

Artikel

Waar een wil is, is een testament

Over de nietigverklaring van een testament in de praktijk

Mr. J.Th.M. Diks en mr. N.M.A. Deckers*

1 Inleiding

8

Een testament kan om verschillende redenen niet geldig zijn. De wet noemt enkele gronden voor de nietigheid en vernietigbaarheid van een testament. De nietigheid van een testament werkt van rechtswege; het testament wordt geacht nooit te hebben bestaan. Dit is anders in geval van vernietigbaarheid. In zo'n geval is het testament in principe geldig, maar kan de vernietigbaarheid worden ingeroepen door een belanghebbende wanneer er gronden zijn om tot vernietiging van het testament over te gaan. Slaagt een beroep op vernietiging, dan werkt de vernietiging op grond van artikel 3:53 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Vernietiging heeft dus terugwerkende kracht.

In deze bijdrage zullen we de procedurele aspecten in combinatie met de dossiervorming rondom de nietigverklaring in de praktijk bespreken, waarbij we de focus leggen op de nietigheid van een testament op grond van wilsonbekwaamheid van de erflater. Daarbij gaan we in op de verschillende gronden voor nietigheid en vernietigbaarheid van testamenten (par. 2), presenteren we een casus die als rode draad voor deze bijdrage wordt gebruikt (par. 3), en bespreken we de werking van arti-

kel 3:34 BW (par. 4), het medisch dossier (par. 5), de stukken en informatie van de notaris (par. 6), het horen van getuigen en inschakelen van deskundigen (par. 7) en de procedure in de hoofdzaak (par. 8). Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 9).

2 Gronden nietigheid/ vernietigbaarheid testament

Een testament kan in de eerste plaats nietig zijn indien ten tijde van het opmaken van het testament sprake is van een geestelijke stoornis in de zin van artikel 3:34 BW. Als iemands geestvermogens blijvend of tijdelijk gestoord zijn, dan wordt een met een verklaring overeenstemmende wil geacht te ontbreken. Een testament is een eenzijdige rechtshandeling, en op grond van lid 2 van artikel 3:34 BW leidt een geestelijke stoornis – mits aan alle voorwaarden is voldaan – tot een nietig testament. In het vervolg van deze bijdrage gaan we hier nog nader op in.

Ten tweede kan een testament nietig zijn op grond van artikel 3:32 lid 2 BW, indien het testament is opgemaakt door een handelingsonbekwaam persoon. Daarbij is relevant dat een onder curatele gestelde met toestemming van de kantonrechter een uiterste wilsbeschikking kan maken (art. 4:55 lid 2 BW). Is sprake van een curatele wegens drank- of drugsmisbruik, dan kan zonder toestemming van de kantonrechter een uiterste wilsbeschikking worden gemaakt op grond van artikel 4:55 lid 1 BW.

In de derde plaats kan de inhoud van een testament in strijd met de openbare orde of goede zeden zijn, en dan

* Mr. J.Th.M. Diks is advocaat bij Advocaten Familie- & Erfrecht te Eindhoven en docent bij diverse opleidingsinstellingen. Mw. mr. N.M.A. Deckers is advocaat bij Advocaten Familie- & Erfrecht te Eindhoven. De auteurs danken mr. dr. N. Lavrijssen, medewerker bij het Wetenschappelijk Bureau van Advocaten Familie- & Erfrecht, voor haar waardevolle bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

is het testament nietig op grond van artikel 4:44 lid 1 BW. Hier is slechts sprake van wanneer het gaat om strijdigheid met fundamentele vormen van ongeschreven recht.¹ Een testament is ook nietig wanneer de in het testament opgenomen beslissende beweegredenen in strijd zijn met de openbare orde of goede zeden. Dit is geregeld in artikel 4:44 lid 2 BW. Zijn de beweegredenen niet in het testament vermeld, dan kan het testament niet nietig zijn op deze grond.² Daarnaast is het ook mogelijk dat een deel van een testament nietig is. Dit is wettelijk geregeld in artikel 4:45 lid 1 BW. Indien in een testament een voorwaarde of last is opgenomen die onmogelijk te vervullen is of in strijd is met de goede zeden, openbare orde of een dwingende wetsbepaling, is dat beding in het testament nietig. De rechtsgeldigheid van de overige bepalingen in het testament wordt door deze bepaling niet aangetast.

Een vierde grond voor nietigheid van een testament is het niet voldoen aan de vormvoorschriften, die zijn uitgewerkt in artikel 4:109 lid 1 en 2 BW. Op grond hiervan moet het testament zowel door de testateur als door de notaris ondertekend zijn. Is dat niet het geval, dan is het testament nietig.

Daarnaast kan een testament vernietigbaar zijn. Een testament is onder andere vernietigbaar wanneer het onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen. Wel bepaalt artikel 4:43 lid 1 BW dat een uiterste wilsbeschikking niet vatbaar is voor vernietiging als gevolg van misbruik van omstandigheden. Dat betekent dat een testament enkel kan worden vernietigd op grond van bedrog of bedreiging (art. 3:44 BW) of een onjuiste beweegreden. Daarbij bepaalt artikel 4:43 lid 3 BW dat een uiterste wilsbeschikking niet op grond van bedreiging, bedrog of een onjuiste beweegreden kan worden vernietigd wanneer de erflater haar heeft bevestigd nadat de invloed van de bedreiging heeft opgehouden te werken of het bedrog of de onjuistheid van de beweegreden is ontdekt. Als het gaat om een onjuiste beweegreden, geldt tevens als eis voor de mogelijkheid van vernietiging dat deze beweegreden in het testament moet zijn vermeld op grond van artikel 4:43 lid 2 BW. Al met al kan worden gezegd dat de vernietiging van een testament in verband met een wilsgebrek in de praktijk niet of nauwelijks voorkomt.³

Tot slot stippen wij kort aan dat een uiterste wilsbeschikking vernietigbaar is op grond van artikel 4:62 BW, indien sprake is van een bevoordeling van een voogd (art. 4:57 BW), de leermeester met wie de testateur in hetzelfde huis woont (art. 4:58 BW), zorgverleners zoals genoemd in artikel 4:59 BW en de notaris als bedoeld in artikel 4:61 BW.

1 Hof's-Hertogenbosch 29 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU6438.

2 N.V.C.E. Bauduin & T.F.H. Reijnen, Uiterste wil en onderscheiden soorten van uiterste wilsbeschikkingen (Mon. BW nr. B21), Deventer: Wolters Kluwer 2021/9.

3 E.R. Helder, Vernietigbare testamenten, Vakblad Financiële Planning 2018/59.

3 Casus

In de praktijk is met name veel discussie over de wilsbekwaamheid van een erflater. In het kader van een procedure met betrekking tot het nietig verklaren van een testament is het goed om het dossier goed op te bouwen en te vullen. Aan de hand van de volgende fictieve casus zal worden ingegaan op de relevante aspecten van een dergelijke procedure en de mogelijkheden om het dossier te vullen.

Mevrouw Willems overlijdt op 15 december 2019 op 81-jarige leeftijd. Mevrouw Willems had geen echtgenoot, maar wel twee kinderen, Marianne en Antoon. Enkele dagen daarvoor, op 13 december 2019, heeft zij ten overstaan van notaris mr. Schrijver een testament laten passeren. In dit testament benoemt zij haar buurman, de heer Krijger, tot enig erfgenaam. Op grond van het testament zal hij haar aanzienlijke vermogen van meer dan € 2 miljoen erven. Mevrouw Willems is eind 2018 gediagnosticeerd met vasculaire dementie. Zij is hiervoor destijds door haar huisarts verwezen naar een geriater. De kinderen stellen zich op het standpunt dat het testament nietig is.

4 De werking van artikel 3:34 lid 1 BW

Wanneer een testateur ten tijde van het passeren van het testament wilsonbekwaam is, is het betreffende testament nietig. Dit volgt uit artikel 3:34 lid 1 BW, eerste volzin, dat als volgt luidt:

‘Heeft iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord, iets verklaard, dan wordt een met de verklaring overeenstemmende wil geacht te ontbreken, indien de stoornis een redelijke waardering der bij de handeling betrokken belangen belette, of indien de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan.’

Op grond van artikel 3:33 BW is voor een rechtshandeling een met de verklaring overeenstemmende wil vereist. Artikel 3:34 lid 1 BW behelst een bewijsvermoeden, inhoudende dat indien sprake is van een geestvermogen dat blijvend of tijdelijk is gestoord, de benodigde wil wordt geacht te ontbreken. Dat is het geval indien de stoornis een redelijke waardering van de bij de handeling betrokken belangen belette of de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan. Voor een succesvol beroep op de nietigheid van een testament dient het volgende te worden gesteld en (bij voldoende betwisting) bewezen:

1. de stoornis; én
2. een van de volgende omstandigheden:
 - a. dat de stoornis een redelijke waardering van de bij de handeling betrokken belangen belette; óf

- b. dat de verklaring onder invloed van de stoornis is gedaan.

Degene die een beroep doet op de nietigheid van een testament, draagt de bewijslast van het voorgaande op grond van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).⁴ Indien voornoemde omstandigheden kunnen worden bewezen, geldt dat op grond van de wet wordt vermoed dat de met de verklaring overeenstemmende wil ontbreekt.

In onze casus zullen Marianne en Antoon, indien zij in rechte de nietigheid van het testament willen bepleiten, moeten aantonen dat mevrouw Willems wilsonbekwaam was ten tijde van het passeren van het testament. Vervolgens kunnen zij gebruik maken van het bewijsvermoeden, zoals genoemd in artikel 3:34 lid 1 BW, eerste volzin. De vraag die vervolgens opkomt, is hoe zij voornoemd bewijs kunnen leveren.

5 Medisch dossier

Teneinde aan te tonen dat sprake was van een stoornis, kan het medisch dossier van de overledene behulpzaam zijn. Vóór 1 januari 2020 hadden nabestaanden op grond van de wet recht op inzage in medische stukken indien de patiënt hiervoor tijdens leven toestemming had gegeven. Deze hoofdregel is neergelegd in artikel 7:457 lid 1 BW, dat per heden nog steeds van toepassing is.

Per 1 januari 2020 is sprake van een in de wet opgenomen verruiming van de bevoegdheid om inzage te krijgen in het medisch dossier.⁵ Op grond van artikel 7:458a BW kan onder andere inzage worden gekregen in het medisch dossier door eenieder die een zwaarwegend belang heeft bij inzage en aannemelijk maakt dat dit belang mogelijk wordt geschaad, en dat inzage in of afschrift van gegevens uit het medisch dossier noodzakelijk is voor de behartiging van dit belang. Deze nieuwe wettelijke bepaling is gebaseerd op het standaardarrest van de Hoge Raad van 20 april 2001.⁶ Hierin is beslist dat een belangenafweging gemaakt dient te worden tussen het belang van degene die inzage wenst in het medisch dossier en het belang van de overledene bij voortdurende geheimhouding.⁷

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het aanvechten van een rechtshandeling een zwaarwegend belang kan zijn.⁸ Kortom, het nietig laten verklaren van een testament kan een dergelijk zwaarwegend belang zijn. De jurispru-

dentie is casuïstisch. Op 4 mei 2021 oordeelde het gerechtshof 's-Hertogenbosch⁹ in hoger beroep in kort geding bijvoorbeeld dat sprake was van een onvoldoende zwaarwegend belang bij inzage in het medisch dossier en het verstrekken van een afschrift van het herroepen testament. Het ging hierbij om een testament van erflater, waarbij alle nichten en neven voor gelijke delen tot erfgenamen waren benoemd. Twee van hen stelden dat zij bij het herroepen testament als enigen tot erfgenamen waren benoemd.

Bij het voorgaande is van belang dat in artikel 7:458a lid 4 BW is bepaald dat het mogelijk is dat de overledene schriftelijk vastlegt dat na zijn overlijden geen inzage mag worden gegeven in zijn medisch dossier. Dat schriftelijk vastleggen kan bijvoorbeeld in een levenstestament gebeuren.¹⁰ In voorkomend geval kan dit naar onze mening leiden tot de onwenselijke situatie dat de nietigheid van een testament niet kan worden bewezen. De vraag is hoe een rechter het betreffende artikel lid 1 in een dergelijk geval zal toepassen. Omdat de artikelen 7:458a en 7:458b BW pas op 1 januari 2020 in werking zijn getreden, is er nog geen (gepubliceerde) rechtspraak voorhanden waaruit dit blijkt. In de literatuur gaat men ervan uit dat – wanneer de patiënt tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat was en de leeftijd van 12 jaar had bereikt – geen inzage zal worden verleend wanneer de patiënt schriftelijk of elektronisch heeft aangegeven dat hij niet wenst dat inzage wordt gegeven.¹¹

De arts zal als een verzoek tot inzage in het medisch dossier wordt gedaan, zelf de belangenafweging moeten maken of inzage gegeven wordt in het medisch dossier of in een gedeelte daarvan.¹² Indien de arts besluit dat er geen zwaarwegend belang is inzage te geven, hoeft een belanghebbende daar uiteraard niet in te berusten. De belanghebbende kan een gerechtelijke procedure starten. Nu aangenomen zal worden dat bij een vordering strekkende tot verkrijging van inzage in het medisch dossier een spoedeisend belang bestaat, zal een belanghebbende (inzage in) dit dossier in kort geding (art. 254 Rv) kunnen vorderen.

Op het daartoe strekkende verzoek van de kinderen van mevrouw Willems besluit de arts dat hij geen inzage verstrekt in het medisch dossier. Marianne en Antoon besluiten daarom een kortgedingprocedure te starten tegen het ziekenhuis waar mevrouw Willems patiënt was. De vorderingen van de kinderen worden toegewezen, nu de rechter beslist dat hun belang prevaleert boven het belang op voortdurende van de medische geheimhouding.

4 Hof 's-Hertogenbosch 20 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1195.

5 Op 1 januari 2020 zijn art. 7:458a en 7:458b BW in werking getreden. Zie Stb. 2019, 224 en Stb. 2019, 284.

6 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, NJ 2001/600 m.nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen.

7 In het kader van deze belangenafweging noemt de Hoge Raad dat de doorbreking van het beroepsgeheim het laatste redmiddel is, de toestemming van erflater moet kunnen worden verondersteld, en dat er zwaarwegende aanwijzingen zijn voor de wilsonbekwaamheid.

8 Kamerstukken II 2017/18, 34994, nr. 3, p. 12 (MvT).

9 Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1357.

10 Bauduin & Reijnen, Uiterste wil en onderscheiden soorten van uiterste wilsbeschikkingen, nr. 92.

11 R.P. Wijne, Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, Deventer: Wolters Kluwer, art. 7:458a BW, aant. 9.

12 De Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (de KNMG) heeft met betrekking tot deze belangenafweging een handreiking opgesteld: KNMG-handreiking Inzage in medische dossiers door nabestaanden, KNMG 2020.

Op grond van het vonnis verstrekt de arts een kopie van het medisch dossier aan Marianne en Antoon. Daaruit blijkt dat mevrouw Willems inderdaad leed aan vasculaire dementie en hiervoor regelmatig gezien werd door diverse artsen, die in het medisch dossier optekenden dat de dementie behoorlijk progressief was.

6 Stukken en informatie notaris

Teneinde aan te kunnen tonen dat sprake was van een stoornis ten tijde van het passeren van het testament, kan tevens relevante informatie worden verkregen bij de notaris. Evenals de arts dient de notaris geheimhouding te betrachten. Deze geheimhouding is evenwel niet absoluut. Zo ziet de geheimhouding op de beweegredenen voor de inhoud van het testament en niet op de totstandkoming van het testament.¹³ De belanghebbenden zullen willen weten hoe de notaris met de notariële zorgplicht is omgegaan. De notariële zorgplicht houdt in dat de notaris zich ervan dient te vergewissen dat de testateur wilsbekwaam is ten tijde van het passeren van het testament. Voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid is allereerst de eigen waarneming van de notaris leidend. Daarbij komt de notaris een redelijke beoordelingsvrijheid toe.¹⁴ Indien de notaris gerede twijfel heeft over de wilsbekwaamheid, zal hij nader onderzoek dienen te verrichten.¹⁵ De notaris zal hiervoor het Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van de notariële dienstverlening¹⁶ (hierna: het stappenplan) dienen te gebruiken. Het stappenplan biedt de notaris een handreiking om te komen tot beoordeling van de wilsbekwaamheid van de testateur. Over de (juiste) toepassing van het stappenplan wordt regelmatig geprocedeerd. Zo zijn er verschillende klachtprocedures gevoerd jegens notarissen waarin familieleden van oordeel waren dat de notaris het stappenplan niet (correct) heeft toegepast. Soms ook met succes.¹⁷ Maar regelmatig wordt geconcludeerd dat de notaris wel tot een juist oordeel is gekomen.¹⁸ Alzheimer hoeft op zichzelf voor een notaris geen reden voor twijfel over de wilsbekwaamheid van een testateur te zijn. Ook het bestaan van een of meerdere indicatoren uit het stappenplan, bijvoorbeeld opname in een verpleeghuis, een hoge leeftijd of de omstandigheid dat iemand anders dan de testateur zelf het initiatief heeft genomen

voor het maken van de afspraak tot het opstellen van het testament, is volgens het stappenplan en het hof¹⁹ op zichzelf geen aanleiding om te twifelen aan de wilsbekwaamheid van een testateur. Twijfel telt niet; alleen gerede twijfel telt.²⁰

Een belanghebbende zal van de notaris willen weten of er aanleiding was om het stappenplan te volgen. Daarnaast kan een belanghebbende ook andere relevante vragen stellen, zoals wie de notaris in eerste instantie heeft benaderd voor het opstellen van het testament, of een concept van het testament is opgesteld en toegestuurd, hoeveel tijd tussen het sturen van het concept en het passeren van het testament is verstreken, of de notaris bekend is met de persoon van de erflater, et cetera. De notaris zal over het algemeen bereid zijn vragen die niet zien op de beweegredenen voor het maken van een bepaalde beschikking in het testament, te beantwoorden, al dan niet voorzien van notities uit zijn dossier. Deze informatie kan een belanghebbende een beeld geven van de wijze van totstandkoming van het testament en hoe de notaris is omgegaan met het toetsen van de wilsbekwaamheid van erflater.²¹

Na ontvangst van de medische stukken nemen Marianne en Antoon contact op met de notaris die het testament van mevrouw Willems heeft gepasseerd. Zij informeren naar de wijze van totstandkoming van het testament. De notaris laat hun weten dat zijn kantoor destijds door de buurman, de heer Krijger, telefonisch is benaderd met het verzoek of een testament kon worden opgesteld voor zijn buurvrouw. Er is een afspraak ingepland. De notaris heeft mevrouw Willems en de heer Krijger ontvangen, waarbij hij halverwege het gesprek de heer Krijger heeft verzocht in de wachtruimte plaats te nemen, zodat hij het gesprek onder vier ogen met mevrouw Willems kon voortzetten. De notaris heeft aan de kinderen aangegeven dat hij geen reden had om te twifelen aan de wilsbekwaamheid van mevrouw Willems. Het concept is naar het adres van mevrouw Willems gestuurd, naar aanleiding waarvan de heer Krijger nog telefonisch contact heeft opgenomen met het notariskantoor, omdat hij enkele vragen had over het concept. Zonder verdere aanpassingen is het testament, conform het concept, een week na toezending gepasseerd. Op de vraag van de kinderen waarom mevrouw Willems hen heeft ontferfd, hebben de kinderen geen antwoord gekregen.

13 M. Hillen, Wilsbekwaamheid: de bomen en het bos, Notariaat Magazine 2015, afl. 4.

14 W. van Tongeren, Betere bescherming tegen afnemende wilsbekwaamheid, NJB 2018/209.

15 Hof Amsterdam 21 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1199.

16 De huidige versie van het stappenplan werd vastgesteld in april 2021, zoals te raadplegen op www.knb.nl.

17 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer) 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:33 en Hof Amsterdam (notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer) 17 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3258.

18 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer) 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2640.

19 Hof Amsterdam (notaris- en gerechtsdeurwaarderskamer) 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2640.

20 Van Tongeren, Betere bescherming tegen afnemende wilsbekwaamheid.

21 Ook artsen zullen in het kader van een medische behandeling de wilsbekwaamheid van een patiënt dienen te toetsen. Zij gebruiken daarvoor de (eenvoudige) criteria van wils(on)bekwaamheid volgens T. Grisso & P.S. Appelbaum, *Assessing competence to consent to treatment: A guide for physicians and other health care professionals*, New York: Oxford University Press 1998. De criteria luiden kort gezegd als volgt: (1) het vermogen om een keuze tussen twee mogelijkheden te maken en die keuze kenbaar te maken, (2) het vermogen om informatie feitelijk te begrijpen, (3) het vermogen om informatie voor de eigen situatie te waarderen, en (4) het vermogen om logisch te redeneren. In onze visie zouden deze criteria ook toegepast kunnen worden buiten toetsing in het kader van medische handelingen.

7 Getuigen en deskundigen

Ook een (voorlopig) getuigenverhoor en/of deskundigenbericht kunnen behulpzaam zijn bij het verzamelen van onderliggende informatie teneinde een stoornis te kunnen aantonen. Het voordeel van een verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor en/of deskundigenbericht is dat een dergelijk verzoek in beginsel dient te worden toegewezen door de bevoegde rechter (ex art. 166 en 194 Rv). Dit in tegenstelling tot het verzoek tot het horen van getuigen of het benoemen van een deskundige in de bodemzaak. Het voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht kan zowel voorafgaand als tijdens een bodemprocedure worden gestart. Indien een voorlopig getuigenverhoor of deskundigenbericht wordt gestart voorafgaand aan de bodemprocedure, kan de informatie onder andere worden gebruikt om de kans van slagen van de bodemprocedure (beter) in te kunnen schatten. Daarnaast kan de uit het getuigenverhoor of deskundigenbericht voortvloeiende informatie worden gebruikt teneinde de stelling in de bodemprocedure te onderbouwen.

Het bewijsaanbod dient voldoende te worden gespecificeerd. Dat betekent dat dient te worden aangegeven welke stellingen nader kunnen worden onderbouwd met behulp van de uitkomst van de getuigenverhooren. Zo kan bijvoorbeeld worden gesteld dat de stoornis en/of het causaal verband tussen de stoornis en het opstellen van het testament nader kunnen worden onderbouwd met de uitkomst van het verhoor.²²

Het is van belang om de te horen getuigen nauwkeurig te selecteren. Niet iedere derde zal immers kunnen getuigen over de voor de onderliggende bodemzaak relevante aspecten. Zo bepaalt artikel 163 Rv dat een getuigenverklaring slechts als bewijs kan dienen voor zover deze betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten. Indien men wenst aan te tonen dat sprake was van een stoornis aan de zijde van een testateur, dient aldus sprake te zijn van getuigen die uit eigen waarneming kunnen verklaren over (bijvoorbeeld) het leven en de gezondheid van de testateur. Daarbij kan onder andere gedacht worden aan de betrokken familieleden, de (huis)notaris en de huishoudelijke hulp.

Daarnaast is relevant dat de verklaringen omtrent de gesteldheid van de testateur zien op de gesteldheid ten tijde van het passeren van het testament, althans op de periode van vlak daarvoor of vlak daarna. Dit omdat het voor een succesvol beroep op artikel 3:34 BW (onder andere) van belang is dat wordt aangetoond dat *ten tijde van* het passeren van het testament sprake was van een stoornis.

²² Zie onder andere HR 13 februari 2021, ECLI:NL:HR:2015:311. In deze uitspraak werd ten overvloede bevestigd dat het enkele feit dat de notaris geen reden had om aan de wilsbekwaamheid van de testateur te twijfelen, niet kan leiden tot het passeren van een bewijsaanbod.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken een voorlopig deskundigenbericht te gelasten. In een dergelijk geval kan de deskundige bijvoorbeeld een bericht opstellen over de bekwaamheid van de testateur op basis van de voorhanden zijnde medische stukken. Gelet op de hiervoor besproken eisen van artikel 3:34 BW, zal de deskundige in een dergelijk geval dienen te worden verzocht om te beoordelen of sprake was van een geestelijke stoornis, alsmede van (in ieder geval) één van de in artikel 3:34 BW genoemde twee gronden.

Bij het voorgaande wordt opgemerkt dat indien de belanghebbenden beschikken over het medisch dossier, zij er uiteraard ook voor kunnen kiezen om het medisch rapport ter beschikking te stellen aan de deskundige, buiten een procedure om. Dit teneinde voorafgaand aan een eventueel te starten procedure een beoordeling te ontvangen van een deskundige.

Marianne en Antoon besluiten een verzoek te doen tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor. De rechter wijst dit verzoek toe. In het getuigenverhoor worden de notaris, de buurman, Marianne en Antoon, enkele andere familieleden, een vriendin van mevrouw Willems en enkele buurtgenoten gehoord. De familieleden van mevrouw Willems verklaren dat zij vanaf begin 2019 behoorlijk de kluts kwijt was en in de periode rondom het passeren van het testament namen vergat en bezoek niet altijd meer herkende. Verder zou zij bij herhaling het gas aan hebben laten staan en in verwarde toestand buiten zijn gevonden. De buurman en de buurtgenoten verklaren dat er niets met mevrouw Willems aan de hand was, dat zij nog regelmatig in haar tuin werkte, iedereen vriendelijk gedag zegde en in de week van het passeren van het testament nog de buurtbarbecue bezocht. Bij die gelegenheid heeft ze nog veel over vroeger verteld. De vriendin van mevrouw Willems merkte de laatste periode dat het gedrag van mevrouw Willems veranderde. Zo belde zij nooit meer en reageerde soms uit het niets boos.

Marianne en Antoon besluiten een bodemprocedure te starten, met als doel het nietig laten verklaren van het testament van hun moeder.

8 Hoofdzaak

Zodra voldoende bewijs is verzameld, dan wel men van mening is dat in de hoofdzaak voldoende bewijs boven tafel zal komen, kan de hoofdzaak worden gestart. Dit betreft een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank, sector civiel.

Allereerst dient bezien te worden wie de procespartijen zijn. Dat zijn in ieder geval degenen die het testament nietig willen laten verklaren en degenen die direct belang hebben bij de uitkomst van de procedure. Direct belanghebbend zijn de in het bestreden testament ge-

noemde erfgenamen. Het is mogelijk dat een in het testament genoemde legataris en benoemde executeur een bijzonder belang hebben bij de uitkomst van de procedure. Nu het al dan niet geldig zijn van het testament niet het beheer van de nalatenschap betreft, zal niet (enkel) de executeur in rechte dienen te worden betrokken.

In de praktijk is vaak de vraag aan de orde of eisers in een dergelijke procedure zélf wel belanghebbenden zijn. Als erflater slechts één testament heeft gemaakt, zal het duidelijk zijn of eisers belanghebbenden zijn, omdat indien het testament nietig wordt verklaard, de versterferfgenamen de erfgenamen van erflater zijn. Als eisers de versterferfgenamen zijn, zijn zij aldus belanghebbenden. Als voorafgaand aan het passeren van het bestreden testament een of meer andere testaments zijn gepasseerd, en de inhoud van het voorgaande testament niet bekend is, kan worden opgeworpen dat eisers mogelijk niet belanghebbenden zijn. Als deze laatste situatie speelt, is het voor de erfrechtadvocaat uiteraard van belang dat hij zijn cliënt erop wijst dat indien het testament nietig wordt verklaard, daarmee nog niet is gezegd dat zijn cliënt dan erfgenaam wordt. Immers, het voorgaande testament, waarvan de inhoud nog onbekend is, zal dan in werking treden. Overigens is het zo dat het eerder verleden testament beschikbaar kan zijn, bijvoorbeeld doordat het testament bij erflater thuis wordt aangetroffen. Slechts zelden zal de rechter oordelen dat voorafgaand aan een procedure waarin de nietigheid van een testament aan de orde wordt gesteld, de notaris het eerdere testament ter beschikking moet stellen.²³

Eisers zullen in een dergelijke procedure een verklaring voor recht dienen te vorderen, inhoudende dat het testament nietig is, omdat sprake is van wilsonbekwaamheid. Eisers die zich beroepen op artikel 3:34 BW zullen moeten stellen en (zo nodig) bewijzen, zoals hierboven reeds is gemeld, dat sprake is van een geestelijke stoornis en dat die stoornis een redelijke beoordeling van de bij de handeling betrokken belangen belette, of dat de wilsverklaring is gedaan onder invloed van de stoornis. Als één van deze twee omstandigheden zich heeft voorgedaan, wordt de wil vermoed te hebben ontbroken. Eisers moeten dus van goeden huize komen om dit te kunnen bewijzen. Overigens blijkt uit recente jurisprudentie dat de complexiteit van een testament voor een rechter mee kan wegen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van wils(on)bekwaamheid ten aanzien van de inhoud van het betreffende testament.²⁴

De vraag die opkomt is of een testament tijdens het leven van een testateur al nietig kan worden verklaard. Het testament heeft immers nog geen werking. Volgens Lieber is een nietigverklaring tijdens leven in sommige

gevallen wenselijk en mogelijk.²⁵ Wij onderschrijven deze visie.

Marianne en Antoon starten een dagvaardingsprocedure, waarin zij een verklaring voor recht vorderen, inhoudende dat het testament nietig is. Helaas heeft de procedure niet de gewenste uitkomst; de vorderingen van Marianne en Antoon worden afgewezen.

Marianne en Antoon komen echter niet met geheel lege handen te staan. Zij kunnen namelijk nog een beroep doen op hun legitieme portie. Gelet op het feit dat de buurman de erfgenaam is van moeder, kan geen sprake zijn van uitgestelde opeisbaarheid van de legitieme portie ex artikel 4:82 BW.

9 Conclusie

Gelet op het voorgaande staan erfgenamen behoorlijk wat middelen ter beschikking om te achterhalen of een testateur wilsbekwaam was ten tijde van het passeren van een testament. Dat neemt niet weg dat zij wel het nodige dienen aan te kunnen tonen om te kunnen voldoen aan de zware bewijslast die op hen rust. Uit de jurisprudentie volgt dat het nietig verklaren van een testament evenwel geen onmogelijkheid is. Als er voldoende aanleiding is om een procedure te starten over de nietigheid van een testament, valt of staat alles met het op juiste wijze procederen (zoals zo vaak in het erfrecht).

Het is goed om bij een dergelijk dossier alle (on)mogelijkheden nauwkeurig te onderzoeken. Zo kan het zijn dat cliënten zich wenden tot een erfrechtadvocaat omdat zij het testament nietig wensen te laten verklaren, maar dat sprake is van andere, voordeligere oplossingen. Zo kan er bijvoorbeeld voor worden gekozen om het testament niet nietig te laten verklaren, maar de inhoud van het testament uit te leggen op een voor de cliënten gunstige manier (ex art. 4:46 BW). Daarnaast kan het zo zijn dat het voordeliger is voor de cliënten om zich te richten op de eventuele vordering uit hoofde van het overlijden van de vooroverleden ouder en/of de legitieme portie in de nalatenschap van de laatst overleden ouder.²⁶ Het komt immers vaak voor dat de vorderingen ter zake van een vooroverlijden de activa van de nalatenschap overstijgen.

Als er dan toch geprocedeerd moet worden over de nietigheid van het testament, zal de rechter beslissen of erflater wilsbekwaam was en of het testament dus geldig is. Immers, waar een wil is, is een testament.

25 J.H. Lieber, Nietigverklaring van een testament bij leven van de testateur: kan dat? Procesrechtelijke aspecten, Tijdschrift Erfrecht 2020, afl. 1, p. 6-11. Zie ook G.T.J. Hoff, Pionieren in het erfrecht en het burgerlijk procesrecht: nietigverklaring van een testament bij leven, AdvoTip 2021-21.

26 Wij verwachten dat meer procedures over de nietigheid van het testament zullen volgen indien de legitieme portie wordt afgeschafte. In dat geval bestaat immers (nog) meer belang bij de nietigheid van het testament. Zie ook J.Th.M. Diks & E.C.E. Schnackers, Of het nu klaar is met de legitiemaris?, Relatierecht & Praktijk 2021, afl. 6, sign. 523.

23 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 17 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3209.

24 Rb. Rotterdam 1 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11712.