

13. Testeren door partners, grenzen aan het samen-passeren

Uiteraard is de notaris gehouden om zich er van te vergewissen dat een testateur niet door een derde wordt beïnvloed. In beginsel moet, aldus het hof, de notaris daarom met de testateur afzonderlijk de relevante aspecten van zijn of haar testament bespreken. Dit geldt, en dat is nieuw, ook bij partners.

Een dochter van erflaatster meent dat er door de handelend kandidaat-notaris en de notaris onzorgvuldig is gehandeld bij de totstandkoming van het testament van haar moeder. Dit leidt tot een klacht bij de kamer van toezicht Zutphen en tot beroep bij het Hof Amsterdam. Daar werd de klacht tegen de kandidaat-notaris (thans toegevoegd notaris) als volgt geformuleerd.

De klacht

“4.4. De toegevoegd notaris heeft als zeer ervaren kandidaat-notaris zelfstandig het samenlevingscontract en de testamenten met erflaatster en haar partner besproken en opgesteld, waarna de oud-notaris de akten heeft gepasseerd. Ook de toegevoegd notaris heeft nooit onder vier ogen met erflaatster over haar testament gesproken (terwijl daar juist alle aanleiding toe was) en heeft daarmee bewust het risico genomen dat erflaatster zich onvoldoende vrij voelde om haar wil te uiten. De toegevoegd notaris heeft zich bij haar advisering duidelijk laten beïnvloeden door de aanwezigheid en de wensen van de partner van erflaatster, waardoor erflaatster een testament heeft ondertekend dat op een verkeerde manier tot stand is komen en daardoor niet haar uiterste wil weergaf.”

Ook de notaris wordt verweten dat hij nooit afzonderlijk met erflaatster heeft gesproken.

Overweging van de kamer Zutphen

“De Kamer is van oordeel dat de kandidaat-notaris geen verwijt kan worden gemaakt. Een (kandidaat-) notaris heeft als taak om een testateur te informeren over de verschillende mogelijkheden en de consequenties daarvan, maar het is vervolgens aan de testateur om de inhoud van het testament te bepalen. De (kandidaat-) notaris dient deze wens te respecteren. Bovendien is het geen ongebruikelijk testament en bevat het ook geen evidente juridische onjuistheden. Het testament betreft geen kale onterving van de kinderen van erflaatster; de geldlegaten zijn even groot als wanneer de kinderen samen met de heer [naam] als erfgenaam waren aangewezen. Uitsstel van de opeisbaarheid van een erfdeel, in dit geval een legaat tot overlijden van de

partner is tegenwoordig zeer veelvoorkomend en ingegeven door de vaak bij de testateur aanwezige wens om de partner verzorgd achter te laten.

In het testament is expliciet bepaald dat de legaten pas opeisbaar zullen zijn na overlijden van de partner.

Aangenomen mag worden dat erflaatster zich derhalve bewust was van hetgeen dit voor haar kinderen betekende. Niet is komen vast te staan dat de kandidaat-notaris erflaatster onvoldoende heeft geïnformeerd over het door haar gekozen testament en wat dit voor haar kinderen zou betekenen.”

Ook het feit dat de notaris de testamenten van erflaatster en haar partner samen heeft gepasseerd, acht de Kamer niet verwijtbaar. Het hof ziet het anders.

Overwegingen van het hof

“6.4. Met betrekking tot de vraag of de oud-notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door de partner bij het passeren van het testament aanwezig te laten zijn, overweegt het hof het volgende. De oud-notaris heeft aangevoerd dat de aanwezigheid van de partner van erflaatster bij het passeren van haar (en tegelijkertijd zijn) testament volstrekt gebruikelijk was en dat hem daarvan dus geen tuchtrechtelijk verwijt is te maken. Niet ter discussie staat dat het in de notariële praktijk gebruikelijk is dat de notaris een (langstlevende-)testament voorbereidt en passeert in het bijzijn van beide echtgenoten/partners. Dit betreft een uitzondering op de eveneens in de praktijk geldende regel dat bij het bespreken en/of passeren van een testament (een eenzijdige, ongerichte, herroepelijke en hoogstpersoonlijke rechtshandeling, artikel 4:42 BW) geen derden aanwezig zijn.

6.5. 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.

6.12. Met betrekking tot de klacht van klaagster – kort samengevat – dat de toegevoegd notaris in een e-mail van 28 april 2010 informatie (die ook nog onjuist zou zijn) heeft verstrekt aan alleen de partner en niet aan de kinderen, overweegt het hof het volgende. Hoewel het de toegevoegd notaris vrij stond de partner te informeren over haar standpunt met betrekking tot de uitleg van het testament en dat standpunt (te weten dat de partner ingevolge het testament van erflaatster zou mogen interen op de nalatenschap en geen zekerheid hoefde te stellen voor de legaten van de kinderen) verdedigbaar is, rekent het hof het de toegevoegd notaris aan dat zij dit standpunt niet gelijktijdig kenbaar heeft gemaakt aan de kinderen van erflaatster hoewel zij wist of kon weten dat op dit punt een geschil tussen partijen bestond. Een en ander brengt met zich dat het hof de handelwijze van de toegevoegd notaris in dit opzicht tuchtrechtelijk laakbaar acht. Dit onderdeel van de klacht jegens de toegevoegd notaris is gegrond.”

Commentaar

Inleiding

Blij en ook een beetje trots zit het paar tegenover de notaris. Sinds lange tijd delen ze lief en leed; niet zelden langer dan veertig jaar. En nu is het tijd om de verzorging van de langstlevende inhoud te geven. Het vermogen is met beider inspanning opgebouwd en cliënten ervaren die verzorging niet zelden als een gemeenschappelijk taak waarvoor zij dan ook samen een vormgeving zoeken. Er is in de meeste gevallen thuis het nodige voorwerk gedaan. Een gedachte die past bij het gevoel dat de zorg voor elkaar bij de dood van één hunner niet mag ophouden. Om het te zeggen in de bewoordingen van Asser I nr. 198: “Immers reeds in 1945 heeft de Hoge Raad (arrest van 30 november 1945, NJ 1946, 62 (De Visser-Harms) aangenomen dat het tussen echtgenoten als een onafwijsbare plicht wordt beschouwd om, indien nodig, te zorgen voor het onderhoud van de weduwe en dat derhalve de vervulling van deze plicht zozeer beantwoordt aan hetgeen de echtgenoten van elkaar mogen verwachten dat daarmee – indien blijvend binnen redelijke grenzen – voldaan wordt aan een verplichting van de ene echtgenoot jegens de ander, welke als een natuurlijke verbintenis moet worden erkend”. Deze

gedachte is sinds 1 januari 2003 met de komst van het nieuwe erfrecht alleen maar versterkt. Het komt mij consequent voor dat bij de vormgeving van die verbintenis als beginsel geldt dat beide partijen aanwezig zijn.

En die gezamenlijkheid, verbondenheid en het bestaan van een verbintenis zijn de redenen dat partijen hierover naar elkaar transparant willen zijn. Dat een en ander dan in twee verschillende akten moet worden vastgelegd blijkt wel eens een verrassing maar dat is nu eenmaal een technisch aspect. Aan de beleving dat een gezamenlijke taak is afgerond doet dat niet af. Om die reden neemt de praktijk als uitgangspunt dat een dergelijk gesprek in beginsel door beide partijen samen met de notaris wordt gevoerd.

Twee keer een gele kaart

Het hof neemt als uitgangspunt dat een notaris al het nodige moet 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. Dit correspondeert met het arrest van de Groninger huwelijksvoorwaarden (HR 20 januari 1989, NJ 1988, 796): “De functie van een notaris in het rechtsverkeer brengt immers mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.” In zoverre bevat dit arrest niets nieuws. Nieuw is echter dat de 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 afzonderlijk de relevante aspecten van het testament bespreekt. Dit is aan partners lastig uit te leggen. De oplossing van een gezamenlijk ervaren inspanning wordt door de notaris bij elk van partijen afzonderlijk getoetst. De ander mag er dus niet bij zijn. Er is kennelijk onvoldoende vertrouwen in de gezamenlijkheid. En er is bij het hof kennelijk onvoldoende vertrouwen in het onderscheidend vermogen van de notaris. Twee keer een door het hof uitgedeelde gele kaart op gronden die de sinds lang bestaande praktijk miskennen. Het hof erkent dat laatste expliciet. Er wordt immers overwogen: “Niet ter discussie staat dat het in de notariële praktijk gebruikelijk is dat de notaris een (langstlevende-)testament voorbereidt en passeert in het bijzijn van beide echtgenoten/partners. Dit betreft een uitzondering op de eveneens in de praktijk geldende regel dat bij het bespreken en/of passeren van een testament (een eenzijdige, ongerichte, herroepelijke en hoogstpersoonlijke rechtshandeling, artikel 4:42 BW) geen derden aanwezig zijn.”

De verantwoording

Het hof neemt tot uitgangspunt dat de notaris elk van partijen afzonderlijk aan de tand voelt. En als dat niet zou gebeuren dan geldt dat: *“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.”*

De concrete omstandigheden van het geval zijn dus maatgevend en een standpunt moet ook later nog kunnen worden onderbouwd. Wat nu als een testateur en notaris na het opmaken van een testament beiden nog lang leven: een verantwoording onder welke omstandigheden vijftig jaar geleden een testament is getekend? Een algemene weergave voldoet niet; bepalend zijn immers de concrete omstandigheden van het geval. In de praktijk merk je gauw genoeg of cliënten zich volstrekt vrij voelen of niet. Maar dat *fingerspitzengefühl* valt niet onder de *concrete omstandigheden van het geval*. Minst genomen zal door de notaris een verslag moeten worden gemaakt waaruit van die concrete omstandigheden blijkt en dat bij het testament wordt bewaard. Vanwege de daaraan verbonden (proces)risico's verdient de optie van het afzonderlijk aan de tand voelen (hoezeer dit ook niet zou passen bij de praktijk) de voorkeur. Om later bewijsproblemen te voorkomen zal hiervan melding kunnen worden gemaakt in het testament.

Geldt de norm bij elke notariële tussenkomst?

Het hof ziet de afzonderlijke toetsing als de taak van de notaris. Zou het beginsel dan niet evengoed moeten gelden bij alle andere notariële werkzaamheden? Beïnvloeding is uit de aard der zaak niet beperkt tot alleen het opmaken van testamenten. Het risico van beïnvloeding is in potentie evenzeer aanwezig bij het opmaken van huwelijksvoorwaarden (grote vermogensverschuiving), bij een onroerend goed transactie (niet marktconforme bedingen), bij het opmaken van een hypotheekakte (idem), bij de oprichting van een BV door meerdere personen (idem) en bij een aandelenoverdracht (idem). Dit als enuntiatieve opsomming. Leidt de toepassing van dat beginsel niet tot de gedachte dat het op de weg van de notaris ligt om bij elke rechtshandeling, waarbij twee of meer personen zijn betrokken, telkens één partij apart te nemen en hem aan de tand te voelen of hij dit écht wel wil? Dat de in deze alinea bedoelde werkzaamheden wel in één document worden opgemaakt, doet hier niet aan af. Bij het hof staat immers voorop dat het risico van beïnvloeding door het voeren van een separaat gesprek dient te worden beperkt. En dan mag het niet uitmaken of twee of meer cliënten elk afzonderlijke een akte tekenen of dat alle cliënten samen één stuk tekenen. Het hof ziet dat, denk ik, anders. Onder 6.4 wordt

immers overwogen dat een testament is *‘een eenzijdige, ongerichtte, herroepelijke en hoogstpersoonlijke rechtshandeling’*. Het ziet er daarom naar uit dat het afzonderlijk aan de tand voelen van cliënten alleen geldt bij het opmaken van een testament; voor andere werkzaamheden van de notaris zou dat beginsel dus niet gelden. De voorlopige conclusie uit dit arrest is dat niet in de eerste plaats de taak van de notaris redengevend voor de uitkomst is, maar de vormgeving van het verhaal. Concreet: als partners samen een samenleefcontract en elk een testament willen tekenen, dan geldt het afzonderlijk horen alleen voor de testamenten. Dit lijkt me niet consequent en is lastig aan cliënten uit te leggen.

Langstlevende bescherming is normgevend

Uitgangspunt bij een langstlevend testament tussen partners is dat de langstlevende enig eigenaar wordt van het gehele vermogen en dat de kinderen vorderingen ontvangen. De kinderen moeten met het opeisen van hun vordering wachten tot overlijden van de langstlevende. Precies zoals de wetgever het in het nieuwe erfrecht (1 januari 2003) als uitgangspunt neemt en de praktijk sinds het preadvies De ouderlijke boedelverdeling volgens de artikelen 1167 e.v. BW (BCN, 1958). Als uitgangspunt geldt tevens dat nagenoeg alle samenwoners zich conformeren aan de normgevendende gedachte van de wetgever voor gehuwden; ook bij partijen die elkaar een tweede kans bieden.

De onderhavige casus

Kennelijk woonden partijen in de onderhavige casus sinds twee jaar samen en waren er kinderen uit een eerder huwelijk. Er is in dergelijke gevallen aanleiding voor een meer actieve houding van de notaris. Geldt dat ook als er geen kinderen uit een eerder huwelijk zouden zijn geweest? Wat hier van zij, onderkend moet worden dat bij een tweede relatie niet in alle gevallen automatisch een evenwicht bestaat tussen de positie van de nieuwe partner en die van de kinderen uit de eerdere relatie. En deze spanning dient uiteraard aanleiding te zijn voor een meer actief notarieel handelen. Denk als voorbeeld aan een tweetrapsmaking.

Maar wat als partijen aangeven dat zij de ander verzorgd willen achterlaten en dat ze zich daarom conformeren aan het langstlevende erfrecht? Dat de langstlevende desgewenst kan interen op de nalatenschap is voldoende bekend. Daarbij staat vast dat de toegevoegd notaris diverse opties met beide partijen heeft gesproken en dat erflaterster en haar partner elk een eigen keuze hebben gemaakt. Er is het nodige nagedacht en afgestemd. Moet er dan nog expliciet worden gewezen op de (zeer onpraktische) verplichting

ting om zekerheid te stellen? Kennelijk is dat het geval; het hof nuanceert immers niet.

De transparantie na overlijden

De notaris zou volgens het hof onder 6.12 gehouden zijn om zijn opinie, afgegeven aan de ene partij, ook aan de andere partij te verstrekken. Honderd procent transparantie dus. Een substantieel deel van de werkzaamheden in het familierecht bestaan uit het geven van een opinie, gevolgd door relativerende opmerkingen om de verhoudingen in familieverband glad te strijken. Het is strijk en zet om bij een geschil tussen partijen het afgeven van een opinie te combineren met het advies om niet de formele routing te kiezen, maar een geschil te beslechten door een geste te doen. Bemiddelen wordt wel erg lastig als de aan de ene partij afgegeven opinie met een dergelijk advies automatisch aan de andere partij moet worden doorgezonden. Nu de andere partij hiervan kennis neemt, is van gelijkheid van partijen aan de onderhandelingstafel geen sprake meer. Biedt het soelaas om het advies om een geste te doen in een afzonderlijke brief aan te bieden? Als ik het goed zie, dan is dat geen oplossing. Uitgangspunt is immers transparantie van de notaris in het geval een geschil bestaat. Als mijn veronderstelling juist zou zijn, dan komt hiermee de bemiddelende functie van de notaris onder zware druk te staan.

Waar komt die omkering van de bewijslast vandaan?

Binnen de vrije beroepen worden de laatste tijd meer wezenlijke problemen zichtbaar. Om me tot het notariaat te beperken: een aantal notarissen blijkt betrokken bij notoire misstanden. Met enige regelmaat wordt daarom een notaris door de tuchtrechter afgezet. Het is niet meer dan logisch dat onder dergelijke omstandigheden de tuchtrechter scherper aan de wind zeilt en de tuchtrechtelijke lat hoger legt. Dit doet hij door het geven van normerende uitspraken; zoiets als een aanvulling op de Beroeps- en Gedragsregels. Uit de onderhavige zaak destilleert het

hof de omkering van een beginsel. Het nieuwe beginsel is dat elke testateur afzonderlijk moet worden gehoord. Aanleiding voor deze omkering is een klacht wegens kennelijk beschadigde familieverbanden. De vraag wordt dan opportuun of het totaal aan (nog te verschijnen) normerende arresten een consistent geheel oplevert of dat dit totaal steeds een reactie is op ingediende klachten. In het laatste geval ontstaat het risico van fragmentatie en is er aanleiding tot bezinning.

Daarbij komt dat de onderhavige zaak geen notoire misstand is maar een tuchtrechtelijk vervolg op een beschadigde verhouding tussen het kind en de nieuwe partner van haar moeder. Dit leidt tot de vraag of een dergelijke casus aanleiding moet zijn tot een omkering van het sinds mensenheugenis bestaande uitgangspunt dat testamenten in bijzijn van de partner worden getekend met de veronderstelde beperking dat dit alleen geldt voor het opmaken van testamenten.

Conclusies

1. Bij een tweede relatie blijkt het wel eens lastig om een evenwicht te vinden tussen de positie van de nieuwe partner en die van de kinderen uit het eerdere huwelijk. Dit moet als vanzelf tot een meer actieve houding van de notaris leiden.
2. Het beginsel dat de notaris elk van partijen afzonderlijk zou moeten horen lijkt me niet beperkt tot het opmaken van een testament. Echter, in de visie van het hof geldt dit beginsel alleen voor testamenten; dit vanwege de aard van de rechtshandeling.
3. Bemiddeling en volstreekte transparantie zijn niet verenigbaar.

Mijn dank aan mevrouw K. van Dosselaar.
Hof Amsterdam 10 december 2013,
ECLI:NLGHAMS:2013:4487

R.J. Holtman