

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 537317/NT 13-14

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT AMSTERDAM

Beslissing van 17 juni 2014 in de klacht met nummer 537317/NT 13-14 van:

[klaagster],
wonend te [woonplaats],
klaagster,

tegen:

[de notaris],
notaris te [vestigingsplaats],
de notaris.

1. Het verloop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen van 13 februari 2013, ingekomen op 28 februari 2013;
- verweerschrift met bijlage van 13 september 2013;
- repliek van 21 oktober 2013;
- dupliek met bijlagen van 15 november 2013, ingekomen op 18 november 2013.

Bij de behandeling van de klacht op 15 april 2014 zijn verschenen: klaagster, de heer [naam], de notaris en haar raadvrouw mr. L.C. Dufour. Door mr. Dufour zijn pleitnotities overgelegd. Uitspraak is bepaald op 17 juni 2014.

2. De feiten

De kamer gaat uit van de volgende voor de beoordeling van de klacht van belang zijnde feiten en omstandigheden:

- a. Op 2 november 2005 heeft de moeder van klaagster, [naam] (hierna: testatrice), geboren op 2 juni 1934, ten overstaan van notaris [naam] een testament opgemaakt, waarin zij klaagster en haar broer, [naam], heeft onterfd en haar (vier) kleinkinderen (kinderen van klaagster) tot erfgenaam had benoemd. Op 25 juni 2010 heeft zij ten overstaan van notaris [naam] (hierna: notaris X) dat testament in die zin gewijzigd dat de heer [naam], waarmee testatrice destijds samenwoonde, tot testamentair bewindvoerder en executeur werd benoemd.
- b. Op 8 juli 2010 heeft [notaris X] de moeder van klaagster geschreven: “(..) *tijdens onze bespreking kwam aan de orde dat uw zoon nog een bedrag schuldig is vanwege*

een geldlening en dat u nog een bedrag aan hem schuldig bent wegens de nalatenschap van uw echtgenoot. U gaf aan dat u graag schoon schip met hem zou maken, voornamelijk omdat u bang was dat er voor uw eigen erfgenamen te zijner tijd niets meer over zou zijn. Wij spraken af dat ik zou uitzoeken wat momenteel de omvang van beide vorderingen is en dat ik aan uw zoon zou voorstellen de vorderingen tegen elkaar weg te strepen. Ik kwam echter uit op een nogal groot verschil (per 27 juli a.s. € 97.835,79 voor de schuld van u aan uw zoon en € 79.461,74 voor de schuld van uw zoon aan u).(...)"

c. Bij beschikking van de rechtbank Zwolle-Lelystad is klaagster op 28 oktober 2011 benoemd tot mentor en bewindvoerder van testatrice.

d. Op 20 december 2011 heeft [notaris X] klaagster per e-mailbericht het volgende geschreven: "*Hedenmiddag had ik een bespreking met uw moeder over een nieuw testament. Ook mijn kandidaat-notaris [naam] was hierbij aanwezig. Onze conclusie is dat uw moeder haar testament wil veranderen, maar ons niet goed duidelijk kan maken wie haar erfgenamen zouden moeten zijn. Ik twijfel zeer aan haar wilsbekwaamheid. U zou een arts nog een onderzoek kunnen laten doen (..) naar haar wilsbekwaamheid. Maar dan nog zal het erg lastig zijn, om uit te vinden hoe ze het precies zou willen hebben. Op de vraag wie haar erfgenamen zouden moeten zijn, antwoordt moeder steeds met "ze". Wie die "ze" dan zijn is onduidelijk. Dus ook al geeft een arts aan dat zij wilsbekwaam is, dan nog zal ze mij duidelijk moeten maken wat ze precies wil.*"

e. Tot 29 februari 2012 heeft testatrice ondersteund door thuiszorg zelfstandig in een boerderij te [woonplaats] gewoond, daarna (vanaf 29 februari 2012) heeft zij haar intrek genomen in een verzorgingstehuis in [woonplaats]. In september 2012 is zij naar de zorgboerderij van klaagster te [woonplaats] verhuisd.

f. Op 4 oktober 2012 heeft testatrice samen met haar zoon, [naam], op het kantoor van de notaris een bespreking met de notaris gehad.

g. Klaagster heeft op 9 oktober 2012 een aanvraag ingediend voor plaatsing van testatrice in een instelling. Op 19 oktober 2012 is testatrice bezocht door een medewerker van het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ). Bij brief van 22 oktober 2012 heeft het CIZ testatrice laten weten het noodzakelijk te vinden dat zij in een Wet Bopz aangemerkte instelling wordt opgenomen omdat zij niet voor zichzelf kan zorgen.

h. In het indicatiebesluit van het CIZ bij de brief van 22 oktober 2012 is het volgende vermeld: "*In dit indicatiebesluit is rekening gehouden met uw beperkingen bij uw: sociale redzaamheid, psychisch functioneren en geheugenstoornissen, persoonlijke zorg. Uw psychische aandoening is de belangrijkste reden dat u zorg nodig heeft. Daarom staat in het indicatiebesluit dat de 'grondslag' voor de zorg 'psychogeriatrisch' is. Het zorgzwaartepakket VV05 bevat verblijf, begeleiding, persoonlijke verzorging, verpleging en behandeling. U krijgt deze zorg omdat u ernstige problemen heeft met uw geheugen, concentratie en oriëntatie, en soms ook gedragsproblemen. Deze problemen hebben te maken met dementie.*"

i. De notaris heeft op 29 oktober 2012 een testament opgemaakt voor testatrice, waarin zij alle vroeger door haar gemaakte wilsbeschikkingen, van 2 november 2005 en 25 juni 2010 herroept. Bij het passeren was de zoon van testatrice aanwezig.

j. Op 30 oktober 2012 heeft klaagster, als bewindvoerder van testatrice, van de notaris een kopie van het testament en een factuur gekregen voor het verlijden ervan.

k. Op 7 februari 2013 heeft de GGZ te [woonplaats] op verzoek van de huisarts in verband met gedragsproblemen van testatrice haar bevindingen van de onderzoeken op 28 november 2012 en op 21 januari 2013 gerapporteerd en geconcludeerd dat sprake is van: "cognitieve stoornissen op meerdere domeinen met interferentie in het

dagelijks leven waarbij de diagnose dementie is gesteld, met een Alzheimer en een vasculaire component.”

3. De klacht

3.1 De notaris heeft in strijd met het protocol wilsbekwaamheid het testament van testatrice opgemaakt. Klaagster stelt dat er indicatoren waren die aanleiding gaven voor een (nadere) beoordeling van de wilsbekwaamheid op grond van het Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid (hierna: het Stappenplan). De notaris had daarover een arts dienen te raadplegen. In de repliek somt klaagster een aantal indicatoren uit het Stappenplan op die volgens klaagster in het onderhavige geval aanleiding gaven voor een (nadere) beoordeling van de wilsbekwaamheid:

het vermogen is onder bewind gesteld; de cliënt is op hoge leeftijd; de administratie is niet in eigen beheer; cliënt is niet meer in staat zelfstandig te wonen; cliënt verblijft in een zorginstelling; medische indicatie (ziekten/aandoeningen die van invloed kunnen zijn op het verstandelijk vermogen, bijvoorbeeld de ziekte van Alzheimer); het initiatief voor het verzoek tot dienstverlening komt van een ander dan de cliënt; naar mate de inhoud van het testament ingrijpender afwijkt van de inhoud van een eerder testament; een testament verdient extra aandacht.

3.2 Voorts had de notaris testatrice niet in bijzijn van de broer van klaagster over haar wil en de inhoud van het testament dienen te spreken en had hij niet aanwezig mogen zijn bij het tekenen van het testament. Klaagster meent dat juist het feit dat de broer van klaagster belanghebbende bij het op te maken testament was, de notaris extra behoedzaam had moeten maken.

Daarbij komt dat de notaris niet met testatrice de overeenkomst tot opdracht tot het opstellen van een nieuw testament kon aangaan omdat het vermogen van testatrice onder bewind was gesteld.

3.3 Klaagster merkt nog op dat zij de declaratie van de notaris namens haar moeder niet zal betalen, omdat de notaris buiten haar als bewindvoerder om een overeenkomst heeft gesloten voor het maken van een testament.

3.4 In de repliek verzoekt klaagster, voor zover nodig, de klacht ook te beschouwen als namens testatrice ingediend.

4. Het verweer

4.1 Primair voert de notaris als verweer aan dat klaagster pro se en in haar hoedanigheid als bewindvoerder/mentor niet-ontvankelijk is in haar klacht. De notaris meent dat klaagster, die weliswaar valt onder het belanghebbende begrip van artikel 49 en 49b Wna niet zodanig in haar eigen belang is getroffen door het handelen van de notaris dat zij ter bescherming van dat belang mag opkomen. Klaagster was immers ingevolge de eerdere testamenten van testatrice onterfd en had slechts aanspraak kunnen maken op haar legitieme, terwijl zij op grond van de op 29 oktober 2012 opgemaakte testament voor de helft erfgenaam is. Los van opmerkingen van klaagster dat de geestesvermogens van haar moeder zodanig zijn achteruitgegaan dat zij geen klacht kan indienen en dus ook geen machtiging daartoe kan geven, meent de notaris dat testatrice geen belang heeft bij deze klacht, aangezien zij immers een nieuw testament wilde laten opmaken.

4.2 De notaris meent dat zij bij de voorbespreking en bij het passeren van het testament voldoende alert is geweest op de wilsbekwaamheid van testatrice. Zij heeft toen door-

gevraagd en geverifieerd bij testatrice dat haar wil werkelijk zo was dat haar twee kinderen ieder de helft zouden krijgen. Het is geen vaste regel dat zij de wilsbekwaamheid aan de hand van het Stappenplan had moeten vaststellen. Het Stappenplan kan bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid een leidraad zijn. Dat het niet (volledig) is gevolgd betekent niet dat een notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld, aldus de notaris. Aan de eerdere weigering van [notaris X] om een testament op te stellen noch aan de door de GGZ gestelde diagnose komt betekenis toe. De notaris houdt het ervoor dat bij het bezoek van testatrice aan [notaris X] sprake was van een slechte dag. De diagnose van de GGZ dateert van na het passeren van het testament. De door de GGZ in de brief aan de huisarts beschreven diagnose dementie betekent bovendien niet automatisch dat de betrokkene wilsonbekwaam is. De wilsbekwaamheid moet van dag tot dag worden beoordeeld.

De notaris reageert op de door klaagster genoemde indicatoren als volgt: het bewind staat niet in de weg aan het opstellen van een testament. In het onderhavige geval was sprake van een eenvoudig testament, hetgeen makkelijker te begrijpen is en dus kan de wil eenvoudig worden vastgesteld; een leeftijd van 78 jaar is weliswaar gevorderd, maar niet bijzonder hoog; niet zelfstandig administreren heeft in het onderhavige geval geen zelfstandige betekenis; het niet zelfstandig wonen was voor de notaris wel aanleiding om alert te zijn; voor zover er al sprake was van een verblijf in een zorginstelling was de notaris daarvan niet op de hoogte ten tijde van het passeren; de notaris was niet bekend met de bevindingen van de CIZ en de GGZ; het initiatief lag bij testatrice zelf; de door testatrice gewenste wijziging ten opzichte van haar testamenten uit 2005 en 2010 was op zich ingrijpend. Een herroeping van alle eerdere testamenten en dus de wens dat de vererving bij versterf plaatsvindt waardoor beide kinderen voor gelijke delen zullen erven, is echter niet een zodanig bijzondere wens dat deze aanleiding moet zijn tot extra behoedzaamheid bij de notaris.

4.3 Het heeft de voorkeur dat een testament wordt verleden buiten aanwezigheid van anderen dan eventuele getuigen. Het toelaten van anderen dan getuigen bij besprekingen over het testament en het passeren daarvan, is echter niet zonder meer tuchtrechtelijk verwijtbaar. Testatrice wilde zelf dat de broer van klaagster bij de bespreking en het passeren aanwezig was. Testatrice kon soms niet uit haar woorden komen, zodat haar zoon haar kon aanvullen. Als dat gebeurde, stelde de notaris haar vragen om te controleren of hetgeen de zoon aanvulde ook de wil van moeder was. De notaris heeft niet geconstateerd dat testatrice door haar zoon onder druk werd gezet of dat hij haar had gedwongen naar de notaris te gaan. De notaris heeft in alle rust met testatrice kunnen overleggen over haar wensen ten aanzien van het testament.

4.4 De kamer is volgens de notaris niet bevoegd om over een declaratiegeschil te oordelen. De notaris meent echter dat zij geen aanspraak kan maken op betaling van haar declaratienota op grond van artikel 1:439 lid 1 BW. De uit die wetsbepaling voortvloeiende ongeldigheid van de rechtshandeling (het aangaan van de overeenkomst met de notaris tot het opmaken van het testament) heeft echter volgens de notaris geen (rechts)gevolg voor de geldigheid van het testament. Het bewind staat niet in de weg aan het opstellen van een testament.

5. De beoordeling

5.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 (wet op het Notarisambt, hierna: Wna) zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven

bepaling, hetzij met de zorg die zij als notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris niet betaamt. De kamer dient te beoordelen of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

5.2 Allereerst dient de kamer te beoordelen of klaagster met haar onderhavige klacht ontvankelijk is, nu het testament nog niet in werking is getreden.

Ingevolge artikel 99 lid 1 Wna kunnen klachten tegen notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen, schriftelijk en met redenen omkleed, door een ieder met enig redelijk belang worden ingediend bij de kamer voor het notariaat waaronder de notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris ressorteert. Dit belang kan volgen uit betrokkenheid bij een specifieke zaak of bestaan uit een belang bij de handhaving van de beroepsnormen en –regels voor het notariaat. Er geldt dan ook een ruim belanghebbendenbegrip: een rechtstreeks belang bij de klacht is niet zonder meer vereist, ook een indirect of afgeleid belang van de klager kan grond zijn voor ontvankelijkheid. Klaagster heeft geen rechtstreeks belang bij de onderhavige klacht nu het testament van testatrice nog niet in werking is getreden. Doch klaagster heeft wel als kind en potentieel versterferfgenaam van testatrice er een redelijk belang bij dat de tuchtrechtelijke normen die gelden voor de betrokkenheid van de notaris bij het opmaken en wijzigen van testamenten worden nageleefd. Derhalve is klaagster ontvankelijk in haar klacht jegens de notaris.

5.3 Met betrekking tot het derde klachtonderdeel, te weten de klacht tegen de factuur van de notaris aan klaagster verzonden op 30 oktober 2012, overweegt de kamer het volgende. Tijdens de mondelinge behandeling op 15 april 2014 heeft de notaris verklaard de aan klaagster op genoemde datum toegezonden factuur in te trekken, waarna klaagster heeft verklaard het hierop betrekking hebbende onderdeel van haar klacht in te trekken. Deze klacht behoeft daarom geen verdere bespreking.

5.4 Klaagster heeft bij dupliek verzocht de klacht te beschouwen als mede ingediend door testatrice. Echter, nu geen volmacht daartoe van testatrice kan worden overgelegd, is naar het oordeel van de kamer onvoldoende komen vast te staan dat de klacht mede namens testatrice is ingediend. Als klagende partij dient derhalve uitsluitend klaagster in onderhavige zaak te worden aangemerkt.

5.5 Met haar eerste klachtonderdeel verwijt Klaagster de notaris dat zij in strijd met het ‘Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening’ het testament van testatrice op 29 oktober 2012 heeft gepasseerd.

Klaagster heeft daartoe gesteld dat er verschillende indicatoren aanwezig waren om aan te nemen dat testatrice niet wilsbekwaam was ten tijde van het passeren van het testament en dat deze indicatoren voor de notaris aanleiding hadden moeten zijn om het Stappenplan toe te passen. Zij verwijst daartoe naar de indicatoren genoemd onder 3.1.

Het tweede klachtonderdeel luidt dat de zoon van testatrice, de broer van klaagster, aanwezig was bij de voorbespreking en het passeren van het testament.

De kamer zal beide klachtonderdelen tezamen bespreken en overweegt als volgt.

Naar het oordeel van de kamer leidt de aanwezigheid van genoemde feiten en omstandigheden niet zonder meer tot de conclusie dat testatrice bij het wijzigen van haar testament niet wilsbekwaam was of dat dit verdergaand door de notaris moest worden onderzocht dan zij heeft gedaan door in een gesprek vragen aan testatrice te stellen.

De leeftijd van testatrice noch de inhoud van de door haar voorgestelde testamentwijziging gaf op zichzelf aanleiding voor extra behoedzaamheid. De omstandigheid dat het vermogen van testatrice onder bewind is gesteld levert op zichzelf geen reden op om aan de geestelijke vermogens van testatrice te twijfelen. Hetzelfde heeft te gelden voor de omstandigheid dat testatrice haar administratie en post niet meer zelf deed. Daar komt bij dat het initiatief tot wijziging van het testament van testatrice zelf afkomstig was en de notaris niet bekend was met de inhoud van het indicatiebesluit van het CIZ d.d. 22 oktober 2012.

Een testament dient in het algemeen te worden verleden buiten aanwezigheid van anderen dan eventuele getuigen. In dit geval heeft de notaris tijdens de mondelinge behandeling op 15 april 2014 verklaard dat de voorbespreking op 4 oktober 2012 niet in het bijzijn van getuigen is gevoerd omdat testatrice in de war was. Door de notaris is ter zitting tevens verklaard dat zij dat aanvankelijk wel had overwogen maar daartoe niet had besloten omwille van het bewaren van de nodige rust voor testatrice. Omdat testatrice niet goed uit haar woorden kon komen is de zoon wel bij de voorbespreking op 4 oktober 2012 en het passeren van het testament op 29 oktober 2012 aanwezig geweest. Het was noodzakelijk, aldus de notaris, dat de zoon daarbij aanwezig was zodat hij de woorden van zijn moeder kon vertalen en aanvullen op de momenten dat de notaris niet begreep wat testatrice bedoelde te antwoorden op de vragen van de notaris.

De notaris heeft voorts verklaard dat zij bij de gesprekken steeds naar testatrice heeft gekeken en vooral met haar de gesprekken heeft gevoerd.

De kamer acht deze handelwijze van de notaris niet begrijpelijk. Immers, ter zitting bleek dat door testatrice tijdens de voorbespreking op 4 oktober 2012 en het passeren op 29 oktober 2012 niet kon worden uitgelegd het verschil tussen het oude testament, opgemaakt op 2 november 2011, en het nieuw op te maken testament. Ook is gebleken dat op de vraag van de notaris wie testatrice als erfgenamen wenste aan te wijzen, zij "gewoon" heeft geantwoord. Ook op andere vragen van de notaris heeft testatrice steeds met "gewoon" geantwoord, waarna door de zoon of de notaris de antwoorden zijn geduid. Door de notaris is voorts niet aan testatrice gevraagd om in eigen bewoordingen het bestaande testament uit te leggen.

De notaris was bekend met het bewindvoorderschap door klaagster. Zij heeft ook aan de broer geadviseerd de testamentwijziging te bespreken met klaagster. De kamer acht het opmerkelijk dat de zoon die direct belanghebbende bij de wijziging van het testament was wel aanwezig was bij de voorbespreking en het passeren en de dochter, ook direct belanghebbende en tevens bewindvoerder van het vermogen van testatrice, niet.

Niet gebleken is dat de notaris ten behoeve van de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de moeder van klaagster een medische verklaring heeft gevraagd. Gelet op de hiervoor weergegeven feiten is de kamer van oordeel dat de notaris dit onder de gegeven omstandigheden niet achterwege had behoren te laten. De notaris had de huisarts van testatrice kunnen raadplegen. Zij had in ieder geval aan de broer van klaagster moeten mededelen dat op grond van de antwoorden van testatrice in de besprekingen op 4 en 29 oktober 2012 voldoende redenen aanwezig waren om uit hoofde van haar ambtsverplichtingen te verifiëren of testatrice in voldoende mate haar wil kon bepalen, en dat zij een medische verklaring wilde hebben alvorens over te gaan tot het passeren van het testament, en zij had vervolgens toestemming moeten vragen om medische informatie in te winnen. Door dit na te laten heeft zij, naar het oordeel van de kamer op onvoldoende zorgvuldige wijze de wilsbekwaamheid van testatrice beoordeeld.

De kamer concludeert dan ook dat niet gebleken is dat de notaris tijdens de voorbespreking en tijdens het passeren van het testament voldoende alert is geweest op de wilsbekwaamheid van testatrice en dat zij in de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden aanleiding had moeten vinden om aan deze wilsbekwaamheid te twijfelen. Het feit dat de notaris onder deze omstandigheden het Stappenplan niet heeft toegepast acht de kamer dan ook klachtwaardig.

5.7 Ter vaststelling van de sanctie acht de kamer het volgende van belang. Op de notaris rust een zware ambtsverplichting om het nodige te doen om te voorkomen dat zij akten passeert op basis van verklaringen die zijn afgelegd door personen die daarbij niet in staat zijn om in vrijheid hun wil te vormen en te uiten. Het gaat hier om één van de essentiële bestaansredenen van het notariaat. Anderzijds is na raadpleging van het notarisregister gebleken dat het de eerste maal is dat de notaris een tuchtrechtelijke maatregel zal worden opgelegd. Een en ander afwegend komt de kamer tot het oordeel dat een maatregel in de vorm van een waarschuwing passend is.

Beslissing

De kamer voor het notariaat:

- verklaart de klacht gegrond en legt de notaris de maatregel van waarschuwing op.

Deze beslissing is gegeven door mr. N.C.H. Blankevoort, voorzitter, mrs. A.H. Schotman, J.H.M. Erkamp, E.H. Huisman en van P.J. van Veen, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Land-Smorenburg, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 17 juni 2013.

Tegen deze beslissing staat hoger beroep open bij het Gerechtshof te Amsterdam (postbus 1312, 1000 BH Amsterdam) binnen 30 dagen na de dag van verzending van de aangetekend verzonden kennisgeving.