In de aap gelogeerd met de notaris

Es, P.C. van

Citation
Es, P. C. van. (2023). *In de aap gelogeerd met de notaris*. Leiden. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/3643900

Version:	Publisher's Version
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/3643900

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Prof. mr. P.C. van Es

In de aap gelogeerd met de notaris

Universiteit Leiden

Bij ons leer je de wereld kennen

In de aap gelogeerd met de notaris

Oratie uitgesproken door

Prof. mr. P.C. van Es

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de

Notarieel recht

aan de Universiteit Leiden

op 27 oktober 2023

Universiteit
Leiden

Mevrouw de rector magnificus, geacht faculteitsbestuur, zeer gewaarde toehoorders.

Inleiding

In de jaren 1421 en 1452 werd Amsterdam getroffen door twee zware stadsbranden. Over de laatste brand schreef Thomas a Kempis in het klooster Sint-Agnietenberg bij Zwolle het volgende:

> 'In het jaar 1452 gebeurde er op Sint-Urbanus [25 mei] een groot en betreurenswaardig ongeluk, een brand in Amsterdam, die vermaarde en dichtbevolkte stad in Holland. In het bijzonder ging Gods toorn uit naar de gemeenschappen van devote broeders en zusters. Het was zo erg dat het grootste deel van de stad door het vuur verteerd leek en er amper een derde deel behouden bleef. Immers, nagenoeg veertien kloosters bleken volledig uitgebrand te zijn. De nood was er dan ook ontegenzeggelijk groot en sinds lange tijd had men zoiets niet meer gehoord. Vele zusters zetten hun maagdelijke schroom opzij en doolden gesluierd, jammerend en onderdak zoekend door de stad, daarmee veel mensen tot tranen toe roerend.'[1]

Landsheer Filips de Goede steunde de stad bij de wederopbouw maar verbond daaraan de voorwaarde dat huizen stenen muren kregen en harde daken in plaats van daken van riet. Een door het stadsbestuur uitgevaardigde keur schreef dit dan ook voor.[2]

In de oude binnenstad van Amsterdam staan nu nog maar twee houten huizen, te weten: Begijnhof 34, gebouwd rond 1425 en naar verluidt het oudste huis van de stad, en Zeedijk 1. Dit laatste pand verdient in het kader van de verklaring van de titel van mijn oratie bijzondere aandacht. Hier vindt men heden ten dage het prachtige café In 't Aepjen en het verhaal wil dat op deze plek in de zestiende eeuw een zeemansherberg was gevestigd waar de zeelieden hun drankrekening konden betalen met onder de vlooien zittende overzeese aapjes. Die aapjes sprongen daar dus vrolijk rond en dat was de reden dat in de aap gelogeerd zijn niet zo'n prettige gebeurtenis was. Het is maar zeer de vraag of het allemaal waar is,[3] maar dat is voor mijn verhaal niet van belang. Het gaat erom dat ik een begin heb gemaakt met de verklaring van de titel van mijn oratie. Ik zeg met nadruk 'een begin' want het is natuurlijk nog volstrekt onduidelijk waarom de notariële tussenkomst als een minder aangename gebeurtenis zou kunnen worden ervaren.

In de notariële literatuur wordt vaak ronkend gesproken over de rol van de notaris. Hij of zij wordt geroemd als een baken van rechtszekerheid en rechtsbescherming en als orgaan van preventieve rechtspleging.[4]
Ik kan mij daar natuurlijk helemaal in vinden, maar toch wil ik vandaag twee schaduwkanten belichten van de verplichte notariële tussenkomst en de daarmee beoogde rechtszekerheid en rechtsbescherming. Ter geruststelling vooraf: het verhaal neemt zo nu en dan ook een positieve wending.

Vormvoorschriften

Allereerst wil ik u meenemen naar het kantoor van een Haagse notaris aan het einde van de vorige eeuw. Een cliënt had deze notaris verzocht een testament op te maken waarin alle voorgaande uiterste wilsbeschikkingen werden herroepen en waarin een aantal neven en nichten tot erfgenaam werd benoemd. De aanhef van de opgemaakte akte luidde als volgt:

> 'Heden, de zesentwintigste april verscheen voor mij, (…), notaris ter standplaats 's-Gravenhage, (…).'

Een jaartal ontbrak en er kon dus niet gezegd worden dat de akte melding maakte van de datum. Schending van dat vormvoorschrift had volgens de toen geldende Wet op het Notarisambt – evenals overigens volgens de thans van kracht zijnde Wet op het Notarisambt – tot gevolg dat de akte authenticiteit miste en niet voldeed aan de voorschriften waarin de vorm van

een notariële werd geëist.[5] Het destijds geldende erfrecht eiste voor een zogeheten 'openbaar' testament een notariële akte[6] en de conclusie leek dan ook geen andere te kunnen zijn dan dat de neven en nichten geen rechten konden ontlenen aan het op 26 april opgemaakte document.
De rechtbank en het hof kwamen dan ook tot deze conclusie en in cassatie concludeerde de Advocaat-Generaal tot verwerping van het beroep. Dat ziet er dan dus niet zo goed uit, maar de Hoge Raad weet de zaak op ingenieuze wijze te redden.
Kort gezegd komt het erop neer dat de Hoge Raad anticipeerde op het destijds nog niet van kracht geworden nieuwe erfrecht waarin op het niet vermelden van de datum in de uiterste wil de sanctie van vernietigbaarheid wordt gesteld en niet die van nietigheid.[7] Ten aanzien van de mogelijkheid om de uiterste wil daadwerkelijk te vernietigen wegens het ontbreken van de datum overweegt de Hoge Raad vervolgens dat 'geen beroep op deze vernietigingsgrond kan worden gedaan, indien op andere wijze dan uit het testament zelf met de in een geval als dit vereiste hoge mate van zekerheid komt vast te staan in welk jaar het testament is verleden.'[8]

Dit arrest past binnen een bredere door de Hoge Raad uitgezette lijn die inhoudt dat terughoudend moet worden omgegaan met het verbinden van al te grote gevolgen aan de schending van vormvoorschriften door de notaris.
Nietigheid of vernietigbaarheid is volgens de Hoge Raad alleen op haar plaats als 'door niet-naleving van het vormvoorschrift enig belang is geschonden dat met dat vormvoorschrift wordt gediend.'[9]
Het ging in het arrest waar de Hoge Raad deze regel formuleerde om het niet volledig voorlezen van de akte, daar waar de Wet op het notarisambt dit wel voorschrijft in verband met de aanwezigheid van getuigen.[10]

Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen

De Hoge Raad kan de slordige notaris – en in het bijzonder natuurlijk ook de achterliggende belanghebbenden – eveneens redden via het leerstuk van uitleg van uiterste wilsbeschikkingen.[11] Bij uitleg wordt gezocht naar de ware bedoeling van de testateur, maar daar gelden strikte juridische kaders voor.[12]

In de casus die ik u ter illustratie zal voorleggen speelt wederom een Haagse notaris de hoofdrol. Hij of zij had op 16 januari 2003 een testament gepasseerd waarin de wensen waren neergelegd van een man die hertrouwd was en drie kinderen had uit een eerder huwelijk. De wettelijke verdeling was van toepassing verklaard en dat houdt kort gezegd in dat alle goederen toekomen aan de echtgenote en dat de kinderen uit het eerdere huwelijk een niet-opeisbare vordering op hun stiefmoeder verkrijgen. Zij verkrijgen echter ook het zogeheten wilsrecht van art. 4:21 BW dat inhoudt dat de stiefmoeder, als de kinderen dat wensen, goederen dient af te dragen met een waarde van ten hoogste de geldvordering, waarbij zij dan weer wel het vruchtgebruik op die goederen mag voorbehouden.
De testateur kan zijn kinderen in zijn testament dit recht echter ontzeggen, door het wilsrecht uit te sluiten. Het was blijkens de gespreksaantekeningen van de notaris expliciet de bedoeling van de testateur dat dit wilsrecht zou worden uitgesloten omdat het zijn wens was dat zijn echtgenote '*zonder enige belemmering verzorgd achterbleef*. De notaris sloot echter in het testament niet het relevante wilsrecht van art. 4:21 BW uit, maar de wilsrechten van art. 4:19 en 4:20 BW die alleen van belang zijn als kinderen tezamen met hun eigen langstlevende ouder erven, en dus niet met een stiefouder. De Hoge Raad moest eraan te pas komen om uiteindelijk te bepalen dat op grond van uitlegging het testament zo gelezen mag worden dat het relevante wilsrecht van art. 4:21 BW toch was uitgesloten.

Het voorgaande leert ons dat de Hoge Raad de justitiabelen tot op zekere hoogte een logeerpartij met een slordige notaris in de herberg In 't Aepjen bespaart. 'Tot op zekere hoogte', want een fout van de notaris kan uitmonden in jarenlange procedures die de misschien toch al verstoorde familieverhoudingen zeker geen goed doen.

Het loopt overigens ook niet altijd goed af. In een zaak die speelde voor Hof 's-Hertogenbosch ging het om een testatrice die kort voor haar dood een testament wenste te maken waarin drie legaten werden gemaakt.[13] Dat speelde in 1995 en het was uitdrukkelijk de bedoeling van de erflaatster dat haar in 1982 opgemaakte testament voor het overige van kracht zou blijven. Bij het maken van het testament in 1995 ging er echter iets mis. Notarissen gebruiken modelakten en in de standaardtekst van een modelakte voor een testament staat als eerste de bepaling dat erflater of erflaatster al zijn of haar eerdere uiterste wilsbeschikkingen herroept. Die standaardclausule had in dit geval natuurlijk moeten worden geschrapt, maar dat was bij vergissing niet gebeurd. Wat nu? Het hof oordeelt dat het testament uit 1982 inderdaad was herroepen, ook al staat vast dat dat niet de bedoeling was van de erflaatster. Het overweegt in dat verband het volgende:

> 'Met vergissingen van de notaris die niet tot gevolg hebben dat de bewoordingen op enig punt voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn of geen redelijke zin hebben, kan in het systeem van de wet, zowel van de huidige als van de nieuwe, geen rekening worden gehouden.'

In de literatuur wordt wel gepleit voor ruimere uitlegmogelijkheden van uiterste wilsbeschikkingen om tegemoet te komen aan fouten van de notaris.[14] Vooralsnog is de boodschap echter dat een notaris, die de taak heeft om de wil van de erflater zo goed en duidelijk mogelijk in een akte neer te leggen, zijn werk gewoon goed moet doen.[15]

Bouwmeester/Van Leeuwen

Hetgeen ik tot nu heb behandeld is wat mij betreft nog maar kinderspel in vergelijking met de zaak die nu aan de orde komt. Dit is een zaak waarbij de tranen mij altijd in de ogen schieten als ik hem op college behandel. Het gaat hier namelijk om een fout die nooit als fout erkend is.

Ik moet hier wel een beroep doen op uw voorstellingsvermogen. De mogelijkheid bestaat om dit prachtige auditorium te ontsieren met PowerPoint dia's, maar daar begin in niet aan. Terzijde merk ik op dat de hedendaagse student niet meer zonder lijkt te kunnen en ik moet dan altijd denken aan een Brits onderzoek uit 2017.[16] Hersenonderzoekers toonden aan dat autorijden zonder navigatie in een nieuwe omgeving leidt tot een geweldige stimulatie van de hippocampus en de prefrontale cortex. Bij de proefpersonen die mét navigatie reden werd dit effect niet waargenomen.
Het moet nog worden aangetoond, maar in lijn met dit onderzoek ben ik ervan overtuigd dat het veelvuldig staren naar PowerPoint dia's grote delen van hersenen in ernstige mate verdooft.

Waar draaide het om in deze zaak?[17] Er was een zekere Bouwmeester die op 23 december 1977 van Maasdam een perceel weiland kocht gelegen aan de Kilweg te Dubbeldam. In de koopakte wordt vermeld dat het weiland een grootte heeft van circa 85,90 are. De levering wordt nog even uitgesteld maar op 1 januari 1978 neemt Bouwmeester het perceel vast in gebruik en hij laat op het perceel een sloot graven in de richting noord-zuid. Het resultaat is dat er een westelijk van de sloot gelegen weiland ontstaat met een oppervlakte van ongeveer 80 are.
De sloot zelf en de oostelijke strook hebben samen een oppervlakte van zo'n 5,90 are. Een halfjaartje later, op 9 juni 1978, sluit Bouwmeester een koopovereenkomst[18] met Van Leeuwen en het voorwerp van de koop is blijkens de omschrijving in de koopakte een perceel weiland gelegen aan de Kilweg te Dubbeldam, kadastraal bekend gemeente Dordrecht, sectie E nummer 682 gedeeltelijk, *groot circa 80 are*.
Die 80 are zullen u doen denken aan het westelijk van de sloot gelegen weiland. Tot zover niets geks. Bouwmeester koopt een weiland, laat een sloot aanleggen, en verkoopt een gedeelte van het weiland door.
Dan komt de notaris in beeld want op 23 juni 1978 worden twee leveringsaktes gepasseerd. Eerst de levering van het wei-

land van Maasdam aan Bouwmeester en vervolgens de levering van Bouwmeester aan Van Leeuwen. In de laatste akte is de volgende verklaring opgenomen:

> 'dat de verkoper heeft verkocht en overdraagt aan de koper, die heeft gekocht en aanneemt: een perceel weiland [etc.] groot ongeveer vijfentachtig are negentig centiare…'.

Dat is natuurlijk merkwaardig. In de koopovereenkomst van 9 juni 1978 ging het om het westelijk van de sloot gelegen weiland met een omvang van 80 are en in de leveringsakte wordt gerefereerd aan een koop en overdracht van het gehele weiland (inclusief de sloot en de oostelijk daarvan gelegen strook). De vraag wat deze tegenstrijdigheid betekent voor het al dan niet zijn overgedragen van de sloot en de oostelijke strook aan Van Leeuwen speelde jaren later in 1987 op toen Van Leeuwen het gehele weiland verkocht aan Kloens. Bouwmeester vorderde toen een verklaring van recht dat hij nog eigenaar was van de sloot en de ten oosten daarvan gelegen strook.

Alvorens op de uitkomst van de procedure in te gaan, zet ik eerst uiteen wat hier in mijn ogen is misgegaan. Het lijkt mij voor de hand te liggen dat de notaris in de tweede leveringsakte gewoon een foutje heeft gemaakt. Hij dacht te maken te hebben met een levering en vervolgens een doorlevering van een weiland en hij sloot de omschrijving van het object in de tweede leveringsakte gewoon aan bij de eerste koopakte.[19] Dat was natuurlijk niet de bedoeling want Bouwmeester had een sloot laten graven om daarna *een deel* van het weiland door te verkopen.

Maar hoe zit een en ander juridisch? De Hoge Raad stelt voorop dat in een geval waarin een onroerende zaak zoals beschreven in de leveringsakte, groter is dan partijen bij de koopovereenkomst zijn overeengekomen, de eigendom van het meerdere niet overgaat. Voor dit gedeelte ontbreekt dan immers een geldige titel.[20]

Dan zit Bouwmeester goed, zou men kunnen denken, maar er speelt meer. In de leveringsakte wordt namelijk niet alleen gesproken over de overdracht van het perceel met de grootte van 85,90 are, maar ook over de koop en verkoop daarvan. Die koop en verkoop komt als het ware weer terug in de leveringsakte[21] en dit zadelt Bouwmeester met een probleem op. Men kan namelijk stellen dat Bouwmeester door het tekenen van de leveringsakte een *nieuwe* koopovereenkomst heeft gesloten met Van Leeuwen en dan nu één die op het gehele weiland betrekking heeft. Bewijsrechtelijk geldt in ieder geval dat het met dwingend bewijs vaststaat dat er een nieuwe koopovereenkomst is gesloten en dat betekent dat het aan Bouwmeester is om te bewijzen dat partijen *niet* hebben bedoeld om een nieuwe koopovereenkomst te sluiten.[22] Bouwmeester slaagt niet in dat bewijs.

Voor mij is dit een zeer onbevredigende uitkomst, die juridisch overigens goed te begrijpen is. Het begint in mijn ogen allemaal met een slordigheid van de notaris, en het is Bouwmeester die hier de prijs voor betaalt. Het ligt toch niet erg voor de hand dat Bouwmeester die dat slootje heeft laten graven bij de notaris opeens besluit om de sloot en de strook ook in de koop te betrekken zonder bijvoorbeeld tot een prijsverhoging over te gaan? Het enige wat Bouwmeester verweten kan worden is dat hij heeft zitten slapen bij de notaris.

Evaluatie

Wat wij tot nog toe gezien hebben zijn fouten en slordigheden van de notaris. Die fouten zijn gemaakt bij rechtshandelingen die onder het domeinmonopolie van de notaris vallen. De wetgever acht deze rechtshandelingen dermate belangrijk en gecompliceerd dat zij niet zonder tussenkomst van de notaris tot stand kunnen komen. Dit maakt het extra wrang. De cliënt zou het in veel gevallen zelf namelijk beter hebben gedaan. Als Bouwmeester de leveringsakte zou hebben opgemaakt, dan had hij ongetwijfeld de juiste oppervlaktemaat vermeld. Ook

zouden wij het een erflater wel toe kunnen vertrouwen om een datum op te schrijven inclusief het jaartal of om niet alle eerdere uiterste wilsbeschikkingen te herroepen als dat uitdrukkelijk niet de bedoeling is.
De notaris is een dienaar van de rechtszekerheid en de rechtsbescherming en hij is een orgaan van preventieve rechtspleging – dat is allemaal waar – maar als hij zijn werk niet goed doet, dan komen deze uitgangspunten als een boemerang terug in het gezicht van de cliënt of andere betrokkenen.
Vergissen is menselijk, maar van een notaris mag meer verwacht worden dan van een gewoon mens.

Het idee dat er veel van een notaris verwacht mag worden, en dat het niet waarmaken van die verwachting de cliënt ernstig kan schaden, klinkt ook door in het arrest Wever/Aruba Bank NV.[23] Wever had een recht van derde-hypotheek verstrekt aan de bank en zij verkeerde in de veronderstelling dat dat recht alleen gevestigd was voor het geval waarin een bepaald project aan een bepaalde rechtspersoon gegund zou worden. De tekst van de akte wees niet in die richting, maar in zijn algemeenheid is dat niet doorslaggevend. Een rechtshandeling vereist namelijk niet alleen *een verklaring* die zich geopenbaard heeft, maar ook *een wil* die gericht is op het rechtsgevolg dat de verklaring meebrengt.[24] Voor een beroep op het feit dat de verklaring niet overeenstemt met de wil van Wever, lijkt bij een notariële akte echter weinig ruimte. De Hoge Raad overwoog namelijk 'dat in de regel de hypotheeknemer zonder meer ervan mag uitgaan dat de door de hypotheekgever ondertekende notariële akte diens bedoelingen juist en volledig weergeeft.'[25]

In het licht van de informerende en wilscontrolerende taak van de notaris is deze overweging zonder meer te begrijpen, maar het werkt natuurlijk alleen als de notaris zijn taak daadwerkelijk goed uitvoert. Als dat niet het geval is, is de hypotheekgever zonder meer in de aap gelogeerd met de notaris; hem of haar wordt een beroep op het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil onthouden, *louter omdat er bij de rechtshandeling een notaris is betrokken*.[26]

De experimentele notaris

De herberg In 't Aepjen heeft vele kamers. De deur van de slordige notaris of de notaris die zijn informerende en wilscontrolerende functie niet goed vervult, kan nu gesloten worden. Wij doen nog één deurtje open en wel die van de experimentele notaris. Een standaardvoorbeeld van wat hier mis kan gaan betreft het turbotestament. Ik houd het zo eenvoudig mogelijk. Als voorbeeld nemen wij een man en een vrouw die in gemeenschap van goederen zijn getrouwd. Zij hebben twee kinderen. De man zou dan een vruchtgebruiktestament kunnen maken waarin hij het vruchtgebruik van zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap legateert aan zijn vrouw en waarin hij zijn kinderen tot erfgenaam benoemt.
Fiscaal gezien kan dit testament gunstig uitpakken. Bij het overlijden van de man hebben de kinderen erfbelasting betaald over de waarde van hun verkrijging en die verkrijging betrof de blote eigendom[27] van de onverdeelde helft van de huwelijksgemeenschap. Bij het latere overlijden van de vrouw hoeven de kinderen echter geen erfbelasting te betalen over de waarde van de aanwas van de blote eigendom van de goederen uit de nalatenschap van de man tot volle eigendom.[28]
Maar ja, man en vrouw waren in gemeenschap van goederen getrouwd, dus de 'gratis' aanwas heeft maar betrekking op de helft van de huwelijksgemeenschap. Bij het overlijden van de vrouw moeten de kinderen (gesteld dat zij erfgenamen zijn) gewoon erfbelasting betalen over de waarde van de halve huwelijksgemeenschap. Kan dat niet anders, vraagt de experimentele notaris zich dan af. Ja, dat kan anders – dacht men – door gebruik te maken van een legaat tegen inbreng. De vrouw moet dan voor haar verkrijging (het vruchtgebruik van het aandeel van de man in de huwelijksgemeenschap) iets opofferen. Als men nu bepaalt dat de vrouw ter verkrijging van het legaat de blote eigendom van háár helft van de huwelijksgemeenschap moet inbrengen in de nalatenschap van de man, dan is het 'turbotestament' geboren.
Civielrechtelijk werkt dit allemaal prima; op het moment van overlijden van de vrouw verkrijgen de kinderen de volle eigen-

dom van alle goederen van de huwelijksgemeenschap. Zij verkrijgen dit niet krachtens erfrecht, maar op grond van het feit dat zij al blooteigenaar waren.
Fiscaalrechtelijk pakt het echter anders uit. De Hoge Raad heeft bepaald dat ten aanzien van de aan de vrouw toekomende helft van de huwelijksgemeenschap de fictiebepaling van art. 10 Sw van toepassing is. Dit betekent dat de kinderen worden geacht deze helft *krachtens erfrecht* te hebben verkregen.[29] Het aardige is dat zij over de volledige waarde hiervan moeten afrekenen zonder dat zij de erfbelasting die zij bij het eerste overlijden al over de blooteigendom van de helft van de vrouw (de inbreng) hebben betaald, mogen aftrekken.[30] Uiteindelijk betalen zij dus meer erfbelasting. 'Wie het onderste uit de kan wil hebben, krijgt het lid op de neus', zal ik maar zeggen, en dat allemaal onder deskundige begeleiding van de notaris.[31]

Waarom een notaris soms toch de grenzen moet opzoeken

Vegter merkt in een WPNR-artikel op dat notarissen – in het licht van de rechtszekerheid – terughoudend moeten zijn 'bij het experimenteren met door de wetenschap ontwikkelde ideeën die (nog) onvoldoende door wetgeving of rechtspraak zijn beproefd.'[32]
In beginsel onderschrijf ik dit uitgangspunt, maar er zijn in mijn ogen gevallen waarin de maatschappelijke noden zo groot zijn dat het notariaat wel degelijk de grenzen van de rechtszekerheid moet opzoeken. Als voorbeeld noem ik de belabberde positie die de wetgever de langstlevende echtgenoot tot 2003 toebedeelde. De algemene maatschappelijke overtuiging was in ieder geval vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw dat dit anders moest, maar de wetgever heeft er zo'n zestig jaar overgedaan om dit goed te regelen. In de tussentijd bood het notariaat de langstlevende de helpende hand met een van zijn mooiste vindingen, te weten de ouderlijke boedelverdeling. De tijd ontbreekt mij om daar op deze plaats diep op in te gaan,[33] maar voor mijn verhaal is van belang dat deze rechtsfiguur – die van een niet te overschatten belang is geweest – in het begin met onzekerheden was omgeven.

De basis van de ouderlijke boedelverdeling is gelegen in art. 1167 BW (oud):

> 'De bloedverwanten in de opgaande linie mogen bij uiterste wilsbeschikking, of bij notariële akte, tusschen hunne afkomelingen onderling of tusschen dezen en hun langstlevenden echtgenoot de verdeeling en scheiding hunner goederen maken.'

Dit artikel leidde gedurende lange tijd een slapend bestaan. Suijling merkte er in 1931 over op:

> 'Op het bezit van de door de artt. 1167 vlg. verleende bevoegdheid blijken, naar de ervaring leert, ascendenten echter geen prijs te stellen. Ouders gaan hier te lande vrijwel nimmer tot boedelverdeeling over.'[34]

De omslag kwam in de jaren vijftig van de vorige eeuw toen vanuit het notariaat de gedachte opkwam dat het wellicht mogelijk was om op grond van dit artikel alle goederen van de nalatenschap toe te delen aan de langstlevende echtgenoot, en om aan de kinderen slechts een geldvordering uit onderbedeling toe te kennen.[35] De vraag of art. 1167 BW (oud) inderdaad de mogelijkheid bood om op deze wijze te verdelen was echter in hoge mate omstreden. Diephuis, Land en Opzoomer,[36] toch niet de minsten, waren van mening dat de toedeling van alle goederen aan één erfgenaam geen verdeling was in de zin van art. 1167 BW (oud) en ook Hof 's-Gravenhage[37] kwam in 1958 nog tot dit oordeel. Ondertussen experimenteerde het notariaat er lustig op los. Kuijk schreef in 1951 in de bekende bundel *Het testament* over de ouderlijke boedelverdeling ter bescherming van de langstlevende het volgende:

> 'Misschien zal men het vreemd vinden, dat juist een notaris tot een constructie durft te adviseren, waarvan – dit zij toegegeven – allerminst in de praktijk gebleken is dat zij solide en onaanvechtbaar is.'[38]

Hij heeft daar zo zijn redenen voor en interessant is dan wat hij even verderop schrijft:

> 'Men zou er bovendien een test-case aan kunnen wijden. Deze moderne vorm van wetgeving heeft een zekere charme!'[39]

Die testcase kwam er toen de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad cassatie in het belang van de wet instelde tegen een in 1968 gewezen arrest van het Hof te Leeuwarden waarin de toedeling van alle goederen aan de langstlevende werd beschouwd als een verdeling in de zin van art. 1167 BW (oud). De Hoge Raad verwierp in het zogeheten *Makkumse boedelverdeling*-arrest het beroep in cassatie en daarmee was de ouderlijke boedelverdeling gered.[40]

Waar de wetgever met eindeloos dralen generaties van langstlevende echtgenoten in de kou liet staan, boden de notarissen die creatief waren en hun nek durfden uit te steken redding.

Een les voor de huidige tijd?

De vraag rijst wat dit alles ons leert voor de huidige tijd. Een dralende wetgever hebben wij nog steeds en aan de andere kant zijn er voldoende maatschappelijke problemen – of zo men wil – 'uitdagingen'. Is er ook hier nog ergens een heldenrol weggelegd voor bepaalde notarissen? Ik denk het wel en ik denk dan met name aan de energietransitie en het streven naar een circulaire economie. De gemiddelde Nederlander zal bij deze onderwerpen niet onmiddellijk aan het notariaat denken, maar voor de goederenrechtelijke vormgeving van veel projecten is notariële tussenkomst vereist en het probleem is dat sommige constructies schuren tegen de grenzen van ons systeem van het goederenrecht en daar soms wellicht overheen lijken te gaan. De eerste – en op zich geheel terechte – reactie van een notaris is dan: 'Ik dien de rechtszekerheid, dus hier begin ik niet aan'. Het probleem is dan dat er ook geen 'testcase' komt, u weet wel die in 1951 al moderne vorm van wetgeving die een zekere charme heeft.

Een in de literatuur veel besproken en voor de praktijk relevante vraag is bijvoorbeeld of en zo ja onder welke omstandigheden een bestanddeel verzelfstandigd kan worden door het vestigen van een opstalrecht.[41] Op zichzelf lijkt dit slecht in ons goederenrechtelijke stelsel te passen,[42] maar aan de andere kant had Meijers – de ontwerper van ons Burgerlijk Wetboek – er ook weer niet zoveel moeite mee dat iets wat in principe een bestanddeel is, toch een zelfstandig karakter kan hebben, mits dit maar kenbaar is uit de openbare registers.[43]
De vraag is bij mijn weten nog nooit voorgelegd aan de Hoge Raad en dat komt ongetwijfeld weer door de terechte terughoudendheid van het notariaat met het oog op de rechtszekerheid. Maar toch vraag ik mij af of wij af en toe geen behoefte hebben aan een testcase om de grenzen van het goederenrechtelijke systeem te verkennen. Ik realiseer mij dat het voor een individuele notaris zeker geen gemakkelijke keuze is om aan zo'n testcase mee te werken, al was het maar omdat de civielrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid altijd op de loer liggen. Het enige wat ik er in geheel abstracte termen over kan zeggen is dat voorkomen moet worden dat het streven naar de meest vergaande vorm van rechtszekerheid in de weg staat aan de rechtsontwikkeling en aan het oplossen van urgente maatschappelijke problemen.[44]

Tot slot

Ik kom tot een afronding. In deze oratie heb ik de rol van de notaris, als dienaar van de rechtszekerheid, eens vanuit een ander perspectief willen belichten. Ik twijfel er niet aan dat de verplichte notariële tussenkomst bij verschillende rechtshandelingen de maatschappij als geheel veel oplevert. Individuele cliënten en overige betrokkenen kunnen echter hard getroffen worden door slordigheden van de notaris of door andere tekortkomingen in de uitoefening van zijn taak. De oud-president van de Hoge Raad (tevens oud kandidaat-notaris) Davids hield in 2003 een rede voor een KNB-congres waarin hij de boodschap verkondigde dat routinewerk in het notariaat gevaarlijk is omdat de aansprakelijkheid van notarissen veelal

voortvloeit uit triviale fouten bij dagelijks voorkomende zaken. Hij vatte zijn lezing samen met de volgende onovertroffen beeldspraak:

> 'Het enige wat ik gedaan heb, is dit te illustreren met een tocht langs een paar scheepswrakken op het strand, die daar terecht zijn gekomen omdat de kapitein meende dat hij niet altijd voor 100% kan opletten.'[45]

Dat is fraai gezegd en het geldt ook voor mijn rede waarin het niet zozeer ging om de aansprakelijkheid van de notaris in verband met triviale fouten, maar om het leed dat hij – als hoeder van de rechtszekerheid – zijn cliënten en andere betrokkenen door triviale fouten kan aandoen.

De tweede boodschap die ik in mijn oratie naar voren heb willen brengen is dat het door het notariaat streven naar absolute rechtszekerheid een ongewenste remmende werking kan hebben op de rechtsontwikkeling. Een aansprekend voorbeeld van hoe het wel moet, betreft de ontwikkeling van het testament houdende een ouderlijke boedelverdeling.
Aansluitend bij de beeldspraak van Davids zou ik willen zeggen dat notarissen niet alleen kapiteins dienen te zijn die altijd voor 100% opletten, maar ook kapiteins die net als in de tijd van de grote ontdekkingsreizen op zoek gaan naar nieuwe aanvaarroutes en naar *terra incognita*.

Woord van dank

Aan het einde van deze rede gekomen zou ik nog een enkel woord van dank willen uitspreken.

Ik dank het College van Bestuur van de Universiteit Leiden en het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid voor het in mij gestelde vertrouwen.

Vervolgens gaat mijn dank uit naar de hooggeleerde Zwalve bij wie mijn academische carrière begon. Toen ik de overstap wilde maken van de praktijk naar de academie, was Willem bereid om mij bij mijn proefschrift te begeleiden. Een aanstelling kon hij mij vanuit de toenmalige afdeling 'Historische ontwikkelingen van het recht' echter niet bieden. Ik herinner mij nog goed dat wij een en ander bespraken in zijn prachtige werkkamer op het Gravensteen. Op enig moment pakte hij de ouderwets zware hoorn van zijn telefoon, draaide een nummer en bulderde: 'Pim, ik heb iemand voor jou.' Pim was de hoogleraar notarieel recht en zo begon dus mijn loopbaan binnen de notariële afdeling.
Hooggeleerde Huijgen, beste Pim. Natuurlijk laat jij je niet door een ander vertellen wie je moet aannemen, dus een zorgvuldige sollicitatieprocedure volgde. Al met al heeft het er wel toe geleid dat ik vele jaren – decennia mogen wij wel zeggen – onder jouw bezielende leiding heb gewerkt binnen de notariële afdeling. Ik denk dat wij kunnen terugkijken op een uitstekende samenwerking gedurende al die jaren en het is voor mij een eer om jou op de Leidse notariële leerstoel te mogen opvolgen.

Mijn dank gaat ook uit naar alle collega's in het Instituut voor Privaatrecht en naar al diegenen met wie ik de afgelopen ruim twintig jaar op de notariële afdeling heb samengewerkt. Op deze plaats wil ik in ieder geval de promovendi Michelle Michels en Rick Weijers en collega Sonneveldt met name noemen. Er waren ten tijde van mijn aantreden nogal wat hiaten in de bezetting bij de notariële afdeling en samen met Anne en Jacqueline vanuit het secretariaat vormden zij een grote steun bij het overeind houden van de notariële opleiding.

Beste studenten: ik hoop niet dat ik jullie met mijn rede te veel heb afgeschrikt. Mijn doel is zeker niet om jullie alleen op te leiden tot een Pietje precies, maar vooral ook tot een Pietje creatief en dat hoop ik te doen in een sfeer van grote onderlinge betrokkenheid.

Dan kom ik bij mijn ouders. In het bijzonder wil ik jullie bedanken voor de vrijheid die jullie mij, in ieder geval vanaf mijn achttiende, altijd gegund hebben om te doen en laten wat

ik wil. Ik denk niet dat jullie destijds hebben vermoed dat dat ertoe zou leiden dat ik hier vandaag het ambt van hoogleraar in het notariële recht zou aanvaarden.

Er zijn nu nog drie personen die staan tussen dit moment en het moment van de borrel.
Mijn kinderen Anton en Maud dank ik voor het feit dat zij mij als geen ander een spiegel kunnen voorhouden en voor het feit ik met hen vanaf hun prille jeugd diepgravende juridische gesprekken heb mogen voeren, veelal over de vraag wie eigenaar is van afgevallen of overhangend fruit, en dat dan naar de jurisdicties van onze verschillende vakantiebestemmingen en altijd vanuit rechtshistorisch perspectief.[46]
Tot slot dank ik Bien met wie ik al ruim dertig jaar niet getrouwd ben, en – het is een cliché maar om velerlei redenen waar – zonder wie ik hier vandaag niet zou hebben gestaan.

Ik heb gezegd.

Noten

1. B. Speet, 'Verstening, verdichting en vergroting', in: M. Carasso-Kok (red.), *Geschiedenis van Amsterdam deel I*, Amsterdam: SUN 2004, p. 88.
2. B. Speet, 'Verstening, verdichting en vergroting', in: M. Carasso-Kok (red.), *Geschiedenis van Amsterdam deel I*, Amsterdam: SUN 2004, p. 87-88.
3. Zie bijvoorbeeld Maarten Hell, 'Dit is de oudste kroeg van Amsterdam', *Ons Amsterdam* juli/augustus 2023, p. 55-56.
4. Zie onder meer W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 2-6 en J.C.H. Melis/ B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 19-23. De uitdrukking 'orgaan van preventieve rechtspleging' is ontleend aan H.W. Wiersma, 'De informatieplicht van de west-Duitse notaris', *WPNR* 1973/5237-5238, p. 475.
5. Zie art. 26 Wna (oud) en art. 40 lid 4 Wna.
6. Zie art. 4:985 en 4:1000 BW (oud).
7. Zie art. 4:109 BW dat – kort gezegd – bepaalt dat een uiterste wil alleen nietig is in het geval de handtekening van de testateur of de notaris ontbreekt. Art. 4:109 BW levert de nodige hoofdbrekens op en dat hangt samen met de onvaste terminologie in art. 4:109 lid 4 BW en met het feit dat het artikel niet los kan worden gezien van de regels uit de Wet op het notarisambt. De begrippen uiterste wil en uiterste wilsbeschikking zijn geen synoniemen. Een uiterste wil is een aan vormvoorschriften gebonden akte ('testament') waarin bepaalde rechtshandelingen ('uiterste wilsbeschikkingen') zijn neergelegd. Vergelijk ook art. 4:42 lid 3 BW ('Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil […] gemaakt worden.'). Art. 4:109 lid 4 BW bepaalt het volgende: 'Het niet inachtnemen van andere door de wet voor de geldigheid van de uiterste wil gestelde vormvereisten maakt de uiterste wil vernietigbaar.' Omdat alleen rechtshandelingen vernietigbaar kunnen zijn, moet het begrip 'uiterste wil' aan het einde van de zin, gelezen worden als 'de in die uiterste wil opgenomen uiterste wilsbeschikkingen'.
   Wat betreft het verband met de regels uit de Wet op het notarisambt het volgende. Op grond van art. 40 lid 4 Wna geldt dat een notariële akte die de datum niet vermeldt, authenticiteit mist en niet voldoet 'aan de voorschriften waarin de vorm van een notariële akte wordt geëist'. Als hoofdregel geldt op grond van art. 3:39 BW dat rechtshandelingen (in dit geval de in het testament opgenomen uiterste wilsbeschikkingen) die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig zijn. Art. 4:109 lid 4 BW vormt een uitzondering op deze hoofdregel.
8. HR 5 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3665, *NJ* 2002, 410, m.nt. W.M. Kleijn, rov. 3.9. De Hoge Raad overweegt in het arrest *en passant* ook nog dat de huidige Wet op het notarisambt (die toen nog niet in werking was getreden) in art. 45 lid 2 Wna de mogelijkheid opent om het achterwege laten van de vermelding van het jaar waarin de akte is verleden, als 'kennelijke misslag' op eenvoudige wijze te verbeteren. Het is opmerkelijk dat een verzuim (het niet opnemen van de datum in een notariële akte) enerzijds zo 'zwaar' kan zijn dat het bestraft wordt met het niet toekennen van authenticiteit en het niet voldoen aan de voorschriften waarin de vorm van een notariële akte wordt geëist, en anderzijds zo 'licht' dat het als 'kennelijke misslag' kan worden verbeterd.
9. Zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:504, *NJ* 2016/448, m.nt. S. Perrick, rov. 3.6.3 (welke overweging betrekking had op 'vernietigbaarheid' en vgl. HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3712, *NJ* 2008/545, m.nt. S. Perrick (*'Open deurtje'*). Waaijer pleitte al voor deze benadering in het aan de voorganger van mijn voorganger op de Leidse notariële leerstoel aangeboden liber amicorum. Zie B.C.M. Waaijer, 'Nietigheid als sanctie op vormfouten in notariële akten? Het moet anders', in: P.H.M. Gerver e.a. (red.), *Heden verschenen voor mij …* (Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.L.M. Soons), Arnhem: Gouda

Quint 1995, p. 353-359. Vgl. ook P.C. van Es, 'Enige opmerkingen over de nietigheid en vernietigbaarheid van een uiterste wil op grond van vormgebreken', *Tijdschrift Erfrecht* 2014, p. 31-35.

10. Zie art. 43 lid 2 Wna.
11. Zie art. 4:46 BW.
12. Op grond van art. 4:46 lid 1 BW dienen in eerste instantie de in de akte neergelegde bewoordingen te worden bezien in het licht van 'de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en (…) de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt'. In aansluiting hierop bepaalt art. 4:46 lid 2 BW het volgende: 'Daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil mogen slechts dan voor uitlegging van een beschikking worden gebruikt, indien deze zonder die daden of verklaringen geen duidelijke zin heeft.'
13. Hof 's-Hertogenbosch 9 september 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF0059, *NJ* 2003/446.
14. Zie bijv. W.D. Kolkman, 'De vereiste hoge mate van zekerheid', *Tijdschrift Erfrecht* 2008, nr. 6, p. 98-103 en T.J. Mellema-Kranenburg e.a., 'Concept-Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW (I)', *WPNR* 2010/6866, p. 887. Zie ook de conclusie van A-G Valk te vinden onder ECLI:NL:PHR:2023:444 die zelfs bepleit dat art. 4:46 lid 2 BW naar geldend recht voor niet geschreven moet worden gehouden. Ik merk hierbij op dat er weinig overblijft van de gedachte achter de verplichte notariële tussenkomst bij het tot stand komen van (reguliere) uiterste wilsbeschikkingen wanneer het algemene uitgangspunt is dat niet alleen waarde wordt gehecht aan een tegenover de notaris afgelegde verklaring die in een notariële akte is vastgelegd, maar ook aan andere door de erflater afgelegde verklaringen. In mijn ogen is dan sprake van een miskenning van de bijzondere betekenis van de notariële tussenkomst en de rol van de notaris in het rechtsverkeer.
15. Over het functioneren van het notariaat maakt A-G Valk in zijn onder ECLI:NL:PHR:2023:444 te vinden conclusie (onder 3.58) de volgende opmerking: 'Sommige wijzigingen van omstandigheden zijn zo onvoorzienbaar, dat zij buiten het voorstellingsvermogen van ook de meest bekwame notaris gelegen zijn. Bovendien is het realistisch om onder ogen te zien dat de bekwaamheid van niet iédere notaris zich op het niveau van de allerbeste vakgenoot bevindt, terwijl zelfs ook die allerbeste notaris een minder goede dag zou kunnen hebben.'
16. Javadi, A.- H. *et al*. Hippocampal and prefrontal processing of network topology to simulate the future. *Nat. Commun.* **8**, 14652 doi: 10.1038/ncomms14652 (2017).
17. HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1345, *NJ* 1995/560, m.nt. W.M. Kleijn (*Bouwmeester/Van Leeuwen*)
18. Terzijde merk ik op dat de Hoge Raad in rov. 3.1 vooropstelt dat zowel de koopovereenkomst van 23 december 1977 als die van 9 juni 1978 bij *onderhandse akte* zijn opgemaakt, terwijl A-G De Vries Lentsch-Kostense er in haar conclusie onder 2 van uitgaat dat de koopovereenkomsten notarieel zijn verleden. Voor het betoog is dit verder niet van belang.
19. Opgemerkt moet worden dat in de eerste leveringsakte (die tussen Maasdam en Bouwmeester) geen oppervlaktemaat is genoemd, maar in de onderliggende koopovereenkomst werd gesproken van een perceel groot circa 85,90 are. Zie de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense onder 2.
20. Zie HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1345, *NJ* 1995/560, m.nt. W.M. Kleijn (*Bouwmeester/Van Leeuwen*), rov. 3.3 en vgl. art. 3:84 lid 1 BW.
21. Art. 3:89 lid 2 BW schrijft voor dat de tot levering bestemde akte nauwkeurig de titel van overdracht moet vermelden.
22. Zie art. 157 lid 2 jo. art. 151 lid 2 Rv en zie HR 22 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1345, *NJ* 1995/560, m.nt. W.M. Kleijn (*Bouwmeester/Van Leeuwen*), rov. 3.8.
23. HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4563, *NJ* 1984/785, m.nt. W.M. Kleijn (*Wever/Aruba Bank NV*).

24. Zie art. 3:33 BW, alsmede art. 3:35 BW welk laatste artikel de wederpartij beschermt die er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat wil en verklaring overeenstemden.
25. Zie HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4563, *NJ* 1984/785, m.nt. W.M. Kleijn (*Wever/Aruba Bank NV*), rov. 3.2. Kleijn stelt in zijn noot (onder 4) de vraag aan de orde of deze benadering ook geldt in gevallen waarin notariële tussenkomst niet verplicht is voorgeschreven maar waarin partijen vrijwillig kiezen voor de notariële vorm. Hij komt tot een genuanceerd antwoord dat inhoudt dat 'bij wilsverklaring in een niet wettelijk verplichte notariële akte de fidens [niet] dezelfde positie heeft als bij een onderhandse akte'. Hij wijst erop dat de notaris ook bij het opmaken van een niet wettelijk verplichte notariële akte een wilscontrolerende taak heeft, 'alleen minder zwaar dan bij de verplichte notariële vorm'. Of dat laatste juist is, betwijfel ik.
26. Zie over het arrest Wever/Aruba Bank NV, mede in relatie tot het arrest Wooning/Wooning (HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0613, *NJ* 2008/219, m.nt. C.J.M. Klaassen) ook J.H.M. ter Haar & H.B. Krans, 'Debatteren over de inhoud van een notariële akte: drie invalshoeken', *WPNR* 2008/6777 en mijn bijdrage in P.C. van Es & C.A. Kraan e.a., *Meer spreken, minder zwijgen* (KNB preadvies 2007), Den Haag: Sdu 2007, p. 14-15. Het idee dat bij notariële tussenkomst de door een partij afgelegde verklaring overeenstemt met zijn wil (en dat de wederpartij hierop mag vertrouwen), komt ook terug in rov. 3.5 van het hiervoor besproken arrest Bouwmeester/Van Leeuwen: 'Het Hof heeft vastgesteld dat Bouwmeester persoonlijk aanwezig is geweest bij het verlijden van de tot levering bestemde akte. Daarin ligt besloten dat naar het oordeel van het Hof, Van Leeuwen ervan mocht uitgaan dat de tekst van de akte, waarin is vermeld dat een perceel met een oppervlakte van 85,90 are aan Van Leeuwen was verkocht en aan hem werd overgedragen, in overeenstemming was met hetgeen Bouwmeester voor ogen stond.'
27. De begrippen blote eigendom (*nuda proprietas*) en blooteigenaar (*nudae proprietatis dominus*) hebben een Romeinsrechtelijke oorsprong; zie G. 2,30, respectievelijk D. 6,1,33.
28. Het vruchtgebruiktestament valt daarom fiscaal gunstig uit als de goederen uit de nalatenschap van de eerststervende in waarde zijn gestegen.
29. HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224, rov. 3.3.1.
30. HR 19 juni 2009, *BNB* 2009/224, rov. 3.3.2.
31. Zie uitgebreid over het turbotestament onder meer, G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (diss. Leiden 2015), p. 432-457. Inmiddels bestaat ook het fenomeen 'turboverdeling', waarover F. Sonneveldt & B.B.A. de Kroon, 'De turboverdeling revisited', in: P.C. van Es e.a., *Hulde aan Huijgen*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 263-277.
32. Zie J.B. Vegter, 'Over de voorwaardelijke making, mede in verband met andere aandachtspunten rond de wettelijke verdeling', *WPNR* 2021/7335, p. 587 die ook verwijst naar A. Pitlo, *Het fideïcommis de residuo* (preadvies Candidaat notarissen 1952), p. 78 waar wordt opgemerkt: 'Aan het notariaat staat het niet vrij op den rug der cliënten te experimenteren, het notariaat is derhalve verplicht conservatief te zijn'.
33. Zie voor een uitvoerigere beschouwing, P.C. van Es, *Erfrecht van de langstlevende echtgenoot* (Mon. BW nr. B19), Deventer: Wolters Kluwer 2019/3.1.
34. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, zesde stuk: Erfrecht*, Haarlem 1931, p. 421-422. Zie echter ook G.J.H. Kuijk, 'Beschikkingen in testamenten met het oog op de legitieme portie' , in: E.M. Meijers & J. Eggens, *Het testament*, Arnhem: S. Gouda Quint/D. Brouwer & zoon 1951, p. 126 die er in 1951 op wees dat – tot zijn verrassing – uit een gehouden enquête bleek dat er vooral in het oosten van het land vrij veel gebruik van werd gemaakt.
35. Aan de geldvorderingen van de kinderen wegens onderbedeling werd op basis van de *De Visser/Harms*-doctrine

(betreffende het bestaan van een natuurlijke verbintenis tot onderhoud van de langstlevende echtgenoot; zie HR 30 november 1945, *NJ* 1946/62) de clausule verbonden dat vordering – kort gezegd – pas opeisbaar is na de dood van de langstlevende. In beginsel konden de kinderen, als legitimarissen, hier niet tegen opkomen. Zie bijvoorbeeld, S. Perrick, 'De ouderlijke boedelverdeling en het onterfde kind dat een beroep op zijn legitieme doet', *WPNR* 1996/6244, p. 812 en P.C. van Es, *Erfrecht van de langstlevende echtgenoot* (Mon. BW nr. B19), Deventer: Wolters Kluwer 2019/3.1.

36. Zie G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, negende deel, Groningen: J.B. Wolters 1885, p. 389; N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, derde deel, Haarlem: De Erven F. Bohn 1902, p. 288 en C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, vierde deel: art. 784-1268, Amsterdam: J.H. Gebhart & Comp. 1879, p. 482, noot 3.
37. Hof 's-Gravenhage 2 mei 1958, *NJ* 1959/305.
38. G.J.H. Kuijk, 'Beschikkingen in testamenten met het oog op de legitieme portie', in: E.M. Meijers & J. Eggens, *Het testament*, Arnhem: S. Gouda Quint/D. Brouwer & zoon 1951, p. 126.
39. G.J.H. Kuijk, 'Beschikkingen in testamenten met het oog op de legitieme portie', in: E.M. Meijers & J. Eggens, *Het testament*, Arnhem: S. Gouda Quint/D. Brouwer & zoon 1951, p. 127.
40. HR 19 september 1969, *NJ* 1969/402.
41. Zie bijvoorbeeld *Asser/Bartels & Van Velten 5* 2017/248c en S.E. Bartels & E.E. Maathuis, 'Duurzaamheidsambities en goederenrechtelijke spanning', *NTBR* 2022/50, p. 447 en de daar in noot 23 vermelde literatuur.
42. Vgl. J. Drion in zijn noot onder HR 11 december 1953, *NJ* 1954/115 (*Stafmateriaal*): 'In een rechtsstelsel, waarin de opstaller eigenaar is van bouwwerken en planten (…) kan men niet stellen dat bouwwerken en planten slechts bestanddelen van een zaak en dus geen aparte rechtsobjecten zijn.'
43. Zie art. 3.1.1.3 lid 3 Ontwerp Meijers: 'De verkoper van een roerende zaak, die zich bij akte ondanks de levering de eigendom heeft voorbehouden totdat de koopprijs volledig is voldaan, kan, door de akte in de openbare registers te doen inschrijven, voorkomen dat de verkochte zaak vóór de betaling tot een bestanddeel van een bepaalde onroerende zaak wordt gemaakt'. Dit artikellid is uiteindelijk geschrapt, maar níet om de principiële reden dat een bestanddeel geen goederenrechtelijke zelfstandigheid kan hebben. Dat principiële bezwaar tegen het artikel werd wel aangevoerd door W.C.L. van der Grinten, 'Natrekking, vermenging en zaaksvorming', *WPNR* 1961/4701, p. 520: 'Indien men ernst wil maken met het zijn van bestanddeel, lijkt mij dit een moeilijk aanvaardbare constructie'. Overigens beschouwt Ploeger het verdwijnen van art. 3.1.1.3 lid 3 Ontwerp Meijers als een zwaar argument tegen een ruime uitleg van het opstalrecht: 'Als namelijk met het opstalrecht hetzelfde resultaat bereikbaar zou zijn, is het schrappen van deze bepaling zinloos geweest'. Zie H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 214.
44. Vgl. S.E. Bartels & E.E. Maathuis, 'Duurzaamheidsambities en goederenrechtelijke spanning', *NTBR* 2022/50, p. 457: 'Op korte termijn zal een fundamentele herziening van het goederenrecht teneinde verduurzamingsinitiatieven te faciliteren niet plaatsvinden. Maar ook onder de huidige regelgeving kan er terreinwinst worden geboekt als de professionele spelers in het veld hun goederenrechtelijke machtsposities niet inzetten om veiligheidshalve ontwikkelingen tegen te houden, maar juist beleidsmatig kiezen voor een principieel positieve reactie als goederenrechtelijk inschikken van hen gevraagd wordt.' Hoewel de auteurs hier niet op lijken te doelen, zou ook de notaris onder de 'professionele spelers' kunnen worden geschaard. Ten aanzien van bijvoorbeeld een voorwaardelijk opstalrecht met betrekking tot een warmte-koudeopslag (WKO) zou dan door het notariaat ook niet onnodig op de rem moeten worden getrapt. Zie mijn reactie in *WPNR*

2022/7378 op M.M.G.B. van Drunen, S.D.K. Bachasingh en I.C.J. Hoving, 'Verduurzaming van gebouwen met een WKO of WKK', *WPNR* 2022/7373.

45. De rede is bij mijn weten niet in druk verschenen, maar Boudewijn Waaijer was zo vriendelijk om mij een transscript ter beschikking te stellen.
46. Zie voor het Romeinse recht D. 43,28,1 *pr.* (Ulpianus) waarin aan de eigenaar het recht wordt toegekend om de op het terrein van de buurman gevallen vruchten eens in de drie dagen te komen wegrapen.

Prof. mr. P.C. van Es

Peter van Es studeerde Nederlands recht aan de Universiteit Leiden en notarieel recht aan de Universiteit van Amsterdam (UvA). Na enige jaren in de notariële praktijk te hebben gewerkt, is hij sinds 1999 verbonden aan de notariële afdeling van de Universiteit Leiden. Hij promoveerde in 2005 op het proefschrift *De actio negatoria*. Van Es maakt deel uit van de hoofdredactie van *JBN* en is vaste medewerker van het *WPNR*. Van zijn hand verschenen onder meer monografieën over vruchtgebruik, verkrijging door verjaring en het erfrecht van de langstlevende echtgenoot.

Universiteit Leiden