

**Onder redactie van:**

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols  
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols  
Mr. drs. R. van Dijken  
Mr. J.Th.M. Diks  
Mr. dr. G.T.J. Hoff  
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld  
Mr. M.J.P. Schipper  
Mr. E.C.E. Schnackers  
Mr. B.W.J. Theunissen

# AdvoTip

**Erfrecht voor de advocaat**

**Afl. 2024-20**

**18 december 2024**

---

## **Paal en perk stellen aan de notariële geheimhoudingsplicht**

Tot de kernwaarden van het notariaat behoort als vanouds vertrouwelijkheid, belichaamd in het notariële ambtsgeheim. De door de notaris in acht te nemen vertrouwelijkheid is wettelijk verankerd in artikel 22 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna), dat luidt:

‘De notaris is, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald, ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht. Dezelfde verplichting geldt voor de personen die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam zijn voor al hetgeen waarvan zij kennis dragen uit hoofde van hun werkzaamheid.’

Met deze strenge formulering lijkt de notaris op het eerste gezicht gedwongen te worden om met betrekking tot zijn (of haar) notariële dienstverlening zo gesloten als een oester te zijn. Elke poging om openheid van zaken van de notaris over zijn *modus operandi* en de contacten met een testateur te krijgen, lijkt af te moeten stuiten op het notariële ambtsgeheim. Er is geen regel zonder uitzonderingen. Een bekend voorbeeld van een geval waarin de wet anders bepaalt en de geheimhoudingsplicht uitzondering lijdt, is de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Een ander voorbeeld is artikel 94 lid 2 Wna. Ten behoeve van de uitoefening van de tuchtrechtspraak door de kamers voor het notariaat en de notariskamer zijn de notaris en de onder zijn verantwoordelijkheid werkzame personen niet gehouden aan de geheimhoudingsplicht van artikel 22 lid 1 Wna. Daarmee is duidelijk dat ‘ten behoeve van de uitoefening van de tuchtrechtspraak’ een plicht voor de notaris bestaat om verantwoording af te leggen ten overstaan van de tuchtrechter indien dat van hem wordt verlangd of hij daar eigener beweging voor kiest.

Het bestaan van het notariële ambtsgeheim is verklaarbaar. Het notariaat is een vertrouwensberoep. Het is van belang dat een cliënt in vertrouwen de notaris kan informeren over alle feiten met betrekking tot de kwestie waarvoor zijn bijstand wordt ingeroepen, zodat de notaris zijn werk naar behoren kan uitoefenen. Opdat de notaris zijn beroep naar behoren en in vertrouwen kan uitoefenen, is het dan ook van belang dat de notaris beschikt over een geheimhoudingsplicht én een verschoningsrecht (art. 165 lid 2 onder b Rv). Het verschoningsrecht ontheft de notaris van de verplichting om te getuigen. Een cliënt hoeft er in beginsel niet voor bevreesd te zijn dat de notaris een getuigenverklaring moet afleggen over wat er op het notariskantoor is besproken. Het

verschoningsrecht ziet echter uitsluitend op de informatie waarover de notaris *qualitate qua* beschikt. Het gaat dan om informatie die aan de notaris in zijn specifieke hoedanigheid is *toevertrouwd*.

Dat aan de notaris een verschoningsrecht is toegekend, houdt verband met het algemeen rechtsbeginsel dat bij deze vertrouwenspersoon het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hem moet kunnen wenden (vgl. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 (*OGEM/notaris Maas*). Om die reden wordt ook geen onderscheid gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens. Uit het *notaris Maas*-arrest blijkt verder dat het verschoningsrecht van de notaris in zoverre niet absoluut is, dat zich 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – zelfs ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap de notaris als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht.

Nu komt het steeds meer voor dat de rechtsgeldigheid van een testament ter discussie wordt gesteld wegens (vermeende) wilsonbekwaamheid van de testateur of (vermeende) beïnvloeding van de testateur door belanghebbenden bij het testeren (denk aan financieel ouderenmisbruik). In het testament teleurgestelde erfgenamen met een *suspicious mind* liggen dan al snel stevig in de clinch met een notaris die niet veel meer weet uit te brengen dan de gevleugelde woorden: *my lips are sealed*. Kan de notaris in een dergelijk geval – ondanks zijn ambtelijke geheimhoudingsplicht – genoopt worden om openheid van zaken te geven over de wijze waarop een testament tot stand is gekomen, en mogelijk over nog meer? Hoe absoluut is eigenlijk de notariële geheimhoudingsplicht, die binnen het notariaat beleefd wordt als een welhaast heilige plicht? Kan alle informatie waarover de notaris beschikt aangemerkt worden als aan hem in zijn hoedanigheid te zijn toevertrouwd, of gaat dat te ver? Is in een dergelijk geval van mogelijke wilsonbekwaamheid of *undue influence* wellicht sprake van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' waarvoor de notariële geheimhoudingsplicht moet kunnen wijken?

Ter illustratie van het lastige dilemma waarvoor de notaris zich gesteld kan zien, verwijs ik naar de casus die aan het kortgedingarrest van het gerechtshof Amsterdam van 17 september 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2598, ten grondslag lag. Zie voor het kortgedingvonnis in eerste aanleg: ECLI:NL:RBAMS:2023:4608. Erflaatster is in 2022 overleden. Zij laat drie kinderen achter. Bij testament van 24 juli 2017 zijn twee van de kinderen tot erfgenaam benoemd. Eén kind is onterfd in het testament. Aan dat kind is een legaat ter grootte van de legitieme portie toegekend. Het kind vordert in kort geding een veroordeling van de notaris tot afgifte van 'het volledige dossier van erflaatster' (wellicht zo ruim gevorderd onder het motto: als het meerdere wordt gevorderd, kan de rechter altijd nog het mindere toewijzen en om reden dat het kind niet bekend zal zijn met de precieze omvang en inhoud van het dossier van de notaris), voor zover dit betrekking heeft op de bij de notaris gepasseerde (voorlaatste) (levens)testament(en) van erflaatster en in het bijzonder het voorlaatste testament van erflaatster van 30 december 2011.

Het onterfde kind wenst ook het voorlaatste, herroepen testament in te zien, omdat het kind wil weten of het in 2011 al onterfd was of niet. Is dat het geval, dan heeft het aanvangen van een juridische procedure om de rechtsgeldigheid van het laatste testament van 2017 aan te vechten uiteraard weinig zin en daarbij heeft het kind rechtens geen belang meer (art. 3:303 BW). Zie ook *AdvoTip* 2021-13 ('Een herroepen

testament blijft niet altijd “achter slot en grendel” in de archiefruimte van de notaris’) voor de (on)mogelijkheden inzage te nemen in een herroepen testament.

Ik signaleer hier verder dat op 24 juli 2017 niet alleen een testament, maar ook een levenstestament was gepasseerd. In het levenstestament is onder meer bepaald dat aan geen van de kinderen inzage mag worden verstrekt in het medisch dossier van erflaatster, ook niet na haar overlijden (de zogeheten *case-closed*-clausule). De mogelijkheid om te bepalen dat na overlijden het medisch dossier gesloten blijft, wordt geboden in artikel 7:458a lid 4 BW (onderdeel van de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst). Het belang van medische informatie om wilsonbekwaamheid in rechte vast te doen stellen, moet niet onderschat worden. De Hoge Raad heeft immers in zijn arrest van 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047, overwogen:

‘De stelplicht en bewijslast van de stelling dat de erflater daartoe [zijn wil in vrijheid te vormen, JH] niet in staat is, rusten op degene die deze stelling aanvoert. In de regel voldoet de desbetreffende partij aan haar stelplicht door een voldoende onderbouwde medische verklaring in het geding te brengen die deze stelling ondersteunt.’

In die gevallen dat de wilsonbekwaamheid slechts met behulp van een medische verklaring kan worden aangetoond, zou de testateur met de *case-closed*-clausule een onneembare barrière opgeworpen hebben om de rechtsgeldigheid van het testament met enige kans op succes aan te tasten. Dat geldt temeer als ook de (niet medisch onderlegde) notaris stelt dat er geen beletsel aanwezig was om het testament te passeren. Het laatste woord is over deze clausule vast en zeker niet gezegd en geschreven.

De advocaat van het onterfde kind heeft bij brief van 29 december 2022 aan de notaris een aantal vragen gesteld met betrekking tot (de wijze van) het passeren van het testament. Niet zelden volgt dan een ware *tug of war* om de verlangde informatie boven tafel te krijgen. Mij is inmiddels wel gebleken dat de gemiddelde notaris zich een rolberoerte schrikt als hij een brief ‘op poten’ van een advocaat krijgt (en al helemaal als bij het uitblijven van een bevredigende reactie meteen een tuchtklacht in het vooruitzicht wordt gesteld). Hoewel het vaste rechtspraak van de tuchtrechter is dat in zijn algemeenheid de geheimhoudingsplicht van een notaris zich *niet* uitstrekt tot de wijze waarop een notaris te werk is gegaan (zie onder meer de tuchtbeslissing van de notariskamer van 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1164), is niet iedere notaris in het land hiermee even goed bekend.

In dit geval heeft de advocaat van de notaris – een *repeat player* in dit soort tucht- en beroepsaansprakelijkheidszaken – een uitgebreide verklaring opgesteld over de totstandkoming van het testament. Die verklaring luidt als volgt:

‘Cliënte kent erflaatster al lang, in ieder geval sinds juli 2004. Ten tijde van het passeren van het (herroepen) testament van 30 december 2011 was erflaatster 87 jaar oud; bij het laatste testament 93 jaar oud. Ondanks haar hoge leeftijd kwam zij – zoals cliënte haar kende – op cliënte over als een “vrouw met gezag”, wiens “wil wet was”.

Bij de voorbereiding van het opstellen en het verlijden van het testament uit 2017 van erflaatster heeft cliënte het Stappenplan (versie 2013) gehanteerd. Erflaatster had op dat moment immers een hoge leeftijd, zij woonde echter wel nog steeds

zelfstandig. Cliënte heeft diverse malen besprekingen met haar gevoerd, die steeds op kantoor plaatsvonden. De afspraken daartoe werden gemaakt door haar zoon, de [A]. Dit paste in het beeld dat cliënte van erflaatster had; zij gaf altijd graag opdrachten aan anderen en delegerde taken.

(...)

Erflaatster had geen haast in de aanloop naar het verlijden van de testamenten en heeft de concepten en andere correspondentie van cliënte steeds per post rechtstreeks (dus zonder tussenkomst van derden) van cliënte ontvangen. Van beïnvloeding door wie dan ook was geen sprake, zoals cliënte heeft geconstateerd in de gesprekken die zij met erflaatster heeft gevoerd.

Tijdens de besprekingen voorafgaand aan het passeren van de testamenten heeft cliënte erflaatster onder vier ogen gesproken. Voor het passeren van het testament in 2017 was in de agenda van cliënte meer dan één uur gereserveerd; in 2011 was dat ook ongeveer een uur.'

Uit deze verklaring blijkt dat het mogelijk is om de gang van zaken die heeft geleid tot het tot stand komen van een testament uiteen te zetten, *zonder* dat de notaris de geheimhoudingsplicht schendt. Deze regel geldt niet alleen voor de notaris jegens wie een tuchtklacht is ingediend, maar ook voor de notaris aan wie – zoals in dit geval – door iemand die een redelijk belang heeft vragen worden gesteld over de gang van zaken rond het tot stand komen van een testament. Zou hierover anders geoordeeld worden, dan zou een persoon die een redelijk belang heeft gedwongen zijn een tuchtklacht in te dienen om de notaris tot spreken te bewegen. Het wordt aan de notaris overgelaten om zich als hij dat nodig acht te beroepen op zijn geheimhoudingsplicht en zo dat nodig en mogelijk is, uit te leggen dat zijn geheimhoudingsplicht hem belet de gestelde vragen te beantwoorden.

Welke vragen over de wijze van totstandkoming van een testament komen zoal voor beantwoording in aanmerking, omdat deze zien op *de werkwijze* van de notaris en *niet* op door de testateur aan de notaris toevertrouwde informatie? Te noemen zijn:

- Wie heeft contact opgenomen met de notaris voor het maken van een afspraak van een cliënt om een testament op te stellen of te wijzigen?
- Heeft de notaris bij het bespreken van de wensen en het concept van het testament en het latere passeren van het testament de cliënt alleen gesproken?
- Hebben anderen dan de cliënt hiermee enige bemoeienis gehad?
- Heeft de notaris het 'Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van de notariële dienstverlening' van de KNB gevolgd?
- Heeft de notaris de wilsbekwaamheid van de cliënt door een onafhankelijke en deskundige arts laten onderzoeken?

Buiten de orde zijn vragen over bijvoorbeeld de aan de notaris medegedeelde verhoudingen binnen de familie of de beweegredenen van de testateur om een bepaalde uiterste wilsbeschikking in het testament te maken. Die informatie zal stellig onder de geheimhoudingsplicht van de notaris vallen.

De verklaring van de advocaat van de notaris behelst meer dan alleen de door de notaris gevolgde werkwijze. Verklaard wordt door de notaris ook over de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de cliënt. De verklaring luidt op dit punt:

'Tijdens die besprekingen is cliënte overtuigd geraakt van de wilsbekwaamheid van erflaatster. Ter controle heeft cliënte erflaatster vele vragen gesteld; dit waren

steeds open vragen die herhaaldelijk zijn gesteld. In antwoord daarop kon erflaatster steeds de door haar gewenste gevolgen beschrijven en kon zij ook de redenen noemen voor haar wensen. Zij had hierover geen twijfel. Zij had duidelijk het vermogen om zich uit te drukken, de informatie te begrijpen, de betekenis van de informatie te beseffen en te waarderen voor de eigen situatie, logisch te redeneren en de informatie te betrekken in het overwegen van de opties.

Enige mogelijk beïnvloeding van derden is cliënte niet gebleken; zij heeft zelf beïnvloeding voorkomen door haar steeds specifiek alléén te spreken. Tijdens de gesprekken met haar is cliënte niet gebleken van enige aandoening die van invloed zou kunnen zijn op haar verstandelijke vermogen. Van een ziekte of ziektebeeld was cliënte niets bekend. De indruk van erflaatster in alle gesprekken in de aanloop naar het verlijden van de testament(en) strookten met het bestaande beeld dat cliënte van erflaatster had.

Cliënte heeft daar ook aantekeningen van in haar dossier gemaakt. Voorts heeft cliënte de inhoud van de akte volledig doorgenomen en gecontroleerd of hetgeen in de akte staat vermeld overeen kwam met de wensen van erflaatster. Zo nodig zijn ter plekke nog wijzigingen aangebracht voordat de akten zijn verleden.'

De verklaring geeft een aantal conclusies van de notaris weer – zoals dat de notaris overtuigd is geraakt van de wilsbekwaamheid van erflaatster en dat van enige mogelijke beïnvloeding van derden niet is gebleken – en geeft tevens tot op zekere hoogte inzicht in de door de notaris gevolgde werkwijze. Hier geldt mijns inziens het credo: hoe concreter, hoe beter. In elk geval moet ervoor gewaakt worden dat slechts verklaard wordt over de wijze waarop de notaris in algemene zin de wilscontrole pleegt uit te oefenen (en *niet* over de in dit specifieke geval uitgevoerde wilscontrole) en dat slechts met behulp van geprefabriceerde tekstblokken daarover wordt verklaard.

Het onterfde kind neemt met de verklaring van de notaris geen genoegen en stelt – als gesteld – in kort geding een vordering tot afgifte van de notariële dossiers in. Aan de vordering wordt ten grondslag gelegd dat haar broer en zuster het contact tussen haar en erflaatster onmogelijk gemaakt hebben en dat zij erflaatster hebben beïnvloed om haar te onterven. Het onterfde kind wenst aan de hand van de af te geven dossiers na te gaan of erflaatster voldoende wilsbekwaam was ten tijde van het passeren van het laatste testament en op die manier kan zij tevens nagaan of de notaris wel voldaan heeft aan de op hem rustende zorgplicht.

Op het eerste gezicht lijkt de wens nog een controle te kunnen uitoefenen een wel heel erg magere basis om de geheimhoudingsplicht van de notaris te doorbreken. Daarbij komt dat het vaste rechtspraak is dat het primaat voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de erflaatster 'in eerste instantie' bij de notaris ligt. In deze zin bijvoorbeeld notariskamer 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4151 en notariskamer 18 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:248. Het komt daarbij primair aan op 'de eigen waarneming van de notaris, aan wie daarbij een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt'. Verder onderzoek is in het algemeen aangewezen 'bij gereede twijfel aan de wilsbekwaamheid'. Het Stappenplan biedt voor dat onderzoek een 'handreiking'.

Het hof neemt met de verklaring van de notaris in dit geval genoegen, omdat 'de notaris – met inachtneming van de geheimhoudingsplicht – uitgebreid heeft gerespondeerd op de vragen van appellante over de wijze waarop en de omstandigheden waaronder het testament van erflaatster van 24 juli 2017 tot stand is gekomen'. Het onterfde kind heeft onvoldoende gesteld om tot 'enige relevante twijfel te komen over de wilsbekwaamheid

van erflaatster voor wat betreft de inhoud van haar uiterste wilsbeschikking (...), terwijl het hof de vraag moet beantwoorden of appellante voldoende bijzondere omstandigheden heeft aangevoerd voor een doorbreking van de geheimhoudingsplicht'.

Op basis van de in het kortgedingarrest vastgestelde feiten is dit onderdeel van de uitspraak goed te volgen. Bij mij roept een ander oordeel van het hof wel de nodige vragen op. Het hof heeft bij zijn oordeel namelijk in ogenschouw genomen dat aan het onderfde kind – zoals de notaris terecht zou hebben aangevoerd – 'ook andere middelen ter beschikking staan om de rechtsgeldigheid van het testament te onderzoeken of te (laten) onderzoeken, zonder dat een vergaande voorziening nodig is waarbij de geheimhoudingsplicht van de notaris wordt doorbroken'. Op welke andere middelen wordt dan gedoeld? Het medisch dossier is voor het onderfde kind vanwege de *case-closed*-clausule vooralsnog een gesloten boek. Het komt mij ook vreemd voor dat de geheimhoudingsplicht van de notaris van een hogere orde zou zijn dan die van een arts.

Het blijkt dus veelal goed mogelijk om zonder de geheimhoudingsplicht te schenden een toelichting te geven op de gang van zaken rondom de totstandkoming van een testament en mogelijk ook op de wijze waarop de notaris zich een oordeel heeft gevormd over de wilsbekwaamheid van de testateur (met inbegrip van zijn eigen waarnemingen). Soms kan niet volstaan worden met een verklaring van de notaris die in (te) algemene bewoordingen is gesteld. In bijzondere gevallen wordt volgens de notariële tuchtrechter vereist dat uit het dossier van de notaris blijkt welke afwegingen de notaris heeft gemaakt ter zake van de wilsbekwaamheid van de testateur. De notaris moet zijn handelwijze zo nodig achteraf kunnen verantwoorden.

In een bij de kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden spelende zaak uit 2018, ECLI:NL:TNORARL:2018:49, speelden enkele factoren die, gelet op het Stappenplan, nadere beschouwing van de erflaatster noodzakelijk maakten. De afspraak met de notaris was gemaakt door de buurvrouw van erflaatster (tevens haar hulp in de huishouding), deze buurvrouw verzorgde de financiële administratie; de buurvrouw en haar echtgenoot kregen door middel van het levenstestament een volmacht op financieel en medisch gebied, erflaatster was destijds 83 jaar oud en er was bij erflaatster beginnende dementie vastgesteld. De kamer overwoog hierover:

'Echter uit hetgeen de notaris heeft aangevoerd blijkt niet van de afwegingen zoals de notaris die destijds op dit punt gemaakt heeft. Zo ontbreekt een beschrijving van de waarnemingen die zij heeft gedaan en op grond waarvan zij tot de conclusie is gekomen dat aan de wilsbekwaamheid van testatrice niet getwijfeld behoefde te worden. De aantekeningen van het voorbereidende gesprek van de kandidaat-notaris met de testatrice en de achteraf door de kandidaat-notaris opgestelde nadere notitie (...) geven immers geen enkele informatie over de manier waarop de notaris de wilsbekwaamheid van testatrice voorafgaand aan het passeren van het levenstestament heeft beoordeeld. Dit, terwijl de notaris, ook wanneer een zaak als hier aan de orde door een kandidaat-notaris wordt voorbereid, een zelfstandige beoordelingsplicht heeft en daarover ook specifieke en verifieerbare verantwoording moet kunnen afleggen. Daarbij komt dat uit de aantekeningen van de kandidaat-notaris zoals overgelegd, waarop de notaris kennelijk in grote mate haar mening over de wilsbekwaamheid heeft gebaseerd, de indicatoren niet worden benoemd en evenmin is beschreven waarom ondanks deze indicatoren de wilsbekwaamheid is aangenomen.

De aanbeveling onder punt 10 van het stappenplan is dat de wijze en inhoud van de beoordeling van de wils(on)bekwaamheid als ook het gevoerde overleg daarbij

in het cliëntdossier en de akte vast worden gelegd. Dat is hier niet gebeurd en dat maakt in dit geval dat onvoldoende inzichtelijk is hoe de notaris de wilsbekwaamheid heeft vastgesteld, waarmee overigens nog niet gezegd is dat sprake was van wilsonbekwaamheid.

De kamer vindt dus dat de notaris beter had moeten laten vastleggen en zelf had moeten vastleggen welke stappen zijn ondernomen om de wilsbekwaamheid van testatrice te beoordelen. Dat is onvoldoende gebeurd, hetgeen tuchtrechtelijk verwijtbaar is. De klacht wordt daarom op deze onderdelen gegrond verklaard.'

Het verdient derhalve aanbeveling dat de notaris bij de aanwezigheid van één of meer indicatoren uit het Stappenplan minst genomen op adequate wijze aantekeningen in zijn dossier maakt, zodat deze zich later kan verantwoorden over de waarnemingen en de gemaakte afwegingen over de wilsbekwaamheid van de testateur. Verantwoording afleggen houdt namelijk meer in dan blind moeten vertrouwen op de juistheid en volledigheid van bepaalde gevolgtrekkingen waarover door de notaris mededelingen worden gedaan, zonder dat duidelijk wordt gemaakt op basis waarvan die gevolgtrekkingen gewettigd zijn.

De grenzen van de notariële geheimhoudingsplicht zullen vanwege de sterke toename van vergrijzing, dementie en ook financieel ouderenmisbruik de aankomende jaren vast en zeker door erfrechtadvocaten verder verkend en uitgetest worden. Het notariaat kan daar maar beter op voorbereid zijn...

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

*In verband met het kerstreces zal de eerstvolgende AdvoTip verschijnen op woensdag 15 januari 2025. De redactie van AdvoTip wenst u een prettige vakantie*

---

Copyright 2024 © AdvoTip

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