

Onder redactie van:
Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. G.A. Tuinstra
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. E.C.E. Schnackers
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. dr. G.T.J. Hoff

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2022-1

19 januari 2022

Dure redactiefouten in testamenten (deel I)

Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Fouten maken is nu eenmaal menselijk en notarissen vormen daarop geen uitzondering. Bij de uitvoering van werkzaamheden ten aanzien waarvan de notaris het domeinmonopolie heeft – het met erflater bespreken, opstellen en passeren van een testament (art. 4:94 BW) – laat men nog weleens een grote of kleine steek vallen. Soms zijn die ‘gevallen steken’ te repareren met behulp van een welwillende uitleg van het testament (art. 4:46 BW). Is dat niet het geval, dan kan beroepsaansprakelijkheid van de notaris in het vizier komen. De rechtspraak hierover laat een gevarieerd beeld zien van in testamenten gemaakte redactiefouten:

- Een notaris gaat eraan voorbij dat de erflater reeds eerder een testament had gemaakt als gevolg waarvan de vererving van de nalatenschap anders verloopt dan was beoogd (HR 10 januari 1997, NJ 1999/286).
- Een notaris laat na in een langstlevende testament een niet-opeisbaarheidsclausule van artikel 4:82 BW op te nemen (HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288 en hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5292).
- Een notaris neemt ten onrechte in het testament op dat een bepaald legaat wordt herroepen (rb. Amsterdam 24 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:359).
- Een notaris laat na de echtgenoot tot erfgenaam te benoemen als gevolg waarvan de door de erflater gewenste wettelijke verdeling van de nalatenschap niet van toepassing is (HR 11 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:4), en:
- Een notaris neemt ten onrechte geen begrenzing op ten aanzien van de in een testament opgenomen kleinkindlegaten waardoor een situatie van overlegatering van de nalatenschap ontstaat, met alle gevolgen van dien (hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:6128).

In al deze gevallen zou de notaris door een benadeelde aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de gemaakte beroepsfout. Onder welke omstandigheden is de notaris hiervoor met succes aansprakelijk te stellen? Hoe luiden de regels van stelplicht en bewijslastverdeling in dit verband? Welke schadeposten komen voor vergoeding in aanmerking en zijn toerekenbaar aan de beroepsfout van de notaris, en welke niet? Al deze vragen komen aan de hand van deze en andere rechtspraak (voor toezending van eventuele andere notariële *bloopers* houd ik mij aanbevolen) in een serie bijdragen aan de orde. Ik begin evenwel met een bekend arrest van de Hoge Raad uit 2016 en het daarna gewezen verwijzingsarrest van het gerechtshof Amsterdam uit 2017. Dat verwijzingsarrest dient aan de vergetelheid ontrukkt te worden, omdat het arrest een mooi overzicht biedt van alle relevante aansprakelijkheidsthema's.

Het vertrekpunt wat betreft de regels met betrekking tot de stelplicht en de bewijslastverdeling in zaken van notariële beroepsaansprakelijkheid is het arrest van de

Hoge Raad van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288. In die zaak heeft erflater in 2003 zijn kinderen uit zijn eerste huwelijk onterfd. Zijn tweede echtgenote heeft hij tot zijn enige erfgenaam benoemd. Na erflaters overlijden stelt zijn weduwe dat de notaris – in dit geval de kandidaat-notaris die als waarnemer optrad (hierna aangeduid als de notaris) – een beroepsfout heeft gemaakt, doordat de opeisbaarheid van de geldvorderingen van de onterfde kinderen uit hoofde van de legitieme porties niet is uitgesteld in het testament (art. 4:82 BW). De kinderen hebben hun legitieme porties bij de weduwe onmiddellijk na zes maanden opgeëist (art. 4:81 lid 1 BW), ten gevolge waarvan de weduwe stelt schade te hebben geleden.

Uit de uitspraak blijkt dat de voorbereidende werkzaamheden voor het testament, zoals het voeren van een bespreking met erflater en het opstellen van concepten, zijn uitgevoerd door een notarieel medewerker die op het kantoor van de notaris werkzaam was. Uit de aantekeningen van deze notarieel medewerker blijkt onder meer dat de erflater stelde een slechte relatie te hebben met de beide kinderen uit zijn eerste huwelijk en dat hij hen (en ook hun nakomelingen) wil uitsluiten als erfgenamen. Opgetekend wordt door de notarieel medewerker: 'Hij wil graag eerst testament op de langstlevende.' Later meldt de man in een e-mail: 'Uiteraard blijft voor ons beiden het langstlevendentestament het uitgangspunt.'

De rechtbank Rotterdam heeft de weduwe bij vonnis van 17 april 2013 op vordering van het ene onterfde kind veroordeeld tot betaling van € 51.959,34 en op vordering van het andere onterfde kind tot betaling van € 50.959,34. De weduwe had de notaris in vrijwaring opgeroepen. In het vrijwaringsgeding heeft de weduwe – samengevat – gevorderd dat de notaris zal worden veroordeeld om aan haar te betalen al hetgeen waartoe zij in de hoofdzaak jegens de kinderen veroordeeld mocht worden en voorts tot het betalen van schadevergoeding. Zij legt daaraan ten grondslag dat als gevolg van nalatigheid van de notarieel medewerker en de notaris niet de clause van artikel 4:82 BW in het testament van haar man is opgenomen. Indien die clause wel was opgenomen, zouden de geldvorderingen van de kinderen uit hoofde van de legitieme porties eerst opeisbaar zijn geweest na het overlijden van de weduwe.

Vermeldenswaard is hier nog dat de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam bij beslissing van 23 juli 2013 een door de weduwe tegen de notaris ingediende tuchtklacht gegrond heeft verklaard en aan haar de maatregel van een waarschuwing heeft opgelegd (ECLI:NL:GHAMS:2013:2284). De notariskamer overwoog onder meer:

'Naar het oordeel van het hof had het dan ook op de weg van [de notaris] gelegen om bij het passeren van het testament van erflater de bepaling zoals bedoeld in artikel 4:82 BW aan erflater voor te leggen. Het niet opnemen van die bepaling impliceert immers de keuze om de kinderen te laten voorgaan boven klaagster. [de notaris] diende zich derhalve ervan te vergewissen of erflater zich realiseerde – en ook wenste – dat indien het testament zoals dat op 6 maart 2003 voorlag, gepasseerd zou worden, zijn kinderen hun legitimaire rechten tijdens leven van klaagster konden opeisen. Nu niet is gebleken dat [de notaris] erflater bij het passeren van zijn testament (volledig) op de juridische gevolgen van dat testament heeft gewezen, kan haar daarvan in dezen een tuchtrechtelijk verwijt worden gemaakt. Dit betekent dat dit klachtonderdeel gegrond zal worden verklaard. Het hof acht het opleggen van de maatregel van waarschuwing in deze passend en geboden.'

Volgens de tuchtrechter had het op de weg van de notaris gelegen om bij het passeren van het testament de niet-opeisbaarheidsclause van artikel 4:82 BW aan erflater voor

te leggen. Het tuchtrechtelijk verwijt kan in dit geval aan de notaris worden gemaakt, omdat 'niet is gebleken' dat de notaris aan de (in art. 43 lid 1 Wet op het notarisambt opgenomen) voorlichtingsplicht heeft voldaan.

De aansprakelijkheidsprocedure tegen de notaris kende een wisselend verloop. De rechtbank Rotterdam heeft in een tussenvonnis in de vrijwaringszaak overwogen dat de notaris en de notarieel medewerker bij het opstellen en het passeren van het testament niet de zorgvuldigheid hebben betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mocht worden verwacht en dat de notaris daarmee jegens de weduwe toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende verbintenissen en aansprakelijk is voor de door de weduwe dientengevolge geleden schade.

Het gerechtshof Den Haag heeft het incidenteel appel van de notaris (geïntimeerde in het principaal appel) tegen het vonnis van de rechtbank gegrond geacht en de vorderingen van de weduwe (appellante in het principaal appel) alsnog afgewezen. De weduwe werd veroordeeld een bedrag van € 57.033,33 terug te betalen (ECLI:NL:GHDHA:2014:4290). Het hof overwoog daartoe onder meer:

'Zowel onder het oude als het nieuwe erfrecht hadden de kinderen van erflater recht op hun legitieme portie. Dit is naar huidig recht een schuld die als schuld van de nalatenschap ten laste van appellante als enige erfgename komt. Door het opeisen van de legitieme heeft appellante geen schade geleden. Door het betalen van een schuld treedt er geen verarming op.

Als rechtsopvolgster onder algemene titel is appellante in de rechten en verplichtingen getreden van erflater. Op appellante rust in die hoedanigheid in beginsel de stelplicht en bewijslast om te bewijzen dat geïntimeerde toerekenbaar te kort is geschoten in haar dienstverlening. Op grond van de stukken is niet komen vast te staan dat erflater de niet-opeisbaarheidsclausule van artikel 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen. Het is derhalve een veronderstelling van appellante dat hij die clausule zou hebben willen opnemen in zijn testament. De door geïntimeerde gesuggereerde mogelijkheid dat hij die clausule mogelijk niet in zijn testament had willen opnemen zou ook kunnen. Nu dat alles echter niet kan worden vastgesteld, kan ook niet worden geconcludeerd dat geïntimeerde (dan wel haar medewerkers) toerekenbaar tekort zijn geschoten jegens erflater dan wel onrechtmatig jegens erflater hebben gehandeld. Naar het oordeel van het hof heeft geïntimeerde bovendien meer dan voldoende inzicht gegeven in de door haar en haar medewerkers verleende dienstverlening. Niet weersproken is dat appellante inzage heeft gehad in het dossier van erflater. De aantekeningen van [de notarieel medewerker] zijn in het geding gebracht. Geïntimeerde heeft in haar incidentele appel duidelijk aan de orde gesteld dat zij niet in haar dienstverlening is te kort geschoten en dat appellante na het overlijden van erflater verzorgd is achter gebleven. Appellante heeft niet onderbouwd op basis van financiële gegevens dat zij door het testament zonder opeisbaarheidsclausule niet goed verzorgd is achter gebleven. Uit de financiële gegevens die wel zijn verstrekt volgt dat appellante ook over een zeer aanzienlijk vermogen beschikte na betaling van de legitieme porties.'

Eenzijds oordeelt het hof dat de weduwe door het opeisen van de legitieme geen schade zou hebben geleden. Daarbij heeft het hof zich kennelijk laten leiden door de gedachte dat de kinderen op enig moment zonder meer recht hadden op voldoening van de legitieme en wie zijn schulden voldoet, verarmt niet (maar raakt natuurlijk wel zijn centen kwijt, voeg ik zelf daaraan toe). Anderzijds oordeelt het hof dat op grond van de stukken niet is komen vast te staan dat erflater de niet-opeisbaarheidsclausule van

artikel 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen. Dat zou niet meer dan een veronderstelling van de weduwe zijn geweest. Het zou ook kunnen dat de erflater die clause mogelijk niet in zijn testament had willen opnemen, aldus het hof.

De weduwe heeft hierop beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft het voor de weduwe teleurstellende arrest van het gerechtshof Den Haag vernietigd. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, NJ 2016/295, onder meer:

‘Een notaris dient als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan deze zorgvuldigheidsplicht meebrengen dat de notaris bij het verlijden van een akte niet slechts de zakelijke inhoud daarvan meedeelt en toelicht, maar ook wijst op de gevolgen die uit die inhoud voortvloeien (zie bijv. HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586, NJ 1989/766 en art. 43 lid 1, derde volzin, Wet op het notarisambt).

Op degene die stelt dat de notaris als beroepsbeoefenaar in de nakoming van zijn hiervoor (...) genoemde zorgvuldigheidsplicht is tekortgeschoten, rust de stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden die dit oordeel kunnen dragen. Van de notaris kan evenwel worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de desbetreffende stellingen, teneinde degene die hem aanspreekt aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen (HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2244, NJ 1999/286). Voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen hij in het kader van zijn voorlichtingsplicht met de betrokkene heeft besproken, kan dat ertoe leiden dat hij niet aan de zojuist genoemde motiveringsplicht kan voldoen, hetgeen dan voor zijn risico komt.

Uit de hiervoor (...) aangehaalde aantekeningen van het gesprek tussen erflater en [persoon 3] blijkt dat erflater aan deze heeft medegedeeld dat de verhouding met zijn kinderen uit zijn eerste huwelijk slecht was, dat hij hen wilde uitsluiten als erfgenaam en dat hij een testament wilde “op de langstlevende”. Daarvan uitgaande zouden [kinderen] slechts aanspraak kunnen maken op de legitieme portie. Art. 4:82 BW, dat deel uitmaakt van het op 1 januari 2003 ingevoerde erfrecht, bepaalt dat een erflater aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot de voorwaarde kan verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, eerst opeisbaar is na diens overlijden. Een dergelijke bepaling kende het voordien geldende recht niet. In het onderhavige geval zou opneming van deze voorwaarde in het testament van erflater ertoe hebben geleid dat de vorderingen van [kinderen] uit hoofde van hun legitieme portie pas opeisbaar zouden worden na het overlijden van [appellant].

[appellant] heeft onder meer aan haar vordering ten grondslag gelegd dat [persoon 2] en de notaris toerekenbaar zijn tekort geschoten of onrechtmatig hebben gehandeld door erflater niet op voormelde mogelijkheid te wijzen en evenmin te waarschuwen voor de gevolgen van het niet benutten daarvan (...). In het licht van de hiervoor (...) vermelde uitgangspunten en omstandigheden, vormt de overweging van het hof dat niet is komen vast te staan dat erflater de niet-opeisbaarheidsclause van art. 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen, een onvoldoende begrijpelijke weerlegging van die stelling. Indien erflater niet op de mogelijkheid van die clause (en de gevolgen van het achterwege laten ervan) is geweest, heeft hij zich over de wenselijkheid daarvan immers geen mening kunnen vormen. De hierop gerichte klachten (...) zijn dan ook gegrond.

Voor zover het hof met zijn oordeel dat de notaris (bovendien) meer dan voldoende inzicht heeft gegeven in de door haar en haar medewerkers verleende dienstverlening, mocht hebben bedoeld dat de notaris haar betwisting van de hiervoor (...) weergegeven stelling van [appellant] voldoende heeft gemotiveerd, en het hof de stelling op die grond heeft verworpen, is dat evenzeer onbegrijpelijk. Het hof heeft immers geen omstandigheden vastgesteld waaruit kan volgen dat de notaris en haar medewerkers voorlichting over de mogelijkheid van een clause als bedoeld in art. 4:82 BW hebben gegeven, dan wel deze voorlichting achterwege konden laten. Daarbij is van belang dat het ontbreken van schriftelijke vastlegging van hetgeen met erflater is besproken – waaronder ook valt de onvolledigheid van vastlegging – voor risico van de notaris dient te blijven (...). Ook onderdeel (...) slaagt dus.'

Bij dit lang uitgevallen citaat plaats ik de volgende kanttekeningen.

Maatstaf voor beroepsaansprakelijkheid

De Hoge Raad geeft als norm dat de notaris de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot – ook wel de maatman genoemd – mag worden verwacht. Die zorgvuldigheidsplicht wordt aan de hand van de omstandigheden van het geval verder ingekleurd. In artikel 43 lid 1 Wet op het notarisambt is gecodificeerd dat de notaris bij het verlijden van een akte niet alleen de zakelijke inhoud daarvan meedeelt en toelicht, maar zo nodig ook wijst op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien. Schending van deze voorlichtingsplicht – ook wel de *Belehrungspflicht* genoemd – kan leiden tot beroepsaansprakelijkheid van de notaris.

Stelplicht en bewijslastverdeling

De stelplicht en bewijslast op dit punt rusten volgens de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op de benadeelde. Het zal voor de benadeelde evenwel niet altijd goed mogelijk zijn om aan te tonen dat de notaris bepaalde voorlichting *niet* heeft gegeven. Het is daarom voor de benadeelde een welkome tegemoetkoming dat de notaris – zo blijkt onder meer uit dit arrest – in dit verband een verzwaarde motiveringsplicht heeft. Die plicht houdt in dat de notaris ter betwisting van zijn beroepsaansprakelijkheid voldoende feitelijke gegevens moet verstrekken, teneinde de benadeelde aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Uit deze processuele informatieplicht van de notaris vloeit voort – en dat is nieuw – dat de notaris het bewijsrisico draagt van onvoldoende dossiervorming. Bij gebreke van een adequate vastlegging in het dossier van de wijze waarop de notaris aan de voorlichtingsplicht heeft voldaan, komen de stellingen van de benadeelde over de door de notaris gemaakte beroepsfout(en) als niet of onvoldoende betwist door de notaris vast te staan. Gedegen dossiervorming door de notaris is dus niet een hinderlijke administratieve last, maar een probaat beschermingsmiddel tegen beroepsaansprakelijkheid.

Tegen deze achtergrond is goed te begrijpen dat de Hoge Raad 's hofs overweging dat niet is komen vast te staan dat erflater de clause van artikel 4:82 BW in zijn testament heeft willen opnemen, onbegrijpelijk acht. Immers, als erflater niet op de mogelijkheid van die clause is gewezen (en op de gevolgen van het achterwege laten daarvan) heeft de erflater zich over de wenselijkheid daarvan überhaupt geen mening kunnen vormen. Het hof kon hierover niet oordelen, vanwege de onvolledigheid van de schriftelijke vastlegging door de notaris en dat komt voor haar bewijsrisico.

De Hoge Raad verwierp ook het oordeel van het hof dat de weduwe geen schade zou hebben geleden door het ontbreken van de clausule van artikel 4:82 BW. Dat oordeel miskent namelijk dat de weduwe in geval van niet-opeisbaarheid van de legitieme portie 'bij leven de gehele nalatenschap kan verteren'. De niet-opeisbaarheid van deze legitimaire aanspraken (of aanspraken uit anderen hoofde) is nu eenmaal het hart van een verzorgingstestament.

Het afwijzende arrest van het Haagse hof is daarmee van tafel. Maar was de notaris nu werkelijk fout en zo ja, wat is de rekening daarvan? De Hoge Raad verwijst de zaak naar het gerechtshof Amsterdam dat, met inachtneming van de beslissing van de Hoge Raad, voor zover nog aan de orde dient te beslissen op het hoger beroep (art. 424 Rv).

Uit het nadien gewezen verwijzingsarrest van het gerechtshof Amsterdam van 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5292, zijn diverse lessen te trekken. De weduwe vordert daarin:

- een verklaring voor recht dat de notaris een beroepsfout heeft gemaakt en aansprakelijk is voor de door de weduwe als gevolg daarvan geleden schade;
- de notaris – uitvoerbaar bij voorraad – te veroordelen te betalen aan de weduwe in totaal € 576.818,35, met rente en veroordeling van de notaris in de proceskosten.

U leest het goed. Volgens de weduwe (of haar advocaat) zou voortijdige voldoening van de schuld uit hoofde van de legitieme van in totaal ca. € 100.000 geleid hebben tot een aanmerkelijk hogere schade. Als dat (bij benadering) waar is, dan zou dat voor de eisende partij een lucratief verdienmodel zijn en voor de gedaagde partij een hard gelag. Of is hier sprake van een raar opgeklopt verhaal?

Beroepsfout?

Het Amsterdamse hof zal eerst moeten vaststellen of de notaris een beroepsfout heeft gemaakt. De Hoge Raad heeft immers slechts in abstracto daarvoor het toetsingskader aangegeven. Het hof overweegt:

'Uit het hiervoor weergegeven oordeel van de Hoge Raad volgt dat van de notaris kan worden verlangd dat zij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van haar betwisting van de stelling van [de weduwe], teneinde [de weduwe] aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen en dat voor zover de notaris geen aantekeningen bijhoudt en bewaart van hetgeen in het kader van de voorlichtingsplicht met erflater is besproken, dat voor haar risico komt. De notaris heeft ook na verwijzing bedoelde nadere feitelijke gegevens niet kunnen verschaffen. Dit betekent dat de notaris de stelling van [de weduwe] onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, en als vaststaand moet worden aangenomen dat [de notaris] ten onrechte heeft nagelaten erflater te wijzen op de mogelijkheid om in het testament de clausule van art. 4:82 BW op te nemen en de notaris derhalve aansprakelijk is voor de dientengevolge door [de weduwe] geleden schade. Daaraan doet niet af dat de rechtbank (...) in hoger beroep onbestreden, heeft overwogen dat [de notarieel medewerker] erflater heeft voorgelicht over de mogelijkheid de opeisbaarheid te beperken. Uit de aantekeningen van [de notarieel medewerker] blijkt immers niet of daarbij ook is gewezen op art. 4:82 BW noch of erflater al dan niet van die mogelijkheid gebruik wenste te maken. Het had dan ook op de weg van [de notaris] gelegen om erflater bij het passeren van het testament alsnog op art. 4:82 BW te wijzen en te vragen of hij van die mogelijkheid gebruik wenste te maken.'

Uit deze overweging blijkt dat minutieus en met accuratesse aantekening moet worden gehouden van het met de erflater gevoerde gesprek, wat daarbij aan de orde is gekomen en wat de reactie van de erflater is geweest op de aan hem voorgelegde keuzemogelijkheden.

Causaal verband?

De vervolgvraag is dan of erflater, indien hij gewezen was op de niet-opeisbaarheidsclausule van artikel 4:82 BW, ervoor gekozen zou hebben om de clausule in het testament te doen opnemen. Dat is de vraag naar het causaal verband. Uitgangspunt is immers dat de beroepsbeoefenaar die een fout begaat, jegens de benadeelde slechts gehouden is tot vergoeding van de schade die door deze normschending is veroorzaakt.

‘Het hof is dienaangaande van oordeel dat op grond van de omstandigheid dat erflater zich tot de notaris heeft gewend met het uitdrukkelijk oogmerk om bij testament [de kinderen] en hun nakomelingen te onterven en [de weduwe] als langstlevende te begunstigen, met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat erflater, indien hij op de mogelijkheid was gewezen om met het opnemen van de clausule van art. 4:82 BW de opeisbaarheid van de aan [de kinderen] toekomende legitieme porties ten gunste van [appellant] uit te stellen, dit ook zou hebben gedaan. Daarmee is het causaal verband tussen de aan de notaris te verwijten fout en de door [de weduwe] geleden schade als gevolg van het door [kinderen] met succes opeisen van hun legitieme porties, in beginsel gegeven. Dat, zoals de notaris nog heeft betoogd, de relatie tussen erflater en [de kinderen] in latere jaren is verbeterd en dat er wellicht toe zou hebben geleid dat erflater de clausule van art. 4:82 BW weer uit het testament zou hebben laten verwijderen, kan als onvoldoende concreet onderbouwd en mede daarom in hoge mate speculatief niet worden gevolgd.’

Hieruit blijkt dat voor het aannemen van causaal verband tussen de normschending door de notaris en de door de weduwe geleden schade volledige zekerheid – voor zover dat überhaupt al mogelijk is – niet wordt vereist. Voldoende is dat de rechter oordeelt dat het causaal verband met een ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’ is komen vast te staan. De eisen die in dit verband door de rechter plegen te worden gesteld, kunnen verschillen al naar gelang de aard en de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de lat hoger of lager gelegd worden. In dit geval oordeelt het hof dat het causaal verband ‘met voldoende zekerheid kan worden aangenomen’. Dat lijkt mij reëel, gelet op de duidelijke verklaringen van de erflater over de door hem gewenste testamentsvorm.

Teneinde de mogelijk ongelimiteerde aansprakelijkheid enigszins in te perken, dient de schade vervolgens naar redelijkheid aan de notaris toegerekend te worden op grond van artikel 6:98 BW. Het normatieve criterium van de ‘toerekening naar redelijkheid’ wordt gebruikt om vast te stellen of tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust – de beroepsfout – en het ontstaan van de schade juridisch causaal verband bestaat en, indien dit het geval is, om te beoordelen welke schadeposten geheel of ten dele voor vergoeding in aanmerking komen.

Welke schadeposten zijn toewijsbaar?

De weduwe vordert – na vermeerdering van eis – in totaal € 576.818,35, bestaande uit zeven schadeposten. Met engelengeduld loopt het hof de posten een voor een af.

De eerste post ziet op het bedrag dat de weduwe op grond van de veroordeling in de hoofdzaak ter zake van de legitieme porties (€ 102.918,68), vermeerderd met rente (€ 6.290,42) en proceskosten (€ 4.336,42) op 6 mei 2013 aan de kinderen heeft betaald. De weduwe voert daartoe aan dat de kinderen zonder de fout van de notaris geen aanspraak op hun legitieme porties hadden kunnen maken, zodat de schade bestaat uit het bedrag dat zij uit dien hoofde aan de kinderen heeft moeten betalen. De notaris stelt daar tegenover dat ook indien de clause van artikel 4:82 BW in het testament was opgenomen de kinderen recht hadden op hun legitieme porties en dat dit, hoewel bij leven niet opeisbaar, als schuld van de nalatenschap ten laste van de weduwe als enige erfgename komt. Door het opeisen en vervolgens aan de kinderen betalen van de legitieme porties heeft de weduwe geen schade geleden, nu daarmee ook bedoelde schuld is gedelgd en de weduwe aldus niet is verarmd, aldus de notaris.

Het hof oordeelt dat de notaris het bedrag aan uitgekeerde legitieme porties moet vergoeden. Daartoe vergelijkt het hof de bestaande vermogenspositie van de weduwe (de IST-situatie (zijn)) met haar hypothetische vermogenspositie als de beroepsfout niet was gemaakt (de SOLL-situatie (behoren)):

‘Voor de vaststelling van de door [de weduwe] geleden schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de bestaande vermogenspositie van [de weduwe] en haar hypothetische vermogenspositie indien de fout van de notaris achterwege was gebleven. In het laatstgenoemd geval was de clause van art. 4:82 BW in het testament van erflater opgenomen en hadden [de kinderen], zolang [de weduwe] in leven was, niet met succes aanspraak kunnen maken op betaling van hun legitieme porties. [de weduwe] had dan de vrije beschikking gehouden over de gehele nalatenschap inclusief het bedrag van die legitieme porties, waarbij het haar, anders dan nu het geval is, vrij had gestaan om de gehele nalatenschap te verteren. De door [de weduwe] geleden schade bestaat er dan in dat zij als gevolg van de fout van de notaris niet meer de mogelijkheid heeft het bedrag van de legitieme porties naar eigen goeddunken op te maken. De notaris dient [de weduwe] alsnog in de situatie te brengen waarin zij zonder de fout van de notaris zou zijn geweest.’

Het verweer van de notaris dat de weduwe niet verarmd is doordat zij schulden van de nalatenschap heeft voldaan, wordt – in navolging van het oordeel van de Hoge Raad – verworpen. Volgens het hof moet de notaris over de legitieme porties ook de wettelijke rente vergoeden aan de weduwe.

Juist is dat de weduwe de gehele nalatenschap had kunnen verteren. Niet juist is de niet-geëxpliciteerde veronderstelling van het hof dat de kinderen na het overlijden van de weduwe geen verhaal meer zouden kunnen nemen voor (een deel van) hun legitieme porties. Het voert te ver daar nu *en détail* op in te gaan, maar artikel 4:87 lid 5 BW is er ook nog! Aan de niet-opeisbaarheidsclause van artikel 4:82 BW blijkt namelijk een ‘prijkaartje’ te hangen: aansprakelijkheid van de weduwe met haar gehele vermogen, ook als de weduwe de nalatenschap beneficiair aanvaard had. Het is dus oppassen geblazen voor de erfgenamen van de weduwe. Bezien vanuit het perspectief van de kinderen geldt: er zijn nog steeds kansen, ofwel als de nalatenschap van de weduwe niet nihil blijkt te zijn, ofwel als één of meer erfgenamen van de weduwe haar nalatenschap zuiver hebben aanvaard.

De tweede post, ter grootte van € 14.464,37, betreft diverse nota’s aangaande door de weduwe aangedragen kosten ter zake van de vaststelling van de omvang van de nalatenschap en de legitieme en fiscaal advies alsmede de over de legitieme porties van

de kinderen verschuldigde erfbelasting. Het hof wijst deze schadepost af, omdat deze kosten ook gemaakt hadden moeten worden zonder de fout van de notaris.

De *derde* post betreft gedeerd rendement dat de weduwe, naar zij stelt, had kunnen maken op de aan de kinderen ter zake van de legitieme porties betaalde bedragen (de *eerste* post). Het handelt volgens de weduwe om een bedrag van € 90.094,20. Ik voeg er dan gekscherend aan toe: als de weduwe de uitbetaalde bedragen had belegd in cryptomunten dan wel in een *tracker* op de AEX of een andere aandelenindex, dan had ze misschien nog wel veel meer rendement kunnen behalen. Deze schadepost miskent dat de wettelijke rente (die deel uitmaakt van de *eerste* post) een gefixeerde schadevergoeding is voor de vertraging in de betaling van een geldsom (art. 6:119 BW). Er is dan ook volgens het hof geen grond voor verdere schadevergoeding in de vorm van een over diezelfde bedragen gedeerd fictief rendement. Men zegt wel dat het wettelijk fixum schadevergoeding zonder gedoe is: enerzijds behoeft de schuldeiser zijn schade wegens vertraging in de voldoening van een geldsom niet te bewijzen, maar hij kan anderzijds ook geen hogere vergoeding vorderen indien zijn schade meer dan het fixum zou belopen.

De *vierde* post betreft een (wel erg hoog) bedrag van € 185.380,40 ter zake van de kosten van juridische bijstand van de weduwe in (i) de klachtprocedure (twee instanties), (ii) de hoofdzaak (een instantie) en (iii) de vrijwaringszaak (vier instanties).

Het uitgangspunt voor de juridische kosten in de klachtprocedure is helder:

‘Ten aanzien van de kosten voor de bij de kamer van toezicht en de notariskamer gevoerde procedures geldt als uitgangspunt dat de kosten van een tuchtprocedure niet kunnen worden beschouwd als redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid of ter voorkoming of beperking van schade als bedoeld in art. 6:96 BW en dat slechts in bijzondere omstandigheden plaats is voor afwijking van dit uitgangspunt (HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4097). Nu het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden is gesteld noch gebleken zijn deze kosten niet toewijsbaar.’

Dat die kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen, is op zich verklaarbaar; het notariële tuchtrecht dient er niet toe civielrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen en de klager financiële genoegdoening te verschaffen. Het tuchtrecht heeft in de eerste plaats tot doel in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. Ik wijs er overigens op dat ten gunste van de klager tegenwoordig een forfaitaire kostenveroordeling kan worden uitgesproken als een tuchtklacht geheel of gedeeltelijk gegrond wordt verklaard (*Staatscourant* 29 december 2020, nr. 67893).

Ten aanzien van de juridische kosten in de hoofdzaak tegen de kinderen oordeelt het hof dat deze kosten het gevolg zijn van de door de notaris gemaakte beroepsfout en derhalve als geleden schade voor vergoeding in aanmerking komen. Hier wreekt zich echter dat volgens het hof het door de weduwe opgestelde overzicht van de door haar ten behoeve van de hoofdzaak betaalde declaraties en verschotten nog steeds niet is vast te stellen. Het hof:

‘Dit betekent dat niet nauwkeurig kan worden vastgesteld in hoeverre de door [de weduwe] gevorderde schadevergoeding daadwerkelijk betrekking heeft op werkzaamheden die zijn verricht ter verdediging tegen de vordering van [de kinderen] in de hoofdzaak en in hoeverre die schade derhalve als gevolg van de door de notaris gemaakte fout aan haar kan worden toegerekend.’

Zoveel is volgens het hof wel duidelijk dat uit de overgelegde declaraties volgt dat ter zake van het verweer in de hoofdzaak daadwerkelijk kosten zijn gemaakt en dat uit het procesverloop in eerste aanleg ook voldoende volgt dat die kosten niet onaanzienlijk zullen zijn geweest. Aangezien de omvang van de door de weduwe geleden schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, moet deze ingevolge het bepaalde in artikel 6:97 BW worden geschat:

‘Gelet op het voorgaande begroot het hof de door de notaris aan [de weduwe] ter zake van de kosten van juridische bijstand in de hoofdzaak tegen [kinderen] te vergoeden schade, gelijk de rechtbank, op € 15.000, te vermeerderen met de in zoverre onbetwist gevorderde wettelijke rente vanaf 31 december 2013.’

Ten aanzien van de gevorderde juridische kosten in de vrijwaringszaak tegen de notaris worden de gewone regels van ons burgerlijk procesrecht gevolgd:

‘Ten aanzien van de kosten van de gerechtelijke procedures in de vrijwaringszaak geldt dat een vergoeding voor de in dat kader door [de weduwe] gemaakte kosten geacht moeten worden te zijn begrepen in de in die procedures op de voet van de artt. 237-240 Rv reeds toegekende en/of nog toe te kennen forfaitaire proceskostenveroordelingen. [de weduwe] heeft voldoende aangetoond dat zij voorafgaand aan de onderhavige procedures in redelijkheid ter verkrijging van voldoening buiten rechte door de notaris kosten heeft moeten maken. Het hof begroot de in dat kader gemaakte redelijke kosten, overeenkomstig de destijds gehanteerde aanbevelingen in het rapport Voorwerk II op twee punten van het toepasselijk liquidatietarief; te weten € 2.842 (2 x € 1.421). De gewijzigde eis is in zoverre, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 31 december 2013, de dag van de eerste wijziging van eis in hoger beroep, toewijsbaar.’

De *vijfde* post ziet op een bedrag van € 13.176,96 als vergoeding van de door de weduwe gemaakte kosten en gependeerde uren, ad € 15 per uur (derhalve volgens Bartjens (zonder kosten mee te rekenen) een tijdsbesteding van ca. 878 uur!). Deze schadepost zou als ‘redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte’ op grond van artikel 6:96 lid 2 onder c BW uitsluitend voor vergoeding in aanmerking kunnen komen, indien aan een dubbele redelijkheidstoets wordt voldaan. Vereist is dat, in de gegeven omstandigheden, de verrichte werkzaamheden redelijkerwijs noodzakelijk waren en dat de gemaakte kosten naar hun omvang redelijk zijn (MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 337). Hoewel het hof het aannemelijk acht dat de weduwe als gevolg van de fout van de notaris genoodzaakt was enige tijd en aandacht te besteden aan het met de notaris gerezen geschil, is deze vordering niet toewijsbaar om een reeks van redenen. Uit de overgelegde specificaties is niet inzichtelijk geworden welk deel van de genoemde tijd is besteed ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Buiten beschouwing dient te blijven de tijd die de weduwe heeft besteed aan andere zaken, zoals de reguliere afwikkeling van de nalatenschap en overleg met adviseurs ter zake van andere kwesties en/of ter instructie van de onderhavige procedures. Ook is niet gesteld of gebleken dat de weduwe tegen het genoemde uurtarief elders werkzaamheden had kunnen verrichten.

De *zesde* post betreft immateriële schade ten bedrage van € 10.000. De weduwe stelt als gevolg van de procedures geestelijk letsel opgelopen te hebben en in haar persoon te zijn aangetast (vgl. art. 6:106 BW). Het hof wijst deze schadepost af. Van een aantasting in de persoon kan volgens het hof inderdaad sprake zijn indien de weduwe geestelijk letsel heeft opgelopen. Daarbij moet het gaan om een ernstige storing van de

psychische toestand. Onvoldoende is dat sprake is van een meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen (en daar hebben inmiddels velen last van). Een voldoende concrete onderbouwing van ernstig geestelijk letsel met behulp van een medische verklaring of een bewijsaanbod ontbreekt.

De *zevende* post, ten slotte, betreft een bedrag van € 150.157 ter zake van kosten van een geldlening. De weduwe betoogt dat zij als gevolg van het opeisen van de legitieme porties op termijn wellicht genoodzaakt zal zijn om een geldlening af te sluiten teneinde in haar woning te kunnen blijven wonen en in haar levensonderhoud te kunnen voorzien. Het hof oordeelt – weinig verrassend – dat voor deze post geen grond bestaat, nu de weduwe als gevolg van toewijzing van de eerste schadepost weer over het bedrag van de legitieme porties zal kunnen beschikken. In het schadevergoedingsrecht is geen plaats voor dubbeltellingen.

Deze zaak heeft de weduwe aan schadevergoeding niet veel opgeleverd (en de winst- en verliesrekening valt vanwege de erg hoge advocatenkosten in dit geval zelfs zwaar negatief uit). De beklagenswaardige notaris zal het gevoel kunnen bekruipen voor de gemaakte beroepsfout heel veel meer aan leergeld betaald te hebben. Mijn eigen afdronk is dat de hoofdrolspelers in dit erfrechtelijke drama – en dat zijn vooral de notaris, (de advocaat van) de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de advocaat van de weduwe – de weduwe in de kou hebben laten staan. Een faire schikking met kennis van de juiste uitgangspunten was in dit geval voor eenieder toch verkieslijk geweest...?

Tot de volgende keer!

Mr. dr. G.T.J. Hoff
Hoff Advocaten



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl