

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 07.831/2012/27

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEUWARDEN

Kenmerk: 07.831/2012/27

Beslissing van de Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden op de klacht van

[E],
wonende te [H],
gemachtigde mr. M.S. van Gaalen,

tegen

1.
[A],
notaris te [...],
2.
[B],
kandidaat-notaris te [...].

Partijen zullen verder als 'klaagster', 'de notarissen' (gezamenlijk) of '[A]' en '[B]' (afzonderlijk) worden aangeduid.

1. De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de brief met bijlagen van mr. Van Gaalen van 9 oktober 2012, waarin de klacht tegen de notarissen is neergelegd;
- de brief met bijlagen van de notarissen van 8 november 2012;
- de brief met bijlagen van mr. Van Gaalen van 7 maart 2013;
- de mondelinge behandeling van de klacht op 14 maart 2013, waarbij zijn verschenen klaagster, bijgestaan door mr. Van Gaalen alsmede de notarissen;
- de pleitnotities van mr. Van Gaalen en van [B].

2. De feiten

2.1. Klaagster was de levenspartner van de op 3 oktober 2011 overleden [C] (hierna: 'erflater').

2.2. Op 8 augustus 2010 zijn tussen [B] en erflater e-mails gewisseld met het onderwerp: *"Afwerking testament + notariële afwerking en tevens samenlevingscontract"*.

2.3. In een e-mail van 21 januari 2011 schrijft erflater aan [B]:

(...) Ik zal daarom een afspraak proberen te maken met één van jouw collega's in week 6 of 7. Het gaat hierbij om het in orde laten maken van mijn testament en samenlevingscontract !

(...)

2.4. In een e-mail van 25 februari 2011 schrijft erflater aan [B]:

(...)

Jij vertelde ons dat een samenlevingscontract en ook een geregistreerd partnerschap voor het door mij gewenste testament niet nodig is. (...)

2.5. Op 2 augustus 2011 is door [A] een in opdracht van erflater opgesteld testament gepasseerd. In dit testament werden de twee dochters van erflater tot erfgenaam benoemd en kreeg klaagster het vruchtgebruik van de nalatenschap gelegateerd. Er is geen samenlevingsovereenkomst opgesteld.

2.6. In een e-mail van 22 augustus 2011 (11:21) schrijft de heer [D], de accountant van erflater (hierna: '[D]'), aan [B]:

Vanmorgen hebben we telefonisch overleg gehad omtrent het testament van [C].

Daarin hebben we gesproken over de volgende zaken:

Er moet voor [E] (klaagster, Kamer) een dusdanig vermogen na het overlijden van [C] overblijven, dat zij zonder financiële problemen achter blijft.

De vruchtgebruikconstructie werkt niet voor de kinderen, omdat ze daardoor altijd blijven verbonden aan [E] en dat vindt [F] (één van de twee dochters van erflater, Kamer) niet wenselijk.

Ik heb daar gisteren met [C] en [E] een gesprek over gehad. Bijgaand heb ik een berekening gemaakt van het vermogen wat [E] nodig heeft.

Uit de berekening blijkt dat [E] een netto vermogen nodig heeft van € 675.000 om ongestoord verder te kunnen leven.

Daarnaast krijgt [E] het huis in [H], en het project in [G]. Daarnaast heeft [E] nog € 150.000 nodig het project in [G] af te wikkelen.

Zou jij het testament willen aanpassen om bovenstaande vorm te geven en ook kunnen aangeven wat de financiële consequenties zijn?

(...)

2.7. In een e-mail van 22 augustus 2011 (13:46 uur) schrijft [B] aan erflater (met cc aan [D]):

Naar aanleiding van het verzoek van [D] heb ik even contact met hem gehad over jouw wensen.

Als ik het goed begrepen heb dan is het volgende de bedoeling:

1. [E] erft het huis in [H] en de grond in [G] alsmede een bedrag van EUR 675.000 + EUR 150.000 netto. Dus dat betekent dat het successierecht uit de nalatenschap betaald zal moeten worden. Uitgaande van een WOZ waarde van EUR 540.000 bedraagt haar erfrechtelijke verkrijging EUR 1.365.000. De erfbelasting bedraagt EUR 140.000 als [E] het zelf betaalt en EUR 175.000 als de kinderen het voor haar betalen. In het eerste geval gaat het af van haar verkrijging en het laatste geval gaat het af van de verkrijging van de kinderen.
2. Jouw kinderen erven het overige vermogen. Te weten de BV en jouw effecten en liquide middelen. Dat zou afgerond EUR 1.2 miljoen zijn.

Zoals je weet hebben kinderen recht op een legitieme portie. Dat is de helft van hun normale erfdeel, dus in dit geval een kwart van jouw vermogen. Door [E] dit vermogen na te laten komen de kinderen te kort en zouden zij een beroep op hun legitieme portie kunnen doen. Dit krijgen ze dan overigens wel pas uitgekeerd na overlijden van [E].

Ik zou willen voorstellen om in het testament dan wel een tweetrapsmaking op te nemen. Dat wil zeggen dat het vermogen dat [E] bij haar overlijden nog achterlaat van wat zij van jou geërfd heeft, naar jouw kinderen vererft en niet naar haar kinderen. Dat betekent dat zij jaarlijks met de kinderen even rond de tafel moet maar dat zij fiscaal niets met elkaar te maken hebben. (...)

2.8. In een e-mail van dezelfde dag (15:47 uur) schrijft erflater aan [B]:

Het is niet de bedoeling dat mijn kinderen jaarlijks met [E] rond de tafel moeten t.a.v. fiscale zaken

Het is de bedoeling dat ná vererving ieder zijn deel heeft gehad en dat de kous daarmee af is!

2.9. Door [B] is een nieuw testament opgesteld. Op 25 augustus 2011 is het testament door [A] gepasseerd. Het testament luidt, voor zover hier van belang:

HOOFDSTUK 2. LEGATEN

Ik legateer, vrij van rechten en kosten, af te geven binnen zes maanden na mijn overlijden, aan mijn partner:

1. een bedrag in contanten groot acht honderd vijf en twintig duizend euro (EUR 825.000,00);
2. de sloep (...)
3. het woonhuis met ondergrond erf en tuin, te [H], plaatselijk bekend, [...];

4. de registergoederen in [G] ([...]) (...)

HOOFDSTUK 3. ERFSTELLING

Ik benoem -onder bezwaar van voormelde legaten- tot mijn erfgenamen mijn kinderen, tezamen en voor gelijke delen, zulks met plaatsvervulling als volgens de wet. (...)

HOOFDSTUK 4. TWEETRAPSMAKING

Hetgeen mijn partner (hierna te noemen: de bezwaarde) van het uit mijn nalatenschap aan haar nagelatene bij haar overlijden onverteerd zal hebben nagelaten, zal toekomen aan mijn kinderen, tezamen en gelijke delen (hierna te noemen: de verwachters)(...)

2.10. Bij brief van 3 april 2012 hebben de dochters van erflater een beroep gedaan op hun legitieme portie naast de hen toekomende erfdelen. Uit een conceptakte afgifte legaat volgt dat de inkorting door de legitimarissen leidt tot een afname van het aan klaagster toekomende bedrag van € 825.000,00 tot € 347.963,50.

3. De klacht

3.1. Klaagster voert de volgende klachtonderdelen aan:

a. [B] heeft erflater in de e-mail van 22 augustus 2011 (13:46 uur) onjuist geïnformeerd nu zij daarin heeft gesteld dat klaagster pas na haar overlijden de legitieme porties van de kinderen zou hoeven uit te keren als zij daarop aanspraak zouden maken. Dat is op grond van artikel 4:82 BW echter alleen dan het geval wanneer sprake is van een huwelijk of een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst.

b. De notarissen hebben verzuimd te organiseren dat de legitieme portie van de dochters van erflater daadwerkelijk pas opeisbaar zou worden na het overlijden van klaagster door ten onrechte niet een notariële samenlevingsovereenkomst te verlijden, althans te wijzen op de noodzaak daartoe en voorts verzuimd een daarop aansluitende passage in het testament op te nemen zoals bepaald in artikel 4:82 BW.

3.2. De notarissen hebben gemotiveerd verweer gevoerd. De Kamer zal daarop hierna, voor zover het verweer van belang is voor de beoordeling, nader ingaan.

4. De beoordeling van de klacht

4.1. Ingevolge artikel 93 lid 1 Wet op het notarisambt (hierna: 'Wna') zijn notarissen aan het tuchtrecht onderworpen terzake van enig handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling of een op deze wet berustende verordening, hetzij de zorg die zij als notarissen behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt. De Kamer dient derhalve te onderzoeken of de handelwijze van de notarissen een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert. De Kamer overweegt daartoe als volgt.

4.2. De notarissen stellen dat het niet de bedoeling was van erflater om de opeisbaarheid van de legitieme porties uit te stellen. De notarissen wijzen op hiervoor onder 2.8. geciteerde e-mail van erflater van 22 augustus 2011 (15:47 uur). Volgens de notarissen

wilde erflater dat zijn dochters en klaagster ieder hun deel kregen en (daardoor) in de toekomst (met betrekking tot de nalatenschap) niets meer met elkaar van doen zouden hoeven te hebben. De notarissen wijzen erop dat, ondanks de correspondentie en gesprekken daarover, nimmer een samenlevingsovereenkomst tussen erflater en klaagster is opgemaakt. Erflater wilde volgens de notarissen niet een dergelijke overeenkomst aangaan. De notarissen stellen dat zij meenden dat de door hen gestelde wil van erflater ook kon worden uitgevoerd omdat zij uitgingen van een beschikbaar vermogen van (tenminste) drie miljoen euro, althans een vermogen dat voldeed om de legitieme porties uit te keren zonder inbreuk te maken op de legaten.

4.3. De Kamer oordeelt als volgt. Door de notarissen is erkend dat de zinsnede in de hiervoor onder 2.7. geciteerde e-mail van 22 augustus 2011 (13:46 uur) met betrekking tot het tijdstip van uitkering van de legitieme portie tenminste onvolledig is. De notarissen hebben erkend dat daaraan (in ieder geval) de woorden "in beginsel" hadden moeten worden toegevoegd, zodat duidelijk zou zijn geweest dat niet zonder meer (niet zonder het sluiten van een samenlevingsovereenkomst) sprake zou zijn van een uitgestelde opeisbaarheid van de legitieme porties. De notarissen duiden het in hun verweer als een 'slip of the pen'. Het klachtonderdeel zoals hiervoor onder a. weergegeven is daarmee gegrond. De Kamer merkt daarbij echter op dat niet iedere verschrijving als klachtwaardig kan worden aangemerkt. Dit klachtonderdeel moet worden gezien in de context van de gestelde verkeerde, althans onvolledige advisering door de notarissen, waarover hierna wordt geoordeeld. In zoverre heeft dit klachtonderdeel alleen in die context betekenis. Voorts geldt dit klachtonderdeel naar het oordeel van de Kamer enkel jegens [B] omdat zij de e-mail heeft geschreven en niet gesteld is dat [A] daarmee enige bemoeienis heeft gehad.

4.4. Met betrekking tot het klachtonderdeel zoals hiervoor onder b. weergegeven oordeelt de Kamer als volgt. Door de notarissen is niet weersproken, en dat volgt ook uit de e-mails van 22 augustus 2011, dat het de wil van erflater was dat klaagster, naast de overige legaten, een bedrag van (tenminste) € 825.000,00 (€ 675.000,00 + € 150.000,00) zou erven. Die situatie kon (voor zover hier aan de orde) worden bereikt door het ertoe te leiden dat ofwel de legitieme porties eerst opeisbaar zouden zijn na het overlijden van klaagster ofwel indien het vermogen toereikend zou zijn om het aan klaagster na te laten bedrag en daarnaast de legitieme porties (direct) uit te keren.

4.5. De notarissen hebben niet georganiseerd dat de opeisbaarheid van de legitieme porties werd uitgesteld. Een samenlevingsovereenkomst, zoals op grond van artikel 4:82 BW vereist, ontbreekt immers, overigens evenals een niet-opeisbaarheidsclausule. Het nagelaten vermogen is, zo is onweersproken, niet toereikend gebleken in voornoemde zin. Naar het oordeel van de Kamer was dat voor in elk geval [B] te voorzien, nu zij in haar hiervoor onder 2.7. geciteerde e-mail van 22 augustus 2011 (13:46 uur) zelf spreekt van een aanwezig vermogen van (ongeveer) € 2.565.000,00 (€ 1.365.000,00 + € 1.200.000,00). In het licht van die - drie dagen voor het passeren van het testament verzonden - e-mail, waarin vermeld wordt dat de kinderen tekort komen door klaagster het in die e-mail onder 1. genoemde vermogen na te laten, is zonder nadere toelichting, die door de notarissen niet is gegeven, onbegrijpelijk dat zij thans stellen dat zij meenden en mochten menen dat het vermogen hoger was en derhalve toereikend om zowel de legitieme porties als de legaten volledig uit te keren. Daarbij komt nog dat door de notarissen zelf is gesteld dat [B] erflater al jarenlang adviseerde, onder meer over het beheer van diens vermogen. Ook gelet daarop moet worden aangenomen dat (in ieder

geval) [B] vrij nauwkeurig op de hoogte was van de omvang van het vermogen van erflater. De Kamer passeert de stelling van de notarissen dat accountant [D] hen erop had moeten wijzen dat het vermogen niet voldeed in voornoemde zin. De verantwoordelijkheid om dat na te gaan lag naar het oordeel van de Kamer bij de notarissen zelf en zij beschikten, zoals hiervoor uiteengezet, ook over voldoende wetenschap daartoe.

4.6. In het licht van de hiervoor onder de feiten weergegeven e-mails van erflater uit 2010 en 2011 is de Kamer van oordeel dat aannemelijk is dat de wil van erflater was dat de legitieme porties eerst opeisbaar zouden zijn na het overlijden van klaagster. Dat erflater dit niet wilde, is door de notarissen weliswaar gesteld, maar iedere onderbouwing van die stelling ontbreekt. Het zou aldus door erflater met [B] zijn besproken, maar ieder schriftelijk stuk dat voorhanden is duidt op het tegendeel. Voor bewijslevering op dat punt leent deze procedure zich niet. Hoe dat verder ook zij, de notarissen hebben in ieder geval niet georganiseerd dat de hiervoor weergegeven onweersproken wil van erflater - te weten dat klaagster over tenminste € 825.000,00 zou beschikken - feitelijk kon worden uitgevoerd. Erflater was ongeneeslijk ziek en bekend was dat hij kort na het opmaken van het testament zou overlijden. Evenmin is voldoende onderbouwd dat zij erflater hebben gewezen op de (mogelijke) consequenties van het opmaken van het testament op de wijze zoals is geschied, zodat erflater op basis daarvan tot een weloverwogen beslissing kon komen, laat staan dat is onderbouwd dat erflater door een dergelijke advisering de consequenties heeft overzien en desondanks welbewust voor het aldus opmaken van het testament heeft gekozen. Er is (daardoor) een innerlijk tegenstrijdig testament ontstaan omdat het uitgaat van het uitkeren van de genoemde legaten aan klaagster, terwijl daarvoor - nu de legitieme porties eveneens opeisbaar waren - niet voldoende vermogen aanwezig was. Gelet daarop is de 'slip of the pen' van [B] wel erg ongelukkig, nu die zich juist heeft voorgedaan met betrekking tot dit onderdeel van het testament.

4.7. Dat leidt tot het oordeel dat ook het hiervoor onder b. weergegeven klachtonderdeel gegrond is. Naar het oordeel de Kamer is het jegens beide notarissen gegrond nu zij beiden ([B] ten tijde van het opstellen, [A] tijdens het passeren) hebben nagelaten het ertoe te leiden dat de wil van erflater werd uitgevoerd door middel van het testament althans hebben nagelaten erflater voldoende te informeren c.q. te waarschuwen met betrekking tot de (mogelijke) gevolgen van het vormgeven van het testament op deze wijze.

4.8. De Kamer is van oordeel dat voornoemd nalaten van de notarissen klachtwaardig is omdat daaruit volgt dat zij niet met voldoende zorgvuldigheid te werk zijn gegaan, hetgeen negatieve consequenties voor klaagster heeft. Naar het oordeel van de Kamer dient op voornoemd klachtwaardig handelen een maatregel te worden gesteld. Daarbij speelt naar het oordeel van de Kamer als verzachtende omstandigheid mee dat onder aanzienlijke tijdsdruk is gewerkt, nu - in verband met de omstandigheid dat erflater toen reeds ernstig ziek was - in korte tijd (ongeveer drie weken) een aanzienlijk gewijzigd testament diende te worden opgesteld. De Kamer legt, mede rekening houdend met die omstandigheid, aan beide notarissen de maatregel van waarschuwing op.

5. De beslissing

De Kamer voor het notariaat

5.1. verklaart de klacht volledig gegrond jegens [B] en klachtonderdeel b. jegens [A];

5.2. legt aan [A] en [B] ieder de maatregel van waarschuwing op.

Deze beslissing is gegeven door mr. L.A. van Son, plv. voorzitter, mrs. P.F. Heuff, A.J.V. Tierolff, D.T. Boks en A.A.H.M. Derks, plv. leden en in tegenwoordigheid van mr. M.J.C. van Leeuwen, secretaris, in het openbaar uitgesproken op 11 april 2013.

De secretaris

De plv. voorzitter