

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 638597 / NT 17-76

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT AMSTERDAM

Beslissing van 3 april 2018 in de klacht met nummer 638597 / NT 17 - 76 van:

[Klager],
wonende te [vestigingsplaats],
klager,
raadsman: mr. E. van der Wiel,

tegen:

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

1. Ontstaan en loop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen van 10 november 2017;
- verweerschrift met bijlagen van 28 december 2017.

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 13 februari 2018 zijn klager, bijgestaan door zijn raadsman en de notaris verschenen. Partijen hebben het woord gevoerd, klager aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Uitspraak is bepaald op 3 april 2018.

2. De feiten

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

Op 19 juli 2007 heeft de notaris een testament verleden voor de heer [A], geboren op 7 februari 1927 (hierna te noemen: erflater), waarin is bepaald, voor zover van belang: “(..)

HERROEPING:

Ik herroep alle voor heden door mij gemaakte uiterste wilsbeschikkingen.

ONTERVING:

Ik ontarf mijn zoon, [klager], wonende (..) [woonplaats], ([land]) (..).

ERFSTELLING:

ik benoem ik tot mijn enige erfgenaam:

mijn zoon de heer [B], wonende [adres], (..) [woonplaats], (..).”

Op 15 oktober 2012 is erflater overleden. Klager is de zoon uit het eerste huwelijk van erflater, dat door echtscheiding is ontbonden. De halfbroer van klager, [B] (hierna te noemen: de halfbroer), is de zoon uit het tweede huwelijk van erflater, dat eveneens door echtscheiding is ontbonden. Op 13 februari 2008 heeft de halfbroer een verzoek tot onderbewindstelling betreffende het woonhuis van erflater aan de [adres] te [woonplaats] (hierna

te noemen: de woning) bij de rechtbank Amsterdam, sector kanton, ingediend. In het verzoekschrift heeft hij onder '8. *Kinderen van betrokkene*' alleen zijn eigen naam en adresgegevens ingevuld. En onder '5a. *Reden voor het verzoek*' geschreven: "*Betrokkene lijdt aan dementie. Hij is vergeetachtig en gedesoriënteerd. Betrokkene is niet meer in staat zijn financiële belangen zelf en zelfstandig te behartigen.*"

Op 20 februari 2008 passeert de notaris een hypothecaire akte voor erflater. Bij beschikking van de rechtbank Amsterdam, sector kanton, van 2 april 2008 is bewind ingesteld betreffende de woning van erflater en is

mr. [X] als bewindvoerder benoemd. Daarin is overwogen: "(..) *Aannemelijk is geworden dat de rechthebbende als gevolg van zijn lichamelijke en/of geestelijke toestand niet in staat is ten volle zijn vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen.*(..)"

Bij beschikking van de rechtbank Amsterdam, sector kanton, van 31 maart 2009 is mr. [X] uit zijn functie van beperkt bewindvoerder ontslagen en is mr. [Y] tot opvolgend geheel bewindvoerder benoemd. Bij brief van 30 september 2015 heeft de notaris een uittreksel van het testament van 19 juli 2007 en een afschrift van de verklaring van erfrecht en executele aan klager toegezonden. Bij brief van 14 oktober 2015 heeft de raadsman van klager aan de notaris geschreven: "(..)

Op de datum van onterving van cliënt en al zijn nakomelingen was de heer [A] al dement, en moet dat voor een zorgvuldig oplettende notaris duidelijk zijn geweest en ook dat de heer[A] niet in staat was om behoorlijk zijn wil te kunnen uiten. Het feit dat [A] in zijn tachtigste levensjaar zou willen besluiten tot volledige onterving van zijn eigen zoon en zijn kleinkinderen, ten gunste van de andere zoon ([B]), die bij hem in huis woont had u als waarschuwing moeten beschouwen om extra zorg te besteden aan uw onderzoeksplicht. Dat heeft u duidelijk niet gedaan. U heeft die onderzoeksplicht en de op u rustende zorgvuldigheidsverplichting geschonden.

Slechts een half jaar later vraagt de begunstigde bij testament, [B], bij de rechtbank om de gemeenschappelijke vader, althans voor zover het het pand aan de [adres] [woonplaats] betreft om de erflater onder bewind te stellen (..).

De rechtbank doet uitspraak (dus zonder cliënt gehoord te hebben) en willigt het verzoek in. Op dat moment heeft dus ook de rechtbank reeds vastgesteld dat er aan de eisen van bewindvoerderschap voldaan is. Desondanks passeert u op 28 maart 2008, derhalve vier dagen daarvoor, wanneer voor de rechtbank de wilsonbekwaamheid van erflater al lang vast staat een wijzigingstestament.

En een maand daarvoor op 20 februari 2008, wanneer dat verzoek van [B] al op 13 februari 2008 bij de rechtbank was ingediend, passeert u een hypothecaire akte waarbij erflater, die op dat moment inmiddels 81 jaar is, een geldlening aangaat voor € 500.000,-. Ook op dat moment voldoet u wederom niet aan de verplichtingen die de wet aan het notarisambt stelt. De heer [A] was op dat moment allang niet meer compos mentis.

Cliënt weet op dat moment van dit alles niets, maar komt er achter, via de broer van zijn vader, dat zijn vader uit diens huis is gehaald en op een onbekende verblijfplaats is gehuisvest (naar later blijkt in een bescheiden appartement in [woonplaats]).

Dit blijkt cliënt na 2 april 2008, zijnde de datum van de beschikking van de rechtbank tot instelling van een bewind.

(..)

Client houd u onverkort aansprakelijk voor alle directe en indirecte schade die hij leidt als gevolg van bovenstaande tekortkomingen. Die schade is het gevolg van uw onrechtmatig handelen jegens hem. (..)

Bij brief van 22 oktober 2015 heeft de notaris daarop geantwoord: "(..) De heer [A] was een vaste relatie van mijn kantoor. Als advocaat betrok hij mij regelmatig bij notariële kwesties in zijn praktijk. Ook verleende ik notariële diensten voor hem persoonlijk.

Hij kwam altijd alleen en met zijn auto, die hij zelf bestuurde, naar mijn kantoor (..) Het was een krasse oude man die tot op hoge leeftijd zijn vak uitoefende.

Ik kwam hem ook af en toe tegen bij het toenmalige postkantoor (..) Wij maakten dan een praatje met elkaar.

Hij vertelde mij ook wel over zijn privé omstandigheden en nam mij in vertrouwen.

Inderdaad heb ik op 19 juli 2007 zijn testament gepasseerd. Hij was toen helder van geest en wist precies wat hij wilde. (..)

Een tijd later kwam hij tot de conclusie dat hij liever een andere persoon tot executeur wilde benoemen en ik passeerde daarom op 28 maart 2008 een wijzigings-testament. Daarbij bleef het testament van 19 juli 2007 in stand, alleen de persoon van de executeur werd veranderd.

(..)

Dat de bezittingen/schulden van de heer [A] onder bewind hadden gestaan werd mij pas NA zijn overlijden duidelijk. (..)

In 2008 heeft de heer [A] de hypothecaire lening op zijn huis verhoogd.

(..)

Mij is niet gebleken van wilsonbekwaamheid van de heer [A]. Hij was helder en vertelde mij de redenen waarom hij zijn huis ging herfinancieren.

In uw brief geeft u aan dat er een of meerdere procedures hebben gelopen om het vermogen van de heer [A] onder bewind te stellen. Daarvan was ik NIET op de hoogte.

(..) In 2007/8 was er ook geen mogelijkheid om te weten te komen of er bewind over een vermogen is uitgesproken. Laat staan dat bekend is dat een dergelijke procedure loopt. (..)

Ik heb steeds met een, weliswaar oude, maar heldere man akten gepasseerd.

Mij is ook niet duidelijk wat uw cliënt voor schade heeft en waarvoor u mij precies aansprakelijk stelt.

Ik heb de nalatenschap niet in behandeling gehad.

Nadat de erfgenaam de nalatenschap beneficiair had aanvaard heb ik de Verklaring van Erfrecht en Executele opgemaakt en afgegeven aan de executeur. (..)

3. De klacht

3.1 Klager verwijt de notaris ten eerste dat zij haar zorgplicht heeft geschonden bij het passeren van het testament van erflater op 19 juli 2007. Zij had moeten twijfelen aan de wils(on)bekwaamheid van erflater en nader onderzoek moeten doen.

De notaris heeft het Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van de notariële dienstverlening 2006, (hierna te noemen: het Stappenplan), ten onrechte niet toegepast. Indien zij dat wel zou hebben doorlopen, dan had de notaris tot de conclusie kunnen en moeten komen dat erflater op de datum van het verlijden van het testament (waarschijnlijk) dement was, en in ieder geval niet in staat kon worden geacht zijn wil te vormen.

Op 19 september 2015 is klager - na een schrijven van de Belastingdienst, waarbij hij als erfgenaam werd aangeschreven om waterschapsbelasting 2013 ten laste van erflater te betalen - er achter gekomen dat zijn vader, erflater, was overleden.

Klager had vanaf 2007 zeer moeizaam contact met erflater, omdat hij door zijn - bij erflater inwonende - halfbroer werd weggehouden van erflater. Tijdens de sporadische telefoongesprekken met erflater heeft klager geconstateerd dat erflater zeer verward is en derhalve waarschijnlijk volledig dement.

De halfbroer van klager heeft een verzoek tot onderbewindstelling bij de rechtbank ingediend op 14 februari 2008. Klager gaat er van uit dat op de datum van het verlijden van het testament de verschijnselen van dementie daarom eenvoudig moeten vast te stellen zijn geweest voor de notaris en dat zij nooit haar medewerking daaraan had mogen verlenen.

Klager wijst daarnaast op de hoge leeftijd van erflater, het feit dat de halfbroer bij erflater in huis woonde, het beheer van de financiële administratie van erflater door de halfbroer en het plotselinge besluit tot onterving van klager ten gunste van de halfbroer. Al deze feiten hadden aanleiding moeten zijn voor een nader en grondig onderzoek naar de wilsbekwaamheid van erflater en naar de vraag of erflater wel begreep wat een volledige onterving zou inhouden. Daarmee heeft de notaris gehandeld in strijd met artikel 21 lid 1 jo lid Wna.

3.2 Het tweede verwijt van klager houdt in dat de notaris ook haar zorgplicht heeft geschonden bij het verlijden van de hypothecaire akte voor erflater op 20 februari 2008. Zij had ook op deze datum moeten twifelen aan de wilsbekwaamheid van erflater en nader onderzoek moeten doen, hetgeen zij niet heeft gedaan.

Erflater was op dat moment hoogbejaard, had geen enkel belang bij een hypothecaire lening op de woning en was betrokken in een rechtbankprocedure, die zag op onderbewindstelling vanwege dementie, aldus klager. Tevens heeft de notaris gehandeld in strijd met artikel 21 lid 1 jo lid 2 Wna en heeft klager als gevolg daarvan ernstige immateriële schade opgelopen.

4. Het verweer

4.1 De notaris heeft het volgende verweer gevoerd.

Het testament van 19 juli 2007 betrof een aanpassing van een eerder gepasseerd testament van 27 maart 2006. De notaris heeft daartoe op 2 juli 2007 een bespreking met erflater op haar kantoor gevoerd en op 6 juli 2007 heeft zij een concept met begeleidende brief naar erflater gezonden. Vervolgens is telefonisch de passeerafspraak gemaakt.

De notaris kende erflater niet alleen zakelijk maar ook persoonlijk. De notaris heeft in totaal vier maal een testament voor erflater verleden, namelijk op 15 mei 2002, 27 maart 2006, 19 juli 2007 en op 28 maart 2008. De testamenten van 27 maart 2006 en 19 juli 2007 houden een bijzondere consistentie in, waarvan zij – gezien haar beroepsgeheim – niets mag prijsgeven.

De notaris heeft met erflater de redenen besproken waarom hij klager niets wilde nalaten. Ook de inhoud van deze gesprekken kan de notaris niet bekendmaken in verband met haar beroepsgeheim.

De notaris heeft erflater altijd als helder en duidelijk formulerend meegemaakt. Er was voor haar geen enkele reden aan zijn verstandelijke vermogens te twifelen. Derhalve was er ook geen noodzaak het Stappenplan te volgen. Uit de door klager gestelde feiten blijkt helemaal niet dat erflater op 19 juli 2007 dement zou zijn. Er is ook geen medische rapportage overgelegd.

Indien een testateur gebruik wenst te maken van zijn recht tot onterven van een kind, is dat voor een notaris geen reden tot onderzoek naar de geestelijke gesteldheid van de testateur, aldus de notaris.

Tijdens de twee gesprekken die de notaris met (uitsluitend) erflater heeft gevoerd, is ondanks de hoge leeftijd van erflater bij de notaris geen enkele twijfel ontstaan over diens wilsbekwaamheid. Erflater was duidelijk en consistent in zijn wensen en zijn wensen kenden een duidelijke grondslag.

De notaris ziet nu voor het eerst het door de halfbroer van klager ingevulde aanvraagformulier Bewind d.d. 13 februari 2008. Aangezien daarin geen algehele onderbewindstelling en mentorschap is gevraagd, gaat de notaris er van uit dat erflater kennelijk wel in staat was zijn overige financiële belangen te behartigen en te beslissen over zijn medische zorg. Als gevolg van de beperkte onderbewindstelling wordt deze persoon weliswaar handelingsonbekwaam ten aanzien van die goederen, maar dat wil niet zeggen ook automatisch wilsonbekwaam, aldus de notaris.

Ook kent de notaris niet de documenten waarmee klager het bewind over alle goederen van erflater op 30 september 2008 bij de rechtbank heeft aangevraagd.

4.2 Ten aanzien van de op 20 februari 2008 gevestigde hypotheek voert de notaris aan dat zij pas op 24 januari 2008 de opdracht daartoe van de Fortisbank had ontvangen. In het - op laatstgenoemde datum aangemaakte - dossier heeft de notaris een kopie gevonden van de door erflater op 23 januari 2008 voor akkoord getekende offerte van de Fortisbank d.d. 18 januari 2008. De notaris is bij de totstandkoming van de financiering niet betrokken geweest. De notaris was ten tijde van het verlijden van de hypothecaire akte ook niet op de hoogte van het doen en laten van de halfbroer. Erflater heeft de notaris tevoren telefonisch en vervolgens bij het passeren van de akte op 20 februari 2008 de redenen verteld waarom hij de hypotheek op zijn huis wilde verhogen. Dat waren hele normale en legitieme redenen. Erflater was helder van geest. De notaris is, gezien haar beroepsgeheim, wederom niet vrij over zijn redenen te communiceren.

5. De beoordeling

5.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 van de 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 behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoefte zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt. De kamer dient derhalve te onderzoeken of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

5.2 De kamer neemt tot uitgangspunt dat een cliënt die handelingsbekwaam is, geacht wordt zijn belangen te kunnen behartigen. Dit is een wettelijk uitgangspunt. Volgens vaste jurisprudentie van de notariskamer van het Gerechtshof te Amsterdam moet de notaris, zoals bij elke akte, de wilsbekwaamheid van de betrokkene beoordelen. Het komt daarbij in eerste instantie aan op de eigen waarneming van de notaris, die daarbij een redelijke beoordelingsvrijheid toekomt.

Het hof Amsterdam hanteert het uitgangspunt dat een notaris die geen reden heeft om te twifelen aan de wilsbekwaamheid van zijn cliënt, het Stappenplan niet hoeft te volgen. De notaris hoeft in dat geval niet uit eigen beweging een onderzoek in te stellen naar de in het stappenplan genoemde indicatoren.

Bij gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid is in het algemeen verder onderzoek aangevraagd en biedt het Stappenplan daarvoor een handreiking. De kamer dient dus te be-

oordelen of de notaris ten tijde van het passeren van het testamenten op 19 juli 2007 voldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij het vaststellen van de wilsbekwaamheid van erflater.

5.3 De kamer is van oordeel dat de notaris voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij ten tijde van het passeren voldoende alert is geweest op de mate van wilsbekwaamheid van erflater en dat zij onvoldoende aanleiding had om aan deze wilsbekwaamheid te twifelen.

Dat oordeel vindt mede steun in het feit dat de kamer van de notaris ter zitting heeft begrepen dat het initiatief tot het opmaken van het testament van 19 juli 2007 door erflater was genomen, hij beide keren alleen met zijn eigen auto naar de notaris toe is gekomen, na inhoudelijke voorbespreking het testament eerst in concept aan erflater is toegezonden en de halfbroer bij geen van de gesprekken aanwezig is geweest. Voorts heeft de notaris verklaard dat zij erflater in totaal ongeveer 20 keren heeft gesproken, hetgeen door klager niet is weersproken.

De stelling van klager dat erflater ten tijde van het testament dement was en dat de verschijnselen van dementie bij erflater reeds ten tijde van het passeren van het testament voor de notaris eenvoudig kenbaar waren, mede gezien het door de halfbroer ingediende verzoek tot onderbewindstelling – hetgeen de notaris overigens niet bekend was –, is door klager niet nader onderbouwd. Door de notaris is daartegenover aangevoerd dat erflater, die werkzaam is geweest als advocaat, tijdens de beide gesprekken met de notaris helder van geest was en ook de volgende keer nog precies wist waarover hij de voorgaande keren met de notaris had gesproken.

Ook aan de stellingen van klager dat de administratie van erflater niet in eigen beheer was en dat erflater niet zelfstandig woonde – hetgeen de notaris evenmin bekend was –, kan worden voorbijgegaan nu klager niet dan wel onvoldoende heeft onderbouwd dat dit bij de notaris bekend was.

De notaris heeft verklaard dat zij heeft geconstateerd dat erflater weliswaar op hoge leeftijd was, maar geheel compos mentis en stellig was over de reden van de aanpassing van het testament en dat het testament slechts een kleine wijziging ten opzichte van het vorige testament inhield.

Op grond van het voorgaande komt de kamer tot de conclusie dat de notaris op goede gronden kon overgaan tot het passeren van het testament en dat van enig tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen niet is gebleken. Dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.4 Ten aanzien van het verwijt dat de notaris ook haar zorgplicht heeft geschonden bij het verlijden van de hypothecaire akte voor erflater op 20 februari 2008 en zij ook op deze datum had moeten twifelen aan de wilsbekwaamheid van erflater, oordeelt de kamer als volgt.

Zoals in 5.2 overwogen komt het ook bij beoordeling van dit klachtonderdeel aan op de eigen waarneming van de notaris ten tijde van het passeren van de akte. Daarbij is wederom het wettelijk uitgangspunt dat een cliënt die handelingsbekwaam is moet worden geacht zijn belangen te kunnen behartigen.

De notaris heeft verklaard dat zij ook ten tijde van het passeren van de akte op 20 februari 2008 geen aanleiding had om te twifelen aan de wilsbekwaamheid van erflater. Dat klager een week daarvoor een verzoek tot algehele onderbewindstelling had ingediend, was de notaris niet bekend.

Een notaris dient de wil van zijn cliënt in een akte vast te leggen. De notaris kan dan ook niet verweten worden dat zij de wens van erflater om zijn hypothecaire lening te verhogen in de hypothecaire akte heeft opgenomen.

Gelet op hetgeen in 5.3 is overwogen en aangezien door klager geen (andere) feiten of omstandigheden zijn gesteld waaruit zou moeten blijken dat de notaris ten tijde van het verlijden van de hypothecaire akte had moeten twijfelen aan de wilsbekwaamheid van erflater, is naar het oordeel van de kamer ook het tweede klachtonderdeel ongegrond.

5.5 Gelet op deze beslissing acht de kamer het niet nodig om gebruik te maken van het aanbod van de notaris om onder geheimhouding kennis te nemen van het testament van 19 juli 2007, hoewel klager heeft aangegeven dat hij met kennisneming onder geheimhouding daarvan kan instemmen.

5.6 Op grond van het voorgaande wordt beslist als volgt.

BESLISSING

De kamer voor het notariaat:

- verklaart de klacht in beide onderdelen ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mrs. N.C.H. Blankevoort, voorzitter, T.H. van Voorst Vader, J.H.M. Erkamp, A.M.J.M. Ploumen, en L.G. Vollebregt, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Land-Smorenburg, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 3 april 2018.

Tegen deze beslissing van de kamer voor het notariaat kunnen partijen binnen dertig dagen na de datum van verzending van deze beslissing hoger beroep instellen bij het gerechtshof Amsterdam (postadres, postbus 1312, 1000 BH Amsterdam).