Erfrechtelijke geschillen
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Hoofdstuk 35 - Materieel tuchtrecht in erfrechtelijke aangelegenheden: van andermans fouten leren

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
2.	De tuchtnorm uitgelegd	8
3.	Staalkaart van notariële kunstfouten	10
4.	Testament opstellen en passeren in aanwezigheid van anderen	13
5.	Controle van de wilsbekwaamheid van de erflater	21
	5.1. Inleiding	21
	5.2. Het Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid	23
	5.3. Enige uit de tuchtrechtspraak te trekken lessen	24
	5.4. Ernstige veronachtzaming van notariële kernwaarden bij onderzoek van wilsbekwaamheid	30
6.	Het sterfbedtestament	35
7.	Testament van verstandelijk beperkten opstellen en passeren	40
8.	Een 'erfrechtelijke onvoldoende' voor het opstellen van een testament	43
9.	Geheimhoudingsplicht van de notaris	46
10.	Uitleg van een testament door de notaris	52
11.	Informatieverstrekking aan legitimarissen	53
12.	Afgifte van een verklaring van erfrecht	57
13.	Inschrijving als boedelnotaris in het boedelregister	65
14.	Zorgplicht in verband met de fiscale gevolgen van een testament	65
15.	Zorgvuldig en voortvarend afwikkelen van een nalatenschap	71
16.	Voorlichting over een herroepelijke uiterste wilsbeschikking versus een regeling met contractuele binding	75
17.	Informatieverstrekking aan de verwachter bij een tweetrapsmaking	77
18.	Informatieverstrekking in verband met de verkrijging van erfrechtelijk papier	80
19.	Informatieverstrekking in verband met de niet-opeisbaarheidsclausule	83

1. Inleiding

In het erfrecht speelt het voor het notariaat geldende tuchtrecht een belangrijke rechtsvormende en educatieve rol. In het notarieel tuchtrecht wordt op grond van art. 93 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) beoordeeld of het handelen of nalaten van de juridische beroepsbeoefenaars in het notariaat in strijd is met de wet of de zorg die zij behoren te betrachten bij hun beroepsuitoefening ten opzichte van degenen voor wie zij

optreden. Zij dienen te handelen zoals een behoorlijk notaris (onderscheidenlijk toegevoegd notaris of kandidaat-notaris) betaamt. Zelfs degenen die niet meer werkzaam zijn als notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris blijven aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten gedurende de tijd dat zij als zodanig werkzaam waren.

Het notarieel tuchtrecht komt tot uiting in tuchtrechtprocedures. In de Wet op het notarisambt is daartoe een uitgebreide regeling opgenomen van de rechtspleging in tuchtrechtprocedures.[1] In eerste aanleg worden deze procedures behandeld door vier kamers voor het notariaat (en wel in de hofressorten Amsterdam, Arnhem-Leeuwarden, Den Haag en 's-Hertogenbosch) en in hoger beroep door de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam. De tuchtrechter beoordeelt of de notaris door zijn handelen of nalaten zijn kerntaken als notaris heeft veronachtzaamd.

Het doel van het wettelijke tuchtrecht is – met het oog op het algemeen belang – de bevordering van een goede wijze van beroepsuitoefening van het notariaat. Om dat doel te bereiken, kunnen notariële dienstverleners ten overstaan van de tuchtrechter voor hun *modus operandi* ter verantwoording worden geroepen. De terechtwijzingen van de tuchtrechter kunnen er zelfs toe leiden dat een notaris uit zijn ambt wordt ontzet. Handhaving van de eer en het aanzien van het notariaat kunnen niet (meer) als een zelfstandige doelstelling van het tuchtrecht worden aangemerkt, maar spelen nog wel een bijrol. Heel veel schiet een klager met een tuchtprocedure intussen niet op. Hij krijgt wellicht gelijk met het indienen van een tuchtklacht waarna een maatregel aan de notaris wordt opgelegd en ondervindt daarvan wellicht enige morele genoegdoening, maar een titel voor schadevergoeding levert de tuchtprocedure niet op.

Wel is het tuchtrecht soms een 'opstapje' voor een civiele procedure waarin van de notariële dienstverlener schadevergoeding wordt gevorderd. Bewijsrechtelijk kan een tuchtbeslissing zogezegd wind in de zeilen voor de civiele procedure opleveren. Die tendens wordt versterkt doordat bressen zijn geslagen in de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de notaris jegens de tuchtrechter (§ 9). Dit verklaart mede dat beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars tuchtrechtprocedures serieus nemen in de gevallen waarin door cliënten of andere belanghebbende derden schade is geleden door het handelen of nalaten van de notaris. Zij plegen de proceskosten, de kosten van juridische bijstand en andere kosten van verweer van de beklaagde notariële dienstverlener mee te verzekeren.

Iedere tuchtrechtelijke uitspraak van de kamer voor het notariaat of de notariskamer begint na de vaststelling van de feiten met de weergave van de tuchtnorm van art. 93 lid 1 Wna (zie verder § 2). Deze open norm is nader uitgewerkt in de door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) opgestelde beroeps- en gedragsregels. Deze beroeps- en gedragsregels zijn opgenomen in een verordening van de KNB, de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011.[2] Na de weergave van de generieke tuchtnorm begint de opdracht aan de tuchtrechter om de tuchtnorm (verder) te concretiseren en zijn uitspraak te motiveren. Daarbij moet voor een deel invulling gegeven worden aan de Wet op het notarisambt en aan krachtens deze wet tot stand gekomen wet- en regelgeving. Bij de uitleg van deze bepalingen zullen de handelwijzen en opvattingen die binnen de beroepsgroep leven een belangrijke rol kunnen spelen.

[1] Zie hoofdstuk 34 ('Formeel notarieel tuchtrecht: over het verloop van de tuchtprocedure').
[2] Zie www.overheid.nl en de website van de KNB: www.knb.nl.

Kernwaarden van het notariaat

In de tuchtrechtspraak en de literatuur worden diverse kernwaarden voor het notariaat onderscheiden: onpartijdigheid en onafhankelijkheid, integriteit, publieke verantwoordelijkheid, vertrouwelijkheid, zorgvuldigheid en deskundigheid.[3] Opmerkelijk is dat de Wet op het notarisambt – in tegenstelling tot de Advocatenwet (in art. 10a)[4] – geen opsomming bevat van de voor de notariële beroepsgroep geldende kernwaarden. Dit zijn de kernwaarden van het beroep van notaris, dat wil zeggen dat zij de kern vormen van de professionele standaard waaraan de beroepsuitoefening van de notaris moet worden getoetst. Die kernwaarden moeten door de notaris onder alle omstandigheden in acht worden genomen. Uit deze kernwaarden kunnen gedragsnormen afgeleid worden voor de beroepsuitoefening van de notaris in een concreet geval. Door een analyse van de notariële tuchtrechtspraak kan getracht worden (meer) duidelijkheid te krijgen op welke wijze de notaris invulling moet geven aan zijn ambtsuitoefening. Het gaat in wezen om een nadere bepaling van hetgeen de aan de notaris toegedachte en opgedragen algemene taak en de daarbij te betrachten kernwaarden in concrete gevallen vereist.

- Onpartijdigheid en onafhankelijkheid

Onpartijdigheid is een kernwaarde van de notaris. Die kernwaarde van onpartijdigheid houdt in dat de notaris de belangen van alle partijen bij de akte moet meewegen, alle partijen gelijk moet behandelen en op gelijke wijze van informatie moet voorzien. De notaris kan zich niet inlaten met het dienen van het belang van één van de partijen. In de Wet op het notarisambt komt de eis van onpartijdigheid op diverse plaatsen voor. Zo wordt naar de onpartijdigheid van de notaris verwezen in de door de notaris af te leggen eed (art. 3 lid 2 Wna):

"Ik zweer getrouwheid aan de Koning en de Grondwet en eerbied voor de rechterlijke autoriteiten.
Ik zweer, dat ik mij zal gedragen naar de wetten, de reglementen en de verordeningen die op het notarisambt van toepassing zijn en dat ik mijn taak eerlijk, nauwgezet en onpartijdig zal uitvoeren; dat ik geheimhouding zal betrachten ten aanzien van alles waarvan ik door mijn ambt kennis neem en dat ik voorts, middellijk noch onmiddellijk, onder enige naam of voorwendsel, tot het verkrijgen van mijn benoeming aan iemand iets heb gegeven of beloofd, noch zal geven of beloven."

Art. 17 lid 1 Wna geeft het wezen van het notarisambt weer en luidt als volgt:

[3] Waaijer onderscheidt de volgende kernwaarden van het notariaat: deskundigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid, zorgvuldigheid, voorzichtigheid, voortvarendheid, organisatorisch vermogen en inzicht in de ambtelijke functie (integriteit). Zie daarvoor Waaijer/Melis, *De Notariswet* (2024), § 32.4.3.

[4] Art.10a lid 1 van de Advocatenwet bepaalt: *"In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep: (a) onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt, derden en de zaken waarin hij als zodanig optreedt, (b) partijdig bij de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt, (c) deskundig en kan hij beschikken over voldoende kennis en vaardigheden, (d) integer en onthoudt hij zich van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt en (e) vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen."*

"De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid."

Ook wordt de eis van onpartijdigheid gesteld bij het aangaan van samenwerkingsverbanden door een notaris. Art. 18 lid 1 Wna bepaalt daarover:

"De notaris kan een samenwerkingsverband aangaan met beoefenaren van een ander beroep, mits hierdoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid niet wordt of kan worden beïnvloed."

Dat een notaris in de uitoefening van zijn ambt onpartijdig is, staat er niet aan in de weg dat hij in een aangelegenheid voor een opdrachtgever als *partijadviseur* optreedt. In art. 18 van de Verordening beroeps- en gedragsregels zijn gedragsregels opgenomen voor de notaris die als partijadviseur optreedt. Eén van de eisen is, dat de notaris direct aan de wederpartij meedeelt dat hij optreedt als partijnotaris.

De notaris dient te allen tijde *onafhankelijk* te staan ten opzichte van derden, zoals de overheid en de cliënt, en ook ten opzichte van de zaak die hij behandelt of de dienst die hij verleent. Hij dient zijn diensten onbevangen en onbevooroordeeld, met kennis van zaken te verlenen. Een cliënt heeft pas baat bij de bijstand van een notaris als deze voldoende afstand bewaart. Afstand komt onmiskenbaar in het gedrang als de notaris mede de belangen van andere nauw betrokken partijen zou behartigen of als hij zelf een persoonlijk voordeel bij een bepaalde afloop van de zaak heeft of krijgt. Intussen zit de notaris wel in een spagaat: de notaris bekleedt een ambt[5], maar hij is tevens ondernemer.

- Integriteit

Inherent aan de uitoefening van een professioneel beroep waaraan in het algemeen belang rechten en verplichtingen zijn toegekend (en in dit geval zelfs een notarieel domeinmonopolie, waarbij bepaalde taken bij wet met uitsluiting van anderen aan de notaris zijn opgedragen), is de noodzaak voor de beroepsgenoten *integer* te handelen. Alleen bij een integere beroepsuitoefening door het notariaat als geheel, kan haar bijzondere wettelijke positie blijvend worden gelegitimeerd. Telkens zal de notaris zich dus moeten afvragen of zijn handelen niet alleen de belangen van de cliënt dient, maar ook die van een goede beroepsuitoefening en een goede juridische bijstand door zijn beroepsgroep. De notaris zal zich moeten hoeden voor belangenverstrengeling en zich maatschappelijk moeten kunnen verantwoorden voor zijn keuzes. Cliënten moeten erop kunnen vertrouwen dat de notaris zich op hun belang richt, binnen de grenzen van het recht en met inachtneming van het algemeen belang.

De in dit verband vereiste integriteit van de beroepsuitoefening wordt niet alleen door de wet, maar ook door verordeningen, gedragsregels en (als *ultimum remedium*) het tuchtrecht bewaakt. Misbruik van de bijzondere positie die de notaris in ons rechtsbestel heeft, leidt in beginsel tot tuchtrechtelijke sancties.

[5] Zie art. 1 onder a Wna en art. 2 Wna.

Meer concreet is het integriteitsvereiste wel verduidelijkt met de volgende voorbeelden.[6] Een notaris is gehouden tot fatsoenlijk ondernemerschap, zodat hij niet misleidende offertes mag uitbrengen. Aan een offerte van de notaris mogen eisen worden gesteld. Verder geldt dat een notaris die een ambtshandeling verricht, gehouden is tot een normatieve dienstverlening. Hij heeft een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de in de akte opgenomen rechtshandelingen. De notaris mag hierop niet 'bezuinigen' om zo een scherper tarief te kunnen aanbieden. De notaris dient ook naar buiten toe steeds duidelijk te zijn over zijn specifieke rol en positie. Aan de mogelijkheid dat verwarring kan ontstaan over de positie van de notaris – onpartijdige ambtsdrager of partijadviseur – en hoe die te voorkomen, moet aandacht besteed worden. Die duidelijkheid dient de notaris ook te bieden over de grenzen van zijn eigen deskundigheid. De notaris kan nu eenmaal niet van alle markten thuis zijn.

Onderdeel van de taak van KNB is *"de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt"* (art. 61 lid 1 Wna). Ter uitvoering daarvan heeft het bestuur van de KNB op 10 juli 2013 de Beleidsregel integere beroepsuitoefening vastgesteld. Uit de beleidsregel blijkt dat de eer en het aanzien van het ambt[7] voortaan 'integere beroepsuitoefening' wordt genoemd. In de beleidsregel wordt paal en perk gesteld aan de samenwerking met een uit het ambt ontzette notaris of kandidaat-notaris aan wie het recht tot waarneming is ontzegd.

Een nieuwe dimensie heeft deze kernwaarde van integere beroepsuitoefening gekregen na de bekendmaking dat een voormalig notaris van de landsadvocaat Pels Rijcken op frauduleuze wijze substantiële bedragen van cliënten aan kwaliteitsrekeningen had onttrokken en overgeboekt naar zijn eigen bankrekeningen. In een persbericht van 3 november 2021[8] meldt het Bureau Financieel Toezicht (BFT) van de KNB:

"Er is door het BFT vastgesteld dat sprake was van fraude door de voormalig notaris waardoor een tekort van circa 11 miljoen euro is ontstaan op de derdenrekening. Uit het onderzoek door het BFT is gebleken dat in ieder geval vanaf 2003 geld dat toebehoorde aan derden/cliënten op frauduleuze wijze is onttrokken aan deze rekening van het kantoor. Uit verschillende dossiers zijn delen van de hoofdsom onttrokken en gelden zijn geheel of deels meermalen heen en weer geboekt naar verschillende rekeningen. Hiertoe maakte mr. F.J. Oranje gebruik van meerdere stichtingen, vervalste stukken en diende hij onjuiste interne declaraties in. Daarnaast werd door de voormalig notaris gekweekte rente op derdengelden niet volledig uitgekeerd aan de rechthebbenden. De voormalig notaris heeft deze gelden onrechtmatig onttrokken aan Pels Rijcken."

Het beeld van de onkreukbare en integere notaris ligt dan wel even aan diggelen. Het is daarom goed dat enige selectie aan de poort van het notarisambt plaatsvindt. Dat geschiedt door de Commissie toegang notariaat (art. 8 lid 2 Wna). Deze commissie toetst

[6] Zie G.J.C. Lekkerkerker, 'De notaris en zijn eigen waarde; een kijk op het beroep, beroepsplichten en realiteiten van het hier en nu', in: *De goede notaris*, SDU 2010, p. 36-37.
[7] Naar *"de eer en het aanzien van het notarisambt"* wordt verwezen in de Wet op het notarisambt in art. 8 (dat regelt dat de benoeming tot notaris kan worden geweigerd als vrees bestaat dat de betrokkene de eer en het aanzien van het notarisambt zal schaden), art. 61 (dat bepaalt dat het tot de taken van de KNB behoort om te zorgen voor de eer en het aanzien van het ambt) en art. 96 (dat het toezicht regelt op onder meer de eer en het aanzien van het notarisambt).
[8] Persbericht van BFT van 3 november 2021 ('Onderzoek fraude door mr. F.J. Oranje bij advocaten- en notarissenkantoor Pels Rijcken afgerond').

degenen die notaris of toegevoegd notaris willen worden, onder meer op hun *"persoonlijke geschiktheid"* voor het ambt en daarbij wordt ook gekeken naar de integriteit van de betrokken persoon. Een uitdaging zal dan wel zijn om te bepalen aan de hand van welke normen die eigenschap beoordeeld moet worden en hoe die screening in de praktijk gestalte krijgt. Het advies van de commissie is een belangrijk onderdeel van de procedures voor benoeming tot notaris en aanwijzing als toegevoegd notaris. Het is de minister voor Rechtsbescherming die benoemt.

In december 2022 is enige commotie ontstaan, omdat de voltallige commissie is opgestapt nadat de toenmalige minister voor Rechtsbescherming tegen het advies van de commissie in ongeschikt geachte kandidaat-notarissen heeft benoemd.[9] De minister stelt dat hij in een aantal gevallen tot de conclusie was gekomen dat de benoeming verantwoord zou zijn, mede door voorzieningen die betrokkenen hadden getroffen. Ook antwoordt de minister: *"De onderbouwing van de adviezen was een geschilpunt waarover met de commissie is gesproken, maar ook over zaken als bejegening van kandidaten door de commissie. Het afwijken van de adviezen is naar de commissie uitgebreid gemotiveerd."* De werkzaamheden zijn aanvankelijk als gevolg van het collectieve ontslag voortgezet door een tijdelijke commissie. Per 1 december 2023 is aan de tijdelijke situatie een einde gekomen door de (her)benoeming van acht personen tot lid van de Commissie toegang Notariaat.

- Publieke verantwoordelijkheid

De *publieke verantwoordelijkheid* is onlosmakelijk verbonden met het gegeven dat de Wet op het notarisambt in het publieke belang de uitoefening van het beroep van notaris selectief mogelijk maakt en daaraan rechten en plichten verbindt. In die zin vormt de publieke verantwoordelijkheid voor het algemeen belang de optelsom van alle andere kernwaarden. Aan alle kernwaarden kleeft een publiek belang waarmee de notaris rekening moet houden. In de kern impliceert de publieke verantwoordelijkheid dat de notaris moet zorgdragen voor rechtszekerheid en rechtsbescherming.

- Vertrouwelijkheid

Het notariaat is een *vertrouwensberoep*. Het is van belang dat de 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 en een verschoningsrecht. Het verschoningsrecht ontheft de notaris van de verplichting om te getuigen. Het verschoningsrecht ziet uitsluitend op de informatie waarover de notaris qualitate qua beschikt. Het gaat dus 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.[10]

[9] NRC Handelsblad van 7 december 2022 (Adviescommissie stapt op omdat Minister ongeschikte notarissen benoemt). Zie tevens Tweede Kamer, vergaderjaar 2022-2023, Aanhangsel 1313.
[10] Hoge Raad 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173 (*OGEM/notaris Maas*).

- Zorgvuldigheid

De kernwaarde *zorgvuldigheid* komt onder meer naar voren in de eedsformule van de notaris. De notaris zweert dat hij zijn taak *"nauwgezet"* zal uitvoeren (art. 3 lid 2 Wna).

De vereiste zorgvuldigheid werd bijvoorbeeld niet door de notaris betracht in een geval waarin een testament werd opgesteld met een onterving van de dochter. In deze zaak hebben vader en zijn zoon en dochter notaris X bezocht voor een bespreking van vaders testament. Hierop volgt een concepttestament waarin zoon en dochter ieder voor de helft tot zijn erfgenamen zijn benoemd. Een geplande passeerafspraak van vader bij de notaris wordt vervolgens afgezegd, zonder medeweten van de dochter. De vader – terminaal ziek – trekt bij de zoon in. De zoon benadert een andere notaris Y en overhandigt aan deze het recente concepttestament van notaris X met bijgeschreven aanpassingen en een brief aan notaris X waarin staat dat vaders huis en inboedel voor de zoon zijn. Notaris Y bezoekt vader bij de zoon thuis en passeert een dag later een testament, waarin de dochter wordt onterfd. Na vaders overlijden raakt de dochter op de hoogte van haar onterving. De notariskamer van het gerechtshof Amsterdam berispt notaris Y bij beslissing van 21 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:491. De notariskamer is van oordeel dat de notaris niet zorgvuldig genoeg heeft gehandeld bij het opstellen en het passeren van het testament van erflater:

"Door te handelen zoals hiervoor weergegeven, heeft de notaris onvoldoende oog gehad voor de bijzondere omstandigheden die zich in dit geval voordeden en die tot voorzichtigheid hadden moeten nopen. Zo had de broer van klaagster de afspraak met de notaris gemaakt, terwijl de notaris niet eerder voor de familie werkzaamheden had verricht. Erflater had zich tevoren tot een andere notaris gewend met het verzoek om een testament op te stellen en had kort tevoren een concept van deze notaris ontvangen. De notaris ging er bovendien direct vanuit dat voormelde brief door de erflater was geschreven. Erflater werd door de broer verzorgd en verbleef in het huis van de broer. De broer werd op basis van het door de notaris opgestelde concept-testament enig erfgenaam, terwijl in het concept-testament dat door [notaris X] was opgesteld en waarover de notaris beschikte sprake was van twee erfgenamen voor gelijke delen. Er was dus sprake van een ingrijpende wijziging ten opzichte van het eerdere concept. Dat concept was bovendien van zeer recente datum, te weten van 21 oktober 2014.
De notaris had gezien deze omstandigheden een grotere zorgvuldigheid moeten betrachten dan zij heeft gedaan. De notaris had dienen te onderzoeken of het echt de wil van erflater was om klaagster te onterven en had daar tijd voor moeten nemen. Niet gebleken is dat er grote spoed geboden was. De notaris heeft geen afdoende verklaring kunnen geven waarom zij met erflater, die zij niet kende, niet vooraf een eerste bespreking heeft gehad en naar aanleiding van deze bespreking een concept-testament heeft toegestuurd. Dat er sprake was van onverwijlde spoed gezien de leeftijd en de gezondheid van erflater dat het ondertekenen van het testament nog diezelfde dag diende te gebeuren, is niet gebleken.
Het voorgaande klemt des te meer nu in de handgeschreven brief, gericht aan [notaris X] en niet aan de notaris, waarop de notaris zegt het testament mede te hebben gebaseerd, weliswaar staat dat het huis, de inboedel en de bezittingen aan de broer geschonken worden maar dat uit die brief niet blijkt dat klaagster onterfd moet worden. De notaris had ook om die reden contact met [notaris X] kunnen opnemen om enige navraag te doen.
Het hof hoeft zich niet uit te laten over de vraag of erflater ten tijde van het ondertekenen van het testament wilsonbekwaam was, nu klaagster zich niet op het standpunt stelt dat dat het geval was."

- Deskundigheid

Alleen al omdat de notaris bij uitsluiting het recht heeft notariële aktes te passeren (domeinmonopolie) moet de wetgever bevorderen dat hij over voldoende juridische en maatschappelijke *deskundigheid* beschikt. In de eerste plaats moet de notaris op basis van actuele juridische kennis de inhoudelijke kant van zijn notariële dienstverlening kunnen beoordelen. Daarnaast vergt goede juridische bijstand van de notaris dat aandacht wordt besteed aan activiteiten, kennis en vaardigheden die ten goede komen aan een juiste invulling van de vakinhoudelijke deskundigheid. Daarbij kan gedacht worden aan een overzichtelijke inrichting van de praktijk, het ontwikkelen van ter zake doende vaardigheden en het hebben van inzicht in maatschappelijke en economische ontwikkelingen. Alleen als de notaris een brede kennis van zaken heeft, is hij in staat om zijn beroep op een juiste manier uit te oefenen.

Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Fouten maken is nu eenmaal menselijk en notarissen vormen daarop geen uitzondering. Van fouten maken, kun je leren. Het liefst maakt een professional natuurlijk zo min mogelijk fouten, want een fout wordt vaak geassocieerd met iets negatiefs. Met de weergave van tuchtuitspraken in allerlei erfrechtelijke aangelegenheden wordt in dit hoofdstuk op constructieve wijze beoogd lering te kunnen trekken uit andermans grote of kleine fouten.[11]

2. De tuchtnorm uitgelegd

De notariële tuchtrechter toetst het handelen of nalaten van de notaris aan de tuchtnorm van art. 93 lid 1 Wna. Deze tuchtnorm bestaat uit drie onderdelen, te weten:

- handelen of nalaten in strijd met enige bij of krachtens de Wet op het notarisambt gegeven bepaling;
- handelen of nalaten in strijd met de zorg die de notaris, toegevoegd notaris en kandidaat-notaris behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden; en
- handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris niet betaamt.

Bij of krachtens de Wet op het notarisambt gegeven bepalingen

Het *eerste* onderdeel van de tuchtnorm ziet op de naleving van de bepalingen die zelf met zoveel woorden in de Wet op het notarisambt zijn opgenomen, zoals de ministerieplicht (art. 21 Wna), de geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna) en andere bijzondere wettelijke bepalingen. Hiertoe behoren ook de krachtens de Wet op het notarisambt gegeven bepalingen, zoals die kunnen zijn opgenomen in de door de KNB vastgestelde

[11] Zie B.C.M. Waaijer, 'Notarieel tuchtrecht als remedie', *WPNR* 2022/7363. Waaijer meent: *"De lessen die de tuchtrechter leert, zijn mijns inziens soms beter besteed aan de beroepsgroep als geheel, dan aan de individuele notaris. Sterker nog, gezien het doel van het tuchtrecht is de beroepsgroep als geheel mijns inziens in belangrijke mate de adressant van de tuchtrechter. Notarissen kunnen van elkaar leren, ook al is dat wellicht in de vorm van een algemene notie. De valkuil waar de een instapt, kan een baken zijn voor de ander. Om die reden is het voor het leerproces cruciaal dat tuchtrecht wordt gepubliceerd, besproken en becommentarieerd."*

verordeningen. Volgens art. 89 lid 1 Wna worden verordeningen slechts vastgesteld met betrekking tot onderwerpen waarvan de Wet op het notarisambt regeling of nadere regeling bij verordening voorschrijft. Zij bevatten geen verplichtingen of voorschriften die niet strikt noodzakelijk zijn voor verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd en mogen de marktwerking niet onnodig beperken (art. 89 lid 2 Wna). De verordeningen zijn verbindend voor de notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen en de organen van de KNB (art. 89 lid 4 Wna). De verordeningen worden door de ledenraad van de KNB vastgesteld, doch zij behoeven de goedkeuring van de minister voor Rechtsbescherming (art. 91 lid 1 Wna). De goedkeuring kan door de minister worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Na goedkeuring worden de verordeningen gepubliceerd in de Staatscourant.

Zoals hiervoor vermeld, is de belangrijkste verordening de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011. Verder zijn belangrijke verordeningen van kracht over samenwerkingsverbanden met beoefenaren van een ander beroep (art. 18 lid 2 Wna), de inrichting, het bijhouden en bewaren van de kantooradministratie (art. 24 lid 3 Wna) en de beroepsopleiding (art. 33 lid 2 Wna). In totaal zijn er op dit moment twaalf verordeningen door de KNB vastgesteld.[12]

De KNB kan ook besluiten nemen, niet zijnde een verordening (art. 92 Wna). Zo heeft de KNB reglementen, beleidsregels en richtlijnen vastgesteld. Het betreffen besluiten van de ledenraad, het bestuur of andere organen van de KNB. Deze besluiten zijn niet de krachtens de Wet op het notarisambt gegeven bepalingen als bedoeld in art. 93 lid 1 Wna. De tuchtrechtelijke beoordeling van handelen of nalaten in strijd met deze besluiten van de KNB zal moeten plaatsvinden via de ongeschreven betamelijkheidsnorm, het derde onderdeel van de tuchtnorm van art. 93 lid 1 Wna.

Een voorbeeld van een dergelijk besluit hebben we hiervoor gezien: de Beleidsregel integere beroepsuitoefening (§ 1). Een ander voorbeeld is de Beleidsregel nevenbetrekkingen van 13 april 2022. Deze beleidsregel beoogt de notaris handvatten te bieden voor situaties waarin de notaris bij het vervullen van een nevenbetrekking met gelden in aanraking komt dan wel zelf het beheer over gelden krijgt (bijvoorbeeld als penningmeester).

De Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 bevat een combinatie van *principles-* en *rules-based* regelgeving. Bij *principles-based* regelgeving gaat het om regelgeving die vooral de grote lijnen en de wenselijkheid en aard van het gedrag aangeeft, maar waarbij de detailinvulling aan de praktijk wordt overgelaten. *Rules-based* regelgeving kent meer concrete voorschriften voor het gewenste gedrag. De reden om voor bepaalde onderwerpen voor een *principles-based* benadering te kiezen, is dat *one size fits all*-regelgeving niet altijd mogelijk of wenselijk is en dat er daarom voor wordt gekozen om tot op zekere hoogte de verantwoordelijkheid voor de invulling van de gedragsnormen bij het notariaat neer te leggen. Een *principles-based* benadering biedt bovendien het voordeel dat bij de toepassing van de gedragsnorm in een concreet geval een afweging gemaakt kan worden waarbij de *ratio legis* wordt betrokken. Het nadeel van een *principles-based* benadering is evident: rechtsonzekerheid.

[12] Zie daarvoor www.wet-en-regelgeving-notariaat.nl.

Zorgplicht

Het *tweede* onderdeel van de tuchtnorm van art. 93 lid 1 Wna ziet op het handelen of nalaten in strijd met de door de notaris te betrachten zorg bij zijn dienstverlening. Die zorgplicht geldt *"ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden"*. Daarmee strekt de zorgplicht zich niet alleen uit tot de cliënt van de notaris, maar ook tot belanghebbende derden. Met het testament worden bij uitstek anderen dan de cliënt van de notaris bevoordeeld, zodat door de notaris gemaakte fouten die belanghebbende derden rechtstreeks zullen aangaan. Dit onderdeel van de tuchtnorm vertoont enige gelijkenis met de civielrechtelijke zorgplicht van de notaris.[13]

Ongeschreven betamelijkheidsnorm

Het *derde* en laatste onderdeel ziet op handelen of nalaten van de notaris in strijd met de ongeschreven betamelijkheidsnorm. Soms zal tot dit onderdeel van de tuchtnorm een toevlucht gezocht moeten worden als het handelen of nalaten van een notaris niet aan een meer specifieke wettelijke bepaling of de notariële zorgplicht getoetst kan worden. Het derde onderdeel is dan een restcategorie ten opzichte van de overige twee onderdelen.

Het is mogelijk dat het handelen of nalaten van een notaris getoetst kan worden aan meerdere onderdelen van de tuchtnorm van art. 93 lid 1 Wna, zodat in dat geval sprake is van overlap van de ongeschreven betamelijkheidsnorm met schending van een wettelijke bepaling of de zorgplicht van de notaris.

3. Staalkaart van notariële kunstfouten

Welke notariële kunstfouten worden in de praktijk van alledag in erfrechtelijke aangelegenheden zoal gemaakt en hoe oordeelt de notariële tuchtrechter daarover? Het opschrift van deze paragraaf zou wellicht de indruk kunnen wekken dat met behulp van een staalkaart een poging wordt ondernomen een dekkend overzicht op te stellen van alle kunstfouten die door een notaris kunnen worden begaan. Een dergelijk overzicht zou een Sisyfusarbeid vergen, waartoe ik mij niet gekwalificeerd acht en evenmin toe veroordeeld voel. Volgens een verhaal uit de Griekse mythologie was Sisyfus een zeer slecht mens. Hij was door Zeus voor zijn misdaden veroordeeld om in de onderwereld een groot rotsblok tegen een berg op te duwen. Zodra hij de top bijna had bereikt, tuimelde het blok weer naar beneden. Dan kon hij weer van voren af aan beginnen. Dat is de verklaring voor de term Sisyfusarbeid.

[13] Zie daarvoor hoofdstuk 36 ('Beroepsaansprakelijkheid van de notaris in erfrechtelijke aangelegenheden', § 4).



De notariële praktijk is een gevarieerde, zelfs op het beperkte terrein van het erfrecht. Het lijkt daarom een schier onmogelijke opgave een dergelijk dekkend overzicht op te stellen. Mensen die enige ervaring hebben met het inrichten van een woning weten bovendien dat een normaal mens al snel tureluurs wordt van staalkaarten. Ondanks het voorgaande ben ik van oordeel dat het onderwerp van dit hoofdstuk niet concreet genoeg behandeld kan worden en dat het om die reden zinvol is een scala van notariële kunstfouten de revue te laten passeren.

Een belangrijke inspiratiebron bij het opstellen van het overzicht is voor mij het preadvies geweest van Prof. Wilbert Kolkman (Rijksuniversiteit Groningen), dat hij in 2010 heeft uitgebracht voor de KNB.[14] Zijn bijdrage aan het congres 'De goede notaris. Over notariële deontologie' is getiteld: 'De deontologische dilemma's in het erfrecht'.[15] In die bijdrage worden deontologische dilemma's behandeld van (in testamenten opgenomen) uiterste wilsbeschikkingen en de boedelafwikkeling. Ten aanzien van uiterste wilsbeschikkingen gaat zijn aandacht vooral uit naar de verplichting van de notaris tot wilscontrole, het beoordelen van de wilsbekwaamheid van de erflater. Beoordeeld zal moeten worden of de erflater niet feitelijk wilsonbekwaam is. Hoe dient de notaris te handelen bij gevaar van wilsonbekwaamheid van de erflater? Het deel van de bijdrage van Kolkman dat over boedelafwikkeling handelt, is zeer uitgebreid. Het behandelt de vele facetten van het afwikkelen van nalatenschappen: informatieverschaffing over de keuzemogelijkheden (zuivere aanvaarding, beneficiaire aanvaarding of verwerping van de nalatenschap), voortvarende afwikkeling van de nalatenschap en de notaris als executeur en vereffenaar. Dient de notarissen legitimarissen te informeren over een opengevallen nalatenschap, of mag hij dat niet? Mag een notaris optreden als executeur in een nalatenschap van een cliënt? De deontologische dilemma's waarvoor de notaris zich gesteld ziet, zijn talrijk.

Verder is voor het opstellen van het hiernavolgende overzicht van notariële kunstfouten in erfrechtelijke aangelegenheden geput uit de website www.tuchtrecht.overheid.nl (voor de tuchtuitspraken van de kamers voor het notariaat) en www.rechtspraak.nl (voor de tuchtuitspraken van de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam). Sommige van deze

[14] Niet onvermeld mogen hier blijven de bijdragen van R.L. Albers-Dingemans: 'Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap', *WPNR* 2004/6585 en 'Nogmaals enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap', *WPNR* 2006/6687.

[15] Met deontologie wordt vaak gedoeld op de plichtenleer voor een bepaald beroep. Aan de Radboud universiteit te Nijmegen is een leerstoel ingesteld, genaamd 'Deontologie en de geschiedenis van het notariaat'.

tuchtuitspraken worden in het Tijdschrift Tuchtrecht (Sdu) en Jurisprudentie Erfrecht (JERF) gepubliceerd en zijn voorzien van een annotatie.

In de jaarverslagen van de kamers voor het notariaat werd tot voor kort enige casuïstiek opgenomen. Daarvan is met ingang van het verslagjaar 2019 afgezien, *"omdat niet gebleken is dat daarmee in een bestaande behoefte werd voorzien en alle kameruitspraken bovendien gepubliceerd worden op tuchtrecht.nl."* Dat moge zo zijn, maar ook zou geoordeeld kunnen worden dat het signaleren van bepaalde trends in de notariële tuchtrechtspraak door de kamers voor het notariaat die zicht hebben op alle gewezen tuchtuitspraken zeker van nut kan zijn en inzicht kan bieden. Gelukkig doen de kamers dat ook. Zo lezen we in het jaarverslag 2020 (p. 3):

"Inhoudelijk zijn qua zaken geen duidelijke verschuivingen zichtbaar, met dien verstande dat ook het elders in de samenleving gesignaleerde financiële misbruik van ouderen ook in notariële tuchtzaken regelmatig de aandacht van de kamers vraagt. En dat bij de vele spanningsvelden die eigen zijn aan het notariële beroep er de laatste tijd één lijkt te zijn gekomen: de kerntaak die het notariaat heeft als 'poortwachter' ter voorkoming of het tegengaan van louche, criminele of anderszins ongewenste praktijken tegenover het relatief geringe instrumentarium dat het daarvoor ten dienste staat. Wie weet komt daar nog een golfje van zaken over digitale testamenten bij…."

In het jaarverslag 2021 (p. 2) verschuift de aandacht naar de eigen, meer organisatorische perikelen van de kamers:

"In 2021 bleven ook de kamers geconfronteerd met de gevolgen van de coronapandemie. Van een totale lockdown is geen sprake meer geweest, maar de thuiswerkregels en beperkingen in de paleizen van justitie waren nog altijd van kracht. De ervaringen die in het vorig jaar door de secretariaten van kamers werden opgedaan met de praktische gang van zaken in tijden van beperkingen bewezen dit jaar hun meerwaarde. Het vorige jaar is de zaaksafdoening zonder zitting, maar met rondes van schriftelijke repliek en dupliek, als noodmaatregel ingezet. Daarvan werd in 2021 afscheid genomen. In de loop van het jaar werden de beperkingen aan zittingszaal-gebruik enigszins verlicht, hoewel ook de kamers te maken bleven houden met fysieke schotten tussen de leden en soms tussen partijen. Ook in de tuchtrechtzaal is dat een ongewone ervaring, die niet zelden de communicatie heeft bemoeilijkt. De figuur van de hybride zitting, een zitting waaraan een of meer betrokkenen via videoverbinding deelneemt, werd nog maar zeer sporadisch toegepast. De ervaringen met die zittingen heeft de meerwaarde van de fysieke zitting onderstreept."

Een confrontatie met tuchtrechtspraak is voor notarissen een schrikbeeld. Er leeft bij notarissen angst voor het tuchtrecht. Gevoelens van schaamte zullen ook spelen. Het wordt door sommige notarissen zelfs als reden genoemd om het notariële vak te verlaten. Dat lijkt mij schromelijk overdreven. Ter vergelijking: volgens de factsheets van de KNB zijn in 2023 ongeveer 1,7 miljoen notariële akten gepasseerd, in 2023 zijn 263 tuchtklachten binnengekomen bij de vier kamers voor het notariaat en ruim 50 klachten zijn dat jaar gegrond bevonden.

Mijns inziens dient op een geheel andere wijze naar het notariële tuchtrecht gekeken te worden.



Ware professionals beschikken over een *growth mindset* (in tegenstelling tot een *fixed mindset*). Professionals met een groeimentaliteit zien falen veeleer als een leerervaring en zij realiseren zich dat ze hun prestaties door studie en oefening (ofwel vallen en weer opstaan) kunnen verbeteren. Fouten maken, overkomt ons allemaal wel eens. Wie zonder zonden is, mag de eerste steen werpen. Tegen die achtergrond dient onderstaande weergave van uit het leven gegrepen kunstfouten van notariële vakbroeders en -zusters begrepen te worden.

4. Testament opstellen en passeren in aanwezigheid van anderen

Volgens art. 4:42 lid 1 BW is een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt (bijvoorbeeld een erfstelling, legaat of testamentaire last), die eerst werkt na zijn overlijden. In het derde lid van art. 4:42 BW wordt bepaald dat een uiterste wilsbeschikking alleen bij uiterste wil (oftewel bij testament) kan worden gemaakt en herroepen, en *"slechts door de erflater persoonlijk"*. Dat impliceert dat het niet mogelijk is dat derden aanwezig of betrokken mogen zijn bij het opstellen en passeren van een testament. Art. 17 lid 1 Wna onderstreept het eenzijdige karakter van het opmaken en passeren van een testament nog op een andere wijze. De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen – en dat is bij een testament slechts één partij – op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.

Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat, ondanks het onbetwiste hoogstpersoonlijke karakter van het testament, de notariële praktijk van alledag toch weerbarstiger kan zijn.

- Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 17 december 2018, ECLI:NL:TNORARL:2018:55

Klager komt van jongs af aan over de vloer bij erflaatster. Aan klager is (slechts) een geldbedrag gelegateerd. Een notaris heeft voorafgaand aan en tijdens het passeren van het testament erflaatster gesproken in het bijzijn van de beoogde executeur die – gelet op zijn benoeming tot executeur in het testament – een belang bij het testament heeft.

Klager verzoekt de kamer om de geldigheid van het testament te beoordelen. De kamer oordeelt dat zij een dergelijke bevoegdheid niet heeft, want die bevoegdheid is voorbehouden aan de civiele rechter. De kamer beperkt zich in haar oordeel tot de vraag of de handelwijze van de notaris in het kader van de totstandkoming van het testament een tuchtrechtelijk verwijtbare gedraging oplevert.

De vraag die volgens de kamer voorligt is of de notaris voldoende zorgvuldigheid heeft betracht ten tijde van het passeren van het testament zelf. De kamer beantwoordt die vraag ontkennend:

"Onbetwist staat tussen partijen vast dat de heer [X] bij het passeren van het testament aanwezig was. Ook is onbetwist dat de heer [X] in het laatste testament van erflaatster is benoemd tot executeur-testamentair. Anders dan de notaris heeft gesteld, is de kamer van oordeel dat de heer [X] door de benoeming tot executeur een belang had bij het testament. Voorafgaand aan het passeren van het testament heeft de notaris erflaatster niet alleen gesproken. Ook bij het passeren van het testament waren anderen, waaronder de heer [X], aanwezig. De kamer vindt het verwijtbaar dat de notaris, gelet op het feit dat de heer [X] een belang had bij het testament, erflaatster niet voorafgaand aan het passeren van het testament apart heeft genomen om haar alleen te spreken. Door dit na te laten heeft de notaris onvoldoende gewaarborgd dat erflaatster haar wil – ook op dat laatste moment voor het passeren – op onafhankelijke wijze heeft kunnen overbrengen aan de notaris. De omstandigheid dat de heer [X] en de zorgmedewerkster op verzoek van erflaatster zelf bij het passeren aanwezig waren, ontslaat de notaris niet van zijn zorgplicht om akten zorgvuldig tot stand te laten komen. De notaris had erop kunnen aansturen dat hij erflaatster alleen zou spreken voorafgaand aan het passeren. De kamer zal daarom dit deel van de klacht gegrond verklaren."

De kamer legt een waarschuwing op aan de notaris.

- *Kamer voor het notariaat Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:TNORAMS:2018:31*

Zoals gemeld, mogen personen die een belang hebben bij het opstellen of wijzigen van een testament niet aanwezig zijn bij de bespreking over en het passeren van het testament. In dit geval sprak de notaris erflaatster niet alleen, maar steeds in aanwezigheid van een zoon. Deze zoon – die ook de afspraak heeft gemaakt met de notaris – had een eigen belang bij het wijzigen van het testament.

De kamer gaat uit van de volgende voor de beoordeling van de klacht van belang zijnde feiten en omstandigheden. Op 5 augustus 2008 heeft de notaris een testament verleden voor erflaatster, geboren op 6 september 1929. Klager is één van de zeven kinderen van erflaatster. Een dochter van erflaatster is kort na het overlijden van erflaatster overleden. In 2014 heeft erflaatster ten overstaan van de notaris een machtiging verleend aan één van haar kinderen om haar (financiële) zaken te behartigen. Medio augustus 2017 heeft één van de broers van klager, broer H, contact met de notaris opgenomen met de mededeling dat erflaatster aan hem te kennen zou hebben gegeven iets op papier te willen zetten. Op maandag 28 augustus 2017 heeft een bespreking in de woning van erflaatster plaatsgevonden tussen de notaris, erflaatster, broer H en zuster G. Het voorste gedeelte van de woning was in gebruik bij broer H als repetitieruimte voor pianolessen. Op 13 september 2017 heeft de notaris een concepttestament aan broer H toegezonden met het verzoek de inhoud daarvan met erflaatster te bespreken. Op 23 oktober 2017 heeft de notaris het testament met erflaatster in de woning besproken en gepasseerd, in aanwezigheid van erflaatster, broer H en zuster G. Volgens het testament kon de woning bij wijze van legaat door broer H worden gekocht, dit tegen inbreng van de marktwaarde van de woning in vrije staat. Ook was in het testament een regeling getroffen voor de bepaling van de waarde van de woning (door twee taxateurs, van wie één te benoemen door broer H) en kreeg broer H

een termijn van maximaal één jaar om de overname van de woning te bewerkstelligen, waarbij hem een nadere termijn werd gegund, mocht hij niet in staat zijn de waarde direct met de andere erfgenamen af te rekenen. Op 2 december 2017 is erflaatster overleden. Broer H heeft, na aandringen van klager en de notaris, in 2018 het legaat verworpen.

De kamer oordeelt hierover als volgt:

"Voorop staat dat de notaris, toen hij - niet door erflaatster zelf maar door [broer H] werd benaderd in verband met een wijziging van haar testament - op de hoogte was van de verminderde geestvermogens van erflaatster. Daarmee bestond voor hem al alle aanleiding om te toetsen of zij in voldoende mate in staat was om zelfstandig haar wil te bepalen. Dat heeft hij evenwel in onvoldoende mate gedaan. Hij heeft erflaatster niet alleen gesproken, maar alleen in aanwezigheid van (onder anderen) [broer H], die duidelijk een eigen belang had bij de wijziging van het testament. Het concepttestament, dat hij naar aanleiding van de eerste bespreking had opgesteld, heeft hij aan [broer H] doen toekomen, met het verzoek dit met erflaatster te bespreken en ook bij het passeren van het testament was [broer H] aanwezig. Aldus heeft hij te weinig invulling gegeven aan zijn eigen verantwoordelijkheid om te onderzoeken of de wens tot wijziging van het testament de wens van erflaatster zelf was.
Het is de verantwoordelijkheid van de notaris om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming. De notaris heeft hierin onvoldoende zorgvuldigheid betracht. Dat de notaris naar eigen zeggen heeft geprobeerd ervoor te zorgen dat de andere kinderen van erflaatster door de wijziging van het testament niet benadeeld zouden worden, doet aan het klachtwaardige van zijn gedrag geen afbreuk. Zoals hij zelf erkent heeft hij zich teveel laten leiden door zijn eigen normen en waarnemingen, die mede werden ingekleurd door hetgeen hij (uitsluitend) van [broer H] en [zuster G] omtrent de verhoudingen tussen erflaatster en haar kinderen had vernomen. De klacht is dan ook gegrond."

De kamer heeft de notaris een waarschuwing gegeven.

- Kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch 22 augustus 2018, ECLI:NL:TNORSHE:2018:14

Een kandidaat-notaris die het testament van erflater onder vier ogen heeft besproken, maar tijdens de bespreking de (tweede) echtgenote en de kinderen van erflater erbij heeft gehaald, handelde tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dat hij vervolgens het testament onder vier ogen passeerde, mocht hem niet baten.

Klager is de zoon van de heer X (vader), geboren op 5 augustus 1929. Klager en zijn oudere zus zijn geboren uit het eerste huwelijk van vader. Na ontbinding van dat huwelijk is vader op huwelijkse voorwaarden gehuwd met mevrouw Y (echtgenote). Ook de echtgenote had twee kinderen uit een eerdere relatie. Vader is op 3 april 2016 overleden.

Op donderdag 22 oktober 2015 heeft vader bij de notaris op kantoor gesproken over mogelijke wijzigingen in zijn testament. Dit omdat het testament van 14 oktober 2015 niet volledig beantwoordde aan zijn wensen nu daarin geen bescherming van zijn echtgenote was opgenomen. Na afloop van het gesprek heeft de notaris de kandidaat-notaris aan vader voorgesteld en nogmaals de gewenste wijzigingen met vader doorgelopen alvorens met vader af te spreken dat de kandidaat-notaris hem op maandag 26 oktober 2015 zou bezoeken om het testament te bespreken en de akte te passeren.

Op vrijdag 23 oktober 2015 heeft de notaris telefonisch contact gehad met vader en/of de echtgenote in verband met een wijzigingsverzoek, inhoudende een testamentaire last met plaatsvervulling aan de erfgenamen dat zij de echtgenote van erflater met een bedrag van € 300.000 laten delen in de verkoopopbrengst van de echtelijke woning als de koopsom daarvan op een lager bedrag dan € 600.000 wordt vastgesteld.

Op maandag 26 oktober 2015 is de kandidaat-notaris met twee conceptakten naar vader gegaan, die inmiddels in een verzorgingstehuis verbleef. Tijdens de bespreking van de akten met vader is gebleken dat vader de testamentaire last, die opgenomen was naar aanleiding van het telefoongesprek van vrijdag 23 oktober 2015, niet goed begreep. Dat vormde op dat moment reden voor de kandidaat-notaris om de echtgenote en de kinderen van vader (die zich op de gang bevonden) erbij te halen en de testamentaire last nogmaals uit te leggen en te bespreken. Vervolgens heeft de kandidaat-notaris de echtgenote en kinderen van vader gevraagd om de kamer te verlaten zodat de akte buiten hun aanwezigheid kon worden gepasseerd.

Bij akte van 26 oktober 2015 heeft vader zijn uiterste wilsbeschikking gewijzigd onder herroeping van alle eerdere wilsbeschikkingen. Deze akte is verleden door de kandidaat-notaris als waarnemer van de notaris. In dit testament heeft erflater, onder andere, nogmaals bepaald dat zijn echtgenote als erfgename wordt uitgesloten alsmede dat de wettelijke verdeling (van art. 4:13 e.v. BW) geheel buiten toepassing blijft. Tevens heeft hij legaten opgenomen ten behoeve van zijn echtgenote inhoudende dat, onder meer en in essentie, aan haar maandelijks een bedrag van € 1.000 zal worden uitgekeerd en dat zij het zakelijk recht van gebruik en bewoning van het onverdeelde aandeel van erflater in de echtelijke woning krijgt. Daarnaast heeft erflater een testamentaire last opgelegd aan de erfgenamen, te weten klager en zijn zus, inhoudende dat zij de echtgenote van erflater met een bedrag van € 300.000 laten delen in de verkoopopbrengst van de echtelijke woning als de koopsom daarvan op een lager bedrag dan € 600.000 wordt vastgesteld.

Naar het oordeel van de kamer had de kandidaat-notaris, op het moment dat vader de testamentaire last met plaatsvervangingsregeling zoals opgenomen in het testament niet leek te begrijpen, pas op de plaats moeten maken en op dat moment de relevante conceptakte achter moeten laten. Immers, vader had nog niet eerder de gewijzigde conceptakte onder ogen gekregen. Op een later moment zou de notaris of kandidaat-notaris opnieuw een gesprek met vader kunnen aangaan om de reikwijdte van de aanpassing te bespreken. In plaats daarvan heeft de kandidaat-notaris anderen (de kinderen en de tweede echtgenote) erbij gehaald, die tegengestelde belangen hadden en wiens samenzijn eerder door de kandidaat-notaris als “ijzig” is omschreven. Door aldus te handelen en daaropvolgend de akte te passeren, heeft de kandidaat-notaris niet de grootst mogelijke zorgvuldigheid betracht die men, gelet op het bepaalde in art. 17 lid 1 Wna, van een kandidaat-notaris mag verwachten. De kamer zal de klacht tegen de kandidaat-notaris dan ook gegrond verklaren. Daarbij acht de kamer het passend en geboden om aan hem de maatregel van een waarschuwing op te leggen.

- *Notariskamer van het gerechtshof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1383*

In deze uitspraak legt de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam een berisping op aan een notaris. Klagers hadden – kort gezegd – aangevoerd dat erflater de notaris niet alleen heeft gesproken, maar dat de zuster en de neef bij alle gesprekken aanwezig zijn geweest. De erflater is alleenstaand en heeft geen kinderen. Hij was ten tijde van de gebeurtenissen ongeveer 72 jaar oud. Klagers zijn een zuster en neven van de erflater.

De notariskamer overweegt:

"Met betrekking tot het klachtonderdeel dat de notaris op 1 april 2016 en op 4 april 2016 [testateur] niet onder vier ogen heeft gesproken, heeft de notaris aangevoerd dat beide gesprekken uitsluitend tussen hem en [testateur] hebben plaatsgevonden en dat de zuster en de neef op geen enkel moment hebben deelgenomen aan die gesprekken. Volgens de notaris zat de neef op 1 april 2016 in de vrij ruime woonkamer op geruime afstand van hem en [testateur] de krant te lezen en was de zuster in de keuken. Volgens de notaris heeft het gesprek op 4 april 2016 onder vier ogen plaatsgevonden.
Het hof is van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de neef of de zuster op 4 april 2016 in dezelfde ruimte verbleef als de notaris en [testateur]. Daarmee is niet komen vast te staan dat de neef of de zuster op 4 april 2016 aanwezig was bij de bespreking tussen de notaris en [testateur] en invloed heeft kunnen uitoefenen op [testateur]. Vaststaat echter dat de neef tijdens het gesprek op 1 april 2016 wel in dezelfde ruimte verbleef als de notaris en [testateur]. Deze bespreking heeft dan ook niet "onder vier ogen" plaatsgevonden. Dat volgens de notaris de neef niet aan het gesprek heeft deelgenomen en de kamer "vrij ruim" is, doet hieraan niet af. Door de neef niet te verzoeken de woonkamer te verlaten, heeft de notaris naar het oordeel van het hof onvoldoende acht geslagen op het risico van (non-verbale) beïnvloeding door derden. De notaris heeft op dit punt dan ook onvoldoende zorgvuldigheid betracht. Hiervan valt de notaris een tuchtrechtelijk verwijt te maken. Het hof acht dit klachtonderdeel derhalve gegrond."

Met betrekking tot de opgelegde maatregel overweegt de notariskamer als volgt:

"De notaris heeft onzorgvuldig gehandeld bij de totstandkoming van het testament waar het betreft het feit dat de notaris [testateur] op 1 april 2016 niet in afwezigheid van derden heeft gesproken over het testament. Gezien de ernst van de verweten gedraging is naar het oordeel van het hof de maatregel van berisping gerechtvaardigd. Het tuchtrechtelijk verwijt dat de notaris valt te maken betreft immers een wezenlijk onderdeel van zijn taak en verantwoordelijkheid, te weten dat hij zich ervan dient te vergewissen dat een partij zelfstandig, zonder beïnvloeding door derden, in staat is zich een rechtens relevante wil te vormen en dat de inhoud en de gevolgen van een te ondertekenen akte daarmee in overeenstemming zijn."

- *Notariskamer van het gerechtshof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1777*

In deze zaak wordt aan de notaris een berisping opgelegd. De notaris had het testament van de moeder van klager besproken in aanwezigheid van de broer van klager en zijn echtgenote. De notaris was door deze broer gebeld met het verzoek om bij moeder langs te komen om haar wensen te bespreken ten aanzien van een nieuw testament. Naar aanleiding van deze bespreking heeft de notaris een concept-testament geredigeerd. Er is een afspraak gemaakt om het testament op 17 maart 2015 te passeren. Door het overlijden van erflaatster heeft deze afspraak geen doorgang meer kunnen vinden. De notariskamer overweegt dienaangaande:

"Als uitgangspunt geldt dat het tot de kernverantwoordelijkheid van de notaris behoort om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming van de testateur. De notaris dient dan ook al het nodige te doen om zich ervan te vergewissen dat de testateur bij het vormen en

uiten van zijn of haar wil niet op ongewenste wijze is beïnvloed door (de aanwezigheid van) een derde. De notaris heeft de vrijheid om te bepalen op welke wijze hij uitvoering geeft aan deze verantwoordelijkheid. De notaris heeft zijn beslissing om onder de gegeven omstandigheden niet op enig moment afzonderlijk met erflaatster de relevante aspecten van haar testament te bespreken naar het oordeel van het hof echter onvoldoende kunnen verantwoorden. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat – zo heeft de notaris ter zitting ook verklaard – de notaris tot op de dag van de bespreking van 13 maart 2015 de moeder nog nooit had gesproken. De notaris was evenmin bekend met de familieverhoudingen binnen het gezin. De moeder was op leeftijd en zij verkeerde in een kwetsbare medische conditie. Van bijzondere omstandigheden die het gewenst maakten om belanghebbenden bij de bespreking van de wensen van erflaatster met betrekking tot het testament toe te laten is niet gebleken. Onder deze omstandigheden heeft de notaris naar het oordeel van het hof een onvoldoende zorgvuldige invulling gegeven aan zijn taak om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming, door het gesprek met moeder daarover te doen plaatsvinden in aanwezigheid van [A] en zijn echtgenote. Dat de broer en de schoonzus van klager, aldus de verklaring van de notaris, niet aan het gesprek hebben deelgenomen doet hier niet aan af. Het voornemen van de notaris om – zoals door de notaris ter zitting verklaard – uitsluitend het passeren van het testament buiten de aanwezigheid van derden te laten plaatsvinden acht het hof evenmin een voldoende waarborg om mogelijk ongewenste beïnvloeding tegen te gaan. Klachtonderdeel 1a is dan ook gegrond.
(…)
Nu de notaris een onvoldoende zorgvuldige invulling heeft gegeven aan een kernverantwoordelijkheid van de notaris, namelijk om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming van de testateur, kan niet worden volstaan met een lichtere maatregel dan die van berisping."

- *Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2019, ECLI:NL:TNORARL:2019:37*

De kamer schorst een notaris in de uitoefening van het ambt voor de duur van twee weken. De notaris heeft de testamenten en levenstestamenten van een echtpaar op leeftijd besproken en gepasseerd in het bijzijn van twee van de vier kinderen. Toen de andere kinderen de notaris benaderden met vragen over de (levens)testamenten heeft de notaris te kennen gegeven vanwege zijn ambtsgeheim deze vragen niet te kunnen beantwoorden. In stevige bewoordingen veroordeelt de kamer de handelwijze van deze notaris:

"Als uitgangspunt geldt dat het tot de kernverantwoordelijkheid van de notaris behoort om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming van de testateur.
De notaris dient dan ook al het nodige te doen om zich ervan te vergewissen dat de testateur bij het vormen en uiten van zijn of haar wil niet op ongewenste wijze is beïnvloed door (de aanwezigheid van) een derde. De notaris heeft de vrijheid om te bepalen op welke wijze hij uitvoering geeft aan deze verantwoordelijkheid.
De notaris heeft zijn beslissing om onder de gegeven omstandigheden niet op enig moment afzonderlijk met testateur en testatrice de relevante aspecten van hun levenstestamenten en testamenten te bespreken naar het oordeel van de Kamer echter onvoldoende kunnen verantwoorden. Dat de notaris belang hecht aan de vertrouwdheid die de aanwezigheid van een of meer kinderen meebrengt bij een gesprek als hier aan de orde, acht de Kamer daartoe niet toereikend. Van bijzondere omstandigheden die het gewenst maakten om belanghebbenden bij de bespreking van de wensen van testateur en testatrice met

betrekking tot het levenstestament en testament toe te laten is niet gebleken. Voor het tekenen van de levenstestamenten en testamenten in het bijzijn van de onder 2.3 genoemde dochter en zoon, is nimmer een rechtvaardiging te geven. Onder deze omstandigheden heeft de notaris naar het oordeel van de Kamer een onvoldoende zorgvuldige invulling gegeven aan zijn taak om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming door het gesprek en het passeren van de akten te doen plaatsvinden in aanwezigheid van de onder 2.3 genoemde dochter en zoon."

De kamer motiveert de opgelegde maatregel van schorsing nog met de volgende overweging:

"Het vaststellen van de wilsbekwaamheid moet dan ook uiterst zorgvuldig gebeuren, waarbij de notaris zo nodig deskundigen moet inschakelen. Daarbij geldt bovendien dat in ieder geval een voldoende uitgebreid gesprek onder vier ogen met een testateur gevoerd moet worden, ook om beïnvloeding door derden zo veel mogelijk uit te kunnen sluiten. Met name het feit dat de notaris bewust heeft nagelaten te allen tijde onmisbare voorzorgsmaatregelen te treffen en zowel het voorgesprek als het passeren van het testament in bijzijn van derden te laten plaatsvinden, terwijl ook het concept voorafgaand aan deze derden werd toegestuurd, rekent de kamer de notaris zwaar aan."

In een uitspraak waarbij een schorsing aan de notaris wordt opgelegd, wordt veelal bepaald dat aan de notaris meegedeeld wordt dat per aangetekende brief van de secretaris bekend wordt gemaakt wanneer de maatregel van schorsing van kracht wordt nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden.[16]

Liggen de zaken er wezenlijk anders voor als het testament door de notaris in aanwezigheid van de partner van de erflater besproken en gepasseerd wordt? Dat lijkt op het eerste gezicht niet het geval te zijn. De notariskamer oordeelde bij tuchtbeslissing van 10 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4487:

"Het hof stelt voorop dat het de verantwoordelijkheid is van de notaris om te waken voor de vrije en onafhankelijke wilsvorming van de testateur. De notaris dient dan ook al het nodige te doen om zich ervan te vergewissen dat de testateur bij het vormen en uiten van zijn wil niet op ongewenste wijze is beïnvloed door (de aanwezigheid van) een derde. Dat is niet anders in de situatie dat de derde de partner van de testateur is. Het is aan de notaris overgelaten om te bepalen op welke wijze hij uitvoering geeft aan deze verplichting. Het hof is van oordeel dat een notaris in beginsel aan deze verplichting voldoet indien hij op enig moment bij de voorbereiding of het passeren van het testament met elk van beide partners/testateurs afzonderlijk de relevante aspecten van het testament bespreekt. Van de notaris die daarvoor niet kiest, mag worden verwacht dat hij zijn keuze en de daarbij gemaakte afwegingen achteraf (als daarover vragen rijzen) kan verantwoorden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval." (onderstreping toegevoegd, JH)

De notaris had zich verweerd met de stelling dat het in de notariële praktijk *"volstrekt gebruikelijk"* was om de echtgenoot/partner aanwezig te laten zijn bij het voorbereiden en

[16] Zie bijvoorbeeld notariskamer 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:137. Zie voor deze tuchtmaatregel ook hoofdstuk 34 ('Formeel notarieel tuchtrecht: over het verloop van de tuchtprocedure', § 8).

passeren van de testamenten van beide partners en dat hem daarvan geen tuchtrechtelijk verwijt valt te maken. Het zou in dit geval volgens de notaris gaan om een uitzondering op de wettelijke regel dat derden niet aanwezig mogen zijn bij het bespreken en passeren van een testament wegens het hoogstpersoonlijke karakter van deze rechtshandeling (vgl. art. 4:42 lid 3 BW). Daarover blijkt de notariskamer principieel anders te denken door de eis te stellen dat in elk geval op enig moment afzonderlijk met de erflater de relevante aspecten van het testament besproken moeten worden. Niettemin aanvaardt de notariskamer het bestaan van uitzonderingen op deze regel, mits deze door de notaris verantwoord kunnen worden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. In het bewuste geval kon de notaris de gemaakte keuze om erflaatster niet op enig moment afzonderlijk te spreken – mede gelet op de bijzondere omstandigheden (de omvang van het vermogen van erflaatster en de relatie van de partner van erflaatster tot de kinderen van erflaatster) – niet afdoende verantwoorden.

In latere rechtspraak wordt de hiervoor aangehaalde passage herhaald.[17] Notarissen blijken in tuchtprocedures uitvoerig de gemaakte keuze om de erflater niet onder vier ogen (en dus buiten de aanwezigheid van de andere partner) te spreken bij het opstellen en passeren van het testament te verantwoorden. Gewezen wordt dan bijvoorbeeld op de bekendheid van de notaris met erflater, de frequentie en de intensiteit waarmee de gesprekken zijn gevoerd, dat de erflater *"weloverwogen, duidelijk en nauwkeurig"* heeft aangegeven wat zijn wensen zijn, dat de andere partner geen inbreng heeft gehad bij de gesprekken en dat de notaris geen bijzonderheden tijdens de besprekingen zijn opgevallen. De notariskamer oordeelt vervolgens op basis van deze (veelal wegens de ambtelijke geheimhoudingsplicht niet te verifiëren) mededelingen dat de notaris *"genoegzaam aannemelijk"* heeft gemaakt en/of dat de notariskamer *"geen reden heeft te twijfelen"* aan de juistheid van de mededeling van de notaris dat vrije en onafhankelijke wilsvorming heeft plaatsgevonden en dat de gemaakte keuze door de notaris *"afdoende verantwoord"* is.

Lessons learned

Uit deze tuchtuitspraken blijkt duidelijk de praktische betekenis van het gegeven dat het testament een hoogstpersoonlijke rechtshandeling is (art. 4:42 lid 3 BW). De notaris dient er om die reden op toe te zien dat vrije en onafhankelijke wilsvorming bestaat bij degene die een testament maakt. De notaris zal het testament slechts mogen passeren in aanwezigheid van de erflater (het vier ogen-principe) en eventueel getuigen, zodat de erflater zelfstandig in staat is een rechtens relevante wil te vormen en effectief onttrokken is aan de mogelijke invloed van derden. De notaris heeft evenwel de vrijheid om te bepalen op welke wijze hij uitvoering geeft aan deze verantwoordelijkheid. Afwijking van deze uitgangspunten zal de notaris achteraf voldoende moeten kunnen verantwoorden.

[17] Zie bijvoorbeeld notariskamer 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:980, notariskamer 1 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:559 en notariskamer 1 oktober 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2704.

5. Controle van de wilsbekwaamheid van de erflater

5.1. Inleiding

De notaris zal zich voorafgaand aan en op het moment van het maken van een uiterste wilsbeschikking een oordeel over de wilsbekwaamheid van de erflater moeten vormen. Is de erflater wel (voldoende) in staat zijn wil te vormen en de gevolgen daarvan te overzien? Aan de ene kant heeft de notaris in beginsel een ministerieplicht, zodat hij verplicht is de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten (art. 21 lid 1 Wna). Aan de andere kant is de notaris verplicht zijn diensten te weigeren wanneer hij *"gegronde redenen voor weigering"* heeft (art. 21 lid 2 Wna). Zo zal de notaris in elk geval gehouden zijn om zijn dienst te weigeren indien hem blijkt dat de erflater in verband met een stoornis van zijn geestvermogens niet in staat is tot een redelijke waardering van de bij de uiterste wilsbeschikking betrokken belangen (vgl. art. 3:34 BW). De notaris vervult te dezen derhalve een poortwachtersfunctie. Op welke wijze zou een notaris in voorkomend geval aan die (zorg)plicht tot wilscontrole uitvoering kunnen geven?

Aangenomen wordt dat als er bij de notaris *gerede twijfel* bestaat omtrent de verstandelijke vermogens van de erflater, de notaris terughoudend dient te zijn om de notariële akte te passeren en dat enig onderzoek naar de wilsbekwaamheid van de erflater dient plaats te vinden. De ministerieplicht van de notaris brengt evenwel mee dat *twijfel* aan de wilsbekwaamheid niet zonder meer een reden oplevert om zijn dienst als notaris te weigeren. Hoe dient de notaris te handelen bij *aanhoudende twijfel*? Hoe dient een notaris te handelen als hem de tijd ontbreekt voor een gedegen onderzoek naar de verstandelijke vermogens van de erflater? Dient de notaris zijn onderzoeksbevindingen in het cliëntendossier schriftelijk vast te leggen, zodat deze bevindingen als bewijsmateriaal kunnen dienen indien de uiterste wil na het overlijden van de erflater wordt aangevochten? Behoort het tot de eigen verantwoordelijkheid van de notaris om te bepalen hoe hij zijn oordeel over de wilsbekwaamheid vormt of mag hij die beoordeling – en dan in retrospectief – aan de rechter overlaten? Is het een notaris toegestaan om in voorkomend geval het advies van een arts in te winnen? Kan de notaris bij cliënten waarbij naar zijn inschatting later vragen over de wilsbekwaamheid kunnen rijzen ervoor kiezen om bij het passeren van de notariële akte getuigen aanwezig te laten zijn? Het zijn allemaal vragen die opkomen rondom de bijzondere verantwoordelijkheid die op de notaris rust om vast te stellen of een erflater wegens gebrekkige geestvermogens in staat is tot het maken van een uiterste wilsbeschikking.

Een aanvaardbare gedragslijn komt duidelijk naar voren in een uitspraak van de notariskamer van 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3074. In dat geval wijzigde erflaatster op haar sterfbed haar testament. De woning, de gebouwen en alle landbouwgrond (ter waarde van € 526.000) werden aan een neef gelegateerd, het restant van de nalatenschap (met een waarde van € 406.651) werd nagelaten aan alle neven en nichten van erflaatster, ieder voor gelijke delen. De familieleden stelden dat de notaris de wilsbekwaamheid van erflaatster onvoldoende onderzocht had. Volgens de notariskamer heeft de notaris zorgvuldig gehandeld, mede gelet op de omstandigheid dat het overlijden nabij was:

"Als uitgangspunt geldt dat iedereen aan wie op grond van de wet de bekwaamheid daartoe niet is ontzegd, bij testament uiterste wilsbeschikkingen kan maken. Een notaris dient daaraan in beginsel zijn ministerie te verlenen en moet op verlangen van een testateur doen wat is vereist om diens uiterste wilsbeschikkingen in een testament vast te leggen. Zoals bij

elke akte moet de notaris 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 gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid is in het algemeen verder onderzoek aangewezen. Het Stappenplan biedt hiervoor een handreiking. De beoordeling van de wilsbekwaamheid mag echter niet ertoe leiden dat een notaris, uit vrees voor mogelijke toekomstige klachten van belanghebbenden, door onnodig onderzoek zijn ministerieplicht verzaakt of dat door fataal tijdsverloop de ministerie niet meer kan worden verleend, waarmee het recht van een ieder om bij uiterste wil binnen de grenzen van de wet te kunnen beschikken over zijn nalatenschap, wordt gefrustreerd. In gevallen waarin aangenomen moet worden dat het overlijden nabij is en er weinig tijd rest voor het passeren van het testament, kan dit de notaris ertoe brengen ook bij een zekere twijfel aan de wilsbekwaamheid voorrang te geven aan zijn ministerieplicht en daarmee uitvoering aan het verlangen van de erflater/erflaatster om bij uiterste wil te beschikken, zonder dat deze keuze de notaris later tuchtrechtelijk mag worden verweten. De notaris mag onder deze omstandigheden mede in aanmerking nemen dat er na het overlijden geen mogelijkheid meer is de uiterste wil vast te leggen, terwijl er na het overlijden nog wel de mogelijkheid is die uiterste wil bij de rechter aan te vechten. Van betekenis is bovendien dat (tijdig en gedegen) medisch onderzoek niet steeds mogelijk zal zijn omdat het artsen ingevolge hun beroepsregels niet zonder meer vrij staat zonder toestemming van de betrokkene informatie te verschaffen of om een oordeel te geven over de wilsbekwaamheid van de betrokkene, buiten de daarvoor geldende bijzondere regelingen. Wel zal in alle gevallen van de notaris mogen worden verlangd dat hij achteraf kan verantwoorden dat hij in de gegeven omstandigheden zorgvuldig heeft gehandeld, mede in aanmerking genomen dat de erflater/erflaatster wellicht de mogelijkheid zou zijn ontnomen om bij uiterste wil te beschikken, indien de notaris anders had gehandeld.
Het hof is van oordeel dat de notaris (tezamen met de kandidaat-notaris) voldoende concreet heeft uiteengezet wat in dit geval de gang van zaken is geweest met betrekking tot de totstandkoming van het testament van erflaatster. Genoegzaam is aannemelijk geworden dat de notaris de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen, dat erflaatster in de twee gesprekken die zij heeft gevoerd met de (kandidaat-) notaris consistent is geweest in haar wensen met betrekking tot het testament en dat de notaris daarom van de wilsbekwaamheid van erflaatster overtuigd kon en mocht zijn. Het hof heeft geen reden eraan te twijfelen dat de notaris in dit opzicht voldoende alert is geweest.
Hetgeen klagers hebben aangevoerd over de gezondheidstoestand van erflaatster leidt niet tot een ander oordeel. Weliswaar kan uit het journaal van de huisarts worden afgeleid dat erflaatster in de laatste maanden van haar leven zwak was en bij tijden verward, maar het journaal levert tevens aanwijzingen op dat erflaatster aanspreekbaar was. Dat de accountant en de nicht [naam] bij de wijziging van het testament van erflaatster een curieuze rol hebben gespeeld, is een vermoeden van klagers, maar de juistheid daarvan is niet aannemelijk geworden. De stelling van klagers dat de notaris nog zou hebben gezegd "dat het neef [X] is gegund alhoewel het eigenlijk niet kan", heeft de notaris gemotiveerd betwist. Het hof passeert dit dan ook. Bovendien doet dit aan de wilsbekwaamheid van erflaatster niet af.
Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen had de notaris geen reden nader onderzoek te doen naar de wilsbekwaamheid van erflaatster. Voor zover zij nog enige twijfel over de wilsbekwaamheid van erflaatster zou hebben gehad, zou die in de gegeven omstandigheden niet voldoende zijn geweest om de tijd te nemen voor een medisch onderzoek met het risico dat de uiterste wil van erflaatster door haar naderende overlijden

niet meer zou kunnen worden vastgelegd. De notaris heeft daarom met voldoende zorgvuldigheid gehandeld."

Deze uitspraak geeft reeds antwoord op een groot aantal vragen dat speelt in het grensgebied tussen ministerieplicht en ministerieweigering als twijfels bestaan over de wilsbekwaamheid van de erflater. In § 5.3 worden deze algemene gezichtspunten nog eens samengevat weergegeven.

5.2. Het Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid

Uit de hiervoor aangehaalde uitspraak van de notariskamer uit 2016 blijkt dat 'het Stappenplan' een *"handreiking"* biedt voor het onderzoek van de notaris bij *"gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid"* van de erflater. Gedoeld wordt op het door het bestuur van de KNB opgestelde 'Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening' (laatstelijk in april 2021 vastgesteld).[18]

Het Stappenplan biedt een toetsingskader voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de erflater door de notaris. Het Stappenplan schrijft voor dat de notaris de geestesgesteldheid van zijn cliënt nader moet onderzoeken indien er aanleiding bestaat om aan diens wilsbekwaamheid te twijfelen. Het Stappenplan noemt hiervoor een aantal indicatoren (zoals het vermogen van de erflater is onder bewind gesteld, de hoge leeftijd van de erflater, de inhoud van een testament wijkt ingrijpend af van de inhoud van een eerder testament, de tijdsspanne tussen het verzoek tot het opmaken van het testament en het passeren daarvan is zeer kort zonder medische noodzaak daartoe e.d.).

Het Stappenplan beveelt aan om bij gerede twijfel over de wilsbekwaamheid van de erflater verdere stappen te nemen, zoals het uittrekken van extra tijd, het houden van een bespreking met de cliënt onder vier ogen, het bezoeken van de cliënt in zijn eigen woonomgeving en het beoordelen van de beslisvaardigheid van de cliënt door het stellen van adequate open vragen. Indien de notaris van mening is dat wilsbekwaamheid bij erflater ontbreekt, dan kan de notaris een deskundige en onafhankelijke arts inschakelen om een verklaring af te leggen over de wilsbekwaamheid van de erflater. In de tuchtrechtspraak speelt het Stappenplan een belangrijke rol bij de beoordeling of de notaris de wilsbekwaamheid op zorgvuldige wijze heeft getoetst.

Bij het Stappenplan behoort een VIA/EPN protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid. Het protocol voorziet erin dat notarissen bij twijfel een onafhankelijke arts kunnen inschakelen om de cliënt te onderzoeken en te beoordelen. Deze artsen hebben ruime ervaring op het terrein van indiceren en adviseren en hebben ervaring met onder meer geriatrie (de diagnostiek en behandeling van oudere mensen met ingewikkelde ziekteproblemen), ouderdomsverschijnselen, verslavingen en ernstige neurologische aandoeningen (ziekten van de hersenen, de zenuwen, het ruggenmerg en de spieren). Deze beoordeling kan in voorkomend geval rechtszekerheid bieden. Stel bijvoorbeeld dat de erflater één van zijn kinderen zou willen onterven. De erflater wil dan niet dat er later een procedure komt over de rechtsgeldigheid van het testament en de daarin opgenomen

[18] Het Stappenplan is voor de eerste keer vastgesteld in mei 2006. In 2013 is het geactualiseerd in samenwerking met Alzheimer Nederland. Bij die gelegenheid is ook het VIA/EPN protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid toegevoegd. Het acroniem VIA staat voor Vereniging van Indicerende en Adviserende Artsen, het acroniem EPN voor Vereniging van Estate Planners in het notariaat. Het Stappenplan is in april 2021 geheel herzien.

onterving. Het is dan in het belang van de erflater dat een arts een beoordeling geeft wanneer de notaris twijfelt over zijn wilsbekwaamheid.

Over het Stappenplan doen veel misverstanden de ronde. Het feit dat één of meer indicatoren zich voordoen, betekent niet – althans niet zonder meer – dat de erflater wilsonbekwaam is. Een indicator is een aanwijzing dat (verder) onderzoek door de notaris naar de wilsbekwaamheid van de erflater geboden is. Het enkele feit dat één of meer indicatoren zich voordoen is dus ook niet een sta-in-de-weg om een testament te passeren. Nader onderzoek zal moeten uitwijzen of de notaris, ondanks de aanwezigheid van één of meer indicatoren, het testament kan passeren. Zo kan er een bepaalde verklaring of een valide reden bestaan voor de aanwezigheid van een indicator of er zijn ook één of meer contra-indicaties aan te wijzen waardoor aan de ministerieverlening van de notaris niets in de weg staat. Het voorgaande kan treffend geïllustreerd worden met de overwegingen uit de uitspraak van de notariskamer van 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1860:

"Ter zake van het klachtonderdeel (…) hebben klagers (…) aangevoerd dat erflater ten tijde van de ondertekening van de akten:
- *op 99 jarige (en daarmee al op zeer hoge) leeftijd was;*
- *bijna doof en praktisch blind (als gevolg van glaucoom, een oogziekte waarbij de zenuwvezels van de oogzenuw geleidelijk aan verloren gaan) was;*
- *in zeer slechte gezondheid verkeerde; erflater kookte niet meer en leefde op vla, soep en kalmerings- en slaappillen; hij zag er onverzorgd uit, was slecht ter been en viel regelmatig; zijn huisarts heeft hem op een gegeven moment zelfs verboden het huis te verlaten vanwege het hoge risico op (flauw)vallen;*
- *niet meer in staat was zelf zijn administratie bij te houden, dit werd voor hem gedaan;*
- *in toenemende mate hulpbehoevend en afhankelijk van de zorg van anderen werd.*

Het hof is van oordeel dat de (…) genoemde feiten en omstandigheden niet zonder meer tot de conclusie leiden dat erflater ten tijde van de ondertekening van de akten niet volledig wilsbekwaam is geweest. Wel dient alsdan de instrumenterend notaris bijzonder alert te zijn bij het vaststellen dat de door hem, notaris, in de te ondertekenen akte opgenomen (uiterste wils-)beschikkingen ook werkelijk overeenstemmen met de in vrijheid bepaalde wil van de comparant. Daarbij kan het Stappenplan een leidende rol spelen.
Het hof overweegt – alles overziend – dat er in casu voor de notaris mogelijk aanwijzingen waren die zouden hebben kunnen leiden tot twijfel, maar dat deze aanwijzingen kennelijk onvoldoende waren voor de notaris om de wilsbekwaamheid van erflater daadwerkelijk in twijfel te trekken. Weliswaar deden zich enkele indicatoren voor en ware het wellicht verstandiger geweest indien de notaris kort voorafgaand aan het passeren van de akten (nogmaals) onder vier ogen met erflater had gesproken, maar het hof acht met het voorgaande onvoldoende aannemelijk geworden dat de notaris met betrekking tot de vaststelling van de wilsbekwaamheid van erflater anders had moeten handelen dan hij heeft gedaan. De notaris heeft bovendien zekerheidshalve het testament verleden in de aanwezigheid van getuigen. Dit klachtonderdeel is ongegrond."

5.3. Enige uit de tuchtrechtspraak te trekken lessen

De tuchtrechtspraak over de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de erflater door de notaris is talrijk. Het is niettemin mogelijk om enkele algemene gezichtspunten te formuleren.

- Het primaat voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid ligt bij de notaris

De notariskamer overwoog, zoals we hiervoor hebben gezien (§ 5.1):

"(…) dat iedereen aan wie op grond van de wet de bekwaamheid daartoe niet is ontzegd, bij testament uiterste wilsbeschikkingen kan maken. Een notaris dient daaraan in beginsel zijn ministerie te verlenen en moet op verlangen van een testateur doen wat is vereist om diens uiterste wilsbeschikkingen in een testament vast te leggen. Zoals bij elke akte moet de notaris de wilsbekwaamheid van de betrokkene beoordelen. Het komt daarbij in eerste instantie aan op de eigen waarneming van de notaris, aan wie daarbij een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt. Bij gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid is in het algemeen verder onderzoek aangewezen. Het Stappenplan biedt hiervoor een handreiking."

Als vertrekpunt mag worden genomen dat het primaat voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de erflater *"in eerste instantie"* bij de notaris ligt.[19] 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 gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid"*. Het Stappenplan biedt voor dat onderzoek een *"handreiking"*.

Weinig gelukkig is de handelwijze van de notaris die zich kennelijk in staat achtte om zelf tests af te nemen. Een dergelijke test is bijvoorbeeld de MMSE (*mini-mental state examination*), een vragenlijst die wordt gebruikt als er een vermoeden is dat iemand geheugenproblemen of dementie heeft. Uit de beantwoording van de vragen komt een MMSE score die duidelijk maakt hoe het gesteld is met iemands geheugen, taalvermogen en concentratie (cognitieve vaardigheden). Een notaris verklaarde blijkens de tuchtbeslissing van de notariskamer van 17 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3373, over het gebruik van deze test:

"Ik heb mijn collega mevrouw X erbij geroepen, kandidaat-notaris met meer dan 20 jaar ervaring en hebben we een aantal vragen van de minimaal mind test doorlopen. Dit ging goed, na verloop van een aantal vragen zijn we gestopt."

De notariskamer acht deze gang van zaken niet aanvaardbaar:

"Uit de nadere uiteenzetting van de notaris over de gang van zaken met betrekking tot het opstellen en het passeren van het testament en de volmacht in 2014 komt naar voren dat de notaris de MMSE-test niet heeft afgenomen bij de moeder, destijds 88 jaar. De notaris heeft naar eigen zeggen slechts een aantal vragen uit die test aan de moeder gesteld, waarna hij is gestopt. Uit het eerder door de notaris overgelegde blanco exemplaar van deze test blijkt dat er punten moeten worden toegekend aan het antwoord op elke gestelde vraag en dat de ondervraagde persoon ook bepaalde (eenvoudige) geestelijke en fysieke oefeningen moet doen, aan de uitvoering waarvan eveneens punten dienen te worden toegekend. Vast staat dat de notaris dat niet heeft gedaan; een ingevulde test met (een totaal)score(s) op de vragen ontbreekt.

[19] In deze zin bijvoorbeeld notariskamer 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4151 en notariskamer 18 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:248.

Hoewel het afnemen van een dergelijke test in het algemeen geen vereiste is bij het beoordelen van iemands wilsbekwaamheid en ook niet als zodanig wordt genoemd in het Stappenplan, dient het niet afnemen van deze test in de gegeven omstandigheden naar het oordeel van het hof de notaris tuchtrechtelijk te worden aangerekend. De notaris heeft immers zelf te kennen gegeven dat het afnemen van een dergelijke test tot zijn vaste protocol behoort indien hij cliënten op leeftijd treft bij het opstellen van een testament dan wel volmacht, zoals in dit geval de moeder. Het hof neemt hierbij mede in aanmerking dat de notaris niet heeft aangetoond dat hij nog op een andere wijze onderzoek heeft gedaan dat maakte dat hij niet behoefde te twijfelen aan de wilsbekwaamheid van de moeder. Het enkele feit dat hij een gesprek met de moeder heeft gevoerd in het bijzijn van een kantoorgenoot en daarbij enige vragen uit de MMSE-test heeft gesteld, acht het hof daartoe onvoldoende. De omstandigheid dat het initiatief tot het maken van de afspraak (in eerste instantie met betrekking tot de schenkingsakte) niet bij de moeder zelf, maar bij de zonen [A] en [broer klagers] lag, de moeder zelf aan de notaris te kennen had gegeven soms vergeetachtig te zijn en de notaris niet haar vaste huisnotaris was, hadden voor de notaris aanleiding moeten zijn om in ieder geval meer open vragen te stellen zoals omschreven in het Stappenplan onder C.5 A tot en met D. Niet gebleken is dat hij dat (voldoende) heeft gedaan.
Gezien het vorenstaande is het hof van oordeel dat de notaris onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de moeder. De klacht is derhalve gegrond."

- De notaris dient in voldoende mate aannemelijk te maken dat bij de beoordeling van wilsbekwaamheid de vereiste zorgvuldigheid in acht is genomen

In welke gevallen dient de notaris te twijfelen aan de wilsbekwaamheid en is eventueel verder onderzoek aangewezen? De notariskamer oordeelde in een tuchtbeslissing van 17 februari 2026, ECLI:NL:GHAMS:2026:303, over een geval waarin (i) erflaatster de hoge leeftijd van 88 jaar had, (ii) niet meer zelfstandig woonde, (iii) het vermogen onder bewind was gesteld en (iv) het testament ingrijpend zou worden gewijzigd. De notariskamer oordeelde:

"Gelet op de voornoemde omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, is het hof met de kamer van oordeel dat de notaris niet in voldoende mate aannemelijk heeft gemaakt dat hij bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van erflaatster de vereiste zorgvuldigheid in acht heeft genomen. De hiervoor opgesomde omstandigheden vergden extra oplettendheid van de notaris. De notaris heeft betoogd dat hij aan erflaatster vanuit verschillende invalshoeken vragen heeft gesteld om te kunnen beoordelen of zij consistent verklaarde en een extra waarborg had ingebouwd door ook zijn collega bij zijn gesprek met erflaatster te betrekken. Dat was in dit geval naar het oordeel van het hof niet voldoende. Gelet op de informatie over erflaatster die volgde uit de beschikking van de kantonrechter – erflaatster ontkende grote transacties die wel hadden plaatsgevonden waarbij er volgens de medische verklaringen sprake was van een beeld passend bij dementiesyndroom met onvoldoende ziektebesef en ziekte-inzicht – had de notaris niet uitsluitend op die eigen waarneming en die van zijn collega mogen vertrouwen. Het had op de weg van de notaris had gelegen om in deze kwestie een arts te raadplegen met de vraag of zijn cliënte in staat was om deze specifieke rechtshandeling te overzien. Het hof betrekt daarbij ook dat uit het dossier niet is gebleken dat er aan de kant van erflaatster medische redenen waren om het

testament met spoed te passeren en er dus voldoende tijd was om het Stappenplan in zijn geheel te volgen. Dat de notaris dit niet heeft gedaan kan hem worden verweten."

- De wilsbekwaamheid moet worden beoordeeld naar het moment van het passeren van het testament

Uiteraard dient de beoordeling van het handelen of nalaten van de notaris plaats te vinden naar de omstandigheden ten tijde van zijn dienstverlening en de kennis die de notaris van de wilsbekwaamheid had of redelijkerwijs had behoren te hebben.[20] De handelwijze van de notaris dient niet met *the benefit of hindsight* beoordeeld te worden. 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 de tuchtrechter het handelen van de notaris met *hindsight* beoordeelt. De tuchtrechter heeft nu eenmaal kennis van de ongunstige afloop. De tuchtrechter kijkt daarbij terug en zonder de ongunstige afloop zou de tuchtzaak niet aan hem zijn voorgelegd. Het risico bestaat dan wel dat het rechterlijk oordeel door *hindsight bias* wordt beïnvloed. Het is dan een opgave 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. Zo oordeelde de notariskamer bij uitspraak van 18 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP8007:

"Evenals de kamer is het hof van oordeel dat als achteraf uit rapporten van deskundigen valt af te leiden dat tante op 30 januari 2008 en/of 11 februari 2008 niet als wilsbekwaam kon worden aangemerkt, dit niet zonder meer betekent dat dit ook aan de notaris duidelijk had moeten zijn geweest. Of dit zo is, hangt af van de omstandigheden van het geval.
Tijdens de mondelinge behandeling ter terechtzitting is het hof gebleken dat de notaris bij aanvang van het eerste gesprek weliswaar naar het adres van tante heeft gevraagd, maar hierbij niet verder heeft gevraagd dan naar haar feitelijke woonsituatie. De notaris heeft ter terechtzitting verklaard dat hij ten tijde van het ondertekenen van het testament niet op de hoogte was van het feit dat het woonadres van tante een verzorgingshuis betrof en dat tante destijds in verband met een crisisopname in een gesloten afdeling van een verpleeghuis verbleef.
Het hof is het met klaagster eens dat de notaris verdere vragen omtrent de woonsituatie van tante had dienen te stellen. Het betrof hier immers een alleenstaande oudere dame die onder begeleiding van haar neef, zonder overlegging van een origineel legitimatiebewijs, voor het eerst bij de notaris op gesprek kwam, terwijl tante ook niet woonachtig was in de vestigingsplaats van de notaris.
Uit de stukken van het geding blijkt daarnaast dat tante tijdens het eerste gesprek met de notaris een heftige toon gebruikte en op aandringen van haar neef tot een verdeling van de erfenis kwam, terwijl tante aanvankelijk haar neef tot enig erfgenaam wilde benoemen. Nu dit door de notaris ter terechtzitting onvoldoende is weersproken gaat het hof uit van de juistheid hiervan.
Anders dan de kamer is het hof van oordeel dat de notaris in deze omstandigheden aanleiding had moeten zien om naar de wilsbekwaamheid van tante een nader onderzoek

[20] In deze zin notariskamer 29 september 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK1607, in welk geval de notariskamer oordeelde dat een medische verklaring waaruit blijkt dat ten tijde van het passeren van de akte de diagnose van de ziekte die de wilsonbekwaamheid veroorzaakt al was gesteld, niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat de ziekteverschijnselen al zichtbaar waren of moeten zijn geweest.

in te stellen. Nu de notaris dit niet heeft gedaan is hij naar het oordeel van het hof tekortgeschoten in zijn notariële zorgplicht. Het hof verklaart de klacht derhalve gegrond."

- De wijze waarop en de inhoud van de beoordeling van de wilsbekwaamheid, alsook het gevoerde overleg daarover, dient in het cliënt-dossier van de notaris vastgelegd te worden

Uit het dossier van de notaris moet volgens de notariële tuchtrechter blijken welke afwegingen de notaris maakt ter zake van de wilsbekwaamheid van zijn cliënt. De notaris moet zijn handelwijze zo nodig achteraf kunnen verantwoorden. In de bij de Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden spelende zaak speelden enkele factoren die, gelet op het Stappenplan, nadere beschouwing van de erflaatster noodzakelijk maakten.[21] 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 cliënt-dossier 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

[21] Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 6 november 2018, ECLI:NL:TNORARL:2018:49. De notariskamer overwoog in de in § 5.1 aangehaalde uitspraak: *"Wel zal in alle gevallen van de notaris mogen worden verlangd dat hij achteraf kan verantwoorden dat hij in de gegeven omstandigheden zorgvuldig heeft gehandeld, mede in aanmerking genomen dat de erflater/erflaatster wellicht de mogelijkheid zou zijn ontnomen om bij uiterste wil te beschikken, indien de notaris anders had gehandeld."*

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 op adequate wijze aantekeningen maakt in het cliëntdossier, zodat deze zich later kan verantwoorden over de door hem gemaakte afwegingen over de wilsbekwaamheid van de erflater.

- De notaris moet in een tuchtprocedure (of een civiele procedure) verklaren over de wijze waarop hij de wilsbekwaamheid van de erflater heeft vastgesteld

De notaris zal bevraagd kunnen worden door nabestaanden over zijn werkwijze bij het passeren van het testament en de wijze waarop de notaris de wilsbekwaamheid van de erflater heeft vastgesteld. Is de notaris verplicht al die vragen te beantwoorden of kan hij zich op dit punt op zijn geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna beroepen?

Bij uitspraak van 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1164, geeft de notariskamer een richtsnoer:

"Het is vaste rechtspraak van het hof dat in zijn algemeenheid de geheimhoudingsplicht van een notaris zich niet uitstrekt tot de wijze waarop een notaris te werk gaat. Voor een notaris is het zeer wel mogelijk om de gang van zaken die geleid heeft tot het tot stand komen van een akte (in dit geval een akte van volmacht en een akte wijziging huwelijkse voorwaarden) en de wijze waarop hij zich een oordeel heeft gevormd over de wilsbekwaamheid van een cliënt uiteen te zetten, zonder zijn geheimhoudingsplicht te schenden (zie hof Amsterdam 24 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8646 en hof Amsterdam 3 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:8). Deze regel geldt niet alleen voor de notaris jegens wie een tuchtklacht is ingediend, maar ook voor de notaris aan wie zoals hier door iemand die daarbij een redelijk belang heeft vragen worden gesteld over de gang van zaken rond het tot stand komen van een akte. Zou dit anders zijn, dan zou een persoon die het bedoelde redelijke belang heeft gedwongen zijn een klacht in te dienen om de notaris tot spreken te bewegen. Het is aan de notaris 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."

De notaris kan aldus genoopt worden meer openheid van zaken te geven dan enkele vrij algemene mededelingen over de gang van zaken bij het tot stand komen van een testament. De notariële geheimhoudingsplicht staat daaraan niet in de weg. Ook daarvoor gelden echter bepaalde grenzen. Hetgeen aan de notaris in zijn bijzondere hoedanigheid is toevertrouwd, zal onder de geheimhouding van de notaris vallen. Zo zijn motieven van de erflater om een bepaalde uiterste wilsbeschikking te maken vertrouwelijk en die vallen derhalve onder de geheimhoudingsplicht.[22] Hetzelfde geldt voor aan de notaris medegedeelde informatie over de familieverhoudingen.

[22] Zo oordeelde de notariskamer in de uitspraak van 23 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI9926: *"Het hof acht het ten slotte begrijpelijk dat klager meer over de achterliggende redenen van zijn onterving wil weten, maar terecht doet de notaris betreffende hetgeen met de ouders van klager is besproken, een beroep op haar geheimhoudingsplicht."*

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 erflater 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 onafhankelijk en deskundige arts laten onderzoeken?

5.4. Ernstige veronachtzaming van notariële kernwaarden bij onderzoek van wilsbekwaamheid

Bij tuchtbeslissing van 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3, heeft de notariskamer de maatregel van ontzetting uit het ambt aan een Limburgse notaris opgelegd. Die maatregel is opgelegd wegens ernstige nalatigheid rond de erfenis van een om het leven gebrachte, dementerende vrouw.

De vrouw in kwestie overleed eind juli 2016 op 76-jarige leeftijd onder verdachte omstandigheden in een verpleeghuis in Maastricht. Haar huisarts, die kort na de dood van de vrouw trouwde met haar dochter, wordt ervan verdacht dat hij haar een dodelijke dosis morfine heeft toegediend. Zes weken voor haar overlijden werd een testament gepasseerd bij de notaris. De notaris was een goede kennis van de huisarts. Bij het opstellen van het testament zou de notaris nauwelijks met de vrouw gesproken hebben. De vrouw was van Franse afkomst, sprak vooral Duits en woonde pas sinds 2015 in Nederland. Het contact met de vrouw over het testament verliep via de dochter – haar bewindvoerder en enig erfgenaam (met onterving van de overige kinderen) – en de huisarts, die het concept van het testament te zien kregen. Voorafgaand aan het passeren van de akten (een testament, een levenstestament (met nota bene een behandelverbod en een euthanasieverklaring) en een algemene volmacht) heeft de notaris niet geverifieerd bij de vrouw of zij de inhoud daarvan volledig begreep. Op het moment van het passeren was er geen tolk aanwezig. De akten vermeldden nota bene met zoveel woorden dat de moeder verklaard had dat zij de taal van de akte voldoende verstaat en dat zij geen vertaling van een beëdigde tolk als bedoeld in art. 42 lid 1 Wna nodig heeft.

Het Bureau Financieel Toezicht (BFT) heeft een klacht tegen de notaris ingediend. De kamer voor het notariaat acht de klacht gegrond en legt de maatregel van een schorsing voor de duur van twee weken op. Het BFT gaat van die tuchtbeslissing in hoger beroep bij de notariskamer. De notariskamer onderschrijft diverse oordelen van de kamer.

In de *eerste* plaats oordeelt de notariskamer dat de gang van zaken rondom het bespreken van de drie akten voor de notaris aanleiding had moeten zijn om te komen tot een nadere beoordeling van de wilsbekwaamheid van moeder. De notaris is in de gegeven omstandigheden *"onvoldoende alert"* geweest. Daarbij wordt gewezen op de volgende omstandigheden: (i) moeder verbleef in een verpleeghuis voor dementerenden, (ii) het vermogen van moeder stond onder bewind, (iii) de dochter was benoemd tot mentor van moeder, (iv) de afspraak met de notaris was door de dochter gemaakt, (v) bij het

voorbereidend gesprek over de inhoud van de drie akten was moeder niet aanwezig en (vi) de notaris heeft moeder voor het eerst over de akten gesproken op de dag dat deze akten, in aanwezigheid van de dochter en de huisarts, werden gepasseerd. Ondanks deze omstandigheden heeft de notaris ten onrechte en zonder zelf op enigerlei wijze de wilsbekwaamheid van moeder nader te onderzoeken afgewacht of de huisarts van moeder – die door de relatie met de dochter een (in)direct belang bij de akten had – hem zou waarschuwen indien moeder niet, dan wel onvoldoende wilsbekwaam zou zijn geweest.

In de *tweede* plaats is de notariskamer van oordeel dat de notaris onvoldoende gewaakt heeft voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming van de testateur (vgl. ook § 4). Vast is komen te staan dat de notaris moeder op geen enkel moment onder vier ogen heeft gesproken. Er is dan geen waarborg aanwezig om mogelijke ongewenste beïnvloeding door de dochter en/of de huisarts tegen te gaan. Hierbij speelt een rol: (i) de dochter heeft de notaris benaderd voor het opmaken van de akten, (ii) de daaropvolgende bespreking heeft uitsluitend plaatsgevonden in het bijzijn van de dochter en de huisarts, (iii) de concept-akten zijn uitsluitend aan de dochter gestuurd en (iv) het bespreken en het passeren van de akten heeft – wederom in aanwezigheid van de dochter en de huisarts – op dezelfde dag plaatsgevonden.

In de *derde* plaats wordt de notaris door de notariskamer verweten niet aan zijn in art. 43 Wna neergelegde informatieplicht te hebben voldaan. In de woorden van de notariskamer:

"Op grond van artikel 43 lid 1 Wna moet de notaris zich ervan vergewissen dat een comparant de inhoud van de akte(n) begrijpt en dat de inhoud van deze akte(n) overeenstemt met de wil van de verschijnende partij. Deze informatieplicht hoort tot de kerntaken van de notaris en is onderdeel van de zorgplicht van de notaris. De kamer is van oordeel dat de notaris zijn zorg- en informatieplicht ten aanzien van de betreffende drie akten heeft geschonden door het gesprek over de inhoud van de op te maken akten uitsluitend met de dochter en de huisarts/schoonzoon van moeder te voeren. De naar aanleiding van dit gesprek opgemaakte concepten zijn wederom uitsluitend naar de dochter gestuurd. De notaris heeft op geen enkele manier rechtstreeks contact gezocht met moeder en de notaris heeft evenmin de inhoud van de betreffende akten vóór de dag van passeren met moeder doorgesproken. Door uitsluitend af te gaan op de informatie van de dochter en de huisarts terwijl juist zij een (in)direct belang hadden bij deze akten heeft de notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Vast is komen te staan dat moeder de Nederlandse taal niet sprak en dat haar moedertaal Duits was. Met het woord "verstaan" in artikel 42 Wna wordt bedoeld dat de verschijnende partij de taal van de akte begrijpt. Bij het bespreken van het passeren van de akten was geen tolk aanwezig. De notaris heeft evenmin een vertaling van de akten in de Duitse taal laten maken. Het feit dat de notaris zelf een uitleg in het Duits heeft gegeven doet daar niet aan af. De kamer heeft daarom ook klachtonderdeel II C. gegrond verklaard. Het hof ziet geen aanleiding anders te oordelen dan de kamer inzake de gegrondheid van deze klacht."

In de *vierde* plaats en ten slotte wordt de notaris verweten in de akte ten onrechte te hebben verklaard dat moeder de Nederlandse taal voldoende verstaat.

Uit de tuchtbeslissing van de notariskamer blijkt het grote belang dat wordt gehecht aan het beschermen van kwetsbare ouderen tegen beïnvloeding door derden, in het bijzonder als die derden eigen belangen hebben bij het testament.

Deze verwijten hebben voor de notaris nog een strafrechtelijk 'staartje' gekregen. De ernst van het tekortschieten zal aan de keuze van het Openbaar Ministerie om de notaris strafrechtelijk te vervolgen, hebben bijgedragen. Omdat de maatstaf voor een strafrechtelijke beoordeling van een gedraging van een notaris verschilt van de maatstaf die in het notariële tuchtrecht wordt aangelegd,, terwijl ook de functie van een strafproces een andere is dan die van een tuchtprocedure, staat het gegeven dat een tuchtbeslissing is genomen aan strafrechtelijke vervolging niet in de weg.[23]

Bij vonnis van de rechtbank Limburg van 29 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5826, is de notaris veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 9 maanden voor valsheid in geschrifte (art. 225 van het Wetboek van Strafrecht), meermalen gepleegd, met een proeftijd van twee jaar.[24] Uit het strafvonnis haal ik slechts de strafmotivering aan:

"Het handelen door de verdachte
De verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het plegen van valsheid in geschrifte door een testament, een levenstestament en een algehele volmacht valselijk op te maken, zonder dat hij deugdelijk en onafhankelijk had vastgesteld of de inhoud van die akten in overeenstemming was met de (laatste) wilsbepaling van mevrouw [slachtoffer]. Daarnaast waren deze akten opgesteld in de Nederlandse taal, terwijl de verdachte wist dat mevrouw [slachtoffer] deze taal niet beheerste.
De verdachte is destijds door medeverdachte [de dochter] en haar echtgenoot, zijnde bevriende kennissen, benaderd met het verzoek om een testament, een levenstestament en een algehele volmacht voor haar moeder op te maken. Zij hebben de input geleverd voor de inhoud van de te verlijden akten. Vervolgens heeft de verdachte uitvoering aan dit verzoek gegeven, zonder ook maar op enige manier te onderzoeken of mevrouw [slachtoffer] nog wel in staat was haar wil te bepalen. Juist in een zaak als deze had hij dat wel moeten doen. Mevrouw [slachtoffer] was een kwetsbaar persoon, die op leeftijd was en niet de taal waarin de akten zijn gesteld, beheerste. Alles wees erop dat haar geestelijke gezondheid ernstig was aangetast en de verdachte wist dat zij dementerend was. De rechtbank neemt het de verdachte zeer kwalijk dat hij op geen enkele wijze oog heeft gehad voor de kwetsbare positie van mevrouw [slachtoffer], laat staan dat hij zijn handelen daarop heeft afgestemd. De verdachte is enkel en alleen afgegaan op de informatie van de dochter, nota bene de direct belanghebbende bij de betreffende akten.
De gevolgen voor de maatschappij
Een notaris vervult een bijzondere positie in het maatschappelijk verkeer. Van hem mag onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden verwacht. Voor verrichtingen als het sluiten van testamenten en het afwikkelen van nalatenschappen zijn personen grotendeels afhankelijk van de werkzaamheden van een notaris. Dat betekent dat de betrouwbaarheid van deze functionaris boven elke twijfel verheven dient te zijn. De verdachte heeft met zijn handelen ernstig afbreuk gedaan aan het vertrouwen dat de maatschappij in een notaris mag en ook moet kunnen hebben."

Zo blijkt maar weer dat aan ambtelijke verklaringen van de notaris meer waarde wordt toegekend dan aan verklaringen van anderen. De maatschappij moet daarom vertrouwen

[23] Vgl. HR 15 januari 1985, *NJ* 1985/450.
[24] De dochter werd strafrechtelijk veroordeeld wegens het opzettelijk gebruikmaken van een vals testament (art. 227 van het Wetboek van Strafrecht). Een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden werd opgelegd. Zie gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 februari 2026, ECLI:NL:GHSHE:2026:307.

kunnen stellen in de notaris en het product van zijn notariële werkzaamheden. De tuchtrechter en de strafrechter verbinden aan het handelen van de notaris dat ernstige schade oplevert voor het maatschappelijk vertrouwen in het notariaat de zwaarst denkbare tuchtmaatregel: ontzetting uit het ambt en de zwaarste strafsanctie: gevangenisstraf, zij het voorwaardelijk. Daar is ook alle reden toe als het handelen van een notaris afbreuk kan doen aan het publieke vertrouwen in een integere ambtsuitoefening.

Geen ernstige veronachtzaming van de notariële kernwaarden, maar wel een honorering van de tuchtklacht van klaagsters dat de notaris in het voortraject en bij het passeren van het testament *"onvoldoende invulling heeft gegeven aan de op hem rustende zwaarwegende zorgplicht om zich ervan te overtuigen dat vader wilsbekwaam was en dat hij niet op ongewenste wijze werd beïnvloed door derden"* blijkt uit de volgende tuchtzaak. Het testament van vader (89 jaar) werd door tussenkomst van een adviseur ten voordele van de partner van vader (met wie hij een samenlevingsovereenkomst had gesloten) gewijzigd en ten nadele van klaagsters. Dat blijkt uit de tuchtbeslissing van 15 januari 2024 van de Kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:TNORSHE:2024:3. De kamer acht daarvoor het volgende van belang:

- niet vader, maar de adviseur heeft de notaris per e-mail benaderd met het verzoek het testament van vader te wijzigen;
- de adviseur was bij het testament uit 2016 benoemd tot executeur en afwikkelingsbewindvoerder en deze benoeming zou niet worden gewijzigd;
- de adviseur heeft zijn e-mail aan de notaris met de instructie voor de wijziging van het testament niet alleen in c.c. aan vader gestuurd, maar ook aan de partner;
- de notaris heeft het concepttestament opgesteld aan de hand van de instructie van de adviseur;
- de notaris heeft dit concept eerst alleen ter beoordeling aan de adviseur gestuurd;
- pas nadat de adviseur had ingestemd met dit concept heeft de notaris het concepttestament per brief aan vader gestuurd;
- de notaris heeft desgevraagd verklaard niet te weten wie de afspraak voor het passeren van de akte heeft gemaakt en wie de gemaakte afspraak vervolgens heeft verzet;
- de notaris heeft alleen bij het passeren van de akte contact gehad met vader;
- vader was op dat moment 89 jaar oud;
- de notaris heeft geen gespreksaantekeningen gemaakt van zijn bespreking met vader;
- de notaris heeft verklaard dat hij zich niet meer concreet kan herinneren hoe het gesprek met vader is verlopen, behalve dat hij het mogelijk met vader over varen heeft gehad;
- de notaris heeft desgevraagd verklaard dat hij niet weet wat de reden vormde voor de wijziging.

De kamer geeft aan hoe de *modus operandi* van de notaris in de gegeven omstandigheden had moeten zijn:

"Gelet op deze omstandigheden is de kamer van oordeel dat het op de weg van de notaris had gelegen om na ontvangst van de e-mail van [de adviseur] contact op te nemen met vader om na te gaan of hij het legaat van het geldbedrag voor de partner inderdaad wilde laten vervallen, of hij de duur van het legaat van gebruik en bewoning inderdaad wilde wijzigen van twee jaren naar "levenslang" en of hij ook wilde dat zijn drie dochters dan de hypotheekrente, de premie van de opstalverzekering, de onroerende zaakbelasting en de

bijdrage aan de vereniging van eigenaren moesten voldoen zo lang de partner (die op dat moment 74 jaar oud was) in de woning wilde/kon blijven wonen. In dat verband had de notaris bijvoorbeeld ook kunnen navragen in hoeverre het wegvallen van het legaat van het geldbedrag voor de partner daarmee in verhouding stond, waarbij opmerking verdient dat klaagsters bij de mondelinge behandeling hebben verklaard dat de partner zich dat geldbedrag al op een andere manier had toegeëigend. Zoals vermeld, was de notaris niet bekend met de reden voor de wijziging van het testament en de notaris heeft desgevraagd verklaard dat in 2021 geen aandacht meer is besteed aan de lasten van de woning omdat deze in 2016 al aan de orde waren geweest. Nu het initiatief voor het verzoek tot dienstverlening afkomstig was van [de adviseur] die de notaris heeft geïnstrueerd hoe het testament moest worden gewijzigd, vader destijds (bijna) 89 jaar oud was en het voor de notaris kenbaar was dat [de adviseur] zijn e-mail met deze instructies ook in cc aan de partner had gestuurd die er belang bij had dat zij een levenslang recht van gebruik en bewoning kreeg terwijl klaagsters de genoemde woonlasten voor haar moesten blijven voldoen, is de kamer van oordeel dat dit voor de notaris aanleiding had moeten vormen om extra alert te zijn bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van vader en om bedacht te zijn op de mogelijkheid van beïnvloeding. Ook de inhoud van de hiervoor weergegeven telefoonnotitie van de medewerkster van de notaris had daarvoor aanleiding kunnen vormen, evenals het feit dat niet duidelijk was wie de passeerafspraak had gemaakt en verzet. Vast staat dat de notaris alleen bij het passeren van de akte contact met vader heeft gehad. De notaris heeft weliswaar gesteld dat hij bij die bespreking geen enkele aanleiding had om te twijfelen aan de wilsbekwaamheid en de mogelijkheid tot vrije wilsvorming van vader, maar naar het oordeel van de kamer heeft de notaris die stelling onvoldoende onderbouwd. Zo is bijvoorbeeld onvoldoende duidelijk gemaakt met welke bewoordingen vader de notaris had uitgelegd wat hij wilde, waarom hij dit wilde, welke (controle)vragen de notaris aan vader had gesteld en uit welke uitlatingen van vader de notaris heeft afgeleid dat hij zijn gewijzigde testament begreep en dat hij het zo wilde. Omdat de notaris weinig herinneringen heeft aan de bespreking, terwijl hij desgevraagd heeft verklaard dat hij ook geen gespreksaantekeningen heeft gemaakt omdat hij geen reden had om aan te nemen dat er iets aan de hand was, heeft hij geen concrete informatie kunnen geven over de wijze waarop hij zich een indruk heeft gevormd van de geestesgesteldheid van vader. Dat de notaris in zijn dossier niets heeft vastgelegd over de bespreking, dient voor zijn risico te blijven. De notaris heeft de kamer er niet van kunnen overtuigen dat hij zich in de gegeven omstandigheden met de vereiste zorgvuldigheid een indruk heeft gevormd van de wilsbekwaamheid van vader en dat hij zich er naar behoren van heeft verzekerd dat vader bij het vormen van zijn wil niet op ongewenste wijze was beïnvloed. Dit klachtonderdeel is daarom gegrond."

De kamer legt aan de notaris de maatregel van een waarschuwing op. Daarbij heeft de kamer in aanmerking genomen dat niet eerder een tuchtmaatregel is opgelegd aan de notaris, die al vijfentwintig jaar het notarisambt uitoefent. Belangrijk is nog het oordeel van de kamer dat van een notaris mag worden verwacht dat hij achteraf genoegzaam verantwoording kan afleggen over de wijze waarop hij invulling heeft gegeven aan de verantwoordelijkheid om zich op toereikende wijze te overtuigen van de wilsbekwaamheid en de wilsvorming van vader. Dat hoort de notaris te doen door gespreksaantekeningen te maken en deze te bewaren in het cliëntdossier.

Een schorsing van drie maanden werd opgelegd aan een notaris wegens onzorgvuldig handelen rond een grote schenking van een kwetsbare erflaatster aan haar zoon, aldus de notariskamer in een tuchtbeslissing van 17 februari 2026, ECLI:NL:GHAMS:2026:305. De oplegging van de tuchtmaatregel wordt als volgt gemotiveerd:

"Het hof is van oordeel dat de notaris met zijn handelwijze zijn kerntaken als notaris ernstig heeft veronachtzaamd. Notariële kernwaarden als 'onafhankelijkheid', 'onpartijdigheid' en 'zorgvuldigheid' zijn door de notaris op grove wijze geschonden. Bij de totstandkoming van de volmacht en de schenkingsakte heeft de notaris niet en al helemaal niet met de onder de gegeven omstandigheden vereiste mate van zorgvuldigheid onderzocht of erflaatster wilsbekwaam was, noch of zij haar wil vrij kon vormen en uiten. Daarnaast heeft de notaris niet aan zijn informatie- en Belehrungsp(f)licht voldaan. De notaris heeft op geen enkele wijze oog gehad voor de kwetsbare positie van erflaatster. Door enkel en alleen af te gaan op de informatie van de belastingadviseurs (van de broer) en de daaropvolgende instructies van de broer, nota bene een direct belanghebbende bij de betreffende akte, heeft hij zich niet zoals vereist kritisch en onderzoekend opgesteld ten opzichte van diensten die van hem werden verlangd. De notaris heeft in hoger beroep weliswaar erkend dat zijn handelwijze niet erg zorgvuldig is geweest, maar hij heeft ook toen nog steeds onvoldoende inzicht getoond in de ernst van zijn gedragingen. Het hof rekent hem dit alles zwaar aan. Dat geldt ook voor het feit dat vast is komen te staan dat hij in eerste aanleg in een tegen hem aangespannen tuchtrechtelijke procedure onjuiste verklaringen heeft afgelegd. Dat hij – zoals door hem ter zitting in hoger beroep is verklaard – niet de bedoeling heeft gehad om de kamer voor te liegen maakt dit niet anders. Gelet op de ernst van de aan de notaris gemaakte verwijten en in het belang van het maatschappelijk vertrouwen in een integere en zorgvuldige uitoefening van het ambt van notaris is het hof van oordeel dat een zware maatregel op zijn plaats is en dat beslist niet kan worden volstaan met de door de kamer opgelegde maatregel van waarschuwing. Het hof ziet in de ernst van de gebleken gedragingen aanleiding om aan de notaris de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van drie maanden op te leggen."

6. Het sterfbedtestament

Zelfs op het sterfbed van erflater worden nog testamenten opgemaakt en gepasseerd. De situatie is in dat geval spoedeisend en de beoordeling van de wilsbekwaamheid vindt onder tijdsdruk plaats. Gelden voor de beoordeling door de notaris van de wilsbekwaamheid van een terminale patiënt op het sterfbed nog bijzondere aandachtspunten?[25] In dat geval is namelijk al snel een klacht geformuleerd dat de notaris bij het passeren van het testament onvoldoende zorgvuldig is geweest bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid en/of dat de notaris onvoldoende heeft gewaarborgd dat de erflater zijn wil op onafhankelijke wijze kenbaar heeft kunnen maken.

In de tuchtzaak van de notariskamer van 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5353, werd erover geklaagd dat erflaatster op 7 juni 2013 al zwak en in de war was en dat de toestand van erflaatster op 8 juni 2013 zodanig slecht was, dat zij haar wil niet meer kon uiten. Klaagster – één van de kinderen – meent dat erflaatster werd beïnvloed door de broer

[25] Zie ook L.A.G.M. van der Geld, 'Aandachtspunten voor de beoordeling van wilsbekwaamheid van een testateur op het sterfbed', *Tijdschrift Erfrecht* 2002/6.

van erflaatster, van wiens zorg zij in de laatste periode van haar leven afhankelijk was. Op 8 juni 2013 heeft de notaris het testament van erflaatster in aanwezigheid van twee getuigen in het ziekenhuis verleden. Erflaatster is op 10 juni 2013 overleden. Bij het testament zijn klaagster en haar broer benoemd tot erfgenamen voor twee/derde gedeelte van de nalatenschap en is de broer van erflaatster benoemd tot erfgenaam voor een/derde gedeelte van de nalatenschap.

De notariskamer stelt bij de beoordeling van de klacht het volgende voorop:

"Als uitgangspunt geldt dat iedere meerderjarige aan wie op grond van de wet de bekwaamheid daartoe niet is ontzegd, het recht heeft om een uiterste wil te formuleren en te laten vastleggen bij testament. Een notaris heeft de plicht zijn ministerie daaraan te verlenen en zal dus op verlangen van een erflater moeten doen wat is vereist om de uiterste wil tijdig vast te leggen. Zoals bij elke akte heeft de notaris echter de wilsbekwaamheid van de betrokkene te beoordelen. Het komt daarbij in eerste instantie aan op de eigen waarneming van de notaris, die daarvoor een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt. Bij gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid is in het algemeen verder onderzoek aangewezen. Het KNB Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid biedt hiervoor een handreiking. De beoordeling van de wilsbekwaamheid mag echter niet ertoe leiden dat een notaris, uit vrees voor mogelijke toekomstige klachten van belanghebbenden, door onnodig onderzoek zijn ministerieplicht verzaakt of dat door fataal tijdsverloop de ministerie niet meer kan worden verleend, waarmee het recht van een ieder om bij uiterste wil binnen de grenzen van de wet te kunnen beschikken over zijn nalatenschap, wordt gefrustreerd. In gevallen waarin aangenomen moet worden dat het overlijden nabij is en er weinig tijd rest voor het passeren van het testament, kan dit de notaris ertoe brengen ook bij een zekere twijfel aan de wilsbekwaamheid voorrang te geven aan zijn ministerieplicht en daarmee uitvoering aan het verlangen van de erflater om bij uiterste wil te beschikken, zonder dat deze keuze de notaris later tuchtrechtelijk mag worden verweten. De notaris mag onder deze omstandigheden mede in aanmerking nemen dat er na het overlijden geen mogelijkheid meer is de uiterste wil vast te leggen, terwijl er na het overlijden nog wel de mogelijkheid is die uiterste wil bij de rechter aan te vechten. Van betekenis is bovendien dat (tijdig en gedegen) medisch onderzoek niet steeds mogelijk zal zijn omdat het artsen ingevolge hun beroepsregels niet zonder meer vrij staat zonder toestemming van de betrokkene informatie te verschaffen of om een oordeel te geven over de wilsbekwaamheid van de betrokkene, buiten de daarvoor geldende bijzondere regelingen. Wel zal in alle gevallen van de notaris mogen worden verlangd dat hij achteraf kan verantwoorden dat hij in de gegeven omstandigheden zorgvuldig heeft gehandeld, mede in aanmerking genomen dat de erflater wellicht de mogelijkheid zou zijn ontnomen om bij uiterste wil te beschikken, indien de notaris anders had gehandeld."

De notaris heeft in de tuchtprocedure een gedetailleerde opgave gedaan over de wijze waarop het sterfbedtestament tot stand is gekomen. Die verklaring van de notaris kan de toets der kritiek volgens de notariskamer doorstaan:

"Uit het relaas van de notaris blijkt dat hij erflaatster in korte tijd vier keer en ook uitvoerig heeft gesproken en dat erflaatster tegenover de notaris consistent is geweest in haar wensen en dat hij die wensen op grond van haar uitleg verklaarbaar vond. Het relaas maakt ook duidelijk dat de notaris zich bewust is geweest van zijn verantwoordelijkheid om te beoordelen of erflaatster in staat was haar wil te bepalen. Met het relaas heeft de notaris in

beginsel voldoende verantwoording afgelegd en voldoende uiteengezet op grond waarvan hij, gegeven de hem toekomende redelijke beoordelingsvrijheid, tot de conclusie heeft kunnen komen dat erflaatster wilsbekwaam was. Dat de notaris er beter aan had gedaan de voorbesprekingen met erflaatster te voeren buiten aanwezigheid van haar broer, maakt dat in dit geval niet anders, temeer omdat het passeren buiten aanwezigheid van de broer heeft plaatsgevonden.
Hetgeen voor het overige is gebleken, is naar het oordeel van het hof onvoldoende om aan te nemen dat de notaris desondanks niet tot de conclusie heeft kunnen komen dat erflaatster wilsbekwaam was. Het medisch dossier en de verklaringen van verwanten bevatten aanwijzingen dat erflaatster in de laatste dagen van haar leven zwak was en bij tijden verward, maar het medisch dossier levert tevens aanwijzingen op dat erflaatster aanspreekbaar was en in staat naar omstandigheden adequaat te communiceren. Aanwijzingen voor dat laatste zijn ook te vinden in het whatsappbericht van klaagster zelf, op dezelfde avond kort na het passeren van het testament aan de schoonzus van erflaatster ('Ze is best helder') en de verklaringen van de getuigen die bij het passeren aanwezig zijn geweest, zoals de notaris die verklaringen onweersproken ter zitting heeft verwoord.
De notaris had gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen reden nader onderzoek te doen naar de wilsbekwaamheid van erflaatster. Voor zover hij nog enige twijfel over de wilsbekwaamheid van erflaatster zou hebben gehad, zou die in de gegeven omstandigheden niet voldoende zijn geweest om de tijd te nemen voor een medisch onderzoek met het risico dat de uiterste wil van erflaatster door haar naderende overlijden niet meer zou kunnen worden vastgelegd. De notaris heeft daarom, alle omstandigheden van dit geval in aanmerking genomen, met voldoende zorgvuldigheid gehandeld. Het hof acht het klachtonderdeel in tegenstelling tot de kamer ongegrond."

Uit deze uitspraak blijkt dat de notaris moet laveren tussen twee klippen: de ene is de ministerieplicht en de andere is niets doen en zijn notariële dienstverlening weigeren. Begrijpelijk is dat de notaris enige terughoudendheid aan de dag legt als hem op stel en sprong verzocht wordt een sterfbedtestament te passeren, maar als hij niks doet kan het zomaar te laat zijn. Op goede gronden wordt blijkens de uitspraak van de notariskamer in elk geval rekening gehouden met de bijzondere omstandigheden van het sterfbedtestament. Die bijzondere omstandigheden zijn nog eens kernachtig verwoord in een latere uitspraak van de notariskamer van 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3074:

"De beoordeling van de wilsbekwaamheid mag echter niet ertoe leiden dat een notaris, uit vrees voor mogelijke toekomstige klachten van belanghebbenden, door onnodig onderzoek zijn ministerieplicht verzaakt of dat door fataal tijdsverloop de ministerie niet meer kan worden verleend. (…) In gevallen waarin aangenomen moet worden dat het overlijden nabij is en er weinig tijd rest voor het passeren van het testament, kan dit de notaris ertoe brengen ook bij een zekere twijfel aan de wilsbekwaamheid voorrang te geven aan zijn ministerieplicht en daarmee uitvoering aan het verlangen van de erflater/erflaatster om bij uiterste wil te beschikken, zonder dat deze keuze de notaris later tuchtrechtelijk mag worden verweten."

Over de vereiste dossiervorming van de notaris meldt de notariskamer in deze uitspraak:

"Wel zal in alle gevallen van de notaris mogen worden verlangd dat hij achteraf kan verantwoorden dat hij in de gegeven omstandigheden zorgvuldig heeft gehandeld, mede

in aanmerking genomen dat de erflater/erflaatster wellicht de mogelijkheid zou zijn ontnomen om bij uiterste wil te beschikken, indien de notaris anders had gehandeld."

Van een notaris mag worden verlangd dat hij in staat is achteraf te verantwoorden dat hij zorgvuldig heeft gehandeld. Dat is een nogal vage en open norm, waarvan de invulling afhangt van de omstandigheden van het geval. Belangrijk daarbij zal de verslaglegging in het dossier zijn van het gesprek dat met erflater is gevoerd. In de tuchtbeslissing van 6 mei 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:1143, blijkt de notaris met zijn gebrekkige dossiervorming zogezegd zijn eigen graf gegraven te hebben:

"De notaris heeft aangevoerd dat hij – op basis van zijn eigen waarneming in het persoonlijk gesprek met klaagster – een nader onderzoek naar de wilsbekwaamheid van klaagster niet nodig achtte. Het verweer van de notaris zoals weergegeven in (…) is onder de gegeven omstandigheden echter onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat er geen nader onderzoek naar de wilsbekwaamheid van klaagster geboden was. Daarbij is van belang dat niet is gebleken dat de notaris zijn keuze om tot deze afweging te komen in zijn dossier heeft vastgelegd. Ook heeft hij geen aantekeningen van zijn gesprek met klaagster gemaakt, zo heeft hij ter zitting in hoger beroep bevestigd. Het hof is van oordeel dat van een zorgvuldig handelend notaris had mogen worden verwacht dat de notaris – ten behoeve van zijn dossiervorming – (de kern van) zijn gesprek met klaagster zou hebben vastgelegd zodat hij had kunnen verantwoorden hoe hij – op basis van slechts één gesprek – tot zijn afweging is kunnen komen. Daartoe is hij thans niet (voldoende) in staat. Het hof is daarom van oordeel dat klachtonderdeel 1 terecht is voorgesteld."

Wij hebben in § 5.3 reeds gezien dat de geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna van de notaris zich niet zo ver uitstrekt dat hij niets mag zeggen over de omstandigheden waaronder het ten overstaan van hem verleden testament tot stand is gekomen en op welke wijze de wilsbekwaamheid is getoetst. De notaris zal gedetailleerd moeten beschrijven hoe het testament tot stand is gekomen en hoe de wilsbekwaamheid is beoordeeld.

Tijdige ondertekening van een concepttestament

Niet alleen bij het passeren van een testament op het sterfbed, maar ook anderszins kan *time of the essence* zijn.

Heeft de notaris een bijzondere verantwoordelijkheid voor het ondertekenen van een testament nadat een concept daarvan is opgesteld en aan de erflater is toegestuurd? Hoeveel inspanningen moet de notaris zich getroosten om ervoor te zorgen dat het testament wordt gepasseerd, bijvoorbeeld als geconstateerd wordt dat een reactie op het concept van het testament uitblijft?

In maart 2019 heeft de notaris met de 90-jarige moeder van klager gesproken over de aanpassing van haar testament en aan haar een concepttestament toegestuurd. Moeder heeft niet op dit concept gereageerd, ook niet na een schriftelijke herinnering van de notaris eind augustus 2019. In april 2020 is moeder overleden zonder dat haar testament is gewijzigd. Die wijziging hield in dat de erfdelen van de klager en zijn broer weer gelijk zouden worden getrokken: elk de helft. Klager verwijt de notaris dat hij onzorgvuldig dan wel nalatig heeft gehandeld door niet binnen een redelijke tijd te zorgen voor het passeren van het testament.

Aanvankelijk is de tuchtklacht afgewezen door de Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden bij beslissing van 19 november 2021, ECLI:NL:TNORARL:2021:64. De kamer is van oordeel dat de eerste verantwoordelijkheid om te komen tot ondertekening van het concepttestament ligt bij de opdrachtgever zelf, de moeder. Hoewel de kamer een termijn van 160 dagen voor het eerste rappel gezien de leeftijd van de moeder tamelijk lang acht, was de moeder goed op de hoogte van de procedure om tot wijziging van een testament te komen en wist zij welke handelingen zij daarvoor moest verrichten. Als niet betwist staat vast dat zij al vijf keer eerder een testament had laten opstellen dan wel had laten wijzigen. De laatste voorgestelde wijziging betreft een substantiële wijziging in de verdeling van de nalatenschap onder de erfgenamen. De moeder heeft echter zelf, na ontvangst van het concepttestament, geen actie ondernomen richting de notaris om te komen tot ondertekening van dit testament en heeft evenmin gereageerd op de rappelbrieven van de notaris. Door de notaris is verder gemotiveerd gesteld dat ook een later telefonisch onderhoud tussen de moeder en hem, de moeder niet heeft bewogen om het concepttestament te ondertekenen. Hoewel er geen stukken zijn overgelegd waaruit blijkt dat dit telefoongesprek heeft plaatsgevonden, is er voor de kamer - gelet op het gedetailleerde verslag van de notaris ter zitting - geen reden om te twijfelen aan de juistheid daarvan. De kamer is van oordeel dat meer of andere acties dan voorgenoemde niet van de notaris kunnen worden verwacht. Naar het oordeel van de kamer is aldus niet gebleken dat de notaris onzorgvuldig dan wel nalatig heeft gehandeld. De kamer heeft derhalve de klacht hieromtrent ongegrond verklaard.

In appel komt de notariskamer bij beslissing van 26 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2304, tot een ander oordeel. De notariskamer oordeelt dat de notaris niet zorgvuldig heeft gehandeld in dit dossier. De notaris is tuchtrechtelijk verantwoordelijk voor die onzorgvuldigheid. Weliswaar constateert de kamer terecht dat de eerste verantwoordelijkheid om te komen tot ondertekening van het concepttestament bij de moeder zelf lag, toch waren er volgens de notariskamer in dit geval bijzondere omstandigheden op grond waarvan de notaris meer initiatief had moeten nemen om vast te stellen of de moeder haar testament wel of niet wilde wijzigen. Vlak na het verzenden van het concepttestament werd moeder 91 jaar oud. Bij een zodanig hoge leeftijd is het versturen van een eerste rappel na 160 dagen te lang en daarmee niet zorgvuldig. Bovendien betrof de wijziging van het testament een wezenlijke wijziging van de erfdelen binnen de groep van wettelijke erfgenamen. Naar het oordeel van de notariskamer had de notaris in deze omstandigheden de noodzaak moeten voelen eerder te rappelleren en actief bij moeder na te gaan of zij haar testament nog wilde wijzigen.

Daarbij komt volgens de notariskamer nog het volgende. Volgens de notaris heeft hij de moeder rond 30 september 2019 gebeld. Hij heeft van dit telefoongesprek geen aantekeningen gemaakt. Volgens de notaris is de inhoud van dit telefoongesprek ook niet relevant, maar is alleen relevant dat het gesprek niet heeft geleid tot het alsnog maken van een passeerafspraak. Nu moeder binnen zes en halve maand drie maal de mogelijkheid is geboden het testament te ondertekenen, die geen van alle zijn benut, kan dit niet anders worden uitgelegd dan dat de moeder haar bestaande testament bij nader inzien niet heeft willen wijzigen, aldus de notaris. Het hof is echter van oordeel dat van een zorgvuldig notaris mag worden verwacht dat – in het kader van een goede dossiervorming – de kern van het telefoongesprek wordt vastgelegd in het dossier, zodat zekerheid bestaat omtrent de stand van zaken in plaats van dat die achteraf gereconstrueerd moet worden aan de hand van vermoedens. Dit is niet alleen van belang in het geval het dossier bij het notariskantoor een andere behandelaar zou krijgen, maar ook in het belang van de moeder en haar

erfgenamen. Nu heeft de notaris alleen een achteraf gereconstrueerd vermoeden dat de moeder haar testament toch niet wilde wijzigen, maar staat dit niet met voldoende zekerheid vast als gevolg van de door het hof als niet-professioneel beoordeelde dossiervorming.

De notaris had er in dit geval ook voor kunnen kiezen om bij het bespreken van het concept van het testament meteen een passeerafspraak met erflaatster in te plannen. Dat heeft misschien meer impact dan het blijven sturen van *friendly reminders*. Zo nodig zou in deze *reminders* ook de waarschuwing opgenomen kunnen worden dat een concept van een testament geen status heeft en pas een notarieel testament is nadat het door de erflaatster en de notaris is ondertekend.

7. Testament van verstandelijk beperkten opstellen en passeren

Boek 4 BW heeft als uitgangspunt dat eenieder die ouder is dan zestien jaar een testament mag maken (art. 4:55 BW). Is iemand onder curatele gesteld wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand, dan mag met toestemming van de kantonrechter een testament gemaakt worden. Dat uitgangspunt houdt in dat mensen met een verstandelijke beperking ook een testament mogen maken. Dat is in overeenstemming met het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van 13 december 2006 (ook wel genoemd VN-verdrag handicap). Mensen met een verstandelijke beperking dienen zo volwaardig mogelijk mee te kunnen doen aan de maatschappij. Zij moeten daarom zoveel mogelijk in staat gesteld worden om zelf over hun nalatenschap te kunnen beschikken. Het voorgaande neemt niet weg dat de notaris zal hebben te toetsen of de erflater met een verstandelijke beperking (voldoende) in staat is zijn wil te vormen (wilsbekwaamheid) en zo ja, of die wil in vrijheid is gevormd (afwezigheid van beïnvloeding door derden).

- *Notariskamer 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4151*

Klaagster, de zus van erflaatster, verwijt de oud-notaris dat zij in onvoldoende mate onderzoek heeft gedaan naar de wilsbekwaamheid van erflaatster. De zus van klaagster is geboren met een geestelijke beperking. Klaagster is in het verleden bewindvoerder van het vermogen van haar zus geweest. Na haar ontslag als bewindvoerder zijn een oom van de zus en zijn echtgenote tot opvolgend bewindvoerders benoemd. In 2008 woonde erflaatster in een aanleunflat van een zorginstelling voor mensen met een licht tot matig verstandelijke beperking. Een medewerker van de instelling heeft contact opgenomen met de oud-notaris om een afspraak te maken voor een bespreking bij erflaatster thuis over een door haar te maken testament. Een kandidaat-notaris is op 9 september 2008 bij erflaatster thuis geweest om haar wensen voor een testament te bespreken. Op 8 oktober 2008 heeft de oud-notaris bij erflaatster thuis het testament besproken en vervolgens verleden. In het testament heeft erflaatster twee goede doelen en de bewindvoerders tot erfgenaam benoemd.

De notariskamer stelt in haar uitspraak – gelijk wij eerder hebben gezien (§ 5.1) – het volgende voorop:

"Als uitgangspunt geldt dat iedereen aan wie op grond van de wet de bekwaamheid daartoe niet is ontzegd, rechtshandelingen kan verrichten en bij een (notariële) akte als partij kan optreden. Een notaris dient desgevraagd in beginsel haar/zijn ministerie te verlenen en aan

de wensen van een cliënt(e) te voldoen. Zoals bij elke akte moet de notaris de wilsbekwaamheid van de betrokkene beoordelen. Volgens vaste rechtspraak dient er bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van een betrokken cliënt(e) primair uit te worden gegaan van de eigen waarneming van de notaris die in dat kader een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt. Pas bij gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid is verder onderzoek aangewezen."

De notariskamer is van oordeel dat de oud-notaris zich met voldoende zorgvuldigheid zekerheid heeft verschaft omtrent de wilsbekwaamheid van erflaatster.

"Er zijn geen feiten of omstandigheden aangevoerd die aanleiding geven om vraagtekens te plaatsen bij de juistheid van het relaas van de oud-notaris omtrent de gang van zaken en haar waarnemingen. Aannemelijk is geworden dat erflaatster na het stellen van open vragen in de twee gesprekken die zij heeft gevoerd met de kandidaat- en de oud-notaris consistent is geweest in haar wensen met betrekking tot het testament en dat de oud-notaris, mede gelet op de bij erflaatster passende inhoud van het testament, daarom van de wilsbekwaamheid van erflaatster overtuigd kon en mocht zijn.
De door klaagster aangevoerde feiten en omstandigheden vormen noch op zichzelf noch in onderlinge samenhang aanleiding om te twijfelen aan die wilsbekwaamheid. Dat het vermogen van erflaatster ten tijde van het opmaken van het testament onder bewind was gesteld, dat zij in een aanleunwoning woonachtig was en een (kenbaar) laag intelligentieniveau had hoefden op zichzelf nog geen redenen te zijn om nader onderzoek te doen naar de wilsbekwaamheid van erflaatster. Weliswaar is door klaagster een psychologisch onderzoeksrapport uit 1984 ingebracht waaruit blijkt dat erflaatster op verstandelijk beperkt niveau functioneerde maar die omstandigheid (voor zover deze al kenbaar was voor de oud-notaris) brengt niet zonder meer met zich dat erflaatster haar wil niet kon bepalen. Dit geldt te meer nu in 2005 – in de procedure met betrekking tot de benoeming van nieuwe bewindvoerders – op geen enkele wijze, noch door klaagster en evenmin door de kantonrechter, gerede twijfels ter zake van de wilsbekwaamheid van erflaatster zijn gebleken of zelfs maar naar voren zijn gebracht.
Naar het oordeel van het hof is op grond van het vorenstaande voldoende aannemelijk geworden dat de oud-notaris geen aanleiding had om aan de wilsbekwaamheid van erflaatster te twijfelen en dat zij daarom ook geen reden had om het Stappenplan (verder) te volgen. Dit betekent dat de klacht ongegrond is, zoals ook de kamer heeft beslist."

Hoofdregel is derhalve dat het primair de notaris is die de wilsbekwaamheid van de erflater beoordeelt. Het komt aan op de eigen waarneming van de notaris, aan wie een redelijke beoordelingsvrijheid zal toekomen. Bij gerede twijfel zal verder onderzoek aangewezen zijn. Het Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid bevat daarvoor de nodige indicatoren en handvatten. In die situaties zal de notaris extra oplettendheid dienen te betrachten. Uit de uitspraak blijkt niet op welke wijze de notaris de notariskamer ervan heeft weten te overtuigen dat de notaris zich *"met voldoende zorgvuldigheid zekerheid heeft verschaft omtrent de wilsbekwaamheid van erflaatster"*. Zijn dat enkel de verklaringen van de notaris geweest in het verweerschrift of de ter zitting afgelegde verklaringen? Of zijn ook gespreksnotities van de met erflaatster gevoerde gesprekken ter onderbouwing van de ingenomen stellingen overgelegd? Enige onderbouwing daarvan ontbreekt in de uitspraak van de notariskamer. Die onderbouwing is wel vereist om een tuchtuitspraak voor klagers en buitenstaanders begrijpelijk en aanvaardbaar te maken.

- *Notariskamer 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4112*

Erflater was door een ongeluk op jonge leeftijd – hij was geraakt door een draaiende molenwiek – beperkt in zijn verstandelijke vermogens. Hij had mogelijk het denkniveau van een kind van zes tot tien jaar. In 1989 heeft hij zijn twee nichten tot erfgenamen benoemd. In 1999 heeft hij dit testament herroepen en de dochters van zijn huishoudhulp tot erfgenamen benoemd en haar echtgenoot tot executeur.

Eén van de nichten klaagt dat de boedelnotaris haar ten onrechte inzage in het laatste testament heeft geweigerd, met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna). Het hof acht deze klacht gegrond. Klaagster heeft door het testament van 1999 een erfrechtelijke aanspraak verloren. Zij had daarom recht op een afschrift van het herroepen testament voor zover dat voor haar relevant was (art. 49 lid 2 Wna). Het hof legt de notaris daarvoor een waarschuwing op.

De nicht klaagt er voorts over dat de notaris die het testament in 1999 opstelde, onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de wilsbekwaamheid van erflater. De notariskamer wijst deze klacht af. De notaris kan zich het opmaken en passeren van het testament niet meer herinneren, hetgeen hem volgens het hof niet te verwijten valt gelet op het tijdsverloop. Ook de getuigen kunnen zich een en ander niet herinneren. De notariskamer overweegt dan:

"Als uitgangspunt geldt dat iedere meerderjarige aan wie op grond van de wet de bekwaamheid daartoe niet is ontzegd, het recht heeft om een uiterste wil te formuleren en te laten vastleggen bij testament. Het enkele bestaan van een verstandelijke beperking is onvoldoende om hiervan af te wijken. Het is verder niet zo dat een persoon met een verstandelijke beperking per definitie niet in staat zou zijn om in alle gevallen zijn wil te bepalen en te uiten. Een notaris dient in beginsel zijn ministerie te verlenen en zal dus op verlangen van een testateur moeten doen wat is vereist om de uiterste wil vast te leggen. Zoals bij elke akte heeft de notaris echter de wilsbekwaamheid van de betrokkene te beoordelen. Het komt daarbij in eerste instantie aan op de eigen waarneming van de notaris, die daarvoor een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt. Bij gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid is in het algemeen verder onderzoek aangewezen."

De notariskamer onderzoekt vervolgens of het aannemelijk is dat erflater een stoornis had die in de weg stond aan een goed begrip van het testament en of die stoornis de notaris duidelijk moet zijn geweest (art. 4:55 lid 3 BW). Volgens de notariskamer is erflater in staat geweest zijn wil te bepalen ten aanzien van dit specifieke testament, ondanks de verstandelijke beperking van erflater. De inhoud en strekking van het testament van 1999 waren relatief eenvoudig. Gezien de omstandigheden – erflater was al jarenlang zeer vertrouwd met de huishoudhulp en haar gezin en had kennelijk minder contact met de nichten – was de inhoud van het testament ook niet merkwaardig, aldus de notariskamer:

"[A, de huishoudhulp] had zich in 1999 al veertien jaar intensief beziggehouden met (het huishouden van) [X, de erflater] en was daarvoor al lange tijd de huishoudelijk hulp geweest van de vader van [X], bij wie [X] toen in huis woonde. Aangenomen mag worden dat [X] hierdoor zeer vertrouwd was met [A] en haar gezin. [A] was in de woorden van klagers de 'oude vertrouwde' huishoudhulp van [X]. In 1998 is de familie [B] bovendien in overleg met klagers nog meer betrokken geraakt bij de hulp aan en het toezicht op [X] doordat [B] de

administratie van [X] is gaan doen en [A] de pinpas van [X] in beheer kreeg, hem zakgeld gaf en van de bankrekening van [X] geld kon opnemen om de boodschappen voor [X] en haar eigen kosten te betalen. Bovendien blijkt uit de processtukken dat het echtpaar [B] tot de opname van [X] in het verpleeghuis in 2010 intensief bij de verzorging van en hulp aan [X] betrokken is gebleven. Dat [X] de dochters van het echtpaar [B] in zijn testament tot zijn erfgenamen heeft willen benoemen, in de plaats van zijn nichten met wie hij kennelijk minder contact had, wekt onder deze omstandigheden geen bevreemding. Daarbij komt dat het niet de eerste keer was dat [X] zijn directe erfgenamen - in zijn voorlaatste testament waren dat zijn broers - onterfde."

Het benoemen van niet-familieleden tot erfgenamen was in de gegeven omstandigheden niet bij voorbaat verdacht.

In algemene zin kan gesteld worden dat met de constatering dat iemand een verstandelijke beperking heeft, nog geen antwoord voorhanden is op de vraag of die beperking van dien aard is dat de erflater met betrekking tot een specifiek onderwerp zijn wil al dan niet kan bepalen. Relevant is of de verstandelijke beperking van dien aard is dat de erflater de hem voorgelegde problematiek kan overzien. Is sprake van een eenvoudig testament waarvan de strekking ook met een relatief laag kennisniveau kan worden beoordeeld, bijvoorbeeld: wie wordt mijn erfgenaam?, dan zou een erflater met een verstandelijke beperking de strekking van dat testament mogelijk wel degelijk goed kunnen overzien.

8. Een 'erfrechtelijke onvoldoende' voor het opstellen van een testament

In een door mij namens klagers bij de kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden tegen een notaris ingediende tuchtklacht is erover geklaagd dat een testament een onvoldoende duidelijke redactie kende met desastreuze gevolgen. Klagers waren broer en zus. Tezamen met hun broer zijn zij afstammelingen van hun overleden vader. Erflater heeft op 17 oktober 2017 voor het laatst over zijn vermogen bij testament beschikt. Hij heeft zijn kinderen elk voor 1/3e erfdeel tot erfgenaam benoemd. Daarnaast is in het testament aan een ideële stichting (ANBI) een legaat toegekend voor *"een bedrag gelijk aan de waarde van een erfdeel als ware deze stichting voor de helft erfgenaam geweest in mijn nalatenschap"*. In het testament was verder bepaald:

"Beroep op legitieme
Indien een afstammeling een beroep doet op zijn legitieme portie, sluit ik hem en zijn afstammelingen uit als erfgenamen in mijn nalatenschap (…)."

In de considerans van het testament laat erflater weten dat hij zich realiseert dat het legaat aan de stichting de kinderen kan schenden in hun legitieme portie. Erflater is echter van mening dat het de kinderen – die al veel vermogen uit de nalatenschap van hun moeder hebben ontvangen – aan niets ontbreekt en daarom verzoekt hij hen geen beroep te doen op de legitieme portie.[26]

[26] Het gaat hier om (slechts) een wens van erflater. Erflater kan geen afbreuk doen aan de legitieme portie van zijn afstammelingen die als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen (vgl. art. 4:4 lid 1 BW en art. 4:63 lid 1 BW).

Uitgaande van een nalatenschap van vader van 200 ontvangt de stichting op grond van het legaat 100 en de drie kinderen als erfgenamen elk 33,3. Omdat hun broer reeds bevoordeeld was met een aandelenlegaat met een forse korting overwegen broer en zus een beroep te doen op de legitieme portie. Het legitimaire tekort is te stellen op 2 x 2,5.

Aan de notaris is door één van de adviseurs gevraagd om aan de erfgenamen in algemene bewoordingen uit te leggen wat de bepaling van het testament – zoals hiervoor aangehaald – betekent en wat de gevolgen zijn als een beroep op de legitieme portie wordt gedaan. De reactie van de notaris in een notitie luidt onder meer als volgt:

"Vader wilde graag dat zijn kinderen zouden berusten in de wijze waarop hij zijn vermogen heeft verdeeld. Als zij dat niet zouden doen, vond hij het eerlijk/reëel dat zij niet meer mee mogen beslissen over de afwikkeling van de nalatenschap en slechts als schuldeiser optreden. (…) Deze bepaling werkt zo uit dat als een kind als erfgenaam een beroep doet op zijn/haar legitieme portie doet, hij of zij geen erfgenaam meer is en uitsluitend zijn of haar legitieme portie in geld ontvangt, dus niet (meer) in goederen en ook niet (meer) meepraat bij de verdeling van de nalatenschap. Immers, hij of zij is geen deelgenoot meer maar enkel schuldeiser door het beroep op de legitieme.
Het erfdeel dat vrijvalt zou op basis van de wet dan toekomen aan de kinderen van het betreffende kind, maar daar is in het testament van afgeweken. Het vrijvallende erfdeel komt toe aan de andere erfgenamen (die geen beroep doen), ieder voor een gelijk deel. De economische waarde van dit vrijvallende deel is ons inziens 0. (…)"

De adviseur van de broer vraagt vervolgens of hij het goed begrijpt:

"Dus stel het erfdeel van [broer] is 200 waard en de legitieme aanspraak is 260 zodat er een legitimair tekort is van 60, dan leidt een beroep op de aanvullende inkorting ertoe dat [broer] zijn erfdeel (in de zin van mede-eigendom ter waarde van 200) kwijtraakt, maar daarvoor in de plaats een vordering van 260 in geld krijgt (de positie van [zus] en [broer] wordt dus door het beroep van [broer] op aanvullende inkorting – economisch gezien – niet beter, maar wel zijn ze een mede-eigenaar kwijt).
Kunnen jullie nog even bevestigen dat we het zo goed hebben begrepen?"

Daarop reageert de notaris met de mededeling *"dat jullie de juiste conclusies van de notities trekken in jullie e-mail"*.

Vervolgens hebben klagers enige tijd later daadwerkelijk een beroep gedaan op de legitieme portie.

Enige tijd na ondertekening van een vaststellingsovereenkomst op 17 december 2020 (waarin het beroep op de legitieme porties door de broer en de zus definitief werd afgewikkeld) hebben klagers naar aanleiding van het begin 2021 gepubliceerde jaarverslag van de ANBI-stichting kennisgenomen van het feit dat de nalatenschap geheel anders is afgewikkeld dan klagers en hun raadslieden voor ogen heeft gestaan op basis van het testament én de informatie die met de notaris is uitgewisseld. Het erfdeel van de broer blijkt in substantiële zin te zijn toegenomen ten koste van de stichting.

Kort gezegd, werd het legitimaire tekort van 2 x 2,5 niet ten laste gebracht van de stichting met een legaat "*als ware deze stichting voor de helft erfgenaam geweest in mijn*

nalatenschap" en de broer die als enig erfgenaam overbleef.[27] Dat zou slechts tot een beperkte correctie van de erfrechtelijke verkrijgingen van de broer en de stichting hebben geleid, en wel ter grootte van het legitimaire tekort van 2 x 2,5. De nalatenschap van vader bleek evenwel als volgt te zijn afgewikkeld. De nalatenschap was groot 200. Deze werd eerst verminderd met 71,6, de schulden uit hoofde van de legitieme porties (2 x 35,8). Het restant van 129,4 werd door tweeën gedeeld. De stichting kreeg 64,7 (oorspronkelijk 100, vóór het beroep op de legitieme porties) en de broer kreeg 64,7 (oorspronkelijk 33,3). De broer was spekkoper door het beroep dat op de legitieme porties werd gedaan, terwijl de notaris in haar communicaties de afwikkeling van het testament anders had voorgesteld.

De kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden honoreert de klacht over de onduidelijke redactie in een beslissing van 7 juni 2022, ECLI:NL:TNORARL:2022:22, nadat was gebleken dat de notaris van oordeel was dat het testament anders uitgelegd moest worden dan in eerste instantie was gemeld:

"De kamer is van oordeel dat klagers terecht klagen over de redactie van het testament, aangezien daaruit zonder uitleg niet duidelijk blijkt welk gevolg de bepaling van met name artikel zes van het testament (hierboven aangehaald) beoogt. Dit klemt te meer nu de notaris ter zitting verklaard heeft dat erflater met meergenoemde bepaling een aantal mechanismes in het testament heeft willen opnemen om een beroep op de legitieme te voorkomen en in voorkomend geval te sanctioneren. Deze mechanismen hebben volgens de notaris bij het inroepen van de legitieme portie als effect een substantiële daling van het legaat van de stichting.
Het is, gezien de considerans van het testament (…), zeer de vraag of erflater deze consequentie op basis van de tekst van het testament heeft doorzien, nog daargelaten of erflater deze uitleg ook gewild. Vaststaat dat ook de executeur gedurende langere tijd van een geheel andere lezing van het testament is uitgegaan, net als de raadslieden van klagers en klagers zelf.
Weliswaar stelt de notaris dat de erflater er bewust voor heeft gekozen om de stichting niet tot erfgenaam te benoemen met als gevolg daarvan dat de omvang van de uitkering aan de stichting zou worden bepaald door de omvang van de nalatenschap ten behoeve van de kinderen, maar daarmee is nog niet gezegd dat erflater zich realiseerde in welke mate een beroep op de legitieme op basis van de uitleg die de notaris aan het testament geeft, de uitkering aan de stichting zou beïnvloeden. Indien erflater dit werkelijk heeft geweten en gewild valt niet te begrijpen waarom het testament niet zodanig is geredigeerd dat daarover ook bij de erfgenamen geen enkel misverstand kon ontstaan. Daartoe was te meer reden, gezien de hiervoor genoemde considerans en het aan de stichting gelegateerde bedrag

[27] Na het beroep op de legitieme porties door twee kinderen ontvangen zij elk 35,8. Als gevolg van *aanwas* (art. 4:48 BW) gaat het resterende derde kind dan van 1/6e erfdeel plus 1/12e aanwas naar 3/12e erfdeel. De stichting gaat van 3/6e erfdeel plus 3/12e aanwas naar 9/12e erfdeel. Dát aanwas ook ten behoeve van de stichting plaatsvindt, houdt verband met het feit dat het legaat van de stichting is voor *"een bedrag gelijk aan de waarde van een erfdeel als ware deze stichting voor de helft erfgenaam geweest in mijn nalatenschap."* De stichting is volgens het legaat van het testament een quasi-erfgenaam (en dat is iets anders dan een legaat ter grootte van de helft van het saldo van de nalatenschap). Na aanwas leidt inkorting van 5 – ofwel de rekening van de legitieme porties die wordt omgeslagen over de resterende erfgenaam en de legataris – tot een beperkte correctie. In beginsel vindt de omslag van het legitimaire tekort plaats naar evenredigheid van de waarde van de makingen (na aanwas), tenzij iets anders uit het testament zou voortvloeien (art. 4:87 lid 2 BW). Zie over deze problematiek nader G.T.J. Hoff, 'Carnaval in het erfrecht: een erfgenaam uitgedost als legataris (en omgekeerd)', *AdvoTip* 2025-9

'gelijk aan de waarde van een erfdeel als ware deze stichting voor de helft erfgenaam geweest in mijn nalatenschap'."

De notaris is van deze tuchtbeslissing in hoger beroep gekomen bij de notariskamer. De notariskamer heeft bij tuchtbeslissing van 25 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1034, geoordeeld dat klagers op het verkeerde been zijn gezet door de opmerking in de notitie over de economische waarde van het vrijvallende deel en het antwoord van de notaris. Dat de positie van de overige erfgenamen economisch gezien niet beter wordt als gevolg van een beroep van één van hen op de legitieme portie, zoals de notaris daarin bevestigt, is immers niet juist. De notaris had klagers hierover niet op die manier moeten informeren of, toen zij de vragen beantwoordde, op dit punt ten minste een voorbehoud moeten maken. Hierdoor heeft de notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.[28]

9. Geheimhoudingsplicht van de notaris

In erfrechtelijke aangelegenheden speelt de geheimhoudingsplicht van de notaris een belangrijke rol. Art. 22 Wna bepaalt dat de notaris verplicht is, voor zover niet bij wet of anders is bepaald, geheimhouding te betrachten ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt.[29] Het notariële ambtsgeheim geldt eveneens voor de medewerkers van de notaris; zij hebben een afgeleide geheimhoudingsplicht. Het notariële ambtsgeheim geldt ook nadat aan de opdracht van de cliënt uitvoering is gegeven en zelfs nadat de notaris of zijn medewerkers het notariaat hebben verlaten.

In art. 4 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB wordt nog bepaald:

"De notaris kan zich niet door de opdrachtgever of door andere bij de rechtshandelingen betrokkenen van zijn geheimhoudingsplicht laten ontslaan."

De toelichting op deze bepaling vermeldt:

"De notaris mag gegevens die aan hem als zodanig zijn toevertrouwd niet aan derden kenbaar maken, ook al zou degene die hem de gegevens heeft toevertrouwd daarvoor toestemming geven."

De geheimhoudingsplicht van de notaris is een erkend rechtsbeginsel, dat slechts in uitzonderlijke gevallen door de geheimhouder of de rechter kan worden doorbroken.

---

[28] De tuchtklacht dat de redactie van het testament onvoldoende duidelijk was, is niet-ontvankelijk verklaard vanwege het verstrijken van de vervaltermijn van drie jaar (art. 99 lid 21 Wna). Een eventuele verlenging met één jaar is niet aan de orde. De notariskamer gaat niet in op de bijzondere erfrechtelijke positie van de legataris als quasi-erfgenaam. De notariskamer meent dat deze zaak enkel benaderd moet worden vanuit het gezichtspunt van de inkortingsvolgorde, waarvan in het testament niet is afgeweken (art. 4:87 lid 2 BW). Daarmee konden klagers redelijkerwijze bekend worden verondersteld.

[29] Zie ook hoofdstuk 34 ('Formeel notarieel tuchtrecht: over het verloop van de tuchtprocedure', § 7).

Verschoningsrecht van de notaris

Het notariële ambtsgeheim houdt ten nauwste verband met het verschoningsrecht van de notaris. In een civiele procedure is de notaris als vertrouwenspersoon wegens zijn wettelijke geheimhoudingsplicht ontheven van zijn verplichting getuigenis (ofwel een verklaring) af te leggen (art. 165 lid 2 onder b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)).[30] Het verschoningsrecht geldt voor al hetgeen aan de notaris in zijn hoedanigheid is toevertrouwd.[31] De notaris mag zich tegenover een civiele rechter verschonen van het afleggen van een (getuigen)verklaring voor zover hij daarmee vertrouwelijke informatie zou moeten onthullen. Ook als de notaris zich wenst te beroepen op het wettelijke verschoningsrecht zal hij als regel ter zitting moeten verschijnen om daar tegenover de rechter en de partijen die bij zijn verklaring belang hebben de gronden van zijn weigering kenbaar te maken en voor de rechter toetsbaar.

Aangezien slechts de notaris precies kan beoordelen of bepaalde gegevens onder zijn verschoningsrecht vallen, moet dit oordeel in beginsel aan de notaris worden overgelaten. De rechter dient derhalve het beroep van de notaris op diens verschoningsrecht te aanvaarden zolang hij aan redelijke twijfel onderhevig acht of verstrekking van de gevraagde gegevens zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven. In deze zin het arrest van de Hoge Raad van 18 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2808. De rechter mag het beroep van de notaris op het verschoningsrecht derhalve slechts beperkt toetsen.

Grenzen aan de geheimhoudingsplicht

Geregeld moet de tuchtrechter oordelen of de notaris bij zijn informatieverstrekking aan belanghebbenden in erfrechtelijke aangelegenheden in overeenstemming met art. 22 Wna heeft gehandeld.

- Geheimhoudingsplicht tegenover de tuchtrechter?

Art. 94 lid 2 Wna schept duidelijkheid over de plicht van de notaris om ten overstaan van de tuchtrechter verantwoording af te leggen. 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 art. 22 Wna. Daarmee is duidelijk dat *"ten behoeve van de uitoefening van de tuchtrechtspraak"* door de kamers voor het notariaat en de notariskamer aan de notaris en zijn medewerkers niet een verschoningsrecht toekomt.

---

[30] Het (functionele) verschoningsrecht van de notaris wordt tevens erkend in art. 194 lid 2 onder a Rv (voorheen art. 843a lid 3 (oud) Rv).

[31] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173 (*Ogem/notaris Maas*). De Hoge Raad heeft in deze beschikking uitgemaakt dat voor wat betreft de reikwijdte van het verschoningsrecht van de notaris geen onderscheid bestaat tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens: *"Onderdeel 1 van het middel betoogt dat bij de vraag wat als aan de notaris toevertrouwd heeft te gelden, - in afwijking van het voorgaande – een algemeen onderscheid moet worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens en dat zijn verschoningsrecht alleen de eerste categorie zou betreffen. Dit betoog moet worden verworpen. Het miskent dat het verschoningsrecht ten doel heeft cliënten en andere belanghebbenden zekerheid te geven dat zij vrijelijk met de notaris kunnen spreken. Die zekerheid zou door het maken van zulk een onderscheid op onaanvaardbare wijze worden aangetast."*

Overigens komt de notaris ook ten opzichte van het Bureau Financieel Toezicht (BFT) bij de uitoefening van diens toezichthoudende taak geen beroep toe op zijn geheimhoudingsplicht (art. 111a lid 3 Wna).

- Wilsbekwaamheidskwesties

In § 5.3 is aan de orde geweest dat de notariskamer bij uitspraak van 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1164, een duidelijk richtsnoer heeft gegeven over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht:

"Het is vaste rechtspraak van het hof dat in zijn algemeenheid de geheimhoudingsplicht van een notaris zich niet uitstrekt tot de wijze waarop een notaris te werk gaat. Voor een notaris is het zeer wel mogelijk om de gang van zaken die geleid heeft tot het tot stand komen van een akte (in dit geval een akte van volmacht en een akte wijziging huwelijkse voorwaarden) en de wijze waarop hij zich een oordeel heeft gevormd over de wilsbekwaamheid van een cliënt uiteen te zetten, zonder zijn geheimhoudingsplicht te schenden (zie hof Amsterdam 24 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8646 en hof Amsterdam 3 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:8)."

De notariskamer geeft niet precies aan welke vragen over de werkwijze van de notaris wel en welke vragen niet beantwoord kunnen worden. De notaris had in dit geval slechts *"enkele mededelingen"* gedaan over de gang van zaken. De notariskamer verduidelijkt enigszins wat van de notaris in de gegeven omstandigheden verwacht had mogen worden:

"Onder de geheimhoudingsplicht valt alleen wat de notaris als zodanig is toevertrouwd en waarvan de cliënte erop mocht vertrouwen dat het verborgen blijft voor anderen. De vragen die hem zijn gesteld betroffen grotendeels de gang van zaken rond de totstandkoming van de akte van huwelijkse voorwaarden en de akte van volmacht. De oud-notaris had, gelet op het voorgaande, uitleg moeten geven over de gang van zaken rondom het opstellen en passeren van voornoemde akten, meer in het bijzonder over hoe zijn beoordeling van de wilsbekwaamheid van de zus heeft plaatsgevonden. Indien de oud-notaris meende dat bepaalde zaken tóch onder zijn geheimhoudingsplicht vielen, had hij daarover in zijn e-mailbericht(en) uitleg moeten geven aan de advocaat."

Aan de notaris toevertrouwde informatie – bijv. de beweegreden voor een onterving – valt zonder meer onder de geheimhoudingsplicht. Dat geldt niet voor de door de notaris gevolgde werkwijze bij de totstandkoming van een testament, waaronder de beoordeling van de wilsbekwaamheid. Indien de notaris vanwege de geheimhoudingsplicht bepaalde vragen niet kan beantwoorden, dan dient hij daarover uitleg te geven.[32]

[32] 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, is niet iedere notaris in het land daarmee even goed bekend. Zie bijvoorbeeld de tuchtbeslissing van de kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch 31 augustus 2026, ECLI:NL:TNORSHE:2026:23. Het werd de notaris zwaar aangerekend dat hij de vragen van klager over de gang van zaken rond de totstandkoming van het levenstestament en de wijze waarop hij zich een oordeel heeft gevormd over de wilsbekwaamheid en vrije wilsvorming van vader in strijd met de jarenlang bestendige lijn die volgt uit de vaste rechtspraak van de hoogste notariële tuchtrechter niet (voldoende) heeft beantwoord.

- Tussenkomst van een deskundige met een geheimhoudingsplicht

In een enkel geval gaat de tuchtrechter in verband met het ambtsgeheim van de notaris omzichtig te werk. Zo heeft de notariskamer eenmaal bij tussenbeslissing van 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4706, een deskundige benoemd met een eigen geheimhoudingsplicht om nader dossieronderzoek te doen en daarover met respectering van het ambtsgeheim te rapporteren aan de notariskamer. De notariskamer motiveerde deze beslissing als volgt:

"Het hof acht zich thans onvoldoende voorgelicht. Naar het oordeel van het hof dient het hof voor de beoordeling van de klacht te weten wat de wijzigingen zijn in het voorlaatste testament van 19 juli 2007 ten opzichte van het daarin herroepen testament van 27 maart 2006. Het hof acht deze informatie van belang gezien de mededeling van de notaris dat in het testament van 19 juli 2007 geen ingrijpende wijziging heeft plaatsgevonden en dat sprake is van een bijzondere consistentie tussen beide testamenten. Voorts acht het hof van belang om te weten of de notaris met erflater de redenen heeft besproken om klager te onterven en de redenen om de hypothecaire lening aan te gaan en of deze laatste redenen naar algemene maatschappelijke maatstaven normaal en verklaarbaar te noemen zijn, mede gezien de leeftijd van erflater destijds, gelet op de mededelingen van de notaris daaromtrent en de betwisting door klager. De notaris beroept zich weliswaar terecht op haar geheimhoudingsplicht daar waar zij geen uitlatingen heeft gedaan over de inhoud van de testamenten en de beweegredenen van erflater, maar die plicht mag niet tot gevolg hebben dat eventuele fouten van de notaris worden gemaskeerd.
Om te kunnen beoordelen of daarvan sprake is zal een onafhankelijk persoon die eveneens de geheimhoudingsplicht dient na te leven, inzage moeten verkrijgen. Het hof zal dan ook bepalen dat de voorzitter van de Ring Amsterdam in het arrondissement Amsterdam, mr. A.A. van Rhee, tot deskundige zal worden benoemd, dat de notaris de deskundige inzage zal geven in de testamenten en dossiers van erflater en dat de deskundige de door het hof in het dictum te stellen vragen op grond daarvan zal beantwoorden."

- Informatie die de notaris in een andere hoedanigheid heeft verkregen

Een notaris die door de erflater benoemd is tot executeur of afwikkelingsbewindvoerder dan wel door de rechtbank tot vereffenaar zal zijn functie moeten vervullen met dezelfde mate van openheid die bij deze functie past.

De notariskamer oordeelde bij uitspraak van 8 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1577, over een klacht dat een kandidaat-notaris die tot executeur-afwikkelingsbewindvoerder was benoemd zijn geheimhoudingsplicht had geschonden. Vader laat bij zijn overlijden drie kinderen en hun moeder als erfgenamen achter. De dochter heeft de kandidaat-notaris verzocht om enkel aan moeder door te geven dochters wensen omtrent een fiets uit de nalatenschap en een schenking. De kandidaat-notaris heeft moeder aldus bericht, maar met een kopie aan de overige erfgenamen. Terecht, aldus het hof:

"De kandidaat-notaris was executeur-afwikkelingsbewindvoerder in de nalatenschap van erflater. In die hoedanigheid is hij verplicht om rekening en verantwoording af te leggen aan de erfgenamen. Op hem rust de verantwoordelijkheid om de nalatenschap zo goed mogelijk af te wikkelen. Door de verzoeken van klaagster, voor zover die de afwikkeling van de nalatenschap betreffen, per brief aan moeder door te geven met een kopie aan de overige

erfgenamen, heeft de kandidaat-notaris niet in strijd met zijn geheimhoudingsplicht gehandeld. Het was de kandidaat-notaris niet toegestaan om voorstellen die de afwikkeling van de boedel raken buiten het zicht van de rechthebbenden te houden. De klacht is, anders dan de kamer heeft geoordeeld, ongegrond.
Het feit dat de kandidaat-notaris op voorhand mogelijke oplossingen heeft aangedragen voor het geval dat moeder met de verzoeken zou instemmen, hetgeen klaagster hem tevens verwijt, wijst er naar het oordeel van het hof op dat de kandidaat-notaris bij de uitoefening van de hem opgedragen taken zorgvuldig te werk is gegaan."

De kandidaat-notaris had aan de dochter ook kenbaar kunnen maken dat hij met dit verzoek tot geheimhouding niet in een klempositie gemanoeuvreerd kon worden of dat de dochter haar verzoek aan alle betrokkenen anders zelf maar kenbaar moest maken.

- Informatie aan betrokkenen: legitimarissen

Het is niet in strijd met de geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna als de notaris bepaalde informatie verstrekt aan legitimarissen. Zie over de informatieverschaffing van de notaris aan legitimarissen verder ook § 11.

In een aan de Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden voorgelegde klacht was in het testament de wens opgenomen dat de erfgenamen de onterfde legitimarissen niet in kennis stellen van hun onterving. Verder was bepaald dat de notaris alleen inzage geeft in het testament van erflater voor zover dit voor de betreffende rechthebbende noodzakelijk is om zijn positie te bepalen. Er wordt geklaagd dat de notaris de drie onterfde kinderen op kantoor heeft uitgenodigd en tijdens die bespreking redelijk wat inzicht heeft gegeven in het testament en laten weten dat klager tot enig erfgenaam was benoemd. Bij uitspraak van 2 juli 2021, ECLI:NL:TNORARL:2021:34, wordt de klacht door de kamer ongegrond verklaard:

"De kamer overweegt dat de notaris terecht heeft aangevoerd dat het de wens van erflater was dat de erfgenamen de onterfde legitimarissen niet in kennis zouden stellen van hun onterving. Dit is ook niet gebeurd. De mededeling over de erfgenaam kwam niet van de erfgenaam, maar van de notaris. De notaris was niet de geadresseerde van de in het testament opgenomen wil van erflater op dit punt, zodat haar geen verwijt treft.
Op de notaris rustte verder geen verplichting om [A] als erfgenaam eerst te informeren, alvorens zij de legitimarissen informeerde. De notaris is daags na het overlijden van erflater benaderd door de legitimarissen met het verzoek om informatie, zodat het voor de hand lag dat zij hen eerst informeerde. Omdat zij actief werd benaderd door de legitimarissen, heeft de notaris haar geheimhoudingsplicht niet geschonden, maar voldaan aan haar zorgplicht om de legitimarissen de voor hen benodigde informatie te verschaffen en hun te informeren over hun wettelijke rechten. Dit komt overeen met de bepaling in het testament waarin is bepaald dat de notaris alleen inzage geeft in het testament van erflater voor zover dit voor de betreffende rechthebbende noodzakelijk is om zijn/haar positie te bepalen. De notaris heeft binnen dat kader en binnen de wettelijke kaders beperkte inzage gegeven door een uittreksel van het testament te verschaffen. De taak van de executeur eindigde omdat geen ruimschootsverklaring kon worden afgegeven. De onterfde kinderen hadden daarom het recht om te weten wie de erfgenamen van erflater zijn. De notaris mocht die informatie verschaffen.

Gelet op voorgaande komt de kamer tot de conclusie dat de notaris niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld."

- Informatie aan de bewindvoerder van erflaatster

Klager heeft de notaris verweten dat hij zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden door het concept van het testament van zijn moeder aan haar bewindvoerder toe te sturen. De notaris verweert zich met de stelling dat moeder daarvoor toestemming had gegeven, omdat zij het concept met hem wilde doornemen. Dat verweer vindt genade in de ogen van de notariskamer bij tuchtbeslissing van 31 maart 2026, ECLI:NL:GHAMS:2026:926. De bewindvoerder is in dit geval geen willekeurige derde, maar een adviseur van moeder. In de woorden van de notariskamer:

"Het hof is, net als de kamer, van oordeel dat de notaris geen reden had om te twijfelen aan het verzoek van erflaatster om aan haar bewindvoerder het concepttestament toe te sturen. Het hof acht de verklaring van de notaris over de wijze waarop het contact met erflaatster tot stand is gekomen en de diverse gesprekken die hij met erflaatster heeft gehad, geloofwaardig en juist. De bewindvoerder behartigde de belangen van erflaatster, waardoor er voor de notaris geen reden bestond om te twijfelen aan het verzoek tot toezending van het concepttestament aan de bewindvoerder."

- Informatie over mogelijke fiscale fraude

Mag een notaris informatie delen over de aanwezigheid van 'zwart geld' in de nalatenschap? De notariskamer heeft in een uitspraak van 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1968, geoordeeld over een discussie tussen de bij een nalatenschap betrokken notaris enerzijds en de erfgenaam en zijn advocaten anderzijds.[33] Volgens de notaris heeft erflater hem over 'zwart geld' verteld bij het opstellen van zijn testament, kort voor het overlijden. De erfgenaam en de advocaten vinden dat de notaris zijn geheimhoudingsplicht geschonden heeft door hen hiervan op de hoogte te brengen en ook een andere notaris, de deken van de Orde van Advocaten en de Raad van Discipline hierover te informeren.

Volgens de notariskamer mocht de notaris de erfgenaam en zijn advocaten inlichten. Gelet op de (fiscale) risico's verbonden aan de mogelijke aanwezigheid van fiscaal niet verantwoord vermogen brengt een zorgvuldige uitoefening van de taak van een notaris juist mee dat op die risico's wordt gewezen. De informatie van erflater geldt weliswaar als aan de notaris toevertrouwd, maar de mogelijke aanwezigheid van 'zwart geld' of 'fiscaal niet verantwoord geld' raakt de rechtspositie van de erfgenaam direct. Daarentegen heeft de notaris zijn geheimhoudingsplicht wel geschonden door de door erflater toevertrouwde informatie ook te delen met de andere notaris, de deken van de Orde van Advocaten en de Raad van Discipline. De advocaten werden door de notaris ervan beschuldigd dat zij meewerkten aan het faciliteren van witwassen. Het feit dat zij zelf ook een geheimhoudingsplicht hebben, doet aan de schending van de geheimhoudingsplicht door de notaris niet af.

Aangenomen mag worden dat de notaris die optreedt als executeur of vereffenaar en in die hoedanigheid bij de afwikkeling van de nalatenschap van de aanwezigheid van 'zwart

[33] Zie eveneens notariskamer 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1966 en notariskamer 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1967 voor de tuchtzaken tegen de twee kandidaat-notarissen.

geld' in de nalatenschap op de hoogte komt, daarbij niet gehinderd zal worden door de geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna. Deze informatie is hem immers niet in zijn hoedanigheid van notaris toevertrouwd.

10. Uitleg van een testament door de notaris

Soms wordt de notaris gevraagd om uitleg te geven aan een akte die hij als onpartijdig notaris heeft gepasseerd. Het doel is veelal om de schriftelijke uitleg of toelichting van de notaris in een civiele procedure als bewijs over te leggen zonder dat de andere partij daarvan vooraf in kennis wordt gesteld. De andere partij wordt daardoor mogelijk op achterstand geplaatst. Deze kwestie speelde in de volgende tuchtzaak.

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 verleden, 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 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 zoon heeft daarop 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."

Niet uitgesloten is dat deze notaris zijn schadeplichtigheid jegens de dochter heeft proberen te beperken door schending van zijn geheimhoudingsplicht maar voor lief te nemen.[34]

11. Informatieverstrekking aan legitimarissen

Is voor de notaris een taak weggelegd of heeft de notaris wellicht zelfs een plicht om legitimarissen te traceren en op de hoogte te stellen van hun wettelijke rechten als zij in een testament onterfd zijn? Zij zouden dan aanspraak kunnen maken op hun legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW) en dat is een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder g BW).[35] Als de notaris een onterfde legitimaris hierover informeert, schendt hij dan zijn notariële ambtsgeheim? Lange tijd was men in notariële kringen hopeloos verdeeld over de beantwoording van deze belangwekkende vragen. Boek 4 BW geeft hier geen duidelijke regels over. Bij gebreke daarvan komt de vraag op of de zorgplicht van de notaris met zich brengt dat hij gehouden is een onterfde legitimaris te informeren over zijn wettelijke rechten.

Ik noteer eerst enkele standpunten uit de polemiek die in notariële kringen hierover is gevoerd.

Naar aanleiding van de inwerkingtreding van Boek 4 BW heeft de KNB een werkgroep Deontologie nieuw erfrecht ingesteld.[36] Deze werkgroep heeft zich gebogen over vragen die gingen over de rol van de notaris: moet de notaris al dan niet informatie verstrekken aan bepaalde belanghebbenden en moet hij dienst weigeren als een cliënt hem verzoekt bepaalde informatie voor zich te houden. De werkgroep heeft haar uitgangspunten geformuleerd en die in 2004 in een artikel in WPNR kenbaar gemaakt.[37] Het soort opdracht dat de notaris heeft gekregen – het enkel afgeven van een verklaring van erfrecht of het verzorgen van de algehele boedelafwikkeling – maakt volgens de werkgroep geen verschil voor de wijze waarop de taak van de notaris moet worden uitgevoerd. Met betrekking tot de informatieverstrekking aan legitimarissen wordt het standpunt ingenomen dat de notaris niet de plicht heeft een legitimaris te traceren en te informeren, als hem verzocht wordt een verklaring van erfrecht af te geven. De werkgroep is verder van oordeel dat als de notaris tegen de wil van de opdrachtgever toch de legitimaris op de hoogte zou stellen het beroepsgeheim wordt geschonden. De werkgroep onderkent evenwel dat er argumenten

[34] Zie ook hoofdstuk 36 ('Beroepsaansprakelijkheid van de notaris in erfrechtelijke aangelegenheden', § 2.3) voor het civiele vervolg van deze zaak.
[35] Zie hoofdstuk 12 ('Het wettelijke minimum in het erfrecht: de legitieme portie').
[36] De gebroeders Freek en Bernard Schols hebben als eersten een steen in de notariële vijver gegooid. In *WPNR* 2002/6513, 'Krijgt de legitimaris bericht?', betoogden zij dat de opdracht aan de notaris doorslaggevend was. Alleen als de notaris de opdracht heeft gekregen tot volledige boedelbehandeling houdt dit automatisch in dat hij alle schuldeisers – waaronder de legitimaris (art. 4:7 lid 1 onder g BW) – dient te benaderen. Is de opdracht beperkt tot het afgeven van een verklaring van erfrecht, dan behoeft de notaris de legitimaris niet op de hoogte te stellen. De onterfde legitimaris is geen erfgenaam meer en zal het ook niet meer worden. Uit art. 4:188 BW blijkt dat de legitimaris niet in de verklaring van erfrecht behoeft te worden opgenomen.
[37] R.L. Albers-Dingemans, 'Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap', *WPNR* 2004/6585.

bestaan die pleiten voor een algemene onderzoeks- en informatieplicht van de notaris zoals het feit dat de rechten van een legitimaris vijf jaar na het overlijden vervallen, ongeacht of de legitimaris op de hoogte van het overlijden is of kan zijn (art. 4:85 BW).

In notariële kringen bleef men over deze kwestie – moet de notaris vanwege zijn zorgplicht een onterfde legitimaris informeren over zijn wettelijke rechten? – strijden. Er zijn *pro*-argumenten voor de informatieplicht van de notaris aangevoerd:

- De notaris dient op grond van zijn maatschappelijke opdracht legitimarissen desgevraagd op de hoogte te kunnen stellen van hun wettelijke rechten. Dat beantwoordt ook aan de verwachtingen die men van een notaris heeft.
- De notaris dient een redelijke onderzoeksinspanning te leveren om legitimarissen op te sporen (bijvoorbeeld door raadpleging van de Basisregistratie Personen (BRP)).
- Het onderscheid tussen een legataris die zonder meer een vorderingsrecht op de nalatenschap heeft (art. 4:119 BW en art. 4:7 lid 1 onder h BW) en een legitimaris die een wilsrecht heeft waarmee een vorderingsrecht in het leven kan worden geroepen door op de legitieme portie aanspraak te maken (art. 4:63 e.v. BW en art. 4:7 lid 1 onder g BW), is artificieel.

De *contra*-argumenten luiden als volgt:

- Legitimarissen zijn geen erfgenamen of legatarissen.
- Legatarissen hebben zonder meer een jegens de nalatenschap uit te oefenen vorderingsrecht (art. 4:119 BW). In art. 4:201 lid 1 BW is bepaald dat een legaat wordt verkregen zonder dat aanvaarding nodig is (behoudens de mogelijkheid van verwerping). Legitimarissen hebben eerst een jegens de nalatenschap uit te oefenen vorderingsrecht nadat aanspraak is gemaakt op de legitieme portie (art. 4:7 lid 1 onder g BW).
- Het is de taak van de erfgenamen om legitimarissen te benaderen, niet de taak van de notaris. Het leidt bovendien tot onwenselijk geacht *shopping*-gedrag bij notarissen (spoort u legitimarissen op of niet?).

De notariskamer heeft inmiddels bij beslissing van 8 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1895, over deze kwestie geoordeeld. In de nalatenschap van erflaatster zijn zes kleinkinderen legitimarissen. Erflaatster heeft hen in haar testament niet met enige making bedacht. Eén van de kleinkinderen meldt zich bij een erfgenaam (dochter van erflaatster en klaagster) met de mededeling dat deze zich op zijn legitieme portie beroept. Klaagster informeert daarop de executeur, een oud-notaris. Nadien blijkt dat de executeur uit eigen beweging en tegen de wens van klaagster in alle legitimarissen heeft geïnformeerd over hun wettelijke rechten. Daaronder bevinden zich de kinderen van een zoon aan wie, naar zeggen van klaagster, de erflaatster uitdrukkelijk hun legitieme portie heeft willen ontzeggen.

In eerste aanleg oordeelt de Haagse kamer van toezicht (thans de kamer voor het notariaat genaamd) dat de executeur de legitimarissen niet had mogen informeren. De notaris heeft de tuchtnorm van de Wet op het notarisambt overtreden die inhoudt dat de notaris de zorg in acht neemt die een notaris behoort te betrachten ten opzichte van degenen voor wie hij optreedt (art. 93 lid 1 Wna). De kamer overweegt:

"Naar het oordeel van de Kamer van Toezicht strekt deze zorg zich wel uit over de erfgenaam, maar niet tot de legitimaris, die immers geen erfgenaam is. Krachtens artikel 7 lid q sub g van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek is de legitimaris een schuldeiser op zijn deel uit de nalatenschap. Het behoort daarom niet tot de zorgplicht van de notaris om – gelet op het feit dat de kleinkinderen van erflaatster niet in haar testament tot haar erfgenamen zijn benoemd – eigener beweging deze kleinkinderen te traceren en op hun rechten als legitimaris te wijzen. Door aldus te handelen heeft de notaris, namens wie de oud-notaris in deze is opgetreden, gehandeld in strijd met zijn geheimhoudingsplicht.
Ter toelichting verwijst de Kamer van Toezicht naar hetgeen hierover gesteld is in het preadvies KNB 2006, p. 124-127, door B.M.E.M. Schols en in de leidraad gegeven door de Werkgroep Notariële Deontologie (KNB). Met deze leidraad heeft de KNB beoogd houvast te bieden aan diegenen in de notariële praktijk die zich met erfrecht bezighouden en worden geconfronteerd met de vraag hoe een notaris kan, mag of moet handelen in bepaalde gevallen. Van de notaris mag verwacht worden dat hij hiermee bekend is. De klacht is daarom als gericht tegen de notaris, onder wiens verantwoordelijkheid de verweten gedraging immers is geschied, op dit onderdeel gegrond."

De gegrondverklaring van de klacht leidde tot de oplegging aan de notaris van de maatregel van een berisping.

In hoger beroep oordeelt de notariskamer:

"Met betrekking tot het informeren van legitimarissen ten aanzien van hun rechten bestaan binnen het notariaat verschillende goed verdedigbare opvattingen. Eén van die opvattingen is dat de notaris legitimarissen in een nalatenschap in voorkomend geval wijst op hun wettelijke rechten. Die opvatting vindt steun in de beschouwingen van de toenmalige Minister van Justitie zoals die blijken uit de parlementaire geschiedenis van Boek 4 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken I, 2002/2002, 27 021, nr 111a, p. 4):
'Wel meen ik dat in voorkomende gevallen de algemene zorgverplichting van de notaris kan meebrengen dat hij een hem bekende legataris op de hoogte stelt van een uiterste wil, wanneer hij grond heeft om aan te nemen dat die legataris door de erfgenamen niet zal worden benaderd. Uit het bij wetsvoorstel 27 245 voorgestelde artikel 49b van de Wet op het notarisambt vloeit voort dat de geheimhoudingsplicht van de notaris daaraan niet in de weg staat. Mij is niet gebleken dat in de praktijk daadwerkelijke problemen optreden doordat notarissen die een uiterste wil bewaren, daarvan na het overlijden van de erflater veelal geen kennis geven aan belanghebbenden. In verband daarmee zie ik voor het alsnog in de wet opnemen van een ambtsplicht als in het thans geldende artikel 990 van Boek 4, waaraan de notaris in veel gevallen niet daadwerkelijk inhoud kan geven, onvoldoende grond.'
Op grond van het voorgaande kan het de notaris niet worden verweten dat de oud-notaris – nadat een van de kleinkinderen van erflaatster zich tot hem had gewend en een beroep op de legitieme portie had gedaan – tegen de wens van klaagster in alle kleinkinderen van erflaatster heeft aangeschreven en hen heeft geïnformeerd over hun rechten als legitimarissen. Nu de oud-notaris hierbij heeft gehandeld onder de verantwoordelijkheid van de notaris, is van een tuchtrechtelijk laakbaar handelen van de notaris derhalve niet gebleken, zodat dit klachtonderdeel eveneens ongegrond zal worden verklaard."

Let wel: de notariskamer oordeelt in deze tuchtbeslissing dat de notaris de onterfde legitimaris in deze bijzondere setting *mag* benaderen, *niet* dat hij dat ook *moet* doen. Opmerkelijk is dat in deze uitspraak door de notariskamer verwezen wordt naar een uitspraak van de minister over een zorgplicht jegens een legataris (en *niet* jegens een legitimaris). Zoals gemeld, heeft de legataris een andere rechtspositie ten opzichte van de nalatenschap dan de legitimaris.

In een andere aan de notariskamer voorgelegde tuchtzaak ging het om het volgende. Erflater heeft in zijn testament zijn drie kinderen onterfd en in een tweetrapsmaking zijn kleindochter tot enig (bezwaarde) erfgenaam benoemd. In zijn testament heeft erflater de uitdrukkelijke wens uitgesproken dat de erfgenaam de onterfde kinderen niet informeert over hun onterving. Verder is bepaald dat de notaris alleen inzage geeft in het testament van erflater voor zover dit voor de betreffende rechthebbende noodzakelijk is om zijn/haar positie te bepalen. Tijdens een bespreking vlak na het overlijden van erflater heeft de notaris de drie kinderen over hun onterving en hun legitieme rechten geïnformeerd. Klager is de vader van de kleindochter alsmede haar meerderjarigen- en testamentair bewindvoerder. Klager verwijt de notaris dat zij tegen de wil van erflater in heeft gehandeld door diens kinderen te informeren over hun onterving.

De notariskamer volgt in de beslissing van 5 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1775, het oordeel van de kamer voor het notariaat in eerste instantie en verklaart de klacht ongegrond:

"Ten aanzien van klachtonderdeel 1 heeft de kamer geoordeeld dat:
- *de notaris niet de geadresseerde was van de in het testament opgenomen uitdrukkelijke wens van erflater;*
- *op de notaris geen verplichting rustte om [kleindochter] als erfgenaam als eerst te informeren, alvorens zij de legitimarissen informeerde;*
- *de notaris haar geheimhoudingsplicht niet heeft geschonden, maar heeft voldaan aan haar zorgplicht door de legitimarissen – op hun eigen verzoek – de voor hen benodigde informatie te verschaffen en hen te informeren over hun wettelijke rechten. Dit is gebeurd binnen het kader van het testament en de wet.*

Het hof verenigt zich met dit oordeel van de kamer en de gronden waarop het berust, en maakt deze tot de zijne; de notaris heeft niet uit eigen beweging de onterfde kinderen geïnformeerd. Het hof volgt klager niet in zijn stelling dat uit de ratio van het testament zou volgen dat erflater in het geheel niet wenste dat de onterfde kinderen over hun onterving zouden worden geïnformeerd. Uit artikel 49 lid 1 en 2 Wet op het notarisambt (Wna) volgt dat onterfde versterferfgenamen een recht ontlenen aan de inhoud van een testament waarin zij zijn onterfd en recht hebben op afgifte door de notaris aan hen van een uittreksel van dat testament met het betreffende onderdeel. Dat is trouwens ook verwoord in het testament met de bepaling dat de notaris alleen inzage mag geven in het testament voor zover dit voor de betreffende rechthebbende noodzakelijk is om zijn/haar positie te bepalen. Erflater moet zich er dus bewust van zijn geweest dat de notaris aan de onterfde kinderen deze informatie (de onterving) zou moeten verstrekken. Erflater kan bovendien niet verhinderen dat de notaris uitvoering geeft aan de ambtsplicht die is opgenomen in artikel 49 Wna. Het hof is daarom, net als de kamer, van oordeel dat klachtonderdeel 1 ongegrond is."

Klaagster heeft erover geklaagd dat de notaris ten onrechte heeft gesteld dat zij op grond van art. 4:78 lid 1 BW geen recht heeft op informatie zolang klaagster de legitieme nog niet heeft opgeëist, terwijl klaagster die informatie nodig had om te kunnen bepalen of zij daarop een beroep deed. Deze notaris ziet dan toch echt over het hoofd dat men als legitimaris wordt geboren (art. 4:63 lid 2 BW. In een tuchtbeslissing van de notariskamer van 30 juli 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2070, werd het als volgt verwoord:

"In zijn brief van 22 december 2022 heeft de notaris meegedeeld dat klaagster pas recht op informatie heeft nadat zij (formeel) een beroep heeft gedaan op haar legitieme portie. Naar het oordeel van het hof heeft de notaris hiermee klaagster onjuist geïnformeerd. Klaagster is legitimaris omdat zij als dochter van erflaatster aanspraak kan maken op een legitieme portie; het woord 'legitimaris' in artikel 4:78 lid 1 BW duidt de persoon aan die aanspraak kan maken op een legitieme portie, niet slechts de persoon die dat ook daadwerkelijk heeft gedaan (vgl. artikel 4:63 lid 2 BW). In deze hoedanigheid heeft zij zonder meer (al) recht op de door haar gevraagde informatie. Klachtonderdeel 4 is daarmee gegrond, zoals ook de kamer heeft geoordeeld."

12. Afgifte van een verklaring van erfrecht

In art. 4:188 BW is een wettelijke basis aan de verklaring van erfrecht gegeven. In deze verklaring wordt door de notaris vermeld wie de erfgenamen of de beheerders (executeur, bewindvoerder of vereffenaar) in de nalatenschap zijn, zodat zij zich als beschikkingsbevoegden over de nalatenschap tegenover derden kunnen legitimeren. Het is belangrijk te onderkennen dat het rechtskarakter van de verklaring van erfrecht een beperkte is: aan de conclusie van de notaris wie als erfgenaam moet worden aangemerkt, komt geen dwingende bewijskracht toe (art. 151 Rv). Tegen die conclusie van de notaris staat tegenbewijs open.[38]

De verklaring van erfrecht bewerkstelligt wél dat een derde die op een dergelijke verklaring afgaat, op dat punt als te goeder trouw geldt. Zo beschermt de verklaring van erfrecht de verkrijger van een goed uit de nalatenschap tegen de onbevoegdheid van degene die in de verklaring van erfrecht als beschikkingsbevoegd staat vermeld (art. 4:187 BW). Dat maakt de verklaring van erfrecht een voor de rechtspraktijk belangrijk instrument.

Op een breed terrein zijn tuchtrechtelijke uitspraken gewezen over de verklaring van erfrecht. Onderwerpen die zoal aan de orde zijn gekomen, zijn:

- afgifte van een verklaring van erfrecht met een voorbehoud;
- voorlichting van de notaris over de functie van een verklaring van erfrecht;
- het onderzoek van de notaris naar de juistheid van de door een executeur afgelegde ruimschoots toereikend-verklaring;
- verstrekking van de verklaring van erfrecht aan erfgenamen; en
- medewerking aan alternatieven voor een verklaring van erfrecht.

Bij testament heeft erflater zijn partner tot enig erfgenaam benoemd. Deze erfstelling is gemaakt onder de voorwaarde dat de relatie ten tijde van het overlijden niet is verbroken. De ouders van de overledene hebben zich op het standpunt gesteld dat de relatie tussen

[38] HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6341.

erflater en zijn partner ten tijde van het overlijden reeds was verbroken, waardoor zij erfgenaam zouden zijn. In een kortgedingprocedure heeft de voorzieningenrechter echter geoordeeld dat het niet aannemelijk is dat de ouders erfgenaam zijn. De notaris heeft daarop een verklaring van erfrecht opgemaakt, waarin de partner als erfgenaam wordt aangemerkt. In de verklaring van erfrecht wordt onder meer nog bepaald:

"Het kan zijn dat in hoger beroep of in een bodemprocedure wordt geconstateerd dat de samenleving niet is geëindigd door het overlijden van de overledene. In dat geval blijkt dat [naam van de partner] nooit erfgenaam en nooit executeur is geweest."

Klagers – de ouders – verwijten de notaris onder meer dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de mogelijke beëindiging van de relatie tussen erflater en de partner. Ook zouden onredelijke termijnen zijn gesteld voor het volgen van een gerechtelijke procedure. De notariskamer heeft bij tuchtbeslissing van 16 december 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:3308 – in navolging van de kamer voor het notariaat – de klachten ongegrond verklaard. Zo werd overwogen:

"Uit de overgelegde berichten blijkt dat de notaris na het onder 3.8 genoemde gesprek van 17 juni 2024 de tijd wilde nemen om de stukken van klagers te bestuderen. Bij email van 8 juli 2024 (genoemd onder 3.9) heeft de notaris dit ook aan klagers bericht. Hieruit blijkt dat de notaris zorgvuldig met de situatie omging en onderzoek deed. De notaris werd echter ingehaald doordat een kortgedingprocedure werd gestart. Zodra de procedure aanhangig werd gemaakt heeft de notaris zijn onderzoek gestopt. Het is dan namelijk aan de voorzieningenrechter om een oordeel te geven over wie erfgenaam is. De notaris heeft vervolgens op basis van het oordeel van de voorzieningenrechter de (voorlopige) verklaring van erfrecht afgegeven.
Het hof sluit zich bij deze overwegingen van de kamer aan en maakt die tot de zijne. Van onzorgvuldig handelen door de notaris is het hof niet gebleken."

en

"Met de kamer is het hof van oordeel dat de door de notaris gestelde termijn niet onredelijk kort was. De notaris diende enerzijds rekening te houden met het verzoek van [naam van de partner] om een verklaring van erfrecht af te geven en anderzijds behoorde hij oog te hebben voor de belangen van klagers. De notaris heeft dit in voldoende mate gedaan. Nadat de notaris op 6 juni 2024 bericht had ontvangen dat klagers een kortgedingprocedure zouden gaan opstarten heeft de notaris aan de advocaat van klagers bericht dat hij de afgifte van de verklaring van erfrecht zou opschorten totdat er uitspraak zou worden gedaan. De door de notaris gegeven nadere termijn tot 21 juni 2024 om de advocaat van klagers in de gelegenheid te stellen deze procedure voor te bereiden is naar het oordeel van het hof niet onredelijk kort."

Met het voorbehoud heeft de notaris kenbaar gemaakt dat geen volledige zekerheid bestaat over de juistheid van de in de verklaring van erfrecht vermelde conclusie.[39] Uit de tuchtbeslissing van de notariskamer valt tevens een ideale gedragslijn voor de notaris op te maken voor situaties waarin belanghebbenden verschillende visies hebben over de

[39] Zie gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2344, voor een ander geval waarin een vergelijkbaar voorbehoud in de verklaring van erfrecht was opgenomen.

conclusie van de af te geven verklaring van erfrecht. Die aanpak houdt in dat de notaris eerst beide groepen belanghebbenden binnen een bepaalde termijn in de gelegenheid stelt om hun standpunt te geven en te onderbouwen. De notaris dient met de belangen van beide groepen rekening te houden, maar de afgifte van een verklaring van erfrecht kan ook weer niet langdurig op zich laten wachten. De groep belanghebbenden die zich wenst te verzetten tegen de afgifte van een verklaring van erfrecht met een bepaalde conclusie over het erfgenaamschap dient een redelijke termijn te krijgen om zo nodig een oordeel van de rechter in te roepen.[40] Zodra de procedure aanhangig wordt gemaakt, schort de notaris zijn werkzaamheden op en wordt het (voorlopige) oordeel van de rechter afgewacht. Nadat de rechter zijn (voorlopige) oordeel heeft gegeven, wordt de verklaring van erfrecht afgegeven, al dan niet met een voorbehoud. Dat voorbehoud kan inhouden dat de conclusie van kracht blijft totdat in een bodemprocedure het tegendeel blijkt.[41]

De kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden heeft een waarschuwing opgelegd aan een notaris bij beslissing van 24 januari 2022, ECLI:NL:TNORARL:2022:28. In dat geval verweet klaagster de notaris dat deze te laat – want pas na ondertekening door klaagster van een verklaring van zuivere aanvaarding en een boedelvolmacht – én onjuist heeft geïnformeerd over een legaat in het testament aan de broer (tevens mede-erfgenaam) van klaagster van een boerenbedrijf tegen inbreng van de agrarische waarde. De kamer stelt voorop dat de opdracht tot afgifte van een verklaring van erfrecht een beperkte opdracht is en de notaris niet verplicht tot inhoudelijke bemoeienis met de afhandeling van de nalatenschap. De notaris heeft de familie van klaagster ook op de beperkingen van de opdracht gewezen. Desalniettemin is de kamer van oordeel dat de opdracht niet geheel naar behoren is verricht door de notaris:

"De klacht is naar het oordeel van de kamer terecht voor zover deze ziet op het feit dat de notaris zonder nader overleg met de kinderen tot afgifte van de verklaring van erfrecht is overgegaan, terwijl hem ondertussen duidelijk was geworden dat de kinderen ten tijde van de ondertekening van de akte aanvaarding en de boedelvolmacht niet van het legaat en de gevolgen daarvan voor de nalatenschap op de hoogte waren. Onder deze omstandigheden had de notaris, alvorens tot afgifte van de verklaring van erfrecht over te gaan, eerst contact behoren op te nemen met de kinderen. In ieder geval om te verifiëren of zij, gegeven het bestaan van het legaat en de (mogelijke) implicaties, hun instemming met de akte van aanvaarding en de boedelvolmacht gestand wensten te doen. Door dit na te laten, heeft de notaris zijn werkzaamheden in deze zaak onvoldoende zorgvuldig afgehandeld. Op dit punt dient de klacht gegrond te worden verklaard."

Een berisping werd bij beslissing van 3 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1286, door de notariskamer opgelegd aan een notaris die onvoldoende zorgvuldig is geweest bij de afgifte van een verklaring van erfrecht. Het betrof een beneficiair aanvaarde nalatenschap. De notaris gaf een verklaring van erfrecht af op verzoek van de langstlevende echtgenoot die tevens executeur in de nalatenschap van haar overleden echtgenoot was. In de

[40] Zie gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 juli 2025, ECLI:NL:GHARL:2025:4707, voor het hoger beroep van de ouders waarin om afgifte van stukken is gevorderd ten behoeve van de uitleg van de uiterste wilsbeschikking.
[41] Uit gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:10386, volgt dat een vordering om een verklaring van erfrecht in te trekken en als zodanig uit het rechtsverkeer te verwijderen niet toewijsbaar is

verklaring was opgenomen dat de executeur een zogeheten ruimschoots toereikend-verklaring had afgelegd (art. 4:202 lid 1 onder a BW). Hierdoor behoefde de wettelijke vereffeningsprocedure niet gevolgd te worden, was de executeur zelfstandig bevoegd om de nalatenschap te beheren en was deze op grond van de wettelijke verdeling van de nalatenschap als enige bevoegd om de goederen van de nalatenschap te beheren en daarover te beschikken.

De executeur heeft vervolgens diverse rechtshandelingen verricht die uiteindelijk leiden tot zijn ontslag en de benoeming van een vereffenaar door de rechtbank. De rechtbank heeft overwogen dat de executeur ernstig tekort is geschoten in het beheer van de nalatenschap en dat het aannemelijk is dat schuldeisers onder wie de groep donorkinderen die erflater bij leven aansprakelijk had gesteld, in hun verhaalsrechten beperkt zijn.[42]

De vereffenaar – en dat is de klager in de tuchtprocedure – verwijt de notaris dat hij onvoldoende heeft voldaan aan zijn onderzoeks- en zorgplicht ten opzichte van derden bij het opstellen en afgeven van de verklaring van erfrecht, omdat hij onder meer de juistheid van de door de executeur overgelegde ruimschoots toereikend-verklaring niet, althans onvoldoende, heeft getoetst. Als gevolg daarvan zou de notaris lichtvaardig hebben geoordeeld dat was aangetoond dat de baten van de nalatenschap ruimschoots voldoende waren.

De kamer voor het notariaat heeft geoordeeld dat de klacht van klager gegrond was. De notaris had meer onderzoek moeten doen, omdat hij de nodige twijfels had. De kamer heeft afgezien van het opleggen van een maatregel. In hoger beroep voert de notaris bij de notariskamer aan dat hij wel voldoende onderzoek heeft gedaan naar de waarde van de goederen en de omvang van de schulden in de nalatenschap van erflater alvorens de verklaring van erfrecht af te geven. De notariskamer oordeelt als volgt:

"Met de kamer is het hof voorts van oordeel dat de notaris ten minste summier onderzoek had moeten doen naar de waarde van de goederen en de omvang van de schulden alvorens de verklaring van erfrecht af te geven. Met daarin de ruimschoots toereikend-verklaring. Ook is het hof met de kamer van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat de notaris voldoende onderzoek heeft verricht. Er waren diverse aanwijzingen die gerede twijfel bij de notaris hadden moeten wekken en op grond waarvan hij nader onderzoek had moeten doen:

- *in het – door de notaris zelf opgestelde – testament is de uitdrukkelijke wens van erflater opgenomen dat op zijn stoffelijk overschot geen DNA-onderzoek mocht worden verricht; dat is opvallend en ongebruikelijk;*
- *de notaris wist dat er (ten minste) een lopende rechtszaak was; dit blijkt uit de omstandigheid dat over de advocaatkosten is gesproken tijdens de bespreking van 21 april 2017;*
- *in de brief van 28 april 2017 van de kandidaat-notaris wordt rekening gehouden met nog meer schulden uit mogelijke rechtszaken die zouden kunnen volgen;*

[42] Het betreft naar alle waarschijnlijkheid de nalatenschap van de arts Jan Karbaat, die een vruchtbaarheidskliniek in Barendrecht leidde en zijn eigen zaad gebruikte om meer dan 65 vrouwen te insemineren. De vereffenaar stelt zich op het standpunt dat bepaalde rechtshandelingen van de executeur als paulianeus en onrechtmatig moeten worden aangemerkt en moeten worden teruggedraaid. Om die reden is de executeur in 2021 in rechte betrokken. De vereffenaar heeft tevens aangevoerd dat de executeur een valse ruimschoots toereikend-verklaring heeft afgelegd, in die zin dat deze verklaring niet juist kán zijn en de executeur dat wist. Zie ook de driedelige documentaire 'Het zaad van Karbaat' van Miriam Guttmann, uitgezonden door de VPRO.

- *op 24 januari 2018 is er contact geweest tussen de kandidaat-notaris en de advocaat van de executeur over een aanhangige rechtszaak tegen de executeur.*

Hoe ver het vereiste nadere onderzoek in dit geval had moeten reiken kan in het midden blijven."

De notariskamer oordeelt verder dat de kandidaat-notaris weliswaar een groot deel van het dossier heeft behandeld, maar dat de notaris zelf de verklaring van erfrecht heeft afgegeven. Daarvoor is hij zelf verantwoordelijk. Hij was ook aanwezig bij de eerste bespreking met de executeur op 21 april 2017. Bovendien mocht van hem worden verwacht dat hij zich voldoende in het dossier zou verdiepen om een verantwoorde verklaring van erfrecht te kunnen afgeven.

Eveneens werd aan een notaris een berisping opgelegd bij beslissing van de kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch van 21 maart 2022, ECLI:NL:TNORSHE:2022:17. De klacht ging over de afgifte van een verklaring van erfrecht zonder dat de notaris klaagster ervan in kennis heeft gesteld dat zij mede-erfgename in die nalatenschap was. Hierdoor zou de notaris in strijd met zijn zorgplicht van art. 17 Wna hebben gehandeld, en wel partijdig en onzorgvuldig.

Na zijn overlijden op 1 februari 2021 laat vader een echtgenote en twee dochters (A en B) achter als zijn erfgenamen. Dochter B is tot executeur benoemd. Dochter B heeft op 8 februari 2021 een gesprek gehad met de notaris, waarbij zij hem de opdracht heeft gegeven een verklaring van erfrecht op te stellen. Bij dat gesprek heeft de zus medegedeeld dat moeder en zij wegens de gecompliceerde verstandhouding met klaagster (zus A) er niet aan toe waren om contact met haar te hebben. Zus B heeft de notaris daarom gevraagd geen contact met klaagster op te nemen, waarna de notaris met zus B heeft afgesproken dat hij dat nog niet zou doen en dat hij eerst een verklaring van erfrecht zou opstellen. Na afgifte van de verklaring van erfrecht benadert de notaris de andere erfgenaam niet. Als dochter A achterhaalt dat erflater een testament heeft gemaakt – in 2015 gepasseerd bij dezelfde notaris – krijgt zij op navraag informatie van de notaris over de inhoud daarvan. Pas na verloop van tijd en enige verzoeken krijgt zus A een afschrift van de verklaring van erfrecht.

De kamer oordeelt hierover als volgt:

"In het notariaat is het vaste praktijk dat een notaris die een verklaring van erfrecht opstelt, de betrokken erfgenamen informeert over hun rechtspositie. In dat kader verwijst de kamer naar de uitgangspunten die de 'Werkgroep deontologie nieuw erfrecht' in opdracht van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: de KNB) heeft geformuleerd in verband met de wijziging van het erfrecht per 1 januari 2003 (beschreven door mr. R.L. Albers-Dingemans in WPNR 2004/6585). Daarmee werd beoogd houvast te bieden aan notarissen die nalatenschappen behandelen en worden geconfronteerd met de vraag hoe zij in bepaalde gevallen kunnen, mogen of moeten handelen. Voor zover van belang voor de beoordeling van deze klacht heeft de werkgroep de volgende uitgangspunten geformuleerd:

- *in het kader van de afgifte van een verklaring van erfrecht behoort het tot de algemene zorgplicht van een notaris – zoals destijds vastgelegd in artikel 98 Wna en tegenwoordig*

in het genoemde artikel 93 Wna – om de erfgenamen aan te schrijven en hen in algemene termen te informeren over hun rechtspositie;
- *het verstrekken van die informatie behoort tot de normale werkzaamheden die een notaris moet verrichten in het kader van de afgifte van een verklaring van erfrecht, ongeacht of de opdrachtgever de notaris daartoe expliciet opdracht heeft gegeven;*
- *als de opdrachtgever niet wil dat de erfgenamen worden geïnformeerd, is de werkgroep van mening dat de notaris dienst moet weigeren;*
- *het moment van afgifte van de verklaring van erfrecht hoeft niet samen te vallen met het verstrekken van de (aanvullende) informatie: dit kan op een later moment, mits binnen een redelijke termijn;*
- *deze informatieplicht rust ook op een notaris bij een wettelijke verdeling of ouderlijke boedelverdeling.*

De werkgroep heeft geconcludeerd dat een notaris bij het afgeven van een verklaring van erfrecht ten aanzien van een erfgenaam (al dan niet onder opschortende voorwaarde) altijd een onderzoeks- en informatieplicht heeft.
Gelet op de in artikel 93 Wna genoemde algemene zorgplicht van een notaris is de kamer, mede in het licht van de door de genoemde werkgroep geformuleerde uitgangspunten, van oordeel dat het op de weg van de notaris had gelegen om klaagster (in ieder geval) uiterlijk na de afgifte van de verklaring van erfrecht op 19 maart 2021 zonder verder uitstel te informeren over haar rechtspositie als erfgename. Vast staat echter dat de notaris op 12 april 2021 – toen klaagster zélf voor het eerst te rade ging bij zijn kantoor en er inmiddels ruim drie weken waren verstreken na de afgifte van de verklaring van erfrecht – nog geen contact had opgenomen met klaagster.
Ter rechtvaardiging daarvan heeft de medewerkster van de notaris klaagster bij e-mail van 21 april 2021 meegedeeld gebonden te zijn aan de opdracht die de zus had gegeven, waartoe het informeren van de erfgenamen niet behoorde (…). Daarna heeft de notaris klaagster bij e-mail van 19 mei 2021 meegedeeld dat hij "uiteraard verplicht" was om er rekening mee te houden dat de zus hem uitdrukkelijk had gevraagd geen contact met klaagster op te nemen en dat er voor hem geen verplichting bestond om "op heel korte termijn" met klaagster in contact te treden omdat moeder door de wettelijke verdeling geheel gerechtigd was tot de bezittingen en schulden in de nalatenschap en de erfgenamen dus geen gezamenlijke keuzes hoefden te maken (…). Deze mededelingen zijn in strijd met de in opdracht van de KNB door de werkgroep genoemde uitgangspunten die een nadere invulling vormen van de algemene zorgplicht van een notaris en kunnen niet rechtvaardigen dat de notaris klaagster op dat moment nog steeds niet had geïnformeerd. In tegendeel, toen de notaris op 8 februari 2021 de opdracht kreeg een verklaring van erfrecht en toedeling op te stellen en van de zus vernam dat zij en moeder er niet aan toe waren contact met klaagster te hebben, had het voor hem duidelijk moeten zijn dat de verhoudingen tussen deze betrokkenen gespannen waren. Juist onder die omstandigheden had hij als notaris de opdracht met zorgvuldigheid en evenwichtigheid naar alle erfgenamen toe moeten uitvoeren. De notaris is hierin tekortgeschoten en heeft daardoor bij klaagster de indruk gewekt dat hij zich in de eerste plaats liet leiden door de belangen en wensen van de zus en de belangen van klaagster als erfgename daaraan ondergeschikt achtte. De notaris heeft met zijn onzorgvuldige handelen klaagster, de zus en moeder blootgesteld aan het risico dat de onderlinge spanningen verder zijn vergroot.
Voor zover de notaris naar voren heeft gebracht dat de samenstelling van de nalatenschap ook nog niet duidelijk was zodat hij klaagster nog niet zou kunnen adviseren over de omvang

daarvan, vormt dat evenmin een rechtvaardiging om (nog) geen contact met haar op te nemen. Opmerking verdient daarbij overigens dat moeder en de zus/executeur de nalatenschap inmiddels al zuiver hadden aanvaard. Daarbij komt dat de notaris en/of de medewerkster, voor wier handelen de notaris tuchtrechtelijk verantwoordelijk is, naar het oordeel van de kamer vervolgens weinig bereidwillig hebben gereageerd op de gerechtvaardigde verzoeken van klaagster. Zo is op 12 april 2021 volstaan met de beschikbaarstelling van het testament en een algemene brochure in het online dossier. De verklaring van erfrecht, die toen al was afgegeven, is op dat moment echter niet aan klaagster verstrekt en dit is ook niet gebeurd nadat klaagster op 18 april 2021 had gevraagd of er een verklaring van erfrecht was afgegeven. Op (onder meer) die vraag is niet gereageerd. In zijn e-mail van 19 mei 2021, waarbij de notaris de klacht van klaagster over de gang van zaken heeft afgewezen, heeft hij haar evenmin geïnformeerd over de afgifte van de verklaring van erfrecht. Pas nadat klaagster de notaris bij e-mail van 21 mei 2021 opnieuw heeft gevraagd om (onder meer) de verklaring van erfrecht aan haar te verstrekken, waarbij zij heeft meegedeeld een gang naar de rechter en het doen van aangifte te overwegen, is de verklaring van erfrecht in het online dossier geplaatst. Dit is twee maanden na de afgifte daarvan. De kamer is dan ook van oordeel dat het tuchtrechtelijk verwijtbaar is dat de notaris heeft nagelaten klaagster binnen redelijke termijn te informeren over haar rechtspositie als erfgename van haar vader.
Verder heeft klaagster de notaris er bij e-mail van 20 mei 2021 op gewezen dat inmiddels bijna vier maanden waren verstreken na het overlijden en dat zij nog geen informatie had ontvangen over (de afhandeling van) de erfenis en dat ook niet aan haar was gevraagd of zij deze wilde aanvaarden. De notaris heeft – anders dan door het verstrekken van de verklaring van erfrecht – niet op dit bericht gereageerd. Klaagster heeft evenmin een reactie ontvangen naar aanleiding van haar e-mail van 1 juni 2021 waarbij zij de notaris erop had gewezen dat hij nog een oud adres van haar vermeldde, terwijl zij haar nieuwe adres had geregistreerd in het online dossier. Vervolgens heeft klaagster bij e-mail van 10 juni 2021 zelf het initiatief genomen voor een gesprek met de notaris in verband met haar keuze voor aanvaarding of verwerping van de nalatenschap. Bij die e-mail heeft zij de notaris bericht ervan uit te gaan dat hij bij het gesprek – dat de dag daarna heeft plaatsgevonden – eerst zijn excuses zou aanbieden voor de gang van zaken. Hoewel het de voorkeur had verdiend als de notaris inderdaad zijn excuses had aangeboden en dit mogelijk ook wat kou uit de lucht had kunnen nemen, heeft hij daar kennelijk geen aanleiding voor gezien. Dat klaagster zich gezien de eerdere gang van zaken (ook) bij het gesprek niet serieus genomen voelde door de notaris is niet onlogisch en het is spijtig dat zijn (naar de kamer aanneemt overigens niet met onjuiste bedoelingen gemaakte) opmerkingen om te proberen die indruk weg te nemen averechts hebben gewerkt."

Uit de uitgebreide motivering van de op te leggen maatregel blijkt het grote belang dat de kamer hecht aan naleving van de door haar geformuleerde gedragsnormen:

"Als een klacht gegrond wordt verklaard, kan de kamer – afhankelijk van onder meer de aard en de ernst van de klacht – aan de notaris een tuchtmaatregel opleggen. Uit het voorgaande volgt dat de notaris en de onder zijn regie werkzame medewerkster notariële kernwaarden zoals onafhankelijkheid, onpartijdigheid en zorgvuldigheid hebben geschonden, waardoor de belangen van klaagster zijn veronachtzaamd en bij haar de indruk heeft kunnen ontstaan dat de notaris met name rekening heeft gehouden met de belangen van de zus en/of moeder. Dat de notaris zo het vertrouwen heeft geschaad dat rechtzoekenden in het

notariaat moeten kunnen stellen, rekent de kamer hem ernstig aan. Hoewel de notaris, die al ruim dertig jaren in het notariaat werkzaam is, een blanco tuchtrechtelijk verleden heeft, is de kamer van oordeel dat niet kan worden volstaan met een zakelijke terechtwijzing in de vorm van een waarschuwing, maar dat het opleggen van de tuchtmaatregel van een berisping passend en geboden is."

Een laatste voorbeeld van een berisping aan een al te creatieve notaris levert de tuchtbeslissing op van de notariskamer van 22 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1040. Op verzoek van een kleinkind van een overleden echtpaar heeft de notaris een notariële akte verleden, getiteld 'verklaring van gerechtigdheid'. Daarin heeft de notaris partijverklaringen opgenomen van het kleinkind over zijn (deel)gerechtigdheid in de nalatenschappen van zijn grootouders. De notaris verklaarde dat hij geen verklaring van erfrecht kon en wilde afgeven, omdat hij niet alle daarvoor benodigde gegevens kon verifiëren. Op basis van deze 'verklaring van gerechtigdheid' heeft de bank gelden van de ervenrekening uitgekeerd aan het kleinkind.

De notariskamer is van oordeel dat de notaris zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld, dat hem daarvan een tuchtrechtelijk verwijt valt te maken. Dat oordeel wordt als volgt gemotiveerd:

"De notaris heeft in zijn beroepschrift aangevoerd dat de kamer ten onrechte het onderscheid tussen een notariële verklaring en een partijverklaring 'indirect terzijde heeft geschoven'. De notaris heeft, zo voert hij aan, een zuivere partijverklaring opgesteld, aangezien hij de door [kleinzoon] verzochte verklaring van erfrecht niet kon en wilde afgeven omdat hij immers niet alle gegevens kon verifiëren. Daarbij heeft de notaris [kleinzoon] gewezen op het feit dat het een partijverklaring betrof en dat de bank op basis daarvan niet tot uitkering van gelden van de nalatenschap zou overgaan. Uit de tekst van de akte blijkt bovendien duidelijk dat het om 'medegerechtigdheid' gaat. Verder heeft de akte minder bewijskracht dan de verklaring van erfrecht van 16 januari 2014, aldus de notaris. Ter zitting in hoger beroep heeft de notaris medegedeeld dat hij bij de opstelling van de akte enkel is afgegaan op hetgeen [kleinzoon] aan hem heeft verklaard en dus niet zelf nader onderzoek heeft verricht, waartoe hij naar zijn mening ook niet gehouden was omdat het een partijverklaring betrof.
Naar het oordeel van het hof heeft de notaris door het opmaken van een akte met de ongebruikelijke titel 'verklaring van gerechtigdheid' een zekere schijn van objectiviteit gewekt. Door het gebruik van die titel is het immers niet aanstonds duidelijk dat het om een zuivere partijverklaring gaat waaraan in het maatschappelijk verkeer slechts een beperkte betekenis toekomt. Het aldus scheppen van verwarring is als onzorgvuldig aan te merken, hetgeen de notaris na had moeten laten, te meer nu hij wist dat [zoon] de akte wilde gebruiken om de bank te bewerkstelligen gelden van de nalatenschap aan hem uit te betalen. De notaris had in de akte voorts meer en duidelijker tot uitdrukking moeten brengen dat het ging om een zuivere partijverklaring en daarbij tevens moeten vermelden dat hij als notaris de juistheid van de inhoud van de akte niet had geverifieerd, althans niet had kunnen verifiëren. Voor derden was het dan immers duidelijk geweest dat het een zuivere partijverklaring betrof waaraan geen rechten kunnen worden ontleend."

13. Inschrijving als boedelnotaris in het boedelregister

Een boedelnotaris in een beneficiair aanvaarde nalatenschap is verplicht zich in te schrijven in het boedelregister (art. 4:197 lid 1 BW). Voor die inschrijving geldt geen termijn en op niet-nakoming van deze verplichting is in Boek 4 BW geen sanctie gesteld. Een schuldeiser van de nalatenschap beklaagde zich erover dat een boedelnotaris had nagelaten zich in het boedelregister in te schrijven. De notariskamer overwoog in haar tuchtbeslissing van 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1173, dat deze schuldeiser voldoende belang had bij de klacht:

"Ingevolge artikel 99, lid 1 Wet op het notarisambt (hierna: Wna) kan ieder die daarbij enig redelijk belang heeft een klacht indienen. Uit de wetsgeschiedenis en vaste rechtspraak (vergelijk Gerechtshof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1383) blijkt dat het begrip 'enig redelijk belang' ruim moet worden opgevat. In haar hoedanigheid van schuldeiser van de nalatenschap heeft klaagster belang bij het nakomen van de wettelijke verplichting door de boedelnotaris om zich als zodanig in te schrijven. Daarmee is haar belang als bedoeld in artikel 99 lid 1 Wna gegeven. Klaagster is dan ook terecht door de kamer ontvankelijk geacht in dit klachtonderdeel."

De formulering in art. 99 lid 1 Wna geeft aan dat aan het redelijk belang van klager geen al te zware eisen worden gesteld.[43] Dat redelijk belang is wellicht ook ruimer gesteld dan het vereiste van een voldoende belang bij een rechtsvordering als bedoeld in art. 3:303 BW (bekend van het adagium 'geen belang, geen actie'). In dit geval was toereikend het indirecte belang bij de handhaving van de wettelijke regeling van Boek 4 BW.

Ook inhoudelijk krijgt klaagster het gelijk aan haar zijde:

"Vast staat dat de notaris sinds februari 2017 boedelnotaris was in de ten processe bedoelde beneficiair aanvaarde boedel. Eveneens is niet in geschil dat de notaris zich niet als zodanig had laten registreren. Op grond van artikel 4:197 lid 1 BW is een notaris die op verzoek van een erfgenaam als boedelnotaris voor de beneficiair aanvaarde nalatenschap optreedt, verplicht zich in te schrijven in het boedelregister. De strekking van deze bepaling is dat het voor derden mogelijk moet zijn om na te kunnen gaan wie de persoon van de erflater in het rechtsverkeer voortzet. Als onweersproken is vast komen te staan dat de notaris gedurende de periode dat zij als boedelnotaris werkzaamheden heeft verricht ten behoeve van de nalatenschap zich niet op enig moment heeft ingeschreven in het boedelregister, dan heeft de notaris daarmee in strijd met een wettelijke bepaling gehandeld waarvan haar een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Daarbij is niet relevant of klaagster hierdoor schade heeft geleden. Dat de inschrijving in het boedelregister geen constitutief vereiste is om als zodanig op te treden, doet hier evenmin aan af. Ook het feit dat klaagster, aldus de notaris, wist dat de notaris optrad als boedelnotaris maakt dit niet anders. Klachtonderdeel 5 is daarom gedeeltelijk gegrond. "

14. Zorgplicht in verband met de fiscale gevolgen van een testament

De notaris verricht notariële diensten, zoals het opmaken en passeren van notariële akten (een testament, een leveringsakte van onroerend goed of vestiging van een recht van

[43] Zie hoofdstuk 34 ('Formeel notarieel tuchtrecht: over het verloop van de tuchtprocedure', § 3).

hypotheek, een oprichting van een B.V. of een stichting). Bij zijn dienstverlening dient de notaris rekening te houden met de relevantie van andere rechtsgebieden. Om die reden heeft de notaris onder omstandigheden een plicht de erflater te attenderen op fiscale risico's. In het handboek over de Wet op het notarisambt[44] wordt vermeld:

"Een notaris is geen pure, allround fiscalist. Wel wordt van hem verlangd 'grondige kennis van en inzicht in het belastingrecht, voor zover van belang voor de notariële praktijkuitoefening'. Die grondige kennis ziet zeker op overdracht-, schenk- en erfbelasting. Kan een notaris die pretentie niet waarmaken, dan zal hij dat de cliënt duidelijk moeten maken. Onder omstandigheden zal de notaris kunnen volstaan met een signalement dat bijstand van meer ter zake kundige fiscale specialisten noodzakelijk is."

De tuchtrechtspraak laat een aantal voorbeelden zien van deze bijzondere zorgplicht van de notaris.

- *Kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch 19 april 2021, ECLI:NL:TNORSHE:2021:11, gevolgd door Notariskamer 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3581*

Klaagster heeft gedurende ongeveer 35 jaar een affectieve relatie met erflater. Zij hadden een zogeheten LAT-relatie (*living apart together*), zonder dat die relatie geformaliseerd was in een huwelijk, geregistreerd partnerschap of een samenlevingsovereenkomst. Erflater heeft in december 2014 een testament laten opstellen, waarin klaagster tot zijn enig erfgenaam werd benoemd. Later wendt erflater zich in oktober 2017 tot een notaris (een andere dan de notaris die het testament eerder had opgesteld en gepasseerd) om een legaat van een loods aan zijn zoon in het testament op te nemen. De notaris heeft er niet voor gekozen een aanvullend testament op te maken met alleen het legaat, maar een geheel nieuw testament op te stellen (en dus onder herroeping van de eerder door erflater gemaakte uiterste wilsbeschikkingen).

Na het overlijden van erflater in 2019 schrikt klaagster van de blauwe envelop met de aanslag erfbelasting. Daarin wordt rekening gehouden met tariefgroep II (30% / 40%) en een beperkte vrijstelling. Uit de aangifte erfbelasting bleek dat het zuiver saldo van erflaters nalatenschap ruim € 1,2 miljoen bedroeg en dat klaagster € 481.144 aan erfbelasting verschuldigd was. De gemachtigde van klaagster vraagt daarop aan de notaris of deze erflater *"geïnformeerd en geadviseerd [heeft] over de (fiscale) consequenties van zijn testament / de benoeming van cliënte tot enige erfgenaam en zo ja, waar blijkt dat uit? Evident is dat de (erf)belastingdruk substantieel lager was geweest, in het geval van een huwelijk en/of geregistreerd partnerschap."* De notaris had die informatie niet verstrekt en voerde tot haar verweer aan, (i) dat zij alleen onder bijzondere omstandigheden partijen moet wijzen op fiscale risico's, (ii) dat haar slechts een beperkte opdracht was gegeven om een legaat in het testament op te nemen en (iii) dat het een feit van algemene bekendheid is dat voor een niet-geformaliseerde LAT-relatie niet dezelfde fiscale voordelen gelden als voor een huwelijk, een geregistreerd partnerschap of een samenlevingsovereenkomst. Geen van deze verweren vindt genade bij de kamer voor het notariaat.

"Op een notaris rust een zwaarwegende zorgplicht om al datgene te verrichten wat nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de rechtshandeling. De wensen van een testateur dienen te worden geïnventariseerd en overeenkomstig de

[44] Melis/Waaijer, *De Notariswet* (2024), §. 2.5.

bedoeling dient een uiterste wilsbeschikking te worden geredigeerd. Het is daarbij aan de notaris om de testateur te wijzen op de gevolgen van de wijze waarop diens laatste wil in een uiterste wilsbeschikking wordt vastgelegd. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt deze verplichting jegens alle belanghebbenden - waaronder klaagster - en niet slechts jegens de partijen bij de in de notariële akte opgenomen rechtshandelingen.
Vast staat dat de notaris bekend was met het feit dat erflater en klaagster een niet-geformaliseerde LAT-relatie hadden en dat zij dus niet werden aangemerkt als partners in de zin van de Successiewet 1956 (hierna: Sw). Op grond van artikel 32 lid 1 sub 4 onder a Sw is tot een aanzienlijk bedrag vrijgesteld hetgeen wordt verkregen door een partner in de zin van die wet en valt het vrijgestelde bedrag voor iemand (zoals klaagster) die wordt aangemerkt als overige verkrijger in de zin van artikel 32 lid 1 sub 4 onder f Sw daarbij in het niet. Zo bedroeg in 2017 (het jaar waarin het testament van erflater tot stand is gekomen) het vrijgestelde bedrag voor de erfbelasting voor een partner € 638.089,- en bedroeg het vrijgestelde bedrag voor de erfbelasting voor een overige verkrijger € 2.129.
De (…) genoemde zwaarwegende zorgplicht brengt naar het oordeel van de kamer mee dat de notaris in het onderhavige geval zich een globaal beeld van de financiële situatie van erflater had dienen te vormen en erflater had moeten wijzen op de voor klaagster te verwachten hoge heffing aan erfbelasting, als gevolg van het feit dat zij niet werd aangemerkt als partner in de zin van de Sw. De notaris heeft ter zitting te kennen gegeven dat zij niet bekend was met (de omvang van) het vermogen van erflater, maar dat ze "zichzelf kennende" erflater wel zal hebben gewezen op de mogelijke fiscale gevolgen van het testament. Aangezien de notaris haar - door klaagster weersproken - verweer op dit punt niet heeft onderbouwd, heeft de notaris naar het oordeel van de kamer niet aangetoond dat ze met erflater heeft gesproken over de gevolgen van de niet-geformaliseerde LAT-relatie voor de erfbelasting."

Het verweer dat aan de notaris slechts een beperkte opdracht was gegeven, ontslaat de notaris niet van het nakomen van een zwaarwegende zorgplicht. Het hoorde hoe dan ook tot de verantwoordelijkheid van de notaris om de consequenties van de niet-geformaliseerde LAT-relatie van erflater en klaagster voor de heffing van erfbelasting met erflater te bespreken om te kunnen vaststellen wat zijn wensen op dat punt waren. Indien de notaris hem daarop had gewezen, hadden erflater en klaagster kunnen overwegen hun relatie te formaliseren in een samenlevingsovereenkomst, zodat zij zouden worden aangemerkt als successierechtelijke partners in de zin van de Successiewet.[45] De kamer heeft daarbij in aanmerking genomen dat erflater een nieuwe cliënt was van de notaris en de notaris dus geen (voor)kennis had over de vermogenspositie van erflater noch over erflaters standpunt ten aanzien van geformaliseerde relatievormen.

De kamer meent ten slotte dat gesteld noch gebleken is dat het een feit van algemene bekendheid is dat op grond van art. 32 SW tot een aanzienlijk bedrag is vrijgesteld, hetgeen door een 'successierechtelijke partner' wordt verkregen en dat het vrijgestelde bedrag voor 'overige verkrijgers' in de zin van de Successiewet daarbij in het niet valt.

De kamer legt de maatregel van een waarschuwing op, waarbij rekening is gehouden met het feit dat de notaris een blanco tuchtrechtelijk verleden heeft.

Wanneer bedacht wordt dat de hedendaagse testamentenpraktijk grotendeels erop gericht is om optimaal gebruik te maken van de partnervrijstelling, dan is het tuchtrechtelijke oordeel van de kamer niet verrassend. Een notaris is uiteraard geen

[45] Zie hoofdstuk 29 ('Belastingheffing bij overlijden en schenking', § 8.1)

relatiebemiddelaar, maar cliënten behoren wel op de keuzemogelijkheden en de daaraan verbonden consequenties gewezen te worden.

In appel wordt dit oordeel inhoudelijk bevestigd door de notariskamer bij tuchtbeslissing van 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3581, maar wordt een zwaardere maatregel aan de notaris opgelegd. De notariskamer oordeelt dat nu de notaris ernstig nalatig is geweest in de uitvoering van zijn kerntaak en mede gezien de financiële consequenties voor klaagster, een berisping passend en geboden is.

Het behoort volgens de notariskamer tot de taak van de notaris om te beoordelen en te bespreken of het nieuwe dan wel, in geval van een aanvulling, bestaande testament overeenstemt met de wensen van de erflater. De erflater had ervoor gekozen een geheel nieuw testament op te maken. De notaris had dus moeten onderzoeken of het nieuwe testament overeenkwam met de wensen van de erflater en niet slechts of het daarin opgenomen legaat van de loods overeenkwam met de wens van de erflater. De notaris had ingevolge art. 43 lid 1 Wna erflater zo nodig ook moeten wijzen op de gevolgen die uit de inhoud van de akte voortvloeien. Dit had de erflater in staat gesteld om op verantwoorde wijze zijn wensen te bepalen en daarbij keuzen te maken. De notariskamer overweegt:

"Ter beoordeling staat dus of voldoende aannemelijk is dat de notaris zich ervan heeft vergewist dat de erflater op de hoogte was van het aanzienlijke verschil in de verschuldigde erfbelasting voor verkrijgende partners en andere verkrijgers.
Het hof beantwoordt die vraag ontkennend. Hiervoor is ten eerste redengevend dat de notaris hierover deels ontwijkende en niet geheel consistente verklaringen heeft afgelegd. In de brief van 24 augustus 2020 heeft de notaris niet meer vermeld dan dat in het kader van een geldlening erover is gesproken dat klaagster en erflater officieel niet samenwoonden en dat erflater desondanks op dat punt geen wijzigingen wilde. De brief van 15 september 2020 vermeldt dat de privésituatie van erflater bekend was en al eerder aan de orde was geweest, en dat erflater dientengevolge daarin geen wijzigingen wilde. Bij de mondelinge behandeling bij de kamer heeft de notaris verklaard dat zij zichzelf kennende erflater heeft gewaarschuwd voor de fiscale gevolgen, maar dat zij dit nergens heeft opgeschreven, omdat erflater op die waarschuwing niet bijzonder heeft gereageerd. Het antwoord dat erflater de fiscale gevolgen kende, maar het niet anders wilde, vond zij niet bijzonder. Bij de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft de notaris nader verklaard dat zij in de loop van de tijd een vaste werkwijze heeft ontwikkeld bij het bespreken van wensen van erflaters en dat de fiscale gevolgen in die werkwijze altijd besproken worden. De directe vraag van de voorzitter of zij die gevolgen ook in dit geval heeft besproken, heeft zij uiteindelijk bevestigend beantwoord.
Ten tweede is voor het hof redengevend dat er geen notitie (dossieraantekening of gespreksverslag) is waaruit blijkt dat de notaris de erflater heeft gewezen op het aanzienlijke verschil in de verschuldigde erfbelasting voor verkrijgende partners en andere verkrijgers.
Verdere aanwijzingen voor de conclusie dat zij dat niet heeft gedaan, zijn dat de notaris heeft verklaard:
a. dat zij niet op de hoogte was van de omvang van het vermogen van de erflater;
b. dat zij het niet bijzonder vond als de erflater de fiscale consequentie van zijn keuze niet belangrijk vond;
c. dat de erflater vooral belangrijk vond dat anderen dan klaagster niet van hem zouden erven.

De conclusie is dat de notaris de erflater had moeten wijzen op het aanzienlijke verschil in de verschuldigde erfbelasting voor verkrijgende partners en andere verkrijgers, dat aangenomen moet worden dat zij dat niet gedaan heeft en dat de klacht dus gegrond is."

- *Notariskamer 25 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2747*

In 2006 heeft de notaris huwelijkse voorwaarden met een facultatief finaal verrekenbeding voor een echtpaar opgesteld. Facultatief en dus niet verplicht, waarbij *"ieder van de echtgenoten het recht [heeft] te vorderen dat er verrekening van de vermogens van de echtgenoten plaatsvindt, zodat ieder van de partijen gerechtigd is tot een waarde gelijk aan die, waartoe zij gerechtigd zouden zijn indien tussen de echtgenoten de algehele gemeenschap van goederen had bestaan"*. De reden voor opname van het finaal verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden was dat de man ondernemer was. Om die reden werd ook de echtelijke woning op naam van de vrouw gesteld, met de bedoeling de woning te onttrekken aan verhaal door zakelijke schuldeisers van de B.V. waarin de man aandelen hield.

In 2012 heeft de notaris gelijkluidende (spiegel)testamenten voor de echtgenoten opgesteld. Zij hebben elkaar over en weer en ieder van de kinderen, ieder voor een gelijk deel, tot erfgenamen benoemd. In het testament is een uitsluitingsclausule opgenomen. Na het overlijden van de man in 2016 klaagt de vrouw erover dat de notaris onzorgvuldig heeft gehandeld door in 2012 niet uit eigen beweging te adviseren de huwelijkse voorwaarden te wijzigen. Het facultatief finaal verrekenbeding pakt voor de heffing van de erfbelasting namelijk fiscaal nadelig uit.[46] Bij de man was in 2012 al longkanker geconstateerd toen de testamenten werden opgesteld.

De notariskamer oordeelt dat sprake is van ernstig tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen van de notaris en legt de maatregel van berisping op en een veroordeling tot betaling van de kosten van behandeling van de klacht in hoger beroep ad € 3.000.

Bij de behandeling van de tuchtklacht in appel bleek dat de notariskamer de inhoud en reikwijdte van de opdracht van het echtpaar aan de notaris niet kon vaststellen, omdat een opdrachtbevestiging en gespreksnotities waaruit een en ander af te leiden viel, ontbraken. Volgens vaste rechtspraak moet de notaris, bij een geschil over de inhoud van de opdracht, zijn stellingen met deze stukken onderbouwen. Het is aan de notaris om een gegeven opdracht schriftelijk vast te leggen. Thans kon de notariskamer niet vaststellen wat de inhoud en strekking van de opdracht (en de besprekingen) is geweest, althans dat de aan de notaris door klaagster verleende opdracht inderdaad zo beperkt is geweest als de notaris thans stelt, te weten het opstellen van testamenten uitsluitend met de bedoeling de 'koude kant' van de familie uit te sluiten, hetgeen klaagster overigens gemotiveerd heeft betwist. De gevolgen hiervan komen voor risico van de notaris.

De notariskamer oordeelt dat de inhoud van de opdracht in dit geval niet doorslaggevend voor het oordeel over de handelwijze van de notaris was:

"Ook indien klaagster en haar echtgenoot zich begin 2012 opnieuw tot de notaris wendden uitsluitend met de opdracht testamenten op te stellen – waarbij voorts opvalt dat de notaris ter zitting niet kon uitleggen wat de voorafgaande testamenten van de echtgenoot van klaagster en, indien daarvan sprake was, dat van klaagster, inhield(en) en waarom deze gewijzigd moest(en) worden, terwijl het opnemen van een uitsluitingsclausule in die tijd als betrekkelijk standaard moet worden aangemerkt (hetgeen de reden is voor de huidige

[46] Zie daarvoor hoofdstuk 29 ('Belastingheffing bij overlijden en schenking', § 11.7).

wettelijke verankering) en klaagster voorts heeft verklaard dat er geen concrete aanleiding voor bestond – acht de kamer het, zeker onder de onder 5.4 geschetste omstandigheden, onbegrijpelijk en ernstig nalatig dat de notaris bij het opmaken van de testamenten niet het huwelijksgoederenregime heeft betrokken en noch tijdens de voorbespreking noch tijdens de passeerafspraak van beide testamenten niet bij klaagster en haar echtgenoot heeft geverifieerd of de specifieke feiten en omstandigheden, die in 2006 aanleiding waren voor het wijzigen van de huwelijkse voorwaarden en die naar hun aard doorgaans tijdelijk zijn, nog steeds aanwezig waren of dat deze inmiddels waren gewijzigd.
Het verweer van de notaris dat geen uitdrukkelijke opdracht tot het wijzigen van de huwelijkse voorwaarden van partijen voorlag en dat hij niet heeft nagevraagd of deze feiten en omstandigheden - waaronder de crediteurendreiging - nog steeds van toepassing waren omdat dat een gevoelige kwestie was en hij er liever niet zelf over wilde beginnen, miskent naar het oordeel van de kamer zijn verantwoordelijkheid als notaris om bij partijen na te gaan wat hun wensen ten aanzien van de nalatenschap en daarmee samenhangend de vermogensbestanddelen van die nalatenschap waren en derhalve ook het huwelijksregime van partijen te bespreken.
Het was in deze aan de notaris om partijen hierin te adviseren of dit anderszins aan de orde te stellen en daarbij de mogelijke fiscale nadelen van de bestaande huwelijksvoorwaarden te betrekken. De kamer acht dit klachtonderdeel derhalve gegrond."

- *Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden 14 oktober 2021, ECLI:NL:TNORARL:2021:56*

De reikwijdte van de zorgplicht van de notaris met betrekking tot fiscale aangelegenheden is niet onbegrensd. Zo klagen een executeur en een bewindvoerder in een nalatenschap vergeefs erover dat de notaris bij het passeren van een beperkt testament nagelaten heeft te wijzen op de fiscale gevolgen van een pensioenregeling in eigen beheer, althans dat hierover door de erflater fiscaal advies moest worden ingewonnen. De kamer voor het notariaat overweegt in haar beslissing dat de klacht ongegrond is:

"Van doorslaggevend belang voor de beantwoording van de vraag of de notaris in deze zaak een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt, is of de notaris op de hoogte was van het feit dat [P.B.V.] een pensioenregeling in beheer had. De notaris heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat dit niet het geval was. Erflater heeft desgevraagd aan de notaris medegedeeld dat hij geen inzicht wilde verschaffen in zijn vermogenspositie.
Verder is niet gebleken van omstandigheden die zouden moeten leiden tot de conclusie dat de notaris ergens het bestaan van de pensioenregeling uit heeft kunnen en moeten afleiden; de eerdere testamenten gaven hiertoe ook geen aanleiding. Om dezelfde redenen was er voor de notaris dus ook geen aanleiding om bij erflater aan te dringen op voorafgaand advies van een fiscaal adviseur. De klacht wordt daarom reeds ongegrond verklaard."

De cliënt die geen informatie aan de notaris wenst te verstrekken, hoeft derhalve niet op bijzondere bescherming te rekenen.

15. Zorgvuldig en voortvarend afwikkelen van een nalatenschap

Van een notaris die als boedelnotaris of vereffenaar bij de afwikkeling van een nalatenschap betrokken is, mag worden verwacht dat hij de belangen van de erfgenamen en andere *stakeholders* bij de nalatenschap met de grootst mogelijke zorgvuldigheid behartigt. Hij dient tevens, gegeven de omstandigheden van het geval, voldoende voortvarend te handelen.

In een tuchtzaak bleek de nalatenschap van erflaatster bijna tien jaar na het overlijden nog altijd niet te zijn afgewikkeld. De Haagse kamer voor het notariaat legde daarvoor aan de notaris een berisping op bij tuchtbeslissing van 6 november 2020, ECLI:NL:TNORDHA:2020:18. De notariskamer vindt blijkens de tuchtbeslissing van 10 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2227, de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van vier weken op zijn plaats. In dit geval overleed de moeder van klager in december 2011. De nalatenschap werd beneficiair aanvaard door klager en zijn zus. Klager was benoemd tot executeur. Na onenigheid met zijn zus over de afwikkeling van de erfenis, vraagt de executeur aan de rechtbank eind februari 2014 een onafhankelijke vereffenaar te benoemen. De tot vereffenaar benoemde notaris blijkt na veertien maanden nauwelijks iets te hebben uitgevoerd, waarna de executeur – vergeefs – een advocaat, een financieel adviseur en een andere oud-notaris inschakelt in een poging de afwikkeling vlot te trekken, met alle kosten van dien. In 2017 is er eindelijk een definitieve boedelbeschrijving, maar hierop blijken twaalf belangrijke posten uit de vermogensopstelling – met een gezamenlijke waarde van circa € 150.000 – te ontbreken.

Het verwijt luidt dat de notaris slecht communiceert, zijn cliënten steeds te laat informeert en onzorgvuldig is geweest. Weer vier jaar verder, in de zomer van 2021, is de vereffening van de nalatenschap nog altijd niet geheel afgerond. Weliswaar heeft de notaris na tal van verzoeken in februari 2021 eindelijk rekening en verantwoording afgelegd, maar volgens klager is hier nog het nodige mee mis.

De notariskamer oordeelt dat de klacht in verband met de vervaltermijn van art. 99 lid 21 Wna voor wat betreft het gebrek aan actie door de notaris tot en met juni 2016 niet-ontvankelijk is. Vast staat volgens de notariskamer dat vanaf 2014 sprake is van *"doorlopend falen"* van de notaris:

"Evenals de kamer is het hof van oordeel dat de verwijten van klager – die er in essentie op neerkomen dat de notaris slecht met klager heeft gecommuniceerd, hem ontijdig heeft geïnformeerd en op onderdelen onjuist en/of onzorgvuldig heeft gehandeld – terecht zijn. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft de notaris erkend dat hij de vereffening niet voortvarend heeft opgepakt. De notaris heeft ook geen verweer gevoerd tegen het verwijt van klager dat de notaris vrijwel alle wettelijke taken van de vereffenaar – zoals voorgeschreven in de artikelen 4:211 e.v. BW – heeft verzaakt, zodat ook van de juistheid van dat verwijt kan worden uitgegaan."

Over de *modus operandi* van de notaris oordeelt de notariskamer niet mild. De notaris heeft klager *"gedurende inmiddels zeven jaar het bos in gestuurd door niet, te laat of niet naar behoren te reageren op correspondentie van klager en de afwikkeling van de nalatenschap op zijn beloop te laten. Daarbij duurt het falen van de notaris voort, want de nalatenschap is tot op heden nog steeds niet volledig afgewikkeld. Het hof rekent dit de notaris zeer aan. De notaris heeft weliswaar meermaals excuses aan klager aangeboden, maar dit heeft niet geleid tot daden van zijn kant."*

De notariskamer neemt bij de bepaling van soort en hoogte van de maatregel in aanmerking dat de notaris sinds 2014 faalt in zijn dienstverlening richting klager. De notariskamer acht daarom de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van vier weken passend en geboden, alsmede een kostenveroordeling van € 3.000 voor de behandeling van het hoger beroep door de notariskamer.

Een ander voorbeeld van een veel te passieve notaris die belast was met de afwikkeling van een nalatenschap levert de tuchtbeslissing op van de notariskamer van 17 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4353. Erflater is op 21 februari 2015 overleden. Hij heeft bij testament over zijn nalatenschap beschikt en Stichting Diabetes Fonds als enig erfgenaam benoemd. De notaris is in het testament tot executeur benoemd. Eerst op 29 juni 2015 heeft de notaris klager, het fonds, aangeschreven over de afwikkeling van de nalatenschap, bestaande uit liquide middelen en een garagebox.

De notariskamer oordeelt dat de notaris het fonds niet zorgvuldig en voortvarend heeft ingelicht. Het eerste contact vond pas vier maanden na het openvallen van de nalatenschap plaats. Ook is het fonds niet ingelicht over het nagenoeg stilliggen van de afwikkeling van de nalatenschap. Gerechtvaardigde verzoeken van het fonds om informatie zijn bij herhaling onbeantwoord gebleven. Het door de notariskamer gehonoreerde verwijt luidt verder dat de notaris onnodig lang heeft gewacht met het uitkeren van de boedelgelden aan het fonds. Ten slotte wordt de notaris verweten dat hij niet binnen een redelijke termijn na beëindiging van zijn taak als executeur rekening en verantwoording heeft afgelegd. Zijn vasthoudend ontkennende proceshouding breekt de notaris lelijk op:

"Gelet op de gegrondheid van alle (ontvankelijke) klachtonderdelen en het feit dat de notaris zowel in eerste aanleg als in hoger beroep geen enkele blijk heeft gegeven van enig inzicht in de onjuistheid van zijn handelwijze is het hof van oordeel dat de door de kamer opgelegde maatregel van een berisping waarbij de kamer heeft bepaald dat de opgelegde maatregel openbaar wordt gemaakt onvoldoende recht doet aan de ernst van de gegrond verklaarde klachten. Met de kamer bestaat ook bij het hof de vrees dat de geconstateerde verwijten zich ook voordoen bij andere boedels. Het hof ziet gezien de ernst van de overtredingen aanleiding de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van twee maanden op te leggen."

Een notaris uit het ressort 's-Hertogenbosch maakte het zo bont dat hij – ter bescherming van het maatschappelijke vertrouwen in de zorgvuldige vervulling van het notarisambt – door de kamer uit het ambt werd ontzet, de zwaarste tuchtmaatregel.[47] De notaris liet de afwikkeling van een vrij overzichtelijke nalatenschap tien jaar lang op zijn beloop. Hij informeerde de erfgenamen (twee goede doelen) niet, liet een woning, inboedel en auto verloederen. De woning werd vervolgens gekraakt. De notaris reageerde niet op berichten van het ministerie en opgelegde bestuurlijke boetes en een last onder dwangsom van de gemeente. De tuchtklacht was ingediend door het BFT.

Het evasieve gedrag van de notaris nadat hij bekend was met zijn falen wordt hem zwaar aangerekend:

[47] Zie Kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch 17 maart 2025, ECLI:NL:TNORSHE:2025:3.

"De kamer heeft de notaris voorgehouden dat de indruk bestaat dat hij in deze zaak telkens als een struisvogel de kop in het zand heeft gestoken om zijn nalaten niet onder ogen te hoeven zien. Van een professionele beroepsbeoefenaar als een notaris mag anders worden verwacht. Het eerst in het kader van deze klachtprocedure aanbieden om de kosten en schade als gevolg van zijn nalaten voor zijn rekening te nemen maakt dit niet anders. Het had op de weg van de notaris gelegen om juist naar belanghebbende benadeelden transparant te zijn over zijn falen, excuses aan te bieden en de verantwoordelijkheid te nemen om de gemaakte fouten te herstellen en ontstane schade te vergoeden. Deze stappen zijn echter uitgebleven."

Bij de kamer ontbreekt ieder vertrouwen dat de notaris in de toekomst niet op vergelijkbare wijze zal 'weglopen' voor zijn verantwoordelijkheid. Om die reden is het vertrouwen in de wijze waarop de notaris het ambt uitoefent onherstelbaar beschadigt.

In hoger beroep heeft deze notaris met succes gepleit voor een mildere maatregel: schorsing in de uitoefening van het ambt van vier weken in plaats van ambtsontzetting. De notariskamer overwoog in haar tuchtbeslissing van 2 december 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:3166:

"In het algemeen geldt dat van een notaris die bij de afwikkeling van een nalatenschap betrokken is, mag worden verwacht dat de belangen van de erfgenamen met de grootst mogelijke zorgvuldigheid worden behartigd en dat daarbij voldoende voortvarend wordt gehandeld. Zorgvuldigheid is één van de kernwaarden van het notariaat en [appellant] heeft deze gedurende lange tijd zeer ernstig geschonden. [appellant] heeft hierdoor het maatschappelijk vertrouwen in de beroepsgroep beschadigd. Een zware maatregel is dan ook op zijn plaats, maar het hof acht in dit geval, anders dan de kamer, een (zware) schorsing passend en geboden en meer in lijn met de tuchtrechtjurisprudentie. In gevallen waarin aan een notaris de maatregel van ontzetting uit het ambt werd opgelegd, was er vaak meer aan de hand en/of was sprake van recidive. Naar het oordeel van het hof is er in het geval van [appellant] geen sprake van recidive; de berisping uit 2019 zag op een andersoortige zaak. Bij het hof bestaat ook niet de vrees dat de geconstateerde verwijten zich nog eens zullen voordoen bij andere nalatenschappen. Anders dan de kamer is het hof van oordeel dat het publiek voor wat betreft het vertrouwen in de zorgvuldige vervulling van het notarisambt niet blijvend hoeft te worden beschermd tegen deze notaris door deze te ontzetten. Het gebrek aan daadkracht van [appellant] heeft zich na de mondelinge behandeling bij de kamer ook niet voortgezet; [appellant] is daarna in actie gekomen om de afwikkeling van de nalatenschap alsnog in goede banen te leiden en heeft daarvoor volledige (ook financiële) verantwoordelijkheid genomen. Op basis van hetgeen [appellant] tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft verklaard, is het hof van oordeel dat [appellant] zelfinzicht heeft getoond en zijn les heeft geleerd; een dergelijke kwestie zal [appellant] niet nogmaals overkomen. Voorts is het hof niet gebleken dat [appellant] op enigerlei wijze zijn eigen belang heeft nagestreefd bij de behandeling van de nalatenschap van erflater. [appellant] heeft een goedlopend kantoor, hetgeen de afgelopen jaren ook is geconstateerd door de auditoren van de KNB. In deze omstandigheden ziet het hof aanleiding niet de zwaarste maatregel van een ontzegging uit het ambt op te leggen maar, anders dan de kamer, te volstaan met de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van vier maanden."

Ook als een tuchtklacht wordt afgewezen, levert een oordeel van de tuchtrechter soms nuttige wenken voor de notariële praktijk op. Zo worden diverse tuchtklachten over een onzorgvuldige afwikkeling van de nalatenschap, onnodig hoge vereffeningskosten die zijn gemaakt en een verkoop van de woning tegen een te lage prijs afgewezen bij beslissing van de notariskamer van 10 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2250.

Klager is één van de vier erfgenamen van moeder. Twee notarissen zijn tot vereffenaars van de nalatenschap en de ontbonden huwelijksgemeenschap door de rechtbank benoemd. Klager verwijt de vereffenaars onnodig veel werkzaamheden te hebben verricht en onnodig veel kosten ten laste van de nalatenschap te hebben gebracht, onder meer advocaatkosten voor hun eigen ontslagprocedure. Klager verwijt de notarissen ook dat zij moeders woning geforceerd en voor een te lage prijs hebben verkocht, terwijl klager zelf belangstelling voor de woning had.

De notariskamer constateert dat de vereffening van de nalatenschap in een conflictueuze setting met diverse procedures heeft plaatsgevonden. De notariskamer is daarom van oordeel dat de vereffeningskosten niet onnodig zijn gemaakt:

"Als gevolg van de verstoorde familieverhoudingen hebben de vereffenaars een oplopende hoeveelheid werkzaamheden moeten verrichten. Dat de hiermee gepaard gaande kosten zijn doorberekend aan de boedel, valt de notarissen niet aan te rekenen. Het feit dat de vereffenaars de verdeling uiteindelijk niet met succes hebben weten af te ronden, valt hen evenmin te verwijten."

De notariskamer billijkt dat de kamer in eerste aanleg hiervoor mede heeft verwezen naar overwegingen uit de eerder gewezen rechterlijke uitspraken van de kantonrechter en de voorzieningenrechter. Daaruit bleek dat veel van het werk door toedoen van klager was veroorzaakt, dat zijn houding tot steeds nieuwe problemen leidde en dat zaken door klager werden opgehouden. Hetzelfde geldt voor het onterecht gemaakte verwijt dat de woning voor een te lage prijs zou zijn verkocht. Klager had weliswaar een hoger bod daarop gedaan, maar dat was niet onvoorwaardelijk. Om die reden hoefde dat bod niet in aanmerking genomen te worden.

Interessanter is het oordeel van de notariskamer over het bij de boedel in rekening brengen van advocaatkosten ten bedrage van € 8.000 van de procedure waarin de notarissen om hun ontslag als vereffenaar verzochten. De notariskamer overweegt:

"In beginsel mag van de notarissen voldoende kennis worden verwacht om een verzoek tot ontslag als vereffenaar zelfstandig in te dienen, tenzij er omstandigheden zijn om de bijstand van een advocaat in te roepen. Het hof is van oordeel dat tegen de achtergrond van het langslepende familieconflict, waarbij al een groot aantal juridische procedures is gevoerd als gevolg van de opstelling en handelwijze van klager, het te begrijpen is dat de notarissen in deze zaak door middel van een advocaat een goed gemotiveerd verzoekschrift tot ontslag hebben willen indienen. Dat deze kosten vervolgens zijn doorberekend aan de boedel valt hen niet te verwijten. Ten aanzien van het verwijt betreffende de meer dan 25 uren die in rekening zijn gebracht voor het indienen van het verzoekschrift tot ontslag, merkt het hof op dat dit enkel tuchtrechtelijk verwijtbaar is als dit aantal exorbitant hoog is. Dit volgt echter niet uit de beschikking van de kantonrechter van 21 maart 2019 en feiten in omstandigheden om hierover anders te oordelen zijn niet (voldoende) door klager aangevoerd in deze procedure. Ook klachtonderdeel 3 is daarom ongegrond."

In dit geval wordt gebillijkt dat de vereffenaars de kosten van rechtsbijstand in verband met hun ontslagprocedure aan de boedel hebben doorberekend. Ook in andere gevallen waarin rechtsbijstand moet worden ingewonnen, zal dat verdedigbaar kunnen zijn.

16. Voorlichting over een herroepelijke uiterste wilsbeschikking versus een regeling met contractuele binding

Soms ligt een lastige keuze voor: wordt gekozen voor een herroepelijke of een contractueel bindende regeling om een bepaalde bevoordeling vorm te geven? Het nadeel van een uiterste wilsbeschikking – een erfstelling of een legaat – is dat deze te allen tijde eenzijdig kan worden herroepen. Herroeping is nu eenmaal het aan een uiterste wilsbeschikking dwingendrechtelijk verbonden gevolg (art. 4:42 lid 2 BW). Het is niet mogelijk contractueel aan een ander een rechtens bindende toezegging te doen van een erfrechtelijk verkrijging. Overeenkomsten kunnen geen uiterste wilsbeschikking zijn. De definitie van de uiterste wilsbeschikking staat dat niet toe. Het maken van een uiterste wilsbeschikking is een solitaire aangelegenheid, een hoogstpersoonlijke zelfs (art. 4:42 lid 3 BW).

Een alternatief voor de herroepelijke uiterste wilsbeschikking is het quasi-erfrecht. Het betreft overeenkomsten met werking na overlijden, oftewel erfrecht met bindende elementen. Te denken valt hierbij aan rechtshandelingen die in hun feitelijke uitwerking op erfrecht lijken, zoals de afspraak: *"wij spreken met elkaar af dat de woning/inboedel bij het overlijden van één van ons bij de ander verblijft"*.[48] Dit betreft een verblijvingsbeding tussen samenwonende partners. Of een schenking ter zake des doods: *"ik schenk je mijn oldtimer, af te halen na mijn overlijden"*.

Hier ligt een schone taak voor de notaris om het verschil tussen een partijen bindende overeenkomst en een eenzijdige en herroepelijke rechtshandeling helder uit te leggen als een keuze tussen het ene of het andere regiem voorligt. Dat blijkt uit de volgende tuchtzaak.

X is terminaal ziek. Hij heeft naar verwachting nog maar kort te leven. Op 13 juni 2017 wordt door de notaris een bespreking gevoerd met erflater X en zijn informele partner Y. Eerder waren in 2003 door een collega-notaris van het notariskantoor een samenlevingsovereenkomst en testamenten gepasseerd. De samenlevingsovereenkomst bevatte een toedelingsbeding tegen inbreng ten behoeve van de eigen kinderen. Het betrof de toedeling van de gemeenschappelijke woning van erflater X en Y. De uitkomst van de bespreking was dat voor erflater X een nieuw testament zou worden opgesteld, Daarnaast zou er een aanvulling komen op de samenlevingsovereenkomst. In deze aanvulling zou onder meer het toedelingsbeding worden ontbonden. In het testament zou de vruchtgebruikregeling opnieuw en uitgebreider worden opgenomen en daarnaast zou een keuzelegaat tegen inbreng voor Y worden opgenomen. De inbreng zou pas opeisbaar zijn bij overlijden van de partner. De concepten van de stukken worden per e-mail van 13 juni 2017 als volgt aan X en Y aangeboden:

"Bijgaand stuur ik jullie het ontwerp van de aanvulling op jullie samenlevingscontract, het gewijzigde testament van [X] en een uitgebreide toelichting op zijn testament (….)
<u>Samenlevingscontract</u>
Met deze akte wordt het huidige samenlevingscontract in stand gelaten en ontbinden jullie een tweetal bepalingen (…)

[48] Zie hoofdstuk 8 ('In *the twilight zone* van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW').

Het toedelingsbeding wordt ontbonden. Dit betreft een wederkerige afspraak, die jullie liever geheel in het testament willen regelen. [X] maakt een geheel nieuw testament. [Y] laat haar huidige testament in stand (….).”

De stukken werden kort daarna gepasseerd. Kort na het passeren van het testament wijzigt erflater X zijn testament. In het nieuwe testament heeft erflater X het keuzelegaat herroepen en aan de partner enkel de rechten van gebruik en bewoning van zijn aandeel in de woning gelegateerd en tevens bepaald dat die rechten in ieder geval eindigen drie jaar na zijn overlijden. Het handelen van X valt in de categorie dat de beste mop tot het laatst wordt bewaard.

Y zal onaangenaam verrast zijn geweest na kennisname van het testament van X. Zij maakt de notaris onder meer de volgende verwijten. De eerste klacht van klaagster Y luidt:

“De notaris heeft klaagster onvoldoende voorgelicht over de samenhang tussen de ontbinding van het toedelingsbeding in het samenlevingscontract enerzijds en het testament van erflater anderzijds. Als klaagster door de notaris erop was gewezen dat door het ontbinden van het toedelingsbeding de mogelijkheid ontstond voor erflater om de bescherming van klaagster eenzijdig door wijziging van het testament op te heffen, had klaagster niet met deze wijziging van het samenlevingscontract ingestemd. Nu erflater daadwerkelijk zijn testament ten nadele van klaagster heeft gewijzigd, heeft zij schade geleden die voorkomen had kunnen worden.”

Hoe oordeelt de notariskamer over de door de notaris gegeven voorlichting in de tuchtbeslissing van 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2906?

“Op 13 juni 2017 heeft de notaris met erflater en klaagster een bespreking gevoerd in verband met de korte levensverwachting van erflater. Doel van deze bespreking was door eventuele aanpassingen van het bestaande samenlevingscontract en het testament van erflater een goede bescherming voor klaagster als langstlevende te bewerkstelligen. Op basis van dit gesprek heeft de notaris voorgesteld een nieuw testament te maken waarin onder meer de vruchtgebruikregeling uitgebreider en gedetailleerder werd vastgelegd. Daarnaast is toen voorgesteld om het toedelingsbeding in het samenlevingscontract te ontbinden. Dit had enerzijds te maken met het feit dat het bestaande toedelingsbeding in het samenlevingscontract niet meer in de pas zou lopen met de voorgestelde aanpassingen in het testament. Anderzijds was, aldus de notaris, de oorspronkelijke reden voor het toedelingsbeding komen te vervallen doordat de levensverzekering is beëindigd.
Met de kamer is het hof van oordeel dat in het licht van de gegeven omstandigheden, het voorstel van de notaris het toebedelingsbeding in het samenlevingscontract te schrappen, niet onzorgvuldig is.
De notaris heeft op 11 juli 2017 per e-mailbericht een schriftelijke bevestiging gestuurd van hetgeen zij op 13 juni 2017 met erflater en klaagster heeft besproken. Ten aanzien van het schrappen van het toedelingsbeding wordt opgemerkt: “(…) het toedelingsbeding wordt ontbonden. Dit betreft een wederkerige afspraak die jullie liever geheel in het testament willen regelen (…)”. Het hof is van oordeel dat de notaris niet met deze summiere schriftelijke toelichting had mogen volstaan. De notaris had klaagster uitdrukkelijk, bij voorkeur schriftelijk en op eigen initiatief moeten wijzen op voor klaagster nadelige consequenties van het schrappen van het toedelingsbeding. Zij had moeten uitleggen wat het verschil is tussen een tweezijdige overeenkomst als het toedelingsbeding en een eenzijdige

rechtshandeling als een legaat. De notaris had klaagster verder moeten informeren dat erflater het keuzelegaat tegen inbreng met uitstel van de opeisbaarheid van het in te brengen bedrag zonder toestemming of medewerking van klaagster zou kunnen herroepen en dat klaagster dan – bij gebreke van het toedelingsbeding en een adequate testamentaire regeling – het risico liep dat zij bij een verdeling van de woning een bedrag ter grootte van de helft van de waarde van de woning zou moeten betalen aan de erfgenamen van erflater. Klaagster betwist de stelling van de notaris dat dit risico aan de orde is gekomen tijdens het gesprek van 13 juni 2017 zodat dit niet is komen vast te staan. Van de notaris had mogen worden verwacht dat zij in haar dossier een aantekening maakt dat dit risico is besproken.
Het hof is dan ook, anders dan de kamer, van oordeel dat de notaris de gevolgen van het ontbinden van het toedelingsbeding onvoldoende onder de aandacht van klaagster heeft gebracht en zich onvoldoende ervan heeft vergewist dat klaagster de gevolgen daarvan overzag. Uit het feit dat klaagster niet is ingegaan op het aanbod van de notaris om het een en ander in een persoonlijk gesprek nader toe te lichten had de notaris niet mogen opmaken dat klaagster voldoende inzicht had in (de gevolgen van) de ontbinding van het toedelingsbeding. Het behoort immers tot de taak van de notaris om na te gaan of partijen kennis hebben van de inhoud en de gevolgen van een te ondertekenen akte.
Gelet op het voorgaande is de conclusie dat de notaris onvoldoende aan haar zorg- en informatieplicht heeft voldaan.

Ten aanzien van de aan de notaris op te leggen maatregel oordeelt de notariskamer:

"Op grond van artikel 43 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna) moet de notaris zo nodig op de gevolgen wijzen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien. Deze informatieplicht hoort tot de kerntaken van de notaris en is onderdeel van de zorgplicht van de notaris zoals die in artikel 17 lid 1 van de Wna is opgenomen. Nu de notaris onvoldoende invulling heeft gegeven aan deze kerntaak kan niet worden volstaan met een lichtere maatregel dan die van berisping."

Uit deze uitspraak volgt dat de notaris duidelijkheid had moeten verschaffen over het verschil tussen de herroepelijkheid van de uiterste wilsbeschikking en een partijen bindende contractuele regeling ter zake des doods bij gelegenheid van de ontbinding van het toedelingsbeding. De e-mail van 13 juni 2017 schoot daarin tekort, terwijl de notaris ook nalatig was om adequaat aantekening te maken in het cliëntdossier van hetgeen aan de orde was gekomen in de bespreking.

17. Informatieverstrekking aan de verwachter bij een tweetrapsmaking

Heeft de notaris een zekere informatieplicht ten opzichte van de verwachter van een tweetrapsmaking?[49] Bij een tweetrapsmaking komt de nalatenschap van erflater of een legaat uit deze nalatenschap eerst toe aan A (de bezwaarde) en daarna (bijvoorbeeld na het overlijden van A of op een ander door de erflater bepaald moment) aan B (de verwachter). Hier komen dus *achtereenvolgens* twee personen van dezelfde erfrechtelijke verkrijging (of wat daarvan nog resteert) in beeld. Op deze wijze kan de erflater nog vele jaren later over zijn graf heen regeren en zijn wil aan erfgenamen en/of legatarissen dwingend opleggen door te bepalen wat er met zijn nalatenschap – zelfs ná het overlijden van de

[49] Zie hoofdstuk 10 ('Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen').

eerstgeroepene (A) of op een ander moment – dient te gebeuren. Een vervolgvraag luidt dan of de notaris een informatieplicht ook heeft ten opzichte van eventuele verwachters? Deze vragen zijn eerst met de tuchtbeslissing van 10 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1309, door de notariskamer beantwoord.

Uit de tuchtbeslissing blijkt dat de vader van klager in 2013 was overleden. In zijn testament is een tweetrapsmaking opgenomen met benoeming van de echtgenote van vader als bezwaarde erfgenaam en de kinderen van vader als verwachters. In het testament is voorts bepaald dat de echtgenote, als bezwaarde erfgenaam, verplicht is zo spoedig mogelijk na het openvallen van de nalatenschap overeenkomstig de wettelijke voorschriften een (boedel)beschrijving op te maken (vgl. art. 4:138 lid 2 j° art. 3:205 lid 1 BW). De notaris – en dat is de notaris die ook het testament had opgesteld – heeft op verzoek van de bezwaarde erfgenaam een verklaring van erfrecht opgemaakt. Daarin is onder meer vermeld dat vader *"tot zijn enige erfgename [heeft] benoemd zijn echtgenote (als bezwaarde erfgenaam) en zijn kinderen als verwachters"*. Vlak na het overlijden van vader heeft klager (één van de kinderen van vader uit een eerdere relatie) bij de notaris een afschrift van het testament opgevraagd, maar niet gekregen. Eind 2017 ontvangt klager via zijn partijnotaris alsnog een afschrift van het testament en van de verklaring van erfrecht. De bezwaarde erfgenaam blijkt geen boedelbeschrijving te hebben opgemaakt. Klager verwijt de notaris dat hij – direct na het opmaken van de verklaring van erfrecht – niet uit eigen beweging aan klager (i) heeft laten weten dat hij als verwachter in het testament van vader was genoemd en (ii) een afschrift van het testament heeft gestuurd. Ook verwijt klager dat hij deze bezwaarde erfgenaam niet direct erop heeft gewezen dat zij een boedelbeschrijving moest maken en deze aan de verwachters, onder wie klager, diende te verstrekken.

De notariskamer[50] oordeelt als volgt over de informatieplicht van de notaris:

"De notaris heeft in de op 19 april 2013 afgegeven akte van erfrecht verklaard dat vader in zijn testament de echtgenote tot zijn enig erfgename heeft benoemd (als bezwaarde erfgename en zijn kinderen, onder wie klager, als verwachters). Klager is blijkens het testament uit 2009 (mede-)rechthebbende op de nalatenschap onder opschortende voorwaarde, die inhoudt dat klager (als verwachter) in leven is op het moment dat de echtgenote (als bezwaarde) overlijdt.
In de literatuur wordt klager als "primaire verwachter" van deze tweetrapsmaking aangeduid. Er bestaat voor een notaris geen wettelijke verplichting tot het informeren van primaire verwachters bij een tweetrapsmaking. Naar het oordeel van het hof brengt de op een notaris rustende zorgplicht van artikel 17 Wna echter mee dat een notaris, wanneer hij gevraagd wordt een verklaring van erfrecht af te geven in een nalatenschap, de primaire verwachters moet informeren over hun positie in de nalatenschap van de overledene. Dat een primaire verwachter een erfgenaam onder opschortende voorwaarde is, doet hier niet aan af. Een primaire verwachter heeft immers reeds direct na het overlijden bepaalde rechten als erfgenaam, zoals het recht op een boedelbeschrijving.
Gezien het vorenstaande is het hof van oordeel dat ook in dit geval de notaris – als opsteller van de akte van erfrecht – klager had moeten informeren over het feit dat hij verwachter was

[50] In eerste aanleg had de kamer voor het notariaat klager niet-ontvankelijk verklaard. Anders dan de kamer, oordeelt de notariskamer dat de klachttermijn van art. 99 lid 21 Wna is aangevangen op de dag na het moment waarop klager van de notaris een afschrift van de verklaring van erfrecht in de nalatenschap van zijn vader ontving, te weten 16 december 2017. Klager heeft vervolgens zijn klacht op 14 december 2020 – binnen de klachttermijn van drie jaar – ingediend.

in het testament van vader. Nadat de notaris klager als primaire verwachter had geïnformeerd, had hij vervolgens ook het testament op het verzoek van klager aan hem moeten verstrekken. De verklaring van de echtgenote dat zij de primaire verwachters, onder wie klager, zou informeren doet niet af aan deze zorgplicht van de notaris. Het hof is dan ook van oordeel dat klachtonderdeel 1 gegrond is."

De notariskamer ziet geen aanleiding tot het opleggen van een maatregel, *"nu het hof zich nog niet eerder zo specifiek heeft uitgesproken over dit onderwerp"*.

De notariskamer baseert de informatieplicht van de notaris op art. 17 Wna, waarin de zorgplicht van de notaris is opgenomen. Deze bepaling luidt als volgt:

"De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid."

Voorkomen moet worden dat de tweetrapsmaking niet bekend is – of niet bekend wordt – op het moment dat de bezwaarde overlijdt. Naleving van de informatieplicht door de notaris zorgt ervoor dat de verwachter bekend is met zijn aanspraak als erfgenaam, ook al is dat onder een opschortende voorwaarde (waarmee de verwachter een voorwaardelijke erfgenaam is). Het geniet verder de voorkeur dat de tweetrapsmaking door de notaris wordt vermeld in de verklaring van erfrecht. Bepleit is dat in de Wet op het centraal testamentenregister de mogelijkheid wordt geopend om de verklaring van erfrecht ten name van de bezwaarde en de primaire verwachter(s) in te schrijven.[51] Daarvoor is een wetswijziging nodig. Hierdoor zal de tweetrapsmaking tevoorschijn komen als de notaris het centraal testamentenregister raadpleegt na het overlijden van de bezwaarde.[52]

Het is uiteraard ook van belang dat de verwachter weet op welk vermogen van de bezwaarde erfgenaam de tweetrapsmaking betrekking heeft. Daarvoor is vereist dat de bezwaarde erfgenaam een goede administratie bijhoudt van het tweetrapsvermogen en zijn overige eigen vermogen en/of die vermogens gescheiden houdt.[53] Bepleit is tevens om in de Wet op het centraal testamentenregister de mogelijkheid te openen de beschrijving van het tweetrapsvermogen in te schrijven.[54]

Aannemelijk is ten slotte dat een informatieplicht van de notaris niet bestaat ten opzichte van een eventuele subsidiaire verwachter. Dezen verkrijgen een aanspraak op het tweetrapsvermogen (of wat daarvan resteert) als bij het vervullen van de voorwaarde de primaire verwachter ontbreekt.

---

[51] P. Blokland, 'De tweetrapsmaking moet in het centraal testamentenregister ingeschreven kunnen worden', *WPNR* 2019/7255.

[52] Als de notaris het centraal testamentenregister raadpleegt zal hij de tweetrapsmaking niet tegenkomen. De notaris zal immers het testament van de bezwaarde opvragen, en niet het testament van de insteller van de tweetrapsmaking. De notaris is met het bestaan van de insteller veelal überhaupt niet bekend.

[53] Zie hiervoor ook hoofdstuk 10 ('Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen', § 4.2).

[54] Zie eveneens P. Blokland, 'De tweetrapsmaking moet in het centraal testamentenregister ingeschreven kunnen worden', *WPNR* 2019/7255.

18. Informatieverstrekking in verband met de verkrijging van erfrechtelijk papier

Soms bestaan erfrechtelijke verkrijgingen slechts op papier. Geen *cash*, geen effectenportefeuille, banktegoeden of onroerend goed, maar een erfrechtelijke verkrijging die bijvoorbeeld bestaat uit door een stichting administratiekantoor (STAK) uitgegeven certificaten van aandelen van een B.V. of uit certificaten van vermogen dat is overgedragen aan een STAK, waartegenover certificaten zijn uitgegeven.

Aan certificering kunnen verschillende motieven ten grondslag liggen. Soms is dat het waarborgen van de continuïteit van een onderneming. Om die reden wordt zeggenschap (van de STAK) en kapitaalbelang (van de certificaathouder(s)) gescheiden. Soms geschiedt certificering om te voorkomen dat met een beroep op art. 4:178 lid 2 BW een einde gemaakt kan worden aan een testamentair beschermingsbewind. In plaats van testamentair bewind wordt dan gekozen voor certificering van vermogen.

De notaris die in notariële aktes (met testamenten of anderszins) aan de slag gaat met de rechtsfiguur van certificering dient zich ervan bewust te zijn dat bij de vormgeving van de certificering voldoende aandacht besteed wordt aan de fiscale aspecten. Als gevolg van de certificering wordt namelijk vermogen in zekere zin 'op slot' gezet. De economisch gerechtigde heeft geen volledige toegang tot het gecertificeerde vermogen. De administratievoorwaarden of de statuten van de stichting administratiekantoor die in het kader van de certificering worden opgesteld, zijn bepalend voor de toegang die aan de verkrijger van erfrechtelijk papier tot het gecertificeerde vermogen en de vruchten daarvan wordt geboden.

De zorgplicht van de notaris in dit verband blijkt onder meer uit de beslissing van de kamer voor het notariaat in het ressort 's-Hertogenbosch van 7 december 2020, ECLI:NL:TNORSHE:2020:30 en in hoger beroep de beslissing van de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam van 22 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:796.

In februari 2017 heeft de notaris diverse gesprekken gevoerd met de moeder van klager over de wijze waarop zij haar nalatenschap wenste te regelen. Op 27 februari 2017 zijn diverse akten gepasseerd door de notaris betreffende: (i) de oprichting van een stichting administratiekantoor (STAK), (ii) vaststelling van de administratievoorwaarden, (iii) een certificeringsakte waarbij het vermogen van ca. € 2 miljoen van moeder ter certificering is overgedragen aan de STAK en (iv) een testament van moeder met onder meer een legaat van vruchtgebruik van de certificaten aan klager (de dochter), een legaat van de bloot-eigendom van de certificaten aan de kinderen van klager en een geldlegaat aan een petekind van moeder. Klager is enig erfgenaam. Klager verwijt de notaris dat deze onzorgvuldig heeft gehandeld bij de totstandkoming van het testament en de daaraan voorafgaande certificering van het vermogen van haar moeder. De notaris zou daarbij onvoldoende oog hebben gehad voor de belangen van klager als erfgenaam en legataris. Onderdeel van de klacht is ook dat de notaris klager ten onrechte geadviseerd heeft om de nalatenschap van erflaatster zuiver te aanvaarden. De notaris heeft dat gedaan per brief van 12 januari 2017, waaraan de volgende passage wordt ontleend:

"Ik ben ervan uitgegaan dat je erfgenaam wilt zijn in de nalatenschap en de nalatenschap zuiver wilt aanvaarden. Een daartoe strekkende verklaring tref je hierbij aan. Mocht mijn veronderstelling niet juist zijn , dan hoor ik dat graag zo spoedig mogelijk van je.

Indien je met de inhoud van de meegestuurde verklaring akkoord gaat, verzoek ik je vriendelijk deze verklaring volledig in te vullen, te ondertekenen en aan mij te retourneren (…).
Mocht je nog vragen of opmerkingen hebben dan verneem ik deze graag."

Ten aanzien van het klachtonderdeel – inhoudende dat bij de op 27 februari 2017 gerealiseerde constructie de belangen van klager als erfgenaam en legataris van erflaatster in strijd met erflaatsters bedoeling niet in ogenschouw zijn genomen – oordeelt de notariskamer als volgt:

"Met betrekking tot klachtonderdeel 1 heeft de kamer geconstateerd dat zowel uit de overgelegde correspondentie van januari 2018 als uit de aantekeningen van de twee besprekingen van de notaris met (onder andere) erflaatster niet is gebleken dat de notaris – met uitzondering van het noemen van de overdrachtsbelasting met betrekking tot de woning van erflaatster – met erflaatster heeft besproken welke mogelijke fiscaalrechtelijke gevolgen deze constructie voor klager zou hebben en op welke wijze klager de verschuldigde betalingen zou moeten gaan verrichten. De kamer heeft daarop geconcludeerd dat de notaris onvoldoende heeft stilgestaan bij de voor klager nadelige fiscale gevolgen van de door haar voor erflaatster opgezette constructie. Voorts heeft de kamer geoordeeld dat de notaris in het geheel niet heeft onderkend dat klager afhankelijk is van het bestuur van de STAK dat wel of niet kan besluiten om tot uitkering van de vruchten uit het gecertificeerd vermogen over te gaan. De kamer heeft betwijfeld of de notaris erflaatster de vraag heeft gesteld of haar zoon de erfbelasting en het legaat aan het petekind wel kon betalen als het vermogen vrijwel volledig zou worden gecertificeerd en het beoogde rendement van het na te laten vermogen onvoldoende zou worden gerealiseerd. De notaris had hiervoor eenvoudig een voorziening kunnen treffen, hetgeen zij niet heeft gedaan, aldus de kamer.
Het hof sluit zich aan bij de hiervoor vermelde overwegingen van de kamer. De notaris heeft onvoldoende oog gehad voor de belangen van klager bij het opzetten van de constructie. Erflaatster had deze constructie niet zelf bedacht, maar was op deze mogelijkheid geattendeerd door een goede vriend van haar. Nu het een voor erflaatster niet alledaagse constructie bedroeg, had het volgens het hof op de weg van de notaris gelegen om tijdens de besprekingen met erflaatster ook de financiële gevolgen hiervan voor haar erfgenaam met haar door te nemen. Ook al stelde erflaatster zich – volgens de notaris – op het standpunt dat erfbelasting sowieso betaald moet worden, van een zorgvuldig notaris mag worden verwacht dat zij de financiële gevolgen van een dergelijke constructie voorhoudt aan erflaatster. Globaal berekenen "over de duim" zoals de notaris stelt te hebben gedaan, volstaat daarvoor niet. Het hof acht het daarbij van belang dat hetgeen hieromtrent met erflaatster is besproken ook schriftelijk aan erflaatster wordt bevestigd. Had erflaatster dit financiële inzicht gehad, dan had zij waarschijnlijk niet voor deze constructie gekozen of de stukken zodanig laten aanpassen dat klager het legaat aan het petekind en de erfbelasting wel uit het niet-gecertificeerde vermogen had kunnen betalen."

Ten aanzien van het klachtonderdeel – inhoudende dat de notaris klager ten onrechte heeft geadviseerd de nalatenschap van erflaatster zuiver te aanvaarden – oordeelt de notariskamer als volgt:

"De kamer heeft klachtonderdeel 3 gegrond verklaard, in die zin dat de notaris klager niet volledig heeft geadviseerd inzake de aanvaarding van de nalatenschap. Volgens de kamer

heeft de notaris klager in algemene bewoordingen geïnformeerd over de verschillende wijzen van aanvaarding en verwerping van de nalatenschap, maar heeft zij klager niet de nadelige gevolgen daarvan voorgehouden. Omdat het hier een bijzondere constructie van gecertificeerd vermogen in combinatie met onder meer een vruchtgebruik-legaat betrof, had het naar het oordeel van de kamer op de weg van de notaris gelegen om klager uitgebreider en duidelijk te wijzen op de gevolgen van een zuivere aanvaarding dan met de standaardbrief die zij op 12 januari 2018 tezamen met de conceptverklaring zuivere aanvaarding naar klager heeft gestuurd.
Het hof ziet geen reden ten aanzien van dit klachtonderdeel anders te oordelen dan de kamer heeft gedaan. De constructie en de wijzen van aanvaarding zijn weliswaar tijdens de eerste bespreking op 10 januari 2018 door de notaris met klager besproken, maar uit de daaropvolgende e-mail van klager van 11 januari 2018 bleek dat klager de inhoud van het testament nog niet volledig begreep. In haar reactie op deze e-mail van klager stelde de notaris dan ook voor een afspraak te maken om samen de onduidelijkheden of vragen die klager had, door te spreken. De notaris is hier vervolgens in haar brief van 12 januari 2018 (met een standaarduitleg over de wijzen van aanvaarding) niet op teruggekomen. Gezien het vorenstaande acht het hof – net als de kamer – klachtonderdeel 3 gegrond, in die zin dat de notaris klager niet volledig heeft geadviseerd inzake de aanvaarding van de nalatenschap."

De notariskamer legt naar aanleiding van de gegrondbevinding van de klacht op alle onderdelen aan de notaris de maatregel op van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van vier weken. De motivering van deze maatregel is niet mals:

"Het hof is van oordeel dat de notaris door haar hiervoor geschetste handelwijze niet heeft gehandeld zoals een zorgvuldig notaris betaamt. Bij de behandeling van dit dossier, eerst voor erflaatster en daarna voor klager, heeft de notaris diverse ernstige fouten gemaakt. Zo heeft de notaris de financiële gevolgen van de niet alledaagse constructie onvoldoende besproken met erflaatster, waardoor de belangen van klager onvoldoende in acht zijn genomen. Ook in haar contact met klager had de notaris beter aan haar informatieplicht kunnen en moeten voldoen om hem daarmee in staat te stellen weloverwogen een juiste keuze te maken. Ten slotte had de notaris op meerdere momenten proactiever moeten handelen, zoals zij inmiddels zelf ook heeft erkend. Met ruim 30 jaar ervaring in het notariaat had van de notaris mogen worden verwacht dat zij na het constateren van een fout in een akte het initiatief niet bij klager en zijn toenmalig advocaat zou laten. Ter zitting in hoger beroep heeft de notaris haar excuses aangeboden aan klager, maar zij heeft daarbij ook gezegd dat erflaatster toch geen andere keuzes zou hebben gemaakt. Dit roept bij het hof de vraag op of de notaris wel daadwerkelijk voldoende inzicht toont in de onjuistheid van haar handelwijze.
Nu het hof, in tegenstelling tot de kamer, alle vier klachtonderdelen gegrond verklaart, acht het hof de maatregel van schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van vier weken passend en geboden, ook al is de notaris inmiddels gedefungeerd en heeft deze maatregel feitelijk dus geen betekenis meer voor haar. Het handelen van de notaris is echter dermate klachtwaardig, dat met een lichtere maatregel niet kan worden volstaan. (…)"

In deze certificeringsconstructie is ten onrechte nagelaten te anticiperen op de liquiditeitstekorten van de erfgenaam om de erfbelasting te betalen en het legaat te voldoen. Een eenvoudige voorziening – bijvoorbeeld een mogelijkheid tot gedeeltelijke

decertificering van het vermogen – ontbrak in de constructie. Dat levert met recht en reden een erfrechtelijke onvoldoende op voor het optuigen van deze constructie.

Een ander aspect van deze constructie, waaraan door de notaris voorbij is gegaan, is dat het soms beter is een erfrechtelijke verkrijging te verwerpen dan deze te aanvaarden. Is de verwerper legitimaris dan kan er een beroep op de legitieme portie worden gedaan. Belangrijk daarbij is of de vererving van de certificaten inferieur is (welke erfrechtelijke verkrijging 'straffeloos' kan worden verworpen, zonder enige impact op de omvang van de legitieme (art. 4:72 en 4:73 BW)) of niet (in welk geval imputatie van de erfrechtelijke verkrijging op de waarde van de legitieme portie plaatsvindt (art. 4:71 BW)).

19. Informatieverstrekking in verband met de niet-opeisbaarheidsclausule

Het hart van een verzorgingstestament in een setting van een levensgezel met één of meer afstammelingen wordt gevormd door de zogeheten niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW. Deze bepaling luidt als volgt:

"Een erflater kan aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot de voorwaarde verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, eerst opeisbaar is na diens overlijden. Een voorwaarde als bedoeld in de vorige zin kan op overeenkomstige wijze worden verbonden aan een making ten behoeve van een andere levensgezel, indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan."

Hieruit blijkt dat aan een aantal voorwaarden voldaan moet worden voordat de levensgezel – en daaronder wordt verstaan: de echtgenoot, de geregistreerd partner of de andere levensgezel (ter vermijding van misverstanden: niet in de zin van een extra partner, maar in de zin van anders dan een echtgenoot of geregistreerd partner[55]) – erfrechtelijke bescherming geniet tegen de opeisbaarheid van vorderingen van een legitimaris. Wordt aan deze voorwaarden niet voldaan, dan geniet de levensgezel geen erfrechtelijke bescherming en is de vordering van de legitimaris uit hoofde van de legitieme portie zes maanden na het openvallen van de nalatenschap opeisbaar (art. 4:81 lid 1 BW) in plaats van bij het overlijden van de levensgezel.

In de beslissing van de notariskamer van 27 december 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3593, was aan de orde dat de overleden vader een vriendin had en deze in zijn testament tot zijn enig erfgenaam had benoemd. Er was geen gemeenschappelijke huishouding en ook geen notarieel verleden samenlevingsovereenkomst. Zijn twee dochters had vader onterfd. In het testament was bepaald (en het gaat dan om de laatste zin):

"Als een onterfde afstammeling een beroep doet op zijn legitieme portie bepaal ik dat deze zijn vordering uitsluitend kan inroepen tegen mijn partner. Op hetgeen mijn partner verkrijgt, zal als eerste worden ingekort, dit in afwijking van artikel 4:87 Burgerlijk Wetboek.
Ik bepaal dat de legitieme portie van een onterfde afstammeling met de daarover verschuldigde rente, bij toepassing van artikel 4:82 Burgerlijk Wetboek, pas opeisbaar zal zijn bij overlijden van mijn partner."

[55] De zogeheten bijzit geniet deze bijzondere erfrechtelijke bescherming dus niet.

Op verzoek van de vriendin van vader had de notaris aan de adviseur van de legitimarissen geschreven:

"Graag vernemen wij uiterlijk 31 maart a.s. van u of de legitimarissen aanspraak wensen te maken op hun legitieme portie. (…)
Houdt u er rekening mee dat overledene in zijn testament heeft bepaald dat de legitieme pas opeisbaar is bij het overlijden van de enige erfgename, zonder dat daarover rente aan de legitimarissen verschuldigd is."

De dochters klagen er over dat de notaris hen bij herhaling onjuist heeft geïnformeerd. Zo heeft de notaris hen bij brieven van zijn hand laten weten dat de opeisbaarheid van hun legitieme portie was uitgesteld met toepassing van art. 4:82 BW tot het overlijden van de erfgenaam, terwijl later bleek dat aan de eisen van art. 4:82 BW niet was voldaan. Hierdoor was de legitieme portie van de kinderen al na zes maanden na het overlijden van hun vader opeisbaar. In zijn verweer stelt de notaris dat hij ter zake van de opeisbaarheid van de legitieme portie slechts het testament heeft geciteerd. Het is dan aan de dochters en hun adviseur om na te gaan of deze bepaling in deze zaak effect sorteert.

De notariskamer oordeelt als volgt:

"Weliswaar bevat het testament een bepaling zoals neergelegd in artikel 4:82 BW en is het citaat woordelijk juist, maar in dit geval sorteert deze bepaling geen effect omdat geen sprake is geweest van een gemeenschappelijke huishouding en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst. Doordat de notaris in zijn brief van 17 september 2019 klaagster sub 1 wijst op deze bepaling, zonder dat hij daarbij enig voorbehoud heeft gemaakt, heeft hij klaagsters op het verkeerde been gezet. Het had op de weg van de notaris gelegen om klaagsters te wijzen op de in artikel 4:82 BW gestelde voorwaarden. Klaagsters hadden er immers belang bij dat zij vóór het maken van hun keuze om al dan niet hun legitieme portie in te roepen juist en volledig waren geïnformeerd over het eventuele effect van deze bepaling. Door dit na te laten heeft de notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld."

De notariskamer legt in verband met de schending van de notariële zorgplicht van art. 17 lid 1 Wna aan de notaris een waarschuwing op. Daarbij is als verzachtende omstandigheid in aanmerking genomen dat de dochters werden bijgestaan door een deskundige adviseur. Dat lijkt mij in dit geval niet ten onrechte.