

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/92785>

Please be advised that this information was generated on 2018-01-18 and may be subject to change.

# Lijden aan het leven

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 10 december 2010, LJN: BN8534 (mrs. D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, W.A.M. van Schendel, C.A. Streefkerk en C.E. Drion; A-G mr. L. Strikwerda)

Is 'lijden aan het leven' te kwalificeren als een ziekte in de zin van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) en artikel 4:59 lid 1 BW?

## De feiten<sup>1</sup>

De feiten en omstandigheden waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, laten zich als volgt samenvatten.

(i) Eisers staan allen in een (aangetrouwde) familierelatie tot de erflaatster, geboren in 1904 en overleden op 19 september 2000.

(ii) Verweerder is orthopedisch chirurg.

(iii) Op 4 november 1980 heeft de erflaatster verweerder voor de eerste maal geconsulteerd. Hierop zijn diverse consulten gevolgd en verweerder heeft bij de erflaatster een aantal operatieve ingrepen verricht. In het midden van de jaren '80 van de vorige eeuw is tussen de erflaatster en verweerder een hechte vriendschappelijke relatie ontstaan. De erflaatster heeft verweerder voor het laatst geconsulteerd op 4 mei 1994.

(iv) Bij uiterste wil van 25 november 1994 heeft de erflaatster over haar nalatenschap beschikt en onder meer, onder de last van een aantal legaten, verweerder tot enig en algeheel erfgenaam van die nalatenschap benoemd.

(v) Op 17 januari 2000 heeft de erflaatster haar uiterste wil op een aantal punten gewijzigd. Opnieuw werd verweerder, onder de last van een aantal legaten, tot enig en algeheel erfgenaam benoemd.

(vi) In de periode van ongeveer drie weken voorafgaand aan het overlijden op 19 september 2000 van de erflaatster is ten aanzien van haar een beleid gevoerd van abstinentie van voedsel en vocht, gecombineerd met pijnbestrijdende medicatie.

(vii) Verweerder heeft de nalatenschap van de erflaatster aanvaard.

(viii) Eisers hebben in april 2001 bij het Regionaal Medisch Tuchtcollege te 's-Gravenhage een klacht inge-

diend over – onder meer – de handelwijze van verweerder voorafgaand aan en rond het overlijden van de erflaatster. Na een afwijzende beslissing van het Regionaal Medisch Tuchtcollege heeft het Centraal College voor de Gezondheidszorg op het hoger beroep van eisers bij beslissing van 6 januari 2004 de beslissing van het Regionaal Medisch Tuchtcollege vernietigd en verweerder alsnog de maatregel van berisping opgelegd. Het Centraal College voor de Gezondheidszorg oordeelde dat verweerder niet zuiver heeft gehandeld door de regie over en de verantwoordelijkheid voor de medische begeleiding van de erflaatster gedurende het proces van abstinentie van voedsel en vocht niet in handen van de huisarts van de erflaatster dan wel een andere arts te laten. Daarbij is ten nadele van verweerder meegewogen dat hij een jarenlange innige vriendschappelijke relatie met de erflaatster had onderhouden en hij ermee bekend was dat hem bij het overlijden van de erflaatster een nalatenschap zou toevallen.

## Het geding in feitelijke instanties<sup>2</sup>

Bij exploit van 23 december 2003 hebben eisers verweerder gedagvaard voor de rechtbank 's-Gravenhage en, voor zover in cassatie van belang, gevorderd dat de rechtbank de uiterste wilsbeschikking van de erflaatster van 17 januari 2000, voor zover daarbij verweerder tot enig en algeheel erfgenaam van de nalatenschap is benoemd, nietig zal verklaren dan wel zal vernietigen.

Eisers hebben aan deze vordering ten grondslag gelegd dat de begunstiging van verweerder in de uiterste wil van 17 januari 2000 valt onder de werking van artikel 4:953 lid 1 BW (oud). Verweerder heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vordering. De rechtbank heeft bij (eind)vonnissen van 24 november 2004<sup>3</sup> de vordering van eisers afgewezen.

Eisers hebben hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Bij arrest van 23 december 2008<sup>4</sup> heeft het hof het vonnis van de rechtbank, voor zover aan zijn

1 Ontleend aan punt 3.1.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

2 Ontleend aan de punten 3.2.1, 3.2.2 en 3.3 (onder

*Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

3 Niet gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

4 Hof 's-Gravenhage 23 december 2008, LJN: BG8148.

oordeel onderworpen, bekrachtigd. Daartoe heeft het hof, zakelijk weergegeven, het volgende overwogen.

(a) Om te kunnen vaststellen dat de bestreden uiterste wilsbeschikking nietig is, moet ingevolge het te dezen toepasselijke artikel 4:953 lid 1 BW (oud) cumulatief zijn voldaan aan de navolgende drie vereisten: (i) verweerder moet de erflaatster tijdens haar ziekte hebben behandeld; (ii) de uiterste wilsbeschikking van de erflaatster moet tot stand zijn gekomen tijdens die ziekte; en (iii) de erflaatster is ten gevolge van die ziekte overleden (rov. 7).

(b) In het onderhavige geval betreft het een vrouw die op 19 september 2000 op 95-jarige leeftijd is overleden. Partijen zijn het erover eens dat zij is overleden nadat zij – al dan niet bij voortdoring – had geweigerd voedsel en vloeistof tot zich te nemen. Tussen partijen is ook niet in geschil dat zij aldus heeft gehandeld, omdat zij niet langer wenste te leven. Beide partijen bedienen zich in dit verband van de term ‘lijden aan het leven’ (rov. 8).

(c) Aansluitende bij (rov. 4.5 van) het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2002<sup>5</sup> (strafzaak Brongersma inzake hulp bij zelfdoding), doch zich bewust van relevante verschillen met de onderhavige zaak, leidt het hof uit dit arrest af dat een ‘lijden aan het leven’, zonder dat daaraan een somatische of psychische aandoening ten grondslag ligt, niet wordt gekwalificeerd als een ziekte (rov. 9).

(d) Vervolgens ziet het hof onder ogen de vraag of het ‘lijden aan het leven’ van de erflaatster in dit geval geheel of mede te wijten is geweest aan een somatische of psychische aandoening. Het hof betreft in zijn oordeel een door verweerder overgelegd rapport van prof. dr. W.H.L. Hoefnagels (rov. 10), een door verweerder overgelegde brief van de huisarts van de erflaatster (rov. 11), alsmede een door eisers overgelegd rapport van prof. dr. R.G.J. Westendorp (hierna: rapport Westendorp) (rov. 12), en concludeert dat in dit geval moet worden geoordeeld dat het ‘lijden aan het leven’ niet kan worden beschouwd als een ziekte in de zin van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) (rov. 14).

(e) Naar aanleiding van het betoog van eisers dat artikel 4:953 lid 1 BW (oud) ruim moet worden uitgelegd en dat het ‘lijden aan het leven’ van de erflaatster, als dit al geen ziekte in genoemde zin is, toch onder de werking van dit artikel dient te vallen, concludeert het hof dat het in strijd met de rechtszekerheid zou zijn indien eisers in dit betoog zouden worden gevolgd. Daartoe overweegt het hof nog, kort gezegd, dat in de wet genoemde uitzonderingen op de handelingsbekwaamheid met als sanctie nietigheid beperkt dienen te worden uitgelegd (rov. 15).

(f) Nu het hof zich op grond van de overgelegde stukken voldoende geïnformeerd acht, passeert het hof het door eisers gedane aanbod tot getuigenbewijs en het verzoek tot het horen van deskundigen als niet ter zake dienend (rov. 16) en wegens gebrek aan belang (rov. 19).

(g) Omdat niet is voldaan aan het begrip ziekte als een noodzakelijke voorwaarde voor toepasselijkheid van artikel 4:953 lid 1 BW (oud), verwerpt het hof het beroep van

eisers zonder te hoeven toekomen aan een bespreking van de andere (cumulatieve) vereisten voor toepassing van dit artikel; zie onder (a) hierboven (rov. 17).

### Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt onderdeel 2.1 van het door eisers tegen het arrest van het hof gerichte cassatiemiddel als volgt.

3.4.1 Onderdeel 2.1 richt zich tegen rov. 9 tot en met 17 en betoogt dat het hof, door te oordelen dat bij de erflaatster geen sprake was van een ziekte en reeds daarom niet is voldaan aan de voorwaarden van art. 4:953 (oud) BW, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daartoe wordt aangevoerd dat de ratio van art. 4:953 (oud) BW is dat de patiënt moet worden beschermd tegen vrijgevigheid die voortvloeit uit afhankelijkheid van de medische zorgverlener. Ten onrechte heeft het hof dus de bescherming van de testeervrijheid als ratio van die bepaling vooropgesteld, in plaats van de bescherming van de patiënt/testateur. Ten tweede had de term ‘ziekte’ conform de memorie van toelichting op de Wet BIG ruim uitgelegd moeten worden. En ten derde had het hof moeten oordelen, aldus nog steeds het onderdeel, dat er sprake was van een ziekte in de zin van art. 4:953 (oud) BW omdat de erflaatster zich immers onder medische behandeling van verweerder had gesteld in het kader van de begeleiding van het verstervingsproces.

3.4.2 In de memorie van toelichting bij de Wet BIG – bij welke wet de groep medische zorgverleners waarop art. 4:953 (oud) BW betrekking heeft, is uitgebreid – is in zijn algemeenheid een ruime omschrijving van het begrip ziekte gegeven, als mede omvattend een ‘toestand van fysiek of psychisch niet welbevinden’ (Kamerstukken II 1985-1986, 19 522, nr. 3, blz. 85). Die algemene en ruime omschrijving is evenwel niet zonder meer toepasbaar in de context van de specifiek erfrechtelijke bepaling van art. 4:953 (oud) BW. Deze bepaling strekt immers (evenals het huidige art. 4:59 lid 1 BW) ertoe de zieke persoon te beschermen tegen misbruik door de medische of geestelijke zorgverlener van de afhankelijke relatie waarin de zieke tot hem staat, en maakt daartoe een testamentaire bevoordeling door de zieke onder de in het artikel genoemde omstandigheden – met uitsluiting van iedere discussie over de vraag of daadwerkelijk misbruik heeft plaatsgevonden – zonder meer (ver)nietig(baar). Daarom moet met het oog op de rechtszekerheid en een goede hanteerbaarheid van deze bepaling een duidelijk omlinnende betekenis worden gegeven aan het begrip ‘ziekte waaraan hij is overleden’. Gelet daarop heeft het hof dan ook in het kader van zijn onderzoek naar de vraag of de gesteldheid van de erflaatster te kwalificeren was als ziekte in de zin van genoemde bepaling, terecht onderzocht of bij haar sprake was van een medisch geclassificeerde somatische of psychische ziekte of aandoening. Het hof heeft daarbij meegewogen dat het ‘lijden aan het leven’ onder omstandigheden, zoals bijvoorbeeld vermeld in het rapport Westendorp, zou kunnen worden beschouwd als (een gevolg van) een ziekte in bovenbedoelde zin, doch is in rov. 13-14 tot de vaststelling gekomen dat in het onderhavige geval ‘lijden aan het leven’ niet een ziekte is in de zin van artikel 4:953 (oud) BW. Tot dat oordeel heeft het hof kunnen komen zonder enige rechtsregel te schenden. Onderdeel 2.1 faalt derhalve.

3.5 De in de overige onderdelen aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

### De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van eisers en veroordeelt hen in de kosten van het geding in cassatie.

5 HR 24 december 2002, LJN: AE8772, NJ 2003, 167 (Brongersma; concl. wnd. A-G N. Keijzer; m.nt. T.M. Schalken).

## Noot

### 1 Inleiding

In deze procedure gaat het om de uitleg van het begrip ‘ziekte’ in de zin van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) en artikel 4:59 lid 1 BW. Eerstgenoemde bepaling luidt als volgt.

De beroepsbeoefenaren op het gebied van de individuele gezondheidszorg, die iemand gedurende de ziekte waaraan hij is overleden, bijstand hebben verleend, alsmede bekleeders van een geestelijk ambt, welke hem gedurende die ziekte hebben bijgestaan, kunnen geen voordeel trekken uit de uiterste wilsbeschikkingen, welke zoodanig persoon, gedurende den loop dier ziekte, te hunnen behoeve mogt hebben gemaakt.<sup>6</sup>

Laatstgenoemde bepaling luidt als volgt.

De beroepsbeoefenaren op het gebied van de individuele gezondheidszorg, die iemand gedurende de ziekte waaraan hij is overleden, bijstand hebben verleend, alsmede de geestelijk verzorgers die hem gedurende die ziekte hebben bijgestaan, kunnen geen voordeel trekken uit de uiterste wilsbeschikkingen die zodanig persoon gedurende de behandeling of de bijstand te hunnen behoeve heeft gemaakt.

Omdat de erfstaatster is overleden op 19 september 2000, dus vóór 1 januari 2003, toen het thans geldende erfrecht in werking trad, is in deze zaak het oude erfrecht van toepassing. Dit maakt echter voor de uitleg en de strekking van het begrip ‘ziekte’ in beide genoemde bepalingen niets uit, zoals ook de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.2 terecht constateert. De aanhef van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) is in 1997 in de wet gekomen, enkele jaren na de inwerkingtreding van de Wet BIG.<sup>7</sup>

### 2 ‘Lijden aan het leven’

De cruciale vraag is of ‘lijden aan het leven’ – levensmoe zijn en het leven voltooid achten, zou men volgens mij kunnen zeggen – in het onderhavige geval een ziekte in de zin van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) is. Onderdeel 2.1 van het cassatiemiddel probeert de stelling ingang te doen vinden dat ‘ziekte’ hier net zo ruim als in de Wet BIG moet worden uitgelegd, dus als mede omvattend een ‘toestand van fysiek of psychisch niet welbevinden’.<sup>8</sup> Blijkens rechtsoverweging 3.4.2 is de Hoge Raad het hiermee niet eens, omdat die algemene en ruime omschrijving van de Wet BIG niet zonder meer toepasbaar is in de context van de specifiek erfrechtelijke bepaling van artikel 4:953 lid 1 BW (oud). Overigens betekent dit niet dat ‘lijden aan het leven’ in een concreet

geval niet een ziekte voor de toepassing van laatstgenoemde bepaling zou kunnen zijn. Zowel uit de overwegingen van het hof als uit die van de Hoge Raad kan men afleiden dat, als bij de erfstaatster sprake zou zijn geweest van een medisch geassocieerde somatische of psychische ziekte of aandoening, ‘lijden aan het leven’ wel degelijk (een gevolg van) een ziekte in erfrechtelijke zin zou hebben kunnen opleveren. *Onder omstandigheden* is dit mogelijk, alleen deden die omstandigheden zich *in het onderhavige geval* naar de mening van het hof blijkbaar niet voor.

### 3 Strekking van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) en vergelijking met misbruik van omstandigheden

De Hoge Raad is in rechtsoverweging 3.4.2 heel duidelijk over de strekking van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) en zijn opvolger artikel 4:59 lid 1 BW. Deze bepaling strekt ertoe de zieke persoon te beschermen tegen misbruik door de medische of geestelijke zorgverlener van de afhankelijke relatie waarin de zieke tot hem staat. Om deze strekking te verwezenlijken is een testamentaire bevoordeling door de zieke onder de in de wet genoemde omstandigheden zonder meer nietig (naar oud erfrecht) of vernietigbaar (naar geldend erfrecht; zie immers art. 4:62 lid 1 BW). Tussen gedachtestreepjes voegt de Hoge Raad hieraan nog toe: ‘met uitsluiting van iedere discussie over de vraag of daadwerkelijk misbruik heeft plaatsgevonden’. Dit laatste roept de volgende vraag op. Stel dat inderdaad misbruik van de genoemde afhankelijke relatie door de zorgverlener jegens de zieke heeft plaatsgevonden. Is er dan – naar geldend erfrecht – ruimte voor het wilsgebrek misbruik van omstandigheden ter vernietiging van de desbetreffende uiterste wilsbeschikking? In beginsel zou men immers hieraan kunnen denken, zeker gelet op het in artikel 3:44 lid 4 BW (waarin dit wilsgebrek is geregeld) voorkomende woord ‘afhankelijkheid’. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend, nu artikel 4:43 lid 1 BW bepaalt dat een uiterste wilsbeschikking niet vatbaar is voor vernietiging op de grond dat zij door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen. Laatstgenoemde bepaling is dus te beschouwen als een erfrechtelijke *lex specialis* ten opzichte van artikel 3:44 lid 1 jo. lid 4 BW als *lex generalis*.

In het Caribische gedeelte van het Koninkrijk der Nederlanden wordt dit binnen afzienbare tijd anders geregeld dan in het Europese gedeelte van het koninkrijk. Zo bepaalt artikel 4:43 lid 1 BWA (nieuw)<sup>9</sup> het volgende.

6 Juist voor studenten zij opgemerkt dat een gedeelte van deze bepaling nog de spelling anno 1838 bevat.

7 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet van 11 november 1993, *Stb.* 1993, 655, in werking getreden op 1 januari 1994). De wijziging betreffende art. 4:953 lid 1 BW (oud) ingevolge art. 128 Wet BIG is in werking getreden op 1 december 1997 (KB van 19 november 1997, *Stb.* 1997, 553). Vóór die datum sprak de wetgever nog over geneesheren, heelmeeesters, apothekers en andere personen die de geneeskunde uitoefenen, alsmede de bedienaars van de godsdienst. Thans gaat het blijkens art. 3 lid 1 Wet BIG om artsen,

tandartsen, apothekers, gezondheidszorgpsychologen, psychotherapeuten, fysiotherapeuten, verloskundigen en verpleegkundigen. Bedienaars van de godsdienst zijn eerst bekleeders van een geestelijk ambt gaan heten (Wet van 17 april 1997, *Stb.* 1997, 192, in werking getreden op 14 mei 1997) en vervolgens geestelijk verzorgers.

8 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 522, nr. 3, p. 85 (dit is de ook door de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.2 aangehaalde memorie van toelichting op de Wet BIG).

9 Ontwerp Landsverordening aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba (BWA) met bijbehorende memorie van toelichting (versie van 16 augustus

2010), nog te behandelen in de Staten van Aruba, zodat de datum van inwerkingtreding nog niet vaststaat. De andere twee landen Curaçao en Sint Maarten zullen een soortgelijke landsverordening invoeren. Zie hierover A.J.M. Nuytinck, ‘Het nieuwe erfrecht van Aruba, Curaçao en Sint Maarten’, *Tijdschrift voor Antilliaans Recht TAR-Justicia* 2010, nr. 3-4 (dubbelnummer). Voor dit tijdschrift is overigens nog een nieuwe naam bedacht, nu de Nederlandse Antillen, waarvan Aruba sinds de status aparte van 1986 al geen deel meer uitmaakte, op 10 oktober 2010 hebben opgehouden te bestaan. De nieuwe naam is *Caribisch Juristenblad*.

Niet vatbaar voor vernietiging op de grond dat zij door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, is een uiterste wilsbeschikking getroffen ten voordele van iemand die bloed- of aanverwant tot<sup>10</sup> de vierde graad, stief- of pleegkind van de erfflater is. Evenmin is vatbaar voor vernietiging op de grond dat zij door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, een uiterste wilsbeschikking ten voordele van een echtgenoot of een andere levensgezel met wie de erfflater samenleefde als waren zij gehuwd, tenzij het huwelijk of het samenleven niet meer dan vijf jaren heeft geduurd en daaruit geen kind is geboren. Is een beroep op misbruik van omstandigheden toegelaten, dan is wat betreft de verdeling van de bewijslast artikel 176 van Boek 7 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 7:176 BWA (nieuw) bepaalt het volgende.

Indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, rust bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde, tenzij deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn.<sup>11</sup>

De memorie van toelichting op artikel 4:43 lid 1 BWA (nieuw) vermeldt in dit verband het volgende.

Het is niet gewenst om binnen de ‘familiekring’ (in ruime zin) misbruik van omstandigheden als grond van vernietiging van uiterste wilsbeschikkingen te erkennen, omdat dit juist bij uiterste willen een voortdurende bron van processen zou zijn; degenen die door een testament in hun verwachtingen zijn teleurgesteld, menen bijna steeds dat de bevoordeelden een onoorbare invloed hebben uitgeoefend om de erfflater tot het maken van zijn uiterste wil te bewegen. Gaat het daarentegen om ‘buitenstaanders’, dan is – anders dan in Nederland – een beroep op misbruik van omstandigheden wel mogelijk. Het openen van deze mogelijkheid hangt mede samen met het vervallen van de legitieme portie. (...)

Het is uiteraard de taak van de notaris in het algemeen om te trachten – door goede voorlichting en advies – te vermijden dat bij het maken van een testament misbruik van omstandigheden zich voordoet. Gaat het om een buitenstaander of kort kinderloos huwelijk en wordt (door de kinderen) beroep gedaan op misbruik van omstandigheden, dan geldt een omkering van de bewijslast (eerste lid, laatste volzin).

Hoe dit alles ook zij, na de passage over misbruik van de afhankelijke relatie in rechtsoverweging 3.4.2 komt de Hoge Raad tot de conclusie dat met het oog op de rechtszekerheid en een goede hanteerbaarheid van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) een duidelijk omlinjnde betekenis moet worden gegeven aan het begrip ‘ziekte waaraan hij is overleden’. Ik onderschrijf deze conclusie.

#### 4 Foutje van het hof

Het hof vergist zich in rechtsoverweging 15 van zijn arrest<sup>12</sup> met de opmerking dat het in artikel 4:953 lid 1 BW (oud) om een uitzondering op de handelingsbekwaamheid gaat. Uiteraard is dit onjuist. Het gaat om een uitzondering

op de handelingsbevoegdheid, nu hier niet aan de orde is de onmogelijkheid om rechtshandelingen *in abstracto* onaanastbaar te verrichten (de definitie van handelingsonbekwaamheid), maar juist de onmogelijkheid om rechtshandelingen *in concreto* onaanastbaar te verrichten (de definitie van handelingsonbevoegdheid). In het onderhavige geval is noch de erflaatster, noch verweerder handelingsonbekwaam. Handelingsonbekwaam zijn naar geldend recht uitsluitend minderjarigen en onder curatele gestelden. Waarschijnlijk heeft het hof zich laten misleiden door het opschrift van de desbetreffende afdeling binnen het testamentair erfrecht boven artikel 4:942 BW (oud), van welke afdeling artikel 4:953 lid 1 BW (oud) deel uitmaakt: ‘Van de bekwaamheid om bij uitersten wil te beschikken of daarvan voordeel te genieten’. Deze afdeling – artikelen 4:942-959 BW (oud) – betreft echter zowel gevallen van handelings(on)bekwaamheid als gevallen van handelings(on)bevoegdheid en daarom dekt de vlag de lading niet helemaal. Juister is dan ook het opschrift van afdeling 4.4.2 BW boven artikel 4:55 BW, van welke afdeling artikel 4:59 lid 1 BW deel uitmaakt: ‘Wie uiterste wilsbeschikkingen kunnen maken en wie daaruit voordeel kunnen genieten’. Ook deze afdeling – artikelen 4:55-62 BW – betreft zowel gevallen van handelings(on)bekwaamheid als gevallen van handelings(on)bevoegdheid, maar nu dekt de vlag de lading wél. De Hoge Raad heeft het foutje van het hof overigens niet gecorrigeerd.<sup>13</sup>

#### 5 Partiële nietigheid

De erfstelling in de uiterste wil van de erflaatster ten gunste van verweerder is dus geldig en onaanastbaar, nu het element ‘ziekte’ in artikel 4:953 lid 1 BW (oud) niet is vervuld, zodat men niet toekomt aan de overige in deze bepaling genoemde vereisten voor de onbevoegdheid van verweerder om voordeel te trekken uit de desbetreffende uiterste wilsbeschikking en voor de nietigheid daarvan. Opmerking verdient nog dat, als wél zou zijn voldaan aan al deze vereisten, niet alle in de uiterste wil opgenomen uiterste wilsbeschikkingen nietig zouden zijn geweest, maar uitsluitend de erfstelling ten gunste van verweerder. Dit betekent dat de in dezelfde uiterste wil gemaakte legaten als uiterste wilsbeschikkingen geldig zouden zijn gebleven. Er zou dan dus geen sprake zijn geweest van algehele nietigheid, maar slechts van partiële nietigheid in de zin van artikel 3:41 BW.

#### 6 Legitieme portie

Mij is niet bekend of zich onder eisers ook legitimarissen bevinden dan wel legitimarissen aanwezig zijn die niet tot eisers behoren.<sup>14</sup> Voor zover dit het geval is, kunnen deze

10 Het woord ‘tot’ wordt waarschijnlijk nog gewijzigd in ‘tot en met’.

11 Het verschil met de Nederlandse versie van dit artikel is dat de hierin voorkomende passage ‘tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt’ in de Arubaanse versie ontbreekt. Uit de memorie van toelichting op art. 7:176 BWA (nieuw) blijkt dat dit verschil verband houdt met het voorgestelde art. 4:43 lid 1 BWA (nieuw). Wel

zal de omstandigheid dat van de schenking een notariële akte is opgemaakt, de bewijsleveringslast van de begiftigde vergemakkelijken, aangezien een onpartijdige buitenstaander getuige van de rechtshandeling is geweest, zo wordt hieraan toegevoegd.

12 Zie voetnoot 4.

13 Zie hierboven *Het geding in feitelijke instanties* onder (e).

14 Uit de feiten – zie hierboven *De feiten* onder (i) – blijkt slechts dat eisers allen in een (aangetrouwde) familiërelatie tot de erflaatster staan. De aangetroowden hebben als aanverwanten, dus als niet-bloedverwanten, zonder meer geen recht op een legitieme portie. Uitsluitend bloedverwanten die tevens descendenten (afstammelingen) van de erflaatster zijn, hebben recht op een legitieme portie.

legitimariissen hun bevoegdheden als zodanig uitoefenen en dus overgaan tot inkorting van de erfstelling ten gunste van verweerder overeenkomstig de artikelen 4:960 e.v. BW (oud), zoals blijkt uit artikel 128 lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.<sup>15</sup> Dit laatste – uitoefening van de legitieme portie – zou echter niet voor de hand hebben gelegen als verweerder wél onbevoegd zou zijn geweest en de erfstelling te zijnen gunste dus nietig zou zijn geweest, omdat op de legitieme portie als wilsrecht een beroep moet worden gedaan, terwijl de onbevoegdheid en de nietigheid van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) van rechtswege werken. Bovendien verkrijgt een legitimaris door inkorting slechts een gedeelte van de (waarde van de) nalatenschap, terwijl door de nietigheid op grond van laatstgenoemde bepaling de gehele erfstelling ten gunste van verweerder, in dit geval diens universele erfgenaamschap, wegvalt. In het laatste geval zouden eventuele kinderen en/of verdere afstammelingen van de erflaatster haar nalatenschap gewoon ab intestato hebben geërfd en dus geen beroep op hun legitieme portie hebben behoeven te doen, althans indien de uiterste wil van de erflaatster geen subsidiaire making ten gunste van andere derden dan verweerder zou hebben bevat. Uiteraard zouden in dat geval de versterferfgena-

men belast zijn geweest met de uitkering van de legaten, omdat deze naast de nietige erfstelling geldig zouden zijn gebleven op grond van de hierboven onder punt 5 reeds genoemde partiële nietigheid.

## 7 Tot besluit

De erfrechtelijke bevoordeling van verweerder, die in deze procedure volledig in stand blijft, laat uiteraard onverlet dat hij wél tuchtrechtelijk aansprakelijk kan zijn. Hierboven<sup>16</sup> bleek al dat het Centraal College voor de Gezondheidszorg op 6 januari 2004, dus ruim drie jaren na het overlijden van de erflaatster, verweerder de maatregel van berisping heeft opgelegd. Het college oordeelde dat verweerder niet zuiver heeft gehandeld door de regie over en de verantwoordelijkheid voor de medische begeleiding van de erflaatster gedurende het proces van abstinentie van voedsel en vocht niet in handen van de huisarts van de erflaatster dan wel een andere arts te laten. Wat erfrechtelijk door de beugel kan – geen onbevoegdheid in de zin van artikel 4:953 lid 1 BW (oud) en dus geen nietigheid – kan niettemin tuchtrechtelijk laakbaar gedrag opleveren.<sup>17</sup> ■

<sup>15</sup> Het tweede lid van dit artikel is ook van belang. Degene die tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet (op 1 januari 2003) volgens het tevoren geldende recht zijn bevoegdheden als legitimaris kon uitoefenen, behoudt die bevoegdheden gedurende een jaar nadien (tot 1 januari 2004), indien de erflater ten minste vier jaren vóór dat tijdstip (vóór 1 januari 1999) is overleden. Dit laatste doet zich hier niet voor, nu de erflaatster op 19 september 2000 is overleden. Is de nalatenschap later (op of na 1 januari 1999), doch vóór

het in werking treden van de wet (vóór 1 januari 2003) opengevallen (zoals in dit geval), dan behoudt de legitimaris zijn bevoegdheden totdat sedert het overlijden van de erflater vijf jaren zijn verstreken (dus hier tot 19 september 2005).

<sup>16</sup> Zie *De feiten* onder (viii).

<sup>17</sup> Zie ten slotte over art. 4:59 lid 1 BW, de opvolger van art. 4:953 lid 1 BW (oud), M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, F.W.J.M. Schols, Deventer: Kluwer 2006, p. 243-245, E.A.A. Luijten en W.R. Meijer (bewerking van Klaassen-Eggens),

*Huwelijksgoederen- en erfrecht, Tweede gedeelte: Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 136, S. Perriek, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 179, Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Vaststellingswet Boek 4 Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 334-336 en idem, *Invoeringswet Boek 4 Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1795-1798.