



# Wilsbekwaamheid

In *Notariaat Magazine* van mei 2015 ('Wilsbekwaamheid: de bomen en het bos') is aandacht besteed aan de tucht- en civielrechtelijke rechtspraak over het onderzoek van de notaris naar de wilsbekwaamheid van een cliënt. In deze aflevering wordt de sindsdien verschenen rechtspraak, waaronder ook de tuchtrechtspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de gezondheidszorg (CtvG), onder de loep genomen.

TEKST Madeleine Hillen-Muns | BEELD Roel Ottow

## 1 BEOORDELING TUCHTRECHTER

Een tuchtrechtelijke uitspraak over het onderzoek van de notaris naar de wilsbekwaamheid van zijn cliënt geeft geen zekerheid over de uitkomst van een civiele procedure over de nietigheid van een testament op grond daarvan. De tuchtrechter oordeelt niet over de wilsbekwaamheid van een testateur, maar toetst het handelen van de notaris (Hof Amsterdam 10 april 2018, GHAMS:2018:1201). Dit geldt ook in het medisch tuchtrecht. Ook daar wordt alleen getoetst of het oordeel van de arts op zorgvuldige wijze tot stand gekomen is, niet of het juist is (CtvG 16 januari 2018, TGZCTG:2018:15). Het oordeel of een testateur wilsonbekwaam was of niet, is voorbehouden aan de civiele rechter. Dat het handelen van de notaris of de

arts zorgvuldig is geweest, sluit niet uit dat een testament nietig is op grond van artikel 3:34 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW), zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 30 juni 2016, GHSHE:2016:2776, rechtsoverweging 10.2.6.2. Omgekeerd geldt hetzelfde: ook als een tuchtrechter heeft geoordeeld dat het wilsbekwaamheidsonderzoek door de notaris tekortschoot, kan een vordering tot nietigverklaring van een testament stranden, omdat niet kan worden bewezen dat de testateur wilsonbekwaam was.

## 2 TUCHTRECHTELIJKE NORM

De tuchtrechtelijke norm ter zake van de onderzoeksplicht van de notaris is onveranderd. Het uitgangspunt voor de notaris is dat iedereen die volgens de wet een testament kan maken, ook de gelegenheid moet krijgen. De ministerieplicht van de notaris staat dus voorop. Bij *elke* akte, en dus ook bij een

testament, moet de notaris de wilsbekwaamheid van de betrokkene beoordelen. Het komt daarbij allereerst aan op de eigen waarneming. De tuchtrechter gunt de notaris daarvoor een redelijke beoordelingsvrijheid. Bij gerede twijfel is in het algemeen verder onderzoek aangewezen. Het Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie biedt hiervoor een handreiking. Deze norm is verschillende malen herhaald door de tuchtrechter, laatstelijk in Hof Amsterdam 22 mei 2018, GHAMS:2018:2257.

## 3 GEEN TIJD OF MOGELIJKHEID VOOR NADER ONDERZOEK

De beoordeling van de wilsbekwaamheid mag er echter volgens de tuchtrechter niet toe leiden dat een notaris, uit vrees voor mogelijke toekomstige klachten, door onnodig onderzoek, zijn ministerieplicht verzaakt of dat door fataal tijdsverloop het testament niet meer kan worden gepasseerd. In gevallen waarin aangenomen moet worden dat het overlijden nabij is en er weinig tijd rest voor het passeren van het testament, mag de notaris ook bij een zekere twijfel aan de wilsbekwaamheid



## Het oordeel of een testateur wilsonbekwaam was of niet, is voorbehouden aan de civiele rechter

voorrang geven aan zijn ministerieplicht, zonder dat deze keuze de notaris later tuchtrechtelijk mag worden verweten. De notaris mag onder deze omstandigheden ook laten meewegen dat er na het overlijden geen mogelijkheid meer is de uiterste wil vast te leggen, maar nog wel mogelijkheid die uiterste wil bij de rechter aan te vechten. Tijdig en gedegen medisch onderzoek zal ook niet steeds mogelijk zijn, omdat het arts vanwege hun beroepsregels niet zonder meer vrij staat zonder toestemming van de betrokkene informatie te verschaffen of om een oordeel te geven over de wilsbekwaamheid van de betrokkene, buiten de daarvoor geldende bijzondere regelingen. Wel mag in alle gevallen van de notaris worden verlangd dat hij achteraf kan verantwoorden dat hij in de gegeven omstandigheden zorgvuldig heeft gehandeld, mede in aanmerking genomen dat de erflater wellicht de mogelijkheid zou zijn ontnomen een testament te maken indien de notaris anders had gehandeld (Hof Amsterdam 26 juli 2016, GHAMS:2016:3074).

### 4 GEREDE TWIJFEL

In de eerdergenoemde uitspraak van 22 mei 2018 (GHAMS:2018:2257) heeft het hof enige factoren genoemd die gerede twijfel meebrengen. Het ging daar om een notaris die, juist omdat hij twijfelde aan de wilsbekwaamheid van een testatrice, haar onaangekondigd en zonder opdracht thuis bezocht nadat hij kort daarvoor een testament voor haar had gepasseerd. Hij heeft op de dag van het huisbezoek een nieuw testament gepasseerd. In de tuchtprocedure staat de beoordeling van de wilsbekwaamheid ter zake van dat laatste testament ter discussie. Volgens het hof had de notaris juist daar zorgvuldiger moeten zijn in de beoordeling. Twijfel was redelijkerwijs op zijn plaats, omdat de testatrice bij beantwoording van vragen van de notaris bevestiging zocht bij haar begeleider, dat de notaris wist dat eerdere testamenten tot stand waren gekomen in overleg met dezelfde begeleider, dat de notaris de aanwezigheid van de

begeleider toeliet omdat testatrice dan op haar gemak was, dat het laatst gepasseerde testament een ingrijpende wijziging bevatte ten opzichte van het voorgaande testament en ten slotte dat de testatrice op zeer hoge leeftijd was. De zorgvuldigheid vergde dat de notaris een ontwerp van de akte had opgemaakt, testatrice de gelegenheid had gegeven van dat ontwerp kennis te nemen en na verloop van een paar dagen nogmaals met haar had besproken wat zij wilde en of het ontwerp haar wil op de juiste wijze verwoordde. In gevallen als deze kan het ook geraden zijn het testament te verlijden in aanwezigheid van getuigen, aldus het hof.

### 5 ONDERBOUWING VAN GESTELD ONDERZOEK

De notaris kan in een tuchtrechtelijke procedure niet volstaan met verwijzing naar een vast protocol ('Ik doe altijd dit') of met een verklaring in algemene zin over het onderzoek dat heeft plaatsgevonden. In een geval waarin de notaris niet meer had verklaard dan dat hij altijd een MMSE-test afneemt, heeft het hof de notaris toegelaten tot het bewijs van zijn stelling dat hij deze test bij zijn cliënte heeft afgenomen en dat zij positief op deze test reageerde, zodat de notaris mede gelet daarop niet behoefde te twifelen aan haar wilsbekwaamheid (Hof Amsterdam 11 september 2018, GHAMS:2018:3289).

### 6 GEHEIMHOUDINGSPLICHT

De notaris moet in een tuchtrechtelijke procedure verklaren over de wijze waarop hij zich van zijn onderzoeksplicht heeft gekweten. Ten aanzien van motieven van de testateur om bepaalde beschikkingen te maken, blijft echter de geheimhoudingsplicht gelden. Die plicht mag echter niet tot gevolg hebben dat

eventuele fouten van de notaris worden gemaskeerd. In een geval waarin het hof voor de beoordeling van de klacht informatie nodig achtte die onder de geheimhoudingsplicht van de notaris valt, is daarom de (zelf ook geheimhoudingsplichtige) ringvoorzitter benoemd als deskundige en is bepaald dat de notaris hem inzage zal geven in de voorgaande testamenten en dossiers van erflater. Dit zodat de deskundige de door het hof geformuleerde vragen zal kunnen beantwoorden. Die vragen zagen onder meer op hoe ingrijpend de wijziging van het testament was, de mate van consistentie tussen het laatste en het voorgaande testament en het motief voor een onterving (Hof Amsterdam 18 december 2018, GHAMS:2018:16).

### 7 DE EISEN AAN HET ONDERZOEK DOOR DE ARTS

In een uitspraak van het CtVg van 16 januari 2018 (ECLI:NL:TGZCTG:2018:15) worden de eisen op een rij gezet die de medische tuchtrechter stelt aan een artsverklaring over de wilsbekwaamheid. Samengevat zijn die eisen dat in het rapport van de arts:

- de feiten, omstandigheden en bevindingen waarop het rapport, worden vermeld;
- een geschikte methode van onderzoek wordt gebruikt;
- de gronden waarop de conclusie rust op inzichtelijke en consistente wijze wordt uiteengezet;
- de bronnen waarop het rapport berust, daaronder begrepen de gebruikte literatuur en de geconsulteerde personen worden vermeld; en
- de arts binnen de grenzen van zijn deskundigheid blijft. ■