

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***De (mee)slepende procedure
inzake de afwikkeling van de
nalatenschap van notaris Post-
ma***

A.J.M. Nuytinck

*Published in
'Meestervertellingen', lustrumbundel ter gelegenheid van het 30-
jarige bestaan van het Centrum voor Postacademisch Juridisch On-
derwijs, onder redactie van M.L.A. van den Bosch, N.L. van der Heij-
den, C.J.H. Jansen, K. Laumans-Bakers en A.G.J. Putman, Nijme-
gen: CPO Radboud Universiteit Nijmegen 2009, p. 46-50.*

Al dertig jaren draai ik mee in de door het CPO georganiseerde, in het bijzonder familie-rechtelijke postacademische cursussen, maar in al die jaren is er geen mooiere casus geweest om te behandelen dan die betreffende de afwikkeling van de nalatenschap van notaris Postma. Dat komt niet alleen door het leuke verhaal erachter, maar ook omdat er zoveel verschillende juridische aspecten aan deze zaak zitten: personen- en familie-recht, erfrecht, algemeen vermogensrecht, verjaringsrecht, burgerlijk procesrecht en internationaal recht. In het hierna volgende beschrijf ik de casus onder vermelding van de belangrijkste juridische complicaties. Inmiddels is deze casus mijn stokpaardje geworden. Overal waar ik kom voor postacademisch onderwijs, luidt steevast de eerste vraag van cursusdeelnemers aan mijn adres: 'Hoe staat het met de zaak Postma?'. Lees hieronder het verhaal en oordeel zelf.

De vermogende notaris Postma overlijdt op 19 augustus 1992. Zijn vermogen bedraagt ongeveer f 6.600.000,- (€ 3.000.000,-). Hij heeft geen uiterste wilsbeschikkingen gemaakt (!) en laat achter een biologische zoon, die hij nooit heeft erkend (Haas), alsmede een neef, een zoon van zijn vooroverleden zuster (Koster). De nalatenschap vererft dus bij versterf in haar geheel naar de neef. De zoon kan immers niet erven bij gebreke van een familierechtelijke betrekking. Haas laat het er niet bij zitten en vordert de nalatenschap op van de neef.

De grondslag van de vordering van de zoon is art. 8 EVRM ('family life'). Het Nederlandse erfrecht zou niet verenigbaar zijn met het verdragenrecht. In dat geval wijst art. 94 Grondwet ons de weg: het EVRM gaat vóór het BW. Rechtbank, Hof en Hoge Raad (HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483, m.nt. JdB) wijzen de vordering echter eensgezind af. De nationale wetgever mag een familierechtelijke betrekking verlangen om bij versterf te kunnen erven. De Hoge Raad laat in het midden of er strijd is met art. 8 EVRM.

De zoon gaat naar het Europese hof in Straatsburg (EHRM 13 januari 2004, *NJ* 2005, 113, m.nt. JdB), dat echter ook de vordering van de zoon afwijst, omdat art. 8 EVRM niet is geschreven voor erfrechtelijke doeleinden.

Intussen was in Nederland in 1998 art. 1:207 BW inzake gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in werking getreden. Ook na het overlijden van de verwekker kan diens vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld, waardoor deze man de juridische vader van het kind wordt met terugwerkende kracht tot de geboorte van het kind. De zoon was geboren in 1964 en zou dus bij een geslaagde actie op grond van art. 1:207 BW de enige erfgenaam zijn op de sterfdatum van de notaris in 1992 met verdringing van de neef als zodanig. Na enige vertraging op grond van de laksheid van de eerste advocaat van de zoon wordt deze procedure pas aanhangig gemaakt in 2002 (!) door de tweede advocaat van de zoon. Gelukkig bevat de wet geen termijnen voor het kind dat gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verzoekt, en is evenmin sprake van rechtsverwerking.

De rechtbank stelt in 2003 het vaderschap van de notaris gerechtelijk vast op grond van het dagboek van de notaris (dit is een 'geschrift' in de zin van het bewijsrecht). Daarin kwam namelijk een passage voor betreffende september 1963, negen maanden vóór de geboorte van de zoon, die erop neerkwam dat de notaris een gezellig ritje op de brommer naar Twente had gemaakt en onderweg nog een aardige c.i. (lees: coïtus interruptus) had gehad. Daarop spreekt de rechtbank vanzelfsprekend de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de notaris uit, nu zijn verwekkerschap zeer voor de hand ligt. Overigens was de nalatenschap inmiddels onder conservatoir bewind gesteld (art. 710 Rv).

Toen de neef was overleden, hebben zijn weduwe en twee kinderen de procedure als zijn rechtsopvolgers onder algemene titel voortgezet. Uiteraard hebben zij voor de zekerheid zijn nalatenschap beneficiair aanvaard.

Voordat het hof in hoger beroep uitspraak doet, vraagt de moeder van Haas haar zoon de zolder bij haar thuis eens een keer te komen opruimen. Hij heeft immers toch niets anders te doen, nu hij in de bijstand zit. Haas heeft inmiddels zijn naam laten veranderen in Postma (junior), hetgeen mogelijk is op grond van art. 1:5 lid 7 BW. Dit is ook wel zo verstandig, nu hij voortaan niet meer hoeft te zeggen: 'Mijn naam is Haas!' Bij het opruimen van de zolder ontdekt de zoon een schoenendoos met liefdesbrieven van de notaris aan zijn toenmalige vriendin, maar – wat veel belangrijker is – met daaromheen nog de enveloppen, waarvan de likranden wellicht nog DNA-materiaal van de notaris bevatten. In die tijd waren er immers nog geen zelfklevende enveloppen. Er moest dus toen nog gewoon worden gelikt om de enveloppen dicht te plakken. Dit betekent dat het advies van Jan de Boer in 1998 ter gelegenheid van de invoering van het nieuwe afstammingsrecht, waaronder de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, moet worden herzien. Dit advies luidde: 'Mannen in Nederland met buitenechtelijke kinderen, laat u zich cremeren teneinde DNA-onderzoek aan uw lijk te voorkomen!'. Dit advies voldoet niet meer. Notaris Postma wás immers gecremeerd, maar toch blijkt DNA-onderzoek nu nog mogelijk te zijn wegens de bewaard gebleven enveloppen. Het advies moet dus voortaan luiden: 'Mannen in Nederland met buitenechtelijke kinderen, nergens meer aan likken, althans niet aan enveloppen!'.

Het hof stelt in 2004 – na enkele interlocutoire uitspraken, waarbij het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) opdracht werd gegeven een DNA-onderzoek uit te voeren aan de likranden van de enveloppen – het vaderschap van de notaris gerechtelijk vast op grond van het DNA-onderzoek, waaruit blijkt dat de notaris met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de verwekker van Postma junior is (dit is een deskundigenbericht in de zin van art. 194 Rv).

De grote vraag was natuurlijk of cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof zou worden ingesteld. Nu valt er uiteraard weinig te casseren als het gaat om een deskundigenbericht van het NFI, maar toch zou instelling van cassatieberoep van groot belang kunnen blijken te zijn in verband met een toekomstige, nieuwe procedure in Straatsburg, omdat men daar in beginsel pas ontvankelijk is nadat eerst alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Er wordt echter geen cassatieberoep ingesteld, zodat de beschikking houdende gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van notaris Postma in 2004 in kracht van gewijsde gaat. Nu blijkt dus definitief – ruim twaalf (!) jaren na overlijden van de notaris – dat Postma junior de enige erfgenaam van zijn vader is met verdringing van neef Koster als zodanig.

Een schikking tussen de zoon en de neef is beproefd, maar mislukt. De fiscus ziet in het afstaan van de helft van de nalatenschap door de zoon aan de neef namelijk een belastbare gift. Ten onrechte overigens, omdat dit helemaal geen gift is bij gebreke van vrijgevigheid. Men probeert alleen maar het conflict te beëindigen en daarbij is van vrijgevigheid in het geheel geen sprake. Het door de neef reeds betaalde successierecht moet nu worden herrekend en verminderd (de zoon betaalt immers een aanzienlijk lager tarief dan de neef: maximaal 27% versus maximaal 68%).

In een aparte procedure betreffende de afwikkeling van de nalatenschap moet nu worden vastgesteld of de neef wellicht kan worden beschermd als derde te goeder trouw en zo neen, wat hij dan precies aan de zoon moet teruggeven (het kapitaal sowieso, maar ook de burgerlijke vruchten, dus rente en dividend?). Daarover handelen de uitspraak van Rb. Leeuwarden 10 november 2004 en die van Hof Leeuwarden 10 oktober 2007.

Aan de zoon was eerder al een voorschot van € 375.000,- toegekend. De volgende drie rechtsvragen moeten worden beantwoord.

(1) Is de neef derde (te goeder trouw) in de zin van art. 1:207 lid 5, tweede volzin, BW?

(2) Als de neef contanten uit de nalatenschap mocht hebben belegd, moeten dan de beleggingsobjecten in de plaats van de belegde contanten aan de zoon worden teruggegeven, met andere woorden: is er sprake van zaaksvervangings? Op grond van de parlementaire geschiedenis moet immers alleen 'het onverbruikte en onverteerde' van de nalatenschap aan de zoon worden teruggegeven, maar de vraag is natuurlijk wat hieronder moet worden verstaan.

(3) Wat is de peildatum in de zin van art. 3:121 lid 3 BW?

Rechtbank en hof zijn eensgezind en beantwoorden deze drie vragen als volgt.

Ad (1). De neef is geen derde, maar potentieel erfgenaam, ook al is hij uiteindelijk als zodanig verdrongen door de zoon.

Ad (2). Er is inderdaad sprake van zaaksvervangings: mocht de neef contanten hebben belegd, dan moeten de beleggingen in de plaats van de contanten worden teruggegeven. Er is in dat geval dus geen sprake van verbruikt en verteerd vermogen dat de neef mag behouden. Overigens was de neef zeer zuinig geweest: hij had bijna niets van de nalatenschap opgemaakt. Nu wordt hij als het ware gestraft voor zijn eigen zuinigheid.

Ad (3). De neef is bezitter te goeder trouw van de nalatenschap (art. 3:118 lid 2 BW). Zijn erfgenamen zetten als rechtsopvolgers onder algemene titel deze goede trouw voort. Als de neef er later achterkomt dat hij wellicht een verplichting tot teruggave van de nalatenschap heeft, verandert dit niets aan zijn goede trouw op de sterfdatum van de notaris: toen mocht de neef ervan uitgaan dat hij de enige erfgenaam was. Hij had de feitelijke macht over de nalatenschap en pretendeerde ook rechthebbende te zijn, zodat hij bezitter te goeder trouw was. Art. 3:121 lid 3 BW stelt echter niettemin de bezitter te goeder trouw vanaf een bepaald tijdstip gelijk met een bezitter niet te goeder trouw, zodat niet alleen het kapitaal, maar ook de vruchten moeten worden teruggegeven aan de rechthebbende op grond van art. 3:121 lid 1 BW in tegenstelling tot art. 3:120 lid 1 BW. Dit tijdstip is 'het tijdstip waarop de rechthebbende (de zoon) zijn recht tegen hem (de neef) heeft ingeroepen'. Drie tijdstippen zijn denkbaar:

(1) november 1992, toen de zoon tegen de neef ging procederen op grond van art. 8 EVRM, naar later blijkt de verkeerde actie;

(2) april 1998, de invoering van het nieuwe afstammingsrecht inclusief de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap;

(3) november 2002, toen de zoon tegen de neef ging procederen op grond van art. 1:207 BW, de enig juiste actie.

Rechtbank en hof kiezen voor het tweede tijdstip, naar mijn mening ten onrechte, omdat ik art. 3:121 lid 3 BW lees als: 'het tijdstip waarop de rechthebbende *rechtens terecht* zijn recht tegen hem heeft ingeroepen' (november 2002). Het oordeel van rechtbank en hof komt er dus op neer dat de neef behalve het kapitaal ook de burgerlijke vruchten vanaf april 1998 moet teruggeven aan de zoon.

Ook nu was de grote vraag natuurlijk weer of cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof zou worden ingesteld. Dit gebeurt inderdaad op het allerlaatste nippertje, te weten op 10 januari 2008, precies drie maanden na de uitspraak van het hof. Dit blijkt uit de informatie die kandidaat-gerechtsdeurwaarder Lieuwe van der Zwaag uit Leeuwarden mij mondeling heeft verstrekt. Deze heeft namelijk namens de erven Koster de cassatiedagvaarding betekend aan Postma junior aan het eind van laatstgenoemde dag. Maar is dit wel op tijd? Art. 402 lid 1 Rv bepaalt immers: 'Het beroep in cassatie moet (...) worden ingesteld *binnen* drie maanden, te rekenen *van* de dag van de uitspraak'. Men zou verwachten dat 'van' betekent 'vanaf'. Dit zou betekenen dat de uitspraak van het hof

van 10 oktober 2007 terugwerkt tot de nacht van 9 op 10 oktober 2007 om 0.00 uur en dat de erven Koster dus één dag te laat waren met hun cassatiedagvaarding. Elders in de wet, in het bijzonder in titel 3.11 BW (Rechtsvorderingen), leest men namelijk meerdere malen: '(...) na de aanvang van de dag, volgende op die waarop (...)', terwijl men deze redactie *niet* aantreft in art. 402 lid 1 Rv. Niettemin heeft de Hoge Raad herhaaldelijk beslist dat laatstgenoemde bepaling moet worden gelezen als: 'te rekenen van de dag, volgende op die van de uitspraak'. De erven Koster waren dus nog net op tijd.

Helaas laat de cassatiedagvaarding inhoudelijk zeer te wensen over. Met geen enkel woord wordt gerept van de drie belangrijke rechtsvragen die zijn voorgelegd aan rechtbank en hof. Dit betekent dat de Hoge Raad zeer waarschijnlijk geen uitspraak zal doen over deze rechtsvragen, gelet op art. 419 lid 1 Rv: 'De Hoge Raad bepaalt (= beperkt) zich bij zijn onderzoek tot de middelen waarop het beroep (= cassatieberoep) steunt'. De cassatieadvocaat beperkt zich in wezen tot slechts één belangrijke kwestie, te weten de vraag of het Nederlandse art. 1:207 BW (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap) in strijd is met art. 1 Eerste Protocol bij EVRM (bescherming van eigendom). De erven Koster verdedigen in hun cassatiedagvaarding in feite de stelling dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap neerkomt op een soort onteigening. Inhoudelijk bevat de cassatiedagvaarding nog de onjuistheid dat afdeling 3.7.3 BW (Nietige en vernietigbare verdelingen) op deze zaak van toepassing is. Er wordt verwezen naar de verjaringstermijn van art. 3:195 lid 1, laatste volzin, BW en naar de vervaltermijn van art. 3:200 BW. Een verdeling is in de onderhavige zaak immers in het geheel niet aan de orde, nu er wel sprake is van een nalatenschap, maar niet van een gemeenschap bij gebreke van twee of meer deelgenoten (art. 3:166 lid 1 BW). Er is namelijk maar één erfgenaam (aanvankelijk de neef, maar uiteindelijk de zoon).

De Hoge Raad zal binnenkort in deze zaak uitspraak doen. De erven Koster hebben al aangekondigd bij een voor hen negatieve uitspraak van de Hoge Raad naar Straatsburg te gaan om een oordeel van het Europese hof te vragen over de mogelijke onverenigbaarheid van art. 1:207 BW met art. 1 Eerste Protocol bij EVRM. Uiteraard dient te worden afgewacht of zij aldaar ontvankelijk zullen zijn, nu zij niet in cassatie zijn gegaan tegen de uitspraak van het hof van 2004 inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van notaris Postma, en dus niet kan worden gezegd dat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

En zo kan het einde van deze procedure rond 2020 worden verwacht, nu een procedure in Straatsburg tegenwoordig al snel tien jaren in beslag neemt. Ik denk dat ik al weet hoe de titel van mijn afscheidsrede in 2021 zal luiden: 'The continuing story of the adventures of notary Postma', want tegen die tijd zullen wij wel niet meer in het Nederlands mogen doceren en oreren...