

# 22. Ervaringen in het Angelsaksische recht met ante-mortem probate

MR. DR. I.A. KOELE

Wat kunnen we leren van de Amerikaanse rechtspraak om met regelingen tijdens leven toekomstige conflicten over nalatenschappen te voorkómen? Hoe kan dit van invloed zijn op de ideale regeling van een erfovereenkomst in het Nederlandse recht?

‘Discourage litigation; persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser – in fees, expenses and waste of time’ – Abraham Lincoln

## 1. Inleiding

De functie van ons erfrecht is om een efficiënte en rechtvaardige procedure te creëren voor de overgang van vermogen bij overlijden in overeenstemming met de wil van de eigenaar en de wettelijke vereisten. Helaas kan de kwaliteit van het functioneren van het erfrecht naar de aard van de zaak nimmer worden geëvalueerd door de eigenaar.

De sterke stijging van het aantal *post-mortem* conflicten in erfrechtelijke zaken roept de vraag op of ons erfrecht, dat sterk leunt op de registratiefunctie van de notaris en beginselen van rechtszekerheid en rigiditeit op talloze plekken van hogere waarde acht dan beginselen van rechtvaardigheid, nog wel van deze tijd is. Te denken valt aan art. 4:43 lid 1 BW dat misbruik van omstandigheden als wilsgebrek van een testament uitsluit, art. 4:43 lid 2 BW dat dwaling in slechts strikte omstandigheden erkent en de onbegrensde aanspraken van een legitimaris ongeacht de omvang van de nalatenschap. Ook de vrijwel onmogelijke bewijsopdracht om postuum het ontbreken van wilsbekwaamheid aan te tonen van een testateur is een sterk toenemend probleem in de huidige rechtspraak, met een sterk stijgend contingent aan mensen die zich in een schemergebied van cognitief disfunctioneren bevinden ten tijde van het opmaken van een testament.

Indien we recht willen doen aan de kleurschakeringen en nuanceringen die zich in het werkelijke leven voordoen, dan is het aloude ‘registratie-erfrecht’ niet voldoende. Het creëren van de mogelijkheid van een erfovereenkomst lijkt dan ook een uiterst pragmatische oplossing die ruimte kan geven aan de notie dat de erfrechtelijke rechtspraak geen *one size fits all* is. Een overeenkomst is anders dan een testament wel betwistbaar op basis van de wilsgebreken waaronder misbruik van omstandigheden en dwaling.

In deze bijdrage maak ik een uitstapje naar de Angelsaksische rechtspraak om het perspectief te verbreden. Het Angelsaksische systeem kent aanzienlijk meer variaties ten koste van de rechtszekerheid, waarbij legitieme porties en notariële testamenten, *to name a few*, volledig absent zijn. Daar staan uiteraard weer andere concepten tegenover. Hoe kijkt men in het Angelsaksische denken aan tegen het regelen van een arrangement tijdens leven?

Zijn er principiële of pragmatische beperkingen tegen een pre-mortem arrangement of gaat men liever post mortem procederen over de merites van een rechtvaardige nalatenschap?

Het is een feit dat zeker in het Angelsaksische recht, de publieke vernedering van een *will contest* één van de meest afschuwelijke risico's is van de dood. Het verscheurt vele families, ook families die tijdens het leven van de testateur nimmer hadden gedacht dat het hun zou overkomen. Een testament kan worden aangevochten in het Angelsaksische systeem op basis van het ontbreken van wilsbekwaamheid (*incapacity*), misbruik van omstandigheden (*undue influence*), maar ook op meer algemene leerstukken zoals het gebrek aan *knowledge and oversight*, wat leidt tot dwaling over de inhoud van een testament of de regelmatigheid van een handtekening. Daarbij moet worden bedacht dat de vertegenwoordiger van de erflater de bewijslast van wilsbekwaamheid van de testateur heeft, indien deze onderbouwd wordt betwist. Omdat misbruik van omstandigheden altijd ‘in de schaduw’ speelt, wordt de bewijslast omgedraaid ten aanzien van iemand die begunstigd is in een testament, een vertrouwensrelatie heeft met de testateur en actief is geweest in de bewerkstelling van dat testament; deze moet dan aantonen dat het testament niet onder invloed van misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> David A. Baker & S. Andrew Pharies, *Philip Heckerling Institute of Estate Planning*, Volume 52, Chapter 6: Estate Planning in Anticipation of Difficult beneficiaries.

Als we bovendien in aanmerking nemen dat er geen legitieme portie voor *the natural objects of bounty* bestaat en daarmee een aanzienlijk grotere testeervrijheid dan in continentaal Europa, dan zien we een woud van mogelijke conflicten. In welke bochten een testateur zich kan wringen om een succesvolle *will contest* bij voorbaat te blokkeren, leest men in spannende boeken waarbij *The Testament* van John Grisham mijn absolute favoriet is.

In het Angelsaksische recht is een nalatenschap, een *estate*, een gebonden vermogen dat wordt geregeerd door een *probate*, een procedure voor een speciale rechtbank, het zogenoemde *Probate Court*. Het Probate Court stelt vast wie er gerechtigd is en bepaalt de hoofdlijnen voor de afwikkeling; de gang van zaken is in veel opzichten vergelijkbaar met de regeling van faillissementen in ons continentale rechtssysteem. Wat in ons systeem door een notaris middels een verklaring van erfrecht wordt bewerkstelligd, wordt in de Angelsaksische traditie door een rechter gedaan. In de praktijk is mede hierdoor het verschijnsel van een trust zo populair, omdat een trust in de praktijk een probate procedure onnodig maakt; het vermogen in trust valt immers niet meer in de nalatenschap. Dat verklaart echter eveneens het aanzienlijke percentage conflicten met betrekking tot nalatenschappen waarbij trusts een voorname rol spelen.

Een veelgebruikte methode om oneigenlijke *will contests* te ontmoedigen, is het gebruik van zogenoemde *in terrorem clauses*, ook wel *will contest clauses* genoemd. Die zeggen eenvoudig dat iemand geen voordeel kan verkrijgen uit een nalatenschap indien deze het testament of samenhangende rechtshandelingen betwist in rechte. Dat werkt uiteraard slechts indien diegene wel bedacht is in een testament. Deze clausules worden echter restrictief uitgelegd door rechters, omdat het in strijd met *public policy* wordt geacht dat men geen toegang meer heeft tot de rechter op basis van een vorm van ‘primitieve dwang’. In de praktijk wordt inmiddels meestal onderscheid gemaakt tussen een *probable cause* en een *frivolous lawsuit* waarmee deze clausules wel het oneigenlijk procederen (omwille van de onwaarschijnlijke druk op de andere partij) afremmen. Het is echter een utopie te denken dat deze clausules een familie beschermen tegen procedures.

In het Amerikaanse systeem worden onterfde familieleden in zekere zin uitgenodigd om het testament en de wil van de erflater aan te vallen, door diens mentale gezondheid te betwisten ten tijde van testeren en zich activa ‘toe te eigenen’ wat nimmer voor hen bedoeld was. Het is de ervaring van internationale advocaten dat door de wijze van procederen in de VS – wie kijkt er niet naar *Suits* – maar eveneens in het UK, ongeacht de juridische merites van een zaak, altijd wel tot een schikking kan leiden buiten de rechtszaal omdat de juridische uitkomst door het systeem van *examinations* per definitie ongewis is en de kosten zodanig excessief zijn dat deze kunnen leiden tot een volledige uitholling van de nalatenschap. Door het grote percentage schikkingen zijn er geen betrouwbare data maar het wordt allerwegen erkend dat deze vorm van ‘loterij’ wijdverspreid is.

Een groot probleem bij een *will contest* is echter dat de testateur zelf niet langer kan getuigen omtrent diens intenties, wilsbekwaamheid en relevante omstandigheden. Het is dan ook niet verwonderlijk dat er al sinds lang wordt nagedacht over een alternatieve vorm, waarbij tijdens het leven van de testateur een ‘Probate procedure’ wordt gevoerd met als doel om de *will contest* na overlijden te voorkómen. Juist nu de discussie over een erfrechtsovereenkomst in ons continentale rechtssysteem wordt gevoerd, is het zinvol om te bezien of wij inspiratie kunnen ontlenuen aan de ervaringen in een fundamenteel ander rechtssysteem. Ik concentreer me in dit artikel specifiek op de ervaringen in de Verenigde Staten.

## 2. Ante-mortem probate in de VS: de Holy Grail?

Een erfovereenkomst als zodanig komt men niet tegen in het Angelsaksische recht. Het is niet te vergelijken met wat wel een *agreement of wills* wordt genoemd, dat is eerder te vergelijken met een vaststellingsovereenkomst post mortem waarin de overlevenden samen een overeenkomst afsluiten waarin wordt overeengekomen hoe de nalatenschap zal worden afgewikkeld – al dan niet in weerwil van de tekst van het testament. Wel kunnen er schenkingen worden gedaan die effect hebben bij overlijden net als in Nederland. Ook kennen diverse staten *joint wills* tussen echtgenoten.

Een trust is niet te vergelijken met een erfovereenkomst, aangezien *beneficiaries* worden benoemd door de *settlor* en deze daar voor het overlijden niet van op de hoogte behoeven te zijn. Een trust is geen overeenkomst, maar een rechtshandeling *sui generis*. In steeds meer staten worden zelfs *silent trusts* gecreëerd waarbij aan de *beneficiaries* gedurende een bepaalde periode niet eens melding wordt gemaakt van het bestaan van een trust. De andere familieleden komen er dus vaak niet aan te pas.

Wat vanuit de Angelsaksische methodiek bezien het meest met een erfovereenkomst overeenkomt, is de ante-mortem probate. Daarbij wordt een rechter geadieerd, wat het een sterkere positie geeft dan een overeenkomst.

### Historie

Al in 1883 werd de eerste ante-mortem probate wetgeving gecreëerd in de staat Michigan. Een testateur kon tijdens zijn leven een verzoek tot geldigverklaring van zijn testament aan het Probate Court vragen. Twee jaar later werd de wetgeving echter *unconstitutional* verklaard, wegens het feit dat de echtgenote niet in de gelegenheid was gesteld om bezwaar te maken tegen het testament. Meer principieel had men, ondanks pogingen voor passende wetgeving, moeite met het idee dat er feitelijk geen belang bestond, omdat levenden nu eenmaal geen erfgenamen hebben en dus ook geen concreet belang bestaat. Daardoor is er geen *justiciable case*, nu de toekomstige erflaters noch de toekomstige verkrijgers enig in rechte te beschermen belangen hebben op dat moment. Dit moet wel in de tijdgeest worden geplaatst, nu in die tijd een declaratoire uitspraak

door een rechter in zijn algemeenheid nog niet bestond.<sup>2</sup> Maar ook toen in de jaren dertig van de vorige eeuw een declaratoire uitspraak mogelijk werd, bestonden er nog procedurele belemmeringen zoals het vereiste van *ripeness, sufficiency and adversity of the parties*, het vereiste van een *actual controversy* en het vereiste van de *finality of the judgment*.<sup>3</sup> Later, toen er gewerkt werd aan een Uniform Probate Code die voor alle staten als richtsnoer zou gelden, kon men het niet eens worden over de precieze waarborgen van een ante-mortem probate wetgeving, waardoor het niet tot wasdom kwam. Pas in de jaren zeventig van de vorige eeuw werden in North Dakota, Ohio en Arkansas ante-mortem probate wetgevingen geïntroduceerd. Na een stilte van ruim dertig jaar ontstond er een forse opleving vanaf het jaar 2010. Toen introduceerde Alaska wetgeving, New Hampshire volgde in 2014 en Delaware en North Carolina met in 2015 een verdere uitbreiding naar de staten Nevada en South Dakota. In totaal zijn er dus negen staten met ante-mortem probate wetgeving. In een aantal staten is bovendien *pre-mortem validation* mogelijk van een trust, zelfs van een *revocable trust* (die bij overlijden *irrevocable* wordt). Ook zijn er staten waarin het mogelijk is in de context van een bewindvoering om een testament te laten valideren door een rechter (California en New York inclusief).

#### Voor- en nadelen van ante-mortem probate

De voordelen van ante-mortem probate worden gezien in het voorkómen van conflicten waarbij een toekomstige erflater zijn wilsbekwaamheid en getuigenis zelf kan demonstreren en ook zijn (mogelijk lastig te aanvaarden) bedoelingen kan uitleggen. Juist de mogelijkheid om op een professioneel ingebodde wijze te communiceren over de intenties van de toekomstige erflater en eventueel daarover ook van mening te verschillen, is een waardevolle mogelijkheid. Ook wordt ingezien dat heel wat toekomstige erfgenamen niet de moed (*gumption*) hebben om te betogen dat hun vader of oom zodanig excentriek is dat hij of zij wilsonbekwaam moet worden geacht. De noodzaak tot een confrontatie kan ook worden gezien als een voordeel van de pre-mortem probate. Immers, door de confrontatie worden kwesties vroegtijdig geadresseerd en komen deze vanuit de onderstroom naar boven om vervolgens ook te kunnen worden geadresseerd.

Daarnaast kan worden voorkómen dat eenvoudige fouten een testament onbedoeld ongeldig maken, waardoor de intentie van de erflater verloren kan gaan.

Ook kan men in een vroeg stadium waarin van mentale onhelderheid nog geen sprake is, zijn nalatenschap organiseren. Dat lijkt niet onbelangrijk in de Verenigde Staten dat inmiddels een brede praktijkdiscipline in estateplanning kent die kwetsbare ouderen moet beschermen (*elderly law*).

Volgens Alzheimer International kennen de VS een populatie van 6,7 miljoen mensen die lijden aan Alzheimer en andere dementia, terwijl deze cijfers sterk stijgend zijn. De stijging is 12% sinds 2020 en het aantal mensen boven de 65 jaar stijgt met de helft tot 88 miljoen mensen in 2050. Sommigen gaan verder en benoemen meer principiële voordelen zoals het feit dat het grote praktische verschil in daadwerkelijke toetsing tussen enerzijds een *inter-vivos probate* en een erfrechtelijke beschikking anderzijds in strijd is met de wil van de eigenaar en de principes van eigendomsrechten.<sup>4</sup> Het komt er in het Amerikaanse systeem vaak op neer dat rechters, advocaten en mediators evalueren wat volgens hun eigen standaarden een eerlijke en normale verdeling zou zijn.

Ten slotte is er natuurlijk het punt van bewijs. In het Amerikaanse systeem heeft de vertegenwoordiger van de erflater de bewijslast dat het testament rechtsgeldig is en zijn de wettelijke erfgenamen die niet bedacht zijn in een testament de natuurlijke uitdagers. Het leveren van bewijs over die rechtsgeldigheid van een testament is uiteraard aanzienlijk lastiger als de erflater (en veelal ook zijn getrouwen, die kunnen getuigen over de geldigheid van het testament) niet meer beschikbaar of capabel zijn (*worst evidence rule*).

Hoewel het processuele systeem in de VS verre van ideaal is, waarborgt het systeem van waarheidsvinding in de VS mijns inziens aanzienlijk beter een genuanceerd beeld over onbekwaamheid, onbetamelijke beïnvloeding of dwaling ten aanzien van de gevolgen van het testament in vergelijking met het technocratische notariële systeem van Nederland waar rechters maar zeer beperkte bewegingsruimte hebben.

Van belang is verder dat het Amerikaanse rechtssysteem voorziet in de noodzaak van zogenoemde *virtual representation* om nog ongebooren kinderen of onbenoemde wettelijke erfgenamen (die bijvoorbeeld in de plaats zullen treden van een vooroverleden wettelijk of benoemde erfgenaam) en een zogenoemde *guardian ad litem*, een door het Court benoemde advocaat, die de belangen van nog onbekende personen met een potentieel ander belang dan de andere vertegenwoordigde personen vertegenwoordigen (bijvoorbeeld in geval van een zwangere vrouw, voor het ongebooren kind). Als er verder geen kinderen zijn, dan is het belang van het nog ongebooren kind anders dan van de moeder en het Court zou daarom een *guardian ad litem* moeten benoemen. Daarmee wordt de rechtskracht van een besluit van de rechter aanzienlijk vergroot, nu zonder een dergelijke vertegenwoordiging er geen sprake is van *res judicata* ten aanzien van mensen die in het latere verloop van het leven van de erflater ten tonele komen door het overlijden en uitdijen van de familie.

Juist in die gevallen waarin een erflater zijn vermogen grotendeels wil nalaten aan anderen dan zijn *natural objects of bounty*, bijvoorbeeld aan zijn *alma mater* of een prestigieuze maatschappelijke instelling, kan een ante-mortem probate het grote voordeel bieden dat er niet na

2 Prof. Howard Fink, 'Ante-Mortem Probate Revisited: can an idea have a life after death?', *Ohio State Law Journal* 1976, p. 264 ff.

3 Prof. G.W. Beyer & A.A. Leopold, 'Ante-mortem probate: A Viable Alternative', *Arkansas Law Review*, 2009, p. 156.

4 Prof. G.W. Beyer & A.A. Leopold, 'Ante-Mortem Probate: A Viable Alternative', *Arkansas Law Review*, 2009, p. 133 ff.

het overlijden nog een ver en onbekend familielid opduikt die weinig te verliezen heeft en een zaak begint over de rechtsgeldigheid van het testament. Ik denk aan de zaak waar een teleurgestelde zus van erflater betoogde dat de testateur permanent dronken was in de tijd dat hij zijn testament maakte waarin hij zijn gehele vermogen aan een *charity* naliet, nadat het Court al had vastgesteld dat zij zelf een vals opgemaakt testament had gefabriceerd van latere datum waarin zij wel bedacht werd.<sup>5</sup> Ook moet het voor erfslaters prettig zijn te weten dat wanneer zij dit ondermaanse verlaten het ondankbare kind of de vervreemde echtgenoot niet meer zal kunnen krijgen dan hetgeen de wet voorschrijft; weliswaar bestaat er geen wettelijk ‘legitieme’ erfdeel in het Amerikaanse recht, niettemin bestaan er wel degelijk onderhoudsverplichtingen voor partners en kinderen.

Het nadeel van een ante-mortem planning is uiteraard dat een deugdelijke procedure ertoe leidt dat alle belanghebbenden op de hoogte worden gesteld en de gelegenheid krijgen zich uit te laten. Dit betekent dat familieleden via de rechtbank worden opgeroepen, wat juist bij delicate familiesituaties als ongewenst kan worden beschouwd. Het bedenken van een niet-erkend kind of een maîtresse is uiteraard niet iets dat geschikt is voor publicatie tijdens leven. Maar dit kan ook al gelden voor specifieke schenkingen aan personen, aan wie men het gevoel heeft iets te moeten rechtzetten. Ook blijkt dat de meeste gevallen waarin gebruik wordt gemaakt van de anti-mortem procedure het zodanige kwetsbare ouderen betreft dat er al een *guardian* bij te pas moet komen vanwege (dreigende) wilsonbekwaamheid. Dat maakt het argument dat ze zelf kunnen getuigen omtrent hun laatste wil minder evident.<sup>6</sup> Verder wordt uiteraard als nadeel naar voren gebracht dat de zo gewenste zekerheid nimmer verkregen kan worden. Niet alleen veranderen omstandigheden gedurende het verdere verloop van het leven van de testateur waardoor wijzigingen wenselijk zijn; ook kan de testateur zelf opnieuw een testament maken en een pre-mortem probate beginnen, of nadien andere maatregelen nemen met betrekking tot de toekomstige nalatenschap zoals schenkingen of het instellen van een trust, waardoor het gevalideerde testament feitelijk wordt gebagatelliseerd. Ook is een pre-mortem besluit altijd nog vatbaar voor aantasting op basis van bedrog, zodat in zoverre ook geen finaal oordeel kan worden verkregen.

Ook wordt gerefereerd aan het feit dat alleen de exclusieve praktijkbeoefenaars positief zijn over pre-mortem probate,<sup>7</sup> wat te maken heeft met de complexiteit en omvang van het vermogen dat zij behandelen. Het is dus een instrument voor de *happy few* waarvan het bij voorbaat duidelijk is dat een pro mortem probate zinvol kan zijn.

Technisch gezien wordt het probleem van *notice* wel als een bijzonder zwaar nadeel gekwalificeerd. Zo behoeft een begunstigde uit een eerder testament niet te worden opgeroepen en deze heeft dan niet de gelegenheid om zich uit te laten in de rechtbank, zo blijkt uit de casus van een kerk die geen toegang kreeg tot de pre-mortem probate onder het recht van Ohio.<sup>8</sup> Zelfs wordt het punt gemaakt dat het eenvoudiger wordt om misbruik van omstandigheden te maken, doordat bijvoorbeeld een testateur niet in persoon behoefde te verschijnen voor de rechtbank in Arkansas maar vervolgens wel de validiteit van het testament wordt bevestigd. Fouten zijn van alle tijden, dus ook van rechters in pre-mortem probate kwesties.<sup>9</sup>

Het meest treffende nadeel vind ik echter het argument dat familieleden de testateur niet willen confronteren en meestal zullen berusten, zelfs als de testateur wel handelt zonder handelingsbekwaamheid of onder invloed van *undue influence*. Indien wel tegenstand wordt gegeven, bestaat uiteraard ook het risico dat men ontferd wordt. Oftewel: ‘*Loved ones are simply not ready to contest the validity of the testator’s will while she is still alive*’, mede omdat een groot aantal factoren onbekend zijn die wel bekend zijn bij een post-mortem probate.

Uiteraard wordt het argument van kosten gebruikt als nadeel, maar dat kan onmiddellijk gerelativeerd worden in vergelijking met de kosten én de misère die gepaard gaan met een post-mortem procedure.

### Modellen

Er zijn in de praktijk verschillende modellen ontwikkeld en juist vanwege het ontbreken van een uniforme visie op de juiste procedure heeft de pre-mortem probate zich nog steeds niet ontwikkeld tot een procedure die in alle staten beschikbaar is.

Kort gezegd zijn er het *contest model*, het *conservatorship model* en het *administrative model*.

Het laatste lijkt erg veel op onze notariële praktijk, er wordt dus geen familie bij betrokken – wat als een voordeel wordt gezien – maar blijft beperkt tot een registratiefunctie zoals bij ons een notarieel testament laat zien. Het blijft bovendien volledig discreet en het testament kan na validatie niet worden ingezien in enige *public records*.

Het eerste model is de dominante versie en past mijns inziens het best in de traditie van probate. Het betekent dat alle personen die volgens het wettelijk erfrecht erfgenamen kunnen zijn worden opgeroepen alsmede de personen die in het testament genoemd of bedoeld zijn. Voor de *unborn* wordt een *guardian ad litem* benoemd. Eenieder kan zijn bezwaren naar voren brengen onder meer ten aanzien van wilsbekwaamheid, misbruik van omstandigheden, dwaling et cetera en uiteindelijk is het aan de rechter om de will te valideren. Eventueel kan de testateur wijzigingen aanbrenge aan de will gedurende de procedure. Als de will gevalideerd is, wordt deze geregistreerd bij de rechtbank. De

5 *Succession of Sturgis*, 2 December 1987.

6 Jacob A. Bradley, *Antemortem probate is a bad idea: why antemortem probate will not work and should not work* (January 27, 2016).

7 Getuige een onderzoek onder Fellow van de American College of Trust and Estate Counsel (ACTEC), zie Bradley, a.w., p. 23.

8 Hayes Mem. *United Methodist Church v. Artz*, a.w. not 169.

9 Bradley, a.w., p. 38 on *Sanford v. Murdoch*.

testateur kan het testament alleen herroepen door de gehele procedure opnieuw te voeren en familieleden dus opnieuw te laten oproepen door de rechtbank. Dit model vindt men in de wetgeving van de meeste staten en het doet volgens hen recht aan het concept van *finality of judgment*. Volgens critici komt dit echter in strijd met het ‘ambulante karakter’ van testamenten, die toch naar hun aard eenvoudig herroepen moeten kunnen worden.

Een ander model, wat minder belastend zou moeten zijn voor families, is het conservatorship model ontwikkeld door prof. Langbein te Chicago. Daarbij wordt een conservator benoemd die de belangen van alle familieleden en *beneficiaries in abstracto* verdedigt voor de rechtbank. Hierbij wordt dus ondervangen dat alle (potentiële) belanghebbenden zelf worden opgeroepen in de procedure. Wel kunnen familieleden en andere belanghebbenden zich voegen bij de conservator en hun bezwaren uiteenzetten, waarmee een confrontatie echter wordt voorkomen. De procedure is relatief informeel en niet controversieel. Bewijs wordt verzameld van getuigen en wordt gepresenteerd aan de rechtbank.

### Recente ontwikkelingen

Er is tot op heden niet op grote schaal gebruikgemaakt van pre-mortem probate procedures, wat ongetwijfeld te maken heeft met de kritische geluiden die zijn geventileerd. Het is voor vele testateurs toch lastig om de transparantie die gepaard gaat met een dergelijke procedure onder ogen te zien. Volgens critici lokt de procedure juist conflicten uit. De meeste staten weigeren nog steeds om een pre-mortem probate te introduceren en houden vast aan het aloude principe dat een making ten aanzien van een toekomstige nalatenschap niet ‘rijp’ is tot het overlijden van de testateur en dat zijn laatste wil niet ‘spreekt’ tot dat moment. Men vindt het ook lastig dat een rechtbank een uitspraak zou moeten doen terwijl deze vervolgens weer kan worden herroepen of gewijzigd, wat strijdig is met het principe van *the finality of the judgment*. Het idee van herroepelijkheid van een testament (en ook een revocable trust) blijft een principieel element van het recht zodat de gehele exercitie ook niet efficiënt kan zijn.

De pre-mortem validatie geniet weinig populariteit in de staten waarin dit uitsluitend wordt toegestaan in de context van ‘bewindvoering’ van kwetsbare ouderen die niet wilsbekwaam zijn, zoals in New York en Californië. Er wordt melding gemaakt van toenemend misbruik van deze procedures door familieleden die zich betuigen op een onaanname wijze terwijl de erflater weliswaar onbekwaam is, maar het proces wel moet meemaken.<sup>10</sup>

Interessant is verder de kritische evaluatie van Paul Hood,<sup>11</sup> die meent dat om de *integrity of the judiciary* te bewaken

het noodzakelijk is dat de indiener van een pre-mortem validatie verplicht dient te worden om vóóraf de geschatte kosten van een gekwalificeerde *family wealth* psycholoog vergezeld van een gekwalificeerde mediator te storten, waarmee gedurende tenminste negentig dagen voorafgaande aan de zaak verplicht familievergaderingen worden belegd en voorwerk wordt gedaan ter voorbereiding van de juridische procedure. Hij bepleit, wellicht zonder dit onder ogen te zien, een mengvorm van het klassieke model en het conservatorship model.

### 3. Conclusie

De discussies na het overlijden van een ouder over diens wilsbekwaamheid of werkelijke wil, de competitie tussen diens nakomelingen en verdere familie en de bijbehorende conflicten over *undue influence* zijn vaak weinig respectvol naar de overledene.

Van de bestaande technieken om hier effectief mee om te gaan, lijkt de ante-mortem probate de meest veelbelovende. Tot op heden is deze mogelijkheid nog slechts mogelijk in een handvol staten en nog niet echt tot wasdom gekomen in de Verenigde Staten. Dat heeft ook te maken met het feit dat het gebruik van schaarse rechterlijke capaciteit voor dit doel lastig is in een model, waarbij men hoe dan ook zijn of haar laatste wil ná de procedure kan herroepen.

In sommige gevallen kan het worden gezien als de Holy Grail om zekerheid en rust te creëren omtrent de validiteit van een testament en andere estateplanningdocumenten. Anderzijds is het op tegenspraak ingerichte proces van een ante-mortem probate geen sinecure en leidt dit tot spanningen op zowel juridisch-dogmatisch als praktisch niveau. Niettemin biedt dit juist het gewenste tegenwicht aan de informele familiale druk van de toekomstige erflater en diens getrouwen zoals door A.L. Verbeke en H. Casman in dit tijdschrift wordt omschreven als een weeffout in de Belgische regeling van erfovereenkomsten.<sup>12</sup>

In feite is het conservator model, mits dit nog wat zou worden opgerekt aan de voorzijde waarbij de conservator in feite als een mediator zou optreden ten behoeve van de familie en vervolgens zijn bevindingen ter validatie voorlegt aan de rechter, de oplossing die de ideale erfovereenkomst het meest nabij komt.

Juist wanneer wij ook de evaluatie van de al bestaande Belgische regeling van een erfovereenkomst in ogenschouw nemen, waarbij de notaris de haar toebedeelde verantwoordelijkheid jegens alle familieleden niet zelden veronachtzaamt ten gunste van diens primaire opdrachtgever, is de Amerikaanse evaluatie bijzonder nuttig. Het zou mijns inziens van grote verstandigheid getuigen om in een Nederlandse regeling een erfovereenkomst te laten valideren door een rechter. Daarmee zou het probleem van de eventuele partijdigheid van de notaris en het daaruit voortvloeiende ongelijke speelveld kunnen worden geneutraliseerd. De rechter zou zich moeten richten op de vraag of de proce-

10 Laura Brancato, ‘The Fight of your life before your death: the anatomy of a pre-mortem will contest’, *New York Law Journal*, 10 September 2023.

11 L. Paul Hood Jr., ‘When Should Pre-Mortem Probate Be Considered?’, *Steve Leimberg’s Estate Planning newsletter #3083* (December 12, 2023).

12 *FTV* 2024/18, p. 20-22.

dure voldoende evenwichtig is geweest met een gelijk speelveld zowel qua informatievoorziening en voorlichting, procedureel als ook materieel om de validiteit van de erfovereenkomst te kunnen uitspreken. De gewichtigheid van deze materie is dermate groot, dat deze niet louter aan een notaris kan worden overgelaten. Eventueel kan het griffierecht voor een dergelijke kwestie worden afgestemd op de omvang van het vermogen, waardoor ook de efficiency

van een dergelijke procedure door de wetgever niet als een bezwaar kan worden gekwalificeerd.

**Over de auteur**

**Mr. dr. I.A. (Ineke) Koele**

International Fellow American College of Trust and Estate Law.

Advocaat, belastingkundige en mediator voor familiebedrijven.