

weest, geeft het oordeel van het hof naar mijn bescheiden mening enige blijk van lange tenen.

13. Op een notaris als partijadviseur rust weliswaar ingevolge art. 18 Verordening Beroeps- en gedragsregels 2011 een (extra) zorgplicht om tijdig kenbaar te maken dat hij in die hoedanigheid optreedt, maar daarover bestond in dit geval geen misverstand. Dat de notaris verder, door te schermen met zijn functie en ervaring, meer gewicht aan het betoog van zijn cliënten heeft willen geven is mijns inziens veeleer een kwestie van smaak dan van tuchtrechtelijk belang. Dit geldt te meer nu uit de beslissing niet blijkt dat de notaris daadwerkelijk leugens en onwaarheden zou hebben uitgesproken, zoals klager leek aan te voeren. Bovendien – en dat lijkt mij niet onbelangrijk – is het optreden van de notaris tijdens de betreffende zitting ongetwijfeld door de kantonrechter op waarde geschat, althans dat mag worden aangenomen. Het gebeurt immers wel vaker dat (vertegenwoordigers van) procesdeelnemers krachttermen niet schuwen en een optreden in rechte enigszins gepaard gaat met de nodige dramatiek. Sterker nog, sommige advocaten grossieren daarin (zodat een vergelijkbare beslissing van het Hof van Discipline in mijn beleving ondenkbaar zou zijn). Het is – gelukkig – vervolgens aan een rechter om daar doorheen te prikken.

14. Het hof had kennelijk graag, zo interpreteer ik dat althans, een wat meer bescheiden notaris gezien, zodat de beslissing met name lijkt te zijn ingegeven door een lesje in nederigheid. Wat daar ook van zij, ik vraag mij of dat tot een geïndeed bevonden klacht zou moeten leiden, gevolgd door een waarschuwing en een uiteindelijke kostenveroordeling van meer dan € 4.000. Dat lijkt mij eerlijk gezegd een tikkeltje overdreven. En overigens ben ik net als Waaijer<sup>4</sup> van mening dat het cassatieverbod in notariële tuchtzaken van art. 94 lid 1 Wet op het notarisambt moet worden geschrapt.

Mr. J.D. Kraaikamp  
Advocaat bij DENTONS.

## 37

### Notarieel relatieadvies om fiscale redenen: dat gaat te ver

Kamer voor het notariaat z.p. 's-Hertogenbosch  
19 april 2021, SHE/2020/65,  
ECLI:NL:TNORSHE:2021:11  
(mr. W.F.J. Aalderink, mr. P.M. Knaapen, mr. M.A. Rosenbrand-Biesheuvel)  
Noot Mr. M.C.J. Höfelt

### Notarieel tuchtrecht. Zwaarwegende zorgplicht notaris. Fiscale gevolgen testament voor niet-geformaliseerde lat-relatie.

[art. 17 Wna; art. 43 lid 1 Wna; art. 32 lid 1 sub 4 onder a Successiewet 1956]

*Een erfgename verwijt de notaris dat zij erflater niet heeft geïnformeerd over de voor haar substantiële (fiscale) gevolgen van zijn testament. Zij stelt dat de notaris erflater had moeten wijzen op de mogelijkheid de erfbelastingdruk te beperken door hun relatie te formaliseren, bijvoorbeeld door middel van een huwelijk. De Kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch verklaart deze klacht gegrond. De notaris had erflater moeten wijzen op de voor zijn vriendin te verwachten hoge erfbelasting zodat erflater en klaagster hadden kunnen overwegen hun relatie te formaliseren zodat zij zouden worden aangemerkt als partners in de zin van de Successiewet. Het feit dat de opdracht aan de notaris beperkt was tot het opnemen van een legaat, maakt dit niet anders.*

[klaagster] (hierna: klaagster),  
wonende in [woonplaats],  
gemachtigde: de heer mr. G.W.J. van Dijke, advocaat in Middelburg, tegen  
[de notaris] (hierna: de notaris),  
gevestigd in [vestigingsplaats],  
gemachtigde: de heer mr. A. Lengton, advocaat in Rotterdam (voorheen: mr. [Y]).

4 WPNR 2021/7323.

**Kamer:***1. De procedure*

1.1. Bij e-mailbericht en brief van 29 september 2020 heeft de gemachtigde van klaagster namens klaagster een klacht geformuleerd tegen de notaris. De brief (met bijlagen) is op 30 september 2020 door de kamer voor het notariaat (de kamer) ontvangen.

1.2. Bij brief van 12 oktober 2020 heeft de kamer een kopie van de klacht aan de notaris gezonden en haar verzocht om haar standpunt binnen drie weken kenbaar te maken.

1.3. De gemachtigde van de notaris heeft verzocht uitstel te verlenen voor het indienen van een inhoudelijk verweer. De plaatsvervangend voorzitter van de kamer heeft het verzochte uitstel verleend.

1.4. De gemachtigde van de notaris heeft bij e-mailbericht en brief van 23 november 2020 een verweerschrift (met bijlagen) ingediend.

1.5. Bij brieven van 30 november 2020 heeft de kamer aan partijen meegedeeld dat in verband met de door het kabinet in het kader van het coronavirus getroffen maatregelen voor de kamer een grote vertraging dreigt om de zaak mondeling op een zitting te kunnen behandelen. Aan partijen is voorgesteld in plaats van een mondelinge behandeling de zaak na een tweede schriftelijke ronde schriftelijk af te doen.

1.6. Klaagster heeft vervolgens gevraagd om een mondelinge behandeling van de klacht.

1.7. De klacht is behandeld tijdens de openbare zitting van de kamer van 15 februari 2021, waarbij klaagster, de notaris en de gemachtigden van partijen zijn verschenen. Partijen hebben hun visie op de klacht over en weer toegelicht. De gemachtigde van klaagster heeft dit mede aan de hand van pleitnotities gedaan, die hij aan de kamer heeft overhandigd.

*2. De feiten*

2.1. Klaagster en de heer [naam] (hierna: erflater) hebben gedurende ongeveer 35 jaar een affectieve relatie gehad. Zij woonden (officieel) niet samen en van een huwelijk, geregistreerd partnerschap of samenlevingsovereenkomst was geen sprake.

2.2. Op 24 december 2014 heeft notaris [X] te [vestigingsplaats] (hierna: notaris X) een testament van erflater gepasseerd. Bij dit testament heeft erflater klaagster tot zijn enige erfgenaam benoemd.

2.3. Op 4 oktober 2017 heeft de notaris, die destijds kandidaat-notaris was, in haar hoedanigheid van waarnemer van een aan haar notariskantoor verbonden notaris, het laatste testament (hierna: het testament) van erflater gepasseerd. Bij dit testament heeft erflater, onder herroeping van alle eerdere door hem gemaakte uiterste wilsbeschikkingen, zijn loods aan de [adresgegevens] (hierna: de loods) aan de oudste zoon van klaagster gelegateerd en heeft hij klaagster tot zijn enige erfgenaam benoemd.

2.4. Op [datum] 2019 is erflater overleden.

2.5. Klaagster heeft erflaters nalatenschap zuiver aanvaard.

2.6. Uit de aangifte erfbelasting volgt dat het zuiver saldo van erflaters nalatenschap ruim € 1,2 miljoen bedraagt en dat klaagster € 481.144,- aan erfbelasting is verschuldigd.

2.7. Bij brief van 20 augustus 2020 heeft de gemachtigde van klaagster de notaris geïnformeerd over de aangifte erfbelasting in erflaters nalatenschap en over de aangifte inkomstenbelasting 2019 van erflater. Aan de notaris is het volgende gevraagd:

*“Hebt u erflater geïnformeerd en geadviseerd over de (fiscale) consequenties van zijn testament / de benoeming van cliënte tot enige erfgenaam en zo ja, waar blijkt dat uit? Evident is dat de (erf)belastingdruk substantieel lager was geweest, in het geval van een huwelijk en / of geregistreerd partnerschap.”*

2.8. Bij brief van 24 augustus 2020 heeft de notaris het volgende aan de advocaat van klaagster geantwoord:

*“Uw brief heb ik in goede orde ontvangen.*

*Het testament van 4 oktober 2017 van [erflater] is opgesteld vanwege zijn wens een loods te legateren. Voor het overige heeft het testament dezelfde strekking als het testament dat [erflater] op 24 december 2014 bij [notaris X] heeft getekend. Om de enige reden om niet met meerdere testaments te zitten, is ervoor gekozen alles in één testament over te nemen. In het kader van de geldlening van [erflater] aan [klaagster] is ook gesproken over de situatie, dat [klaagster] en [erflater] officieel niet samenwoonden. Desalniettemin wilde [erflater] op dat punt geen wijzigingen.*

*Dat is spijtig gezien de omvang van de erfbelasting, maar wel de consequentie van de opvattingen van [erflater].*

*Tot slot vraag ik mij nog het volgende af:*

*Ten eerste, of u de accountant van [erflater] ook een dergelijke brief hebt gestuurd. Ten tweede, zou*

*u bij mij uitgekomen zijn, als we destijds wél een aanvulling op het bestaande testament hadden gemaakt? Of had [notaris X] dan een brief mogen ontvangen?”*

2.9. Bij brief van 27 augustus 2020 heeft de gemachtigde van klaagster onder meer het volgende aan de notaris te kennen gegeven:

*“Ik heb u in de brief van 20 augustus jl. gevraagd of u erflater hebt geïnformeerd en geadviseerd over de (fiscale) consequenties van zijn testament in combinatie met de omstandigheden en zo ja, waar dat uit blijkt. U geeft geen antwoord op die vraag, althans u ontwijft die vraag. U geeft namelijk slechts aan dat “is gesproken over de situatie dat van officieel samenwonen geen sprake is”. Er is dus kennelijk niet ook gesproken over de fiscale consequenties ten gevolge van die (ongeregelde) situatie en manieren om daar aan te ontkomen; in ieder geval levert u geen stukken aan waaruit dat blijkt.*

*U vangt uw brief aan met de mededeling dat erflater op 24 december 2014 bij een collega notaris een ánder testament zou hebben gepasseerd. Of er op die dag een uiterste wil is gepasseerd, weet ik niet. Met de inhoud van een eerder (herroepen) testament ben ik niet bekend en de relevantie daarvan zie ik niet. De inhoud daarvan gaat mij ook niet aan.*

*In het laatste deel van de brief stelt u mij enkele vragen en de vragen verbazen mij enigszins. Opnieuw lijkt u te wijzen naar anderen, terwijl u een eigen zorgplicht hebt. Dat is wel teleurstellend. (...) Ik veronderstel dat uit uw dossier niet blijkt dat erflater is gewaarschuwd / geadviseerd. In dat geval had u kunnen volstaan met een korte, inhoudelijke reactie met daarbij het advies / de waarschuwing aan erflater. Ik ontkom er nu niet aan om u en uw kantoor aansprakelijk te stellen voor de door cliënte geleden schade.*

*U / uw kantoor zal voor beroepsaansprakelijkheid verzekerd zijn. Ik verzoek u dan om deze kwestie bij uw beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar te melden. Ik ga er vanuit dat ik uiterlijk binnen één maand na heden van uw beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar verneem, bij gebreke waarvan ik mij vrij en genoodzaakt acht rechtsmaatregelen te treffen.”*

2.10. Bij brief van 15 september 2020 heeft de notaris het volgende aan de gemachtigde van klaagster geantwoord:

*“Zoals u bekend heb ik uw vorige brief in goede orde ontvangen en tevens de verzekeraar op de hoogte gesteld.*

*Iedere aansprakelijkheid van mij, of [naam notaris-kantoor], wordt hierbij afgewezen.*

*In mijn brief van 24 augustus jl., heb ik al aangegeven dat [erflater] bij mij op kantoor is geweest vanwege zijn enige wens een loods te legateren. Bij het opstellen van het testament ben ik uitgegaan van deze wens.*

*Daarnaast is het gebruikelijk om tijdens de bespreking het bestaande testament kort door te nemen en aan te geven wat er in staat, wat de consequenties zijn en mogelijke oplossingen aan te dragen.*

*Ditzelfde gebeurt nogmaals bij de ondertekening van de akte, de zogenoemde ‘belehrung’.*

*Zoals ook al in de vorige brief aangegeven, was de privé-situatie van [erflater] bekend en al eerder aan de orde geweest, dientengevolge wilde [erflater] daarin geen wijzigingen.*

*Al hetgeen de cliënt, in dit geval [erflater], niet wil/wenst, wordt niet genoteerd. Enkel als er bijzonderheden zijn.*

*Conclusie is dat het testament is opgesteld geheel conform de wensen van [erflater]. Dat hierdoor [klaagster] een groot bedrag aan erfbelasting verschuldigd is, is zeer spijtig, maar nog steeds het gevolg van de opvattingen en wensen van [erflater] en onlosmakelijk verbonden aan fiscaal overheidsbeleid waarbij geen ‘waarde’ wordt toegekend aan niet geformaliseerde relatievormen zoals partners die bewust kiezen voor een LAT-relatie.”*

### 3. De klacht en het verweer

3.1. Klaagster verwijt de notaris (kort gezegd) dat zij onzorgvuldig heeft gehandeld bij de totstandkoming van het testament van erflater van 4 oktober 2017. Ondanks het feit dat de notaris wist of had behoren te weten dat erflater zeer vermogend was, erflater een langdurige affectieve relatie had met klaagster en geen sprake was van een huwelijk, geregistreerd partnerschap of samenlevingsovereenkomst, blijkt uit niets dat de notaris erflater heeft geïnformeerd of geadviseerd over de substantiële (fiscale) consequenties van zijn testament. De notaris had erflater moeten wijzen op de mogelijkheden die er waren om de erfbelastingdruk te beperken. De door klaagster verschuldigde erfbelasting zou aanzienlijk lager zijn geweest, indien klaagster in aanmerking was gekomen voor de zogenoemde partnervrijstelling van artikel 32 lid 1 sub 4 onder a Successiewet 1956 (hierna: Sw) of op een andere wijze was voorzien in een beperking van de (erf)belastingdruk.

3.2. Onder verwijzing naar het proefschrift van D.T. Boks (*Notariële aansprakelijkheid*) voert de notaris primair aan dat een notaris partijen in beginsel niet hoeft te wijzen op fiscale risico's die mogelijkterwijls aan de voorgenomen rechtshandeling zijn verbonden. Slechts onder bijzondere omstandigheden moet een notaris ook mogelijke bijzondere fiscale gevaren van een rechtshandeling in zijn/haar voorlichting betrekken. Met Boks is de notaris van mening dat een notaris de verplichting heeft om te wijzen op bijzondere fiscale risico's als een (ondeskundige) partij die geen bijstand heeft van een fiscaal expert het aangaan van een bepaalde rechtshandeling (mede) laat afhangen van de fiscale gevolgen, terwijl de notaris weet (of reden heeft te vermoeden) dat die gevolgen anders zijn dan die partij voor ogen staan.

De notaris voert aan dat in dit geval geen sprake is van bijzondere omstandigheden. De door erflater aan haar verstrekte opdracht betrof slechts het opnemen van een legaat in zijn testament. Aan dat legaat waren geen bijzondere fiscale risico's verbonden. Aan de notaris is niet de opdracht verstrekt (de erfstelling in) het eerdere testament van 24 december 2014 te beoordelen of hierover, buiten het legaat om, te adviseren. De reden dat in 2017 niet is gekozen voor een aanvulling op het eerdere testament met een legaat, maar een geheel nieuw testament, is dat het de voorkeur geniet dat slechts één testament van toepassing is op de nalatenschap van erflater. De notaris heeft echter geen inhoudelijke bemoeienis gehad met de erfstelling. Deze is overgenomen uit het eerdere testament.

Subsidiar voert de notaris aan dat het een feit van algemene bekendheid is dat (niet-samenwonende) personen die hun affectieve relatie op geen enkele wijze juridisch vorm geven, niet dezelfde fiscale voordelen genieten als gehuwden, personen met een geregistreerd partnerschap of samenlevingsovereenkomst. Dit geldt niet alleen bij overlijden, maar ook bij leven. Aangezien klaagster en erflater gedurende ongeveer 35 jaar een affectieve relatie hebben gehad, kan het hen in die periode niet zijn ontgaan dat hun relatie fiscaal gezien niet gelijk werd gesteld met een huwelijk, geregistreerd partnerschap of relatie met samenlevingsovereenkomst en dat zij dus niet de fiscale voordelen genoten van laatstgenoemde relatievormen. Volgens de notaris heeft een voorlichtings- of (bijzondere) waarschuwingsplicht van een notaris geen betrekking op feiten van algeme-

ne bekendheid. Een notaris mag zijn opdrachtgever (en derden) hiermee bekend achten.

#### 4. De beoordeling

4.1. Op grond van artikel 93 lid 1 Wet op het notarisambt (hierna: Wna) zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan het tuchtrecht onderworpen. De tuchtrechter toetst of hun handelen of nalaten in strijd is met het bepaalde in de Wna en andere toepasselijke bepalingen. Ook kan de tuchtrechter toetsen of zij voldoende zorg in acht hebben genomen ten opzichte van de (rechts)personen voor wie zij optreden en of zij daarbij hebben gehandeld zoals een behoorlijk beroepsbeoefenaar behoort te doen.

4.2. De kamer overweegt het volgende. Op een notaris rust een zwaarwegende zorgplicht om al datgene te verrichten wat nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de rechtshandeling. De wensen van een testateur dienen te worden geïnventariseerd en overeenkomstig de bedoeling dient een uiterste wilsbeschikking te worden geredigeerd. Het is daarbij aan de notaris om de testateur te wijzen op de gevolgen van de wijze waarop diens laatste wil in een uiterste wilsbeschikking wordt vastgelegd. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt deze verplichting jegens alle belanghebbenden - waaronder klaagster - en niet slechts jegens de partijen bij de in de notariële akte opgenomen rechtshandelingen.

4.3. Vast staat dat de notaris bekend was met het feit dat erflater en klaagster een niet-geformaliseerde LAT-relatie hadden en dat zij dus niet werden aangemerkt als partners in de zin van de Successiewet 1956 (hierna: Sw). Op grond van artikel 32 lid 1 sub 4 onder a Sw is tot een aanzienlijk bedrag vrijgesteld hetgeen wordt verkregen door een partner in de zin van die wet en valt het vrijgestelde bedrag voor iemand (zoals klaagster) die wordt aangemerkt als overige verkrijger in de zin van artikel 32 lid 1 sub 4 onder f Sw daarbij in het niet. Zo bedroeg in 2017 (het jaar waarin het testament van erflater tot stand is gekomen) het vrijgestelde bedrag voor de erfbelasting voor een partner € 638.089,- en bedroeg het vrijgestelde bedrag voor de erfbelasting voor een overige verkrijger € 2.129,-.

4.4. De onder 4.2. genoemde zwaarwegende zorgplicht brengt naar het oordeel van de kamer mee dat de notaris in het onderhavige geval zich een

globaal beeld van de financiële situatie van erflater had dienen te vormen en erflater had moeten wijzen op de voor klaagster te verwachten hoge heffing aan erfbelasting, als gevolg van het feit dat zij niet werd aangemerkt als partner in de zin van de Sw. De notaris heeft ter zitting te kennen gegeven dat zij niet bekend was met (de omvang van) het vermogen van erflater, maar dat ze “zichzelf kennende” erflater wel zal hebben gewezen op de mogelijke fiscale gevolgen van het testament. Aangezien de notaris haar – door klaagster weersproken – verweer op dit punt niet heeft onderbouwd, heeft de notaris naar het oordeel van de kamer niet aangetoond dat ze met erflater heeft gesproken over de gevolgen van de niet-geformaliseerde LAT-relatie voor de erfbelasting.

4.5. Het betoog van de notaris dat aan haar slechts een beperkte opdracht – namelijk een kleine aanpassing van het eerdere testament van 24 december 2014, bestaande uit het opnemen van een legaat in erflaters testament – is gegeven en de erfstelling niet is gewijzigd, ontslaat haar niet van het nakomen van eerder genoemde zwaarwegende zorgplicht. Het hoorde hoe dan ook tot de verantwoordelijkheid van de notaris om de consequenties van de niet-geformaliseerde LAT-relatie van erflater en klaagster voor de heffing van de erfbelasting met erflater te bespreken om te kunnen vaststellen wat zijn wensen op dat punt waren. Indien de notaris hem daarop had gewezen, hadden erflater en klaagster kunnen overwegen hun relatie te formaliseren, zodat zij zouden worden aangemerkt als partners in de zin van de Sw. De kamer heeft daarbij in aanmerking genomen dat erflater een nieuwe cliënt was van de notaris en de notaris dus geen (voor)kennis had over de vermogenspositie van erflater noch over erflaters standpunt ten aanzien van geformaliseerde relatievormen.

4.6. De notaris heeft subsidiair nog aangevoerd dat de informatieplicht van een notaris geen betrekking heeft op feiten van algemene bekendheid. Volgens haar is het een feit van algemene bekendheid dat (niet-samenwonende) personen zonder huwelijk, geregistreerd partnerschap of samenlevingsovereenkomst niet dezelfde fiscale voordelen genieten als personen met laatstgenoemde relatievormen. Nog los van de vraag of dit een feit van algemene bekendheid is, gaat het in deze zaak specifiek om artikel 32 lid 1 sub 4 onder a en f Sw. Gesteld noch gebleken is dat het een feit van algemene bekendheid is dat op grond

van genoemde bepaling tot een aanzienlijk bedrag is vrijgesteld, hetgeen wordt verkregen door een partner in de zin van de Sw en dat het vrijgestelde bedrag voor iemand (zoals klaagster) die wordt aangemerkt als overige verkrijger in de zin van de Sw daarbij in het niet valt. Het subsidiaire verweer van de notaris slaagt reeds hierom niet.

4.7. Op grond van het voorgaande zal de klacht gegrond worden verklaard. De gegronde klacht rechtvaardigt naar het oordeel van de kamer een maatregel. De kamer acht de maatregel van waarschuwing passend en geboden. Hierbij is rekening gehouden met het feit dat de notaris een blanco tuchtrechtelijk verleden heeft.

4.8. Omdat de klacht gegrond wordt verklaard, moet de notaris op grond van het bepaalde bij artikel 99 lid 5 Wna het door klaagster betaalde griffierecht van € 50,00 aan haar vergoeden.

4.9. De kamer ziet aanleiding om de notaris, gelet op het bepaalde bij artikel 103b lid 1 onder a Wna en de Tijdelijke richtlijn kostenveroordelingen kamers voor het notariaat, te veroordelen in de volgende kosten:

- de kosten die klaagster in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken, forfaitair vastgesteld op een bedrag van € 50,00;

- de kosten van klaagster in verband met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, vastgesteld op een punt voor het indienen van de klacht en een punt voor het bijwonen van de zitting, waarbij de kamer de waarde per punt vaststelt op € 500,00, dus totaal € 1.000,00.

De notaris moet deze kosten en het genoemde griffierecht binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan klaagster vergoeden. Klaagster dient daarvoor tijdig haar rekeningnummer door te geven aan de notaris.

4.10. Nu de klacht gegrond wordt verklaard en aan de notaris een maatregel wordt opgelegd, ziet de kamer – gelet op het bepaalde bij 103b lid 1 onder b Wna en de Tijdelijke Richtlijn kostenveroordeling kamers voor het notariaat – aanleiding om de notaris te veroordelen in de kosten die in verband met de behandeling van de zaak door de kamer zijn gemaakt. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van € 3.500,00. De notaris dient deze kosten na het onherroepelijk worden van deze beslissing te voldoen aan het Landelijk Dienstencentrum voor de Rechtspraak (LDCR), waarbij de in artikel 103b lid 3 Wna bepaalde termijn en de wijze waarop de kosten moeten wor-

den voldaan door het LDCR per brief aan de notaris zullen worden meegedeeld.

### 5. De beslissing

De kamer:

5.1. verklaart de klacht gegrond;

5.2. legt aan de notaris de maatregel van waarschuwing op;

5.3. veroordeelt de notaris tot betaling aan klaagster van een bedrag van:

– € 50,00 in verband met het genoemde griffierecht;

– € 50,00 in verband met de genoemde kosten van klaagster;

– € 1.000,00 in verband met de genoemde kosten van rechtsbijstand van klaagster, en bepaalt dat het totaalbedrag moet worden betaald op de wijze en binnen de termijn die hiervoor onder 4.9. is omschreven;

5.4. veroordeelt de notaris tot betaling aan de kamer van een bedrag van € 3.500,00 in verband met de genoemde kosten van behandeling van de zaak en bepaalt dat dit bedrag moet worden betaald op de wijze en binnen de termijn die hiervoor onder 4.10. is omschreven.

## NOOT

1) Deze uitspraak is de tweede beslissing van de Kamer voor het notariaat te 's-Hertogenbosch in korte tijd over de verplichting voor de notaris om te wijzen op fiscale risico's. Dat deze zorgplicht volgens de tuchtrechter onder omstandigheden vergaand kan zijn, blijkt wel uit deze casus.

2) In deze zaak hadden klaagster en erflater zo'n 35 jaar een affectieve relatie. Zij woonden niet (officieel) samen: een zgn. 'living apart together', lat-relatie. Deze relatie was nooit geformaliseerd door middel van een huwelijk, samenlevingsovereenkomst, etc.

3) Op het moment dat erflater zich tot de hier beklagde notaris wendde, was de erfstelling al geregeld. Erflater had daartoe drie jaar eerder een testament bij een andere notaris laten opstellen. Daarin was klaagster tot zijn enige erfgename benoemd. De enige aanleiding voor erflater om de beklagde notaris in te schakelen, was dat hij zijn loods aan zijn zoon wilde legateren.

4) Uit de casus blijkt dat de beklagde notaris er bewust voor heeft gekozen een nieuw testament op te stellen in plaats van een aanvullend testament met het gewenste legaat. Het genoot de voorkeur van de notaris dat slechts één testament van toepassing zou zijn op de nalatenschap van erflater. Bij dit testament heeft erflater aldus de loods aan zijn zoon gelegateerd en klaagster (nog steeds) als enige erfgename benoemd.

5) Toen klaagster na het overlijden van erflater werd geconfronteerd met de (hoogte van de) erfbelasting, heeft zij zich tot de notaris gewend. Zij heeft de notaris verweten dat zij erflater niet zou hebben gewezen op de mogelijkheden die er waren om de erfbelastingdruk te beperken. Die zou immers substantieel lager zijn geweest in het geval van een huwelijk en/of geregistreerd partnerschap.

6) Als verweer heeft notaris – onder verwijzing naar het proefschrift van D.T. Boks (*Notariële aansprakelijkheid*) – aangevoerd dat een notaris slechts onder bijzondere omstandigheden gehouden is om partijen te wijzen op fiscale risico's van een voorgenomen rechtshandeling. Van dergelijke bijzondere omstandigheden was volgens de notaris in dit geval geen sprake; dat is volgens hem slechts het geval 'als een (ondeskundige) partij die geen bijstand heeft van een fiscaal expert het aangaan van een bepaalde rechtshandeling (mede) laat afhangen van de fiscale gevolgen, terwijl de notaris weet (of reden heeft te vermoeden) dat die gevolgen anders zijn dan die partij voor ogen staan'. Bovendien was haar slechts een beperkte opdracht gegeven: het opnemen van een legaat in het testament, niet de opdracht om (de erfstelling in) het eerdere testament te beoordelen of hierover te adviseren. Ten slotte stelt de notaris dat het een feit van algemene bekendheid is dat voor een niet-geformaliseerde lat-relatie niet dezelfde fiscale voordelen gelden als voor een huwelijk, een geregistreerd partnerschap of een samenlevingsovereenkomst.

7) De Kamer voor het notariaat volgt de notaris in géén van deze argumenten. Volgens de Kamer had de notaris, gelet op haar zwaarwegende zorgplicht, de gevolgen van de niet-geformaliseerde lat-relatie met erflater moeten bespreken. Gelet op de details van de zaak was er ook geen sprake van een feit van algemene bekendheid.

Ten slotte ontslaat ook het feit dat de opdracht aan de notaris beperkt was, haar volgens de Kamer niet van het nakomen van haar zwaarwegende zorgplicht. De notaris had erflater op de fiscale gevolgen van zijn niet-geformaliseerde lat-relatie met klagster moeten wijzen en had moeten vaststellen wat zijn wensen waren, zodat erflater en klagster hadden kunnen overwegen hun relatie te formaliseren.

8) Met deze overwegingen gaat de Kamer net niet zo ver dat de notaris erflater had moeten adviseren om in het huwelijksbootje met klagster te stappen. Het scheelt echter niet veel. De Kamer gaat naar mijn mening wel erg ver bij de invulling van de zwaarwegende zorgplicht van de notaris. Hoewel de Kamer terecht laat meespelen dat erflater een voor de notaris nieuwe cliënt was en dat zij daarom nader onderzoek had moeten doen naar de vermogenspositie van erflater en diens 'standpunt over geformaliseerde relatievormen', gaat het naar mijn mening te ver dat een notaris gehouden is fiscale adviezen over de erfstelling en nalatenschap te geven terwijl hij slechts wordt gevraagd een legaat op te nemen in het testament. Bovendien moeten erflater en klagster zich na al die tientallen jaren samen toch ook hebben gerealiseerd dat zij voor de wet niet als fiscale partners kwalificeerden.

9) Mr. B.C.M. Waaijer schrijft in *De Notariswet*<sup>1</sup> over de zorgplicht ten aanzien van de fiscale gevolgen: *'Een notaris is geen fiscalist, maar gezien de aandacht die in de studie wordt gevraagd voor overdrachts-, schenk- en erfbelasting, zal de cliënt voor die belastingen een zekere mate van deskundigheid van de notaris mogen verwachten'*.

10) In de tuchtrechtelijke jurisprudentie wordt de omvang van deze zorgplicht van een notaris – en daarmee de deskundigheid die de cliënt van de notaris mag verwachten – in hoge mate bepaald door de concrete omstandigheden van het geval. Zo kan deze zorgplicht beperkter of ruimer zijn afhankelijk van de vraag of partijen worden bijgestaan door (fiscaal) deskundige adviseurs of als de notaris al dan niet goede grond heeft erop te kunnen vertrouwen dat de betreffende belanghebbende zichzelf al op de hoogte had gesteld en

vooraf al voldoende inzicht had in wat nodig was om het beoogde resultaat te bereiken (vgl. bijvoorbeeld: Notariskamer Hof Amsterdam 21 mei 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6159), Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 30 mei 2017, (ECLI:NL:GHAMS:2017:1966/1967/1968), Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 25 juni 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2747).

11) Recent is (ook) door de Kamer voor het notariaat te 's-Hertogenbosch op 12 april 2021 (ECLI:NL:TNORSHE:2021:7) overwogen dat de notaris in kwestie nader onderzoek had moeten doen naar de (stamrechten in de) vennootschap waarvan erflater enig aandeelhouder en bestuurder was, zodat hij erflater juist en volledig had kunnen informeren over de fiscale gevolgen van de beoogde ontbinding van die vennootschap. Als hij dat onderzoek wel zou hebben verricht, had hij erflater (die ongeneeslijk ziek was) kunnen informeren over de voor hem (en zijn toekomstige erfgenamen) ongunstige fiscale gevolgen van de ontbinding. In die casus maakten klagsters de notaris meerdere verwijten in welke context het oordeel over de informatievoorziening en advisering over de fiscale gevolgen – anders dan in de onderhavige casus – logischer en begrijpelijker is.

12) Dat het verweer van de notaris dat haar slechts een beperkte opdracht (tot een aanvullend legaat) was gegeven niet op gaat, is op zich (ook) in lijn met de tuchtrechtelijke jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld de beslissing van de Notariskamer Hof Amsterdam d.d. 25 juni 2019 waar de Notariskamer – net als de Kamer – oordeelde dat de inhoud van de opdracht niet doorslaggevend was. Ook al was de opdracht beperkt, dan nog brengt de op de notaris rustende zorgplicht mee dat hij zich voorafgaand aan het passeren van de testamenten had moeten vergewissen van het relevante feitencomplex in deze zaak. Ook daar is geoordeeld dat het tot de verantwoordelijkheid van de notaris behoorde om eventuele (fiscale) consequenties van het in dat geval tussen klagster en haar echtgenoot geldende huwelijksgoederenregime voor de nalatenschap met hen te bespreken en aldus na te (kunnen) gaan wat hun wensen en bedoelingen dienaangaande waren.

1 Melis & Waaijer, *De Notariswet*, 8e druk 2012, p. 23.

13) Dat maakt het in de praktijk niet makkelijker voor de notaris. In lijn met de huidige tuchtrechtelijke jurisprudentie is de notaris derhalve ook bij een beperkte opdracht als een legaatstelling gehouden om de erflater op alle eventuele (fiscale) consequenties van de erfstelling te wijzen en daar nader onderzoek naar te doen. Dit betekent dus dat dergelijke werkzaamheden veel meer tijd – en daarmee kosten – in beslag zullen nemen, omdat de notaris niet alleen moet *belehren* over het legaat, maar over de gevolgen van het gehele testament.

14) Terecht stelde de notaris in kwestie overigens de vraag of haar ook een verwijt zou zijn gemaakt als zij destijds niet voor een heel nieuw testament had gekozen maar slechts voor een aanvullend legaat. Die vraag blijft onbeantwoord. Wellicht laat de Notariskamer zich hierover uit als hoger beroep wordt ingesteld. Uit de gepubliceerde uitspraak blijkt echter onvoldoende of de notaris de reikwijdte van haar (beperkte) opdracht goed heeft vastgelegd. Om het in de praktijk voor de notaris echter werkbaar te houden en om partijen niet op hoge kosten te jagen, is het met deze stand van zaken van de tuchtrechtelijke jurisprudentie voor de notaris zaak om zijn opdracht in dergelijke gevallen uitdrukkelijk – en ter dossiervorming vooral schriftelijk – in te perken.

15) Terug naar de casus. Indien de notaris waakzamer was geweest voor haar (tuchtrechtelijke en ook civielrechtelijke) aansprakelijkheid had zij bij toezending van het concept testament uitdrukkelijk een zin op kunnen nemen als: *‘Nu ik geen wetenschap heb van de omvang van uw vermogen heb ik geen schatting van de in voorkomend geval verschuldigde erfbelasting voor mevrouw X die u als erfgenaam benoemt. Uitdrukkelijk wijs ik u echter op het feit dat nu u samen niet bent gehuwd, noch een geregistreerd partnerschap hebt gesloten, en u niet op hetzelfde adres bent ingeschreven, u beiden fiscaal niet als partners wordt aangemerkt. Het gevolg daarvan is dat de vrijstelling voor de erfbelasting slechts € 2.219 bedraagt in plaats van € 638.089 bij fiscaal partnerschap, volgens de voor 2017 geldende vrijstellingen.’* Met deze drie zinnen zou de uitkomst van deze tuchtprocedure niet alleen anders hebben uitgepakt,

maar was de notaris wellicht de hele gang naar de tuchtrechter bespaard gebleven.

Mr. M.C.J. Höfelt  
Advocaat bij TACT Advocaten – Tuchtrecht Aansprakelijkheid Compliance & Training – en redactielid van Tijdschrift Tuchtrecht.