

ECLI:NL:HR:2016:288

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	19-02-2016
Datum publicatie	19-02-2016
Zaaknummer	15/01318
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2015:2306, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHDHA:2014:4290, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen Verwijzing naar: ECLI:NL:GHAMS:2017:5292
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Beroepsaansprakelijkheid notaris. Informatieplicht notaris t.a.v. mogelijkheid niet-opeisbaarheidsclausule in testament op te nemen (art. 4:82 BW). Rol verslaglegging notaris i.v.m. stelplicht nakoming informatieplicht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JWB 2016/77 RvdW 2016/306 NJB 2016/450 RAV 2016/46 NJ 2016/295 met annotatie van S. Perrick NTHR 2016, afl. 3, p. 186 ERF-Updates.nl 2016-0048

Uitspraak

19 februari 2016

Eerste Kamer

15/01318

LZ/AS

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[eiseres] ,
wonende te [woonplaats] ,
EISERES tot cassatie,
advocaat: mr. H.J.W. Alt,

t e g e n

[verweerster] ,
wonende te [woonplaats] ,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. J.A.M.A. Sluysmans.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres] en de notaris.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 97406/HA ZA 12-2078 van de rechtbank Dordrecht van 30 mei 2012 en 21 november 2012 en van de rechtbank Rotterdam van 17 april 2013;
 - b. het arrest in de zaak 200.132.660 van het gerechtshof Den Haag van 2 december 2014.
- Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De notaris heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor de notaris mede door mr. R.L. de Graaff.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden arrest van het hof Den Haag en tot verwijzing voor behandeling van het hoger beroep.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 2 februari 2011 is overleden [erflater] (hierna: erflater). Erflater was in tweede echt getrouwd met [eiseres] . [betrokkene 1] en [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 1 en 2]) zijn de kinderen van erflater, geboren uit zijn eerste huwelijk.

(ii) Erflater heeft bij testament van 6 maart 2003 laatstelijk over zijn nalatenschap beschikt. Dit testament bevat, voor zover relevant, de navolgende bepalingen:

“2. BENOEMING ERFGENAMEN BIJ VÓÓROVERLIJDEN

Voor het geval ik mocht overlijden voor mijn echtgenote [[eiseres]], sluit ik mijn beide kinderen geboren uit mijn eerste huwelijk casu quo hun afstammelingen uit als erfgenamen in mijn nalatenschap en benoem ik mijn echtgenote tot mijn enige erfgename.

3. BEPALINGEN BIJ GELIJKTIJDIG MET OF NA ELKAAR OVERLIJDEN

Voor het geval ik gelijktijdig met of na mijn genoemde echtgenote mocht overlijden beschik ik, met inachtneming van de hiervoor onder 2. omschreven uitsluiting van mijn beide kinderen casu quo

hun nakomelingen, als volgt: (...)”

(iii) Het testament is verleden voor [betrokkene 5] als waarneemster van de notaris. [betrokkene 5] was op dat moment als kandidaat-notaris werkzaam op het kantoor van de notaris. De voorbereidende werkzaamheden voor het testament, zoals het voeren van een bespreking en het opstellen van concept(en), zijn uitgevoerd door [betrokkene 4] , destijds als notarieel medewerker werkzaam op het kantoor van de notaris.

(iv) [betrokkene 4] heeft op 24 februari 2003 met erflater en [eiseres] gesproken over de wijziging van hun testaments. De door [betrokkene 4] gemaakte aantekeningen van deze bespreking bevatten, voor zover relevant, het volgende:

“(...) De man heeft een slechte relatie met de beide kinderen uit zijn 1e huwelijk. Hij wil hen uitsluiten als erfgenaam ook hun nakomelingen.

Hij wil graag eerst testament op de langstlevende.

Daarna wil de man voor zijn gedeelte benoemen:

Twee neven en een nicht [betrokkene 3] als executeur (...)”.

(v) Op 26 februari 2003 heeft erflater aan [betrokkene 4] een e-mail gestuurd met, voor zover relevant, de volgende inhoud:

“(...) Wat mijn testament betreft zou ik nog graag iets tussenvoegen n.1. dat mijn deel (genoemd voor de neven en nicht) in eerste instantie gaat naar mijn zuster (...).

Uiteraard blijft voor ons (lees:) beiden het langstlevendentestament het uitgangspunt. (...)”

(vi) [betrokkene 1 en 2] hebben op 3 maart 2011 een beroep gedaan op hun legitieme portie in de nalatenschap van erflater. Op 29 juli 2011 hebben [betrokkene 1 en 2] hun legitieme portie opgeëist per 2 augustus 2011.

(vii) [eiseres] heeft de notaris bij brief van 14 juni 2011 aansprakelijk gesteld. Vervolgens heeft [eiseres] bij de Kamer van Toezicht voor notarissen en kandidaat-notarissen te Dordrecht een klacht ingediend tegen de notaris en [betrokkene 5] .

(viii) Bij beslissing van 23 juli 2013 heeft de notariële tuchtkamer van het hof Amsterdam de klacht ten aanzien van de notaris ongegrond verklaard, het klachtonderdeel dat [betrokkene 5] de wil van erflater niet juist in zijn testament heeft opgenomen ongegrond bevonden en het klachtonderdeel dat [betrokkene 5] bij het passeren van het testament van erflater geen uitleg heeft gegeven over de juridische gevolgen van het testament gegrond verklaard. Aan [betrokkene 5] is de maatregel van waarschuwing opgelegd. Het hof overwoog onder meer:

“6.3 (...) Vaststaat dat erflater een slechte verhouding had met zijn kinderen, hen alsmede hun nakomelingen als erfgenamen wilde uitsluiten, een langstlevendentestament wenste en in het geval erflater gelijktijdig met of na klaagster zou overlijden een stichting en zijn zuster tot erfgenamen wilde benoemen. Uit de door klaagster bij brief van 25 februari 2013 overgelegde aantekeningen die [betrokkene 4] gemaakt heeft van de bespreking van 24 februari 2003 (...) blijkt dat deze omstandigheden tijdens die bespreking aan de orde zijn geweest. Bij bestudering van het door [betrokkene 4] voorbereide dossier had ook [betrokkene 5] hiervan op de hoogte kunnen en moeten geraken. Naar het oordeel van het hof had het dan ook op de weg van [betrokkene 5] 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. [betrokkene 5] 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 legitieme rechten tijdens leven van klaagster konden opeisen. Nu niet is gebleken dat [betrokkene 5] 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.”

(ix) Op vordering van [betrokkene 1 en 2] heeft de rechtbank Rotterdam [eiseres] bij vonnis van 17 april 2013 veroordeeld om uit hoofde van de legitieme in hoofdsom aan [betrokkene 1] € 51.959,34 en aan [betrokkene 2] € 50.959,34 te betalen.

3.2.1 In dit vrijwaringsgeding vordert [eiseres] - samengevat - dat de notaris zal worden veroordeeld om aan haar te betalen al hetgeen waartoe zij in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, en schadevergoeding. Zij legt daaraan ten grondslag dat als gevolg van nalatigheid van [betrokkene 4] en [betrokkene 5] niet de clausule van art. 4:82 BW in het testament is opgenomen. Indien die clausule wel was opgenomen, zouden de vorderingen van [betrokkene 1 en 2] uit hoofde van de legitieme eerst opeisbaar zijn geweest na het overlijden van [eiseres] .

3.2.2 De rechtbank heeft geoordeeld dat [betrokkene 4] en [betrokkene 5] bij het opstellen en passeren van het testament niet de zorgvuldigheid hebben betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroeps-beoefenaar mocht worden verwacht en dat de notaris aansprakelijk is voor de schade die [eiseres] daardoor heeft geleden. Zij heeft de vordering tot een bedrag van € 54.699,32 toegewezen.

3.2.3 Het hof heeft de vorderingen van [eiseres] alsnog afgewezen en [eiseres] veroordeeld om € 57.033,33 aan de notaris terug te betalen. Het heeft daartoe, voor zover van belang, als volgt overwogen:

“25. Uit de boedelbeschrijving gemeenschap van goederen per datum overlijden volgt dat het saldo van de huwelijksgemeenschap bedroeg € 697.801.

De helft van dit vermogen komt aan appellante toe krachtens huwelijksvermogensrecht.

Krachtens erfrecht komt aan haar toe een bedrag van

€ 230.539. Het totale vermogen van appellante bedroeg derhalve € 579.439,50. Naast dit vermogen beschikt appellante nog over een eigen uitkering alsmede een nabestaandenpensioen.

26. 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.

27. 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 te kort 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 [betrokkene 4] 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.”

3.3 De onderdelen 2.1.2 en 2.1.3 verwijten het hof geen (voldoende gemotiveerd) oordeel te hebben gegeven over de stelling van [eiseres] dat erflater, in het licht van de aan [betrokkene 4] kenbaar gemaakte omstandigheden en wensen, in elk geval niet behoorlijk is voorgelicht over de gevolgen van het niet opnemen van een clause als bedoeld in art. 4:82 BW. Onderdeel 2.1.4 klaagt dat het hof heeft miskend dat het, in het kader van de op de notaris rustende verzwaarde stelplicht, op haar weg lag om voldoende feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan worden afgeleid dat de mogelijkheid van een clause als bedoeld in art. 4:82 BW aan erflater is voorgehouden. Het onderdeel wijst erop dat het ontbreken van adequate dossiervoering in dit verband voor rekening en risico van de notaris komt.

3.4.1 Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 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 mededeelt 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).

3.4.3 Op degene die stelt dat de notaris als beroepsbeoefenaar in de nakoming van zijn hiervoor in 3.4.2 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.

3.5.1 Uit de hiervoor in 3.1 onder (iv) aangehaalde aantekeningen van het gesprek tussen erflater en [betrokkene 4] 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 [betrokkene 1 en 2] slechts aanspraak kunnen maken op de legitieme portie.

3.5.2 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 opnemning van deze voorwaarde in het testament van erflater ertoe hebben geleid dat de vorderingen van [betrokkene 1 en 2] uit hoofde van hun legitieme portie pas opeisbaar zouden worden na het overlijden van [eiseres] .

3.5.3 [eiseres] heeft onder meer aan haar vordering ten grondslag gelegd dat [betrokkene 5] 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 (rov. 18 van het bestreden arrest). In het licht van de hiervoor in 3.4.1-3.4.2, respectievelijk 3.5.1 vermelde uitgangspunten en omstandigheden, vormt de overweging van het hof dat niet is komen vast te staan dat

erflater de niet-opeisbaarheidsclausule 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 clausule (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 van de onderdelen 2.1.2 en 2.1.3 zijn dan ook gegrond.

3.5.4 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 in 3.5.3 weergegeven stelling van [eiseres] 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 clausule 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 (zie hiervoor in 3.4.3). Ook onderdeel 2.1.4 slaagt dus.

3.6 Onderdeel 2.1.5 komt op tegen het oordeel van het hof dat [eiseres] niet heeft onderbouwd dat zij door het testament zonder opeisbaarheidsclausule niet goed verzorgd is achtergebleven en dat uit de verstrekte financiële gegevens blijkt dat zij over een zeer aanzienlijk vermogen beschikte na betaling van de legitieme porties. De motiveringsklacht van het onderdeel slaagt. In het licht van de in het onderdeel aangeduide stellingen van [eiseres] is genoemd oordeel onvoldoende gemotiveerd, ook indien wordt uitgegaan van de door het hof in rov. 25 genoemde bedragen.

3.7 Onderdeel 2.2 klaagt over rov. 26, waarin het hof heeft overwogen dat [eiseres] door het opeisen van de legitieme porties geen schade heeft geleden omdat door het betalen van een schuld geen verarming optreedt. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat, hoewel ter zake van de legitieme portie een schuld ontstaat, de langstlevende in geval van niet-opeisbaarheid van die schuld bij leven de gehele nalatenschap kan verteren. Nu dit uitgangspunt juist is en niet blijkt dat het hof dit heeft onderkend, is ook dit onderdeel gegrond.

3.8 Het vorenstaande brengt mee dat ook de voortbouwende klacht van onderdeel 2.3 doel treft.

3.9 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 2 december 2014;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de notaris in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 952,37 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak en T.H. Tanja-van den Broek, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 19 februari 2016.