

Zitting 1979–1980

16 334

**Goedkeuring van het op 5 oktober 1961 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de wetsconflicten betreffende de vorm van testamentaire beschikkingen (Trb. 1980, 54)**

Nr. 3

**MEMORIE VAN TOELICHTING****Algemeen gedeelte**

Het onderwerpelijke Verdrag is opgesteld tijdens de in 1960 gehouden Negenende Zitting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.<sup>1</sup>

Het verdrag beoogt een regeling te geven met betrekking tot het toepasselijke recht op de vorm van testamentaire beschikkingen. De kwestie van de formele geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen in internationale gevallen doet zich zeer veelvuldig voor. Immers, zowel het interne als het conflictenrecht van de diverse landen op het terrein van de testamentsvormen vertonen nog steeds min of meer grote verschillen. Wat het interne recht op dat terrein betreft is bij voorbeeld het vereiste van het Nederlandse recht van notariële medewerking bij de totstandkoming van een testament (vgl. artikel 992 BW) in vrijwel alle andere landen onbekend, zodat in die landen ook een niet (tijdens het leven van de erflater) bij een notaris (openbaar ambtenaar) gedeponeerde holograaf (eigenhandig geschreven testament) wat de vorm betreft als geldig wordt aangemerkt. En wat het conflictenrecht op bedoeld terrein betreft: voor de bij het maken van een testament in acht te nemen vormvoorschriften wordt in de verschillende landen onder andere verwezen naar een of meer van de volgende rechtstelsels: het recht van de plaats waar wordt getesteerd, het nationale recht van de testator, diens domiciliaire recht, het recht van de plaats waar het onroerend goed waarover wordt beschikt, zich bevindt. Ten aanzien van testamenten die aanknopingspunten vertonen met meer dan één land – men denke, om een voorbeeld te noemen, aan het geval dat een testament is gemaakt in land A, door een erflater die de nationaliteit bezat van land B en zijn woonplaats had in land C, terwijl (mede) is beschikt over onroerend goed, gelegen in land D – kan de geschetste situatie ertoe leiden dat een testament wat de vorm betreft in het ene land als geldig, in andere landen daarentegen als ongeldig wordt aangemerkt. Als gevolg daarvan zal de betrokken nalatenschap hier volgens het testament, elders echter (geheel of gedeeltelijk) *ab intestato* vererven, zodat ook de tot de nalatenschap geroepen van land tot land verschillen. Andere omstandigheden, die hieronder bij de bespreking van artikel 1 van het Verdrag nog aan de orde zullen komen, kunnen de mogelijkheid van terzijdestelling van een testament wegens vormgebreken en van ongelijke beslissingen in de verschillende landen over de formele geldigheid van een testament nog vergroten.

<sup>1</sup> Prof. H. Batiffol van de rechtsfaculteit te Parijs, rapporteur van de commissie tijdens die zitting welke zich in het bijzonder heeft bezig gehouden met de opstelling van het verdrag, heeft het verdrag uitvoerig toegelicht in een *Rapport explicatif*, dat is opgenomen in «*Actes et Documents de la Neuvième Session, Tome III*», blz. 150 e.v. In de hieronder volgende toelichting op het Verdrag wordt hier en daar naar het «*Rapport*» verwezen, waarbij de genoemde «*Actes et Documents*» zullen worden aangeduid met: «*Tome III*». Een exemplaar van het «*Rapport*» is bij deze memorie van toelichting gevoegd en ter inzage van de leden op de bibliotheek.

Het verdrag beoogt bij te dragen tot een verbetering van de hierboven geschetste situatie in die zin, dat de mogelijkheid wordt vergroot tot het maken van in alle Verdragsstaten naar de vorm geldige testamenten, zodat de terzijdestelling in die Staten van een testament wegens vormgebreken zoveel mogelijk wordt voorkomen. Tevens wil het bevorderen dat in die Staten gelijke beslissingen over de formele geldigheid van een testament worden gegeven, alsmede dat een testator bij één enkel testament over zijn gehele vermogen zal kunnen beschikken. Het Verdrag beoogt deze doeleinden te verwezenlijken, door in de Verdragsstaten een uniforme en algemeen geldende conflictenregeling op het stuk van de vorm van testamentaire beschikkingen in te voeren, waarbij een zo groot mogelijk aantal interne rechtsstelsels op die vorm toepasselijk wordt verklaard. Een testament dat is gemaakt met inachtneming van de vormvoorschriften van één van deze rechtsstelsels zal dus als formeel geldig worden aangemerkt (artikel, 1, 2 en 6; men zie ook artikel 4 en 8 en, in verband met laatstgenoemd artikel, artikel 13).

Blijkens het «*Rapport explicatif*» (Tome III, blz. 160, sub III) omvat de uitdrukking «testamentaire beschikkingen» elke uiterste wilsbeschikking en is het woord «testament» vermeden, ten einde tot uitdrukking te brengen dat het Verdrag mede van toepassing is op beschikkingen, welke niet zijn neergelegd in een geschrift dat uitsluitend is gemaakt om als uiterste wil te dienen doch welke voorkomen in enig ander geschrift, bij voorbeeld (zoals in een aantal landen in beginsel mogelijk is) in een brief. Voorts is het Verdrag in beginsel ook van toepassing op een mondeling testament, indien deze vorm door één van de volgens artikel 1 toepasselijke rechtsstelsels wordt toegelaten; men zie echter artikel 10. Zoals blijkt uit artikel 12, is het Verdrag ook van toepassing op bij uiterste wil getroffen voorzieningen van niet-erfrechtelijke aard.

Het Verdrag laat zich, behoudens het bepaalde in artikel 5, niet uit voer de vraag wat gerekend dient te worden tot de «vorm» van een testamentaire beschikking (Tome III, blz. 167, sub. XXI). In zoverre laat het Verdrag de afgrenzing van zijn toepassingsgebied over aan de rechter en andere wetstoeppers in de afzonderlijke Verdragsstaten. Men zie in dit verband het bij artikel 4 opgemerkte.

Het Verdrag is op 5 januari 1964 in werking getreden. Op het huidige moment zijn drieëntwintig landen partij bij het verdrag, t.w. België, Botswana, de Bondsrepubliek Duitsland, Denemarken, de Duitse Democratische Republiek, Fiji, Finland, Frankrijk, Ierland, Israël, Japan, Joegoslavië, Luxemburg, Mauritius, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Swaziland, Tonga, het Verenigd Koninkrijk, Zuidafrika, Zweden en Zwitserland.

#### **De bekrachtiging door Nederland in verband met artikel 992 BW**

De bekrachtiging door Nederland is lange tijd een omstreden zaak geweest. Hoewel enerzijds de voordelen van het Verdrag voor de talloze buiten Nederland verblijvende Nederlanders in het oog springen, rezen anderzijds bezwaren. Het Nederlandse notariaat heeft lange tijd sterke aarzelingen gevoeld ten aanzien van de wenselijkheid van bekrachtiging voor Nederland van het Verdrag. De bezwaren richtten zich tegen de voor het Nederlandse recht belangrijkste consequentie van deze bekrachtiging, namelijk het in zijn werking beperken of zelfs afschaffen van artikel 992, eerste lid, BW, voorschrijvende dat Nederlanders in den vreemde in beginsel slechts bij authentieke akte een uiterste wilsbeschikking kunnen maken. Wanneer dit voorschrift zijn kracht zou verliezen, zo werd gevreesd, zou de Nederlandse praktijk van de verklaring van erfrecht in gevaar worden gebracht, Onzekerheid over het bestaan van rechtsgeldige buiten 's lands gemaakte testamenten zou de waarde van die verklaring kunnen aantasten. Men meende dat de voordelen van de bekrachtiging van het Verdrag niet zouden opwegen tegen de nadelen welke een aantasting van de waarde van de verklaring van erfrecht met zich mede zouden brengen.

Geleidelijk aan is er een kentering in deze opvattingen ingetreden. Aan de zijde van het notariaat kon men in 1973, zij het zonder geestdrift, instemmen met bekrachtiging door Nederland van het Verdrag, mits gebruik zou worden gemaakt van het voorbehoud van artikel 11, waardoor de regel van artikel 992, eerste lid, BW voor bepaalde gevallen gehandhaafd zou kunnen blijven<sup>2</sup>. In een advies van 1976 was de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht over deze kwestie onderling verdeeld: de helft der leden was voorstander van bekrachtiging van het Verdrag zonder het voorbehoud van artikel 11. In 1977 bepleitte vervolgens prof. mr. A. G. Lubbers in WPNR 5405 de ratificatie van het Verdrag zonder het voorbehoud ten aanzien van artikel 992 BW<sup>3</sup>. De aandacht, welke in de literatuur wederom aan de onderhavige kwestie werd gewijd, was aanleiding tot hernieuwd overleg met het notariaat. Een op dit overleg volgende briefwisseling tussen de eerste ondergetekende en het hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap heeft naar voren doen komen dat van notariële zijde weliswaar minder bezwaar dan voorheen bestaat tegen de bekrachtiging van het Verdrag zonder het voorbehoud, doch dat naar het gevoelen van het notariaat zulk een bekrachtiging gepaard zou dienen te gaan met voorzieningen, te treffen in het nieuwe BW, die de verklaring van erfrecht een wettelijke grondslag zouden geven en die de bescherming veilig zouden stellen van een derde die op een verklaring van erfrecht afgaat.

De ambtsvoorgangers van de eerste ondergetekende hebben gemeend dat er geen aanleiding was, de bekrachtiging van het Verdrag door te zetten zolang de bedoelde kwestie de meningen al te zeer verdeeld hield. Thans zijn de opvattingen elkaar zeer dicht genaderd en is er naar wij menen geen reden meer, langer met de indiening van wetsontwerpen tot goedkeuring en uitvoering van het verdrag te wachten. Inmiddels is wel gebleken, dat het verdrag tot een van de succesvolste verdragen van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht moet worden gerekend.

## Artikelen

*Artikel 1, eerste lid*, vormt het kernpunt van het Verdrag. Het opent voor de geldigheid van het testament naar de vorm vijf mogelijkheden. De testamentaire beschikking wordt in elk van de Verdragsstaten naar de vorm als geldig erkend, wanneer deze vorm beantwoordt aan hetzij het recht ter plaatse van beschikking (*lex loci actus*), hetzij het nationale recht van de testateur, hetzij het recht van de woonplaats van de testateur, hetzij het recht van zijn gewone verblijf, hetzij ten slotte – indien het gaat om onroerend goed – het recht van de plaats van ligging (*lex rei sitae*). Het is een zeer vrijgeveige regeling, welke het grootst mogelijke aantal kansen biedt op het formeel geldig zijn van testamentaire beschikkingen.

Dat het Verdrag steeds verwijst naar het *interne* recht van een Staat brengt met zich mee, dat de Verdragsstaten het internationaal privaatrecht van de Staten, waarvan het recht volgens het Verdrag in een gegeven geval toepasselijk is, buiten beschouwing moeten laten. Er kan dus geen rekening worden gehouden met een eventuele terugverwijzing of verdere verwijzing door dat internationaal privaatrecht. Aldus wordt het «renvoi»-probleem voor de toepassing van het Verdrag voor de Verdragsstaten op gelijke wijze opgelost. Ook hierdoor draagt het Verdrag er toe bij dat in de Verdragsstaten gelijke beslissingen worden genomen (*Tome III*, blz. 160, onder A IV).

Over enige van de in het eerste lid van artikel 1 toepasselijk verklaarde rechtsstelsels zij het volgende opgemerkt.

## Het nationale recht

Bij de aanwijzing van dit recht als maatstaf voor de formele geldigheid van een testamentaire beschikking houdt het Verdrag er rekening mede, dat de erflater mogelijk op het tijdstip van zijn overlijden een andere nationaliteit bezat dan op het tijdstip waarop hij beschikte ofwel dat hij, op één dan wel

<sup>2</sup> Men zie het artikel van mr. P. W. van der Ploeg, WPNR 5121.

<sup>3</sup> Zie ook de artikelen van prof. Kleijn in WPNR 5429 en mrs. Van der Ploeg en J. J. A. de Groot, met naschrift van prof. Kleijn, in WPNR 5435. Vgl. ook E. Cohen Henriquez, Onbekende testamente maken onbeminde erflieders, WPNR 5362.

beide van die tijdstippen, meer dan één nationaliteit bezat. In zulke gevallen is er sprake van meer dan één recht, dat als «het nationale recht» van de testateur in aanmerking kan komen. Over de vraag, welk nationaal recht dan moet worden gekozen bestaat internationaal geen eenstemmigheid. Ook hierdoor wordt de mogelijkheid van terzijdestelling van een uiterste wil wegens vormgebreken en van ongelijke beslissingen over de formele geldigheid van een uiterste wil vergroot. Het Verdrag geeft als oplossing voor deze problematiek, dat elk van de genoemde rechtsstelsels als maatstaf in vorenbedoelde zin wordt aangewezen. Deze oplossing is geheel in overeenstemming met het in het Verdrag aanvaarde beginsel van de bevordering van rechtsgeldige testamenten (de «favor testamenti»). Voor de vaststelling van het nationale recht in een bijzonder geval zie men bij artikel 1, tweede lid.

### **Het recht van de woonplaats**

Een erflater kan op het tijdstip van zijn overlijden een andere woonplaats hebben gehad dan op het tijdstip waarop hij beschikte. In zulke gevallen is er sprake van twee rechtsstelsels, welke beide als recht van de woonplaats in aanmerking komen en doen zich ten aanzien van de vraag, welk van deze rechtsstelsels als maatstaf in aanmerking komt, vergelijkbare problemen voor als hierboven besproken met betrekking tot het nationale recht. Ook hier huldigt het Verdrag het beginsel van de *favor testamenti*, door elk van de twee genoemde rechtsstelsels als maatstaf aan te wijzen. Door voorts te spreken van «een plaats waar de testateur zijn woonplaats had» brengt het Verdrag tot uitdrukking, dat het begrip «woonplaats» niet in alle landen dezelfde inhoud heeft en dat een persoon volgens het recht van sommige landen meer dan één woonplaats kan hebben. Elk van die woonplaatsen komt dan in aanmerking. (Men zie in dit verband de hieronder te bespreken artikelen 1, derde lid, en 9.)

### **Het recht van het gewone verblijf**

Anders dan althans volgens het recht van een aantal landen – in het bijzonder de angelsaksische – het geval is bij het begrip «woonplaats», heeft het begrip «gewoon verblijf» een voornamelijk feitelijke inhoud. (Tome III, blz. 164, sub X.) Hierdoor is het mogelijk dat een erflater op een bepaalde plaats zijn gewone verblijf doch, volgens het recht van enig land, zijn woonplaats elders heeft gehad; bovendien kan dit het geval zijn op elk van de tijdstippen waaraan het Verdrag voor de vaststelling van het toepasselijke recht aan het gewone verblijf betekenis toekent. Voldoet de door de erflater gemaakte testamentaire beschikking uitsluitend aan de vormvoorschriften van het recht van zijn gewone verblijfplaats, dan zal deze beschikking onder de werking van het Verdrag door de Verdragsstaten moeten worden erkend, nu artikel 1 van het verdrag mede verwijst naar de wet van de gewone verblijfplaats. Het «Rapport explicatif» (Tome III, blz. 163, sub IX) vermeldt het voorbeeld van een Engelsman die reeds sedert jaren in Italië verblijft en tijdens een vakantie in Zwitserland een testament maakt dat beantwoordt aan de Italiaanse vormvoorschriften. Zou de Britse rechter aannemen, dat deze Engelsman in Italië wel zijn gewone verblijf had maar geacht moet worden zijn domicilie («domicile of origin») in Engeland te hebben behouden, dan zal het testament toch als formeel geldig moeten worden aangemerkt. Overigens zal, ingevolge artikel 1, onder a, het testament tevens reeds rechtsgeldig zijn, indien het aan het Zwitserse recht voldoet.

### **Het recht van het land waar het goed is gelegen («de lex rei sitae»)**

Tot de, overigens beperkte, toepasselijkverklaring van dit recht is ter Negende Zitting van de Haagse Conferentie op aandringen van de Britse delegatie besloten, omdat het conflictenrecht van verschillende landen naar dit recht verwijst. Aangenomen werd, dat de toevoeging van een verwijzing

naar het recht van het land van de ligging van de goederen de bereidheid van die landen tot bekrachtiging van het Verdrag zou vergroten. Die toevoeging is bovendien in overeenstemming met het beginsel van de *favor testamenti*. Illustratief daarvoor is het voorbeeld, dat mr. I. Kisch, één van de Nederlandse gedelegeerden naar de Negende Zitting, noemt in zijn verhandeling over het Verdrag in het Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie, 92ste jaargang (1961) blz. 47 e.v.<sup>4</sup>: een Nederlander met domicilie en gewone verblijfplaats in Nederland, heeft in Nederland in de Engelse (van de Nederlandse afwijkende) vorm beschikt over een onroerend goed in Engeland. Deze uiterste wil kan volgens het Verdrag formele geldigheid uitsluitend ontlenen aan het Britse recht, als recht van het land van ligging, niet (tevens) aan het Nederlandse recht (in het voorbeeld zowel het recht van het land van verlijden van het testament, als het nationale recht, het recht van de woonplaats en dat van het gewone verblijf van de testateur).

*In artikel 1, tweede lid*, geeft het Verdrag voorschriften voor de vaststelling van het nationale recht in de gevallen waarin de erflater (op een van de relevante tijdstippen) de nationaliteit bezat van een Staat met verschillende rechtssystemen. In die gevallen wordt het recht, dat als nationaal recht toepasselijk is, aangewezen door de regels, welke in die Staat gelden voor de vaststelling van het toepasselijke recht. Ontbreken zulke regels in die Staat, dan is als nationaal recht toepasselijk dat interne recht van die Staat, waarmee de testateur daadwerkelijk de nauwste banden bezat.

*Artikel 1, derde lid*, verwijst voor de vraag of een testateur zijn woonplaats had op een bepaalde plaats naar het recht van die plaats. Voor de betekenis van deze bepaling en voor de mogelijkheid te dien aanzien een voorbehoud te maken zie men de toelichting bij artikel 9.

*Artikel 2* heeft betrekking op testamentaire beschikkingen die slechts de herroeping van eerder gemaakte testamentaire beschikkingen bevatten. Volgens het eerste lid is het Verdrag ook van toepassing op zulke herroepingen; deze zijn derhalve geldig naar de vorm, indien zij dit zijn volgens een der in artikel 1, eerste lid, genoemde rechtsstelsels.

Het tweede lid strekt ertoe, de mogelijkheid tot het op formeel geldige wijze herroepen van testamentaire beschikkingen te vergroten. Het bepaalt daartoe, dat zo'n herroeping eveneens als formeel geldig moet worden aangemerkt in alle gevallen waarin zij voldoet aan de vormvereisten van één van de in artikel 1, eerste lid, genoemde rechtsstelsels waaraan de herroepen testamentaire beschikking haar geldigheid naar de vorm ontleende. Hierdoor zal de testateur die zich op het tijdstip waarop hij een testamentaire beschikking wenst te herroepen, op een andere plaats bevindt dan waar hij de beschikking heeft gemaakt, ook mogen herroepen overeenkomstig het recht van laatstbedoelde plaats, wanneer de vorm van de beschikking volgens dat recht geldig was als recht van het land waar het testament is opge maakt. Hetzelfde geldt voor de gevallen waarin de erflater ten tijde van de herroeping een andere nationaliteit, woonplaats of gewoon verblijf had dan ten tijde van het maken van de beschikking. Door deze regel geeft het Verdrag een oplossing voor het geval dat het interne recht van het land met inachtneming van welks vormvoorschriften de uiterste wil is gemaakt, voor een herroeping *dezelfde* vorm verlangt, terwijl de testateur ten tijde van het herroepen geen enkele binding (door zijn nationaliteit, zijn woonplaats of verblijfplaats) meer heeft met dat land, zodat die vorm niet zou voldoen aan een van de rechtsstelsels die ten tijde van de herroeping volgens artikel 2, eerste lid, juncto artikel 1, eerste lid, van het Verdrag voor toepassing in aanmerking zouden komen.

*Artikel 3* maakt duidelijk, dat het Verdrag niet bedoelt de Verdragsstaten de vrijheid te ontnemen om nog andere rechtsstelsels dan die van de eerste twee artikelen aan te wijzen als maatstaf voor de formele geldigheid van testamentaire beschikkingen. Aan dergelijke verdergaande bepalingen van een Verdragsstaat zijn de nadere Verdragsstaten evenwel niet gebonden (Tome III, blz. 167, onder XX).

---

<sup>4</sup> Het voorbeeld staat vermeld op blz. 48.

*Artikel 4* verklaart het Verdrag mede van toepassing op de vorm van gemeenschappelijke testamentaire beschikkingen. Het maken van een gemeenschappelijke uiterste wil wordt door het interne recht van sommige landen (waaronder dat van Nederland: artikel 977 van het Burgerlijk Wetboek) verboden. De wetgeving in andere landen laat de gemeenschappelijke uiterste wil toe, doch bindt hem aan bijzondere vormvoorschriften.

De vraag of zulke verboden al of niet tot de «vorm» gerekend kunnen worden, kan verschillend worden beantwoord. De Hoge Raad beschouwt artikel 977 BW als een vormvoorschrift: vgl. het arrest van 2 februari 1939, NJ. 1939, 848. Aangezien het Verdrag niet aangeeft op welke wijze die vraag moet worden beantwoord (Rapport explicatif, *Tome III*, blz. 167, onder XXII) zal de rechter zich allereerst hebben af te vragen of het verbod al dan niet betrekking heeft op de «vorm van uiterste willen». Kwalificeert hij het verbod niet als een vormvoorschrift, doch als één betreffende de inhoud, of beschouwt hij het verbod als voorschrift dat de bevoegdheid tot testeren betreft, terwijl het internationaal privaatrecht van zijn land voor de inhoud c.q. voor deze bevoegdheid verwijst naar het nationale recht van de erflater, dan is de gemeenschappelijke uiterste wil nietig indien dat recht zo'n uiterste wil verbiedt. De omstandigheid dat een ander in artikel 11 van het Verdrag genoemd recht de gemeenschappelijke uiterste wil wél toelaat, kan hierin geen verandering brengen, aangezien artikel 4 slechts voor de formele geldigheid verwijst naar elk van de in artikel 1 genoemde rechtsstelsels.

Beschouwt de rechter het verbod daarentegen als een vormvoorschrift, dan zal het gemeenschappelijk testament formeel geldig zijn indien het is toegelaten door ook maar één van de volgens artikel 1 voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels.

*Artikel 5* geeft ten aanzien van bepaalde voorschriften wél uitsluitel wat betreft de vraag of zij betrekking hebben op de vorm of de inhoud van een testamentaire beschikking. Het betreft hier voorschriften die de vormen waarin een persoon een uiterste wil kan maken, bij voorbeeld op grond van zijn leeftijd of nationaliteit, beperken; voorts voorschriften over de vereisten, waaraan de getuigen, die bij het opmaken van een uiterste wil tegenwoordig moeten zijn, hebben te voldoen. In het *Rapport explicatif* (*Tome III*, blz. 168 en 169, onder XXIV) worden enkele voorbeelden van zulke voorschriften genoemd. Wat Nederland betreft is artikel 5 van bijzondere betekenis voor het voorschrift van artikel 992, eerste lid, BW waarvan de schrapping wordt voorgesteld in het ontwerp-Uitvoeringswet. Volgens dit voorschrift, zoals het door de rechtspraak wordt uitgelegd<sup>5</sup>, mag een Nederlander ook in den vreemde in het algemeen slechts met medewerking van een notaris of ander openbaar ambtenaar een uiterste wil maken. Dit voorschrift van Nederlands internationaal internationaal privaatrecht – dat in het buitenland nu eens als een vormvoorschrift, dan weer als het «personeel statuut» betreffende wordt beschouwd – moet volgens artikel 5 in alle Verdragsstaten als een voorschrift betreffende de vorm worden aangemerkt. Het wordt door de werking van het Verdrag dus geheel terzijde gesteld in de Verdragsstaten, dus ook in Nederland zelf, voor zover het hier niet als een vormvoorschrift mocht worden beschouwd. Immers, volgens het verdrag kan een testamentaire beschikking haar formele geldigheid steeds ontleen aan een in artikel 1, eerste lid, genoemd rechtsstelsel. Dit betekent, dat indien Nederland partij wordt bij het Verdrag en de verdragsinhoud dus als regeling van Nederlands internationaal internationaal privaatrecht wordt aanvaard, de door een Nederlander in het buitenland in de vorm van een (niet-gedeponeerde) holograaf gemaakte testamentaire beschikking ook in Nederland als formeel geldig moet worden erkend in alle gevallen, waarin die vorm geldig zou zijn volgens een in artikel 1, eerste lid, van het Verdrag genoemd, op de beschikking toepasselijk recht. Deze vorm zou dus bij voorbeeld kunnen zijn toegelaten door de *lex loci actus*. De delegatie van het Koninkrijk naar de Negende Zitting van de Haagse Conferentie heeft gepoogd deze werking van het Verdrag ten aanzien van artikel 992, eerste lid, BW beperkt te houden tot de gevallen, waarin een Neder-

<sup>5</sup> Men zie de arresten van de Hoge Raad van 6 januari 1927, N.J. 1927, 267 (noot E.M.M.) en W. 11623 (noot S.N.), 13 februari 1953, N.J. 1953, 579 (noot Ph.A.N.) en 22 januari 1965, N.J. 1966, 291 (noot J.H.B.).

lander in het buitenland een testament heeft gemaakt in dat land, waar hij zijn woonplaats heeft of waar hij is overleden. Aan de delegatie stond daarbij voor ogen dat artikel 4 van het – inmiddels ingetrokken – ontwerp van wet tot goedkeuring van het op 11 mei 1951 te 's-Gravenhage tussen de Benelux landen gesloten Verdrag tot invoering van een eenvormige wet betreffende het internationaal privaatrecht (Bijlagen Handelingen Tweede Kamer, zitting 1951–1952, blz. 2329) reeds het voorstel inhield, het verbod van artikel 992, eerste lid, voor die twee gevallen op te heffen. Deze pogingen hebben geen succes opgeleverd. Wel is op aandringen van de Nederlandse delegatie, daarin gesteund door Portugal, in artikel 11 van het Verdrag de mogelijkheid geopend tot het maken van een voorbehoud, waardoor de werking van het Verdrag althans in beginsel kan worden beperkt tot de twee genoemde gevallen.

Ingevolge *artikel 6* zal de verdragsregeling in het land, waarvoor het Verdrag wordt bekrachtigd, algemene gelding hebben en dus ook van toepassing zijn jegens onderdanen van niet-Verdragsstaten.

*Artikel 7* behelst de in verdragen van de Haagse Conferentie gebruikelijke openbare orde-clausule.

*Artikel 8* kent aan de verdragsregeling een beperkte terugwerkende kracht toe. De regeling is in een land dat bij het Verdrag partij wordt, van toepassing op testamentaire beschikkingen van testateurs, die zijn overleden ná de datum van inwerkingtreding van het Verdrag voor dat land. Voor de toepassing is niet van belang of de beschikking vóór of na die datum is gemaakt. Deze regeling wordt door het beginsel van de bevordering van rechtsgeldige testamenten gerechtvaardigd. Ingevolge artikel 13 is het mogelijk om ten aanzien van artikel 8 een voorbehoud te maken, waardoor het Verdrag toepassing mist op vóór de inwerkingtreding gemaakte testamentaire beschikkingen. Men zie hetgeen wij met betrekking tot dat artikel opmerkten.

Aangaande de in de artikelen 9-13 geopende mogelijkheden tot het maken van een voorbehoud zij het volgende opgemerkt.

Ingevolge *artikel 9* is elke Verdragsstaat bevoegd zich voor te behouden, bij de toepassing van het Verdrag de woonplaats van de testateur in afwijking van artikel 1, derde lid, van het Verdrag vast te stellen aan de hand van de *lex fori* (eigen recht van de rechter). De mogelijkheid tot het maken van deze reserve is opgenomen op aandringen van het Verenigd Koninkrijk (*Tome III*, pag. 172, XXXI). Deze reserve behoort naar onze mening voor Nederland niet te worden gemaakt. Het begrip «woonplaats» heeft niet overal dezelfde inhoud, zodat een voor alle Verdragsstaten aanvaardbare omschrijving van dat begrip in het Verdrag niet mogelijk was. De meerderheid van de ontwerpers van het Verdrag heeft, naar onze mening terecht, gemeend dat vaststelling van de woonplaats van de testateur aan de hand van het recht van de rechter aanleiding zou geven tot onzekerheden. Zij vreesden, dat toepassing van het recht van de rechter bij de bepaling van de woonplaats er eerder toe zou kunnen leiden dat de testateur geacht wordt zijn woonplaats elders te hebben gehad dan hij meende te mogen veronderstellen, in verband met de toepassing van het in artikel 1, derde lid, genoemde recht van de woonplaats. Wij verwijzen in dit verband naar *Tome III*, blz. 164, onder X.

Het voorbehoud van *artikel 10* houdt hiermede verband dat, zoals reeds werd opgemerkt in het algemene gedeelte van de toelichting bij het Verdrag, ook een in mondelinge vorm gemaakte testamentaire beschikking moet worden erkend, indien één van de volgens het Verdrag toepasselijke rechtsstelsels deze testamentsvorm zou toelaten. Volgens het *Rapport explicatif*

(Tome III, blz. 172, onder XXXII) is het mondelinge testament in de Staten die lid zijn van de Haagse Conferentie onbekend, afgezien van Oostenrijk, waar het echter in onbruik zou zijn geraakt. Evenwel moet worden bedacht dat het Verdrag ingevolge artikel 6 ook kan leiden tot toepasselijkverklaring van het recht van een andere Staat, die niet bij het Verdrag is aangesloten. Het is dus denkbaar dat zich gevallen voordoen, waarin een Verdragsstaat verplicht zal zijn een mondelinge testamentaire beschikking te erkennen. De op voorstel van Joegoslavië opgenomen reserve van artikel 10 heeft dan ook stellig reële betekenis; zij behoort naar de mening van de ondergetekenden te worden gemaakt. Overigens heeft zij slechts een beperkte strekking. Door haar te maken ontslaat een Verdragsstaat zich slechts van de verplichting tot erkenning van mondelinge testamentaire beschikkingen, die onder andere dan buitengewone omstandigheden zijn gemaakt door personen die (ten tijde van het testeren) uitsluitend onderdanen waren van die verdragsstaat. Wat te verstaan is onder «buitengewone omstandigheden», wordt niet nader door het Verdrag aangegeven en is dus overgelaten aan het oordeel van hen die het Verdrag moeten aanpassen in de Verdragsstaat die het voorbehoud heeft gemaakt.

Wegens de vele onzekerheden welke bij het mondelinge testament kunnen ontstaan over de inhoud van de beschikking en mitsdien over de erfopvolging, is het wenselijk dat gebruik wordt gemaakt van het in artikel 10 van het verdrag geformuleerde voorbehoud. Wat onder «buitengewone omstandigheden» moet worden verstaan wordt, zoals gezegd, aan de verdragstoe-passer overgelaten. In het rapport-Batiffol wordt vermeld: militairen bij krijgsverrichtingen of het verbroken zijn van verbindingen door overstromingen of epidemieën. Ten slotte tekenen wij aan, dat door het voorbehoud wordt afgeweken van het in artikel 10 van de Wet Algemene Bepalingen (Stb. 1829, 28) neergelegde beginsel, dat de vorm van alle handelingen wordt beoordeeld naar de wetten van het land of de plaats alwaar die handelingen zijn verricht.

*Artikel 11.* Wat betreft het voorbehoud van artikel 11 moge allereerst worden herinnerd aan hetgeen bij de toelichting op artikel 5 is opgemerkt in verband met het gevolg dat bekrachtiging van het Verdrag heeft voor het voorschrift van artikel 992, eerste lid, BW. Zou men willen voorkomen dat dit voorschrift door het Verdrag geheel terzijde wordt gesteld, dan biedt het maken van het voorbehoud van artikel 11 daartoe de mogelijkheid. Ter Haagse Conferentie van 1960 heeft de delegatie voor het Koninkrijk zich ingespannen om het voorbehoud in het Verdrag opgenomen te krijgen ten einde het beginsel van artikel 992 BW zoveel mogelijk te kunnen handhaven. Op grond van de toentertijd heersende opvattingen mocht worden gevreesd, dat de kans op bekrachtiging van het Verdrag zonder deze mogelijkheid in gevaar zou komen.

Inmiddels in geruime tijd verstreken en is de discussie over dit punt voortgeschreden. Zoals op blz. 4 is opgemerkt, hechtte het notariaat er tot voor kort zeer aan, dat het voorbehoud voor Nederland zou worden gemaakt. In het jongste verleden is het notariële standpunt evenwel in dier voege gewijzigd, dat bekrachtiging zonder het voorbehoud van artikel 11 niet onaanvaardbaar meer wordt geacht, mits in het nieuwe BW bijzondere aandacht wordt besteed aan de formele betrouwbaarheid van de verklaring van erfrecht en aan de bescherming van de derde die afgaat op de feiten en conclusies, vervat in een verklaring van erfrecht.

Zoals in de algemene beschouwingen in deze toelichting reeds is uiteengezet, zijn wij van mening dat de aan de zijde van het notariaat in het verleden tegen de bekrachtiging van het onderhavige verdrag aangevoerde bezwaren in de middelerwijl voortgeschreden discussie aan kracht hebben ingeboet. Deze bezwaren behoeven aan een bekrachtiging niet meer in de weg te staan. De vraag die nog moet worden beantwoord is: moet terwille van het behoud van het beginsel van artikel 992 BW het voorbehoud van artikel 11 worden gemaakt, of moet dit voorschrift vervallen? Na ampele overweging is de eerste ondergetekende tot de conclusie gekomen dat het voorschrift, dat een Nederlander in den vreemde geen andere uiterste wil kan maken dan bij authentieke akte, beter kan vervallen. Het moet worden bedacht dat er zeer veel Nederlanders buiten Nederland wonen of zich daar-



heen voor kortere of langere tijd begeben. In lang niet alle landen is het mogelijk, een authentiek testament in de zin van het Nederlandse recht te laten verlijden. Vele landen kennen geen z.g. latijns notariaat. In die landen is er ook veelal geen bevoegde Nederlandse consul binnen redelijke afstand beschikbaar. Het voldoen aan het voorschrift – gesteld al dat alle Nederlanders zich van dat voorschrift inderdaad bewust zouden zijn! – zal dus niet zelden op praktische moeilijkheden stuiten. Het aantal Nederlanders dat er behoefte aan heeft een uiterste wil te maken neemt toe, zoals is vast te stellen uit de toename van het aantal inschrijvingen in het Centraal Testamentenregister. Het valt aan te nemen dat thans zich meer situaties voordoen waarbij artikel 992 aan de orde zou kunnen komen dan in het verleden, en zeker dan in de tijd van de invoering van het BW. Tevens valt aan te nemen dat veronachtzaming van het voorschrift, hetzij uit onwetendheid, hetzij omdat er geen gelegenheid is in den vreemde een authentieke uiterste wil te maken, thans in veel meer gevallen dan vroeger tot ernstige problemen aanleiding kan geven. Deze problemen kunnen niet slechts hieruit bestaan dat het testament in Nederland ongeldig blijkt, doch kunnen zich ook voordoen doordat het buitenlands gemaakte testament voor de in dat buitenland gelegen (onroerende) goed weer wél geldig is. Niet-naleving van het voorschrift van artikel 992 heeft immers niet ten gevolge, dat het testament in het land waar het is gemaakt geen kracht heeft. In een dergelijke situatie kan het dus zijn dat de nalatenschap tegen de bedoelingen van de erflater in, deels volgens het Nederlandse recht, deels volgens het buitenlandse testament vererft. Dat Nederlanders buiten Nederland bezittingen hebben – men denke bij voorbeeld aan vakantiebungalows of schepen – komt zeker veel meer voor dan vroeger. Het is kortom duidelijk dat aan het voorschrift grote nadelen zijn verbonden. De eerste ondergetekende is van oordeel, dat deze nadelen groter zijn dan de voordelen die het voorschrift zou hebben voor een ordelijke erfopvolging en met name voor de betekenis van de verklaring van erfrecht daarin.

Wij menen dat hiermee voldoende is aangegeven, op welke gronden naar ons oordeel artikel 992 BW kan vervallen. Mitsdien bestaat er voor het maken van het voorbehoud geen aanleiding. In de toelichting op het ontwerp van wet tot intrekking van vermeld wetsvoorschrift wordt aan deze kwestie nog uitvoerige aandacht besteed en wordt in het bijzonder nog verwezen naar de tussen de eerste ondergetekende en het hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap ter zake gevoerde briefwisseling.

Volgens *artikel 12* kan elke Verdragsstaat zich de bevoegdheid voorbehouden het Verdrag niet toe te passen op testamentaire beschikkingen, die volgens het recht van die Staat niet de erfopvolging betreffen. Blijkens het «*Rapport explicatif*», onder XXXIV (*Tome III*, blz. 173) heeft het artikel het oog op rechtshandelingen die de staat van een persoon betreffen. Als voorbeelden worden genoemd de erkenning of de wettiging van een kind, adoptie en de benoeming van een voogd, die volgens de wet van bepaalde landen ook bij testament kunnen worden gedaan. Zoals in het rapport wordt opgemerkt, moet uit het feit dat artikel 12 de mogelijkheid tot dit voorbehoud opent, worden afgeleid, dat het Verdrag ook van toepassing is op dergelijke, het personeel statuut betreffende, testamentaire beschikkingen. Dit betekent evenwel niet, dat de vraag of een het personeel statuut betreffende rechtshandeling ook bij testament kan worden gedaan, mede wordt beheerst door het Verdrag. Deze vraag zal elke Verdragsstaat aan de hand van zijn eigen internationaal privaatrecht moeten beantwoorden. Verwijst dat internationaal privaatrecht voor de vraag of bij voorbeeld een adoptie ook bij testament mogelijk is naar het recht dat het personeel statuut beheerst en sluit dat recht die mogelijkheid zonder meer uit, dan kan er van toepassing van het Verdrag geen sprake zijn. Staat dat recht adoptie bij testament daarentegen wel toe, dan kan de uiterste wil ook wat die adoptie betreft zijn formele geldigheid ontleen aan elk volgens het Verdrag op de testamentaire beschikking toepasselijk recht, tenzij de Verdragsstaat het voorbehoud van artikel 12 heeft gemaakt. Wij zien geen aanleiding om de reserve van artikel 12 voor Nederland te maken.

Volgens *artikel 13* kan elke Verdragsstaat zich voorbehouden het Verdrag in afwijking van artikel 8 slechts toe te passen op testamentaire beschikkingen die zijn gemaakt na de inwerkingtreding van het Verdrag voor die Staat. Naar onze mening behoeft deze reserve evenmin te worden gemaakt. Wij achten het niet bezwaarlijk dat ook beschikkingen die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag voor Nederland in strijd met artikel 992, eerste lid Nederlands BW zijn gemaakt, zullen profiteren van de verdragsregeling.

De *artikelen 14 en volgende* van het Verdrag bevatten de gebruikelijke protocollaire bepalingen.

*Artikel 17* biedt de mogelijkheid het Verdrag uit te breiden tot de Nederlandse Antillen. Aangezien de regering van de Nederlandse Antillen geen medegelding van het Verdrag voor haar land wenst, wordt, wat het Koninkrijk betreft, alleen goedkeuring van het Verdrag voor Nederland gevraagd.

De Minister van Justitie,  
J. de Ruiter

De Minister van Buitenlandse Zaken,  
C. A. van der Klaauw