

Erfrechtelijke geschillen

Mr. dr. G.T.J. Hoff

Beroepsaansprakelijkheid van de notaris in erfrechtelijke aangelegenheden

Inhoudsopgave		
1.	Inleiding	1
2.	Beroepsaansprakelijkheid van de notaris in de rechtspraak	2
2.1.	Het vergeten testament	2
2.2.	Redactiefout in een testament: het langstlevende testament zonder niet-opeisbaarheidsclausule	5
2.3.	Redactiefout in een testament: het legaat is ten onrechte herroepen	16
2.4.	Redactiefout in een testament: de wettelijke verdeling is ten onrechte niet meer van toepassing	20
2.5.	Redactiefout in een testament: het onbesproken legaat	23
2.6.	Onuitvoerbaar testament	26
2.7.	De onjuiste verklaring van erfrecht en de verlopen verjaringstermijn	28
2.8.	Geen deugdelijke voorlichting over de gevolgen van verwerping van de nalatenschap	31
2.9.	Onvoldoende onderzoek naar de wilsbekwaamheid van de testateur?	34
3.	De rechtsverhouding met de notaris	36
4.	Grondslag en maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid	38
5.	Stelplicht en bewijslastverdeling	41
6.	Toerekenbaarheid	46
7.	Relativiteit	46
8.	Causaliteit en schade	46
9.	Eigen schuld	50
10.	Verjaring	51
11.	Beroepsaansprakelijkheidsverzekering	54

1. Inleiding

Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Fouten maken is nu eenmaal menselijk en notarissen vormen daarop geen uitzondering. Beroepsaansprakelijkheid van de notaris doet zich meestal voor in de contractuele sfeer, als uitvloeisel van een tussen de notaris en een cliënt gesloten overeenkomst van opdracht. Beroepsaansprakelijkheid kan zich ook voordoen buiten enige contractuele context, indien derden-belanghebbenden schade lijden ten gevolge van een beroepsfout.

In al dit soort situaties – binnen en buiten een contractuele context (waarin uitvoering gegeven wordt aan een opdracht) – kan de beroepsaansprakelijkheid van de notaris in verband worden gebracht met het vertrouwen dat in het maatschappelijk verkeer aan zijn

notariële dienstverlening wordt gehecht. Dit vertrouwen vloeit voort uit zijn professionele deskundigheid en het gegeven dat een notaris een domeinmonopolie heeft. De wet schrijft in bepaalde gevallen het opmaken van een authentieke akte voor om een bepaalde rechtshandeling tot stand te brengen, zoals bij levering van onroerend goed (art. 3:89 BW), uitgifte en levering van aandelen in een B.V. (art. 2:196 BW) en het opmaken van een testament (art. 4:94 BW). Hierdoor is voor het tot stand komen van deze rechtshandelingen de tussenkomst van de notaris verplicht. Notarissen nemen een bijzondere vertrouwenspositie in, omdat zij beschikken - of zij worden in elk geval geacht te beschikken - over beroepsmatige kennis en vaardigheden, die bij hun cliëntèle doorgaans ontbreken.

Aan het bekleden van de genoemde, bijzondere vertrouwenspositie is het rechtsgevolg verbonden dat op de notaris een zorgplicht rust. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient de notaris zich te gedragen met inachtneming van de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Met deze normstelling is aansluiting gezocht bij art. 7:401 BW, dat handelt over de zorg van een goed opdrachtnemer bij de uitvoering van een opdracht. Voordat nader wordt ingegaan op de onderscheiden vereisten om beroepsaansprakelijkheid van de notaris te vestigen (§ 3 e.v.), zoals de maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid (§ 4), toerekenbaarheid (§ 6), causaal verband en schade (§ 8), wordt eerst een overzicht gegeven van enige rechtspraak over de beroepsaansprakelijkheid van de notaris in erfrechtelijke aangelegenheden. Daarmee ontstaat concreet zicht op de notariële kunstfouten waaraan notarissen zich zoal kunnen bezondigen en de consequenties daarvan.

2. Beroepsaansprakelijkheid van de notaris in de rechtspraak

De rechtspraak laat een gevarieerd beeld zien van fouten die notarissen maken. Deels hebben die fouten betrekking op de testamentenpraktijk, deels op het handelen en nalaten van notarissen bij de afwikkeling van nalatenschappen als bijvoorbeeld boedelnotaris of vereffenaar.

2.1. Het vergeten testament

Een stel, dat enige dagen later in het huwelijk zou treden, heeft zich tot de notaris gewend om huwelijkse voorwaarden en testamenten op te stellen. Beide partijen waren al eerder gehuwd geweest, maar alleen de vrouw had kinderen uit een eerder huwelijk. De notaris raadde de vrouw aan om een testament op te maken, inhoudende een ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 BW (oud)). De man adviseerde hij daarentegen om af te zien van een testament. Omdat de man geen kinderen had, zou zijn nalatenschap volgens het versterferrecht vererven naar de vrouw (thans volgens art. 4:10 lid 1 onder a BW).

Na het overlijden van de man bleek evenwel dat hij zeven jaren voorafgaand aan zijn tweede huwelijk een testament had opgemaakt, waarin hij zijn toenmalige eerste vrouw tot erfgenaam had benoemd. Deze maakte vervolgens met succes aanspraak op de gehele nalatenschap van de man en in een gerechtelijke procedure tussen de eerste en de tweede

echtgenote van de erflater werd voor recht verklaard dat zij inderdaad de enige erfgename van de man was.¹

De tweede echtgenote stelde vervolgens de notaris aansprakelijk op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad, omdat hij aan de man een onjuist advies – namelijk om geen testament te maken – zou hebben gegeven. In het geding stond centraal of de notaris aan de man had gevraagd of hij reeds eerder een testament had gemaakt. De vrouw was van oordeel dat dit niet het geval was. De notaris hield echter vast aan het standpunt dat hij dat wel had gedaan, en dat de man die vraag ontkennend had beantwoord.

Het hof was met de rechtbank van oordeel dat de vrouw haar stelling dat de notaris had nagelaten te vragen naar een eerder testament volgens de hoofdregel van art. 150 Rv diende te bewijzen.² Tegelijkertijd werd aan de notaris ‘als deskundig persoon’ de verplichting opgelegd om informatie waarover hij beter kon beschikken dan de wederpartij aan haar ter beschikking te stellen. Na ontvangst van die informatie legde de vrouw een fotokopie over van een vel papier waarop de notaris destijds aantekeningen had gemaakt van de wijze waarop het gesprek met de man en de vrouw was gevoerd en over de onderwerpen die aan de orde waren geweest. Er stond echter niet met zoveel woorden in dat de notaris navraag had gedaan naar eerdere testaments. Het hof kwam tot de conclusie dat de notaris, door in dit geval zijn eigen aantekeningen ter beschikking van de vrouw te stellen, in voldoende mate aan bedoelde verplichting – een zogeheten processuele informatieplicht – had voldaan. Daarbij merkte het hof nog op dat de vraag of de notaris destijds al dan niet naar het testament had gevraagd van puur feitelijke aard was; van een situatie waarin van de notaris als deskundige nog meer informatie mocht worden verlangd, was geen sprake.

Blijkens het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2244, NJ 1999/286 was het uitgangspunt van het hof dat de bewijslast ter zake in beginsel op de vrouw rustte, juist. Hetzelfde gold voor het oordeel dat de notaris een informatieplicht had, in die zin dat van hem kon worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens zou verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de vrouw teneinde haar aanknopingspunten te verschaffen over eventuele bewijslevering. Deze plicht wordt ook wel de *verzwaarde stel- of motiveringsplicht* genoemd (§ 5). Dat leidt ertoe dat de gedaagde belast wordt met een verzwaarde motivering van zijn betwisting van de stelling van de eisende partij.³

¹ Vgl. de bekende ex-echtgenotenproblematiek van HR 31 januari 1997, NJ 1998/327. Art. 4:52 BW heeft hieraan een einde gemaakt. Een beschikking die in een testament is gemaakt ten gunste van de echtgenoot, vervalt van rechtswege indien ten tijde van het overlijden van de erflater het huwelijk is ontbonden door echtscheiding dan wel sprake is van scheiding van tafel en bed. Dit geldt evenwel niet als uit het testament het tegendeel is af te leiden, en het dus de bedoeling is dat de ex-echtgenoot, ondanks de ontbinding van het huwelijk dan wel de scheiding van tafel en bed, toch erft.

² Die hoofdregel luidt volgens art. 150 Rv dat degene die moet stellen, ook moet bewijzen. De stelplicht rust bij degene die zich op een rechtsgevolg beroept, in dit geval de schadeplichtigheid van de notaris.

³ De verzwaarde stel- en motiveringsplicht van de gedaagde is gebaseerd op art. 22 lid 1 Rv. De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.

De echtgenote probeerde in cassatie op twee manieren haar processuele positie te verbeteren, in die zin dat de bewijslast door de rechter zou worden verlicht. Zij stelde ten eerste - onder verwijzing naar de processuele verplichting van de notaris informatie te verschaffen - dat het hof op grond van de eisen van de redelijkheid en billijkheid van de hoofdregel dat de bewijslast van de gemaakte beroepsfout in beginsel op haar rustte zou moeten afwijken (*omkering van de bewijslast*).⁴ In de tweede plaats zou het hof op basis van de overgelegde aantekeningen de door de echtgenote betrokken stellingen over de beroepsfout van de notaris voorshands bewezen hebben moeten oordelen, met de mogelijkheid van tegenbewijs voor de notaris (de zogeheten *voorshandsconstructie*).

Van een omkering van de bewijslast op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid kan geen sprake zijn volgens de Hoge Raad. De notaris heeft de van het gesprek gemaakte gespreksnotitie aan de echtgenote ter beschikking gesteld en in het geding gebracht. Van de notaris kon geen verdere informatie dan gemelde (schriftelijke) aantekeningen worden verlangd. Hij heeft zijn ontkenning voldoende gemotiveerd. Dat het hof belang had gehecht aan het karakter van het ter beschikking gestelde stuk - *"inhoudende aantekeningen die "blijkbaar slechts dienden als geheugensteun voor de notaris zelf"* - gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad overweegt:

"Het Hof heeft voorts in aanmerking genomen dat de vraag of de notaris destijds al dan niet aan [de man] heeft gevraagd of hij eerder reeds een testament had opgemaakt, van puur feitelijke aard is en dat van een situatie waarin van de notaris als deskundige nog meer informatie mag worden verlangd in deze geen sprake is.

Hiermee heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat het gaat om een vraag ten aanzien waarvan vanuit de specifieke deskundigheid van de notaris niet méér informatie kan worden gegeven dan de notaris heeft verschaft, Ook dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk."

Ook de klachten dat het hof de stellingen van de echtgenote voorshands bewezen had moeten achten, falen.

"Bij zijn oordeel op dit punt heeft het Hof in aanmerking genomen dat de in die notitie vervatte aantekeningen weliswaar op zich geen duidelijk aanknopingspunt bieden voor een antwoord op de vraag of de notaris nu wel of niet [de man] de vraag omtrent een mogelijk eerder testament heeft gesteld, maar dat uit deze aantekeningen wel kan worden afgeleid dat tijdens het gesprek over erfrechtelijke aspecten is gesproken. Aldus heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat de aantekeningen naar zijn oordeel voldoende in lijn zijn met de stelling van de notaris dat hij de bedoelde vraag wel degelijk heeft gesteld, om geen aanleiding te geven om voorshands uit te gaan van de onjuistheid van die stelling.

Ook deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn ook niet onbegrijpelijk en behoeften geen nadere motivering. In het bijzonder is in haar algemeenheid niet juist de (...) opvatting dat van de notaris verlangd mocht worden dat hij met zoveel woorden in de notitie zou hebben aangetekend dat hij de bedoelde vraag had gesteld, en dat, nu dit laatste niet met zoveel woorden uit de notitie blijkt, voorshands - behoudens door de notaris te leveren tegenbewijs - ervan moet worden uitgegaan dat de vraag niet is gesteld."

⁴ Zie daarvoor het slot van art. 150 Rv (*"tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit"*).

Het cassatieberoep werd daarop verworpen.

De zaak is met name vanwege de in rechte aangenomen processuele informatieplicht van de notaris interessant (zie verder § 5). Hoewel de echtgenote moest bewijzen dat de notaris een beroepsfout had gemaakt door niet of niet voldoende te vragen naar een eerder gemaakt testament toen hij de man adviseerde om geen testament te maken, dient de notaris de echtgenote daarin tegemoet te komen. De notaris dient voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van zijn betwisting van de stelling van de benadeelde echtgenote, teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Het is daarom van belang dat de notaris van adviesgesprekken aantekeningen maakt en die bewaart. In voorkomend geval zal de notaris ook het gegeven advies per brief of per e-mail kunnen bevestigen.

Bij deze zaak plaats ik nog twee kanttekeningen. *Ten eerste*: gewoonlijk dient een notaris allerlei controles uit te voeren en inzage te nemen in registers om zich ervan te verzekeren dat een door hem te passeren akte daadwerkelijk het beoogde rechtsgevolg sorteert. Mij is niet duidelijk waarom de notaris in het Centraal Testamentenregister niet heeft kunnen controleren of de man daadwerkelijk niet eerder een testament had opgemaakt. Door notarissen zou toch inzage genomen moeten kunnen worden in het register om dat na te gaan, ook als de betrokkene nog niet is overleden? In de *tweede plaats* luidt het devies: *better safe than sorry*. De notaris had de man, die kennelijk voor de vererving van zijn nalatenschap aansluiting wenste te zoeken bij het versterferrecht, kunnen adviseren om zo nodig eenregelig eerder gemaakte testamente te herroepen. Op deze wijze worden ex-echtgenoten buiten de deur gehouden. Met art. 4:52 BW wordt dit doel thans bereikt.

2.2. Redactiefout in een testament: het langstlevende testament zonder niet-opeisbaarheidsclausule

Erflater heeft in 2003 zijn kinderen uit zijn eerste huwelijk onterfd. Zijn tweede echtgenote heeft hij tot zijn enige erfgenaam benoemd. Na erflaters overlijden stelt zijn weduwe dat de notaris - in dit geval de kandidaat-notaris die als waarnemer optrad (hierna aangeduid als de notaris) - een beroepsfout heeft gemaakt, doordat de opeisbaarheid van de geldvorderingen van de onterfde kinderen uit hoofde van de legitieme porties niet is uitgesteld in het testament (art. 4:82 BW). De kinderen hebben hun legitieme porties bij de weduwe onmiddellijk na zes maanden opgeëist (art. 4:81 lid 1 BW), ten gevolge waarvan de weduwe stelt schade te hebben geleden.

Uit de rechterlijke uitspraken blijkt dat de voorbereidende werkzaamheden voor het testament, zoals het voeren van een bespreking met erflater en het opstellen van concepten, zijn uitgevoerd door een notarieel medewerker die op het kantoor van de notaris werkzaam was. Uit de aantekeningen van deze notarieel medewerker blijkt onder meer dat de erflater stelde een slechte relatie te hebben met de beide kinderen uit zijn eerste huwelijk en dat hij hen (en ook hun nakomelingen) wil uitsluiten als erfgenamen. Opgetekend wordt door de notarieel medewerker: *"Hij wil graag eerst testament op de langstlevende"*. Later meldt de man in een e-mail: *"Uiteraard blijft voor ons beiden het langstlevendentestament het uitgangspunt"*.

De rechtbank Rotterdam heeft de weduwe bij vonnis van 17 april 2013 op vordering van het ene onterfde kind veroordeeld tot betaling van € 51.959,34 en op vordering van

het andere onterfde kind tot betaling van € 50.959,34. De weduwe had de notaris in vrijwaring opgeroepen. In het vrijwaringsgeding heeft de weduwe - samengevat - gevorderd dat de notaris zal worden veroordeeld om aan haar te betalen al hetgeen waartoe zij in de hoofdzaak jegens de kinderen veroordeeld mocht worden en voorts tot het betalen van schadevergoeding. Zij legt daaraan ten grondslag dat als gevolg van nalatigheid van de notarieel medewerker en de notaris niet de clause van art. 4:82 BW in het testament van haar man is opgenomen. Indien die clause wel was opgenomen, zouden de geldvorderingen van de kinderen uit hoofde van de legitieme porties eerst opeisbaar zijn geweest na het overlijden van de weduwe.

Vermeldenswaard is hier dat de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam bij beslissing van 23 juli 2013 een tegen de notaris ingediende tuchtklacht gegrond heeft verklaard en aan haar de maatregel van een waarschuwing heeft opgelegd ([ECLI:NL:GHAMS:2013:2284](#)). De notariskamer overwoog onder meer:

“Naar het oordeel van het hof had het dan ook op de weg van [de notaris] gelegen om bij het passeren van het testament van erflater de bepaling zoals bedoeld in artikel 4:82 BW aan erflater voor te leggen. Het niet opnemen van die bepaling impliceert immers de keuze om de kinderen te laten voorgaan boven klaagster. [de notaris] diende zich derhalve ervan te vergewissen of erflater zich realiseerde - en ook wenste - dat indien het testament zoals dat op 6 maart 2003 voorlag, gepasseerd zou worden, zijn kinderen hun legitimaire rechten tijdens leven van klaagster konden opeisen. Nu niet is gebleken dat [de notaris] erflater bij het passeren van zijn testament (volledig) op de juridische gevolgen van dat testament heeft gewezen, kan haar daarvan in dezen een tuchtrechtelijk verwijt worden gemaakt. Dit betekent dat dit klachtonderdeel gegrond zal worden verklaard. Het hof acht het opleggen van de maatregel van waarschuwing in deze passend en geboden.”

Volgens de tuchtrechter had het op de weg van de notaris gelegen om bij het passeren van het testament de niet-opeisbaarheidsclause van art. 4:82 BW aan erflater voor te leggen. Het tuchtrechtelijke verwijt kan in dit geval aan de notaris worden gemaakt, omdat “niet is gebleken” dat de notaris aan de in art. 43 lid 1 Wna opgenomen voorlichtingsplicht heeft voldaan. In deze bepaling is vastgelegd dat de notaris bij het verlijden van een akte niet alleen de zakelijke inhoud daarvan mededeelt en toelicht, maar zo nodig ook wijst op de gevolgen die voor partijen of een of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien.

De aansprakelijkheidsprocedure kende een wisselend verloop. De rechtbank Rotterdam heeft in een tussenvonnissen in de vrijwaringszaak overwogen dat de notaris en de notarieel medewerker bij het opstellen en het passeren van het testament niet de zorgvuldigheid hebben betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mocht worden verwacht en dat de notaris daarmee jegens de weduwe toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende verbintenissen en aansprakelijk is voor de door de weduwe dientengevolge geleden schade. De rechtbank heeft vervolgens bij eindvonnissen in de vrijwaringszaak de vorderingen van de weduwe ten dele toegewezen.

Het gerechtshof Den Haag heeft het incidenteel beroep van de notaris (geïntimeerde in het principaal appel) tegen het vonnis van de rechtbank gegrond geacht en de vorderingen van de weduwe (appellante in het principaal appel) alsnog afgewezen. De weduwe werd veroordeeld een bedrag van € 57.033,33 terug te betalen ([ECLI:NL:GHDHA:2014:4290](#)). Het hof overwoog daartoe onder meer:

“Zowel onder het oude als het nieuwe erfrecht hadden de kinderen van erflater recht op hun legitieme portie. Dit is naar huidig recht een schuld die als schuld van de nalatenschap ten laste van appellante als enige erfgename komt. Door het opeisen van de legitieme heeft appellante geen schade geleden. Door het betalen van een schuld treedt er geen verarming op.

Als rechtsopvolgster onder algemene titel is appellante in de rechten en verplichtingen getreden van erflater. Op appellante rust in die hoedanigheid in beginsel de stelplicht en bewijslast om te bewijzen dat geïntimeerde toerekenbaar te kort is geschoten in haar dienstverlening. Op grond van de stukken is niet komen vast te staan dat erflater de niet-opeisbaarheidsclausule van artikel 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen. Het is derhalve een veronderstelling van appellante dat hij die clausule zou hebben willen opnemen in zijn testament. De door geïntimeerde gesuggereerde mogelijkheid dat hij die clausule mogelijk niet in zijn testament had willen opnemen zou ook kunnen. Nu dat alles echter niet kan worden vastgesteld, kan ook niet worden geconcludeerd dat geïntimeerde (dan wel haar medewerkers) toerekenbaar te kort zijn geschoten jegens erflater dan wel onrechtmatig jegens erflater hebben gehandeld. Naar het oordeel van het hof heeft geïntimeerde bovendien meer dan voldoende inzicht gegeven in de door haar en haar medewerkers verleende dienstverlening. Niet weersproken is dat appellante inzage heeft gehad in het dossier van erflater. De aantekeningen van [de notarieel medewerker] zijn in het geding gebracht. Geïntimeerde heeft in haar incidentele appel duidelijk aan de orde gesteld dat zij niet in haar dienstverlening is te kort geschoten en dat appellante na het overlijden van erflater verzorgd is achter gebleven. Appellante heeft niet onderbouwd op basis van financiële gegevens dat zij door het testament zonder opeisbaarheidsclausule niet goed verzorgd is achter gebleven. Uit de financiële gegevens die wel zijn verstrekt volgt dat appellante ook over een zeer aanzienlijk vermogen beschikte na betaling van de legitieme porties.”

Eenzijds oordeelt het hof dat de weduwe door het opeisen van de legitieme geen schade zou hebben geleden. Daarbij heeft het hof zich kennelijk laten leiden door de gedachte dat de kinderen op enig moment zonder meer recht hadden op voldoening van de legitieme en wie zijn schulden voldoet, verarmt niet (maar raakt natuurlijk wel zijn centen kwijt). Anderzijds oordeelt het hof dat op grond van de stukken niet is komen vast te staan dat erflater de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen. Dat zou niet meer dan een veronderstelling van de weduwe zijn geweest. Het zou ook kunnen dat de erflater die clausule mogelijk niet in zijn testament had willen opnemen, aldus het hof.

De weduwe heeft beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof Den Haag. De Hoge Raad heeft het voor de weduwe teleurstellende arrest van het hof vernietigd. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 19 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:288](#), NJ 2016/295, onder meer:

“Een notaris dient als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan deze zorgvuldigheidsplicht meebrengen dat de notaris bij het verlijden van een akte niet slechts de zakelijke inhoud daarvan meedeelt en

toelicht, maar ook wijst op de gevolgen die uit die inhoud voortvloeien (zie bijv. HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586, NJ 1989/766 en art. 43 lid 1, derde volzin, Wet op het notarisambt).

Op degene die stelt dat de notaris als beroepsbeoefenaar in de nakoming van zijn hiervoor (...) genoemde zorgvuldigheidsplicht is tekortgeschoten, rust de stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden die dit oordeel kunnen dragen. Van de notaris kan evenwel worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de desbetreffende stellingen, teneinde degene die hem aanspreekt aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen (HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2244, NJ 1999/286). Voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met de betrokkene heeft besproken, kan dat ertoe leiden dat hij niet aan de zojuist genoemde motiveringsplicht kan voldoen, hetgeen dan voor zijn risico komt.

Uit de hiervoor (...) aangehaalde aantekeningen van het gesprek tussen erflater en [de notarieel medewerker] blijkt dat erflater aan deze heeft medegedeeld dat de verhouding met zijn kinderen uit zijn eerste huwelijk slecht was, dat hij hen wilde uitsluiten als erfgenaam en dat hij een testament wilde "op de langstlevende". Daarvan uitgaande zouden [kinderen] slechts aanspraak kunnen maken op de legitieme portie.

Art. 4:82 BW, dat deel uitmaakt van het op 1 januari 2003 ingevoerde erfrecht, bepaalt dat een erflater aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot de voorwaarde kan verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, eerst opeisbaar is na diens overlijden. Een dergelijke bepaling kende het voordien geldende recht niet. In het onderhavige geval zou opnemning van deze voorwaarde in het testament van erflater ertoe hebben geleid dat de vorderingen van [kinderen] uit hoofde van hun legitieme portie pas opeisbaar zouden worden na het overlijden van [de weduwe].

[de weduwe] heeft onder meer aan haar vordering ten grondslag gelegd dat [de waarnemer] en de notaris toerekenbaar zijn tekort geschoten of onrechtmatig hebben gehandeld door erflater niet op voormelde mogelijkheid te wijzen en evenmin te waarschuwen voor de gevolgen van het niet benutten daarvan (...). In het licht van de hiervoor (...) vermelde uitgangspunten en omstandigheden, vormt de overweging van het hof dat niet is komen vast te staan dat erflater de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen, een onvoldoende begrijpelijke weerlegging van die stelling. Indien erflater niet op de mogelijkheid van die clausule (en de gevolgen van het achterwege laten ervan) is geweest, heeft hij zich over de wenselijkheid daarvan immers geen mening kunnen vormen. De hierop gerichte klachten (...) zijn dan ook gegrond.

Voor zover het hof met zijn oordeel dat de notaris (bovendien) meer dan voldoende inzicht heeft gegeven in de door haar en haar medewerkers verleende dienstverlening, mocht hebben bedoeld dat de notaris haar betwisting van de hiervoor (...) weergegeven stelling van [de weduwe] voldoende heeft gemotiveerd, en het hof de stelling op die grond heeft verworpen, is dat evenzeer onbegrijpelijk. Het hof heeft immers geen omstandigheden vastgesteld waaruit kan volgen dat de notaris en haar medewerkers voorlichting over de mogelijkheid van een clausule als bedoeld in art. 4:82 BW hebben gegeven, dan wel deze voorlichting achterwege konden laten. Daarbij is van belang dat het ontbreken van schriftelijke vastlegging van hetgeen met erflater is besproken - waaronder ook valt de onvolledigheid van vastlegging - voor risico van de notaris dient te blijven (...). Ook onderdeel (...) slaagt dus.

Bij dit citaat plaats ik de volgende kanttekeningen.

Maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid

De Hoge Raad geeft als norm dat de notaris de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot - ook wel de maatman genoemd - mag worden verwacht (zie verder § 4). Die zorgvuldigheidsplicht wordt aan de hand van de omstandigheden van het geval verder ingekleurd. In art. 43 lid 1 Wna is gecodificeerd dat de notaris bij het verlijden van een akte niet alleen de zakelijke inhoud daarvan meedeelt en toelicht, maar zo nodig ook wijst op de gevolgen die voor partijen of een of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien. Schending van deze voorlichtingsplicht - ook wel de *Belehrungspflicht* genoemd - kan leiden tot beroepsaansprakelijkheid van de notaris.

Stelplicht en bewijslastverdeling

De stelplicht en bewijslast op dit punt rusten volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op de benadeelde (zie verder § 5). Het zal voor de benadeelde evenwel niet altijd goed mogelijk zijn om aan te tonen dat de notaris bepaalde voorlichting *niet* heeft gegeven. Het is daarom voor de benadeelde een welkome tegemoetkoming dat de notaris - zo blijkt onder meer uit dit arrest - in dit verband een verzwaarde motiveringsplicht heeft. Die plicht houdt in dat de notaris ter betwisting van zijn beroepsaansprakelijkheid voldoende feitelijke gegevens moet verstrekken, teneinde de benadeelde aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Uit deze processuele informatieplicht van de notaris vloeit voort dat de notaris het bewijsrisico draagt van onvoldoende dossiervorming. Bij gebreke van een adequate vastlegging in het dossier van de wijze waarop de notaris aan de voorlichtingsplicht heeft voldaan, komen de stellingen van de benadeelde over de door de notaris gemaakte beroepsfout(en) als niet of onvoldoende betwist door de notaris vast te staan. Gedegen dossiervorming door de notaris is dus niet een hinderlijke administratieve last, maar een probaat beschermingsmiddel tegen beroepsaansprakelijkheid van de notaris.

Tegen deze achtergrond is goed te begrijpen dat de Hoge Raad 's hofs overweging dat niet is komen vast te staan dat erflater de clause van art. 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen, onbegrijpelijk acht. Immers, als erflater niet op de mogelijkheid van die clause is geweest (en op de gevolgen van het achterwege laten daarvan) heeft de erflater zich over de wenselijkheid daarvan überhaupt geen mening kunnen vormen. Het hof kon hierover niet oordelen vanwege de onvolledigheid van de schriftelijke vastlegging door de notaris en dat komt voor haar bewijsrisico.

De Hoge Raad verwierp ook het oordeel van het hof dat de weduwe geen schade zou hebben geleden door het ontbreken van de clause van art. 4:82 BW. Dat oordeel miskent namelijk dat de weduwe in geval van niet-opeisbaarheid van de legitieme portie "*bij leven de gehele nalatenschap kan verteren*". De niet-opeisbaarheid van deze legitimaire aanspraken (of aanspraken uit andere hoofde) is nu eenmaal het hart van een verzorgingstestament.

Het afwijzende arrest van het Haagse hof is daarmee van tafel. Maar was de notaris nu werkelijk fout en zo ja, wat is de rekening daarvan? De Hoge Raad verwijst de zaak naar het gerechtshof Amsterdam dat, met inachtneming van de beslissing van de Hoge Raad, voor zover nog aan de orde dient te beslissen op het hoger beroep (art. 424 Rv).

Uit het nadien gewezen verwijzingsarrest van het gerechtshof Amsterdam van 19 december 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:5292](#), zijn diverse leerzame lessen te trekken. De weduwe vordert daarin:

- een verklaring voor recht dat de notaris een beroepsfout heeft gemaakt en aansprakelijk is voor de door de weduwe als gevolg daarvan geleden schade; en
- de notaris - uitvoerbaar bij voorraad - te veroordelen te betalen aan de weduwe in totaal € 576.818,35, met rente en veroordeling van de notaris in de proceskosten.

Het staat er echt. Volgens de weduwe (of haar advocaat) zou voortijdige voldoening van de schulden uit hoofde van de legitieme porties van in totaal ca. € 100.000 geleid hebben tot een aanmerkelijk hogere schade. Als dat (bij benadering) waar is, dan zou dat voor de eisende partij een lucratief verdienmodel zijn en voor de gedaagde partij een hard gelag. Of is hier sprake van een raar opgeklopt verhaal van de weduwe en haar advocaat?

Beroepsfout?

Het Amsterdamse hof zal na de verwijzing door de Hoge Raad eerst moeten vaststellen of de notaris een beroepsfout heeft gemaakt. De Hoge Raad heeft immers slechts in abstracto daarvoor het toetsingskader aangegeven. Het hof overweegt:

“Uit het hiervoor weergegeven oordeel van de Hoge Raad volgt dat van de notaris kan worden verlangd dat zij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van haar betwisting van de stelling van [de weduwe], teneinde [de weduwe] aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen en dat voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen in het kader van de voorlichtingsplicht met erflater is besproken, dat voor haar risico komt. De notaris heeft ook na verwijzing bedoelde nadere feitelijke gegevens niet kunnen verschaffen. Dit betekent dat de notaris de stelling van [de weduwe] onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, en als vaststaand moet worden aangenomen dat [de waarnemer] ten onrechte heeft nagelaten erflater te wijzen op de mogelijkheid om in het testament de clause van art. 4:82 BW op te nemen en de notaris derhalve aansprakelijk is voor de diensgevolge door [de weduwe] geleden schade. Daaraan doet niet af dat de rechtbank in rov. 5.12, in hoger beroep onbestreden, heeft overwogen dat [de notarieel medewerker] erflater heeft voorgelicht over de mogelijkheid de opeisbaarheid te beperken. Uit de aantekeningen van [de notarieel medewerker] blijkt immers niet of daarbij ook is gewezen op art. 4:82 BW noch of erflater al dan niet van die mogelijkheid gebruik wenste te maken. Het had dan ook op de weg van [de waarnemer] gelegen om erflater bij het passeren van het testament alsnog op art. 4:82 BW te wijzen en te vragen of hij van die mogelijkheid gebruik wenste te maken.”

Uit deze overweging blijkt dat minutieus en met accuratesse aantekening moet worden gehouden van het met de erflater gevoerde gesprek, wat daarbij aan de orde is gekomen

en wat de reactie van de erflater is geweest op de aan hem voorgelegde keuzemogelijkheden.

Causaal verband?

De vervolgvraag is dan of erflater, indien hij geweest was op de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW er voor gekozen zou hebben om de clausule in het testament te doen opnemen. Dat is de vraag naar het causaal verband (zie verder § 8). Uitgangspunt is immers dat de beroepsbeoefenaar die een fout begaat, jegens de benadeelde slechts gehouden is tot vergoeding van de schade die door deze normschending is veroorzaakt. Het hof overweegt:

“Het hof is dienaangaande van oordeel dat op grond van de omstandigheid dat erflater zich tot de notaris heeft gewend met het uitdrukkelijk oogmerk om bij testament [kinderen] en hun nakomelingen te onterven en [de weduwe] als langstlevende te begunstigen, met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat erflater, indien hij op de mogelijkheid was geweest om met het opnemen van de clausule van art. 4:82 BW de opeisbaarheid van de aan [kinderen] toekomende legitieme porties ten gunste van [de weduwe] uit te stellen, dit ook zou hebben gedaan. Daarmee is het causaal verband tussen de aan de notaris te verwijten fout en de door [de weduwe] geleden schade als gevolg van het door [kinderen] met succes opeisen van hun legitieme porties, in beginsel gegeven. Dat, zoals de notaris nog heeft betoogd, de relatie tussen erflater en [kinderen] in latere jaren is verbeterd en dat er wellicht toe zou hebben geleid dat erflater de clausule van art. 4:82 BW weer uit het testament zou hebben laten verwijderen, kan als onvoldoende concreet onderbouwd en mede daarom in hoge mate speculatief niet worden gevolgd. (...)”

Hieruit blijkt dat voor het aannemen van causaal verband tussen de normschending door de notaris en de door de weduwe geleden schade volledige zekerheid daarover - voor zover dat überhaupt al mogelijk is - niet wordt vereist. Voldoende is dat de rechter oordeelt dat het causaal verband met een *“redelijke mate van waarschijnlijkheid”* is komen vast te staan. De eisen die in dit verband door de rechter plegen te worden gesteld, kunnen verschillen al naar gelang de aard en de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de lat hoger of lager gelegd worden. In dit geval oordeelt het hof dat het causaal verband *“met voldoende zekerheid kan worden aangenomen”*. Dat lijkt mij reëel gelet op de duidelijke verklaringen van de erflater over de door hem gewenste testamentsvorm.

Teneinde de mogelijk ongelimiteerde aansprakelijkheid enigszins in te perken, dient de schade vervolgens naar redelijkheid aan de notaris toegerekend te worden op grond van art. 6:98 BW. Het normatieve criterium van de ‘toerekening naar redelijkheid’ wordt gebruikt om vast te stellen of tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust - de beroepsfout - en het ontstaan van de schade juridisch causaal verband bestaat en, indien dit het geval is, om te beoordelen welke schadeposten geheel of ten dele voor vergoeding in aanmerking komen.

Welke schadeposten zijn toewijsbaar?

De weduwe vordert - na vermeerdering van eis - in totaal € 576.818,35 aan schade, bestaande uit zeven schadeposten. Met engelengeduld loopt het hof de posten één voor één af.

De eerste post ziet op het bedrag dat de weduwe op grond van de veroordeling in de hoofdzaak ter zake van de legitieme porties (€ 102.918,68), vermeerderd met rente (€ 6.290,42) en proceskosten (€ 4.336,42) op 6 mei 2013 aan de kinderen heeft betaald. De weduwe voert daartoe aan dat de kinderen zonder de fout van de notaris geen aanspraak op hun legitieme porties hadden kunnen maken, zodat de schade bestaat uit het bedrag dat zij uit dien hoofde aan de kinderen heeft moeten betalen. De notaris stelt daar tegenover dat ook indien de clausule van art. 4:82 BW in het testament was opgenomen de kinderen recht hadden op hun legitieme porties en dat dit, hoewel bij leven niet opeisbaar, als schuld van de nalatenschap ten laste van de weduwe als enige erfgename komt. Door het opeisen en vervolgens aan de kinderen betalen van de legitieme porties heeft de weduwe geen schade geleden, nu daarmee ook bedoelde schuld is gedelgd en de weduwe aldus niet is verarmd, aldus de notaris.

Het hof oordeelt dat de notaris het bedrag aan uitgekeerde legitieme porties moet vergoeden. Daartoe vergelijkt het hof de bestaande vermogenspositie van de weduwe (de IST-situatie (zijn)) met haar hypothetische vermogenspositie als de beroepsfout van de notaris niet was gemaakt (de SOLL-situatie (behoren)):

“Voor de vaststelling van de door [de weduwe] geleden schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de bestaande vermogenspositie van [de weduwe] en haar hypothetische vermogenspositie indien de fout van de notaris achterwege was gebleven. In het laatstgenoemd geval was de clausule van art. 4:82 BW in het testament van erflater opgenomen en hadden [de kinderen], zolang [de weduwe] in leven was, niet met succes aanspraak kunnen maken op betaling van hun legitieme porties. [de weduwe] had dan de vrije beschikking gehouden over de gehele nalatenschap inclusief het bedrag van die legitieme porties, waarbij het haar, anders dan nu het geval is, vrij had gestaan om de gehele nalatenschap te verteren. De door [de weduwe] geleden schade bestaat er dan in dat zij als gevolg van de fout van de notaris niet meer de mogelijkheid heeft het bedrag van de legitieme porties naar eigen goeddunken op te maken. De notaris dient [de weduwe] alsnog in de situatie te brengen waarin zij zonder de fout van de notaris zou zijn geweest.”

Het verweer van de notaris dat de weduwe niet verarmd is doordat zij schulden van de nalatenschap heeft voldaan, wordt - in navolging van het oordeel van de Hoge Raad - verworpen. Volgens het hof moet de notaris over de legitieme porties ook de wettelijke rente vergoeden aan de weduwe.

Juist is dat de weduwe de gehele nalatenschap had kunnen verteren. Niet juist is de niet-geëxpliciteerde veronderstelling van het hof dat de kinderen na het overlijden van de weduwe geen verhaal meer zouden kunnen nemen voor (een deel van) hun legitieme porties. Het voert te ver daar nu *en détail* op in te gaan, maar art. 4:87 lid 5 BW - onderdeel van de wettelijke regeling van de legitieme - is er ook nog! Aan de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW blijkt namelijk een ‘prijkaartje’ te hangen: aansprakelijkheid van de weduwe met haar gehele vermogen, ook als de weduwe de

nalatenschap beneficiair aanvaard had. Het is dus oppassen geblazen voor de erfgenamen van de weduwe. Bezien vanuit het perspectief van de kinderen geldt dat er nog steeds kansen op verhaal zijn, ofwel als de nalatenschap van de weduwe niet nihil blijkt te zijn, ofwel als een of meer erfgenamen van de weduwe haar nalatenschap zuiver hebben aanvaard.

De tweede post ter grootte van € 14.464,37 betreft diverse nota's aangaande door de weduwe aangedragen kosten ter zake van de vaststelling van de omvang van de nalatenschap en fiscaal advies alsmede de over de legitieme porties van de kinderen verschuldigde erfbelasting. Het hof wijst deze schadepost af, omdat deze kosten ook gemaakt hadden moeten worden zonder de fout van de notaris.

De derde post betreft gederfd rendement dat de weduwe, naar zij stelt, had kunnen maken op de aan de kinderen ter zake van de legitieme porties betaalde bedragen (de eerste post). Het handelt volgens de weduwe om een bedrag van € 90.094,20. Ik voeg er dan gekscherend aan toe: als de weduwe de uitbetaalde bedragen had belegd in cryptomunten dan wel in een *tracker* op de AEX of een andere aandelenindex, dan had ze misschien nog wel veel meer rendement kunnen behalen. Deze schadepost miskent dat de wettelijke rente (die deel uitmaakt van de eerste post) een gefixeerde schadevergoeding is voor de vertraging in de betaling van een geldsom (art. 6:119 BW). Er is dan ook volgens het hof geen grond voor verdere schadevergoeding in de vorm van een over diezelfde bedragen gederfd fictief rendement. Men zegt wel dat het wettelijk fixum schadevergoeding 'zonder gedoe' is: enerzijds behoeft de schuldeiser zijn schade wegens vertraging in de voldoening van een geldsom niet te bewijzen, maar hij kan anderzijds ook geen hogere vergoeding vorderen indien zijn schade meer dan het wettelijk fixum zou belopen.

De vierde post betreft een (wel erg hoog) bedrag van € 185.380,40 ter zake van de kosten van juridische bijstand van de weduwe in (i) de klachtprocedure (twee instanties), (ii) de hoofdzaak (een instantie) en (iii) de vrijwaringszaak (vier instanties).

Het uitgangspunt voor de juridische kosten in de klachtprocedure is volgens het hof in elk geval helder:

"Ten aanzien van de kosten voor de bij de kamer van toezicht en de notariskamer gevoerde procedures geldt als uitgangspunt dat de kosten van een tuchtprocedure niet kunnen worden beschouwd als redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of ter voorkoming of beperking van schade als bedoeld in art. 6:96 BW en dat slechts in bijzondere omstandigheden plaats is voor afwijking van dit uitgangspunt (HR 3 juni 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT4097](#)). Nu het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden is gesteld noch gebleken zijn deze kosten niet toewijsbaar."

Dat die kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen, is op zich verklaarbaar. Het notariële tuchtrecht dient er niet toe civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris vast te stellen en de klager financiële genoegdoening te verschaffen. Het tuchtrecht heeft in de eerste plaats tot doel in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen.⁵ Ik wijs er overigens op dat ten gunste van de klager tegenwoordig een forfaitaire kostenveroordeling kan worden uitgesproken als een tuchtklacht geheel of

⁵ Zie ook het onderdeel 'Formeel notarieel tuchtrecht: over het verloop van de tuchtprocedure'.

gedeeltelijk gegrond wordt verklaard (*Staatscourant* 29 december 2020, nr. 67893 voor de regeling bij de kamers voor het notariaat en *Staatscourant* 31 december 2020, nr. 67513 voor de regeling bij de notariskamer).

Ten aanzien van de juridische kosten in de hoofdzaak tegen de kinderen oordeelt het hof dat deze kosten het gevolg zijn van de door de notaris gemaakte beroepsfout en derhalve als geleden schade voor vergoeding in aanmerking komen. Hier wreekt zich echter dat volgens het hof het door de weduwe opgestelde overzicht van de door haar ten behoeve van de hoofdzaak betaalde declaraties en verschotten nog steeds niet is vast te stellen. Het hof overweegt:

“Dit betekent dat niet nauwkeurig kan worden vastgesteld in hoeverre de door [de weduwe] gevorderde schadevergoeding daadwerkelijk betrekking heeft op werkzaamheden die zijn verricht ter verdediging tegen de vordering van [de kinderen] in de hoofdzaak en in hoeverre die schade derhalve als gevolg van de door de notaris gemaakte fout aan haar kan worden toegerekend.”

Zoveel is volgens het hof wel duidelijk dat uit de overgelegde declaraties volgt dat ter zake van het verweer in de hoofdzaak daadwerkelijk kosten zijn gemaakt en dat uit het procesverloop in eerste aanleg ook voldoende volgt dat die kosten niet onaanzienlijk zullen zijn geweest. Aangezien de omvang van de door de weduwe geleden schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, moet deze ingevolge het bepaalde in art. 6:97 BW worden geschat:

“Gelet op het voorgaande begroot het hof de door de notaris aan [de weduwe] ter zake van de kosten van juridische bijstand in de hoofdzaak tegen [kinderen] te vergoeden schade, gelijk de rechtbank, op € 15.000, te vermeerderen met de in zoverre onbetwist gevorderde wettelijke rente vanaf 31 december 2013.”

Ten aanzien van de gevorderde juridische kosten in de vrijwaringszaak tegen de notaris worden de gewone regels van ons burgerlijk procesrecht gevolgd:

“Ten aanzien van de kosten van de gerechtelijke procedures in de vrijwaringszaak geldt dat een vergoeding voor de in dat kader door [de weduwe] gemaakte kosten geacht moeten worden te zijn begrepen in de in die procedures op de voet van de artt. 237-240 Rv reeds toegekende en/of nog toe te kennen forfaitaire proceskostenveroordelingen. [de weduwe] heeft voldoende aangetoond dat zij voorafgaand aan de onderhavige procedures in redelijkheid ter verkrijging van voldoening buiten rechte door de notaris kosten heeft moeten maken. Het hof begroot de in dat kader gemaakte redelijke kosten, overeenkomstig de destijds gehanteerde aanbevelingen in het rapport Voorwerk II op twee punten van het toepasselijk liquidatietarief; te weten € 2.842 (2 x € 1.421). De gewijzigde eis is in zoverre, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 31 december 2013, de dag van de eerste wijziging van eis in hoger beroep, toewijsbaar.”

De vijfde post ziet op een bedrag van € 13.176,96 als vergoeding van de door de weduwe gemaakte kosten en gependeerde uren, ad € 15 per uur (derhalve volgens Bartjens (zonder kosten mee te rekenen) een tijdsbesteding van ca. 878 uur!). Deze schadepost zou als *“redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte”* op grond van art. 6:96 lid

2 onder c BW uitsluitend voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, indien aan een dubbele redelijkheidstoets wordt voldaan. Vereist is dat, in de gegeven omstandigheden, de verrichte werkzaamheden redelijkerwijs noodzakelijk waren en dat de gemaakte kosten naar hun omvang redelijk zijn.⁶ Hoewel het hof het aannemelijk acht dat de weduwe als gevolg van de fout van de notaris genoodzaakt was enige tijd en aandacht te besteden aan het met de notaris gerezen geschil, is deze vordering niet toewijsbaar om een reeks van redenen. Uit de overgelegde specificaties is niet inzichtelijk geworden welk deel van de genoemde tijd is besteed ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Buiten beschouwing dient te blijven de tijd die de weduwe heeft besteed aan andere zaken, zoals bijvoorbeeld de reguliere afwikkeling van de nalatenschap en overleg met adviseurs ter zake van andere kwesties en of ter instructie van de onderhavige procedures. Ook is niet gesteld of gebleken dat de weduwe tegen het genoemde uurtarief elders werkzaamheden had kunnen verrichten.

De zesde post betreft smartengeld ten bedrage van € 10.000. De weduwe stelt als gevolg van de procedures geestelijk letsel opgelopen te hebben en in haar persoon te zijn aangetast (vgl. art. 6:106 BW). Het hof wijst deze schadepost af. Van een aantasting in de persoon kan volgens het hof inderdaad sprake zijn indien de weduwe geestelijk letsel heeft opgelopen. Daarbij moet het gaan om een ernstige storing van de psychische toestand. Onvoldoende is dat sprake is van een meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen (en daar hebben inmiddels velen last van). Een voldoende concrete onderbouwing van ernstig geestelijk letsel met behulp van een medische verklaring of een bewijsaanbod ontbreekt.

De zevende post ten slotte betreft een bedrag van € 150.157 ter zake van kosten van een geldlening. De weduwe betoogt dat zij als gevolg van het opeisen van de legitieme porties op termijn wellicht genoodzaakt zal zijn om een geldlening af te sluiten teneinde in haar woning te kunnen blijven wonen en in haar levensonderhoud te kunnen voorzien. Het hof oordeelt – weinig verrassend – dat voor deze post geen grond bestaat nu de weduwe als gevolg van toewijzing van de eerste schadepost weer over het bedrag van de legitieme porties zal kunnen beschikken (de eerste post). In het schadevergoedingsrecht is geen plaats voor dubbeltellingen.

Slot

Deze zaak heeft de weduwe aan schadevergoeding niet veel opgeleverd (en de winst- en verliesrekening van de juridische procedure valt vanwege de erg hoge advocatenkosten in dit geval zelfs zwaar negatief uit). De beklagenswaardige notaris zal het gevoel kunnen bekruipen voor de gemaakte beroepsfout heel veel meer aan leergeld betaald te hebben. Mijn eigen afdronk is dat de hoofdrolspelers in dit erfrechtelijke drama – en dat zijn vooral de notaris, (de advocaat van) de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de advocaat van de weduwe – de weduwe in de kou hebben laten staan. Een faire schikking met kennis van de juiste uitgangspunten was in dit geval voor een ieder toch verkieslijker geweest? Of was de weduwe in dit geval het rupsje nooitgenoeg?

⁶ Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 337.

2.3. Redactiefout in een testament: het legaat is ten onrechte herroepen

Erflater heeft op 17 juli 2007 een testament opgesteld, waarin zijn zoon en dochter voor gelijke delen tot erfgenaam zijn benoemd. Verder heeft erflater een legaat toegekend aan ene heer Y en een legaat van een appartementsrecht aan zijn dochter (een zogeheten prelegaat). Nadien heeft erflater de notaris verzocht om met betrekking tot het legaat van Y een tekstwijziging op te nemen in zijn testament. Een aanvullend testament is daartoe op 1 juni 2011 gemaakt, waarin werd vermeld dat het in het testament onder het kopje 'legaat' bepaalde in zijn geheel komt te vervallen en wordt vervangen door de gewijzigde tekst van het legaat ten gunste van Y. Hierdoor is evenwel het legaat van de dochter van erflater ook komen te vervallen, terwijl dat - zo bleek - stellig niet de bedoeling van erflater was. Erflater is op 3 augustus 2013 overleden. Dat de erflater het legaat aan zijn dochter niet wilde herroepen, wordt later verklaard door de notaris. In een brief van 6 november 2013 aan de broer verklaart de notaris:

"(...) Uw vader heeft aan mij, toen het aanvullend testament werd opgemaakt, verklaard dat de legaten aan uw zuster in stand dienden te blijven. (...) Ik begrijp uw vraag aangaande het legaat en het was inderdaad duidelijker geweest als er in het aanvullend testament 'het in gemelde uiterste wilsbeschikking onder "LEGAAT, onderdeel B.1" bepaalde' had gestaan, waarvoor mijn excuses. Er bestaat echter wat mij betreft geen enkele twijfel over de intentie van uw vader ten tijde van het maken van zijn testament."

De herroeping van het legaat van de dochter heeft aanleiding gegeven tot diverse procedures.

Civiele procedure (uitleg van het testament)

In de eerste plaats is een geschil ontstaan tussen de zoon en de dochter van de erflater. De zoon stelde zich namelijk op het standpunt dat het legaat aan zijn zuster door de herroeping was komen te vervallen. Bij vonnis van 16 december 2015, [ECLI:NL:RBAMS:2015:9032](#), heeft de rechtbank Amsterdam met behulp van uitleg (art. 4:46 BW) voor recht verklaard dat het legaat aan de dochter in het testament niet was herroepen:

"In de onderhavige zaak heeft de notaris bij brief te kennen gegeven dat erflater aan haar heeft verklaard dat de legaten aan [dochter] in stand dienden te blijven en dat zij verder geen enkele twijfel heeft over de intentie van erflater ten tijde van het maken van het aanvullende testament (...). Hoewel de tekst van het aanvullend testament duidelijk lijkt te zijn, leidt deze verklaring van de notaris ertoe dat het aanvullend testament desalniettemin geen duidelijke zin heeft in de zin van artikel 4:46 BW. Derhalve kan worden gekeken naar daden of verklaringen van de erflater voor de uitleg van het aanvullend testament. Gelet op de - duidelijke - verklaring van de notaris is de rechtbank van oordeel dat het aanvullend testament dient te worden uitgelegd in die zin dat erflater bij het aanvullend testament slechts de legaten aan [Y] heeft willen wijzigen en de bedoeling had de legaten aan [dochter] in stand te houden. Voor zover [zoon] heeft gesteld dat erflater hem te kennen heeft gegeven dat erflater het testament had laten aanpassen zodat [zoon] en [dochter] ieder een gelijk deel in zijn nalatenschap zouden verkrijgen, heeft [zoon] - zeker in het licht van stellingen in dit

verband van [dochter] - onvoldoende onderbouwd dat erflater hiermee de legaten aan [dochter] bedoelde."

Opgemerkt moet worden dat de rechtbank in haar vonnis niet de strikte uitlegeregels van art. 4:46 BW volgt. Die uitlegeregels zijn enerzijds opgesteld om rekening te houden met de wil van de erflater, maar anderzijds behoort daarbij de rechtszekerheid niet uit het oog verloren worden. De rechtszekerheid komt tot uitdrukking in het vormvereiste dat aan het opmaken van een testament is gesteld. Om die reden bepaalt art. 4:46 lid 1 BW dat bij de uitleg van een uiterste wilsbeschikking gelet dient te worden op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt. In aanvulling daarop bepaalt art. 4:46 lid 2 BW dat daden en verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil voor de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen slechts dan mogen worden gebruikt indien deze zonder die daden of verklaring "*geen duidelijke zin*" heeft. Anders dan de rechtbank kennelijk meent, was het testament in dit geval tekstueel volstrekt duidelijk. Het legaat van de dochter was herroepen. De verklaring van de erflater aan de notaris dat het legaat niet herroepen wordt, wordt in de redenering van de rechtbank zowel gehanteerd voor de vaststelling dat het testament geen duidelijke zin heeft als voor een legitimatie van het gebruik daarvan. Dat doet - met alle respect voor de rechtbank in kwestie - sterk denken aan het onwaarschijnlijke verhaal van de baron Von Münchhausen die in staat was met bovennatuurlijke krachten zich bij de staart van zijn pruik te grijpen en zich aldus met paard en al uit het moeras te trekken.

Eenieder zal zich vermoedelijk wel kunnen verenigen met de uitkomst van de redenering van de rechtbank, die - als gezegd - op gespannen voet staat met de wettekst van art. 4:46 BW. Er is dan ook wel gepleit om de uitlegeregels van art. 4:46 BW te verruimen. Op die manier zouden ook andere omstandigheden - mits deze met de vereiste hoge mate van zekerheid vaststaan - bij de uitleg van een testament een rol kunnen spelen. De rechtbank had overigens ook een andere route kunnen bewandelen om het gewenste resultaat te bereiken. Vast te stellen was namelijk dat er een discrepantie bestond tussen de wil van de erflater en de bewoordingen van het testament (art. 3:33 BW). In een dergelijke geval is de uiterste wilsbeschikking die zou leiden tot een herroeping van het legaat aan de dochter niet tot stand gekomen.

In de *tweede plaats* heeft de zoon een tuchtklacht ingediend tegen de notaris, omdat deze zich in het geschil met zijn zuster partijdig zou hebben opgesteld. De notariskamer van het gerechtshof Amsterdam heeft bij beslissing van 9 februari 2016, [ECLI:NL:GHAMS:2016:460](#), de door de kamer voor het notariaat aan de notaris opgelegde maatregel van berisping gehandhaafd. De notariskamer oordeelde:

"Het hof is - met de kamer - van oordeel dat de notaris, onder de gegeven omstandigheden, op het moment dat haar bleek van de andere lezing door klager van het aanvullend testament van erflater en dus van een mogelijk geschil tussen klager en zijn zuster over de uitleg van de testamenten, zich had dienen te onthouden van een inhoudelijke stellingname in deze kwestie. De notaris heeft onzorgvuldig gehandeld en in elk geval de schijn van partijdigheid gewekt door - zonder enig voorbehoud - inhoudelijk een standpunt in te nemen dat in het voordeel van een van de erfgenamen, de zuster van klager, was. De kamer heeft verder terecht overwogen dat de notaris bij haar stellingname argumenten in de sfeer van uitlatingen en de bedoeling van erflater heeft aangevoerd, waarvan zij zich tenminste

had dienen af te vragen of die informatie niet onder haar geheimhoudingsplicht viel. Het voorgaande betekent dat de kamer de klacht terecht gegrond heeft verklaard."

Bij dit kritische oordeel van de notariskamer kunnen best wel kanttekeningen geplaatst worden. Kiest de notaris partij voor één van de strijdende partijen als deze niet meer doet dan waarheidsgetrouw verwoorden wat de instructies van erflater voor het opmaken van het testament zijn geweest? Of wordt de schijn van partijdigheid reeds gewekt, nu de inhoud van de mondeling door de erflater gegeven instructies - en in het verlengde daarvan de getrouwe weergave daarvan door de notaris - niet meer te verifiëren is? Valt informatie wel onder het ambtsgeheim van de notaris als deze informatie eigenlijk zijn weg had moeten vinden naar het testament dat op enig moment bij de erfgenamen bekend zou worden?

In de *derde plaats* heeft de dochter de notaris aansprakelijk gesteld voor de door haar gemaakte beroepsfout. Bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 24 januari 2018, [ECLI:NL:RBAMS:2018:359](#), wordt een schadevergoedingsvordering ten bedrage van € 15.656 toegewezen. Dat de rechtbank oordeelt dat de notaris een beroepsfout heeft gemaakt, zal niet meer verbazen:

"De notaris heeft niet de zorgvuldigheid betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris mag worden verwacht door tegen de instructies van erflater in (die zij ook zo had begrepen) het aanvullend testament zo op te stellen dat het leek dat het legaat aan [eiseres, dochter] was komen te vervallen. Zij heeft hiermee onrechtmatig jegens [eiseres] gehandeld nu door dit handelen onzekerheid over de uitleg, althans de bedoeling van het testament van erflater is ontstaan."

Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of de dochter door de door notaris gemaakte beroepsfout - bestaande uit de onzorgvuldige redactie van het aanvullend testament - schade heeft geleden. De rechtbank meent dat dit het geval is.

"Als de notaris geen fout had gemaakt en in het aanvullend testament duidelijk had gemaakt dat het legaat aan [eiseres] in stand bleef, had de broer van [eiseres] niet het standpunt kunnen innemen dat van een legaat aan [eiseres] geen sprake was en was - in ieder geval over dit punt - niet tussen broer en zus geprocedeerd. De (advocaat)kosten die [eiseres] heeft gemaakt in het kader van die procedure, zullen dan ook (in ieder geval ten dele) als schade worden aangemerkt en door de notaris moeten worden vergoed."

Aangezien deze advocaatkosten niet meer nauwkeurig kunnen worden berekend aan de hand van de tijdschrijflijsten (nog steeds de horreur van vele advocaten), wordt de schade geschat op een bedrag van € 15.000 (art. 6:97 lid 2 BW).

De dochter heeft voorts een bedrag van € 40.000 gevorderd, te weten een bedrag dat zij ondanks het gunstige vonnis van de rechtbank Amsterdam in het kader van een schikking aan haar broer heeft betaald. De rechtbank is van oordeel dat dit bedrag niet voor vergoeding in aanmerking komt. Daarvoor acht de rechtbank het volgende redenevend:

"Het valt niet goed te begrijpen, zoals de notaris ook heeft aangevoerd, waarom [eiseres], die in eerste aanleg op dit punt volledig in het gelijk was gesteld - nog voordat de

appeldagvaarding was aangebracht en van grieven was gediend - heeft gemeend een schikking met haar broer te moeten treffen en een bedrag aan hem te moeten betalen om (zoals zij zelf stelt) te bereiken dat het legaat van de flat en de garage alsnog aan haar zou worden afgegeven."

Het lijkt erop dat iets te gemakkelijk geoordeeld is dat het schikkingsbedrag wellicht bij de notaris in rekening gebracht kon worden. De rechtbank zegt dat weliswaar niet met zoveel woorden, maar het kan wel afgeleid worden uit de omschrijving in het vonnis van de appelkansen. De advocaat van eiseres voerde aan dat het maar zeer de vraag was of het (aanvullend) testament uitgelegd mag worden zoals de rechtbank in eerste aanleg heeft gedaan, en dat het hoger beroep anders zou kunnen aflopen. De rechtbank denkt daarover anders:

"De rechtbank is van oordeel dat de advocaat van [eiseres] zich deze vraag terecht heeft gesteld, maar dat het oordeel van de rechtbank linksom of rechtsom in stand zou zijn gebleven. In een geval als het onderhavige waar evident is dat het (aanvullende) testament niet overeenstemt met de wil van erflater, moet de rechtvaardige uitkomst immers zijn dat de wil van erflater, zijn daadwerkelijke laatste wil, wordt gevolgd en niet het (aanvullende) testament waarin die laatste wil niet juist is vastgelegd. Niet goed voorstelbaar is dat het hof (of de Hoge Raad) in deze situatie zou hebben geoordeeld dat - waarvoor (de advocaat van) [eiseres] stelt te vrezen - het testament een formele akte is, die in dit geval geen onduidelijkheid bevatte en dus niet zou mogen worden uitgelegd."

Het komt mij voor dat de rechtbank uitgaat van een te vrijzinnig gebruik van de uitlegregels van art. 4:46 BW. Linksom of rechtsom redeneren en daarbij gebruikmaken van daden en verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil in een geval waarin het testament "geen onduidelijkheid bevatte" zijn mijn inziens onverenigbaar met het wettelijke systeem zoals dat thans luidt en is uitgelegd door de Hoge Raad in zijn arrest van 8 februari 2013.⁷ In die zaak ging om de uitsluiting van de verkeerde wilsrechten bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap. De Hoge Raad oordeelde:

"Het hof heeft - in cassatie niet bestreden - vastgesteld dat de bepaling in het testament dat [de kinderen van erflater] zich niet kunnen beroepen op de wilsrechten van de art. 4:19 en 4:20 BW, zinloos was. Dit brengt mee dat de uitleg van het testament aan de hand van de maatstaf van art. 4:46 lid 1 BW tot de slotsom leidt dat het testament in zoverre geen "duidelijke zin" heeft als bedoeld in art. 4:46 lid 2 BW. Tegen die achtergrond heeft het hof miskend dat op de voet van art. 4:46 lid 2 bij de uitleg van het onderhavige testament daden of verklaringen van de erflater mochten worden gebruikt die niet in dat testament zijn vervat, zoals in dit geval de wens van de erflater die blijkt uit de hiervoor in 3.1 onder (v) weergegeven verklaring van de notaris van 10 januari 2008 alsook uit de hiervoor in 3.1 onder (ii) genoemde brief van de erflater en [de echtgenote van de erflater] aan de notaris. Het oordeel van het hof geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het bestreden arrest niet in stand kan blijven."

Hieruit blijkt dat alleen onder strikte voorwaarden gebruikgemaakt mag worden van daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil, en dat aan die voorwaarden bij het

⁷ Vgl. HR 8 februari 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY2595](https://www.eclinet.nl/HR:2013:BY2595), r.o. 3.3.

testament met het ten onrechte herroepen legaat niet was voldaan. Intussen blijkt uit de hiervoor aangehaalde passage dat de rechtbank er wel oog voor heeft “*dat het (aanvullende) testament niet overeenstemt met de wil van de erflater*”, zodat – zoals eerder gesteld – lans een andere (mijns inziens juridisch juistere) weg hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt (art. 3:33 BW). Het gevolg van het oordeel van de rechtbank is in elk geval dat het bedrag dat de zuster aan haar broer heeft betaald in het kader van de schikking niet in voldoende verband staat met de beroepsfout van de notaris (als bedoeld in art. 6:98 BW) om voor vergoeding in aanmerking te komen.

2.4. Redactiefout in een testament: de wettelijke verdeling is ten onrechte niet meer van toepassing

Erflater heeft bij testament in 2008 als erfgenamen benoemd, en wel voor gelijke delen: zijn toenmalige echtgenote, zijn zoon uit een eerder huwelijk en zijn twee stiefdochters (dochters van zijn echtgenote). Erflater had ook nog een erkende dochter, aan wie hij een legaat van € 1 miljoen had toegekend. In het testament was bepaald dat de wettelijke verdeling van de nalatenschap van art. 4:13 e.v. BW toegepast diende te worden. Nadien heeft erflater zijn voorgaande testament in een aanvullend testament in zoverre herroepen dat de echtgenote van erflater, met wie hij in gemeenschap van goederen was gehuwd, niet langer tot erfgenaam werd benoemd. In plaats van zijn echtgenote werd een stichting tot erfgenaam benoemd. De in een eerder testament opgenomen wettelijke verdeling van de nalatenschap werd niet herroepen, maar kon, doordat de echtgenote niet langer erfgenaam was, geen toepassing meer vinden.⁸

Na het overlijden van erflater aanvaardden de zoon en de stiefdochters de nalatenschap. De stichting, waarvan een van de stiefdochters bestuurder was, verwierp de nalatenschap. De erkende dochter heeft het legaat verworpen en een beroep gedaan op de legitieme portie. Na het overlijden van erflater hebben de echtgenote en de erfgenamen een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin de erfdelen van ieder van de erfgenamen en de legitimaire vordering van de dochter zijn vastgesteld. Het gezamenlijke vermogen van erflater en de echtgenoten was op de sterfdatum ca. € 47 miljoen, waarvan de helft de nalatenschap van erflater betreft.

Tegen de notaris wordt een tuchtklacht ingediend bij de kamer voor het notariaat in het ressort Den Haag, die de klacht gegrond heeft verklaard ([ECLI:NL:TNORDHA:2013:4](#)). Het testament bevatte met het onbenoemd laten van de echtgenote als erfgenaam en het niettemin van toepassing verklaren van de wettelijke verdeling van de nalatenschap een onzorgvuldigheid. Niet is gebleken dat de notaris erflater hierover had geïnformeerd. Dat had wel moeten, zeker gezien het omvangrijke vermogen van erflater.

De echtgenote vordert in een civiele procedure een verklaring voor recht dat de notaris onzorgvuldig jegens haar heeft gehandeld en jegens haar aansprakelijk is. Tevens wordt schadevergoeding gevorderd.⁹ De echtgenote legt hieraan ten grondslag dat de notaris

⁸ De wettelijke verdeling werkt alleen indien een niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot met een of meer (klein)kinderen erft van de erflater, tenzij afdeling 4.3.1 BW door de erflater geheel is uitgesloten (art. 4:13 lid 1 BW).

⁹ De notaris heeft zelf de desbetreffende erfgenamen in een vrijwaringszaak betrokken ([ECLI:NL:HR:2019:3](#)).

een beroepsfout heeft gemaakt doordat hij in strijd met de bedoeling van de erflater en zonder de erflater op de gevolgen van het schrappen van haar als erfgenaam te wijzen, de wettelijke verdeling van de nalatenschap buiten toepassing heeft gesteld. De notaris verweert zich daartegen en stelt dat hij de erflater uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat de wettelijke verdeling niet meer van toepassing is indien de echtgenote geen erfgenaam meer is. Subsidiair heeft hij gesteld dat als komt vast te staan dat het de wens van de erflater was dat de wettelijke verdeling van de nalatenschap van toepassing zou zijn, de uiterste wilsbeschikking op die wijze krachtens art. 4:46 BW had moeten worden uitgelegd en afgewikkeld.

Het hof bekrachtigt de door de rechtbank toegewezen verklaring voor recht dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld, maar wijst - anders dan de rechtbank - de overige vorderingen van de echtgenote af. Volgens het hof is de handelwijze van de echtgenote rond de afwikkeling van de nalatenschap - en daarbij wordt gedoeld op het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met de erfgenamen zonder de notaris daarbij te betrekken over de aanpak van de problematiek om mogelijke schade te beperken - zo ernstig verwijtbaar dat zij haar mogelijke schade als gevolg van de beroepsfout niet op de notaris kan verhalen. De schadeplichtigheid is als gevolg van eigen schuld van de echtgenote geheel komen te vervallen (art. 6:101 BW). Het hof heeft daarbij in het midden gelaten hoe het aanvullend testament moet worden uitgelegd.

De echtgenote stelt tegen deze uitspraak van het hof cassatieberoep in bij de Hoge Raad en de notaris stelt incidenteel cassatieberoep in. In cassatie is in het bijzonder aan de orde of op de echtgenote de stelplicht en de bewijslast rust dat de notaris de aan hem verweten beroepsfout heeft gemaakt. Voorts is de vraag aan de orde, mede in verband met de gestelde beroepsfout van de notaris en de door het hof aangenomen eigen schuld van de echtgenote, of het laatste testament van erflater aldus kan worden uitgelegd dat de wettelijke verdeling van de nalatenschap toch zou kunnen worden toegepast.

Met betrekking tot de eerste vraag met betrekking tot de stelplicht en de bewijslastverdeling van de gemaakte beroepsfout stelt de Hoge Raad in zijn arrest van 11 januari 2019, [ECLI:NL:HR:2019:4](#), voorop hetgeen hij reeds overwoog in zijn arrest van 19 februari 2016 (§ 2.2):

“Bij de beoordeling van de hiervoor weergegeven klachten wordt vooropgesteld dat een notaris als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Op degene die stelt dat de notaris als beroepsbeoefenaar in de nakoming van zijn zorgvuldigheidsplicht is tekortgeschoten, rust de stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden die dit oordeel kunnen dragen. Van de notaris kan evenwel worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de desbetreffende stellingen, teneinde degene die hem aanspreekt aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met de betrokkene heeft besproken, kan dat ertoe leiden dat hij niet aan de zojuist genoemde motiveringsplicht kan voldoen, hetgeen dan voor zijn risico komt. (HR 19 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:288](#), rov. 3.4.2 en 3.4.3)”

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad als volgt:

“De rechtbank heeft in rov. 5.3 van haar tussenvonnis van 5 november 2014 het volgende overwogen. Vast staat dat erflater in 2008 de wettelijke verdeling wenste. Uit het enkele feit dat hij in 2010 [de stichting] in plaats van de echtgenote tot erfgenaam wilde benoemen, kan niet worden afgeleid dat erflater de wettelijke verdeling niet meer wenste. Van iemand die geen deskundige is, mag niet worden verwacht dat hij overziet dat de wettelijke verdeling alleen van toepassing is indien de echtgenoot tevens erfgenaam is. Op grond hiervan heeft de rechtbank voorshands als vaststaand aangenomen dat erflater in 2010 de wettelijke verdeling nog steeds wenste. Volgens de rechtbank kan het tegendeel slechts worden aangenomen als komt vast te staan dat de notaris erflater, zoals de notaris c.s. stellen, uitdrukkelijk heeft gewezen op het gevolg van het schrappen van de echtgenote als erfgenaam, hetgeen zij dienen te bewijzen. Dit oordeel komt erop neer dat, om te kunnen aannemen dat erflater de wettelijke verdeling niet langer wenste, noodzakelijk is dat komt vast te staan dat hij zich ervan bewust was dat het niet langer van toepassing zijn daarvan de consequentie zou zijn van het schrappen van de echtgenote als erfgenaam, en dat het aan de notaris was hem daarop uitdrukkelijk te wijzen. Daarbij heeft de rechtbank kennelijk in aanmerking genomen dat is gesteld noch gebleken dat erflater die kennis uit anderen hoofde had. Voorts ligt in haar oordeel besloten dat het, nu aantekeningen waaruit van die voorlichting afdoende blijkt ontbreken, aan de notaris c.s. is om te bewijzen dat deze heeft plaatsgevonden. Slagen zij daarin niet, dan is het vermoeden dat erflater de wettelijke verdeling in 2010 nog steeds van toepassing wilde laten zijn, niet ontzenuwd en moet van die wil worden uitgegaan.

In de rov. 38-59 van het bestreden arrest ligt besloten dat het hof dit oordeel van de rechtbank heeft onderschreven. Het hof heeft daarbij mede acht geslagen op de feitelijke gang van zaken rond het passeren van het testament van 25 november 2011 (door het hof weergegeven in rov. 46 en 47) en op de wisselende standpunten die de notaris had ingenomen (rov. 50).

In het licht van de hiervoor (...) weergegeven regels en de door de rechtbank en het hof in aanmerking genomen omstandigheden geeft het oordeel dat als vaststaand moet worden aangenomen dat erflater de wettelijke verdeling niet wilde prijsgeven indien de notaris c.s. niet kunnen bewijzen dat de notaris erflater uitdrukkelijk heeft gewezen op het rechtsgevolg van het schrappen van de echtgenote als erfgenaam, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het voldoende gemotiveerd. Evenmin is het hof aldus buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden.”

Met betrekking tot de tweede vraag over de uitleg van het testament oordeelt de Hoge Raad als volgt. De standpunten van partijen kunnen als volgt verwoord worden. De notaris stelt dat als het de bedoeling van de erflater was om zijn echtgenote als erfgenaam te behouden, het testament zo zou moeten worden uitgelegd. In dat geval heeft het onzorgvuldig geredigeerde testament niet tot schade geleid. De echtgenote stelt daarentegen op haar beurt dat als het testament zo zou moeten worden uitgelegd dat zij geen erfgenaam is, haar niet kan worden verweten dat een vaststellingsovereenkomst is gesloten. Zij was dan immers geen erfgenaam en heeft met het sluiten van de vaststellingsovereenkomsten niets prijsgegeven. Het past daarbij niet om de schade wegens eigen schuld volledig bij haar te leggen.

De Hoge Raad overweegt dat nu tussen partijen in geschil was of het laatste testament aldus kan worden uitgelegd dat de wettelijke verdeling van de nalatenschap toch zou kunnen worden toegepast, het hof daarover een oordeel had moeten geven. Het antwoord

op die vraag is immers van belang voor het antwoord op zowel de vraag of het handelen van de notaris tot aan hem toerekenbare schade heeft geleid, als de vraag of de echtgenote aan de schade heeft bijgedragen door de vaststellingsovereenkomst aan te gaan, en, indien dat het geval is, welke gevolgen dat heeft voor de schadevergoedingsplicht van de notaris. De hierop gerichte klachten in het principale cassatieberoep van de echtgenote en het incidentele cassatieberoep van de notaris slagen, zodat vernietiging en verwijzing volgt. Die uitleg van het testament zal alsnog door de verwijzingsrechter gegeven moeten worden.

2.5. Redactiefout in een testament: het onbesproken legaat

Bij haar overlijden op 24 februari 2012 laat erflaatster acht kinderen en zestien kleinkinderen achter. In haar testament uit 2009 heeft zij haar kinderen tot haar erfgenamen benoemd en aan de kleinkinderen - zonder enig voorbehoud of beperking - een bedrag gelegateerd gelijk aan hun vrijstelling in de Successiewet 1956. In het jaar van overlijden van erflaatster bedroeg de vrijstelling van erfbelasting voor de kleinkinderen € 19.114. Gelet hierop bedroeg de bij het openvallen van de nalatenschap behorende totale schuld wegens deze legaten € 305.824. In elk geval vijf kinderen hebben de nalatenschap zuiver aanvaard. Zij zijn daarbij begeleid door dezelfde notaris die het testament had opgesteld. Na het overlijden blijkt dat de nalatenschap ontoereikend is om de legaten aan de kleinkinderen volledig uit te keren. We zien de bui dan al hangen.

De notaris erkent dat de legaten niet overeenkomen met de wil van erflaatster en heeft betrokkenen bij brief van 23 juli 2013 voorgesteld om de nalatenschap zo veel mogelijk af te wikkelen volgens die 'daadwerkelijke wil' van erflaatster. Dat zou volgens de notaris betekenen dat de kinderen als erfgenamen een bedrag verkrijgen ter hoogte van hun vrijstelling voor de erfbelasting (eveneens ca. € 19.000) en de kleinkinderen als legataris het restant ontvangen (hetgeen zou neerkomen op een bedrag van ruim € 6.000 per kleinkind). De notaris vermeldt daarbij: *"Als de bedragen op deze wijze worden uitgeoekt, wordt er recht gedaan aan het testament van moeder en haar bedoelingen."* De erfgenamen bereiken echter geen overeenstemming over de afwikkeling van de nalatenschap op deze wijze, zodat een rechtsgang onvermijdelijk is.

De vijf kinderen stellen de notaris aansprakelijk voor het advies om de nalatenschap zuiver te aanvaarden, zonder hen ervoor te waarschuwen dat zij daardoor aansprakelijk zouden worden voor de schulden van de nalatenschap (art. 4:184 lid 2 onder a BW j° art. 4:7 lid 1 onder h BW). Daardoor zijn zij met hun eigen vermogen jegens de kleinkinderen aansprakelijk voor het tekort (zijnde het verschil tussen de waarde van de nalatenschap en de totale schuld uit hoofde van de legaten), terwijl zij anders na verwerping van de nalatenschap met een gelijktijdig beroep op hun legitieme portie een deel van het saldo hadden kunnen ontvangen (vgl. art. 4:63 lid 3 BW, de zogeheten 'contantenverklaring').

Het verweer van de notaris dat de executeur de procedure tegen de notaris wegens beroepsaansprakelijkheid had moeten aanspannen (art. 4:145 lid 2 BW) en de erfgenamen om die reden niet-ontvankelijk zijn, wijst het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 22 juni 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:6128](#), af. De vorderingen betreffen niet het beheer van de nalatenschap. Meer uitgebreid overweegt het hof:

"Het hof verwerpt dit standpunt, in lijn met het oordeel van de kantonrechter in het vonnis in het incident van 16 januari 2019. De vorderingen van [de kinderen] hebben immers geen betrekking op het beheer van de goederen van de nalatenschap, maar zijn gebaseerd op de

stelling dat [de notaris] onrechtmatig jegens [de kinderen] heeft gehandeld door jegens hen niet de zorgvuldigheid in acht te nemen die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris mag worden verwacht. Het instellen van een dergelijke vordering behoort niet tot de taak van de executeur en behoort daarom niet tot diens uitsluitende bevoegdheid."

Volgens de notaris is bovendien sprake van verjaring, omdat hij de executeur al in 2012 heeft laten weten dat het legaat niet overeenkwam met de wensen van erflaatster. De erfgenamen hadden toen kunnen weten dat zij door het testament mogelijk niets zouden krijgen, aldus de notaris. De erfgenamen hebben pas in 2020 schadevergoeding gevorderd. Volgens het hof brengt de beheersbevoegdheid van de executeur (art. 4:145 BW) echter niet mee dat de kennis van de executeur omtrent een mogelijke onrechtmatige daad van de notaris moet worden toegerekend aan de erfgenamen. Die kennis heeft immers niets van doen met de taakvervulling door de executeur. Als de erfgenamen in 2012 al wisten dat zij door het testament niets konden krijgen, dan staat daarmee nog niet vast dat zij in 2012 wisten dat een fout van de notaris hieraan ten grondslag lag.

De notaris erkent de redactiefout in de legaten. Hij stelt erflaatster voorgesteld te hebben om de legaten een percentage van de nalatenschap uit te laten maken, maar dit is om onverklaarbare redenen anders verwoord in het testament. Hoe dit anders verwoord zou (kunnen) zijn, blijkt niet. Het oordeel van het hof over de aansprakelijkheid van de notaris voor deze redactiefout verbaast dan ook niet meer:

"Tussen partijen staat genoegzaam vast dat erflaatster niet de wil heeft gehad, zoals door [de notaris] in het testament opgetekend, om aan ieder van haar kleinkinderen € 19.114,00 te legateren, met het effect dat er niets meer zou overblijven voor haar kinderen en de kinderen zelfs een schuld zouden overhouden omdat het totaal van de legaten de nalatenschap overstijgt. [de notaris] weet niet hoe het heeft kunnen gebeuren dat in plaats van een percentage van de nalatenschap, zoals door hem tijdens bespreking aan erflaatster is voorgesteld, in het uiteindelijk gepasseerde testament aan ieder van de kleinkinderen een bedrag ter grootte van de belastingvrijstelling is gelegateerd (proces-verbaal van de comparitie in eerste aanleg). Volgens [de notaris] is er sprake geweest van een redactiefout (...), hij erkent dat hij bij het opstellen van het testament een fout heeft gemaakt (...). Het hof concludeert dat [de notaris], zoals door [de kinderen] primair aangevoerd, jegens erflaatster niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Die beroepsfout kan jegens derden - in dit geval de erfgenamen - tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en daaruit voortvloeiende schadeplichtigheid leiden. De primair gevorderde verklaring voor recht kan worden toegewezen."

Het hof verklaart voor recht dat de notaris door de fout in het testament onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vijf erfgenamen. Of de erfgenamen hierdoor schade hebben geleden, valt volgens het hof nog wel te bezien (het causaal verband, § 8):

"Thans kan niet meer met voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld wat dan wél de laatste wil van erflaatster was. Dan wordt van belang dat alle erfgenamen, ook [de kinderen] en de executeur, akkoord zijn gegaan met het voorstel van [de notaris] in diens brief van 23 juli 2013. Door de ondertekening van die brief heeft tussen de erfgenamen, althans de partijen in deze procedure, thans te gelden dat het de laatste wil van erflaatster

was om aan ieder van de kinderen € 19.114,00 toe te kennen en aan ieder van de kleinkinderen € 6.299,29.

Indien ervan kan worden uitgegaan dat de verdeling op deze wijze zal plaatsvinden, zoals ook de executeur voorstaat, moet de conclusie zijn dat [de kinderen] geen schade hebben geleden. De verdeling vindt dan immers plaats conform de laatste wil van erflaatster, zoals zij deze wensen uit te leggen.

In dat geval heeft ook de omstandigheid dat de notaris de erfgenamen heeft gevraagd de nalatenschap zuiver te aanvaarden niet tot schade van [de kinderen] geleid. De nalatenschap is dan immers toereikend om daaruit de erfstellingen en legaten te voldoen.”

Is er dan geen enkele schade als gevolg van de redactiefout in het testament geleden?

“Van schade kan alleen dan sprake zijn indien en voor zover de legatarissen in rechte aanspraak kunnen maken op de legaten zoals die - naar in deze procedure tussen deze partijen vaststaat: foutief - in het testament zijn vermeld. Om te kunnen beoordelen of dat het geval is dient het testament op de voet van artikel 4:46 BW te worden uitgelegd. Die uitleg kan evenwel niet in deze procedure plaatsvinden. Een daartoe strekkende vordering is niet ingesteld en niet alle betrokkenen zijn partij in deze procedure.

Volgens [de kinderen] heeft inmiddels een aantal kleinkinderen hun legaten formeel opgeëist en hebben vier kleinkinderen daartoe bij de rechtbank Gelderland een procedure ingesteld tegen de erfgenamen (zaaknummer C/05/363251, rolnummer 19/217). Onbekend is evenwel wat die kleinkinderen aan welke vorderingen ten grondslag hebben gelegd en wat het verweer daartegen inhoudt. Van de goede en kwade kansen van de partijen in die procedure kan geen schatting worden gemaakt.”

Het hof veroordeelt de notaris tot het vergoeden van schade, vast te stellen in een schadestaatprocedure (§ 8). Voldoende daarvoor is dat de mogelijkheid van schade door de zuiver aanvaard hebbende erfgenamen aannemelijk is gemaakt. Mij is niet bekend wat het verdere verloop is (geweest) van de procedure tussen enkele legatarissen en de zuiver aanvaard hebbende erfgenamen (ouders, ooms en/of tantes van de legatarissen-kleinkinderen).

Lessons learned

Beroepsaansprakelijkheid van de notaris komt al snel in het vizier bij in legaten gemaakte redactiefouten als voldoende vaststaat dat deze legaten niet overeenstemmen met de wil van de erflater. In dit geval lijkt het vaststellen van de discrepantie tussen wil en verklaring gebaseerd te zijn op de niet meer dan de bizarre consequenties van het toekennen van kleinkindlegaten zonder voorbehoud of begrenzing (waardoor de overlegatering kon ontstaan), en wel in een procedure waarbij de legatarissen geen partij waren. Wat de erflaatster dan wél wilde, was niet eenduidig vast te stellen. Dat de erfgenamen (vijf kinderen van erflaatster) en de notaris met elkaar tot een vergelijk zijn gekomen over de wijze van afwikkeling van de nalatenschap regardeert en bindt de legatarissen uiteraard niet. Wordt niet alsnog ook overeenstemming met deze legatarissen bereikt over een wezenlijke beperking van de omvang van de legaten, dan zie ik het somber in voor deze notaris. Het testament is hard, maar dat is nu eenmaal het testament.

Gebleken is dat ook de privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur grenzen heeft. Maatgevend daarbij is de vervulling van de beheerstaak door de executeur (art. 4:145 lid 2 BW). Het geldend maken van een claim wegens beroepsaansprakelijkheid van de notaris valt daar niet onder.

Een laatste observatie is dat het om allerlei redenen (zoals kosten, procesefficiency en volledig schadeverhaal) de voorkeur verdient te bezien of in dit soort zaken van redactiefouten in testamenten de procedures over uitleg van het testament (waarbij dan wel alle belanghebbenden in de procedure betrokken dienen te worden) én eventuele beroepsaansprakelijkheid van de notaris daarvoor gecombineerd kunnen worden in één procedure. Deze aangelegenheden houden - zo blijkt - ten nauwste verband met elkaar.

2.6. Onuitvoerbaar testament

Oom Emiel, niet gehuwd en kinderloos, heeft in een op 3 februari 2000 gepasseerd testament een bij zijn overlijden nog op te richten stichting tot enig erfgenaam benoemd. De stichting heeft tot doel het financieel steunen van mensen in nood en bepaalde uitkeringen te doen aan de afstammelingen van zijn moeder. Hij heeft daarin tevens zijn zus benoemd tot executeur. In 2002 heeft erflater aanwijzingen gegeven tot wijziging van het testament. Hij wenste niet langer dat een stichting zou worden opgericht en enig erfgenaam zou worden, maar dat drie van zijn zussen en broers erfgenaam zouden worden, ieder voor een derde, zulks onder de last van diverse legaten. Drie dagen later overlijdt erflater. Wijziging van het testament had toen nog niet plaatsgevonden.

De executeur, één van de zussen van erflater, heeft aangegeven de benoeming tot executeur niet te aanvaarden. Een verklaring van erfrecht is afgegeven door de notaris, waarbij wordt uitgegaan van vererving van de nalatenschap volgens het versterferfrecht (waarbij het testament wegens onuitvoerbaarheid genegeerd werd¹⁰). De drie kinderen van één van de zussen stellen de notaris aansprakelijk wegens:

“tekortkomingen, onjuiste of onzorgvuldige adviezen ofwel nalatige handelingen aan (zijn) zijde met betrekking tot de advisering en opstelling en afwikkeling van het testament van [oom Emiel].”

Naar aanleiding hiervan zijn diverse procedures gevoerd. Bij beslissing van 24 april 2007, [ECLI:NL:TNOKBRE:2007:YC0249](#), heeft de kamer van toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen een tegen de notaris ingediende tuchtklacht gegrond verklaard voor zover deze de niet voortvarende afwikkeling van de nalatenschap betrof. Verder is in een civiele procedure bij de rechtbank bij vonnis van 13 oktober 2010 voor recht verklaard dat het testament van oom Emiel van 3 februari 2000 onuitvoerbaar is.

Bij vonnis van 10 juni 2015, [ECLI:NL:RBZWB:2015:6652](#), is door de rechtbank Zeeland-West-Brabant de door de neven en nichten van oom Emiel tegen de notaris ingestelde schadevergoedingsvordering afgewezen. De verwijten aan het adres van de notaris zijn velerlei. Met betrekking tot de onuitvoerbaarheid van het testament oordeelt de rechtbank:

“Tussen partijen staat voldoende vast dat het testament van oom Emiel in de kern - daar waar het ging om het onderbrengen van zijn vermogen in een stichting, welke als doel zou

¹⁰ Kennelijk houdt de onuitvoerbaarheid van het testament van oom Emiel verband met de ontstentenis van de beoogd executeur.

hebben mensen in nood te steunen - overeenkwam met de wens van oom Emiel op het moment dat het testament werd opgesteld. [Eisers] was geen erfgenaam. Hij was slechts begunstigde van een mogelijke uitkering vanuit de op te richten stichting, indien het vermogen tot een bepaalde omvang zou groeien. Bij de opstelling en bij de voorziene uitvoering van het testament was [eisers] in het geheel niet betrokken. Onder die omstandigheden zal [de notaris] bij de opstelling van het testament - ook wanneer daaraan gebreken blijken - niet snel jegens [eisers] een beroepsfout kunnen maken of onrechtmatig kunnen handelen. Daartoe zal [eisers] bijzondere omstandigheden dienen aan te voeren; dat heeft hij evenwel niet gedaan. Evenmin heeft hij aangegeven hoe hij alleen door de onuitvoerbaarheid van het testament schade heeft geleden. De door hem genoemde schade heeft immers niet rechtstreeks betrekking op de onuitvoerbaarheid van het testament; wel op het tijdsverloop dat ter vaststelling van hoe de Nalatenschap dan diende te worden afgewikkeld is verstreken, maar daarover heeft [eisers] afzonderlijke verwijten jegens [de notaris] geformuleerd. Voor zover de vorderingen op de onuitvoerbaarheid van het testament zijn gebaseerd, worden ze afgewezen."

Volgens de rechtbank kan het opstellen van het testament - zelfs in het geval daaraan gebreken kleven - niet snel een beroepsfout of onrechtmatig handelen van de notaris jegens de neven en nichten opleveren. Zij waren niet betrokken bij de totstandkoming van het testament en erflater kende hen daarin ook geen onvoorwaardelijke aanspraken toe.

De rechtbank oordeelde verder dat niet onbegrijpelijk is dat de notaris ervoor heeft gekozen om in de verklaring van erfrecht uit te gaan van het versterkerrecht, dat bij het terzijde stellen van het onuitvoerbare testament toepasselijk is. Niet valt in te zien dat de neven en nichten schade hebben geleden door de verklaring van erfrecht. De rechtbank overweegt:

"Onder die omstandigheden kan niet worden gezegd dat de afgifte, op 15 november 2004, van de verklaring van erfrecht met daarin als erfgenamen de beide tantes en [eisers], onjuist is, en derhalve een beroepsfout van [de notaris]. Overigens valt niet in te zien dat de gestelde schade - met name de waardedaling van effecten - het gevolg is van deze handeling; de opdracht tot liquidatie van de effectenportefeuille is enkele dagen later door [de notaris] gegeven. Dat als gevolg van deze verklaring van erfrecht er schade is ontstaan omdat onroerende zaken niet konden worden vervreemd, is onvoldoende toegelicht, terwijl evenmin duidelijk is waarom - als zich al een dergelijke barrière bij een voorgenomen transactie heeft voorgedaan - dat niet eenvoudig kon worden hersteld (en of daarom is gevraagd)."

Wat betreft de wijziging van het testament, die doorkruist werd door het onverwachte overlijden van oom Emiel, overweegt de rechtbank:

"De stelling dat [de notaris] niet (tijdig) op het verzoek van oom Emiel om het testament te wijzigen zou zijn ingegaan, kan evenmin tot toewijzing van de vorderingen leiden. Vast staat dat het verzoek bij brief van 16 april 2002 aan [de notaris] is gedaan en dat oom Emiel op 19 april 2002 onverwacht is overleden. Wijziging van een testament vergt enige tijd; behoudens bijzondere omstandigheden kan niet worden gezegd dat een notaris, die voor een wijziging een termijn van meer dan drie dagen hanteert, daarmee een beroepsfout maakt. In het onderhavige geval zijn er geen bijzondere omstandigheden gesteld; het

overlijden van oom Emiel was immers (nog) niet verwacht en de notaris hoefde met een mogelijk snel overlijden bij de planning van zijn werkzaamheden dan ook geen rekening te houden. Dat op 19 april 2002 de wijziging nog niet was geëffectueerd leidt niet tot het oordeel dat [de notaris] een beroepsfout heeft gemaakt dan wel onrechtmatig heeft gehandeld.”

Kortom, behoudens bijzondere omstandigheden (die niet waren gesteld) kan niet worden gezegd dat een notaris die voor een testamentswijziging een termijn van drie dagen hanteert, daarmee een beroepsfout maakt. Wijziging van een testament vergt nu eenmaal enige tijd en de erflater overleed in de tussentijd onverwacht.

De notaris werd ook nog een verwijt gemaakt dat hij traag is geweest bij de afwikkeling van de nalatenschap. Daarover oordeelt de rechtbank:

“Vervolgens komt aan het orde het verwijt dat [de notaris] traag heeft gehandeld. [De notaris] heeft gesteld dat hij nadat hij opdracht had gekregen steeds met voortvarendheid heeft gehandeld. Uit de stellingen van partijen blijkt dat [de notaris] in januari 2004 daadwerkelijk werkzaamheden ten behoeve van de afwikkeling van de nalatenschap is gaan verrichten (hij heeft toen een voorstel gedaan aan de belastingdienst), dat hij vervolgens in oktober 2004 is benoemd tot boedelnotaris, dat hem toen gevraagd is een aantal zaken te regelen (waaronder het opmaken van een verklaring voor erfrecht, hetgeen op 15 november 2004 is gebeurd, en het liquideren van de effectenportefeuille, waartoe hij op 19 november 2004 opdracht heeft gegeven). Eerst in juni 2006 zijn de aandelen [naam B.V.] op naam van eisers gesteld; [de notaris] heeft onbetwist gesteld dat hij niet eerder opdracht daartoe had gekregen. Naar het oordeel van de rechtbank is deze handelwijze van [de notaris] wellicht niet altijd zo voortvarend geweest als had gekund (zoals door de Kamer, in tuchtrechtelijke zin, ook is vastgesteld), maar mede gelet op de complicerende omstandigheid van het niet uitvoerbare testament, kan niet worden gezegd dat [de notaris] aldus niet handelde als een redelijk handelend, redelijk bekwaam vakgenoot. Van onrechtmatig handelen is naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen sprake.”

2.7. De onjuiste verklaring van erfrecht en de verlopen verjaringstermijn

Een notaris blijkt een onjuiste verklaring van erfrecht afgegeven te hebben. Hij heeft op 11 april 2003 een verklaring van erfrecht afgegeven waarin de echtgenoot (met de Britse nationaliteit) van een overleden vrouw (met de Nederlandse nationaliteit) als enige erfgenaam volgens de Nederlandse wet wordt aangewezen. Zij hadden hun woonplaats evenwel in Spanje en dat is de relevante aanknopingsfactor voor het op de vererving van de nalatenschap toepasselijke recht (bij gebreke van een rechtskeuze voor het Nederlandse recht, de nationaliteit van de vrouw).¹¹ Ten gevolge van deze notariële beroepsfout heeft de Britse zwager ten onrechte kunnen beschikken over de nalatenschap. De nalatenschap kwam eigenlijk aan de broer van de overleden vrouw toe. De notaris heeft bij akte van 28 juli 2003 de eerder afgelegde verklaring herroepen, met vermelding dat het Spaanse erfrecht van toepassing is op de nalatenschap van de vrouw.

Een erfrechtadvocaat heeft de broer van de overleden vrouw bijgestaan om de notaris aansprakelijk te stellen voor de gemaakte beroepsfout bij de onjuist afgegeven verklaring van erfrecht. De advocaat heeft vervolgens nagelaten de verjaring van de

¹¹ Zie daarvoor het onderdeel 'Grensoverschrijdende erfopvolging'.

schadevergoedingsvordering van de broer jegens de notaris tijdig te stuiten.¹² De advocaat erkent een beroepsfout te hebben gemaakt door de verjaring niet tijdig te stuiten. De broer vordert schadevergoeding van ca. € 650.000. De rechtbank veroordeelt de advocaat tot betaling van schadevergoeding van ca. € 175.000. Van dit vonnis gaat de advocaat in hoger beroep. In zijn arrest van 19 november 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:4220](#), moest het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordelen over de vraag of, en zo ja, welke schade van de broer als gevolg van de notariële beroepsfout – de onjuiste verklaring van erfrecht – in voldoende causaal verband staat met de beroepsfout van de advocaat, in casu het laten verlopen van de verjaringstermijn voor het geldend maken van de schadevergoedingsvordering jegens de notaris. Deze zaak handelt dus eigenlijk over de beroepsaansprakelijkheid van de erfrechtadvocaat, maar in de overwegingen van het hof wordt een doorkijkje gegeven naar de ('hardheid' van de gestelde) beroepsaansprakelijkheid van de notaris (en dat wettigt de behandeling van deze uitspraak hier). Het hof overwoog over de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat:

“Tussen partijen staat vast dat het afgeven van de onjuiste Verklaring door [Nederlandse notaris] een beroepsfout van [Nederlandse notaris] is (partijen twisten over de exacte omvang van de fout, (...)).

Daarnaast heeft [appellante, de advocaat] erkend dat ook zij een beroepsfout heeft gemaakt bij de behandeling namens [geïntimeerde, de broer van de overledene] van het geschil over de erfenis van [zus van geïntimeerde]. Die fout bestaat er in dat [de advocaat] heeft nagelaten de op de beroepsfout van [Nederlandse notaris] gebaseerde vordering van [de broer] jegens [Nederlandse notaris] te stuiten.

De beroepsfout van [de advocaat] heeft ertoe geleid dat onzeker is of een tegen [Nederlandse notaris] ingestelde rechtsvordering tot succes voor [de broer] zou hebben geleid. Met andere woorden: het is onzeker of de beroepsfout van [de advocaat] heeft geleid tot schade voor [de broer], bestaande in een slechtere uitkomst van het geschil dan bij uitblijven van de beroepsfout van [de advocaat] het geval zou zijn geweest.

*Wat wel vaststaat is dat door de beroepsfout van [de advocaat] aan [de broer] de kans op een betere uitkomst is onthouden. Dit betekent dat [de broer] in beginsel recht heeft op vergoeding van de eventueel daardoor geleden schade. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat tussen partijen niet in geschil is dat [de broer] in vervolg op de door Aon meegedeelde afwijzing van aansprakelijkheid, een rechtsvordering tegen [Nederlandse notaris] wilde instellen. Dit is echter zinloos geworden omdat de vordering tegen [Nederlandse notaris] als gevolg van de beroepsfout van [de advocaat] is verjaard. In zoverre staat het causaal verband in de zin van *conditio sine qua non* verband tussen beroepsfout en schade vast.*

Ten aanzien van de geleden schade heeft de Hoge Raad voor gelijksoortige gevallen (onder meer voor het door een advocaat te laat instellen van een rechtsvordering) geoordeeld dat de rechter de schade moet vaststellen door te beoordelen hoe de rechter, indien wel tijdig een rechtsvordering was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in het geding zou hebben gehad.

Naar het hof uit het bestreden vonnis begrijpt, heeft de rechtbank geoordeeld dat zij diende te beoordelen hoe de rechter in het hypothetische geding tegen [Nederlandse notaris] had behoren te beslissen indien de vordering van [de broer] tegenover [Nederlandse notaris]

¹² Zie art. 3:310 BW (verjaring) en art. 3:316 BW (stuiting).

niet verjaard was. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis namelijk geoordeeld dat in dit geding de vraag voorligt in hoeverre de schadevordering van [de broer] tegen [Nederlandse notaris] zou zijn toegewezen, indien [de advocaat] deze vordering tijdig had gestuit. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat bij de beoordeling van de door [de broer] aangevoerde schadeposten de aansprakelijkheid van [Nederlandse notaris] als uitgangspunt geldt. Daarbij heeft de rechtbank overwogen dat zij in aanmerking heeft genomen de mate waarin de gestelde schade voorzienbaar in de lijn der normale verwachtingen is te achten, en aldus in redelijkheid aan [Nederlandse notaris] dient te worden toegerekend. Vervolgens heeft de rechtbank per schadepost beoordeeld of en in hoeverre deze aan [Nederlandse notaris] had kunnen worden toegerekend en wat de juiste omvang van de aan [de broer] te vergoeden schadepost was.

Geen van beide partijen heeft gegriefd tegen dit (...)oordeel van de rechtbank over de wijze waarop de door [de advocaat] aan [de broer] te vergoeden schade dient te worden vastgesteld. De stellingen van beide partijen in hoger beroep sluiten hier ook op aan. (...) Het partijdebat gaat ook met name over (concrete omvang en onderbouwing van) de gestelde schadeposten en de wijze waarop die in het hypothetische geding tegen [Nederlandse notaris] beoordeeld hadden dienen te worden.

Gelet op het voorgaande, neemt ook het hof de hierboven weergegeven wijze van beoordeling tot uitgangspunt en zal het hof dus beoordelen hoe de rechter in het hypothetische geding tegen [Nederlandse notaris] had behoren te beslissen indien de vordering van [de broer] tegenover [Nederlandse notaris] niet verjaard was."

Ten aanzien van de beroepsfout van de notaris overwoog het hof vervolgens:

"Ten aanzien van de inhoud en omvang van de door [Nederlandse notaris] gemaakte beroepsfout geldt het volgende.

[de broer] stelt dat niet alleen de afgegeven verklaring van erfrecht onjuist is, maar ook de handelwijze van [Nederlandse notaris] daarna en daarvóór.

Volgens [de advocaat] bestaat de beroepsfout van [Nederlandse notaris] alleen daaruit, dat zij zonder adequaat onderzoek (naar de complexe ipr-vragen die hier speelden) een verklaring van erfrecht heeft afgegeven.

Het hof overweegt als volgt.

Vaststaat dat de verklaring van erfrecht inhoudelijk onjuist was: ten onrechte is naar Nederlands recht beoordeeld wie de erfgenaam/erfgenamen is/zijn van [de overledene] en op grond daarvan is ten onrechte [de Britse zwager] aangewezen als enig erfgenaam. Anders dan [de advocaat] stelt, wordt in de brief van Aon (...) ook niet gerefereerd aan inadequaat onderzoek maar wordt aangeknoopt bij het verwijt dat er een onjuiste verklaring van erfrecht is gegeven. Naar het oordeel van het hof zou in het hypothetische geding tegen [Nederlandse notaris] dat laatste als de beroepsfout van de notaris zijn aangemerkt: het afgeven van een onjuiste verklaring van erfrecht.

Vaststaat dat [Nederlandse notaris] na het afgeven van de Verklaring diverse stappen heeft gezet om een en ander recht te trekken. Wat [de broer] hierover naar voren heeft gebracht, is onvoldoende om te oordelen dat die handelwijze (zodanig) nalatig was, dat (ook) dit in het geding tegen [Nederlandse notaris] als beroepsfout zou zijn aangemerkt. Ook ten aanzien van de handelwijze van [Nederlandse notaris] vóór het afgeven van de Verklaring heeft [de broer] onvoldoende concreet en onderbouwd gesteld dat hier sprake was van onjuist handelen dat als een beroepsfout kan worden bestempeld. De enkele stelling dat

[Nederlandse notaris] al vóór het afgeven van de Verklaring werkzaamheden heeft verricht is daartoe onvoldoende. Voor toewijzing van schade betreffende de periode van vóór 11 april 2003 (...) is dan ook geen plaats. Bij het voorgaande komt nog dat de beroepsfout op grond waarvan [de broer] [de advocaat] aansprakelijk heeft gesteld, inhoudt dat zij de verjaring van de vordering vanwege de namens [Nederlandse notaris] erkende beroepsfout (het afgeven van de onjuiste Verklaring) niet tijdig heeft gestuit."

Het hof beoordeelt in zijn arrest verschillende schadeposten, zoals de waardedaling van een woning in Spanje, de misgelopen rente over de verkoopopbrengst van een andere woning, de kosten van rechtsbijstand en vertalingen, reiskosten en verdwenen roerende goederen en saldi. Het hof komt voor een groot deel tot dezelfde uitkomst als de rechtbank in het bestreden vonnis.

Het zwaartepunt ligt enerzijds bij de toegewezen schadepost dat de broer bij het wegdenken van de beroepsfout van de notaris de woning in Spanje eerder had kunnen verkopen en dus eerder de beschikking had gehad over de verkoopopbrengst (en daarover ook rente heeft gederfd) en anderzijds bij de eveneens toegewezen schadepost van de kosten van de Spaanse advocaat die diverse procedures heeft moeten voeren om terug te draaien dat de zwager ten onrechte als erfgenaam over de woning heeft kunnen beschikken.

2.8. Geen deugdelijke voorlichting over de gevolgen van verwerping van de nalatenschap

Nadat een vrouw was komen te overlijden, dienden de erfgenamen een ingrijpende keuze te maken over de wijze van afwikkeling van de nalatenschap. Omdat de vrouw vennoot was van een vennootschap onder firma (met een hoofdelijke aansprakelijkheid van de firmanten voor de schulden van de VOF) wint de man advies in over de fiscale gevolgen van het aanvaarden of verwerpen van de nalatenschap. De fiscale adviseur licht de verschillende keuzemogelijkheden toe en geeft daarbij een globale indicatie van de gevolgen. Aangezien de materie complex is - het testament bevat een ouderlijke boedelverdeling en een keuzelefaat bij verwerping van de nalatenschap - raadt de fiscale adviseur aan om de verdeling van de nalatenschap ook met de notaris te bespreken.

Op 27 juli 2000 vindt een bespreking plaats tussen de notaris, de man en zijn dochters. Vier dagen later verwerpt de man de nalatenschap. Er ontstaan uiteindelijk problemen bij de verdeling van de nalatenschap.

In eerste instantie dient de man een tuchtklacht in tegen de notaris omdat deze hem onvoldoende geïnformeerd zou hebben over de gevolgen van het verwerpen van de nalatenschap. De kamer van toezicht achtte de klacht ongegrond. In appel oordeelt de notariskamer in haar beslissing van 12 november 2013 (niet gepubliceerd), anders. Aan de notaris wordt een waarschuwing opgelegd. Daaraan ligt ten grondslag dat de erfgenamen van de vrouw de gevolgen van de verwerping niet overzagen en dat de notaris geen gespreksaantekeningen had gemaakt waaruit zou kunnen blijken dat hij op de gevolgen daarvan had gewezen. De notariskamer overwoog onder meer:

"Klager heeft uitdrukkelijk gesteld dat de notaris hem niet (voldoende) heeft gewezen op de gevolgen die het verwerpen van de nalatenschap met zich meebracht. De notaris heeft verklaard geen aantekeningen van de bespreking op 27 juli 2000 te hebben gemaakt. Uit de stukken en hetgeen verder door partijen naar voren is gebracht, moet het hof afleiden dat

de notaris klager (en zijn dochters) ten tijde van de verwerping niet voldoende uitdrukkelijk heeft gewezen op de gevolgen van verwerping van de nalatenschap. Hiervoor is redengevend dat klager nooit gebruik heeft gemaakt van het keuzelegaat, dat dochter [B] ondanks haar ontevredenheid jarenlang haar aanspraken niet heeft verzilverd en dat pas heeft gedaan nadat haar advocaat in 2010 bij de notaris om opheldering had gevraagd, en dat Post er, kennelijk op basis van informatie van klager en zijn dochters, van uitging dat de vorderingen van de dochters niet opeisbaar waren. Hiertegenover is de enkele mededeling van de notaris dat hij zich niet anders kan voorstellen dan dat tijdens de hiervoor bedoelde bespreking ook is gesproken over de consequenties van een verwerping, onvoldoende om aan te nemen dat de notaris klager hierover zorgvuldig heeft voorgelicht. Het hof is van oordeel dat de notaris klager voor en/of tijdens die bespreking uitgebreid had moeten informeren over de gevolgen van verwerping, zeker gezien het feit dat de keuze voor aanvaarding dan wel verwerping op zeer korte termijn - binnen een paar dagen - diende te worden gemaakt. Verwerping van de nalatenschap zou immers leiden tot het opeisbaar worden van de erfdelen van [C] en [B]. In dit verband is ook van belang dat niet is gebleken dat er een andere reden voor klager was om te verwerpen dan de enkele wens de ouderlijke woning vrij van overdrachtsbelasting over te dragen aan [C]."

In de civiele procedure stelt de man de notaris aansprakelijk voor een beroepsfout, nadat de man was gebleken dat hij door de verwerping van de nalatenschap opeisbare schulden aan de kinderen kreeg. De rechtbank wijst de schadevergoedingsvordering van de man af. Het gerechtshof Amsterdam komt in zijn arrest van 24 april 2018, [ECLI:NL:GHAMS:2018:1484](#), evenwel tot een ander oordeel.

Het hof stelt voorop (vgl. ook HR 19 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:288](#), NJ 2016/295 (zie daarvoor § 2.2)) dat een notaris als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht (§ 4). In dit geval bracht deze zorgvuldigheidsplicht mee dat de notaris zich ervan vergewiste dat de man zich bewust was van de belangrijkste (civielrechtelijke) consequenties van de verwerping van de nalatenschap van de vrouw, en dat hij maatregelen adviseerde om de man te beschermen tegen het risico dat de kinderen bij verwerping een onmiddellijk opeisbare geldvordering op hem zouden krijgen. Op de man rust de stelplicht en de bewijslast van feiten en omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat de notaris als beroepsbeoefenaar in de nakoming van zijn zorgvuldigheidsplicht is tekortgeschoten. Van de notaris kan evenwel worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de man, teneinde de man aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen (§ 5). Voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met de betrokkene heeft besproken, kan dat ertoe leiden dat hij niet aan deze motiveringsplicht kan voldoen, hetgeen dan voor zijn risico komt.

Het hof gaat ook in op de verhouding tussen de in het tuchtrecht en het civiel recht geldende normen (zie ook § 5):

"Voorts dient tot uitgangspunt dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat is gehandeld in strijd met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels weliswaar niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene ook civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm, maar dat de (civiele) rechter, indien hij van dit oordeel afwijkt, zijn oordeel zodanig dient te motiveren

dat het ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter voldoende begrijpelijk is (zie onder meer HR 22 september 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2452](#))."

De notaris kan zich niet voorstellen dat hij niet met de man over de gevolgen van de verwerping van de nalatenschap heeft gesproken, hoewel dit niet uit zijn dossieraantekeningen volgt. Volgens het hof heeft de notaris niet aan zijn verzwaarde motiveringsplicht voldaan. Het hof kan uit de gang van zaken niet afleiden dat de notaris de man heeft gewezen op de civielrechtelijke gevolgen van verwerping. Deze gevolgen had de notaris de man moeten voorhouden, ook al hechtte de man met name aan belastingbesparing.

Ook kon de notaris er niet van uitgaan dat de belastingadviseur de man hierover al afdoende had geadviseerd. De belastingadviseur verwees de man juist naar de notaris vanwege de complexiteit van de materie. De man is na het overlijden van de vrouw meermalen bij de notaris geweest, onder meer voor het maken van huwelijksvoorwaarden voor een opvolgend huwelijk. Ook deze latere gelegenheden heeft de notaris niet aangegrepen om de man nader te adviseren over (verbetering van) zijn positie ten aanzien van de kinderen.

De notaris had nog aangevoerd dat de vorderingen van de man waren verjaard (§ 10). Het hof oordeelt daarover als volgt:

"Het hof overweegt dat de verjaring van een rechtsvordering tot vergoeding van schade begint op het moment waarop de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijk persoon (artikel 3:310 BW). De notaris heeft onvoldoende gesteld om zijn stelling dat [X] bekend was met de opeisbaarheid van de vorderingen (en de daaruit mogelijk voor hem voortvloeiende schade) te kunnen dragen. De enkele stelling dat er is gesproken over 'schulden' en 'overbedeling' impliceert dit niet en dat geldt evenzeer voor de stelling van de notaris dat hij ervan overtuigd was dat [X] wist dat hij met zijn dochters moest afrekenen: beslissend is immers of [X] ook wist wannéér respectievelijk onder welke omstandigheden hij dat zou moeten doen. De notaris heeft geen voldoende concrete stellingen aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat [X] al voor de beslaglegging in het jaar 2011 bekend was met de opeisbaarheid van de vordering van [B]. De notaris heeft ook geen daarop afgestemd bewijsaanbod gedaan. Het hof verwerpt daarom het beroep op verjaring door de notaris. Om dezelfde reden(en) wordt ook het beroep van de notaris op rechtsverlies door niet tijdig protesteren in de zin van artikel 6:89 BW verworpen."

Het hof wijst de gevorderde verklaring voor recht toe dat de notaris niet gehandeld heeft zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris verwacht mocht worden door in het kader van de advisering over de verwerping van de nalatenschap de man onvoldoende voor te lichten omtrent de civielrechtelijke gevolgen van de verwerping en door geen maatregelen te adviseren ter bescherming van de man tegen de risico's van de verwerping van de nalatenschap. Het hof veroordeelt de notaris tot vergoeding van de schade die de man daardoor heeft geleden en nog zal lijden, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet (ofwel een verwijzing naar de schadestaatprocedure (§ 8)).

2.9. Onvoldoende onderzoek naar de wilsbekwaamheid van de testateur?

De ouders van X zijn in 2006 en 2007 overleden. Bij gelijkkluidende testamenten is de zoon in 2006 onterfd. De ontervingsclausule luidt als volgt;

“Ik sluit mijn zoon, de heer [X], geboren te [plaats] [in] negentienhonderd vijftig, wonende te [adres], alsmede zijn afstammelingen uit als erfgenamen van mijn nalatenschap. (...) Voor het geval mijn voornoemde zoon een beroep op zijn legitieme portie mocht doen, bepaal ik dat daarmee moet worden verrekend: de alsdan gehele eventueel nog bestaande vordering op hem wegens achterstallige huur/vergoeding voor het gebruik van de woning te [adres] vanaf een augustus tweeduizend vier, welke vordering uit de huwelijksgemeenschap geheel aan mijn nalatenschap moet worden toegedeeld.”

De ouders waren boos op de zoon omdat hij niet wilde betalen voor zijn inwoning bij hen. De ouders hadden zelf intussen de naastgelegen (tot een seniorenwoning verbouwde) koestal betrokken. De ouders hebben in hun testamenten daarom bepaald dat, als de zoon een beroep doet op zijn legitieme portie, zijn achterstallige huurschuld aan de ouders daarmee verrekend zou moeten worden.

De tuchtrechter heeft de klacht van de zoon, inhoudende dat de notaris de wilsbekwaamheid van de testateurs onvoldoende zou hebben onderzocht, ongegrond verklaard ([ECLI:NL:GHAMS:2009:BI9926](#)).

In de civiele procedure spreekt de zoon de notaris aan op een beroepsfout, te weten schending van de zorgplicht bij het opstellen van het testament van moeder. Het hof stelt in zijn arrest van 21 april 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:1199](#), voorop dat de stelplicht en de bewijslast van de stelling dat zijn moeder ten tijde van het verlijden van het testament dement was en zij daardoor niet in staat was haar wil in vrijheid te vormen op de zoon rusten en dat gelet op het bepaalde in art. 164 lid 2 Rv aan zijn als getuige afgelegde verklaring slechts beperkte bewijskracht toekomt. Een medische verklaring ter staving van de stelling dat zijn moeder als gevolg van dementie niet in staat was haar wil in vrijheid te vormen, is door de zoon niet ingebracht. De stelling van de zoon dienaangaande is voor een groot deel gebaseerd op zijn eigen observatie en interpretatie. Het gaat bijvoorbeeld om de waarneming van de zoon, zoals hij heeft verklaard in het voorlopig getuigenverhoor, (i) dat zijn moeder tijdens een verjaardagdiner in 2000 binnen korte tijd tweemaal aan de zoon heeft gevraagd of hij het eten lekker vond, (ii) dat zij, als verwoed puzzelaarster, in 2004 diverse fouten heeft gemaakt in een puzzel en (iii) dat zij na 2004 geen hobby's meer had, terwijl zij die vroeger wel had. Verder leidt de enkele stelling van de zoon dat er veel zorg nodig was en dat zijn moeder veel medicijnen gebruikte niet tot de conclusie dat dit te maken had met dementie. Het enkele feit dat de zoon zijn moeder iedere dag zag en haar hielp met klussen in huis, zoals de zoon benadrukt, volstaat niet om aan zijn eigen verklaring doorslaggevende betekenis toe te kennen, daargelaten het feit dat de door de zoon waargenomen gemoedstoestand van zijn moeder (vergeetachtigheid, verminderde alertheid en activiteit) op zichzelf genomen niet opmerkelijk is bij iemand op hoge leeftijd en, op zichzelf bezien, niet hoeft te zijn veroorzaakt door dementie. Bovendien volgt daaruit niet zonder meer dat zijn moeder ten tijde van het opstellen van het testament niet tot redelijke waardering van haar belangen in staat was. Volgens het hof is daarom niet komen vast te staan dat moeder bij het testeren dement en daarmee wilsbekwaam was.

Voorts stelt de zoon dat het testament nietig is wegens strijd met art. 4:63 BW, omdat de legitieme portie wordt verminderd met een vermeende huurschuld, terwijl die schuld niet vaststaat. Deze grief faalt reeds volgens het hof omdat het door de zoon gestelde niet kan leiden tot het oordeel dat het testament nietig is vanwege strijd met de wet. De legitieme portie is slechts een schadevergoedingsvordering.

Evenmin behoorde het tot de taak van de notaris om, zoals de zoon stelt, de belangen van de zoon te behartigen bij het verlijden van het testament of om een minder ingrijpende wijziging van het testament voor te stellen. Hierbij wijst het hof onder meer op de ministerieplicht van de notaris (art. 21 Wna). De notaris dient zijn dienstverlening evenwel te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem wordt verlangd leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft (art. 21 lid 2 Wna). Zoals bij elke akte moet de notaris ook bij het verlijden van een testament de wilsbekwaamheid van de betrokkene beoordelen. Het komt daarbij in eerste instantie aan op de eigen waarneming van de notaris, die daarvoor een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt. Bij gereede twijfel aan de wilsbekwaamheid is in het algemeen verder onderzoek aangewezen. Het Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening van de KNB biedt hiervoor een handreiking.¹³

Over de naleving van het Stappenplan vermeldt het arrest van het hof het volgende:

“In zijn beslissing van 23 juni 2009 (...) heeft de Notariskamer van het hof geoordeeld dat niet van omstandigheden is gebleken op grond waarvan de Notaris alert had moeten zijn en gehouden was nader onderzoek te verrichten. Het hof heeft zich in die beslissing reeds gebogen over de in die procedure door [de zoon] naar voren gebrachte omstandigheden dat zijn ouders immobiel waren en dat het eerste contact met de Notaris was gelegd door [de halfzus], die door het testament sterk is bevoordeeld. In diezelfde beslissing heeft het hof ook al in aanmerking genomen dat de keuze van de ouders om [de zoon] te onterven een harde beslissing voor [de zoon] is. Aan deze omstandigheden heeft [de zoon] in het onderhavige beroep slechts toegevoegd dat de moeder niet haar eigen administratie beheerde en dat het vastleggen van het testament in een korte tijdsspanne, namelijk een week, is geschied. Naar het oordeel van het hof hebben deze omstandigheden, bezien in samenhang met de eerder door [de zoon] naar voren gebrachte omstandigheden, niet de Notaris ertoe hoeven brengen nader onderzoek te verrichten naar de geestesgesteldheid van de moeder. Dat er bij de Notaris twijfels bestonden over de weloverwogenheid van het verzoek is door [de zoon], gelet op de betwisting daarvan door de Notaris met verwijzing naar de door haar afgelegde getuigenverklaring, onvoldoende gemotiveerd gesteld. Daarbij is het, gezien de ingrijpende gevolgen van (de wijziging van) het testament voor [de zoon], juist te begrijpen dat de moeder tijdens het huisbezoek van de Notaris zich heeft laten ontvallen dat zij niet wilde dat [de zoon] (die dagelijks bij zijn moeder over de vloer kwam) zou weten dat de Notaris op bezoek was. Het behoorde, in tegenstelling tot hetgeen [de zoon] stelt, niet tot de taak van de Notaris om de belangen van [de zoon] te behartigen bij het verlijden van het testament of om een minder ingrijpende wijziging van het testament voor te stellen. Het Stappenplan schrijft daarbij niet voor dat de notaris zich laat bijstaan door twee medewerkers, maar raadt dit slechts aan. Een gesprek onder vier ogen en het uittrekken

¹³ Zie daarvoor ook het onderdeel ‘Materieel tuchtrecht in erfrechtelijke aangelegenheden: van andermans fouten leren’.

van extra tijd wordt door het Stappenplan eerst voorgeschreven indien er aanleiding bestaat voor een nadere beoordeling van de wilsbekwaamheid. Gelet op dit alles heeft [de zoon] onvoldoende gemotiveerd gesteld dat de Notaris, aan de hand van het Stappenplan, niet tot het besluit heeft kunnen komen om de wilsbekwaamheid van de moeder niet aan een nader onderzoek te onderwerpen. De conclusie is dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de Notaris haar zorgplicht niet heeft geschonden."

De opmerkelijke stelling van de zoon ten slotte dat de notaris zelf wilsonbekwaam was, welke stelling de rechtbank Noord-Holland in het in eerste aanleg gewezen vonnis (ECLI:NL:RBNHO:2017:8120) als "volstrekte onzin" kwalificeerde, wijst het hof ook van de hand. Om die stelling te betrekken, had de zoon een 'reconstructie' van het leven van de notaris gemaakt. Het hof oordeelt dat de zoon met zijn stelling en zijn diep in het privéleven van de notaris wroetende reconstructie ter onderbouwing daarvan, geen enkele serieus in acht te nemen omstandigheid heeft aangedragen die dit betoog zou kunnen onderbouwen. Ook in zoverre is er dus geen enkele aanleiding om tot het oordeel te komen dat de notaris bij het verlijden van het testament niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris mag worden verwacht.

3. De rechtsverhouding met de notaris

Zoals gesteld, is beroepsaansprakelijkheid van de notaris in de regel een uitvloeisel van de tussen de notaris en de cliënt gesloten overeenkomst van opdracht (§ 1). Deze overeenkomst van opdracht heeft bijzondere kenmerken. Eén bijzonder kenmerk van de rechtsverhouding tussen de notaris en de cliënt is dat de notaris een ministerieplicht heeft. De ministerieplicht houdt in dat de notaris, behoudens enkele uitzonderingen, verplicht is de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten (art. 21 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna)). De notaris staat het daarmee in beginsel niet vrij om zich aan de door de cliënt verlangde notariële dienstverlening te onttrekken, ongeacht of die dienstverlening betrekking heeft op wettelijke werkzaamheden¹⁴ dan wel buitenwettelijke werkzaamheden¹⁵. Verder geldt dat de Wet op het notarisambt ook op andere terreinen publiekrechtelijke elementen toevoegt aan de contractuele rechtsverhouding van de notaris met een cliënt. De notaris heeft aldus niet altijd contractsvrijheid, ofwel de vrijheid om zijn diensten al dan niet te verlenen en te bepalen onder welke voorwaarden dat gebeurt.

In de rechtspraak en literatuur werd voor de grondslag van de notariële beroepsaansprakelijkheid lange tijd een onderscheid gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden van de notaris. Zo was in de Notariswet - de voorganger van de Wet op het notarisambt - een regeling opgenomen van de aansprakelijkheid voor

¹⁴ Naar de wettelijke werkzaamheden van de notaris wordt in art. 2 lid 1 Wna verwezen: "Het ambt van notaris houdt de bevoegdheid in om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt of een partij zulks van hem verlangt en andere in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden te verrichten." De Wet op het notarisambt geeft de notaris ook andere opdrachten dan het opmaken van notariële akten, zoals het legaliseren van handtekeningen (art. 52 Wna), het opnemen van akten in het protocol (art. 48 Wna) en de afgifte van afschriften, uittreksels en grossen van notariële akten (art. 49 en 50 Wna).

¹⁵ Bij buitenwettelijke werkzaamheden kan worden gedacht aan het geven van juridisch advies buiten het kader van het opmaken van notariële en onderhandse akten.

fouten bij het verrichten van wettelijke werkzaamheden. Die aansprakelijkheid moest worden beoordeeld volgens de wettelijke regels van onrechtmatige daad. De achtergrond hiervan was dat de notaris als ambtenaar een opdracht werd gegeven en die ook moest uitvoeren. Als gezegd, stond het de notaris niet vrij om die opdracht niet uit te voeren als deze gebaseerd was op wettelijke werkzaamheden. Aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van andere verrichtingen van de notaris moest geldend gemaakt worden uit hoofde van wanprestatie. De Hoge Raad heeft in het Baarns beslag-arrest¹⁶ uitgemaakt dat aansprakelijkheid van de notaris op grond van nauw met wettelijke werkzaamheden samenhangende verrichtingen op grond van wanprestatie gevestigd kan worden.

Teneinde elke discussie over de grondslag van de tussen de notaris en de cliënt bestaande rechtsverhouding bij het verrichten van wettelijke werkzaamheden te voorkomen, bepaalt art. 16 Wna dat het verrichten van wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten, berust op een overeenkomst tussen de notaris en de cliënt, bedoeld in titel 5 van Boek 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) van het Burgerlijk Wetboek.¹⁷ Titel 5 heeft als opschrift 'Overeenkomsten in het algemeen'. Die verduidelijking – ook al is die ten overvloede – spreekt aan omdat de notaris niet alleen ambtenaar is en een publieke taak uitoefent, maar ook zelfstandig ondernemer.¹⁸ Dat het verrichten van buitenwettelijke werkzaamheden door de notaris op een overeenkomst tussen de notaris en de cliënt berust, is vanzelfsprekend.

De overeenkomst van opdracht

De overeenkomst met de notaris is een bijzondere (of benoemde) overeenkomst, te weten een overeenkomst van opdracht. Titel 7 van Boek 7 BW is gewijd aan de bijzondere overeenkomst van opdracht. Deze overeenkomst wordt in art. 7:400 lid 1 BW omschreven als:

“(...) de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.”

Onderdeel van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht is de verplichting van de notaris als opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen (art. 7:401 BW).¹⁹

¹⁶ HR 30 januari 1981, NJ 1082/56. Het betrof in dat geval het handelen van een notaris bij het beheer van gelden in het kader van de levering van onroerend goed. Volgens de uitspraak mag de notaris de koopprijs van de koper pas aan de verkoper ter beschikking stellen nadat de notaris heeft gecontroleerd dat de levering vrij van hypotheek en beslagen heeft plaatsgevonden. De narecherche zal moeten uitwijzen of hieraan is voldaan.

¹⁷ De dogmatische verschillen tussen onrechtmatige daad en toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (voorheen wanprestatie genoemd) moeten niet overdreven worden. Afdeling 6.1.9 BW (De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis) is bijvoorbeeld van toepassing op alle verbintenissen, ongeacht hun ontstaansbron. Het belangrijkste gevolg van het niet nakomen van een verbintenis is het ontstaan van een verbintenis tot schadevergoeding.

¹⁸ Zo bepaalt art. 2 lid 3 Wna dat de notaris zijn ambt voor eigen rekening en risico uitoefent.

¹⁹ Zie § 4 voor een nadere invulling van de maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid van de notaris.

De notaris sluit een overeenkomst van opdracht met de cliënt. Als cliënt kan worden aangemerkt degene die opdracht aan de notaris geeft om zijn diensten te verlenen. De cliënt is in de regel ook de persoon die partij wordt bij de rechtshandeling waaraan de notaris zijn medewerking verleent (vgl. art. 17 lid 1 Wna). Op het terrein van het erfrecht zal de notariële dienstverlening ten behoeve van cliënten kunnen bestaan uit het opstellen en passeren van een testament, de afgifte van een verklaring van erfrecht of de afwikkeling van een nalatenschap.

Voorstelbaar is dat de notaris bij de redactie van een testament (redactie)fouten maakt of dat hij bijvoorbeeld bij de wilscontrole van de erflater tekortschiet. In de regel treden die beroepsfouten pas aan het daglicht na het openvallen van de nalatenschap. Degene die alsdan stelt dat hij als gevolg van een beroepsfout van de notaris schade heeft geleden, is geen cliënt van de notaris. Hij is ook geen partij bij de in de notariële akte opgenomen rechtshandeling. Hij is - hoewel een derde - mogelijk wel een direct belanghebbende bij de notariële akte. Hij kan daaraan bepaalde rechten ontleen. Of die rechten zijn hem - volgens zijn stellingen - ten onrechte ontnomen (bijvoorbeeld bij een onterving). In die gevallen kan de grondslag van aansprakelijkheid gebaseerd worden op onrechtmatige daad, aangezien ook derden de notaris aansprakelijk kunnen stellen.

Hiervoor is reeds gebleken dat in aansprakelijkheidsprocedures in erfrechtelijke aangelegenheden tegen de notaris schadevergoedingsvorderingen kunnen worden ingesteld op grond van zowel wanprestatie als onrechtmatige daad. De cliënt kan kiezen op welke grondslag hij zijn vordering baseert.²⁰ Aangenomen mag worden dat de notaris die niet de zorg van een goed opdrachtnemer in acht neemt, niet alleen tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst van opdracht, maar ook onrechtmatig handelt.

4. Grondslag en maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid

Indien een overeenkomst van opdracht met de notaris is aangegaan, dan kan de aansprakelijkheid van de notaris gebaseerd worden op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (ook wel wanprestatie genoemd) van de notaris jegens zijn cliënt (art. 6:74 BW). Ook kan sprake zijn van aansprakelijkheid van de notaris jegens anderen dan degene(n) met wie hij een contractuele relatie is aangegaan. Als grondslag voor die aansprakelijkheid kan worden genoemd het plegen van een onrechtmatige daad als bedoeld in art. 6:162 BW. Derden kunnen een dergelijke schadevergoedingsvordering gebaseerd op onrechtmatige daad alleen instellen indien zij daarbij een rechtens relevant belang hebben.

Welke maatstaf dient te worden gehanteerd om te beoordelen of de notaris met succes kan worden aangesproken? Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad komt naar voren dat de vraag moet worden beantwoord of de notaris de zorgvuldigheid heeft betracht van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot.²¹ Men neemt aan dat dit criterium dezelfde maatstaf is als die van een goed opdrachtnemer als bedoeld in art. 7:401 BW. De

²⁰ De rechter vult bovendien ambtshalve de gronden aan (art. 25 Rv).

²¹ HR 19 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:288](#), NJ 2016/29510 ('Redactiefout in een testament: het langstlevende testament zonder niet-opeisbaarheidsclausule', § 2.2). Deze norm geldt niet alleen voor de notaris, maar ook voor de advocaat (vgl. HR 12 april 1985, NJ 1986/809), de arts (HR 9 november 1990, NJ 1991/26), de financieel dienstverlener en de accountant.

norm van de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot kan worden gehanteerd ongeacht of aan de schadevergoedingsvordering wanprestatie of onrechtmatige daad ten grondslag wordt gelegd. Bij de invulling van dit criterium - ook wel de maatmannorm genoemd - zullen de gedragsnormen neergelegd in de beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) een belangrijke rol kunnen spelen.

Aangenomen wordt dat deze aansprakelijkheidsmaatstaf een relatief strenge is, waarbij de concrete invulling daarvan geschiedt met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Daarbij dient het handelen of nalaten van de notaris getoetst te worden naar het moment waarop het handelen of nalaten heeft plaatsgevonden (een beoordeling *ex tunc*). Voorkomen moet worden dat het handelen van de notaris met *hindsight bias* wordt beoordeeld. Eenieder die moet oordelen over een handeling waarvan de gevolgen al bekend zijn, zal die handeling beoordelen in het licht van de gevolgen. Het is onvermijdelijk dat rechters het handelen van de notaris met *hindsight* beoordelen. Zij hebben nu eenmaal kennis van de ongunstige afloop. De rechter kijkt daarbij terug en zonder de ongunstige afloop zou de zaak niet aan hem zijn voorgelegd. Het risico bestaat dan wel dat het rechterlijk oordeel door *hindsight bias* wordt beïnvloed. Het is dan een opgave voor de rechter om te voorkomen dat het oordeel door *hindsight bias* wordt beïnvloed en de verwerende notaris ervan te overtuigen dat dit niet het geval is geweest.

Informatieplichten

Uit de zorgplicht van de notaris, verband houdende met zijn professionele deskundigheid, kunnen informatieplichten voortvloeien. Zo kan men zeggen dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend dienstverlener mag worden verwacht dat hij, gelet op de verstrekte overeenkomst van opdracht en rekening houdende met de gerechtvaardigde belangen van degenen die op zijn notariële dienstverlening vertrouwen, alle informatie vergaart dan wel verstrekt die beantwoordt aan zijn maatschappelijke functie als professioneel dienstverlener.

Bijzondere waarschuwingsplichten

Art. 43 lid 1 Wna bepaalt:

“De partijen bij de akte en de bij het verlijden van de akte eventueel verschijnende andere personen krijgen tijdig tevoren de gelegenheid om van de inhoud van de akte kennis te nemen. Alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan, doet de notaris aan de verschijnende personen mededeling van de zakelijke inhoud daarvan en geeft daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien. (...)”

Uit art. 43 lid 1 Wna wordt afgeleid dat de notaris bij het verlijden van een notariële akte niet alleen een algemene informatieplicht heeft, inhoudende dat hij partijen wijst op de rechtsgevolgen van ondertekening van de akte en onderzoekt of hetgeen in de akte wordt opgenomen overeenstemt met hun werkelijke bedoeling, maar ook een bijzondere waarschuwingsplicht. Deze plicht houdt in dat de notaris partijen zo nodig waarschuwt voor specifieke, aan de rechtshandeling verbonden risico's.

Verhouding tussen de informatieplichten en de bijzondere waarschuwingsplichten

De informatieplicht is algemeen van aard en staat in het teken van de *rechtszekerheid*. De gedachte daarbij is dat de notaris als openbaar ambtenaar gehouden is tot een zekere mate van wilscontrole, en wel om ervoor te zorgen dat aan de notariële akte geen juridisch gebrek kleeft.

De waarschuwingsplicht zal in incidentele gevallen actueel kunnen worden. Deze plicht staat in het teken van de *individuele rechtsbescherming*. De gedachte is dat de notaris *“beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht”*. Op die grond oordeelde de Hoge Raad in het Groninger huwelijksvoorwaarden-arrest dat de notaris niet zonder te waarschuwen had mogen meewerken aan de omzetting van huwelijksvoorwaarden in een algehele gemeenschap van goederen, met het kennelijke doel de vrouw in kwestie te laten opdraaien voor de financiële malaise van de man.²² Men spreekt in dit verband wel van de *Belehrungspflicht* van de notaris.

Het is duidelijk dat de algemene informatieplicht en de bijzondere waarschuwingsplicht in elkaars verlengde liggen. De algemene informatieplicht is neutraler van aard dan de bijzondere waarschuwingsplicht. Uit hoofde van zijn wilscontrolerende functie zou de notaris slechts gehouden zijn tot het vergaren en verstrekken van objectieve informatie, ter voorkoming van juridische gebreken aan de notariële akte. De cliënt dient adequaat voorgelicht te worden, zodat een rechtsgeldige notariële akte tot stand komt die in overeenstemming is met de wil van de partij(en) bij de akte. Uit hoofde van zijn rechtsbeschermende functie zou de notaris gehouden zijn de cliënt zo nodig op andere gedachten te brengen, ter voorkoming van misbruik of onevenredige benadeling. De notaris kan onder omstandigheden gehouden zijn om meer informatie te verstrekken dan algemene informatie en te waarschuwen voor de aan een rechtshandeling verbonden bijzondere risico's.

Eigen verantwoordelijkheid

Geheel onbegrensd is de zorgplicht van de notaris intussen niet. Onder omstandigheden zal ook gewicht toegekend kunnen worden aan de eigen verantwoordelijkheid van belanghebbenden. Zo heeft de Hoge Raad in een arrest van 27 maart 1992, NJ 1993/188 (*Meijer/Thesing Vastgoed B.V.*) overwogen dat de zorgplicht van een notaris haar grens vindt:

“(...) daar waar de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de betreffende belanghebbende zichzelf reeds op de hoogte had gesteld of dat deze tevoren reeds voldoende inzicht had in hetgeen vereist was voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de akte opgenomen rechtshandelingen.”

In dat geval betrof het twee deelgenoten in een gemeenschap van een verhypothekerde onroerende zaak. Bij verdeling werd de onroerende zaak aan Thesing Vastgoed toebedeeld. De andere deelgenoot, Meijer, verwijt de notaris dat hij als gevolg van diens wanprestatie dan wel onrechtmatige daad niet jegens de bank uit het hoofdelijk

²² HR 20 januari 1989, NJ 1989/766.

schuldenaarschap is ontslagen. In dit kader werd onder meer relevant geacht dat de verdeling plaatsvond tussen een onroerend goed maatschappij en iemand die zich presenteerde als vastgoedadviseur. Het hof meende dat sprake was van twee deskundigen op dit gebied, zodat aan de zorgplicht van de notaris een grens kon worden gesteld.

Uit het rechtspraakoverzicht van § 2 zijn zorgplichten in vele gedaanten af te leiden. Te noemen zijn:

- informatieplicht tegenover de man en afgeleid tegenover de vrouw inzake de vererving van de nalatenschap van de man in een geval waarin de vrouw de erfgenaam van de man moest worden ('Het vergeten testament' (§ 2.1));
- informatieplicht tegenover de man en afgeleid tegenover de vrouw inzake de mogelijkheid de clause van art. 4:82 BW op te nemen in het testament teneinde de opeisbaarheid van de legitieme porties uit te stellen in een geval waarin de man zijn kinderen wenste te onterven en de langstlevende wenste te begunstigen ('Redactiefout in een testament: het langstlevende testament zonder niet-opeisbaarheidsclausule' (§ 2.2));
- zorgvuldigheid betrachten bij het redigeren van een testament zodat geen onzekerheid over de uitleg van het testament, althans over de bedoeling van het testament van erflater, kan ontstaan ('Redactiefout in een testament: het legaat is ten onrechte herroepen' (§ 2.3), 'Redactiefout in een testament: de wettelijke verdeling is ten onrechte niet meer van toepassing' (§ 2.4)) en 'Redactiefout in een testament: het onbesproken legaat' (§ 2.5);
- zorgvuldigheid betrachten bij het opstellen van een verklaring van erfrecht zodat daarin geen foutieve conclusie wordt getrokken ('De onjuiste verklaring van erfrecht en de verlopen verjaringstermijn' (§ 2.7)); en
- informatieplicht tegenover de erfgenaam inzake de gevolgen van verwerping van een nalatenschap ('Geen deugdelijke voorlichting over de gevolgen van verwerping van de nalatenschap' (§ 2.8)).

5. Stelplicht en bewijslastverdeling

De uitspraken van de civiele rechter over beroepsaansprakelijkheid van de notaris op erfrechtelijk terrein laten een grote variëteit van gemaakte beroepsfouten zien (§ 2). Het handelen of nalaten van de notaris wordt getoetst aan de maatstaf van de redelijke bekwame en redelijk handelende vakgenoot (§ 4). Bij een beoordeling van deze zaken in een civiele procedure spelen de stelplicht en de bewijslastverdeling een grote, veelal beslissende rol.

Hoofdregel van stelplicht en bewijslastverdeling (art. 150 Rv)

Uitgangspunt is dat de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de stelling dat sprake is van een beroepsfout van de notaris op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv op de benadeelde rust.²³ Wanneer de vordering van de benadeelde op art. 6:162 BW wordt

²³ Zie het oordeel van de Hoge Raad in 'Redactiefout in een testament: het langstlevende testament zonder niet-opeisbaarheidsclausule' (§ 2.2): "Op degene die stelt dat de notaris als

gebaseerd, dan dient de eisende belanghebbende te stellen en bij gemotiveerde betwisting te bewijzen dat toerekenbaar onrechtmatig is gehandeld door de notaris. Hetzelfde geldt als de vordering gebaseerd wordt op art. 6:74 BW: de benadeelde belanghebbende zal dan hebben te stellen en te bewijzen dat de notaris tekort is geschoten in de nakoming van een verbintenis, bijvoorbeeld uit een overeenkomst van opdracht.

Het feit dat de bewijslast van de beroepsfout op de benadeelde partij rust, betekent bijvoorbeeld dat wanneer de tegen de notaris ingestelde schadevergoedingsvordering gebaseerd is op de stelling dat de notaris ten onrechte een handeling achterwege heeft gelaten, de benadeelde dat nalaten moet bewijzen. Indien de eisende partij stelt dat de notaris tekort is geschoten doordat hij hem niet op een bepaald risico heeft gewezen en de notaris in reactie daarop stelt dat hij wel degelijk heeft gewaarschuwd, dan moet de benadeelde op grond van de hoofdregel het achterwege blijven van de waarschuwing bewijzen. De benadeelde zal in dat geval een negatief feit moeten bewijzen. Van het verweer van de notaris dat hij heeft gewaarschuwd, draagt de notaris dus niet de bewijslast.

Afwijkende bewijslastverdeling

Op de hoofdregel van bewijslastverdeling bestaan enkele uitzonderingen (art. 150 Rv). Soms voorziet *de wet* in een afwijkende bewijslastverdeling (bijvoorbeeld de bewijslastomkering van art. 7:176 BW bij een schenking ten aanzien waarvan de schenker stelt dat deze door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen). Een afwijkende bewijslastverdeling is ook mogelijk indien *de eisen van redelijkheid en billijkheid* dat vergen. Deze uitzondering zal door de rechter terughoudend toegepast moeten worden. Dat een partij in bewijsnood verkeert, is niet voldoende. Heeft een beroepsbeoefenaar de bewijsnood van de benadeelde veroorzaakt, dan kan er reden zijn om toepassing te geven aan de uitzonderingsbepaling.

Verzwaarde motiveringsplicht

In voorkomend geval bevindt de informatie die benodigd is om de gewraakte beroepsfout van de notaris te bewijzen zozeer in het domein van de notaris dat een verzwaarde motiveringsplicht op hem wordt gelegd. Zo overwoog de Hoge Raad in 'Het vergeten testament' (§ 2.1):

"(...) dat op de notaris een informatieplicht rustte, hierop neerkomend dat van de notaris kon worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens zou verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van [de vrouw] ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijsoverlevering te verschaffen."

Daaraan voegt de Hoge Raad in 'Redactiefout in een testament: het langstlevende testament zonder niet-opeisbaarheidsclausule' (§ 2.2) toe:

"Voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met de betrokkene heeft besproken, kan dat ertoe leiden dat hij

beroepsbeoefenaar in de nakoming van zijn hiervoor (...) genoemde zorgvuldigheidsplicht is tekortgeschoten, rust de stelplecht en de bewijslast van feiten en omstandigheden die dit oordeel kunnen dragen."

niet aan de zojuist genoemde motiveringsplicht kan voldoen, hetgeen dan voor zijn risico komt.”

In een dergelijk geval kan de notaris niet volstaan met zijn betwisting dat hij niets fout heeft gedaan. Van de notaris kan worden gevergd dat hij gemotiveerd aangeeft waarom hij vindt dat hij juist en correct heeft gehandeld. De notaris zal nauwkeurig moeten verklaren wat hij in het kader van zijn notariële dienstverlening heeft gedaan en in dat verband zal hij de relevante gegevens waarover hij beschikt – zoals bijvoorbeeld gespreksaantekeningen (vgl. ‘Het vergeten testament’, § 2.1) – ter beschikking moeten stellen.²⁴

Wordt uitgegaan van een verzwaarde motiveringsplicht van de notaris, dan blijft de stelplicht op de eisende partij rusten. De eisende partij moet bij een gemotiveerde betwisting ook nog steeds bewijzen dat de notaris een beroepsfout heeft gemaakt. Er worden echter verhoogde eisen gesteld aan de gemotiveerde betwisting door de notaris van zijn beroepsaansprakelijkheid. De ratio daarvoor is gelegen in de kennisachterstand van de eisende partij en het gegeven dat de bewuste informatie zich in het domein van de notaris bevindt. Schiet de notaris tekort in zijn gemotiveerde betwisting, dan kan de rechter oordelen dat de notaris zijn beroepsfout onvoldoende betwist heeft en dat die beroepsfout aldus bewezen is.

Bewijsvermoeden

Soms zal de rechter de stellingen van de eisende partij zodanig overtuigend achten of de betwisting van deze stellingen door de notaris zodanig summier of ongeloofwaardig dat hij een bewijsvermoeden aanneemt dat de stellingen van de eisende partij dat een beroepsfout door de notaris is gemaakt juist zijn. De gedaagde notaris zal dan nog wel het bewijsvermoeden mogen ontzenuwen. Van een omkering van de bewijslast is in dit geval geen sprake.

Invloed van het notarieel tuchtrecht

Welke betekenis kan in een civiele aansprakelijkheidsprocedure bewijsrechtelijk aan een tuchtbeslissing van de notariële tuchtrechter toegekend worden? Kunnen de in een tuchtbeslissing vastgestelde feiten en/of gegeven oordelen een bijdrage leveren aan de bewijslevering in een civiele procedure die erop is gericht een schadevergoedingsvordering ten laste van de notaris toegewezen te krijgen?

Vast te stellen is dat het tuchtrecht en het civiele recht verschillende doelen dienen. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 10 januari 2003, [ECLI:NL:HR:AF0690](#) (Portielje):

“Het wettelijk tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren, zoals in het onderhavige geval notarissen, heeft in de eerste plaats tot doel, kort gezegd, in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. Het tuchtrecht komt tot gelding in een tuchtprocedure waarin, in het algemeen naar aanleiding van een klacht van een belanghebbende, wordt onderzocht of een beroepsbeoefenaar in overeenstemming met deze norm heeft gehandeld en, zo dit niet het geval is, een maatregel kan worden opgelegd. Hiermee strookt dat deze procedure niet in de eerste plaats ertoe dient de klager in geval

²⁴ Deze overweging is herhaald in ‘Redactiefout in een testament: de wettelijke verdeling is ten onrechte niet meer van toepassing’ (§ 2.4).

van gegrondbevinding van zijn klacht genoegdoening te verschaffen, ook al kan dit wel het feitelijke resultaat zijn.

Evenzo kan het oordeel van de tuchtrechter over het handelen van een beroepsbeoefenaar in een civiele procedure een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is (vgl. HR 12 juli 2002, nr. C00/274, RvdW 2002, 122), en deze omstandigheid kan een belanghebbende (mede) aanleiding geven een klacht in te dienen, maar dit betekent niet dat een tuchtprocedure tot doel heeft de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar vast te stellen. In dit verband is van belang dat bij de beoordeling van de vraag of een tuchtklacht gegrond is andere maatstaven worden gehanteerd dan bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid, alsmede dat de mede ter bescherming van een gedaagde in een civiele procedure strekkende bewijsregels niet gelden in een tuchtprocedure.”

Desondanks is bekend dat een tuchtprocedure meer dan eens als ‘opstapje’ wordt gebruikt voor een door (een) benadeelde(n) tegen een notaris in te stellen schadevergoedingsvordering wegens beroepsaansprakelijkheid. Dat houdt verband met het feit dat de tuchtnormen van art. 93 lid 1 Wet op het notarisambt²⁵ een zekere overlap hebben met de maatmannorm van de redelijk handelende en redelijk bekwame vakgenoot die in het civiele beroepsaansprakelijkheidsrecht tot uitgangspunt wordt genomen (§ 4) en dat de tuchtprocedure eenvoudig toegankelijk is.

Een andere invalshoek om de gestelde vraag naar de invloed van een tuchtbeslissing te beantwoorden, is dat het civiel bewijsrecht een in beginsel vrij bewijsstelsel kent. Zo kan bewijs worden geleverd door alle middelen (art. 152 lid 1 Rv). Een ander uitgangspunt is dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten (art. 152 lid 2 Rv). Dit houdt in dat de rechter in beginsel vrij is om bewijskracht aan bewijsmiddelen toe te kennen die hem gelet op alle omstandigheden van het geval geraden voorkomt. Bewijskracht betekent in dit verband: overtuigende kracht. De rechter is vrij om zelf te bepalen of, en zo ja in hoeverre, hij zich door de hem gepresenteerde bewijsmiddelen laat overtuigen van de met die bewijsmiddelen te bewijzen feiten.

Door in beide leden van art. 152 Rv aan de hoofdregel toe te voegen: *“tenzij de wet anders bepaalt”*, laat deze bepaling de mogelijkheid open dat de wet paal en perk stelt aan de vrijheid op het terrein van de bewijsmiddelen en de rechterlijke bewijswaardering. Een voorbeeld daarvan is de dwingende bewijskracht van een bewezen feit uit een strafvonnis. Zo levert een in kracht van gewijsde gegaan en op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs op van dat feit (art. 161 Rv).

De rechterlijke vrijheid die ten aanzien van de bewijswaardering bestaat, betekent overigens niet dat de rechter zijn oordeel dat het bewijs is geleverd, niet naar behoren zou moeten motiveren. Aangenomen wordt echter dat op de rechter in beginsel een beperkte motiveringsplicht rust ten aanzien van de bewijswaardering. In hoeverre de rechter zijn beslissing dient te motiveren, hangt volgens de Hoge Raad af van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van precisering van de daartegen door partijen

²⁵ Zie daarvoor de onderdelen ‘Formeel notarieel tuchtrecht: over het verloop van een tuchtprocedure’ en ‘Materieel tuchtrecht in erfrechtelijke aangelegenheden: van andermans fouten leren’.

aangevoerde bezwaren.²⁶ Ten aanzien van het oordeel van de rechter of het bewijs geleverd is, wordt verder de eis gesteld dat hij in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering dient te voorzien, dat deze voldoende inzicht biedt in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

Bij de bewijswaardering van een tuchtbeslissing dienen nog wel enkele kanttekeningen te worden geplaatst.

In de eerste plaats geldt dat de civiele rechter een zelfstandig oordeel moet vellen over de aansprakelijkheid van de notaris. De tuchtbeslissing is daarvoor geen blauwdruk. De tuchtbeslissing handelt ook niet over civiele aansprakelijkheid. Toch komt betekenis toe aan het gegeven dat een deskundige tuchtkamer, die in complexe zaken zelfs uit vijf leden bestaat (art. 94 lid 8 Wna), een oordeel heeft gegeven over het handelen of nalaten van een notaris. Als dat oordeel ziet op bij uitstek notariële aangelegenheden (en geen aansprakelijkheidskwesties die de burgerlijke rechter gemakkelijk zelf, zonder deskundige voorlichting, kan beoordelen) dan zou mijns inziens weldegelijk aangeknoopt kunnen worden bij het deskundige en gemotiveerde oordeel van een gespecialiseerde tuchtrechter.

In de tweede plaats dient gewezen te worden op een arrest van de Hoge Raad van 22 september 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2452](#), waarin een verzwaarde motiveringsplicht van de civiele rechter is aangenomen als hij in voorkomend geval afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter. De Hoge Raad overweegt op dit punt:

“Bij de beoordeling van deze klacht dient tot uitgangspunt dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat is gehandeld in strijd met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. Indien de rechter afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter, dient hij zijn oordeel zodanig te motiveren dat het, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is (vgl. HR 3 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:831](#), NJ 2015/479 en HR 12 juli 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AE1532](#), NJ 2003/151).”

Zie in deze zin ‘Geen deugdelijke voorlichting over de gevolgen van verwerping van de nalatenschap’ (§ 2.8).

In zaken waarin het gaat om een gespecialiseerde tuchtrechter die oordeelt over kwesties waarover de burgerlijke rechter doorgaans niet zelf zonder deskundige voorlichting een oordeel kan vellen, is het alleszins praktisch en daarmee ook hoogst wenselijk dat de rechter niet zonder deugdelijke motivering tot een ander oordeel komt.

²⁶ HR 5 december 2003, NJ 2004/74 (*Stichting Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering Maatschappij*). Weliswaar gaat deze zaak over de bewijswaardering van deskundigenberichten, maar er lijkt geen goede reden te bedenken om aan de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten niet een algemenere strekking toe te kennen.

6. Toerekenbaarheid

In aanvulling op het vereiste van onrechtmatigheid van het handelen of nalaten van de notaris dat in § 4 is behandeld, dient een onrechtmatige daad aan de notaris te kunnen worden toegerekend. Met de toerekening wordt een verband gelegd tussen de dader (in casu de notaris) en zijn gedraging. Op grond van art. 6:162 lid 3 BW kan de onrechtmatige daad aan de dader worden toegerekend indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Dit houdt in dat de toerekenbaarheid niet alleen een schuldelement kan omvatten, maar onder omstandigheden ook een risico-element.

Soms zal met het onrechtmatig handelen de schuld van de notaris in beginsel ook gegeven zijn. De rechter zal in een dergelijk geval naar verwachting aannemen dat in hetgeen door de benadeelde eiser is gesteld over het handelen of nalaten van de notaris besloten ligt dat het onrechtmatig handelen of nalaten aan de schuld van de notaris te wijten is. Is dit inderdaad aannemelijk en betwist de notaris niettemin de aanwezigheid van schuld, dan zal de notaris tegenbewijs moeten leveren tegen het voorshands door vermoedens geleverde bewijs van schuld. Een alternatieve mogelijkheid zou zijn om voor de gedaagde notaris een verzwaarde motiveringsplicht ten aanzien van de betwisting dat de notaris schuld heeft aan het onrechtmatig handelen of nalaten aan te nemen, waarna - als de notaris in staat is daaraan te voldoen - de bewijslast ten aanzien van de schuld conform de hoofdregel van art. 150 Rv weer bij de benadeelde eiser komt te rusten.

7. Relativiteit

Als derde vereiste voor het vestigen van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris voor onrechtmatig handelen of nalaten geldt, naast de hiervoor alreeds behandelde vereisten onrechtmatigheid en toerekening, het zogeheten relativiteitsvereiste. Niet elke onrechtmatige daad die schade heeft veroorzaakt, leidt namelijk tot de verplichting de door (een) benadeelde(n) geleden schade te vergoeden. Het relativiteitsvereiste beoogt een mogelijk ongelimiteerde aansprakelijkheid tot reële en aanvaardbare proporties terug te brengen door te vereisen dat de benadeelde als persoon (vgl. art. 6:162 lid 1 BW dat gewag maakt van een onrechtmatige daad die "*jegens een ander*" is gepleegd) en de door hem geleden schade onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen. Zo bepaalt art. 6:163 BW dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm - in dit geval de voor de notaris geldende zorgvuldigheidsnorm - niet strekt tot bescherming tegen de schade, zoals de benadeelde die heeft geleden.

8. Causaliteit en schade

In deze paragraaf komen de meest lastige vragen van ons civiele aansprakelijkheidsrecht aan de orde. In hoeverre komt vermogensschade die feitelijk het gevolg is of zou kunnen zijn van een beroepsfout (ofwel het onrechtmatig handelen of nalaten) van de notaris rechtens voor vergoeding in aanmerking? Op welke wijze kan worden bewezen dat een

benadeelde vermogensschade heeft geleden als gevolg van een beroepsfout van de notaris en wat is de omvang van deze schade?

Causaal verband

Volgens de heersende leer is uitgangspunt dat iemand uitsluitend die schade behoeft te vergoeden die door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, is veroorzaakt. Het gaat dan om causaal verband dat dient te bestaan tussen de beroepsfout van de notaris en de daardoor veroorzaakte schade. Welke schade feitelijk door een beroepsfout is veroorzaakt, plegen wij vast te stellen aan de hand van het zogeheten *condicio sine qua non-criterium*: de schade die zonder de beroepsfout niet zou zijn ontstaan, dient door de notaris volledig vergoed te worden aan de benadeelde, uiteraard op voorwaarde dat ook aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is voldaan. De hamvraag daarbij is of de schade ook bij het wegdenken van de beroepsfout van de notaris door de benadeelde zou zijn geleden. Voor de vestiging van aansprakelijkheid is dit *condicio sine qua non-verband* een noodzakelijke voorwaarde.

Het voorgaande houdt in dat om vast te stellen of causaal verband aanwezig is een vergelijking moet worden gemaakt tussen: (i) de feitelijke situatie waarin de beroepsfout (ofwel de schadeveroorzakende gebeurtenis) zich heeft voorgedaan (het IST-scenario) en (ii) de hypothetische situatie waarin die beroepsfout wordt weggedacht (het SOLL-scenario). Voor de beoordeling van de vraag of schade is geleden, dient te worden vastgesteld of de benadeelde in de hypothetische situatie in een betere situatie zou hebben verkeerd. Of het causaal verband aanwezig is, is derhalve een louter feitelijke vraag.

Op grond van art. 150 Rv dient de benadeelde te stellen en - bij gemotiveerde betwisting - te bewijzen dat causaal verband bestaat tussen de gestelde beroepsfout van de notaris en de gestelde schade. Daarvoor is vereist dat de benadeelde voldoende feiten stelt ter onderbouwing van zijn schadevergoedingsvordering. De gedaagde notaris dient vervolgens de feiten die de benadeelde aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, gemotiveerd te weerspreken om te voorkomen dat deze als niet of onvoldoende weersproken komen vast te staan. Ook de betwisting door de aangesproken notaris dient voldoende concreet te zijn.

Ten aanzien van de bewijslevering van het causaal verband wordt de eis gesteld dat dit verband op basis van de door de rechter als vaststaand aangenomen feiten met een *"redelijke mate van waarschijnlijkheid"* komt vast te staan. Volledige zekerheid is voor het bewijzen van causaal verband niet vereist. Dat is ook reëel nu geen waarheidsvinding plaats kan vinden naar feiten en gebeurtenissen die zich daadwerkelijk hebben voorgedaan, maar naar *veronderstelde* feiten en gebeurtenissen. Wat zou er zijn gebeurd als de notaris de beroepsfout niet had gemaakt? Die situatie laat zich vanzelfsprekend slechts denken aan de hand van veronderstellingen die worden gemaakt.

In 'Redactiefout in een testament: het langstlevende testament zonder niet-opeisbaarheidsclausule' (§ 2.2) heeft het hof na verwijzing door de Hoge Raad aangenomen dat *"met voldoende zekerheid"* kon worden aangenomen dat erflater de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 in zijn testament zou hebben opgenomen als hij daarop door de notaris was gewezen. Redengevend daarvoor was dat erflater *"het uitdrukkelijk oogmerk"* had zijn kinderen te onterven en de langstlevende te begunstigen. Daarmee is het causaal verband tussen de aan de notaris te verwijten fout en de door de

weduwe geleden schade als gevolg van het door de overleden kinderen met succes opeisen van hun legitieme porties *“in beginsel”* gegeven. In beginsel, omdat het causaal verband nadien alsnog verbroken kan worden en de toerekening naar redelijkheid (zie hierna) onderdeel is van het causaal verband. In dit geval is het causaal verband tussen de fout en de schade niet alsnog verbroken. Het hof overweegt namelijk dat - zoals de notaris heeft betoogd - de verbetering van de relatie tussen erflater en de kinderen in latere jaren en dat die er wellicht toe zou hebben geleid dat erflater de clausule van art. 4:82 BW zou hebben later verwijderen *“onvoldoende concreet onderbouwd”* is en *“mede daarom in hoge mate speculatief”* is.

Toerekening naar redelijkheid

Teneinde de mogelijk ongelimiteerde aansprakelijkheid voor een beroepsfout enigszins in te perken, dient de schade vervolgens naar redelijkheid aan de notaris toegerekend te worden op grond van art. 6:98 BW. Het normatieve criterium van de toerekening naar redelijkheid wordt gebruikt om vast te stellen of tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en het ontstaan van de schade juridisch causaal verband bestaat en, indien dit het geval is, om te beoordelen welke schadeposten geheel of ten dele voor vergoeding in aanmerking komen. De toerekening naar redelijkheid van schade ex art. 6:98 BW is geen bewijsrechtelijke vraag, maar een door de rechter te beantwoorden rechtsvraag. Indien het causaal verband tussen de beroepsfout van de notaris en een schadepost eenmaal is komen vast te staan, is het aan de notaris om eventueel aan te voeren dat de schade in een zodanig ver verwijderd verband tot de schadeoorzaak staat dat het causaal verband daardoor is verbroken.

Schade

In beginsel komt alle schade die door een beroepsfout van de notaris is veroorzaakt voor vergoeding in aanmerking. De vaststelling van de omvang van de geleden schade houdt ten nauwste verband met de hiervoor besproken causaliteitsvraag. Immers, eerst zal moeten worden vastgesteld in welke situatie de benadeelde zich zou hebben bevonden in het hypothetische geval dat de beroepsfout achterwege was gebleven en deze veronderstelde situatie zal vergeleken moeten worden met de feitelijke situatie. In de feitelijke situatie zullen bepaalde nadelige effecten van de beroepsfout aan te wijzen zijn, die in de hypothetische situatie afwezig zouden zijn geweest. Die bepaalde nadelige effecten zijn schade.

Vormen van schade

Volgens art. 6:95 BW bestaat schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding vergoed moet worden, uit (i) vermogensschade en (ii) ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.

Art. 6:96 lid 2 BW bepaalt verder nog dat bepaalde kosten als een aparte categorie vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komt. Het gaat dan om:

- a. redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht;

- b. redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid; en
- c. redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.

In het rechtspraakoverzicht van § 2 komen de volgende schadeposten voor:

- de waarde van een ten onrechte onthouden erfrechtelijke verkrijging (§ 2.1, in welk geval deze erfrechtelijke aanspraak is afgewezen);
- het bedrag van de legitieme porties die ten onrechte zijn uitbetaald (§ 2.2);
- de wettelijke rente over een geldschuld ex art. 6:119 BW (§ 2.2);
- de kosten van juridische bijstand in een klachtprocedure (§ 2.2, in welk geval deze aanspraak werd afgewezen);
- de kosten van juridische bijstand in een civiele procedure die tegen een derde gevoerd moest worden als gevolg van de beroepsfout van de notaris (§ 2.2);
- de gemaakte kosten en gependeerde uren als *“redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte”* ex art. 6:96 lid 2 onder c BW (§ 2.2, in welk geval deze aanspraak werd afgewezen);
- smartengeld ex art. 6:106 BW (§ 2.2, in welk geval deze aanspraak werd afgewezen);

Begroting en schatting van de schade

De rechter heeft een grote mate van vrijheid bij de begroting van de door de benadeelde geleden schade. Die vrijheid is aan de rechter toegekend om te kunnen komen tot een vergoeding van de volledige schade. Art. 6:97 BW bepaalt op dit punt:

“De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.”

Deze bepaling beoogt de rechter – zo blijkt uit de wetsgeschiedenis – zo veel mogelijk vrijheid te bieden bij: (a) de *begroting* van de schade, (b) de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, (c) de beantwoording van de vraag of de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld en (d) de *schatting* indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.

Schadestaatprocedure

Soms is het voor een eisende partij bij een vordering tot betaling van schadevergoeding – hetzij uit hoofde van wanprestatie, hetzij uit hoofde van onrechtmatige daad – niet goed mogelijk om de hoogte van de schade te bepalen. Ook de rechter zal moeilijkheden kunnen ondervinden om de schade te begroten. In die gevallen biedt een verwijzing naar de schadestaatprocedure uitkomst. De eisende partij kan primair een bepaald schadebedrag vorderen en subsidiair een verwijzing naar de schadestaatprocedure. De keuze voor een dergelijke schadestaatprocedure maakt de rechter zo nodig ambtshalve. De rechter spreekt dan een veroordeling tot schadevergoeding uit, op te maken bij staat (art. 612 Rv).

De schadestaatprocedure vangt aan met betekening aan de wederpartij van een schadestaat, waarin de verschillende schadeposten zijn opgenomen. Bevoegd is de rechter in eerste aanleg in de hoofdzaak (art. 613 lid 2 Rv). De procedure verloopt verder als een

gewone dagvaardingsprocedure, rekening houdende met de aard van de schadestaatprocedure. In de schadestaatprocedure kan de eventuele eigen schuld van de benadeelde vastgesteld worden, tenzij daarover in de hoofdprocedure een bindende eindbeslissing is genomen. In de schadestaatprocedure kan verder vastgesteld worden of de schade het gevolg is van in de hoofdprocedure vastgestelde tekortkomingen of onrechtmatigheden (het causaal verband). Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is toereikend dat de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk is.

9. Eigen schuld

Eenieder die deelneemt aan het rechtsverkeer heeft ook zijn eigen verantwoordelijkheid. Om die reden wordt de schadevergoedingsplicht in beginsel verminderd wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend (art. 6:101 lid 1 BW). De schade wordt in dat geval verdeeld over de notaris en de benadeelde. Die verdeling gebeurt aan de hand van eenieders aandeel in het ontstaan van de schade (en wel *“in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen”*), tenzij een billijkheidscorrectie leidt tot een andere verdeling. De billijkheidscorrectie houdt in dat de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.

Aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden

Wanneer kan gesteld worden dat schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde is toe te rekenen? Toepassing hiervan is slechts aan de orde wanneer de schade in causaal verband staat zowel met de gebeurtenis op grond waarvan de notaris aansprakelijk gesteld kan worden als met een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend.²⁷ Er moet derhalve een oorzakelijk verband bestaan tussen de schade (of het verder oplopen daarvan) en het handelen of nalaten van de benadeelde. Dat betekent dat de schade zonder de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid in het geheel niet zou zijn ingetreden dan wel dat de schade in dat hypothetische geval lager zou zijn uitgevallen. Bij een beoordeling van de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden blijft de mate van verwijtbaarheid en/of de ernst van de gemaakte fouten buiten beschouwing. Deze invalshoeken kunnen een rol spelen bij het sluitstuk, de eventuele billijkheidscorrectie.

Uitgangspunt is ten slotte dat de schade over de notaris en de benadeelde wordt verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, naar rato van de (wederzijdse) causaliteit van de omstandigheden. Alleen de billijkheidscorrectie kan daarin nog verandering brengen.

Billijkheidscorrectie

De billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid BW kan leiden tot aanpassing van het vastgestelde aandeel van de notaris en de benadeelde in het ontstaan van de schade. Elke aanpassing

²⁷ TM, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 351.

is daarbij denkbaar: geen aansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor het geheel en elke tussenvariant. Uit wet, rechtspraak en literatuur zijn de volgende relevante omstandigheden voor de toepassing van de billijkheidscorrectie af te leiden:

- de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten;
- de mate van verwijtbaarheid van deze fouten;
- de aard van de aansprakelijkheid;
- de aard van de schade;
- de aard en inhoud van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding; en
- het al dan niet verzekerd zijn van de aangesproken beroepsbeoefenaar.

Stelplicht en bewijslast

Op de notaris die zich beroept op vermindering van zijn schadevergoedingsplicht wegens eigen schuld van de benadeelde rusten de stelplicht en - bij gemotiveerde betwisting door de benadeelde - de bewijslast van de feiten en omstandigheden die de notaris daarvoor aanvoert (art. 150 Rv). Dat geldt zowel voor de feiten en omstandigheden die ten grondslag worden gelegd aan het feitelijke causaliteitsoordeel als aan het normatieve oordeel van de billijkheidscorrectie.

Plicht tot schadebeperking

Art. 6:101 lid 1 BW ziet niet alleen op feiten en omstandigheden aan de zijde van de benadeelde die hebben bijgedragen aan het veroorzaken van de schade, maar mede op de periode *nadat* de beroepsfout al is gemaakt. De benadeelde heeft de plicht om datgene te doen wat onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem gevergd kan worden om het ontstaan of verder oplopen van de schade te voorkomen.

10. Verjaring

Een schadevergoedingsvordering wegens beroepsaansprakelijkheid van de notaris kan verjaren. Een schuldeiser die te lang wacht met het instellen van een vordering kan deze zien afstuiten op verjaring. Een schuldenaar (in dit geval de notaris) die jarenlang niet is geconfronteerd met een vordering mag na verloop van tijd verwachten dat een dergelijke vordering niet meer in rechte kan worden afgedwongen.

Op de verjaring van de schadevergoedingsvordering is art. 3:310 BW van toepassing. Dat geldt voor schadevergoedingsvorderingen uit hoofde van zowel wanprestatie als onrechtmatige daad. Art. 3:310 lid 1 BW bevat twee - naast elkaar bestaande - verjaringstermijnen. De korte termijn van vijf jaar gaat in bij de bekendheid van de schuldeiser met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon en de lange termijn van twintig jaar²⁸ gaat in op het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis. Ten aanzien

²⁸ Zie bijvoorbeeld HR 27 november 2020, [ECLI:NL:HR:2020:1887](#), in welk geval de notaris een akte van huwelijkse voorwaarden had gepasseerd, maar deze vervolgens niet had ingeschreven in het huwelijksgoederenregister. Hierdoor hebben de huwelijkse voorwaarden geen werking jegens derden (art. 1:116 BW). De vrouw ondervond daarvan nadeel nadat de man werd toegelaten tot de wettelijke schuldsanering en de bewindvoerder weigerde haar vordering op de man van € 213.391 te erkennen. De Hoge Raad oordeelt dat het aanvangsmoment van de lange verjaringstermijn moet

van claims wegens beroepsaansprakelijkheid is vooral de korte verjaringstermijn van vijf jaar van belang.

De korte verjaringstermijn vangt aan op de dag volgende op die waarop de schuldeiser bekend is geworden met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Dat is een subjectief criterium en de invulling van dat criterium heeft in de loop der tijd tot veel rechtspraak van de Hoge Raad geleid. Uitgangspunt daarbij is dat de korte verjaringstermijn pas aanvangt zodra de benadeelde schuldeiser daadwerkelijk in staat is om een rechtsovereenkomst in te stellen. Daarvoor is nodig dat de schuldeiser bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. In de rechtspraak benadrukte de Hoge Raad steeds dat voor die 'daadwerkelijke' bekendheid niet relevant is in hoeverre de benadeelde schuldeiser bekend is met of zekerheid heeft over de juridische beoordeling van feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade of de aansprakelijke persoon.²⁹ Zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 31 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:552](#):

“Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsovereenkomst tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen (HR 24 januari 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF0694](#), NJ 2003/300). Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Dit houdt niet in dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn is vereist dat de benadeelde – behalve met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon – daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden (HR 26 november 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AR1739](#), NJ 2006/115). Dit betekent evenmin dat is vereist dat de benadeelde steeds ook met de (exacte) oorzaak van de schade bekend is (HR 20 februari 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AN8903](#), NJ 2006/113). Het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen, is afhankelijk van alle ter zake dienende omstandigheden (HR 14 november 2014, [ECLI:NL:HR:2014:3240](#), NJ 2015/207).”

Daadwerkelijke bekendheid met de juridische beoordeling van de aan de aansprakelijkheid ten grondslag liggende feiten en omstandigheden is voor het gaan lopen van de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW dus niet vereist. De reden daarvoor is dat:

worden gesteld op het laatste moment waarop de notaris alsnog voor inschrijving van de akte had kunnen zorgdragen zonder tekort te schieten in de nakoming van de op hem rustende verbintenis. Daaraan staat niet in de weg dat de notaris ook daarna nog gedurende lange tijd gehouden was zorg te dragen voor inschrijving van de akte van huwelijkse voorwaarden.

²⁹ Zie ook HR 4 mei 2018, [ECLI:NL:HR:2018:677](#) (TMG/Staat).

“(...) het stellen van die eis [zou] niet in overeenstemming zijn met het voor een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer te aanvaarden uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard, en zou het in strijd met de rechtszekerheid zijn wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk is van het tijdstip waarop de benadeelde de juiste juridische beoordeling van de feiten duidelijk is geworden. Voorts zou het, zoals in dat arrest is overwogen, in strijd zijn met de bescherming die de korte verjaringstermijn beoogt te bieden, als de benadeelde zonder hinder van die termijn zou kunnen profiteren van een eerst veel later bekend geworden inzicht met betrekking tot de juridische situatie ten tijde van het ontstaan van de schade, terwijl de aansprakelijke persoon zijn gedrag heeft gericht naar de toen geldende inzichten.”

In zijn arrest van 9 oktober 2020, [ECLI:NL:HR:2020:1603](#), lijkt de Hoge Raad een andere koers in te slaan. De Hoge Raad houdt in bijzondere omstandigheden kennelijk wel rekening met het geval dat juridische kennis of inzicht nodig is om te kunnen beoordelen of sprake is van een ondeugdelijke prestatie:

“Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat onbekendheid met of onzekerheid over de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, niet aan aanvang van de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW in de weg staat. Deze juridische beoordeling ziet niet op de kennis en het inzicht die nodig zijn om de deugdelijkheid van een geleverde prestatie te beoordelen, anders dan uit eerdere uitspraken van de Hoge Raad zou kunnen worden afgeleid. Het ontbreken van deze kennis of dit inzicht kan immers betekenen dat de benadeelde nog onvoldoende zekerheid heeft verkregen dat schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Evenals de juiste kennis of het juiste inzicht kan ontbreken ten aanzien van de ondeugdelijkheid van bijvoorbeeld medisch handelen, kan dat het geval zijn ten aanzien van het handelen van bijvoorbeeld een fiscaal of juridisch dienstverlener. Bij de beantwoording van de vraag op welk moment de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen (...) kan van belang zijn dat de benadeelde in zijn verhouding tot de aangesprokene mocht vertrouwen op diens deskundigheid en dat hij in verband daarmee (nog) geen reden had om te twifelen aan de deugdelijkheid van diens handelen. Daarbij kan verder van belang zijn dat de aangesproken partij andere, niet in haar risicosfeer liggende, oorzaken voor het opgetreden nadeel heeft genoemd of anderszins aan de benadeelde geruuststellende mededelingen heeft gedaan over de door haar verrichte prestatie of het daardoor te verwachten nadeel. Onder omstandigheden kan een benadeelde dan ook pas geacht worden voldoende zekerheid te hebben dat hij schade heeft geleden als gevolg van tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon, wanneer hij kennis heeft gekregen van een juridisch advies of een rechterlijk oordeel.”

Bij juridische dienstverlening betekent het feit dat nadeel wordt ondervonden niet altijd dat de cliënt of de benadeelde derde voldoende zekerheid heeft verkregen over schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Het kan de benadeelde ontbreken aan de kennis en het inzicht om de deugdelijkheid van de geleverde prestatie te beoordelen, zodat onvoldoende zekerheid is verkregen dat schade veroorzaakt is door tekortschietend of foutief handelen van de notaris. De Hoge Raad formuleert geen stelregel wanneer de in art. 3:310 lid 1 BW bedoelde zekerheid in dergelijke gevallen ontstaat. Als gezichtspunten

daarvoor worden genoemd: (i) in hoeverre de schuldenaar mocht vertrouwen op de deskundigheid van de aangesproken beroepsbeoefenaar, (ii) in hoeverre de schuldenaar, gezien ook dat vertrouwen, aanleiding had voor twijfel aan de deugdelijkheid voor de prestatie van de beroepsbeoefenaar, (iii) in hoeverre de beroepsbeoefenaar zelf alternatieve - buiten zijn risicosfeer liggende - oorzaken voor het nadeel heeft aangevoerd en (iv) in hoeverre hij anderszins geruststellende mededelingen heeft gedaan over de door hem verrichte prestaties of het daardoor te verwachten nadeel.

In beginsel vangt de korte verjaringstermijn van vijf jaar aan op de dag nadat de benadeelde bekendheid verkrijgt van schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Onder omstandigheden kan de benadeelde volgens de Hoge Raad pas worden geacht daarmee voldoende bekendheid te hebben als hij kennis heeft gekregen van een juridisch advies of rechterlijk oordeel waaruit volgt dat de door de aansprakelijke persoon geleverde dienst of prestatie gebrekkig was.

De Hoge Raad kiest ervoor zijn rechtspraak over verjaring in de pas te laten lopen met zijn rechtspraak over de klachtplicht (art. 6:89 BW).³⁰ Bij complexe prestaties zal het voor particulieren niet altijd goed te beoordelen zijn in hoeverre sprake is van handelen of nalaten waarvoor de professionele wederpartij aansprakelijk kan worden gehouden.

11. Beroepsaansprakelijkheidsverzekering

Diligente professionals zullen hun beroepsaansprakelijkheid door middel van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering willen afdekken. De beroeps- en gedragsregels van de KNB leggen aan notarissen zelfs een verplichting op om zich te verzekeren. Art. 15 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (VBG) schrijft de notaris voor "voldoende verzekerd" te zijn tegen vermogensschade als gevolg van aansprakelijkheid, ongeacht uit welken hoofde deze aansprakelijkheid kan ontstaan. Dat dient het individuele belang van de notaris, alsook een belangrijk maatschappelijk belang, te weten de zekerheid dat schade als gevolg van beroepsfouten van notarissen vergoed wordt. Als er meerdere notarissen zijn zonder verzekeringsdekking tegen beroepsaansprakelijkheid dan zou dat het vertrouwen van het publiek in de hele beroepsgroep aantasten.

Gebruikelijk is dat het notariskantoor - een N.V., een B.V. of een maatschap - waarbij de notaris werkzaam is de beroepsaansprakelijkheidsverzekering afsluit en dat de aan het kantoor verbonden (kandidaat-)notarissen en medewerkers meeverzekerd zijn.

³⁰ Art. 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser binnen bekwame tijd na ontdekking van een gebrek in de door de wederpartij verrichte contractuele prestatie moet klagen. Doet hij dat niet, dan is hij zijn claim kwijt (rechtsverlies). De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de klachttermijn pas aanvangt als de schuldeiser bekend is met het bestaan van de (juridische) zorgplicht van de adviseur. Bovendien moet de schuldeiser aanleiding hebben om te veronderstellen dat die zorgplicht is geschonden. In deze rechtspraak van de Hoge Raad ligt besloten dat in zulke gevallen bekendheid moet bestaan met de juridische kwalificatie van het handelen of nalaten van de schuldenaar. Zie de drie arresten die op 8 februari 2013 zijn geweest: [ECLI:NL:HR:2013:BY4600](#) (Van de Steeg/Rabobank), [ECLI:NL:HR:2013:BY4600](#) (Van Lanschot/Grove) en [ECLI:NL:HR:2013:BX7195](#) (Van Lanschot/Kramer). In de twee laatste zaken heb ik de bank als advocaat in de feitelijke instanties bijgestaan.

Een bijzondere complicatie bij notariële beroepsaansprakelijkheid is dat een protocol³¹ van een notaris uit vele duizenden akten kan bestaan. Daarbij zijn notarissen niet alleen aansprakelijk voor door henzelf gemaakte fouten. Hun beroepsaansprakelijkheid strekt zich ook uit over de historie van het protocol en dat kan een risicovol protocol van een voorganger zijn. Het is om die reden dat de KNB een collectieve verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid kent voor het gehele notariaat.³²

Aan de beroepsaansprakelijkheidsverzekering gestelde eisen

De Verordening stelt diverse eisen aan de verzekering van het risico van beroepsaansprakelijkheid van de notaris en zijn protocolvoorgangers (art. 15 lid 2 VBG)). Zo dienen schaden die lopen tot € 25 miljoen gedekt te zijn. Het te verzekeren risico moet gedekt zijn via een te goeder naam en faam bekend staande verzekeringsmaatschappij. Ook de verzekering dient minimaal te voldoen aan bepaalde voorwaarden. Ik vermeld de volgende voorwaarden:

- de verzekering van de notaris dekt ook in geval van zijn schorsing of ontzetting mede de aansprakelijkheid van de protocolverzekerden en de kandidaat-notaris die het notarisambt waarneemt in de zin van de Wet op het notarisambt;
- de verzekering dekt mede de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris voor handelen en nalaten van personen die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam zijn;
- de verzekerde limieten vormen het minimaal door de notaris te verzekeren bedrag van € 25 miljoen per aanspraak en € 50 miljoen per verzekeringsjaar; zij gelden onafhankelijk van elkaar voor de notaris en per individuele protocolvoorganger;
- voor de protocolverzekerden mag geen eigen risico gelden. De protocolontvanger moet het protocol verzekeren voor minimaal hetzelfde bedrag als waarvoor de protocolhouder was verzekerd;
- aan de polisrechten van protocolverzekerden mag geen afbreuk worden gedaan door een schending van een premiebetalings- of polisverplichting door de protocolopvolger, voor zover die schending heeft plaatsgevonden buiten weten of wil van de protocolverzekerde die aanspraak maakt op verzekeringsdekking. Omgekeerd mag aan polisrechten van de protocolopvolger geen afbreuk worden gedaan bij schending van polisverplichtingen door de protocolvoorganger welke schending buiten weten of wil van de protocolopvolger heeft plaatsgevonden; en
- de protocolopvolger dient te beschikken over een verklaring waarin de verzekeraar bevestigt dat de verzekering voldoet aan het in de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 bepaalde.

³¹ Op grond van art. 2 lid 1 Wna houdt het ambt van notaris de bevoegdheid in om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt of een partij zulks van hem verlangt. Het vereiste dat bepaalde rechtshandelingen alleen in de vorm van een notariële akte kunnen worden verricht, is gesteld met het oog op de rechtszekerheid en rechtsbescherming. De notariële aktes zijn van belang voor de juistheid van openbare registers en het maatschappelijke vertrouwen in het rechtsverkeer. Het originele exemplaar van een notariële akte - de minuut - behoort tot het protocol van de notaris. Het protocol betreft de minuten, notariële verklaringen, registers, afschriften, repertoria en kaartsystemen die onder de notaris berusten. Het beheer van het protocol maakt deel uit van de notariële ambtsuitoefening. Het protocol is in beheer van de notaris die het ambt, waar het beheer van het protocol deel van uitmaakt, voor eigen rekening en risico uitoefent.

³² Zie daarvoor art. 15 lid 3 VBG.

Omvang van de verzekeringsdekking

De dekking onder een beroepsaansprakelijkheidsverzekering kent grenzen. Het polisblad van de verzekering zal de maximaal *verzekerde som* en de hoogte van het *eigen risico* van de verzekerde notaris vermelden. Deze grenzen gelden per aanspraak, ofwel een vordering tot vergoeding van schade terzake van een fout.³³

De beroepsaansprakelijkheidsverzekering zal tevens dekking bieden voor de *kosten van verweer* (juridische bijstand). Onder de verzekeringsdekking vallen de redelijke en noodzakelijke kosten en uitgaven van verweer, die door of met voorafgaande toestemming van de verzekeraar gemaakt zijn in een civiele procedure. Onder omstandigheden zal de verzekeraar bereid zijn ook de kosten van verweer in een tuchtrechtelijke procedure te vergoeden. Die bereidheid zal bestaan als de uitkomst van de tuchtrechtelijke procedure mede bepalend is voor de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een verzekerde notaris en de verzekeraar belang heeft bij het voeren van verweer.

Grenzen aan de verzekeringsdekking zijn er niet alleen in een in euro's uit te drukken bedrag, maar ook in de tijd. De polisvoorwaarden³⁴ vermelden bijvoorbeeld:

“De verzekeraar dekt de aansprakelijkheid van verzekerde voor door derden geleden schade als gevolg van een aanspraak die tijdens de verzekeringstermijn voor de eerste maal tegen verzekerde wordt ingesteld en tijdens de verzekeringstermijn of binnen 60 dagen daarna aan de verzekeraar schriftelijk wordt gemeld.”

Het vertrekpunt voor het verkrijgen van verzekeringsdekking is dat de verzekerde notaris tijdens de looptijd van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering aansprakelijk is gesteld én de aansprakelijkstelling bij de verzekeraar is gemeld. Dat wordt wel aangeduid als het *claims made*-stelsel.

Uit het slot van de aangehaalde bepaling blijkt dat het *claims made*-stelsel wordt aangevuld met een mogelijkheid om binnen een bepaalde periode na het einde van de looptijd van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering claims na te melden. *Namelding* houdt dan in dat een verzekerde alsnog een aanspraak onder de verzekeringsdekking kan brengen.

Het *claims made*-stelsel heeft gevolgen voor de inloop- en uitloopdekking. Inloop en uitloop zijn typische verzekeringstechnische begrippen. Met inloopdekking wordt bedoeld op dekking voor aansprakelijkheidsclaims die voortvloeien uit beroepsfouten die zijn begaan vóór de ingangsdatum van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Over de mate waarin door de verzekeraar inloopdekking wordt verleend, worden veelal nadere afspraken gemaakt. Zo kan een afspraak worden gemaakt over een zogeheten *retroactive date*, zodat handelingen die zich voor een bepaalde datum hebben voorgedaan van de verzekeringsdekking worden uitgesloten. De uitloopdekking betreft dekking voor claims die worden ingesteld ná de einddatum van de verzekering. Van een uitloopdekking is bij een *claims made*-stelsel geen sprake. De meeste polissen bevatten evenwel een

³³ De polis zal ook een regeling voor de dekking bevatten als er meerdere aanspraken zijn die met elkaar verband houden (serieschade).

³⁴ De in deze paragraaf aangehaalde voorbeelden van clausules zijn ontleend aan de Algemene Voorwaarden Beroepsaansprakelijkheidsverzekering BA 2009 Notarissen van AIG.

mogelijkheid om een omstandighedenmelding aan de verzekeraar te doen. Een omstandigheid kan in de polis omschreven zijn als:

“Feiten die redelijkerwijs de verwachting wettigen dat een verzekerde op grond van een gemaakte fout met een aanspraak kan worden geconfronteerd.”

Door deze omstandigheden voor het einde van de looptijd van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering bij de verzekeraar te melden, kan een claim – als deze later zou volgen – onder de verzekeringsdekking worden gebracht.

Uitsluitingen van verzekeringsdekking: opzet, honorarium en herprestatie

Ook de beroepsaansprakelijkheidsverzekering kent zekere uitsluitingen van de verzekeringsdekking. In die gevallen biedt de verzekeraar geen dekking voor de beroepsaansprakelijkheid van een verzekerde notaris die voortvloeit uit een bepaalde gebeurtenis. Bekend is de uitsluiting voor *opzet*. Een voorbeeld van een dergelijke uitsluiting kan luiden:

“de schade die voor verzekerde het beoogde of zekere gevolg is van zijn handelen of nalaten, dan wel de schade die met zijn goedvinden is veroorzaakt”.

De beroepsaansprakelijkheidsverzekering geeft dekking voor het risico dat iemand schade lijdt doordat de notaris daarvoor aansprakelijk is. De opzetclausule bepaalt dat er geen dekking is als er sprake is van opzet. De wettelijke regeling van de verzekeringsovereenkomst kent in art. 7:952 BW reeds een uitsluiting van de schade die door opzet is veroorzaakt.³⁵ Omdat deze bepaling in de rechtspraak strikt uitgelegd wordt, achten verzekeraars het nodig in polissen van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen een eigen omschrijving van onaanvaardbaar gedrag van de verzekerde op te nemen.

Een ander voorbeeld is de uitsluiting voor het *honorarium* van de notaris. Een voorbeeld luidt:

“het honorarium, salaris, verschotten en onkosten van een verzekerde zelf, indien een verzekerde deze ten gevolge van een door hem gemaakte fout, niet aan zijn cliënt in rekening kan brengen, of de cliënt het recht heeft deze van hem terug te vorderen”.

Uitgesloten is de dekking voor geschillen die betrekking hebben op (een deel van) het honorarium van de verzekerde notaris. Deze uitsluiting leidt ertoe dat als de verzekerde notaris met succes wordt aangesproken op terugbetaling van (een deel van) het honorarium, deze schade niet voor vergoeding onder de verzekering in aanmerking komt.

Een laatste voorbeeld van een uitsluiting van de verzekeringsdekking betreft de *herprestatie*, waarvan de clausule als volgt zou kunnen luiden:

³⁵ Deze bepaling luidt: *“De verzekeraar vergoedt geen schade aan de verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt.”*

“de kosten ontstaan door of verband houdende met het geheel of gedeeltelijk opnieuw verrichten van door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde uitgevoerde werkzaamheden”.

Uitgesloten is de dekking voor kosten die het gevolg zijn van het door een verzekerde notaris opnieuw uitvoeren van werkzaamheden. Indien de notaris een beroepsfout maakt en werkzaamheden verricht moeten worden om die beroepsfout te herstellen (bijvoorbeeld het opmaken van een nieuwe akte), dan krijgt de notaris de gemaakte kosten daarvoor niet vergoed onder de verzekering.

Hoe dient de notaris om te gaan met een aansprakelijkstelling?

Hoe dient een notaris met een van een benadeelde ontvangen aansprakelijkstelling in verband met een vermeende beroepsfout om te gaan? Aan de ene kant heeft de notaris te maken met de naleving van de polisvoorwaarden van de door hem gesloten beroepsaansprakelijkheidsverzekering en bepaalde wettelijke verplichtingen, aan de andere kant zijn in de notariële tuchtrechtspraak voor een dergelijk geval specifieke gedragsnormen geformuleerd.

Verplichtingen van de notaris op grond van titel 7.17 BW en de polisvoorwaarden

In de verhouding tot de verzekeraar heeft de verzekerde notaris bij een aansprakelijkstelling een aantal wettelijke verplichtingen, die meestal ook vastgelegd zijn in de polisvoorwaarden van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

- Mededelingsplicht

De verzekerde notaris die van de verwezenlijking van het verzekerde risico op de hoogte is of behoort te zijn, is verplicht de verzekeraar de verwezenlijking van het risico te melden (art. 7:941 lid 1 BW). Die mededeling geschiedt zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is. De verzekerde notaris dient de verzekeraar tevens alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen welke voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen (art. 7:941 lid 2 BW). De verzekerde notaris moet vanwege het belang van de verzekeraar de claim te onderzoeken en zijn uitkeringsplicht te beoordelen, medewerking te verlenen aan de schadebehandeling door de verzekeraar.

In polisvoorwaarden wordt de mededelingsplicht veelal aangescherpt door de verplichting op te leggen alle inlichtingen aan de verzekeraar te verschaffen, *“die voor de beoordeling van zijn aansprakelijkheid van belang kunnen zijn”*.

- Bereddingsplicht

De verzekerde notaris heeft verder een bereddingsplicht (art. 7:957 lid 1 BW). Een verzekerde notaris is gehouden *“binnen redelijke grenzen alle maatregelen te nemen, die tot voorkoming of vermindering van de schade kunnen leiden”*. De keerzijde van de medaille is dat de daarmee gepaard gaande kosten door de verzekeraar vergoed dienen te worden (art. 7:957 lid 2 BW).

- Verbod tot het doen van bepaalde erkenningen

Indien een beroepsaansprakelijkheidsverzekering bepaalde erkenningen door de verzekerde notaris verbiedt, heeft overtreding van dat verbod volgens art. 7:953 BW geen gevolg voor zover de erkenning juist is. Een verbod tot erkenning van feiten heeft nimmer gevolg.

Deze bepaling is dus slechts relevant als de polisvoorwaarden een dergelijk verbod kennen. Wordt het verbod overtreden en doet de verzekerde notaris bepaalde erkenningen, dan is het aan de verzekerde notaris te stellen en te bewijzen dat de gedane erkenning juist was of dat slechts feiten zijn erkend.

Reactie van een notaris op een aansprakelijkstelling

Blijkens de notariële tuchtrechtspraak is meer dan eens met succes geklaagd over de handelwijze van een notaris bij de afhandeling van een aansprakelijkstelling. Uit die tuchtrechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat de notaris verplicht is tijdig en helder te communiceren als er vragen of klachten zijn³⁶ en dat de notaris verplicht is contactgegevens van de verzekeraar te verstrekken aan een benadeelde.³⁷ De notariskamer oordeelde in een beslissing van 27 november 2018, [ECLI:NL:GHAMS:2018:4429](#), dat de notaris niet gehouden was een aansprakelijkstelling te melden aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Dat is misschien begrijpelijk als sprake is van een niet of onvoldoende onderbouwde aansprakelijkstelling zoals in het berechte geval³⁸, maar niet als sprake is van een serieus te nemen aansprakelijkstelling voor een aanmerkelijk schadebedrag. Opmerkelijk is dat de kamer voor het notariaat - en dat is in hoger beroep gehandhaafd door de notariskamer - in algemene zin lijkt te oordelen:

“(...) valt naar het oordeel van de kamer niet in te zien dat de notaris door het enkele feit dat hij niet aan klager zou hebben doorgegeven dat hij de aansprakelijkstelling bij zijn verzekeraar zou hebben gemeld, klachtwaardig zou hebben gehandeld; het is aan de notaris zelf om te beoordelen of hij een aansprakelijkheidsstelling [sic] aan zijn verzekeraar wil melden.”

³⁶ Notariskamer 4 februari 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:171](#).

³⁷ Kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch, [ECLI:NL:TNORSHE:2019:19](#), waarin wordt geoordeeld: *“De kamer stelt voorop dat het de notaris vrijstaat de beantwoording van de verzoeken van (de gemachtigde van) klagers in deze kwestie over te laten aan haar beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar dan wel verzekeringstussenpersoon. Dit aspect van het klachtonderdeel acht de kamer daarom ongegrond.*

Echter, wanneer de notaris daartoe overgaat, ligt het op de weg van de notaris aan (de gemachtigde van) klagers de contactgegevens te verstrekken van haar beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar / verzekeringstussenpersoon, zodat bekend is tot wie men zich in deze kwestie kan wenden. Door (de gemachtigde van) klagers in de periode 24 november 2017 tot 7 februari 2018 in het ongewisse te laten door niet inhoudelijk op verzoeken van (de gemachtigde van) klagers te reageren en niet te verwijzen naar haar beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar/verzekeringstussenpersoon onder vermelding van de contactgegevens van deze verzekeraar/verzekeringstussenpersoon, handelt de notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar. Klachtonderdeel 6 zal in zoverre gegrond worden verklaard.”

³⁸ De klager had de notaris aansprakelijk gesteld *“vanwege zijn slechte bewind (en eerdere werkzaamheden)”*, maar heeft dat niet nader onderbouwd. Dat was niet gebeurd bij de kamer voor het notariaat. In hoger beroep heeft klager volgens de notariskamer geen argumenten naar voren gebracht, die tot een ander oordeel moeten leiden.