

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. dr. N.V.C.E. Bauduin
Mr. E.C.E. Schnackers
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. dr. G.T.J. Hoff

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2021-21

22 december 2021

Pionieren in het erfrecht en het burgerlijk procesrecht: nietigverklaring van een testament bij leven

Elk rechtsgebied kent zo zijn eigen breinbrekers. In het erfrecht is dat volgens mij de kennelijk lastig te beantwoorden vraag of een testament bij leven wegens wilsonbekwaamheid nietig verklaard kan worden. Rechtspraak en literatuur hierover zijn hopeloos verdeeld. Perrick stelt in *Asser-Perrick 4 2017/167* apodictisch: 'In het systeem van de wet past niet dat bij leven van de testateur nietigverklaring (...) van een testament kan worden gevorderd.' Freek Schols in *Handboek Erfrecht 2020/p. 246* stelt – *tout court* – deze vraag 'bevestigend' te willen beantwoorden. Uit de mij bekende rechtspraak blijkt dat een met deze strekking gevorderde verklaring voor recht steevast wordt afgewezen en dat de rechterlijke instanties zich daarbij van een (nagenoeg) gelijklopende motivering bedienen. In dit tijdschrift heeft Bauduin de aandacht gevestigd op de eerste witte raaf in onze erfrechtelijke contreien: het verstekvonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 3 juli 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:2979 (*AdvoTip* 2019-13). In deze opsomming mag tot slot de bijdrage van Lieber aan het *Tijdschrift voor Erfrecht 2020/1* onder de titel 'Nietigverklaring van een testament bij leven van de testateur: kan dat?' niet ontbreken (met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur). Lieber heeft – binnen de grenzen van het wettelijke stelsel – een lans gebroken voor het mogelijk maken van een procedure over de (on)geldigheid van een testament bij leven van de testateur. Daaraan zijn evenwel veel mitsen en maren verbonden.

Om het geheugen – voor zover nodig – nog even op te frissen: een eenzijdige rechtshandeling (waartoe gerekend worden de in een testament opgenomen uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:42 lid 1 BW)) die niet tot een of meer bepaalde personen is gericht, is door het ontbreken van een voor een geldige rechtshandeling vereiste op een rechtsgevolg gerichte wil nietig (art. 3:34 lid 2 BW). Een op rechtsgevolg gerichte wil ontbreekt indien iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord, iets verklaard heeft en (i) de stoornis een redelijke waardering van de bij de handeling betrokken belangen belette dan wel (ii) de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan (art. 3:34 lid 1 BW). Gelijk bekend, is wilsonbekwaamheid van de erflater door dementie of een andere geestelijke stoornis een meer dan ons lief is wijdverbreid fenomeen.

Na een signalering van de laatste stand van de rechtspraak ontvouw ik – al pionierend en mogelijk tegen de hooggeleerde stroom in – mijn eigen visie op deze netelige kwestie.

Nietigverklaring is niet mogelijk

Afgelopen jaar heeft het gerechtshof Den Haag bij beschikking van 29 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:948, een door de bewindvoerder in een verzoekschriftprocedure verzochte verklaring voor recht, inhoudende dat de man wiens vermogen onder meerderjarigenbewind (titel 19 van Boek 1 BW) was gesteld wilsonbekwaam was en het testament dus nietig was, afgewezen. Het vermogen van de man – 96 jaar oud en vermogend – stond sinds 2016 onder bewind. Bij toeval ontdekte de bewindvoerder door een declaratie van een notaris dat de man een testament had opgesteld. De bewindvoerder achtte de man daartoe niet wilsbekwaam en dat oordeel werd bevestigd door een VIA-arts. De bewindvoerder vermoedde dat een oud-buurvrouw van de man een spoedtestament had laten opmaken, nadat deze buurvrouw tot tweemaal toe tevergeefs een procedure aanhangig had gemaakt om het bewind over de goederen van de man op te heffen. De bewindvoerder vreesde dat de oud-buurvrouw met de man bij de notaris was geweest en dat de oud-buurvrouw als enig erfgename in het testament van de man was opgenomen. De bewindvoerder motiveert het gedane verzoek nog met het argument dat na het overlijden van de man aan de bewindvoerder geen bevoegdheid meer toekomt (art. 1:448 lid 1 onder a BW jo. art. 1:449 lid 1 BW). Indien alsdan blijkt dat alleen de oud-buurvrouw in het testament als erfgename is aangewezen, zal er niemand zijn die het testament nog kan aanvechten. De bewindvoerder stelt aan artikel 1:441 BW de bevoegdheid te ontlenen om alle handelingen te verrichten die aan een goed bewind bijdragen. De bewindvoerder meent ook de bevoegdheid te hebben ten aanzien van beslissingen van de rechthebbende die pas effect hebben na het overlijden van de rechthebbende, maar bij leven zijn gedaan. Op grond hiervan meent de bewindvoerder bevoegd te zijn namens de man het testament aan te tasten.

De rechtbank Den Haag heeft het verzoek van de bewindvoerder bij beschikking van 8 augustus 2019 afgewezen (ECLI:NL:RBDHA:2019:8184). Daaruit blijkt ook dat de bewindvoerder geprobeerd heeft een kopie van het testament op te vragen. De notaris stelde dat alleen de man dat kon doen. De man had er echter als gevolg van zijn dementie geen weet meer van het feit dat hij een testament had laten opstellen. De rechtbank wijst er in de beschikking overigens nog – terecht – op dat de procedure tot het verkrijgen van een verklaring voor recht om een testament nietig te laten verklaren ingeleid had moeten worden met een dagvaarding en niet met een verzoekschrift. Van de wisselbepaling van artikel 69 Rv (verkeerd inleidend processtuk) heeft de rechtbank geen gebruikgemaakt, in welk geval de rechter in zijn verwijzingsbeslissing ook procesinstructies zou moeten geven (art. 71 lid 4 Rv).

In hoger beroep wijst het hof Den Haag het verzoek van de bewindvoerder eveneens af, wijdt daaraan iets meer woorden en laat ook iets van empathie in de uitspraak doorklinken.

‘In artikel 4:42 BW is bepaald dat een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling is, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt. In lid 2 van dit artikel is bepaald dat de erflater een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig kan herroepen. In lid 3 is bepaald dat een uiterste wilsbeschikking alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt en herroepen.

De vormgebondenheid van de uiterste wilsbeschikking brengt in beginsel de tussenkomst van een notaris voor het maken van een uiterste wilsbeschikking met zich. De notaris is in verband met diens functie in het rechtsverkeer beroepshalve gehouden naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht, zodat daarvan een preventieve werking uitgaat (vgl. F.W.J.M. Schols, Handboek Erfrecht, 2015, VI.2.1, p. 126-127).

Het hof ziet, mede in het licht van de geestelijke gesteldheid van [de Onderbewindgestelde] zoals die blijkt uit de verklaring van [naam arts], evenals appellante in de geschetste gang van zaken voldoende aanleiding om voorshands aan te nemen dat het opmaken van het meest recente testament van [de Onderbewindgestelde] onder invloed van een derde heeft plaatsgevonden. Het hof ziet evenwel geen wettelijke ruimte voor het afgeven van een verklaring voor recht zoals appellante verzoekt. Een verklaring voor recht in de zin van artikel 3:302 BW betreft een verklaring ten aanzien van de rechtsverhouding tussen een eiser en een gedaagde. Daarvan is geen sprake nu een testament een (bundeling) eenzijdige ongerichte rechtshandelingen betreft die bovendien pas werking heeft vanaf het moment dat de testateur is overleden. Een verklaring voor recht dat [de Onderbewindgestelde] ten tijde van het opmaken van zijn uiterste wil wilsonbekwaam was, is gelet op het voorgaande, naar zijn aard niet mogelijk. Gelet hierop zal het hof de bestreden beschikking dan ook bekrachtigen. Voorts wijst het hof nog op artikel 4:43, eerste lid, BW, waarin is bepaald dat een uiterste wilsbeschikking niet vatbaar is voor vernietiging op de grond dat zij door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen.'

Het hof ziet klaarblijkelijk 'geen wettelijke ruimte' voor een tot nietigverklaring van een testament strekkende verklaring voor recht wegens wilsonbekwaamheid van de erflater bij leven. Als eerste sta-in-de-weg wordt genoemd dat het testament 'een (bundeling) eenzijdige ongerichte rechtshandelingen' bevat. Dat argument begrijp ik niet goed, omdat de wet aan diezelfde eenzijdige ongerichte rechtshandeling (of een bundeling daarvan) wegens het 'ontbreken van wil' nu eenmaal nietigheid verbindt in artikel 3:34 lid 2 BW. Dan behoort de wet ook *tools* aan te reiken om die nietigheid vast te doen stellen. Een tweede sta-in-de-weg zou volgens het hof zijn dat de eenzijdige rechtshandeling eerst werking heeft vanaf het moment dat de erflater is overleden (art. 4:42 lid 1 BW). Ook dat argument begrijp ik niet goed. Alle noodzakelijke formele handelingen voor een rechtsgeldig testament zijn door de erflater en de notaris verricht. Het gepasseerde testament zal bij wilsonbekwaamheid van de erflater niet meer herroepen kunnen worden. Het enige dat zagezegd nog moet gebeuren om werking te verkrijgen, is het 'uitblazen van de laatste adem'. Daar komt bij dat bijvoorbeeld een schenking ter zake des doods ook aangetast kan worden voorafgaand aan de vervulling van die voorwaarde (art. 7:177 BW). Tot slot wijst het hof erop dat een testament niet vernietigd kan worden wegens misbruik van omstandigheden (art. 4:43 lid 1 BW). Dat is *an sich* juist, maar de stelling van de bewindvoerder luidde niet dat de wil van de erflater onzuiver gevormd was. Er was volgens de bewindvoerder sprake van een discrepantiegeval: wil en verklaring van de erflater stemden niet met elkaar overeen als gevolg van dementie en dat was ook vastgesteld door een VIA-arts. Kortom, de door het hof in stelling gebrachte argumenten overtuigen mij geenszins.

Nietigverklaring is wel mogelijk

Onlangs kon in de Rotterdamse regionen een tweede witte raaf gespot worden. De rechtbank Rotterdam heeft op vordering van een bewindvoerder bij vonnis van 9 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:133, voor recht verklaard dat het testament van een 81-jarige alleenstaande weduwe nietig is. De weduwe had een vriend in haar testament van

12 mei 2020 tot enig erfgenaam en executeur benoemd. Deze man had haar vanuit zijn bedrijf in 2015 geholpen met enige computerproblemen en daaruit was een vriendschappelijke relatie ontstaan. Kort nadat het testament was verleden, wordt een meerderjarigenbewind ingesteld over de goederen van de weduwe. Tot bewindvoerder is benoemd een stichting die gelieerd is aan een (moedige) notaris die eerder zijn ministerie bij het opmaken van het testament voor de weduwe had geweigerd. Deze notaris had ook het (mijns inziens lovenswaardige) initiatief genomen om de weduwe te laten onderzoeken door een specialist ouderengeneeskunde en VIA-arts. De conclusie van het medisch onderzoek luidde: 'Op basis van de geconstateerde stoornissen/beperkingen ben ik van mening dat mw [weduwe] beperkt wordt en niet voldoende in staat wordt geacht om haar gezondheidsbelangen en/of vermogensrechtelijke belangen naar behoren te kunnen behartigen.' Daarna hebben de bewindvoerder en de weduwe 'de vriend' gedagvaard en een verklaring voor recht gevorderd. Tevens wordt gevorderd te bepalen dat het vonnis moet worden ingeschreven in het Centraal Testamentenregister. De man voert aanvankelijk verweer. Ter zitting geeft de man zich opeens gewonnen. Hij trekt zijn verweer in en tegen vergoeding van € 4.000 aan gemaakte proceskosten is hij met de staart tussen de benen vertrokken.

De rechtbank verklaart de weduwe niet-ontvankelijk in haar vordering, omdat de bewindvoerder bij uitsluiting bevoegd is haar in de procedure te vertegenwoordigen (art. 1:441 lid 1 BW). De rechtbank oordeelt dat de bewindvoerder ontvankelijk is en ook belang heeft bij de ingestelde vordering, aangezien de weduwe vanwege wilsonbekwaamheid het testament niet meer kan herroepen. De rechtbank motiveert de toewijzing van de verklaring voor recht als volgt:

'Als vaststaand wordt aangenomen dat ten tijde van het verlijden van het testament de geestelijke stoornis van [de weduwe] een redelijke waardering van de daarbij betrokken belangen belette. Gelet hierop en op de (overige) in de dagvaarding opgenomen feiten en omstandigheden en gelet op het bepaalde in artikel 3:34 BW komen de hoofdvorderingen van [de bewindvoerder] (te weten de gevorderde verklaring voor recht en de vordering tot inschrijving van het vonnis in het Centraal Testamentenregister) de rechtbank niet onrechtmatig of ongegrond voor. Deze vorderingen zullen daarom worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing is vermeld.'

Bij deze uitspraak plaats ik nog een enkele kanttekening. In dit geval was de vriend – de beoogde testamentaire erfgenaam en executeur – als gedaagde in de procedure verschenen. Eens verschenen, blijft verschenen. Als een gedaagde zijn gevoerde verweer intrekt, dient de vordering van eiser gewoon toegewezen te worden. Dat de rechtbank haar toevlucht heeft gezocht tot de gebruikelijke passage van artikel 139 Rv in verstekzaken – te weten dat de rechter de vordering niet 'onrechtmatig of ongegrond voorkomt' – lijkt mij dan ook niet juist. Of is bewust voor deze passage gekozen omdat de rechtbank onderkent dat aan de toewijzing van deze verklaring voor recht de nodige haken en ogen zitten?

De rechtbank wijst er terecht op dat een verklaring voor recht (uiteraard) niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard kan worden. Een dergelijke verklaring leent zich naar haar aard daar niet voor, aangezien een in een vonnis opgenomen verklaring voor recht niet voor tenuitvoerlegging vatbaar is.

Interessant is tot slot de bepaling in het vonnis dat de bewindvoerder gerechtigd is het vonnis te doen inschrijven in het Centraal Testamentenregister. Wie artikel 1 van de Wet op het Centraal Testamentenregister met een opsomming van de in een testamentenregister op te nemen gegevens erop naslaat, ziet dat in die mogelijkheid (nog) niet is voorzien. Is het niet een idee in deze wet een met artikel 3:17 lid 1 onder e BW vergelijkbare bepaling op te nemen, zodat de inschrijving mogelijk wordt van rechterlijke uitspraken die de wilsbekwaamheid van erflaters betreffen?

Mijn eigen visie op deze problematiek

Kritiek geven is altijd makkelijk. De beste stuurlied staan nog steeds aan wal. Hoe zou de nietigverklaring van een testament bij leven passend in het wettelijke systeem dan wél ingesteld kunnen of moeten worden? Mijn eigen visie hierop komt – verkort weergegeven – op het volgende neer.

Zoals hiervoor aangegeven, zie ik in het erfrechtelijke gegeven van Boek 4 BW dat een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige en ongerichte rechtshandeling is, die eerst werking heeft na overlijden van de erflater, als zodanig geen onoverkomelijke belemmering voor een rechter om een verklaring voor recht dienaangaande uit te spreken.

Processueel dient er rekening mee gehouden te worden dat de verklaring voor recht toeziet op een rechtsverhouding en die verklaring wordt alleen op vordering van een bij die rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon uitgesproken (art. 3:302 BW). De bij die rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon dient ook voldoende belang te hebben bij de gevorderde verklaring voor recht (art. 3:303 BW). Een bijzonderheid is verder dat het testament een zogeheten ‘processueel ondeelbare rechtsverhouding’ in het leven roept. Processueel ondeelbare rechtsverhoudingen zijn rechtsverhoudingen waarbij het *noodzakelijk* is dat een beslissing daarover voor *alle* betrokken partijen *hetzelfde* luidt. Ik zou overigens menen dat van die kwalificatie (en van de daaraan verbonden processuele gevolgen (vgl. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411)) eerst werkelijk kan worden gesproken ná het openvallen van de nalatenschap, en wel nádat erfgenamen en legatarissen de nalatenschap onderscheidenlijk de legaten hebben aanvaard en de executeur of bewindvoerder zijn benoeming heeft aanvaard. Verschilt die voltooide rechtsverhouding niet wezenlijk van een geval waarin gesteld wordt dat een erflater wegens wilsbekwaamheid een nietig testament heeft gemaakt en een verklaring voor recht met die strekking wordt gevorderd? In het ene geval moeten de verhoudingen tussen *alle* stakeholders bij de nalatenschap precies vastgesteld worden (waarover eenieder zijn of haar zegje moet kunnen doen), in het andere geval moet binair de nietigheid van een testament vastgesteld worden (waarover niet iedereen betekenisvol en met evenveel expertise kan meepraten). Daar komt bij dat de nietigheid van een rechtshandeling *erga omnes* werkt, ofwel tegenover eenieder. Ook geldt dat de rechter de nietigheid ambtshalve moet uitspreken, zodat aan de rechter bij de nietigverklaring van een testament een bijzondere rol toekomt. Zouden die significante verschillen geen processuele consequenties moeten hebben? De vraag stellen is hem beantwoorden.

Niet ontkend kan worden dat een zware bewijslast rust op degene die het testament nietig wil laten verklaren. Het bewijs van wilsbekwaamheid van de erflater kan geleverd worden met behulp van een voldoende onderbouwde medische verklaring (HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047). Die verklaring dient (kritisch) getoetst te worden (zie recent rechtbank Rotterdam 1 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11712, voor een voorbeeld).

Wie kunnen in dit verband als de bij de rechtsverhouding – het gewraakte nietige testament – onmiddellijk betrokken personen aangemerkt worden? De focus wordt veelal eenzijdig gericht op de beoogde erfgena(a)m(en), de meest voor de hand liggende ‘tegenpartij’. Het testament heeft echter een januskop. De erflater roept enerzijds met het testament een nieuwe rechtsverhouding in het leven (ook al is deze sluimerend), maar de erflater maakt anderzijds – en wel definitief – een einde aan een andere, reeds bestaande en sluimerende rechtsverhouding. Immers, de bestaande erfgenamen van de erflater krachtens het versterferrecht of het testamentair erfrecht worden door het gewraakte testament onterfd, een erfstelling wordt herroepen of zij moeten met nieuwe gerechtigden tot de nalatenschap delen.

Een vertrekpunt behoort hier verder te zijn dat een procedure over de nietigverklaring van een testament wegens wilsonbekwaamheid bij dagvaarding bij de rechtbank ingesteld moet worden. Aan het gegeven dat de dagvaardingsprocedure gevolgd dient te worden, zijn bepaalde gevolgen verbonden. Een dagvaardingsprocedure dient te worden gevoerd door (een) eisende partij(en) tegen een of meer gedaagde partijen. Wie zouden daarvoor in aanmerking kunnen komen?

Als *eisende* partijen kunnen mijns inziens optreden: (i) de meerderjarigenbewindvoerder van de erflater (vgl. rechtbank Rotterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:133 hiervoor), (ii) de bestaande versterferfgena(a)m(en) of (iii) de bestaande testamentaire erfgena(a)m(en). De bewindvoerder zie ik als de exclusieve hoeder van de vermogensrechtelijke belangen van de rechthebbende erflater (art. 1:441 BW). De bestaande versterferfgenamen of testamentaire erfgenamen worden – als gesteld – onterfd of een erfstelling wordt herroepen als gevolg van het gewraakte nietige testament of zij zullen de nalatenschap met een of meer anderen moeten delen. Aan die rechtsverhouding komt als gevolg van het gewraakte testament geheel of ten dele en definitief een einde.

Als *gedaagde* partijen kunnen mijns inziens optreden: (i) de beoogde erfgena(a)m(en), indien deze althans bekend is of zijn en/of (ii) de erflater zelf. Eventueel gewenste deelname aan de procedure van andere partijen of belanghebbenden wordt verzekerd door de regels van interventie (art. 217 t/m 219 Rv) en zo nodig artikel 118 Rv als geoordeeld zou worden dat ook bij een niet-opengevallen testament sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding (vgl. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411).

Onbekendheid met de inhoud van het testament bij aanvang van de procedure en de wettelijke geheimhoudingsplicht van de notaris (art. 22 Wet op het notarisambt) zouden geen onoverkomelijke barrières moeten vormen om in de procedure (bij incidentele vordering) of in een kort geding afgifte te vorderen van het gewraakte testament. Zie daarvoor ook de door mij besproken mogelijkheden om met een beroep op ‘een zwaarwegend belang’ inzage te verkrijgen in een herroepen testament (*AdvoTip* 2021-13). Waarom zouden de overwegingen van de Hoge Raad uit het arrest van 8 januari 1982, *NJ* 1982/423 (*erven Ouwendijk*) niet ook gebruikt mogen worden om inzage te verkrijgen in het gewraakte nietige testament? Dat lijkt mij overigens slechts aanvaardbaar indien de wilsonbekwaamheid van de erflater voldoende onderbouwd is.

Kortom, waar een wil is, is een weg (of geitenpaadje) en waar een materieel recht in het geding is, behoort een procedure daarvoor beschikbaar te zijn. De nietigverklaring van een testament bij leven wegens wilsonbekwaamheid van de erflater kent naar mijn

oordeel meer gezichtspunten dan tot nu toe onderkend is. Over deze lastige kwestie zal intussen vast niet het laatste woord geschreven zijn. Ik spreek in elk geval de hoop uit dat ons Hollands landschap bevolkt zal worden door nog meer witte raven en dat deze 'vreemde vogel' stap voor stap iets van zijn uniciteit zal verliezen.

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

In verband met het kerstreces zal de eerstvolgende AdvoTip verschijnen op woensdag 19 januari 2022. De redactie van AdvoTip wenst u een prettige vakantie.



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

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

Copyright 2021 © AdvoTip

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip* – *Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.