

Onder redactie van:

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. G.A. Tuinstra
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. dr. N.V.C.E. Bauduin
Mr. E.C.E. Schnackers
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. dr. G.T.J. Hoff

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2021-13

1 september 2021

Een herroepen testament blijft niet altijd ‘achter slot en grendel’ in de archiefruimte van de notaris

Tijdens het leven van de erflater zal de inhoud van zijn testament veelal vertrouwelijk en niet bekend zijn. Op de notaris die het testament gepasseerd heeft, rust een plicht tot geheimhouding van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt (art. 22 Wet op het notarisambt (Wna)). Na het overlijden van de erflater liggen de zaken wezenlijk anders. Het testament met de daarin opgenomen diverse uiterste wilsbeschikkingen is immers bedoeld om na overlijden werking te hebben (art. 4:42 lid 1 BW), en zal daartoe bekend gemaakt moeten worden.

Niet iedereen is gerechtigd om kennis te nemen van de inhoud van een testament. Volgens artikel 49 lid 1 Wna dient de notaris alleen aan direct belanghebbenden informatie te verstrekken over de inhoud van het testament. Die informatie moet verstrekt worden in de vorm van een afschrift van de akte indien de gehele inhoud van de akte van rechtstreeks belang is voor het recht dat ontleend wordt aan de akte. Zo zal door de notaris aan een erfgenaam zonder meer een afschrift (en dat is een schriftelijke en letterlijke weergave van de gehele inhoud van de notariële akte) van het testament verstrekt moeten worden. Soms zal het nodig zijn om inzage te nemen in meerdere testaments, omdat een testament enkel een aanvulling bevat op een eerder testament. Indien de akte slechts gedeeltelijk rechtstreeks van belang is voor dat recht, wordt alleen een uittreksel (en dat is een schriftelijke en letterlijke weergave van gedeelten van de notariële akte) afgegeven dat de voor dat recht relevante passages bevat. Een voorbeeld daarvan is het legaat. Aan de legataris die aan het testament een vorderingsrecht ontleent, zal in de regel niet meer dan een uittreksel verstrekt behoeven te worden. Het testament gaat hem slechts aan wat betreft het legaat, daaronder begrepen hetgeen in het testament zal zijn opgenomen over degene die belast is met de uitvoering van het legaat. Ook een onterfde erfgenaam die een erfrechtelijke aanspraak verliest, kan van het desbetreffende onderdeel van de akte – de onterving in het testament – een uittreksel verlangen (art. 49 lid 2 Wna).

Dient een notaris – ondanks zijn wettelijke geheimhoudingsplicht – in voorkomend geval ook inzage te geven in een herroepen testament? Het herroepen testament behoort tot het protocol van de notaris (vgl. art. 38 lid 1 Wna). Het gaat bij een herroepen testament om een testament dat inmiddels achterhaald is en waarvan wel wordt gezegd dat het door de testateur geestelijk aan snippers is gescheurd. Met name als eraan getwijfeld wordt of een testateur geestelijk nog wel in staat was zijn of haar wil te bepalen

(wilsonbekwaam), zal bij inzage in een herroepen testament een belang kunnen bestaan.

Onlangs zijn twee uitspraken in kort geding gewezen over deze kwestie. In het ene geval achtte de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant de tegen de notaris ingestelde vordering tot afgifte van een herroepen testament 'onvoldoende aannemelijk' om te worden toegewezen (ECLI:NL:RBZWB:2020:2432, in hoger beroep bevestigd in ECLI:NL:GHSHE:2021:1357). Een broer en zus wensten in dat geval inzage te kunnen nemen in het testament van een alleenstaande zus van hun moeder (erflaatster). Zij menen dat tante in het herroepen testament alleen hen tot erfgenamen had benoemd, en niet ook de andere nicht en neven. Zij gaan ervan uit dat hun dus in het herroepen testament een groter erfdeel was toegekend dan in het laatste testament, te weten ieder de helft van de nalatenschap in plaats van ieder 1/6^e deel. Zij stellen dat tante bij het laatste testament wilsonbekwaam was en wensen dit testament te laten vernietigen. Met het oog hierop wensen zij dat de notaris hun inlichtingen verstrekt over de inhoud van het herroepen testament en hun daarvan een afschrift of uittreksel verstrekt voor het geval hun erfdeel volgens het herroepen testament groter is dan ieder 1/6^e deel. De voorzieningenrechter wijst de vordering als volgt af:

'Met inachtneming van de verweren van de notaris overweegt de voorzieningenrechter als volgt. De testeervrijheid is een belangrijk uitgangspunt van het erfrecht en deze vrijheid dient zo veel mogelijk te worden gerespecteerd. Op grond van artikel 22 Wna geldt dat de notaris, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald, ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht is. Hiermee wordt het maatschappelijk belang gewaarborgd dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk een notaris (en in het algemeen iedere vertrouwenspersoon) te consulteren, zonder te vrezen voor openbaarmaking van hetgeen aan die notaris (of vertrouwenspersoon) in die hoedanigheid wordt toevertrouwd. (...)

Vordering sub 1 strekt tot veroordeling van de notaris om een afschrift, dan wel een uittreksel, dan wel om een schriftelijke verklaring inhoudende de concrete omvang van het erfdeel van [eisers] in het testament van [erflaatster] (erflaatster) d.d. 29 september 2006 te verstrekken. Het beroep van [eisers] op het bepaalde in art. 49 Wna slaagt niet omdat niet aannemelijk is geworden dat [eisers] op grond van voormeld artikel een recht kunnen ontlenen aan het herroepen testament. Hun betoog op dit punt is immers gebaseerd op vermoedens dat zij op basis van het herroepen testament de enige erfgenamen waren. Dit ligt anders ten aanzien van het testament van 23 juni 2016 nu [eisers] als erfgenamen hieraan wél een recht kunnen ontlenen. De vordering van [eisers] ziet echter niet op dit testament. Daar komt bij dat zelfs indien zou komen vast te staan dat [eisers] de gewenste informatie op geen enkele andere wijze kunnen verkrijgen, dit niet automatisch met zich brengt dat de notaris de informatie dient te verstrekken. Indien dat het geval zou zijn, dan zou in elke situatie waarin alleen de notaris beschikt over bepaalde informatie, de geheimhoudingsplicht geen waarde hebben. Dit strookt niet met het hiervoor (...) weergegeven maatschappelijk belang.'

In het andere geval veroordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam de notaris 'tot afgifte van de door [erflaatster] in 1976, 1984 en 1998 opgemaakte testamente[n] aan [eisers], indien de notaris blijkt dat zij daarbij belanghebbende zijn'

(ECLI:NL:RBAMS:2021:3209). In dit geval waren eisers in het laatste testament onterfd. De voorzieningenrechter motiveerde zijn oordeel als volgt:

‘In deze zaak beroept de notaris zich op zijn geheimhoudingsplicht. Deze geheimhoudingsplicht kan slechts onder bijzondere omstandigheden worden doorbroken, namelijk als er sprake is van een zwaarder wegend belang bij inzage of afgifte van de eerdere testamenten. Van een zwaarder wegend belang is in dit geval sprake. In de eerste plaats is het zo dat eisers bij het laatste testament zijn onterfd. In de tweede plaats heeft het er alle schijn van, gelet op het dossier, dat de tante niet dan wel beperkt wilsbekwaam was ten tijde van het opmaken van het laatste testament. De medische gegevens wijzen in die richting. Van belang is ook dat de heer [executeur-testamentair] door een beschikking van de kantonrechter is ontslagen als executeur-testamentair. Verder hebben eisers uitgelegd dat hun belang ook is dat zij zeker weten dat zij in het voorlaatste testament als erfgenaam waren benoemd. Hiermee kan worden voorkomen dat zij onnodig een procedure opstarten ter vernietiging van het laatste testament. Dit alles leidt ertoe dat de vordering zal worden toegewezen. Daarbij zal worden bepaald dat de notaris alleen afgifte van het voorlaatste testament hoeft te geven wanneer eisers daarin zijn genoemd. Als eisers geen belanghebbenden blijken te zijn, dan kan de notaris volstaan met een mededeling van deze strekking. Er is nog discussie geweest over de vraag of ook de testamenten uit 1976 en 1984 zouden moeten worden afgegeven. Ook daarbij hebben eisers een voldoende zwaarwegend belang omdat daaruit zou kunnen blijken dat de tante telkens voor ogen heeft gehad dat de erfenis in de familie zou blijven.’

Waar de rechter in Breda zwaar tilde aan de wettelijke geheimhoudingsplicht van de notaris, had de rechter in Amsterdam óók oog voor andere – in dit geval – zwaarder wegende belangen van eisers. Op sociale media werd vanuit notariële kringen de staf gebroken over de Amsterdamse uitspraak (onder meer: ‘Ben stomverbaasd over deze uitspraak’ en ‘De notaris wordt gestraft voor zijn zorgvuldigheid met een rekening voor de proceskosten. Dat klopt natuurlijk niet. Rechters verschuilen zich achter het systeem.’), met name ook omdat de notaris in de proceskosten – te weten een bedrag van € 309 aan griffierecht en € 1.016 aan salaris advocaat – werd veroordeeld. De voorzieningenrechter overwoog dienaangaande:

‘De notaris heeft bepleit dat er geen proceskostenveroordeling zou moeten worden uitgesproken in zijn nadeel. Hiervoor ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding, omdat het wettelijk systeem hier in principe niet in voorziet. De notaris wordt immers geheel in het ongelijk gesteld. Er kan zeker begrip worden opgebracht voor de zorgvuldigheid die de notaris heeft betracht, maar tegelijkertijd is er sprake geweest van een eigen keuze en een afweging van de notaris om het op een beslissing van de voorzieningenrechter aan te laten komen.’

Ook op sommige websites van notariskantoren wordt met grote stelligheid beweerd dat erfgenamen geen inzage krijgen in een herroepen testament:

‘De vrijheid om een testament te maken is in ons land een groot goed. Alles wat een notaris daarover te horen krijgt, valt onder diens geheimhoudingsplicht, zodat degene die een testament opmaakt er ook van mag uitgaan dat zijn of haar afwegingen niet aan derden worden doorgegeven.’

Deze notariskantoren kennen geen twijfel en zien de wettelijke geheimhoudingsplicht welhaast als een heilige plicht waartegen onder geen beding gezondigd mag worden.

Wie heeft hier het gelijk aan zijn zijde? Aan welk belang dient voorrang gegeven te worden: het belang van de erflater en de piëteit die jegens hem betracht moet worden (beschermd door de wettelijke geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna) of het belang van de (onterfde) erfgenaam bij kennisneming van een herroepen testament? Om deze vraag te beantwoorden, moet te rade worden gegaan bij een van de erfrechtelijke klassiekers van de Hoge Raad: het *erven Ouwendijk*-arrest uit 1982. Die uitspraak staat kennelijk niet of onvoldoende op het netvlies van eenieder. Ook in de aangehaalde uitspraken ontbreekt een verwijzing naar deze 'gouwe ouwe'.

In de zaak van de erven Ouwendijk heeft een aantal versterferfgenamen van erflaatster (broers en zusters) een afschrift opgevraagd van meerdere testamenten. In deze testamenten werden telkens enkele versterferfgenamen onterfd. De aandacht ging niet uit naar het laatste ontervende testament, maar naar de ontervende testamenten die daaraan voorafgingen. De notaris had de door erflaatster onterfde broers en zusters wel een afschrift verstrekt van het laatste ontervende testament, maar weigerde op grond van een voorganger van artikel 49 Wna afschriften van de eerder herroepen testamenten aan de onterfde erfgenamen te geven. De broers en zusters van erflaatster wensten ook afschriften van de vroegere testamenten, omdat zij meenden dat erflaatster gedurende een aantal jaren voor haar overlijden geestelijk niet meer in staat was haar wil te bepalen, zodat zij de gevolgen van een eventuele vernietiging van elk van de herroepen testamenten onder ogen wilden zien. De Hoge Raad geeft in zijn arrest van 8 januari 1982, *NJ* 1982/423, een algemeen beoordelingskader voor de vraag of en in hoeverre wettelijke erfgenamen recht hebben op afschrift van één of meer testamenten van de erflaatster waarbij zij van de erfopvolging zijn uitgesloten:

‘Voorop moet worden gesteld dat de Notaris terecht afschrift heeft verstrekt aan Ouwendijk c.s. van het laatste testament van de erflaatster. De rechtspositie van Ouwendijk c.s., die wettelijke erfgenamen zijn, is zozeer bij dit laatste testament betrokken dat zij met betrekking tot dit testament voor de toepassing van de artt. 42 eerste lid van de Wet van 9 juli 1842, Stb. 20, op het Notarisambt en 839 eerste lid Rv als “onmiddellijk belanghebbende personen” zijn te beschouwen.

Voor de vraag of zij recht hebben op afschrift van de eerdere testamenten, die blijkens de door het Hof overgenomen vaststelling van de Pres. telkens door het latere testament zijn herroepen, geldt het volgende. De notaris heeft in beginsel geheimhouding te betrachten met betrekking tot de onder hem berustende minuten. Dit geldt in het bijzonder voor herroepen testamenten, die veelal de neerslag vormen van de door de erflater blijkens de latere herroeping als achterhaald beschouwde – met zijn toenmalige levenssituatie verband houdende – beweegredenen en waaraan derhalve een vertrouwelijk karakter toekomt, waarvan de respectering als een zwaarwegend belang moet worden aangemerkt. Dat sluit niet uit dat onder bepaalde omstandigheden aan de wettelijke erfgenamen een afschrift van zo'n testament niet kan worden geweigerd. Dat zal zich dan voordoen als de wettelijke erfgenamen bij het ontvangen van een afschrift een zoveel zwaarder wegend, in dit verband bescherming verdienend belang hebben dat daarvoor het belang bij bescherming van het vertrouwelijk karakter van het herroepen testament, moet wijken. Dit moet worden beoordeeld – door de notaris en zo nodig door de rechter – aan de hand van de omstandigheden van het geval,

waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan het doel waarvoor de wettelijke erfgenen stellen afschrift van het testament nodig te hebben.'

De Hoge Raad heeft als uitgangspunt voorop gesteld dat het laatste testament behoort te worden gerespecteerd en dat het herroepen testament geheim behoort te blijven. Het herroepen testament heeft een vertrouwelijk karakter, omdat mag worden aangenomen dat het de neerslag was van beweegredenen die verband hielden met de toenmalige levenssituatie van erflaatster en die zij blijkens het herroepen testament als achterhaald beschouwde. Het respecteren van deze vertrouwelijkheid is een zwaarwegend belang. Die vertrouwelijkheid wordt gerespecteerd, tenzij de wettelijke erfgenen een belang hebben dat zo veel zwaarder weegt dat dit belang bescherming verdient boven het beschermen van de vertrouwelijkheid van het herroepen testament. Of anderen een dergelijk zwaarder wegend belang hebben, moet volgen uit de omstandigheden van het geval, waaronder ook het doel waarvoor zij het herroepen testament zeggen nodig te hebben. Tot zover het algemene beoordelingskader.

In het berechte geval is door de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand gelaten, inhoudende (i) dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de testamenten van 1966 en 1967 kunnen worden aangetast op de grond dat de erflaatster toen niet in staat was haar wil te bepalen en waaruit volgt dat de erven Ouwendijk onvoldoende belang hebben bij het ontvangen van een afschrift van die testamenten en (ii) dat daaruit volgt dat zij ook geen belang hebben bij een afschrift van het testament van 1975, een en ander beschouwd in het licht van de mededeling van de notaris dat zij bij al die testamenten van de erfopvolging zijn uitgesloten. Bij zijn oordeel is het hof kennelijk mede afgegaan op hetgeen de notaris meedeelde over de inhoud van de vroegere (herroepen) testamenten. De erven Ouwendijk achtten dit onvoldoende en wilden zelf de inhoud van de testamenten controleren. Intussen verbrak de notaris daarmee wel zijn ambtsgeheim betreffende deze testamenten. Dat valt te rechtvaardigen door aan de hand van de hiervoor geschetste belangenafweging te bepalen of iemand een afschrift dient te ontvangen (waarvoor een zwaarder belang vereist wordt) dan wel dat volstaan kan worden met (beperkte) mededelingen. Geheimhouding vereist dus kennelijk niet altijd een zwart-wit-benadering.

Het eindoordeel van de Hoge Raad luidde als volgt:

"s Hofs aldus opgevat oordeel komt erop neer dat Ouwendijk c.s. met betrekking tot de eerdere testamenten niet als "onmiddellijk belanghebbende personen" in de zin van genoemde wetsartikelen kunnen worden aangemerkt, omdat zij bij het ontvangen van afschriften daarvan niet een zodanig belang hebben dat daarvoor het bovengenoemde bij de geheimhouding van herroepen testamenten betrokken belang moet wijken. Blijkens het eerder overwogene heeft het Hof aldus oordelend niet blijk gegeven een onjuiste maatstaf te hebben aangelegd.'

Uit het voorgaande volgt dat de notaris, dan wel in voorkomend geval de rechter, steeds het belang dat met de wettelijke geheimhouding is gediend, zal moeten afwegen tegen het belang van bepaalde personen om mededeling over, inzage in of een afschrift van een notariële akte te verkrijgen.

In het arrest van de Hoge Raad uit 1982 ging het om onterfde wettelijke erfgenen, van wie vaststaat dat zij door het laatste testament hun erfrechtelijke aanspraken hebben verloren. Nog niet uitgemaakt is of ook onterfde testamentaire erfgenen inzage

kunnen nemen in een herroepen testament. Melis/Waaijer, *De Notariswet 2019*, p. 253, zet de deur daarvoor wel open:

‘Voor de testamentaire erfgenaam die zijn erfrechtelijke aanspraak heeft verloren, moet mijns inziens hetzelfde gelden. Dat de testateur hen in een van zijn eerdere testamenten tot erfgenaam heeft willen benoemen, heeft mijns inziens een rechtsbetrekking met hen doen ontstaan die rechtvaardigt dat zij zelf kennis kunnen nemen van de beschikking waarmee de testateur anderen heeft benoemd.’

De slotsom dient aldus te luiden dat de wettelijke geheimhoudingsplicht van de notaris minder absoluut is dan wordt gedacht. Belangen van de erflater en de (voormalige) erfgenaam dienen tegen elkaar afgewogen te worden. De notaris verkeert daarbij in een weinig benijdenswaardige positie, omdat hij het gevoel heeft dat hij door de hond of door de kat gebeten zal kunnen worden. Uiteraard staat altijd de voor de notaris veilige weg open om de rechter de knoop hierover te laten doorhakken, maar daaraan hangt – zo blijkt – wél een prijskaartje. Over dat prijskaartje nog gesproken: er is *an sich* niets mis mee om op de penning te zijn en te bekribbelen op advocatenkosten. Het is voor een beknelde notaris dan ook goed te weten dat voor de gedaagde partij in kort geding geen verplichte bijstand van een advocaat geldt (art. 255 lid 1 Rv). Of dat verstandig is, is uiteraard vers twee.

Tot de volgende keer!

Mr. dr. G.T.J. Hoff
Hoff Advocaten



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl

Copyright 2021 © AdvoTip

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip* – *Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.