

ANNOTATIE

# Notaris moet bij twijfel aan wilsbekwaamheid nader onderzoek doen.

*prof. mr. A.C. Hendriks*

*Annotatie bij Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden, 10-07-2019, ECLI:NL:TNORARL:2019:37 (GZR-2019-0209)*

1. Notarissen worden regelmatig tuchtrechtelijk aangeklaagd wegens het verlijden van testamenten bij personen ('testateurs') die niet wilsbekwaam zouden zijn. Indien dat zo zou zijn, betekent dat dat het (gewijzigde) testament niet rechtsgeldig is en dat de tuchtrechter de betreffende notaris – volgens de Wet op het notarisambt – een tuchtrechtelijke maatregel kan opleggen. Zo ook in de bovenstaande zaak, waarin de Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden een notaris voor twee weken schorst en hem veroordeelt tot het betalen van de proceskosten à € 3.500 en de kosten van het griffierecht à € 50 wegens het passeren van twee testamenten van een hoogbejaard echtpaar. Kunnen we uit deze zaak lessen trekken voor het gezondheidsrecht?

2. Allereerst een korte achtergrondschets van de zaak. Volgens artikel 3:33 Burgerlijk Wetboek vereist een rechtshandeling 'een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard'. De notaris is volgens de wet een ambtenaar die als enige bevoegd is een testament te verlijden. Dit schept een bijzondere verantwoordelijkheid voor een notaris, waaronder de taak om te verifiëren dat een beoogd testateur in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Maar hoe stelt een notaris vast of een testateur wils(on)bekwaam is? Een notaris is immers geen arts en het vaststellen van wils(on)bekwaamheid maakt geen onderdeel uit van de studie van notarissen. Zie hier in het kort het dilemma waarmee notarissen kunnen worden geconfronteerd. De notaris dient zich daarbij te realiseren dat het opstellen of wijzigen van een testament ten gunste van één

persoon in het nadeel kan zijn van anderen. Denk bijvoorbeeld aan een bejaarde weduwnaar die via een aanpassing van zijn testament zijn nieuwe partner wil benoemen tot erfgenaam. De kinderen zullen zich hierdoor flink benadeeld kunnen voelen en een dergelijk testament al snel juridisch willen aanvechten.

3. De bovenstaande uitspraak is slechts een van de tuchtzaken die (met name) kinderen tegen notarissen hebben aangespannen afgelopen jaar, omdat de kinderen van oordeel zijn dat de notaris het testament niet had mogen verlijden. In de bovenstaande zaak had het er voorts alle schijn van dat het echtpaar zich had laten beïnvloeden door een zoon en een dochter, die aanwezig waren bij alle gesprekken met de notaris, terwijl de notaris op geen enkel moment met de echtgenoten alleen had gesproken. Maar deze zaak staat niet op zichzelf. In 2019 zijn inmiddels acht notarissen tuchtrechtelijk aangeklaagd vanwege vermeende onzorgvuldigheid rond het vaststellen van de wilsbekwaamheid van testateurs, waarvan twee zaken gegrond zijn verklaard (naast bovenstaande zaak had een kandidaat-notaris door de Kamer voor het Notariaat Den Haag een schorsing opgelegd gekregen, ECLI:NL:TNORDHA:2019:4). Deze aantallen komen in de buurt van de dertien tuchtklachten die in 2018 tegen notarissen zijn behandeld vanwege vermeende onzorgvuldigheid rond het verlijden van een testament, waarvan er liefst zes klachten gegrond werden verklaard. Tuchtklachten over vermeende onzorgvuldigheid rond wilsbekwaamheid maken daarbij bijna tien procent uit van het totaal aantal tuchtklachten tegen notarissen (in 2019 tot nu toe 92; over 2018 in totaal 158 tuchtklachten). Notarissen moeten dus oppassen hoe ze wel of niet handelen.

4. Wat wordt dan van een notaris verwacht? Mag een notaris niet, zoals het geval is in de gezondheidszorg, aannemen dat de beoogd testateur wilsbekwaam is totdat het tegendeel is gebleken? De beroepsgroep, de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB), verwacht bovenal een actieve houding van notarissen. Indien er gerede twijfels zijn aangaande de wilsbekwaamheid van een testateur – of een persoon die om andere redenen een akte wil verlijden, zoals een levenstestament – is verder onderzoek volgens de KNB aangewezen. Het KNB-bestuur heeft daartoe in 2006 een stappenplan vastgesteld, het Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening. Dit stappenplan bevat praktische tips voor de wijze waarop een notaris kan vaststellen of een persoon wilsbekwaam is ('indicatoren') en wat te doen bij personen bij wie ogenschijnlijk sprake is van wilsbekwaamheid. Bij twijfels adviseert het stappenplan de notaris een arts die niet bij de behandeling van de betrokken persoon is betrokken om een beoordeling te vragen. Mocht deze arts concluderen dat de betrokkene niet wilsbekwaam is dan mag de notaris het testament niet verlijden, totdat de rechter is overgegaan tot benoeming van een mentor of curator.

5. Het KNB-Stappenplan is in 2013 aangevuld door een protocol, opgesteld door de Vereniging

van Estate Planners in het Notariaat (EPN) en de (toenmalige) Vereniging van Indicerende en adviserende Artsen (VIA), in 2018 opgegaan in de Vereniging Artsen Volksgezondheid. Op grond van dit protocol kan een notaris bij twijfel over de wilsbekwaamheid een gespecialiseerd niet-behandelend arts inschakelen om hem te adviseren. Niet bekend is hoe vaak dit gebeurt; in alle tuchtzaken die de afgelopen jaren speelden was dit in ieder geval niet het geval. Dat lijkt erop te wijzen dat notarissen bij twijfels aangaande de wilsbekwaamheid van een testateur er verstandig aan doen een arts in te schakelen, ook al kan dat voor enige vertraging zorgen en kosten met zich brengen.

6. Dit roept wel de vraag op hoe in de gezondheidszorg wordt gehandeld – of niet gehandeld – bij twijfels over de wilsbekwaamheid van een patiënt, en of we anderszins in het tuchtrecht in de gezondheidszorg kunnen leren van het tuchtrecht voor notarissen. Het aangaan van een behandelingsovereenkomst en het geven (of weigeren) van toestemming voor een behandeling zijn ook binnen het gezondheidsrecht rechtshandelingen, in de zin van artikel 3:33 BW. Om het belang van betrokkenheid van de patiënt bij de besluitvorming via *shared decision making* te onderstrepen, zal de WGBO naar alle waarschijnlijkheid per 1 januari 2020 in deze zin worden aangescherpt. De vraag is evenwel of zorgverleners in gelijke zin als notarissen moeten duchten voor (meer) tuchtklachten door naasten wegens het (niet-)handelen wegens wilsonbekwaamheid. Ik voorzie dat niet. Allereerst zal een zorgverlener bij (beginnende) wilsonbekwaamheid doorgaans niet anders handelen dan bij wilsbekwaamheid. De wet biedt hem daartoe ook de mogelijkheid, in de vorm van de eis van ‘goed hulpverlener’ (art. 7:453 BW) en het toekennen van beslissingsbevoegdheden aan een door de patiënt gemachtigde persoon en aan bepaalde naasten (art. 7:465 lid 3 BW). Een aanwijzing van een curator of mentor is derhalve niet altijd nodig. Bovendien voorziet de WGBO in bepaalde situaties in dwangbehandeling van wilsonbekwame personen (art. 7:465 lid 6 BW). Daarmee is de positie van een behandelend zorgverlener jegens familieleden zowel juridisch als praktisch wezenlijk anders dan die van een notaris, al kunnen het beroepsgeheim en privacynormen in de weg staan aan een open gesprek met naasten. Dit laat onverlet dat behandelend zorgverleners ook uiterst oplettend moeten zijn bij (dreigende) conflicten tussen familieleden. Over het opstellen van medische verklaringen en de bewoordingen van passages in medische dossiers zijn al (te) veel tuchtrechtelijke procedures gevoerd. In situaties waarin de betrokkene wilsonbekwaam is, kan het geen kwaad de rechter te vragen een curator of mentor te benoemen.

7. Maar er zijn meer zaken waarover de medisch tuchtrechter naar aanleiding van de bovenstaande zaak kan nadenken. Zo valt het op dat de tuchtrechter de notaris een forse proceskostenveroordeling oplegt (zie art. 103b Wet op het notarisambt). Dergelijke bedragen zijn we in het tuchtrecht voor BIG-geregistreerden helemaal niet gewend. Daar staat

tegenover dat de Kamer voor het Notariaat de notaris een schorsing van ‘slechts’ twee weken oplegt. De medische tuchtrechter legt doorgaans een schorsing op voor een half jaar. De notariële en medische tuchtrechter hebben gemeen dat ze de aangeklaagde beroepsbeoordelaar bij gegroundverklaring van de tuchtklacht kunnen veroordelen tot vergoeding van griffierechten. Wat het effect van deze maatregel is, is vooralsnog niet duidelijk.

8. Duidelijk is wel dat notaris en zorgverlener bedacht moeten zijn op de financiële belangen van derden. Die derden kunnen zowel bij de notariële als medische tuchtrechter een tuchtklacht indienen, ook op eigen titel, mits sprake is van een voldoende belang. Voor notarissen is het zaak dat zij in voorkomende gevallen zorgvuldig (laten) onderzoeken of een beoogd testateur wilsbekwaam is en voor artsen is het van belang dat zij een onderzoek naar de wilsbekwaamheid uitvoeren, en daarover adviseren, op de wijze zoals voorgeschreven door de medisch tuchtrechter (CTG 30 januari 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:17).

*prof. mr. A.C. Hendriks*