

Onder redactie van:

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

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2022-9

11 mei 2022

Dure redactiefouten in testamenten (deel II, legaten)

Fouten maken is menselijk. Ons wordt zelfs geleerd dat fouten maken mag. Intussen zal de notariële beroepsbeoefenaar voor in de dienstverlening gemaakte fouten de rekening gepresenteerd kunnen krijgen. Soms vraag je je af hoe het toch mogelijk is dat bepaalde domme fouten gemaakt kunnen worden. De ene keer zal het onwetendheid of onkunde zijn, een andere keer is het pure slordigheid. In *AdvoTip* 2022-1 ('Dure redactiefouten in testamenten' (deel I)) was de notaris vergeten de niet-opeisbaarheidsclausule van artikel 4:82 BW in een langstlevende testament op te nemen. De langstlevende werd daardoor genoopt overbedelingsschulden eerder af te rekenen met de kinderen uit het eerste huwelijk van erflater. Die *faux pas* van de notaris leidde tot instructieve arresten, en wel van de Hoge Raad van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, en een verwijzingsarrest van hof Amsterdam van 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5292. Met de door het hof voor de schadeberekening aangereikte handvatten is de rekensom eenvoudig(er) te maken.

Ook bij het formuleren van legaten in testamenten kan het nodige misgaan. Wat te denken van het geval dat een notaris ten onrechte (want niet conform de instructie van de erflater) in een testament heeft opgenomen dat een bepaald legaat wordt herroepen? De betrokkene staat dan mogelijk met lege handen. Een ander voorbeeld van een redactiefout in een testament is dat een notaris geen begrenzing heeft opgenomen ten aanzien van de door erflater toegekende kleinkindlegaten in een kleinkinderrijke familie, waardoor een situatie van overlegatering van de nalatenschap ontstaat, met alle gevolgen van dien voor de zuiver aanvaard hebbende erfgenen. Deze twee casusposities zijn uit het leven gegrepen en worden onderstaand besproken aan de hand van enkele vragen. Draait de notaris voor het maken van dit soort beroepsfouten op, en kan daarvoor door de beoogde legataris of een erfgenaam die geconfronteerd wordt met overlegatering dan een gepeperde schadestaat gestuurd worden? Of is het misschien mogelijk met behulp van een welwillende uitleg van het testament bepaalde slordigheden te corrigeren, zodat de notaris alsnog 'vrijuit' gaat? Een andere vraag is wie in een dergelijke procedure over beroepsaansprakelijkheid van de notaris in rechte betrokken dient te worden.

Daaraan voorafgaand roep ik wijze woorden van Freek Schols in herinnering ('Over het goed optuigen van een legaat en het nut van een considerans', *EstateTip Review* 2021-24). Uit zijn verhandeling blijkt dat legaten meer dan eens in een testament te kort door de bocht geformuleerd worden, waardoor onnodig en dus vermijdbaar onduidelijkheid bestaat over de inhoud en werking van een legaat. Als een legaat ter grootte van 'de legitieme portie', 'een kwart van het saldo van de nalatenschap' of 'een bedrag gelijk aan

de waarde van een erfdeel als ware [goed doel] voor de helft erfgenaam geweest in mijn nalatenschap' *tout court* in een testament wordt opgenomen, dan is dat vragen om moeilijkheden. Vele uitlegvragen doemen dan op. Het is daarom belangrijk dat bij het opnemen van een legaat in een testament een lijstje met aandachtspunten wordt nagelopen (zoals opeisbaarheid van het legaat, verval, plaatsvervulling en waarderingsvoorschriften). Al die aandachtspunten zouden op het netvlies van de erflater en de notaris moeten staan bij de redactie van legaten. Fraaier dan Schols kan ik het niet verwoorden:

'Legaten verdienen onze aandacht. Men raakt nooit uitgeknutseld en uitgeschreven. Van schade en schande wordt men wijs en de lijst met aandachtspunten voor het optuigen van een mooi legaat wordt steeds groter. Hoe meer wordt opgeschreven, hoe beter het is.'

De verhandeling van Schols bevat een niet uitpuittend bedoeld lijstje met aandachtspunten voor het goed formuleren van legaten. Van deze maatregelen in de preventieve sfeer, stappen we snel over naar 'schade en schande' en de lering die daaruit getrokken kan worden.

Het legaat is herroepen

Het ging goed mis in het volgende geval. 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 opgemaakt en gepasseerd. Daarin 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. 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 van het testament voor recht verklaard dat het legaat aan de dochter 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 artikel 4:46 BW volgt. Die uitlegeregels zijn enerzijds opgesteld om rekening te houden met de wil van de erflater, maar anderzijds mag 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 artikel 4:46 lid 1 BW ook 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 artikel 4:46 lid 2 BW dat daden en verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil voor de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen slechts 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 aan zijn dochter 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 artikel 4:46 BW. Er is dan ook wel gepleit om de uitlegeregels van artikel 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 een rol kunnen spelen. De rechtbank had 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 dergelijk 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 deze gemaakte beroepsfout. Bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 24 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:359, is 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 ten gevolge van de door de notaris gemaakte beroepsfout – bestaande uit een 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 tijdschrijflijsten (nog steeds de horreur van veel 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 had betaald. De rechtbank is van oordeel dat dit bedrag niet voor vergoeding in aanmerking komt. Daarvoor acht de rechtbank redengevend:

‘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 aan de broer uitbetaalde 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 de dochter 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 wel eens anders zou kunnen aflopen. De rechtbank denkt daar anders over:

‘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 uitlegeregels van artikel 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 mijns inziens onverenigbaar met het wettelijke systeem zoals dat thans luidt en is uitgelegd door de Hoge Raad in zijn arrest van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2595 (over de uitsluiting van de verkeerde wilsrechten bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap):

‘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 testament met het 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 erflater', zodat langs 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 causaal verband staat met de beroepsfout van de notaris (als bedoeld in art. 6:98 BW) om voor vergoeding in aanmerking te komen.

Legaten zonder grenzen

Ook in de volgende casus was sprake van een blunder van de notaris. Bij haar overlijden op 24 februari 2012 laat erflater acht kinderen en zestien kleinkinderen achter. In haar testament uit 2009 heeft zij haar kinderen tot 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 erflater 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 erflater en heeft betrokkenen bij brief van 23 juli 2013 voorgesteld om de nalatenschap zo veel mogelijk af te wikkelen volgens die 'daadwerkelijke wil'. 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 deze schulden van de nalatenschap (art. 4:184 lid 2 onder a jo. 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 van de nalatenschap hadden kunnen ontvangen (vgl. art. 4:63 lid 3 BW, de 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 Den Bosch in zijn arrest van 22 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:6128, terecht 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.'

Een ander verweer van de notaris luidt dat er sprake is 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 gemaakte 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:

'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:

'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. 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).

Slotbeschouwing

Wat leren deze twee uitspraken ons? 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 het eerste geval was een schriftelijke verklaring van de notaris over de door de erflater gegeven instructies toereikend om een discrepantie tussen wil en verklaring vast te stellen, ook al kwam dat de notaris op een tuchtrechtelijke reprimande te staan. Het is goed mogelijk dat de notaris ook gedacht heeft op deze wijze de schadelijke gevolgen van de gemaakte beroepsfout te kunnen beperken. In het tweede geval lijkt het vaststellen van die discrepantie gebaseerd te zijn op 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. (Terzijde: ook bij concept-testamenten wordt deze lijn gevolgd (vgl. ECLI:NL:RBAMS:2021:4140), omdat 'niet [kan] worden vastgesteld dat hetgeen is

vastgelegd in het concept-testament overeenstemt met de uiterste wil van erflater op het moment van diens overlijden.’)

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 volgende 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 ten nauwste verband met elkaar, zo blijkt uit beide zaken.

Ten slotte zal het voor de notariële beroepsgroep een geruststellende gedachte zijn dat het in rechte vorderen van schadevergoeding geen lucratief verdienmodel blijkt te zijn. Advocaten van benadeelde erfgenamen of legatarissen zouden dat eerlijk(er) aan hun cliënten moeten melden. Notarissen en hun beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars zouden bij onloochenbare notariële kunstfouten ook (meer) schikkingsbereidheid aan de dag mogen leggen. Immers, *it takes two to tango*.

Tot de volgende keer!

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



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

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

Copyright 2022 © AdvoTip

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