

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 554790/NT 13-81 L

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT AMSTERDAM

Beslissing van 27 maart 2015 in de klacht met nummer 554790/NT 13-81 L van:

[klaagster],

wonende te [vestigingsplaats],

klaagster,

raadvrouw: mr. M. Mathijssen-Molenkamp,

tegen:

[de notaris],

notaris te [vestigingsplaats],

de notaris,

raadsman: mr. L.H.E. Drenthe.

1. Het verloop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen van 25 november 2013, ingekomen 26 november 2013;
- verweerschrift met bijlagen van 16 oktober 2014, ingekomen op 16 oktober 2014;
- brief van 26 januari 2015, ingekomen op 28 januari 2015.

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 5 februari 2015 zijn klager, zijn raadvrouw, de notaris en haar raadsman verschenen. Door de beide raadsliden zijn pleitaantekeningen overgelegd. Op de zitting hebben partijen het woord gevoerd. Uitspraak is bepaald op heden.

2. De feiten

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

- Op 17 juli 2007 heeft [naam (hierna: testateur), geboren op 7 oktober 1923, ten overstaan van de notaris een testament opgemaakt, waarin het volgende is opgenomen, voor zover van belang: "(..) *HERROEPING EN RECHTSKEUZE A. Ik herroep alle voor heden door mij gemaakte uiterste wilsbeschikkingen met uitzondering van eventuele door mij opgemaakte codicillen. (..) LEGAAT: B. 1. Ik legateer aan de heer [naam], (..) – het gebruik van de vierwielige personenauto De Dion Bouton (..), bouwjaar 1903, het eigendom van deze auto gaat naar mijn erfgenamen; - het appartementsrecht, rechtgevend op het uitsluitend gebruik van de garage op de begane grond van na te melden*

gebouw, plaatselijk bekend [adres] garagenummer [nummer], kadastraal bekend gemeente [woonplaats], (...), onder de verplichting de (eventueel) daarop rustende hypothecaire schuld voor zijn rekening te nemen; - mijn gereedschappen ten behoeve van de Veteranenauto's van het Ford-model T (...) 2. Ik legateer aan mijn dochter [naam], af te geven binnen acht maanden na mijn overlijden vrij van rechten en kosten: - het appartementsrecht, rechtgevend op het uitsluitend gebruik van de flatwoning, gelegen op de tweede verdieping, alsmede de zich in de onderbouw bevindende berging, plaatselijk bekend gemeente [woonplaats], [adres], (...) – het appartementsrecht, rechtgevend op het uitsluitend gebruik van de garage, plaatselijk bekend, [adres], kadastraal bekend gemeente [woonplaats], (...) ERFSTELLING: C. Ik benoem tot mijn erfgenamen diegenen die volgens het wettelijk versterkerrecht van mij erven, zulks voor de delen en op de wijze als volgens de wet. EXECUTEURSBENOEMING : D. Ik benoem tot executeur mijn voornoemde dochter [naam]. (...).”

b. Bij brief van 15 april 2011 heeft testateur zich tot de notaris gewend. De volledige tekst van die brief luidt: “Ik verzoek u onderstaande tekstwijziging op te nemen in mijn testament, vastgesteld en ondertekend op 20 juni 2003. Deze tekst komt op de plaatst onder Legaat. **Vruchtgebruik** Ik geef het recht op vruchtgebruik aan de heer [naam], geboren op veertien mei negentienhonderd zeven en veertig, wonende de [adres], af te geven binnen acht maanden na mijn overlijden, vrij van rechten en kosten:

- van de vierwielige personenauto De Dion Bouton met kenteken [nummer], chassisnummer N249, type populair, kleur geel, bouwjaar + 1903

- het appartementsrecht, rechtgevend op het uitsluitend gebruik van de garage op de begane grond van na te melden gebouw, plaatselijk bekend [adres], kadastraal bekend gemeente [woonplaats], sectie M, nummer twee/driehonderd acht en zeventigste (2/378) onderverdeeld aandeel in de gemeenschap van het flatgebouw met onder- en bijbehorende grond, staande en gelegen te [woonplaats] aan de [adres], ten tijde van de splitsing in appartementsrechten, kadastraal bekend gemeente [woonplaats], [aanduiding], groot zeventien are een centiare, onder de verplichting de (eventueel) daarop rustende hypothecaire schuld voor zijn rekening te nemen

- mijn gereedschappen ten behoeve van de Veteranenauto's van het Ford-model T, alsmede de aanwezige onderdelen ten behoeve van zodanige auto's, een en ander met het uitdrukkelijke verzoek deze onderdelen indien nodig aan te wenden voor het onderhoud van zijn auto en mijn auto's.

Dit vruchtgebruik geldt tot het overlijden van voornoemde heer [naam] en wordt daarna overgedragen aan mijn erven.”

c. Bij brief van 21 april 2011 heeft de notaris aan testateur een ontwerp voor een aanvullend testament toegestuurd. In deze brief is onder meer vermeld: “Ik ben er van uit gegaan dat u met het ‘recht op vruchtgebruik’ bedoelt: ‘het recht op gebruik van’, zoals in uw vorige testament onder punt B.1 ook is opgenomen.”

d. Op 1 juni 2011 heeft testateur ten overstaan van de notaris een aanvullend testament opgemaakt, waarin is vermeld, voor zover van belang: “(...) **Ten eerste:** Ik houd in stand mijn uiterste wilsbeschikking op zeventien juli tweeduizend zeven verleden voor u, notaris, voor zover hierna daarop geen wijzigingen aangebracht. **Ten tweede:** Het in gemelde uiterste wilsbeschikking onder ‘LEGAAT’, onderdeel B’ bepaalde komt te vervallen en wordt vervangen door: ‘LEGAAT’; B. Ik legateer, (...) af te geven binnen acht maanden na mijn overlijden, aan de heer [naam], (...), het recht van gebruik van: - de vierwielige personenauto De Dion Bouton, (...); - het appartementsrecht, rechtgevend op het uitsluitend gebruik van de garage op de begane grond van na te melden gebouw, plaatselijk bekend [adres], kadastraal bekend gemeente [woonplaats], (...), onder de verplich-

ting de (eventueel) daarop rustende hypothecaire schuld voor zijn rekening te nemen;- mijn gereedschappen ten behoeve van de veteranenauto's van het Ford-model T, (..), tevens legateeer ik, (..), af te geven binnen acht maanden na mijn overlijden, aan de heer [naam], voornoemd, de erfbelasting die de heer [naam], voornoemd, dient te betalen over de verkrijging van bovenstaande drie gebruiksrechten. (..)."

e. Erfflater is op 3 augustus 2013 overleden. Testateur heeft als enige erfgenamen achtergelaten, zijn zoon, klager, en zijn dochter, de zuster van klager, ieder voor de helft.

f. Op 4 september 2013 zijn klager en zijn zuster op het kantoor van de notaris geweest en hebben zij van een medewerker een kopie van de beide testamenten ontvangen. Op 26 september 2013 heeft de notaris op haar kantoor een bespreking gevoerd met klager en zijn zuster over het testament van 17 juli 2007 en het aanvullend testament van 1 juni 2011.

g. Op 9 oktober 2013 heeft klager de notaris geschreven, voor zover van belang: *"Op 26 september jl. zijn mijn zuster [naam] en ondergetekende bij u op kantoor geweest om uitleg te krijgen van het testament van onze vader de heer [naam], overleden op 3 augustus 2013. Uw uitleg van de inhoud van het testament heb ik voorgelegd aan mijn advocaat. Hij leest de inhoud van het testament echter anders dan u heeft gedaan. Volgens zijn visie staat er niet dat er een keuze gemaakt kan worden tussen zijn testament uit 2007 en de aanvulling uit 2011. Het testament uit 2007 blijft in stand met uitzondering van het 'Legaat, onderdeel B'. dit is middels de bepaling in de aanvulling geheel komen te vervallen. M.a.w. de legaten die onder B zijn opgenomen 1 en 2 zijn beide komen te vervallen. Daarvoor in de plaats is gekomen een legaat aan de heer [naam]. Na afgifte van dit legaat dient de nalatenschap bij helft tussen mijn zus en mij te worden verdeeld. Aan geen van ons komt een legaat toe. (..)."*

h. Daarop heeft de notaris aan klager geantwoord bij brief van 6 november 2013: *"Uw aangetekend schrijven van 9 oktober 2013 heb ik in goede orde ontvangen. U stelt zich hierin op het standpunt dat uw vader middels het aanvullende testament van 1 juni 2011 alleen een legaat aan de heer [naam] heeft toebedeeld en het legaat aan uw zuster in zijn testament van 17 juli 2007 daarmee dus is komen te vervallen. Uw vader heeft aan mij, toen het aanvullend testament werd opgemaakt, verklaard dat de legaten aan uw zuster in stand dienden te blijven. Ik heb begrepen dat uw vader bij leven verschillende bedragen aan u heeft geleend, welke leningen bij overlijden van uw vader zijn kwijtgescholden. De kwijtgescholden bedragen kwalificeren als een schenking. Om de bevoordeling van u ten opzichte van uw zuster te corrigeren, heeft uw vader een legaat opgenomen in zijn testament ten behoeve van uw zuster. U meent dat het legaat aan uw zuster is komen te vervallen, uw zuster zou daarmee aangetast worden in haar legitieme portie, het motief van uw vader voor de legaten was immers om het een en ander tussen u beiden gelijk te trekken. Voor het bepalen van de omvang van de legitieme portie van uw zuster dienen alle door uw vader gedane schenkingen en leningen welke zijn kwijtgescholden te worden opgeteld. U dient de aan u gedane schenkingen in te brengen in de nalatenschap, waarna de legitieme portie kan worden bepaald. 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. (..)."*

i. Het verschil van inzicht tussen klager en zijn zuster over het al dan niet gelegateerd zijn aan laatstgenoemde van de flatwoning aan de [adres] en de garage aan de [adres] te [woonplaats] bestond ten tijde van de mondelinge behandeling nog onverkort.

3. De klacht

3.1 Klager verwijt de notaris – kort samengevat – onzorgvuldig handelen en partijdigheid, in strijd met het bepaalde in artikel 17 Wna, ten voordele van zijn zuster. De klacht ziet op het handelen en de opstelling van de notaris na het overlijden van testateur. Klager is het niet eens met de uitleg van het tweede testament van 1 juni 2011 die de notaris daaraan tijdens de bespreking van 26 september 2013 en ook in haar schrijven van 6 november 2013 aan hem (en zijn zuster) heeft gegeven en meent dat de notaris zich van een dergelijke uitleg had dienen te onthouden. Voorts heeft klager gesteld dat de notaris ten onrechte als boedelnotaris is opgetreden, doch dit klachtonderdeel is ter zitting ingetrokken.

Ten slotte verzoekt klager de kamer bij een eventuele oplegging van een maatregel aan de notaris als bijzondere voorwaarde te stellen dat de notaris alle door haar gedragingen veroorzaakte schade geheel vergoedt.

4. Het verweer

4.1 De notaris heeft zich als volgt verweerd.

In het licht van het (eerdere) testament van 17 juli 2007 is het legaat in het aanvullende testament slechts een wijziging op het legaat sub B.1. Nergens blijkt dat het gehele legaat B (inclusief B.2) zou zijn herroepen. Het ging uitsluitend om de wijziging ten behoeve van de heer [naam], die in plaats van een legaat van de eigendom een vruchtgebruik-legaat uit de nalatenschap zou verkrijgen. Om die reden staat ook uitdrukkelijk in het testament, dat de overige uiterste wilsbeschikkingen (van 2007) in stand zouden blijven. Een ander argument dat de notaris aanvoert is dat in deze kwestie ruimte is voor uitleg van het aanvullende testament en verwijst daarvoor naar de uitspraak van de Hoge Raad van 8 februari 2013, BY2595 (NJ 2013, 238).

Ook het betoog van klager dat het legaat aan zijn zuster wel zou moeten vervallen omdat de verstandhouding tussen testateur en zijn zuster verslechterd zou zijn, weersprekt de notaris met het argument dat haar dat niet is gebleken, hetgeen wordt ondersteund door het feit dat ook de benoeming van de zuster als executeur in het tweede testament niet is gewijzigd.

Ten slotte betwist de notaris dat klager op enigerlei wijze schade zou hebben geleden als gevolg van het handelen van de notaris.

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 de Wna gegeven bepaling, hetzij met de zorg die zij als notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris behoren te betrachten ten opzichte van diegenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van handelen 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 voornoemd artikel oplevert.

5.2 De notaris heeft ter zitting van 5 februari 2015 onder meer verklaard dat zij een zogenaemde ‘clerical error’ ofwel een kennelijke verschrijving heeft gemaakt bij het opmaken van het aanvullende testament. Tevens heeft zij daarbij verklaard dat zij nog

heeft overwogen de akte te rectificeren maar dit toch niet heeft gedaan. Zij heeft daarbij betoogd dat het tweede testament niet letterlijk dient te worden gelezen, maar zodanig dient te worden geïnterpreteerd dat het legaat in het aanvullende testament slechts een wijziging op het legaat sub B.1. van het eerste testament inhoudt.

Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat het tweede testament een kennelijke verschrijving bevat, dat het de bedoeling van erflater is geweest om het legaat aan zijn dochter in stand te houden en dat letterlijke interpretatie van het tweede testament in het onderhavige geval tot gevolg zou hebben dat klager ten opzichte van de dochter van testateur zou worden bevoordeeld. Zij baseert zich bij de uitleg van dit testament op de gesprekken die zij voorafgaand met testateur heeft gevoerd, waarin testateur aan haar heeft verklaard dat het legaat aan de dochter in stand diende te blijven. Tevens baseert de notaris zich op het feit dat testateur tijdens zijn leven aan klager dan wel aan de (inmiddels failliet verklaarde) vennootschap van klager meerdere leningen heeft verstrekt, waarvan hij de desbetreffende bedragen had kwijtgescholden, waardoor schenkingen ten behoeve van klager zijn gedaan. Achtergrond van het toedelen van het legaat aan de dochter van testateur, was om haar daarmee te compenseren voor schenkingen die testateur bij leven in de vorm van kwijtscheldingen van leningen aan klager had gedaan, aldus de notaris.

De raadvrouw van klager heeft mede aan de hand van een tevoren ingestuurd en van de nodige detaillering voorzien overzicht betoogd dat ook de dochter van testateur schenkingen tijdens het leven van testateur heeft ontvangen, ter waarde van ca. € 73.000,-- en dat klager uiteindelijk een bedrag van ca. € 82.000,-- heeft verkregen door kwijtscheldingen van testateur, zodat voor een compensatie als door de notaris bedoeld geen aanleiding bestond, althans niet tot het beloop van de waarde van de al dan niet gelegateerde zaken, ca. € 250.000,--. Daarnaast is namens klager betoogd dat de verhouding tussen testateur en zijn dochter tussen het opmaken van het eerste en het tweede testament was verslechterd en dat erflater na het tweede testament diverse malen aan klager expliciet heeft laten weten dat hij zijn testament zodanig had laten aanpassen dat klager en zijn zuster ieder een gelijk deel in de nalatenschap zouden verkrijgen.

5.3 Of in dit geval aan uitleg van de uiterste wilsbeschikking wordt toegekomen en of daarbij daden en verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil kunnen of dienen te worden betrokken, al dan niet omdat het (aanvullend) testament zonder deze geen duidelijke zin heeft als bedoeld in artikel 4:46 lid 2 BW en het door de notaris aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 en waartoe dit dient te leiden, staat in deze tuchtrechtprocedure niet ter beoordeling, maar is voorbehouden aan de gewone (civiele) rechter. In deze procedure is gebleken dat klager en de notaris verschillende opvattingen hebben over de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenste te regelen en over omstandigheden waaronder het aanvullend testament is opgemaakt en hebben zij zich beroepen op uitlatingen van de erflater van tegenovergestelde strekking.

5.4 Of klager zich reeds ten tijde van de besprekingen van 4 en 26 september 2013 op uitlatingen van deze erflater of op de gewijzigde omstandigheden ten tijde van het aanvullend testament als thans door hem in deze procedure gesteld, kan beroepen, is niet geheel duidelijk geworden, maar doet ook niet terzake, immers de notaris had daarmee rekening dienen te houden. Zij had onder de gegeven omstandigheden, zodra het geschil tussen klager en zijn zuster haar bleek, partijen naar de civiele rechter dienen te verwijzen en zich dienen te onthouden van een inhoudelijke stellingname. Dat de

notaris dat niet heeft gedaan acht de kamer in strijd met de houding die een notaris in een dergelijk geval dient aan te nemen en met de professionele zorgvuldigheid, terwijl de notaris met het zich de facto scharen achter het standpunt van klagers zuster tenminste de schijn van partijdigheid heeft gewekt. Daarbij acht de kamer onder meer van belang dat de tekst van de hiervoor onder 2.b. geciteerde opdrachtbrief van de erflater aan de notaris in ieder geval niet dwingt tot de opvatting dat het de bedoeling van de testateur was om het legaat ten gunste van zijn dochter te handhaven, terwijl de notaris ter zitting tevens verklaard heeft weinig persoonlijke bemoeienis te hebben gehad met de uitvoering van de opdracht van testateur in de brief van 15 april 2011. Anders dan de notaris stelt volgt deze conclusie ook niet dwingend uit de hierboven onder 2.c. geciteerde zinsnede in haar daar bedoelde brief en evenmin uit het feit dat in het aanvullend testament niets is bepaald over de eerdere benoeming van klagers zuster tot executeur. Daarnaast heeft de notaris zich daarbij bediend van argumenten in de sfeer van uitlatingen en bedoeling van de testateur waarvan zij zich tenminste had dienen af te vragen of op haar dienaangaande geen geheimhoudingsplicht rust. Ook dit heeft de notaris zich kennelijk niet gerealiseerd. Gelet op een en ander, acht de kamer de klacht gegrond.

5.5 De kamer rekent de notaris haar handelwijze des te ernstiger aan, omdat zij daarin is blijven volharden, ook in deze procedure (schriftelijk en ook bij monde van haar raadsman ter zitting) en nadat haar was gebleken dat het conflict tussen klager en zijn zuster nog ten volle bestond en nog geen uitspraak van de civiele rechter is gedaan; pas in allerlaatste instantie ter zitting heeft de notaris erkend dat zij beter had kunnen zwijgen. Bij de oplegging van een maatregel weegt de kamer bovendien mee, dat de notaris verklaard heeft nog te hebben overwogen om de akte na het overlijden van testateur te rectificeren. Alles wegende, acht de kamer de maatregel van berisping geboden.

5.6 Het verzoek van klager om bij de oplegging van een maatregel als bijzondere voorwaarde te stellen dat de notaris schade vergoedt, is niet gebaseerd op de wet.

Beslissing

De kamer voor het notariaat:

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

Deze beslissing is gegeven door mrs. O.J. van Leeuwen, voorzitter, C.J. Baas, R.H. Meppelink, E.E. von Wolzogen Kühn en A.J.H.M. Janssen, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Land-Smorenburg, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 27 maart 2015.

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.