministerieweigering desgevraagd aan zijn ‘opvolgend’ collega-notaris mocht mededelen, mede in aanmerking genomen dat ook deze collega beroepsgeheimer was.’<sup>168</sup>

Het hof acht het hier blijkbaar van belang dat het in casu gaat om het verstrekken van informatie aan een collega-geheimhouder en dat in dat geval de afweging tussen het met spreken gemoeide belang en het belang van de geheimhoudingsplicht moet doorslaan in het voordeel van het met het spreken van het gemoeide belang. In deze zaak was dit de bescherming van de wederpartij, in het geval van het wijzigen van een testamant zal dit de bescherming van de testateur zijn. Toch staat Van Es wat huiverig tegenover een centraal register voor de melding van dienstweigering vanwege het gevaar dat gegevens uit het register de betrokkenen tot in lengte van dagen zullen blijven achtervolgen en bovendien kan volgens hem nooit worden uitgesloten dat bepaalde informatie in handen van onbevoegden zal komen.

Ik heb deze huivering niet omdat mij niet duidelijk wordt waar deze op gebaseerd is. Het systeem dat opgezet moet worden, moet goed beveiligd en alleen toegankelijk voor notarissen zijn. Mochten cliënten het gevoel hebben dat notarissen onterecht hun diensten weigeren omdat zij in het register zijn opgenomen, moeten zij de mogelijkheid hebben tegenbewijs te leveren dat zij wel wilsbekwaam zijn. Dit zou bijvoorbeeld mogelijk kunnen zijn door een onderzoek van Trompetter & Van Eeden. De vraag of het invoeren van een centraal register wenselijk is vanuit het oogpunt van de privacy, is een ethische en laat ik daarom onbeantwoord. Daarbij zouden notarissen niet tuchtrechtelijk moeten worden gestraft voor het verzuimen van hun dienstplicht indien zij ten onrechte melding blijken te hebben gemaakt van mogelijke wilsonbekwaamheid. Er is geen eigenbelang in dit soort situaties waardoor een eventuele menselijke fout ter bescherming van de maatschappij als geheel, niet dient te worden bestraft.

---

<sup>168</sup> Notariskamer hof Amsterdam, 25 juli 1996, *WPNR* 1996, 6235.

### 6.3 Wettelijke basis levenstestament

Door het ontbreken van een wettelijke basis voor het levenstestament, is in de huidige situatie de status hiervan niet geheel duidelijk. Ik stel dan ook voor om de mogelijkheid van een levenstestament te verankeren in wetgeving. De EPN heeft op 31 mei 2011 een *Proeve wetsvoorstel inzake levenstestament* gepubliceerd.<sup>169</sup> In dit wetsvoorstel doet de EPN het voorstel om enkele aanpassingen aan te brengen met betrekking tot volmachtbepalingen.

De volmacht is opgenomen in Titel 3 (artikel 3:60 t/m 3:79) van het Burgerlijk Wetboek. Hoewel de huidige wetgeving een volmacht toelaat die van kracht wordt of blijft ingeval van wilsonbekwaamheid van de volmachtverlener, is er in de huidige situatie onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van volmachten.<sup>170</sup> De KNB heeft in een brief<sup>171</sup> aan de vaste Kamercommissie van Veiligheid en Justitie laten weten dat in de literatuur de mening is toegedaan dat een volmacht doorloopt bij later intredende wilsonbekwaamheid. De KNB wijst er echter op dat verschillende instellingen zo'n volmacht niet blijken te accepteren.

In de toelichting bij het wetsvoorstel inzake levenstestament staat omschreven dat een volmacht een belangrijk deel uitmaakt van het levenstestament. In het wetsvoorstel wordt de mogelijkheid gecreëerd een volmacht te verlenen mede voor het geval de levenstestateur later wilsonbekwaam wordt.<sup>172</sup> In het wetsvoorstel staat dat wenselijk is dat art. 3:72 BW als volgt wordt aangepast. In het voorgestelde lid 1 slot a staat als uitgangspunt dat de volmacht eindigt door een later intredende wilsonbekwaamheid van de volmachtgever. Deze regeling is van regelen recht. Op grond van het voorgestelde lid 2 kan de volmachtgever bij notariële akte bepalen dat de volmacht niet of beperkt eindigt door later intredende wilsonbekwaamheid. Lid 3 moet de mogelijkheid geven de beperkte bij onderhandse akte verleende volmacht te laten bestaan bij later intredende wilsonbekwaamheid. Hier geldt dan wel het vereiste dat dit dan

---

<sup>169</sup> EPN, 'Notarissen presenteren wetsvoorstel Levenstestament', 31 mei 2011, <[http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU50620\\_Notarissen-presenteren-wetsvoorstel-Levenstestament.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU50620_Notarissen-presenteren-wetsvoorstel-Levenstestament.aspx), laatst geraadpleegd op 4 april 2012>.

<sup>170</sup> Memorie van Toelichting Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33054, nr. 3, § 1.

<sup>171</sup> G.L.F. Sarneel, 'Brief aan Tweede Kamer inzake w.o. 33054', Den Haag 13 januari 2012, <<http://www.knb.nl/volmacht-moet-niet-eindigen-door-wilsonbekwaamheid>>.

<sup>172</sup> EPN, *Toelichting proeve van wetsvoorstel (volmacht voor het geval van wilsonbekwaamheid en verklaringen betreffende medische behandeling)*, 31 mei 2011, p. 3.

uitdrukkelijk in de akte moet zijn opgenomen. Het vierde lid bepaalt dat een bij notariële akte verleende volmacht slechts bij notariële akte kan worden herroepen.<sup>173</sup>

In de toelichting bij het wetsvoorstel staat dat er uitdrukkelijk voor is gekozen dat de volmacht moet worden opgesteld door de notaris omdat ‘de notaris in het rechtsverkeer een belangrijke rol speelt waar het de rechtszekerheid betreft, terwijl de notariële tussenkomst niet zelden door de wetgever is voorgeschreven ter bescherming van de justitiabelen’.<sup>174</sup> Het spreekt voor zich dat de volmacht dient te worden opgesteld op het moment dat de opsteller nog wilsbekwaam is. Als gevolg van de aanpassing van art. 3:72 BW moet ook art. 3:73 BW worden aangepast. Deze wijziging wordt ook voorgesteld in het wetsvoorstel.

De EPN stelt voor om een nieuw art. 3:76a BW in te voeren welke de volmachtgever de mogelijkheid geeft om in geval van een doorlopende volmacht bij zijn wilsonbekwaamheid te bepalen of en zo ja aan wie en op welke wijze de gevolmachtigde rekening en verantwoording dient af te leggen. Art. 1 Wet op het centraal testamentenregister dient zodanig te worden aangepast dat de volmacht als bedoeld in art. 3:72, lid 2 BW wordt opgenomen in het testamentenregister almede de notariële akten waarbij een onderhandse volmacht als bedoeld in art. 3:72, lid 3 BW wordt herroepen. Ook wil de EPN de notariële akten die medische beschikkingen bevatten, niet zijnde volmachten, opnemen in het testamentenregister. Het huidige art. 6 Wet op het testamentenregister bepaalt:

‘Aan een ieder worden kosteloos inlichtingen gegeven uit de gegevens van het testamentenregister ten aanzien van personen die zijn overleden.’

Dit artikel moet zodanig worden aangepast dat het levenstestament tijdens het leven van de levenstestateur kan worden geraadpleegd. Door wie het levenstestament mag worden geraadpleegd, zal door de wet en de rechtspraak moeten worden bepaald.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> EPN, *Toelichting proeve van wetsvoorstel (volmacht voor het geval van wilsonbekwaamheid en verklaringen betreffende medische behandeling)*, 31 mei 2011, p. 3.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>175</sup> A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. van der Heide-van IJzinga Veenstra, ‘Het levenstestament, een inleiding’, *FTV* 2010-10, p. 5.

In de nieuwe Wet tot wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap<sup>176</sup> is het voorstel van de mogelijkheid tot een doorlopende volmacht bij wilsonbekwaamheid niet overgenomen. In de Memorie van Toelichting schrijft demissionair staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven: ‘Ik zal bezien of een wettelijke regeling hiervoor geboden is’.<sup>177</sup> Mijns inziens is een wettelijke regeling hiervoor geboden en daartoe wil ik voorstellen dat het *Proeve wetsvoorstel inzake levenstestament* wordt aangenomen. Ik sluit mij aan bij de aanbevelingen van de EPN, echter wil ik er wel iets aan toevoegen. Omdat bij het opstellen van een levenstestament natuurlijk eveneens misbruik kan worden gemaakt van de levenstestateur, wil ik voorstellen de aanbevelingen die ik in deze scriptie met betrekking tot het testament doe, ook van toepassing te laten zijn op het levenstestament.

Ook wil ik erop wijzen dat het effect van dit voorstel relatief miniem zal zijn. Uit mijn onderzoek is niet gebleken dat door het niet verankerd zijn van het levenstestament in de wetgeving, misbruik van dementerenden bij de notaris in stand wordt gehouden. De status van het levenstestament is op dit moment niet geheel helder en de rechter hoeft zich niet te houden aan wat is vastgelegd in het levenstestament. De vraag is echter of het vastleggen in de wetgeving iets aan deze onduidelijkheid verandert. Wel zou het in het kader van de transparantie een verbetering zijn wanneer in de wet wordt opgenomen wie het levenstestament mag raadplegen gedurende het leven van de levenstestateur.

Omdat ik niet alle details van het wetsvoorstel wil bespreken vanwege de omvang van de mijn scriptie, heb ik ervoor gekozen in deze paragraaf de hoofdpunten te bespreken. In de bijlage bij deze scriptie vindt u daarom het *Proeve wetsvoorstel inzake levenstestament* en de bijbehorende toelichting.

#### **6.4 Aanpassing stappenplan/uitbreiding indicatoren**

Het huidige stappenplan is naar mijn mening te vrijblijvend geformuleerd en legt daardoor een grote beoordelingsvrijheid bij de notaris. Mijn voorstel is dan ook om alle mogelijke indicatoren te omschrijven die erop zouden kunnen duiden dat er sprake is van mogelijke

---

<sup>176</sup> Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33054, nr. 2.

<sup>177</sup> Memorie van Toelichting Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33054, nr. 3, § 1.

wilsonbekwaamheid en niet slechts enkele voorbeelden van indicatoren te geven. In het stappenplan moet door deskundigen volstrekt helder geformuleerd worden wanneer de notaris het stappenplan dient in te schakelen en wat de notaris exact moet doen wanneer het stappenplan moet worden ingeschakeld. Expliciet moet worden opgenomen wanneer een deskundige moet worden ingeschakeld voor de beoordeling van de wils(on)bekwaamheid. Het zal niet eenvoudig zijn het stappenplan zodanig vorm te geven dat er geen onduidelijkheden meer zullen resteren en wellicht is dit onmogelijk. Dit is hinderlijk, maar het stappenplan zal echter goeddeels zijn functie verliezen door het voorstel dat ik in paragraaf 5.1 heb gedaan. Voor de kleine functie die het stappenplan nog zal hebben, zal het stappenplan moeten worden aangepast. Het stappenplan zal alleen nog werking hebben voor mensen wiens wilsbekwaamheid niet verplicht dient te worden onderzocht door een deskundige. Dit zijn bijvoorbeeld de mensen die de leeftijdsgrens zoals genoemd in paragraaf 5.1 nog niet hebben bereikt of de mensen die een transactie doen van minder dan 25.000 euro.

Hoe het stappenplan moet worden aangepast, kan door mij als niet-deskundige niet worden beoordeeld. Om toch enig beeld te geven van een mogelijke optie, heb ik Herman Post, hoofd Hulp en Informatie bij Alzheimer Nederland gevraagd met welke indicatoren het stappenplan volgens hem moet worden uitgebreid. Schriftelijk antwoordde hij:

‘De indicatoren die in paragraaf twee van het stappenplan staan, dienen met de volgende indicatoren te worden uitgebreid:

- Onterving;
- Prijsstelling van het te passeren (sic) roerend of onroerend goed ten aanzien van een reële marktwaarde;
- Dat cliënt van buiten de regio/woonplaats komt, is afwijkend en kan duiden op shoppen;
- Cliënt is alleenstaande;
- Het ingrijpend wijzigen van de huwelijkse voorwaarden.’

Dit is mijns inziens slechts een kleine uiteenzetting van enkele mogelijkheden, waar ik het niet per definitie mee eens ben. Alleenstaanden zijn in de huidige (en geïndividualiseerde) maatschappij niet ongebruikelijk en om dat als criterium aan te nemen, gaat mijns inziens wat te ver. Daarbij zijn de criteria enigszins vrijblijvend geformuleerd. De vraag is nu



bijvoorbeeld wanneer sprake is van “ingrijpend” wijzigen van de huwelijkse voorwaarden. Daarbij wil ik ook dat het stappenplan met nog andere indicatoren wordt uitgebreid. Wanneer iemand binnen het jaar opnieuw zijn testament wijzigt, moet dit als indicatie gelden voor mogelijke wilsonbekwaamheid. Hetzelfde geldt voor het in totaal meer dan drie wijzigen van een testament door een testateur.

Tegen elk van de door Alzheimer Nederland en mij genoemde factoren is natuurlijk in te brengen dat dit helemaal geen indicatie hoeft te zijn van wilsonbekwaamheid. Dit toont aan dat het niet eenvoudig, zo niet onmogelijk is het stappenplan zodanig aan te passen dat ieder geval van mogelijke wilsonbekwaamheid wordt herkend. De omstandigheden van iedere testateur zijn anders waardoor het erg moeilijk zal zijn één stappenplan te maken aan de hand waarvan de notaris een mogelijk wilsonbekwame zal herkennen. Deskundigen zouden verder onderzoek moeten verrichten naar hoe het stappenplan kan en moet worden aangepast. De beschermende werking van het stappenplan ten opzichte van misbruik van dementerenden zal echter beperkt blijven. Daarom moet dit voorstel niet op zichzelf worden gelezen maar zal het aangepaste stappenplan slechts misbruik kunnen voorkomen in combinatie met de andere voorstellen die ik in deze scriptie doe.

## **6.5 Nietigverklaring testamenten die in bijzijn partner zijn gepasseerd**

Over het aanwezig zijn van de partner of een andere derde tijdens het passeren van het testament kan ik kort zijn: dit dient in zijn geheel nooit meer voor te komen. De notaris dient het testament te passeren in slechts de aanwezigheid van de testateur, op straffe van nietigheid van het testament en een tuchtrechtelijke sanctie voor de notaris. Als bezwaar hiertegen zou genoemd kunnen worden dat het gezamenlijk passeren van het testament kostenbesparend werkt voor cliënten en dat sommige cliënten het juist prettig lijken te vinden.<sup>178</sup> Daarnaast kan erfrechtelijke openheid rust binnen een relatie geven.<sup>179</sup> Hier wil ik tegenin brengen dat naar huidig huwelijksvermogensrecht geen plicht tussen echtgenoten bestaat om elkaar de waarheid te vertellen over hun opgestelde testament. Dit is volgens Reinhartz<sup>180</sup> ook niet het

---

<sup>178</sup> W.J.M. Schols, 'Schatje ik benoem jou tot enig erfgenaam'. 'Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet...!', *WPNR* 2011, 6873, p. 112.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>180</sup> B.E. Reinhartz, 'Reactie op “ ‘Schatje, ik benoem jou tot enig erfgenaam’. ‘Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet....’” van prof. mr. F.W.J.M. Schols in *WPNR* (2011) 6873’, *WPNR* 2011, 6888, p. 452.

geval in de toekomst met de invoering van het nieuwe art. 1:83 BW, zoals voorgesteld in wetsvoorstel 28 867.<sup>181</sup> Als er bijzondere omstandigheden spelen, zou het wel mogelijk moeten zijn om belanghebbenden bij de bespreking van het testament toe te laten, zoals dit het geval was bij een zaak die bij het hof Amsterdam speelde.<sup>182</sup> De vraag is hierbij wel wie dient te beoordelen of er sprake is van bijzondere omstandigheden. Mijns inziens dient dit te worden gedaan door de notaris. Achteraf kan door de rechter worden beoordeeld of er daadwerkelijk sprake was van bijzondere omstandigheden. Mocht de rechter niet tot dit oordeel komen, kan het testament alsnog nietig worden verklaard. Het is van groot belang dat de notaris aan de testateur kenbaar maakt dat het mogelijk is dat het testament achteraf door de rechter nietig wordt verklaard indien een derde aanwezig is bij het passeren van het testament. Het is dan aan de testateur of hij dit risico wil lopen. Duidelijk moge zijn dat ik van mening ben dat er nooit sprake zou mogen zijn van bijzondere omstandigheden in het geval de testateur aan dementie lijdt en daardoor mogelijk wilsonbekwaam is. Bij mogelijke wilsonbekwaamheid dienen alle omstandigheden die de testateur zouden kunnen beïnvloeden zoveel mogelijk te worden geëlimineerd en daartoe moet de mogelijk wilsonbekwame testateur altijd in afwezigheid van derden zijn bij het passeren van een notariële akte.

Naar mijn mening is het bezwaar van mogelijk misbruik dan ook doorslaggevend dan het gemak van het gezamenlijk een testament opmaken en daarom ben ik van mening dat een testament dat is opgemaakt in bijzijn van beide partners, nietig moet worden verklaard indien er geen sprake is van bijzondere omstandigheden.

---

<sup>181</sup> Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen, *Kamerstukken I* 2008-2009, 28 867 A (gewijzigd voorstel van wet van 18 september 2008).

<sup>182</sup> Hof Amsterdam 28 januari 1999, *WPNR* 1999, 6380.

## **7. Conclusie en aanbevelingen**

### **7.1 Conclusie**

Deze scriptie wil ik graag afsluiten met een overzicht van de huidige notariële gang van zaken. Zoals beschreven zijn er naar schatting jaarlijks 5000 gevallen van financieel misbruik van dementerenden en met de toenemende vergrijzing zal dit aantal alleen nog maar toenemen. Het niet geringe aantal van 5000 gevallen van misbruik doet vermoeden dat misbruik niet ten optimale bestreden wordt. Om deze hypothese te toetsen, heb ik onderzoek verricht naar zowel de notariële wetgeving als de notariële praktijk.

De vraag die beantwoord dient te worden is in hoeverre de wetgeving omtrent dementerenden afdoende is om financieel misbruik van dementerenden bij de notaris te voorkomen. Mijn antwoord hierop is dat de wetgeving vooralsnog niet afdoende is om dit misbruik te voorkomen. Notarissen staan voor de onmogelijke taak als niet-deskundigen de wilsbekwaamheid van hun cliënten vast te stellen en rechters moeten achteraf beoordelen of de testateur wilsbekwaam was ten tijde van het opstellen van het testament. Mijns inziens beide onmogelijke taken. Doordat er geen beroep kan worden gedaan op de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden en doordat de nabestaanden van het vermeende slachtoffer voor de vaak onmogelijke taak staan te bewijzen dat de testateur op het moment van het opstellen van het testament wilsbekwaam was, wordt de mogelijkheid van misbruik in stand gehouden. De aanscherping van de plicht tot dienstweigering lijkt hierbij niet meer te zijn dan een positief signaal.

De notariële praktijk is eveneens nog niet voldoende ingericht om financieel misbruik van dementerenden optimaal te voorkomen. Het “notarishoppen” dat mogelijk is door het geprivatiseerde ambt, de concurrentiestrijd die uit het geprivatiseerde ambt voortvloeit, het vrijblijvende karakter van het stappenplan en de mogelijkheid tot het aanwezig zijn van de partner vormen mijns inziens problemen die ertoe leiden dat de notariële praktijk niet afdoende bescherming biedt tegen mogelijk financieel misbruik van dementerenden. Ook is niet duidelijk of de notaris verplicht is een deskundige in te schakelen indien hij twijfelt aan de wilsbekwaamheid van zijn cliënt. Ik heb laten zien dat de essentie van het probleem is dat de notaris niet bekwaam, maar wel bevoegd en zelfs verplicht is de wilsbekwaamheid van zijn

cliënt te beoordelen. Ook het (nog niet in de wet verankerde) EPN-VIA-protocol pakt dit probleem niet aan.

Mijn onderzoeksvraag luidde:

‘In hoeverre bieden de notariële praktijk en de daarop van toepassing zijnde wet- en regelgeving afdoende waarborgen om financieel misbruik van dementerenden te voorkomen en welke aanpassingen kunnen worden gedaan teneinde de eventuele mogelijkheid tot misbruik van dementerenden te voorkomen?’

Het antwoord op het eerste gedeelte van de onderzoeksvraag luidt gezien het bovenstaande overzicht dan ook dat de notariële praktijk en de daarop van toepassing zijnde wet- en regelgeving omtrent dementerende niet afdoende is om financieel misbruik van dementerenden bij de notaris te voorkomen.

Mijn aanbevelingen om de hierboven uiteengezette problemen tegen te gaan, vindt u in de volgende paragraaf. In deze paragraaf formuleer ik dus tevens een antwoord op het tweede gedeelte van de onderzoeksvraag.

## **7.2 Aanbevelingen**

Om slachtoffers van financieel misbruik meer mogelijkheden te geven hun recht te halen, wil ik zoals Weijermans voorstelt<sup>183</sup> alsnog in boek 4 naast de andere wilsgebreken de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden opnemen bij een uiterste wilsgeschikken. Dit leidt er niet alleen toe dat slachtoffers meer procedurele mogelijkheden hebben, maar mijns inziens gaat hier eveneens een preventieve werking vanuit.

Een andere aanbeveling die ik wil doen is dat op de hoofdregel ‘wie stelt, moet bewijzen’ in geval van vermeend financieel misbruik van een dementerende een uitzondering wordt gemaakt. Hierbij moet wel worden doorgevoerd dat iedereen boven een bepaalde leeftijd die een transactie doet van boven de 25.000 euro, huwelijksvoorwaarden opstelt of een

---

<sup>183</sup> T.A.M. Weijermans, ‘Misbruik van omstandigheden en uiterste wilsgeschikken’, *WPNR* 2009, 6811.

testament opstelt, verplicht dezelfde dag worden bezocht door een deskundige. Hetzelfde geldt voor iemand die een levenstestament opstelt. De deskundige dient dan de wilsbekwaamheid van de testateur en/of de levenstestateur te beoordelen.

De achterliggende gedachte bij het omkeren van de bewijslast is de volgende. Door het bestaan van de verplichte controle op wilsbekwaamheid en het stappenplan is het voor de notaris eenvoudiger de rechter ervan te overtuigen dat de testateur wel wilsbekwaam was. De notaris kan zich er immers op beroepen dat hij zijn cliënt heeft laten onderzoeken op wilsbekwaamheid of dat hij zich aan het stappenplan heeft gehouden. Dit is voor de notaris eenvoudiger dan dat het voor de nabestaanden van de vermeend financieel misbruikte is om aan te tonen dat de testateur op het moment van het opstellen van het testament wilsbekwaam was. Het stappenplan dient door deskundigen wel te worden aangepast.

Het notarishoppen zou kunnen worden tegengegaan door het invoeren van een centraal register voor notarissen. Hierin kan melding worden gemaakt door de notaris wanneer iemand bij zijn praktijk is geweest die zijn testament wilde opmaken of wijzigen maar van wie de notaris de wilsbekwaamheid heeft betwijfeld. Het systeem dat opgezet moet worden, moet goed beveiligd en alleen toegankelijk voor notarissen zijn.

Het aanwezig zijn van de partner bij het passeren van het testament dient behoudens uitzonderingssituaties niet meer voor te komen op straffe van nietigverklaring van het testament en een tuchtrechtelijke veroordeling van de notaris. Het levenstestament dient omwille van de rechtszekerheid te worden verankerd in wetgeving.

Ik ben mij ervan bewust dat de voorstellen die ik doe het huidige systeem behoorlijk aantasten. De problemen in de huidige situatie zijn echter mijns inziens niet miniem en vereisen een dergelijke fundamentele aanpak.

## Literatuurlijst

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

### Boeken

#### **Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III)**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6-III. Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

#### **Asser/Perrick 2009 (4)**

S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2009.

#### **Bollen, Klomp & Schelhaas (red.) 2006**

C. Bollen, R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi 2006.

#### **Brahn & Reehuis 2007**

O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

#### **Van der Burgt 2003**

Van der Burgt c.s., *Parlementaire Geschiedenis Invoeringswet Boek 4*, Deventer: Kluwer 2003.

#### **Van Es & Kraan 2007**

P.C. van Es & C.A. Kraan, *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris* (Preadviezen voor de Koninklijk Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: SDU uitgevers 2007.

**Hijma 2011**

J. Hijma, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2011.

**Hijma 2010**

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

**Huijgen & Pleysier 2001**

W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt* (serie Ars Notariatus C), Kluwer: Deventer 2001.

**Kooke 2007**

P. Kooke, *Ik laat je nooit in de steek*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam, 2007.

**Lekkerkerker e.a. 2010**

G.J.C. Lekkerkerker e.a., *De goede notaris*, Den Haag: SDU uitgevers 2010.

**Melis/De Waaijer 2003**

J.C.H. Melis/R.C.M. de Waaijer, *De Notariswet*, Kluwer: Deventer 2003.

**Van Mourik (red.) 2011**

M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek erfrecht* (publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Kluwer 2011.

**Van Mourik 2008**

M.J.A. van Mourik, *Monografieën Privaatrecht. 1. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

**Plaggemars 2011**

A.D. Plaggemars, *Is de notaris de markt meester?* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Boom Juridische uitgevers: Meppel 2011.

**Schols 2005**

W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Kluwer 2005.

**Schwartzenberg 2011**

H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu-Uitgevers nv 2011.

**Ter Voert & Zwenk/Beenakkers 2011**

M.J. ter Voert & F. Zwenk/m.m.v. E.M.Th. Beenakkers, *Kwaliteit in zware tijd* (onderzoek in opdracht van WODC), Meppel: Boom Juridische uitgevers 2011.

**Verbeek 2010**

P.M. Verbeek, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Wortmann & van Duijvendijk-Brand 2005**

S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2005.



## **Artikelen**

### **Van Almelo 2012**

L. van Almelo, 'Is zij wel goed bij haar hoofd?', *Notariaat Magazine* 2012-1.

### **Van Almelo 2008**

L. van Almelo, 'Zo wilde cliënt het' Oud-notaris De Wolf over alzheimerzaak', *Notariaat Magazine*, 2008-3.

### **Van Almelo 2008**

L. van Almelo, 'Acceptatie van tuchtrecht neemt af', *Notariaat Magazine* 2008-1.

### **Dohmen 2010-50**

J. Dohmen, 'Bejaarden prooien', *Elsevier*, 2010-50.

### **Hooimeyer 2005**

M. Hooimeyer, 'Notaris, vergeet rechtsbescherming dementerenden niet!', *Notariaat Magazine* 2005-8.

### **Jennekens & Jennekens-Schinkel 2005**

F.G.I. Jennekens & A. Jennekens-Schinkel, 'De dementerende persoon, het testament en de notaris', *WPNR* 2005, 6630.

### **Kooke 2012**

P. Kooke, 'Notaris laat zich foppen bij 'klaargestoomde' demente', *NRC Handelsblad*, 3 februari 2012.

### **Van Mourik 2007**

M.J.A. van Mourik, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', *WPNR* 2007, 6724.

### **Reinhartz 2011**

B.E. Reinhartz, 'Reactie op "Schatje, ik benoem jou tot enig erfgenaam". "Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet..."' van prof. mr. F.W.J.M. Schols in *WPNR* (2011) 6873', *WPNR* 2011, 6888.

### **Sarneel 2012**

G. Sarneel, 'Klaargestoomde' demente heeft ook recht op notaris', website *EPN*, 2012  
< [http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51095\\_Artikel-NRC-inz-wilsonbekwaamheid-en-reactie-voorzitter-KNB.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51095_Artikel-NRC-inz-wilsonbekwaamheid-en-reactie-voorzitter-KNB.aspx)>.

### **Schols 2011**

W.J.M. Schols, 'Schatje ik benoem jou tot enig erfgenaam'. 'Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet..'', *WPNR* 2011, 6873.

### **Stollenwerck 2010**

A.H.N. Stollenwerck, 'Het levenstestament – een regeling voor het geval van wilsonbekwaamheid', *FTV* 2010-10.

### **Stollenwerck & R.C.E. van der Heijde-van IJlzinga Veenstra 2010**

A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. van der Heide-van IJlzinga Veenstra, 'Het levenstestament, een inleiding', *FTV* 2010-10.

### **Vijselaar 2007**

J. Vijselaar, 'Hoeveel notarissen kan de notariële markt aan?', *Notariaat Magazine* 2007-02.

### **Waaier 2005**

B.C.M. Waaier, 'Het passeren van een testament voor een mogelijk wilsonbekwame testateur; een proeve voor een protocol', *WPNR* 2005, 6630.

### **Weijermans 2009**

T.A.M. Weijermans, 'Misbruik van omstandigheden en uiterste wilsbeschikkingen', *WPNR* 2009, 6811.

## **Wermeskerken 2011**

H. van Hermeskerken, 'Zorgvuldigheid staat altijd voorop', *Notariaat Magazine* 2011-11.

## **Jurisprudentieregister**

HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99; *JBPR* 2006, 3 met nt. C.J.M. Klaassen.

HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 met nt. DA (Provincie Fryslân).

HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766.

HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 308.

HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173.

Hof 's Hertogenbosch 22 november 2005, *LJN* AU8085.

Hof Amsterdam 28 januari 1999, *WPNR* 1999, 6380.

Notariskamer hof Amsterdam, 20 december 2011, *LJN* BV3896.

Notariskamer hof Amsterdam, 7 juni 2011, *LJN* BQ9860.

Notariskamer hof Amsterdam, 31 mei 2011, *LJN* BQ7826.

Notariskamer hof Amsterdam, 18 januari 2011, *LJN* BP8007.

Notariskamer hof Amsterdam, 29 juni 2010, *LJN* BN0057.

Notariskamer hof Amsterdam, 29 september 2009, *LJN* BK1607.

Notariskamer hof Amsterdam, 26 juni 2008, *LJN* BD5756.

Notariskamer hof Amsterdam, 8 februari 2007, *LJN* AZ8646.

Notariskamer hof Amsterdam, 25 juli 1996, *WPNR* 1996, 6235.

Rb. 's-Gravenhage, 25 januari 2012, *LJN* BV2938.

Rb. 's-Gravenhage, 20 december 2011, *LJN* BU8572.

Rb. 's Gravenhage, 8 juni 2011, *LJN* BU8572.

Rb. Utrecht, 24 november 2010, *LJN* BO6170.

Rb. Amsterdam, 23 november 1914, *NJ* 1914, 61.

Rb. Utrecht, 13 april 2011, *LJN* BQ0539.

Kamer van Toezicht Leeuwarden, 20 december 2011, *LJN* YC0735.

Kamer van Toezicht Arnhem, 27 januari 2011, *LJN* YC0597.

Kamer van Toezicht Den Haag, 5 augustus 2009, *LJN* YC0305.

## **Lijst overige bronnen**

### **Alzheimer Nederland 2010**

Alzheimer Nederland, 'Cijfers en feiten over dementie', 16 februari 2012, <[alzheimer-nederland.nl](http://alzheimer-nederland.nl)>.

### **EPN Levenstestament 2009**

EPN, 'Levenstestament; wie behartigt uw belangen als u dit zelf niet meer kunt?', 14 mei 2009, <[http://www.epn-notaris.nl/home/levenstestament/cDU2361\\_EPN-Levenstestament.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/levenstestament/cDU2361_EPN-Levenstestament.aspx)>.

### **EPN Proeve wetsvoorstel inzake levenstestament 2011**

EPN, *Proeve van wetsvoorstel inzake levenstestament (Aanpassing einde volmacht in geval van wilsonbekwaamheid)*, 31 mei 2011, <[http://www.epn-notaris.nl/home/levenstestament/cDU2361\\_EPN-Levenstestament.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/levenstestament/cDU2361_EPN-Levenstestament.aspx)>.

### **EPN Toelichting proeve van wetsvoorstel 2011**

EPN, *Toelichting proeve van wetsvoorstel (volmacht voor het geval van wilsonbekwaamheid en verklaringen betreffende medische behandeling)*, 31 mei 2011, <[http://www.epn-notaris.nl/home/levenstestament/cDU2361\\_EPN-Levenstestament.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/levenstestament/cDU2361_EPN-Levenstestament.aspx)>.

### **EPN & VIA 2012**

EPN & VIA, *Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten*, 2012, versie 1.

### **EPN 2012**

EPN, 'Notarissen en artsen trekken samen op in problematiek wilsonbekwaamheid', 19 januari 2012, <[http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51062\\_Persbericht-Notarissen-en-artsen-trekken-samen-op-in-problematiek-wilsonbekwaamheid.aspx](http://www.epn-notaris.nl/home/nieuwsarchief/DU51062_Persbericht-Notarissen-en-artsen-trekken-samen-op-in-problematiek-wilsonbekwaamheid.aspx)>.

### **Erfwijzer.nl**

Erfwijzer.nl, 'Langstlevende testament', <<http://www.erfwijzer.nl/woordenboek/langstlevende%20testament.html>>.

### **Gezondheidsraad 2002**

Gezondheidsraad, *Dementie*, Den Haag 2002. Publicatie nr. 2002/04.

### **Handleiding Erfrechtprocedures Kantonrechter van het Landelijk Overleg Kantonsectorvoorzitters 2008**

‘Handleiding Erfrechtprocedures Kantonrechter van het Landelijk Overleg

Kantonsectorvoorzitters’, 10 november 2008, <

<http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector->

[kantonrecht/Richtlijnen%20kantonrechtspraak/Documents/Handleiding%20erfrechtprocedures2008.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Richtlijnen%20kantonrechtspraak/Documents/Handleiding%20erfrechtprocedures2008.pdf)>.

### **Hersenstichting Nederland**

Hersenstichting Nederland, ‘Alles over hersenen’, <<https://www.hersenstichting.nl/alles-over-hersenen/index.html>>.

### **HREA 2011**

HREA, thematische gids ‘Rechten van bejaarden’,

<[http://www.hrea.org/index.php?doc\\_id=436](http://www.hrea.org/index.php?doc_id=436)>.

### **KNB**

KNB, ‘Akten’, <<http://www.knb.nl/de-notaris/notariele-akten>>.

### **KNB 2006**

KNB, *Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening*, 1 juni 2006, <<http://www.recht.nl/doc/ProtocolwilsbekwaamheidKNB.pdf>>.

### **Memorie van Toelichting Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap 2011-2012**

Memorie van Toelichting Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap,

*Kamerstukken II*, 2011-2012, 33054, nr. 3.

## **Memorie van Toelichting Wijziging van de Wet op het notarisambt 2009-2010**

Memorie van Toelichting Wijziging van de Wet op het notarisambt, onder meer naar aanleiding van de evaluatie van die wet, *Kamerstukken II* 2009-2010, 32250, nr. 3.

## **Nieuwsbrief KBG Advocaten**

T. Kool, nieuwsbrief 'Erfrecht' *KBG Advocaten*, januari 2008, <<http://www.kbgadvocaten.nl/nieuwsbrief/nberf20081.pdf>>.

## **Notaris.nl**

Website Notaris.nl, 'Centraal Testamentenregister', <<http://www.notaris.nl/centraal-testamentenregister>>.

## **Novocatie.nl 2012**

Novocatie.nl, 'Samenwerking notarissen en artsen bij wilsonbekwaamheid', 26 januari 2012, <[http://www.novocatie.nl/page?7,1101/Actueel/samenwerking\\_notarissen\\_en\\_artsen\\_bij](http://www.novocatie.nl/page?7,1101/Actueel/samenwerking_notarissen_en_artsen_bij)>.

## **NVM 2012**

NVM, 'Minder notarissen door slechte woningmarkt', 28 maart 2012, <[www.nvm.nl/actual/maart\\_2011/minder\\_notarissen\\_door\\_slechte\\_woningmarkt.aspx](http://www.nvm.nl/actual/maart_2011/minder_notarissen_door_slechte_woningmarkt.aspx)>.

## **Rapport Commissie Hammerstein 2005**

Rapport Commissie Hammerstein, 'Evaluatie Wet op het notarisambt. Het beste van twee werelden', 2005.

## **Rechtennieuws 2006**

Rechtennieuws.nl, 'Notaris krijgt hulpmiddel voor beoordeling wilsbekwaamheid', 1 juni 2006, <<http://rechtennieuws.nl/8402/notaris-krijgt-hulpmiddel-voor-beoordeling-wilsbekwaamheid.html>>.

## **Sarneel 2012**

G.L.F. Sarneel, 'Brief aan Tweede Kamer inzake w.o. 33054', Den Haag 13 januari 2012, <<http://www.knb.nl/volmacht-moet-niet-eindigen-door-wilsonbekwaamheid>>.



### **Trompetter & Van Eeden**

Website Trompetter & Van Eeden, < <http://www.treve.nl/>>.

### **Wereldgezondheidsorganisatie**

Wereldgezondheidsorganisatie, 'ICD-10', < <http://www.icd-10.nl/icd-10/>>.

### **Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen 2008-2009**

Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen, *Kamerstukken I* 2008-2009, 28 867 A (gewijzigd voorstel van wet van 18 september 2008).

### **Wetsvoorstel Wijziging van de Wet op het notarisambt 2009-2011**

Wetsvoorstel Wijziging van de Wet op het notarisambt, onder meer naar aanleiding van de evaluatie van die wet, *Kamerstukken II* 2009-2011, 32250, nr. 1.

### **Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap 2011-2012**

Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33054, nr. 2.