

Vergaderjaar 1993–1994

**23 863 (R 1510)**

## **Goedkeuring van het op 1 augustus 1989 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (Trb. 1994, 49)**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **I. Algemeen**

Het verdrag is voorbereid door de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht. Zoals gebruikelijk werd een ontwerp-tekst opgesteld door een Speciale Commissie die daartoe in de jaren 1986–1987 een drietal bijeenkomsten belegde. Op de grondslag van deze tekst werd tijdens de in oktober 1988 gehouden Zestiende Zitting van de Haagse Conferentie de uiteindelijke verdragstekst opgesteld, zoals deze in de Slotakte van deze zitting is neergelegd. Aan de voorbereiding door de Speciale Commissie en aan het werk van de Zestiende Zitting werd door een groot aantal Staten deelgenomen. Ook Nederland heeft daarin een werkzaam aandeel gehad. Mede dankzij het zeer deskundige voorzitterschap van de Zwitserse hoogleraar A. E. von Overbeck heeft de Conferentie het erfrechtverdrag tot stand kunnen brengen. De Canadese hoogleraar D. M. W. Waters fungeerde als rapporteur. Het door hem opgestelde en als gezaghebbend aan te merken commentaar kan de toepassers van de verdragsbepalingen tot steun zijn en de uniforme interpretatie van het verdrag in belangrijke mate bevorderen. De voorbereidende documenten, de handelingen van de Conferentie en het rapport-Waters zijn te vinden in de door de Conferentie uitgegeven Actes et Documents de la XVIe Session, Tome II. Voor de toelichting op het verdrag moge allereerst naar deze uitgave worden verwezen. De hiernavolgende toelichting steunt in het algemeen op het rapport-Waters en de andere conferentiedocumenten, waarvan in het bijzonder vermelding verdienen de voorbereidende studies van de hand van de Nederlandse eerste secretaris van het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie, mr. J. H. A. van Loon.<sup>1</sup>

De voorbereiding van de Nederlandse inbreng in het werk van de Speciale Commissie en in het werk van de Conferentie is geschied onder de leiding van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, in samenwerking met de Koninklijke Notariële Broederschap.

Inmiddels is het verdrag ondertekend door Zwitserland en Argentinië. De inwerkingtreding van het verdrag is afhankelijk van de bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring ervan door drie lid-staten van de Haagse Conferentie. Elke andere staat kan daarna tot het verdrag toetreden. Tot dusverre hebben er nog geen bekrachtigingen, aanvaardingen of goedkeuringen door lid-staten plaatsgevonden. Wat de perspectieven

<sup>1</sup> Actes et Documents XVIe Session Conférence de la Haye de d.i.p., blz. 107 e.v. en blz. 141 e.v.

voor de inwerkingtreding betreft, kan nog worden opgemerkt dat de Zwitserse regering de bekrachtiging van het verdrag voorbereidt, dat in de Verenigde Staten consultaties over het verdrag zijn verricht en dat de belangrijke American Bar Association positief heeft geadviseerd. In Ierland heeft de Law Reform Commission een positief gestemd rapport uitgebracht. In het Verenigd Koninkrijk is de goedkeuring van het verdrag aan de orde gesteld. Naar het zich laat aanzien, is de inwerkingtreding verzekerd door het partij worden bij het verdrag van Zwitserland, het Verenigd Koninkrijk en het Koninkrijk der Nederlanden. Over de termijn waarop dit zal gebeuren kan in dit stadium nog geen betrouwbare voorspelling worden gedaan.

Reeds op 15 februari 1989 heeft de toenmalige Minister van Justitie Korthals Altes advies verzocht over de vraag of het wenselijk is dat ons land partij wordt bij het verdrag en zo ja, op welke wijze de verdragsinhoud in ons nationale recht kan worden opgenomen. Daarbij zou tevens aandacht moeten worden besteed aan de vraag of in de nationale sfeer nog aanvullende regels moeten worden gegeven. De bewindsman gaf in de adviesaanvraag te kennen, dat een eerste beschouwing van de verdragsinhoud hem de indruk gaf dat daarin voor het moeilijke onderwerp van de internationale erfopvolging een evenwichtige en doorwrochte regeling is gevonden. De Staatscommissie en de Koninklijke Notariële Broederschap hebben in onderlinge samenwerking een positief gestemd advies uitgebracht. De daarin neergelegde opvatting dat het wenselijk is de bekrachtiging van het verdrag te bevorderen en de inhoud ervan in het Nederlandse recht op te nemen, maken wij tot de onze. Het lijkt ook ons zeer gewenst dat in het kader van de voorgenomen codificatie van het internationaal privaatrecht aan het onderwerp van de erfopvolging de nodige aandacht wordt geschonken. Het Nederlands internationaal privaatrecht op dit gebied is tot op zekere hoogte ontwikkeld in de rechtspraak en de doctrine en in de notariële rechtspraktijk, maar geschreven recht ontbreekt. Het is daarom een gelukkige zaak dat er op dit voor de dagelijkse rechtspraktijk en voor de gewone burger in toenemende mate belangrijke terrein grotere duidelijkheid en rechtszekerheid wordt geschapen door een zo volledig mogelijke regelgeving. Thans bestaande onzekerheden, bijvoorbeeld over de mogelijkheid van rechtskeuze en de daaraan te stellen grenzen, de verhouding tussen nationaliteits- en woonplaatsbeginsel bij het vinden van het toepasselijk recht en de vraag of de nalatenschap waarin zich zowel roerend als onroerend goed bevindt als eenheid kan worden beschouwd, worden daardoor opgeheven. Het tot dusverre nog nauwelijks betreden gebied van het conflictenrecht ter zake van de overeenkomsten inzake erfopvolging wordt door het verdrag in kaart gebracht en geregeld.

Evenals destijds Minister Korthals Altes zijn wij van mening dat de verdragsregeling een doorwrochte en evenwichtige bijdrage levert tot de oplossing van de vele en vaak moeilijke vragen die zich voordoen bij de afwikkeling van nalatenschappen met internationale elementen. Dit oordeel vindt mede steun in het advies van de Staatscommissie en de Broederschap. Dat het notariaat in dit advies te kennen geeft, dat het met de verdragsregeling in de praktijk goed zal kunnen werken, draagt in niet geringe mate bij tot onze overtuiging dat het verantwoord is de goedkeuring van het verdrag te bevorderen en de inhoud ervan in het Nederlandse recht op te nemen.<sup>1</sup> Het is zeer te hopen dat de inwerkingtreding van het verdrag niet te lang op zich zal doen wachten, maar die inwerkingtreding behoeft geen voorwaarde te zijn tot de opnemings van de verdragsinhoud in het Nederlandse recht. De omstandigheid dat het verdrag eenvormig recht bevat, brengt mee dat de regeling in het Nederlandse recht kan worden opgenomen, eventueel los van de vraag of het verdrag in werking is getreden. In het tegelijk met het onderhavige wetsvoorstel ingediende voorstel tot uitvoering van het verdrag voor

<sup>1</sup> Zie in dit verband ook mr. W. Westbroek, Het Haagse Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op de erfopvolging, WPNR (1989), 5926, blz. 457 e.v. en preadviezen van de hand van deze deskundige en mr. D. de Lange voor de algemene jaarlijkse ledenvergadering van de Koninklijke Nederlandse Broederschap 1990. Voorts Prof. mr. E. C. Henriquez, WPNR (1990) 5930, blz. 548 e.v. en WPNR (1990) 5972, blz. 535 e.v.; A. V. M. Struycken, WPNR (1993) 6092, blz. 351 e.v. en I. S. Joppe, WPNR (1993) 6109, blz. 733 e.v.

Nederland wordt die opnemings geregeld. Als voorbeeld kan daarbij dienen de op 1 september 1992 in werking getreden regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijksvermogensregime in samenhang met de goedkeuring van het desbetreffende Haagse verdrag van 14 maart 1978 (zie de wet van 20 november 1991, Stb. 628 in verband met de Rijkswet van diezelfde datum, Stb. 627).

De Koninkrijkspositie ten aanzien van het verdrag wordt hierna, onder VII, besproken.

De hierna volgende toelichting op het verdrag heeft nochtan ook een voornamelijk beschrijvend karakter. Zoals reeds is opgemerkt, moet in de eerste plaats het rapport-Waters beschouwd worden als een gezaghebbend commentaar. Vragen betreffende de uitleg van de verdragsbepalingen dienen in de praktijk van de toepassing te worden opgelost. Voorzover de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag en het rapport-Waters voor de beantwoording van deze vragen geen duidelijke aanwijzingen bevatten, kan in de navolgende toelichting niet op een oplossing worden vooruitgelopen. Het advies van de Staatscommissie en de Broederschap kan bij de oplossing van die vragen in bepaalde gevallen bruikbare aanwijzingen bevatten. Wegens het belang van het advies voor het onderwerp is de tekst ervan als bijlage bij deze memorie gevoegd.<sup>1</sup>

## II. Het toepassingsgebied van het verdrag

### *Artikelen 1 en 2*

De artikelen 1 en 2 hebben betrekking op het toepassingsgebied. De bepaling, welk recht van toepassing is op erfopvolging, is doel van de verdragsregeling. Die vraag rijst, wanneer de nationaliteit, de woonplaats van de erflater of de ligging van tot de nalatenschap behorende zaken een internationaal element in de erfopvolging introduceert. Onder erfopvolging moet worden begrepen de erfopvolging bij versterf, de erfopvolging krachtens uiterste wilsbeschikking en de overeenkomsten inzake erfopvolging. Aan dit laatste onderwerp is in het verdrag een speciaal hoofdstuk gewijd.

Om de demarcatie van het onderwerp «erfopvolging» en andere min of meer verwante onderwerpen zo scherp mogelijk vast te leggen, is uitdrukkelijk bepaald dat het verdrag geen betrekking heeft op de vorm van uiterste wilsbeschikkingen, de bekwaamheid om bij uiterste wil te beschikken en vragen betreffende het huwelijksvermogensregime. In dit verband verdient vermelding dat de vorm van uiterste wilsbeschikkingen is behandeld in het Haags Verdrag van 5 oktober 1961 inzake wetsconflicten betreffende de vorm van testamentaire beschikkingen, Trb. 1980, 54, waarbij het Koninkrijk partij is, en dat het conflictenrecht inzake het huwelijksvermogensregime is geregeld in het Haags verdrag van 14 maart 1978 inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, Trb. 1988, 130, dat inmiddels door het Koninkrijk is bekrachtigd.

Wat betreft de interpretatie van «bekwaamheid» om bij uiterste wil te beschikken moet allereerst worden gedacht aan de handelingsbekwaamheid in personenrechtelijke zin, die samenhangt met het bereiken van een bepaalde leeftijd, of die afhankelijk is van de burgerrechtelijke staat (handelingsonbekwaamheid van een gehuwde vrouw). Ook moet worden gedacht aan de onbekwaamheid van personen ten aanzien van wie een maatregel als curatele is getroffen of wier vermogen anderszins onder bewind is gesteld. Onderscheid dient te worden gemaakt met vragen betreffende de materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen. Die vragen vallen wel onder de werking van het verdrag (artikel 7, tweede lid, onder e). Of een kwestie betreft de bekwaamheid van de erflater of de vrijheid om zijn wil te bepalen (de materiële geldigheid van

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

een uiterste wilsbeschikking) moet uiteindelijk door de rechter worden beslist. Het verdrag laat zich daarover niet uit.

Artikel 1, tweede lid, onder d, specificereert enkele andere onderwerpen die in elk geval niet als erfopvolging in de zin van het verdrag worden beschouwd. Vermeld worden de aan verschillende personen toebehorende gemeenschappelijke eigendom welke overgaat op de langstlevende van hen, pensioenregelingen, verzekeringsovereenkomsten of gelijksoortige regelingen met verzekeraars of financiële instellingen die van kracht worden na het overlijden van een bepaalde persoon, maar niet kunnen worden geacht ten doel te hebben de schepping van rechten of de overdracht van goederen in het kader van een erfopvolging. Het bepaalde in artikel 1, tweede lid, onder d brengt mee dat de term «erfopvolging» in het eerste lid eng dient te worden geïnterpreteerd. Het verdrag is niet toepasselijk op regelingen die weliswaar in hun uitwerking enige verwantschap vertonen met verkrijging van rechten en goederen in verband met overlijden, maar die niet beschouwd kunnen worden als regelingen betreffende de erfopvolging. In het advies van de Staatscommissie is hierover een beschouwing opgenomen in de par. 5.2.9–5.2.12. Gedacht kan worden aan een koopoptie met vaste prijs, uit te oefenen na het overlijden van de mede-eigenaar of het vennootschappelijk verblijfsbeding; ook aan verblijfsbedingen in of buiten huwelijksvoorwaarden of samenlevingsovereenkomsten. Dat het scherp trekken van de grens tussen erfopvolging en dergelijke regelingen wel eens problemen kan opleveren, is te verwachten, maar voor de aanvaardbaarheid van de verdragsregeling in het bijzonder in de Angelsaksische rechtssfeer was de toevoeging van onderdeel d een voorwaarde.

Artikel 2 maakt duidelijk dat de aanvaarding van de verdragsregeling het effect heeft dat die regeling in het betrokken land de plaats inneemt van het nationale conflictenrecht inzake erfopvolging en dus steeds toepasselijk is, ook als zij leidt tot de toepassing van een recht van een niet bij het verdrag partij zijnde staat. De verdragsregeling heeft dus universele werking en haar toepassing is niet afhankelijk van enige beperking in verband met de vraag of een staat bij het verdrag partij is of niet.

### **III. Het toepasselijke recht**

#### *Artikelen 3–7*

De artikelen 3–7 bevatten de kern van de verdragsregeling. Behalve de vraag naar het toepasselijke recht wordt daarin behandeld de vraag of de nalatenschap als eenheid moet worden behandeld. Deze laatste vraag wordt in artikel 7, eerste lid, bevestigend beantwoord. Wat betreft het toepasselijke recht geeft artikel 5 een beperkte mogelijkheid tot rechtskeuze. Deze beide bepalingen zijn te beschouwen als een belangrijke doorbraak in reeds lang bestaande controverses. In het bijzonder de rechtskeuzemogelijkheid bevordert de rechtszekerheid en schept aldus de gelegenheid om ten aanzien van de erfopvolging met internationale elementen tijdig regelingen te treffen die inderdaad effectief zullen zijn en de bedoelingen van de erflater tot hun recht doen komen. Dat de nalatenschap als eenheid wordt beschouwd, draagt daartoe mede bij.

#### *Artikel 3*

In artikel 3 is voor gevallen waarin een rechtskeuze ontbreekt, een fijn uitgewogen stelsel geconstrueerd, waarin de gewone verblijfplaats en de nationaliteit van de erflater als aanknopingsfactoren worden gebruikt om tot de bepaling van het op de erfopvolging toepasselijke rechtstelsel te

komen. Dat een dergelijk compromis tussen woonplaatsbeginsel en nationaliteitsbeginsel in de verdragsregeling noodzakelijkerwijs zijn plaats moest krijgen is duidelijk, wanneer men denkt aan de voorkeur voor het ene of het andere aanknopingsbeginsel die in de verschillende staten van de Haagse Conferentie historisch is gegroeid. Een dergelijk compromis vormt ook de kern van het eerder genoemde Haagse Huwelijksvermogensverdrag van 1978. Het in artikel 3 van het onderhavige verdrag neergelegde compromis is vrij eenvoudig en, naar mag worden verwacht, in de praktijk goed uitvoerbaar.

Het stelsel onderscheidt twee situaties. In de ene had de erflater ten tijde van zijn overlijden zijn gewone verblijfplaats in de staat waarvan hij tevens te dien tijde de nationaliteit bezat. In de meerderheid van de gevallen zal dit zo zijn. In de andere situatie is de staat waar de erflater zijn gewone verblijfplaats had ten tijde van zijn overlijden een andere staat dan die waarvan hij te dien tijde de nationaliteit bezat. In de eerste situatie zijn er twee aanknopingspunten die verwijzen naar dezelfde staat en uiteraard is dan het recht van die staat van toepassing op de erfopvolging. In de andere situatie ligt de zaak gecompliceerder. Deze gevallen zullen zich evenwel minder voordoen dan die van de eerst omschreven situatie. Heeft de erflater gedurende ten minste vijf jaar onmiddellijk voorafgaande aan zijn overlijden in dezelfde staat zijn gewone verblijfplaats gehad, dan is in beginsel het recht van die staat toepasselijk. Evenwel wordt op die hoofdregel een uitzondering gemaakt ten gunste van het recht van de staat waarvan de erflater de nationaliteit bezat, maar die uitzondering is alleen toegelaten voor «uitzonderlijke omstandigheden, indien de erflater op het tijdstip van zijn overlijden kennelijk nauwere banden had» met die staat. In de overige gevallen, wanneer dus de termijn van vijf jaar gewone verblijfplaats in een bepaalde staat niet is vervuld, geldt weer de aanknopingsaan het land van de nationaliteit, maar ook dan is er een uitzondering gegeven. Deze is minder eng omschreven, namelijk wanneer de erflater op het tijdstip van overlijden «nauwere banden had met een andere staat» – dat kan dus elke staat zijn. Meestal zal dat wel de staat zijn waar hij zijn gewone verblijfplaats had, maar men kan bijvoorbeeld ook denken aan de staat waarvan hij gedurende het grootste deel van zijn leven de nationaliteit bezat, kort voordat hij als immigrant een nieuwe nationaliteit verwierf die hij bezat ten tijde van zijn overlijden. In zulke gevallen is het recht van die staat toepasselijk. Het behoeft weinig betoog, dat de toepassing van artikel 3, wanneer gewone verblijfplaats en nationaliteit van de erflater niet naar eenzelfde staat verwijzen, in voorkomende gevallen tot moeilijke beslissingen kan leiden en dat de erflater er goed aan doet in dergelijke gevallen rechtszekerheid te scheppen door gebruik te maken van de mogelijkheid tot het doen van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 5.

Voor een goed begrip van het stelsel van artikel 3 is het wenselijk, stil te staan bij het onderscheid tussen de uitzonderingssituaties en de wijze waarop zij zijn omschreven. In het geval van het tweede lid gaat het om een uitzonderingssituatie, een ontsnappingsclausule ten aanzien van de hoofdregel die naar het recht van het land van de gewone verblijfplaats verwijst. Deze uitzondering geldt alleen wanneer er «kennelijk nauwere banden» zijn met één bepaalde andere staat, namelijk die waarvan de erflater de nationaliteit bezat. Voor de situaties van het derde lid is de uitzondering op de hoofdregel veel minder eng omschreven dan voor die waarvoor het tweede lid geldt. Er is geen beperking ten aanzien van de staat waarmee de «nauwere banden» moeten bestaan, al zal in de praktijk de keuze niet groot zijn. Evenwel zal het zich waarschijnlijk weinig voordoen, dat er aanwijzingen kunnen worden gevonden dat de erflater aantoonbaar nauwere banden had met een land waarvan hij niet de nationaliteit bezat. Men kan denken aan (politieke) vluchtelingen of asielzoekers, maar buiten die categorieën vergt het een inspanning van de verbeeldingskracht om zich situaties voor te stellen waarin kan worden

vastgesteld dat het criterium van de nauwere banden sterker is dan dat van de nationaliteit. Een aanwijzing voor het bestaan van een nauwere band zou bijvoorbeeld kunnen zijn, dat de erflater enige jaren voor zijn dood een verzoek tot naturalisatie in dat land heeft gedaan, welk verzoek werd aangehouden in verband met het feit dat hij de voor naturalisatie vereiste termijn van verblijf in dat land nog niet had vervuld. Al met al mag men wel aannemen dat de toepassing van artikel 3, tweede en derde lid, in de praktijk minder problemen zal opleveren dan een eerste lezing van deze bepalingen zou kunnen doen vrezen.

Men kan het stelsel van artikel 3 kenschetsen als een compromis tussen nationaliteits- en woonplaatsbeginsel. De nationale wet wordt toegepast in de talrijke gevallen waarin de nationaliteit met de gewone verblijfplaats coincideert alsmede in andere gevallen, waarin bij wijze van uitzondering het woonplaatsbeginsel moet wijken omdat de nationaliteitsaanknoping kennelijk sterker is dan het aanknopingscriterium van vijf jaar onafgebroken gewone verblijfplaats. In de overblijvende gevallen blijft de nationaliteitsaanknoping vooropstaan, met dien verstande dat daarnaast het criterium van nauwere banden met enige andere staat een rol speelt. De invoering van de verdragsregeling in het Nederlandse recht brengt dus vermoedelijk minder verandering teweeg in de huidige ongeschreven hoofdregel van Nederlands erfrecht dan men op het eerste gezicht zou kunnen denken.<sup>1</sup>

Evenmin als andere Haagse verdragen bevat dit verdrag een bepaling voor gevallen van bipatriëdie of apatriëdie. De vraag rijst derhalve of er reden is een zodanige bepaling in de uitvoeringswet op te nemen.

Naar onze mening is aan te bevelen dat de rechtstoepasser zich aansluit bij de in het advies van de Staatscommissie en de Koninklijke Notariële Broederschap neergelegde opvatting, dat artikel 3, eerste lid, tot toepassing komt indien de gewone verblijfplaats van de erflater in het land van één van zijn nationaliteiten is gelegen, zulks ongeacht of dat zijn effectieve nationaliteit is. De toepassing van artikel 3, tweede en derde lid, in geval van bipatriëdie noopt tot een toetsing die verwant is aan de toepassing van het beginsel van de effectieve nationaliteit. Er is geen aanleiding om te dier zake een nader wettelijk voorschrift te geven.

Het voorstel voor een uitvoeringswet bevat evenmin een bepaling met betrekking tot apatriëdie. De bepalingen van artikel 3 van het verdrag leveren in dit geval geen bijzondere interpretatiemoeilijkheden op, zodat een nader wettelijk voorschrift voor dit geval kan worden gemist.

#### *Artikel 4*

Artikel 4 brengt een correctie aan op het verwijzingsstelsel in die zin, dat daarin een afstemmingsregel wordt gegeven voor het geval dat toepassing van artikel 3 zou leiden tot toepassing van het recht van een niet-verdragsstaat. Indien het internationaal privaatrecht van die staat zou verwijzen naar het recht van een andere niet-verdragsstaat, die zijn eigen interne recht zou toepasselijk verklaren, is het recht van de laatstbedoelde staat van toepassing. Deze afstemming vindt niet plaats indien het internationaal privaatrecht van de betrokken niet-verdragsstaat naar het recht van een verdragsstaat verwijst.

Zolang nog maar weinig staten partij zijn bij het verdrag, zal artikel 4 betrekkelijk veelvuldig toepassing vinden. Het is niet onbegrijpelijk dat dit artikel vanwege het complicerende karakter weerstand heeft ondervonden en dat het derhalve mogelijk is, ten aanzien daarvan een voorbehoud te maken. Herverwijzing wordt in de meeste Haagse verdragen uitdrukkelijk en volledig uitgesloten: de verwijzing naar een bepaald recht omvat niet de bepalingen van internationaal privaatrecht van dat recht. In het onderhavige verdrag wordt herverwijzing ook uitgesloten, maar alleen wanneer het betreft de toepassing van het recht van een verdragsstaat en

<sup>1</sup> H.R. 16 maart 1990, N.J. 1991, 575 met noot J. C. S.; Strikwerda, Inleiding tot het internationaal privaatrecht 1990, blz. 150.

niet wanneer het betreft het recht van een niet-verdragsstaat. Artikel 4 maakt dus slechts een beperkte inbreuk op het ook in het onderhavige verdrag behouden beginsel, dat verwijzing naar een bepaald rechtsstelsel niet omvat de verwijzing naar de regels van internationaal privaatrecht daarvan.

Naarmate meer staten partij worden bij het verdrag, neemt de betekenis van artikel 4 af. De gedachtengang welke aan artikel 4 ten grondslag ligt is, dat het te betreuren zou zijn indien de toepassing van de verdragsregels zou leiden tot de verstoring van een eenheid die bestaat tussen de rechtsstelsels van twee bij het concrete geval naast-betrokken niet-verdragsstaten. Verwijst het internationaal privaatrecht van land A (welks recht door het verdrag als toepasselijk wordt aangewezen) naar het recht van land B en wordt die verwijzing door het internationaal privaatrecht van land B aanvaard, dan is er eenheid en beslissingsharmonie tussen de rechtsstelsels van deze beide landen. Zou de verdragsregel die naar het recht van A verwijst niet toestaan, dat ook de regels van internationaal privaatrecht van dat recht worden toegepast, dan wordt aan de tussen de rechtsstelsels van de landen A en B bestaande eenheid geen recht gedaan en zou dus het resultaat van de toepassing van het verdrag minder bevredigend zijn. Artikel 4 bevordert de harmonie tussen het verwijzingsstelsel van de verdragsstaten en de stelsels van conflictenrecht van niet-verdragsstaten. Zolang nog maar weinig staten partij zijn bij het verdrag, is de eenheidsbevorderende functie van het verdrag niet groot. Het moet worden vermeden – aldus de gedachtengang die de opstellers van artikel 4 kennelijk voor ogen heeft gestaan – dat de toepassing van een verdrag in het stadium dat het zelf nog weinig eenheid tussen rechtsstelsels kan teweegbrengen, de bestaande eenheid buiten het geringe gebied van de verdragsstaten zou doorbreken. De relatie tussen de kring van verdragsstaten en die van de niet-verdragsstaten wordt door de afstemming aan minder spanning blootgesteld. Het kan niet worden ontkend dat artikel 4 een complicatie in het verdragsstelsel introduceert, maar dit bezwaar weegt – aldus de gedachtengang van de verdragsopstellers – niet op tegen het resultaat van grotere beslissingsharmonie dat erdoor wordt verkregen.

In het advies van de Staatscommissie en de Broederschap wordt aan artikel 4 de nodige aandacht besteed. Een ruime meerderheid huldigt de opvatting dat de toepassing ervan niet tot al te grote bezwaren hoeft te leiden en dat het dus niet noodzakelijk is, gebruik te maken van de mogelijkheid tot het maken van een voorbehoud. In overeenstemming met deze meerderheidsopvatting wordt voorgesteld een dergelijk voorbehoud niet af te leggen. De bepaling zal dan als onderdeel van de verdragsregeling toepasselijk zijn, ook al mocht op het tijdstip van de inwerkingtreding van deze wet het verdrag nog niet in werking zijn getreden.

Artikel 4 spoort met een denkbeeld van Meijers, dat in brede kring aandacht heeft getrokken en was neergelegd in artikel 21, tweede lid, van het Benelux-ontwerp betreffende het i.p.r. (Trb. 1969, 167).

#### *Artikel 5*

Artikel 5 geeft de erflater een beperkte mogelijkheid om een keuze te doen ten aanzien van het recht dat de erfopvolging zal beheersen. In grote lijnen gaat het om de keuze tussen de rechtsstelsels van de staat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft en die waarvan hij de nationaliteit bezit. Doordat voor de keuze – alternatief – bepalend zijn zowel het tijdstip waarop de keuze wordt gedaan als het tijdstip waarop de erflater overlijdt, zijn er in het geheel vier mogelijkheden gegeven. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, vormt de aanvaarding van de mogelijkheid van rechtskeuze een wezenlijk onderdeel van de verdragsregeling en moet deze worden gezien als een doorbraak op het gebied van het internationale erfrecht. De

eraan ten grondslag liggende gedachte is, dat de erflater ook in situaties met een internationaal element in beginsel een zo groot mogelijke vrijheid moet hebben om zelf invloed uit te oefenen op de wijze waarop de nalatenschap bij zijn overlijden vererft en dat het toekennen van een recht om zelf te bepalen welk recht de erfopvolging zal beheersen tot de verwezenlijking van dit beginsel in belangrijke mate kan bijdragen. De mogelijkheid tot het doen van een rechtskeuze kan aldus worden gezien als een uitbouw van het beginsel dat in de meeste erfrechtsstelsels wordt aanvaard, dat de erflater binnen bepaalde grenzen door middel van een uiterste wilsbeschikking de wijze waarop de nalatenschap vererft kan beïnvloeden. Er is reeds op gewezen dat in het bijzonder in situaties waar de erflater banden heeft met meer dan één staat of waar het vermogen van de erflater verspreid ligt over het grondgebied van meer dan één staat, een rechtskeuze de oplossing van de vraag welk recht de erfopvolging moet beheersen aanzienlijk kan vergemakkelijken. Een zeer belangrijk aspect van de rechtskeuze is, dat deze het de erflater vergemakkelijkt om de regeling van zijn nalatenschap en de erfopvolging in te passen in een breed opgezette, moderne «estate planning», waarbij ook het huwelijksvermogensregime kan worden betrokken. De opening van deze mogelijkheid wordt in het bijzonder door de rechtspraak als een groot voordeel gezien en vormt een zwaarwegende reden om de verdragsregeling positief te beoordelen.

Het eerste lid eist niet – anders dan artikel 3, tweede lid – dat de gewone verblijfplaats gedurende een bepaalde termijn voorafgaande aan de rechtskeuze aanwezig is. Het stelt geen bijzondere eisen aan de wijze waarop de rechtskeuze wordt geformuleerd; voldoende is dat het aangewezen recht inderdaad valt binnen de in de bepaling toegestane mogelijkheden. Wel moet de rechtskeuze – dat volgt uit de bepalingen van het tweede lid – zijn uitgedrukt in een verklaring. Dat die verklaring in een bepaalde taal is gesteld, is op zichzelf nog niet voldoende om aan te nemen dat daarmee een rechtskeuze is uitgedrukt.

De verklaring moet wat de vorm betreft voldoen aan de eisen van het op de vorm van uiterste wilsbeschikkingen toepasselijke recht. De verklaring zal in de meeste gevallen deel uitmaken van een uiterste wilsbeschikking, maar het verdrag eist zulks niet.

Het bestaan en de materiële geldigheid van de handeling waarin de rechtskeuze is gedaan, moeten worden beoordeeld naar het aangewezen recht. Het gaat hier bijvoorbeeld om de vraag of de erflater op het moment van de aanwijzing over voldoende geestelijke vermogens beschikte om de draagwijdte van de handeling te beseffen en of er wellicht enig ander wilsgebrek bestond dat de geldigheid van de handeling negatief zou kunnen beïnvloeden. Is de aanwijzingshandeling ongeldig, dan moet voor de vraag welk recht toepasselijk is op de erfopvolging worden teruggevallen op de objectieve aanknopingscriteria van artikel 3.

De herroeping van een aanwijzing moet, eveneens wat de vorm betreft, voldoen aan de eisen die worden gesteld ten aanzien van de herroeping van een uiterste wilsbeschikking. Een nieuwe uiterste wilsbeschikking pleegt aan te vangen met de clause dat alle vroegere wilsbeschikkingen worden herroepen. Indien zo'n eerdere wilsbeschikking een rechtskeuze bevatte, moet in beginsel worden aangenomen dat deze daarmee ook is herroepen en in de nieuwe wilsbeschikking moet dan opnieuw een rechtskeuze worden uitgedrukt. In het advies van de Staatscommissie en de Broederschap wordt voorgesteld om dit uitgangspunt in een wetsbepaling neer te leggen die een rechtsvermoeden schept dat de herroeping tevens betrekking heeft op de rechtskeuze. Aan dit advies zal gevolg worden gegeven door de opneming van een zodanige wetsbepaling in de uitvoeringswet.

Een wettelijke bepaling met betrekking tot meervoudige nationaliteit is niet vereist voor de uitvoering van de verdragsbepalingen inzake de



rechtskeuze. Uit par. 61 van het rapport-Waters blijkt dat de rechtskeuze in dat geval betrekking kan hebben op het recht van de staat van één van de nationaliteiten van de erflater, ongeacht of dat de effectieve nationaliteit is. In geval van apatridie laat artikel 3 een keuze toe voor het recht van het land van de gewone verblijfplaats, hetzij op het tijdstip van de aanwijzing, hetzij op het tijdstip van overlijden.

#### *Artikel 6*

De aanwijzing heeft in beginsel betrekking op de gehele nalatenschap. Alleen voor zover het aangewezen recht zulks toelaat, kan de erflater het recht van één of meer staten aanwijzen als het recht dat de vererving van bepaalde goederen in de nalatenschap beheerst, aldus artikel 6. Dwingende bepalingen van het als toepasselijk aangewezen recht (of van het op grond van de objectieve verwijzingsregels toepasselijke recht) kunnen derhalve door zo'n partiële aanwijzing niet worden opzijgezet. Artikel 6 houdt derhalve niet de mogelijkheid in, dat de erflater bij zijn rechtskeuze ook ten aanzien van het dwingende recht verschillende rechtsstelsels aanwijst die de erfopvolging van bepaalde tot de nalatenschap behorende goederen beheersen. De materieelrechtelijke («secundaire») rechtskeuze is alleen toegestaan binnen de grenzen die het primair gekozen recht stelt.

#### *Artikel 7*

Artikel 7 geeft in het eerste lid uitdrukking aan het beginsel dat het toepasselijke recht, ongeacht of dat voortvloeit uit een rechtskeuze of uit de toepassing van de objectieve verwijzingsregels van artikel 3, de vererving van de gehele nalatenschap beheerst, ongeacht waar de goederen zich bevinden. Er is hiervoor reeds op gewezen dat deze bepaling een van de belangrijkste beginsels van het verdrag bevat. Tot de moeilijkst oplosbare problemen van het internationale erfrecht moet worden gerekend de omstandigheid dat er een grote mate van verdeeldheid bestaat op dit punt. In vele rechtsstelsels wordt de vererving van de nalatenschap gesplitst behandeld in die zin, dat het recht van het land van de ligging de vererving van onroerend goed beheerst en dat voor het overige het nationale of het domiciliaire recht van de erflater geldt. Deze splitsing wordt dus door het verdrag opgeheven. In het Nederlandse internationale erfrecht wordt er, evenals in artikel 7 van het verdrag, steeds van uitgegaan dat de nalatenschap als een geheel moet worden beschouwd wat betreft de vraag welk recht de vererving ervan beheerst. Het verdrag sluit dus aan bij de Nederlandse rechtsopvatting op dit punt.

De uitzondering die wordt gemaakt ten aanzien van artikel 6, is in wezen geen uitzondering. Artikel 6 staat weliswaar toe dat ten aanzien van de vererving van bepaalde goederen van de nalatenschap een rechtskeuze wordt gedaan. Zoals echter hiervoor reeds werd uiteengezet, bestaat deze vrijheid slechts binnen de grenzen van het door de rechtskeuze op grond van artikel 5 of de objectieve verwijzingsregels van artikel 3 aangewezen recht en kan een dergelijke rechtskeuze de dwingende regels van dat recht niet opzij zetten. Die dwingende regels zijn van toepassing ten aanzien van de gehele nalatenschap, ook al is ten aanzien van het aanvullende recht een rechtskeuze gedaan met betrekking tot de vererving van een deel van de nalatenschap.

Het recht dat de vererving van de nalatenschap beheerst, zoals dat wordt gevonden door toepassing van de artikelen 3, 5 en 6, is van toepassing op alle onderwerpen die de «vererving van de nalatenschap» (succession; estate of the deceased) betreffen. In de onderscheidene rechtsstelsels wordt het begrip vererving verschillend uitgelegd. In sommige is die uitleg ruim en valt eronder, behalve de rechtsopvolging

zelf, ook de overdracht (overgang) van de goederen van de nalatenschap en het beheer en de afwikkeling van de nalatenschap. In andere wordt alleen de rechtsopvolging bedoeld en worden de (wijze van) overdracht (overgang) van de goederen van de nalatenschap aan de erfgenamen en de afwikkeling (beheer) van de nalatenschap als onderwerpen gezien die los staan van de eigenlijke erfopvolging. Die onderwerpen kunnen dus door een ander recht worden beheerst dan het recht dat van toepassing is op de erfopvolging in engere zin. De verdragsopstellers stonden derhalve voor de moeilijke opgave om na te gaan of en in welke mate het verdrag rechtseenheid zou kunnen brengen in het aantal en de omschrijving van de onderwerpen die onder de term «vererving van de nalatenschap» worden begrepen en die dus door het uit de toepassing van de artikelen 3 en 5 gevonden recht worden beheerst.

Het resultaat van deze inspanning is neergelegd in het tweede lid van artikel 7, dat een vijftal categorieën onderwerpen noemt die in elk geval door dat recht worden beheerst. Onder a worden genoemd de aanwijzing van de erfgenamen en andere rechthebbenden op de nalatenschap, de bepaling van de erfporties en de eventuele verplichtingen die aan de rechthebbenden op de nalatenschap door de erflater zijn opgelegd. Onder b worden genoemd de onterving en de uitsluiting van bepaalde personen wegens onwaardigheid; onder c de inbreng en de inkorting van schenkingen en makingen, alsmede de wijze waarop deze schenkingen en makingen bij de bepaling van de erfdelen worden verwerkt. Onder d worden opgesomd het beschikbare deel, de «legitieme portie» en andere beperkingen van de bevoegdheid om bij uiterste wil te beschikken. Onder e, tenslotte, wordt de materiële geldigheid van testamentaire beschikkingen vermeld, de vraag dus of bijvoorbeeld wegens wilsgebreken die geldigheid kan worden aangetast. Uit deze opsomming blijkt dat de Conferentie een in beginsel beperkte opvatting van het begrip vererving heeft gevolgd. Onderwerpen als (de wijze van) overdracht (overgang) van de goederen van de nalatenschap, het beheer, de afwikkeling, het recht tot verwerping, de afhandeling van de schulden en de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen vallen niet onder het door het verdrag als toepasselijk aangewezen recht. Voor de vereffening en de verdeling van de nalatenschap zijn in de tegelijk met het onderhavige voorstel van rijkswet in te dienen wetsvoorstel conflictenrecht erfopvolging bepalingen opgenomen.

Binnen het noodzakelijkerwijs beperkte kader van deze toelichting is het niet mogelijk om in detail in te gaan op de verschillende categorieën onderwerpen die onder de term «vererving» worden gebracht door het tweede lid. De meeste ervan kent het Nederlandse erfrecht ook. Verwezen zij naar hetgeen daarover is opgemerkt in het advies van de Staatscommissie en de Broederschap, onderdeel 3.6. De onder a aan het slot vermelde «toewijzingen uit de nalatenschap door een rechterlijke of andere autoriteit ten gunste van personen die de erflater na stonden» heeft betrekking op de in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer bekende situatie dat de afwikkeling van de nalatenschap geschiedt onder verantwoordelijkheid van de rechter en dat deze uit dien hoofde uit de nalatenschap toewijzingen kan doen aan bijvoorbeeld een vroegere echtgenoot of levensgezel van de erflater of anderen die niet als erfgenamen rechten op de nalatenschap kunnen pretenderen maar die wegens een bepaalde relatie tot de erflater van hem financieel afhankelijk waren en aan wie ingeval van behoefte een recht op onderstand uit de boedel toekomt. Wanneer de Nederlandse rechter ingevolge het verdrag een recht moet toepassen dat deze mogelijkheid kent, zal hij deze onderstandsuitkering kunnen toewijzen, ook al is een dergelijke mogelijkheid naar Nederlands recht onbekend.

Het is begrijpelijk dat bij de verscheidenheid van opvattingen in de verschillende staten en rechtssferen slechts consensus kon worden verkregen ten aanzien van een beperkt aantal onderwerpen. Deze behoren inderdaad tot de kern. Als tegenwicht constateert het derde lid van artikel

7 dat het tweede lid niet belet, dat verdragsstaten het krachtens het verdrag toepasselijke recht ook op andere onderwerpen toepassen die volgens het recht van die staten tot het erfrecht gerekend moeten worden. Blijkbaar vond men het nodig om deze vaststelling van een op het eerste gezicht vanzelfsprekende zaak uitdrukkelijk in het verdrag op te nemen. Het is evenwel duidelijk dat ten aanzien van de niet in het tweede lid vermelde onderwerpen die staat dan uitsluitend zijn nationale – verdragsconforme – erfrechtelijke conflictenrecht toepast en niet het verdrag zelf. Andere verdragsstaten, die een meer beperkte opvatting huldigen, behoeven daarmee geen rekening te houden: het verdrag verplicht hen daartoe niet. In dit verband zij nog vermeld dat, zoals in het advies van de Staatscommissie en de Broederschap, nr. 6, is aangegeven, denkbaar is dat een in artikel 1, tweede lid, van het verdrag uitgesloten onderwerp via artikel 7, derde lid toch onder het recht dat de erfopvolging beheerst wordt gebracht. Te denken valt daarbij in het bijzonder aan de in artikel 1, tweede lid, onder d, bedoelde rechtsfiguren.

Terecht is in het advies van de Staatscommissie en de Koninklijke Notariële Broederschap bij de bespreking van artikel 7 aandacht besteed aan de vraag in hoeverre in verband met de overgang van goederen uit de nalatenschap rekening moet worden gehouden met eventuele leveringsvereisten van het recht van het land van ligging van die goederen, en heeft deze aandacht zich geconcentreerd op het geval waarin de vererving door vreemd recht wordt beheerst terwijl de nalatenschap een in Nederland gelegen registergoed omvat. Wij onderschrijven de opvatting van de adviescommissie, dat het verdrag er niet toe dwingt om aan de toepasselijke erfwet voorrang te geven boven het recht van de plaats van ligging van de goederen, en dat het er evenmin toe dwingt de erfwet aan laatstgenoemd recht ondergeschikt te maken.

Blijkens het advies kan men van mening verschillen over de vraag of in het genoemde geval de Nederlandse vereisten ter zake van levering onder alle omstandigheden in acht moeten worden genomen, ongeacht of de overgang van het goed volgens de erfwet reeds heeft plaatsgevonden en ongeacht of naar die wet sprake is van een verkrijging onder algemene titel. Wij delen de conclusie van de adviescommissie, dat de wetgever zich niet over die vraag behoeft uit te spreken. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat de Nederlandse notariële praktijk, steeds waar zulks in het belang van rechthebbende is, de voorschriften van het recht van ligging van goederen in acht pleegt te nemen.

Aangetekend zij nog dat het hier geschetste vraagstuk zich ook voordoet indien de afwikkeling door een ander recht wordt beheerst dan de vererving.

#### **IV. Overeenkomsten inzake erfopvolging**

Dat de Conferentie van 1988 uiteindelijk besloten heeft het onderwerp van de overeenkomsten inzake erfopvolging in het verdrag op te nemen, is op zichzelf een feit van belang. Immers, de mogelijkheid om bij overeenkomst te beschikken over rechten die zullen ontstaan na het overlijden van een of meer personen die bij zo'n overeenkomst partij zijn, is een zeer omstreden zaak. In de Duitse, de Scandinavische en de Angelsaksische rechtssfeer zijn dergelijke overeenkomsten aanvaard; in andere landen staat men er sterk afwijzend tegenover. De rechtsstelsels die sterk zijn beïnvloed door het Romeinse recht bezien deze inbreuk op de testeervrijheid in het algemeen als ontoelaatbaar. Onze artikelen 921, tweede lid, BW (was 1370, tweede lid, BW) en 1703, en 1704 B.W. (artikelen 7.3.3., 3a, 3b en 3c van het wetsvoorstel inzake de schenking (Kamerstukken II, 1981/82, nr. 17 213) die de overeenkomst over de eigen nalatenschap en schenkingen ter zake des doods verbieden, zijn daarvan getuigen. De wil van de erflater moet tot aan zijn dood vrij blijven. Dat overeenkomsten inzake erfopvolging in het verdrag zijn opgenomen

ondanks dit omstreden karakter, geeft wel aan dat de verdragsopstellers er zich van bewust waren, dat men in internationale gevallen met dergelijke overeenkomsten te maken kan krijgen en dat het niet realistisch is het bestaan ervan te ontkennen en de vraag door welk recht zij worden beheerst te ontwijken. Ook al kent het eigen rechtsstelsel een verbod van zulke overeenkomsten, dat behoeft er niet toe te leiden, dat aan overeenkomsten die onder de heerschappij van een ander recht dat hen wel aanvaardt zijn tot stand gekomen, elk gevolg moet worden ontzegd wegens strijd met de eigen openbare orde.

#### *Artikel 8*

Artikel 8 begint met het geven van een definitie. Overeenkomsten inzake erfopvolging doen zich in twee vormen voor. Zij kunnen voortvloeien uit een schriftelijke overeenkomst of uit wederkerige testamentaire beschikkingen. Schriftelijke vastlegging is niet een geldigheidsvoorwaarde. Over niet in geschrift neergelegde overeenkomsten laat het verdrag zich niet uit. De overeenkomst strekt ertoe rechten op de toekomstige nalatenschap van een of meer partijen in het leven te roepen, te wijzigen of te doen vervallen. Een tegenprestatie behoeft niet te zijn bedongen. Overeenkomsten van schenking van het geheel of een deel van de nalatenschap vallen dus onder de definitie. Dergelijke overeenkomsten kunnen ook besloten liggen in huwelijksvoorwaarden.

#### *Artikelen 9 en 10*

De artikelen 9 en 10 bevatten objectieve verwijzingsregels voor twee situaties, namelijk wanneer (zoals doorgaans het geval is) de overeenkomst slechts betrekking heeft op de nalatenschap van één persoon en wanneer zij de nalatenschappen van meer personen betreft. Op de overeenkomst wordt in het eerste geval toepasselijk verklaard het recht dat ingevolge de artikelen 3 of 5, eerste lid, van toepassing zou zijn geweest op de erfopvolging, indien de betrokkene op de dag waarop de overeenkomst is gesloten zou zijn overleden. Wanneer er meer personen zijn, is de overeenkomst alleen dan materieel geldig indien zulks het geval is volgens elk recht dat ingevolge die artikelen de erfopvolging van elk van deze personen zou hebben beheerst, indien hij op de dag van de sluiting van de overeenkomst zou zijn overleden. De gevolgen van de overeenkomst en de omstandigheden die het tenietgaan van die gevolgen meebrengen (bijvoorbeeld herroeping van een testament) zijn die, welke in alle toepasselijke rechtstelsels worden erkend. Deze cumulatie van toepasselijke rechtstelsels zal de toepassing van artikel 10 in de praktijk niet gemakkelijk maken. Terecht kenschetst mr. W. Westbroek in zijn commentaar (WPNR (1989) 5926, blz. 461) deze situatie aldus, dat de overeenkomst waarbij de nalatenschap van meer personen betrokken is «moeizaam tot stand komt en moeizaam teniet gaat».

Naast de overeenkomst in de artikelen 9 en 10, wat betreft de aanwijzing van het toepasselijke recht, is er een verschil dat de aandacht vraagt. Wanneer het namelijk gaat om de nalatenschap van één persoon, is er als het ware een herkansing mogelijk indien het in eerste instantie toepasselijke recht de overeenkomst als ongeldig zou beschouwen. In dat geval wordt zij toch als geldig beschouwd, indien zij geldig is volgens het recht dat ingevolge de artikelen 3 of 5, eerste lid, op het tijdstip van overlijden op de erfopvolging van toepassing is en dat recht beheerst dan tevens de gevolgen van de overeenkomst en de omstandigheden die het tenietgaan (herroeping) van deze gevolgen meebrengen. In de meer gecompliceerde situatie van artikel 10, indien de nalatenschappen van meer personen betrokken zijn, is deze mogelijkheid tot herkansing er niet. De geldigheid van de overeenkomst kan dan pas worden vastgesteld op het tijdstip van overlijden van de langst levende van de betrokken

personen en de vraag of de overeenkomst effect heeft ten aanzien van de eerst (eerder) overleden erflater(s) zou in voorkomende gevallen gedurende lange tijd onbeantwoord kunnen blijven. Dat praktische bezwaar werd als doorslaggevend gevoeld, afgezien van de vergaande complicaties die er overigens zouden kunnen optreden bij herkansing in het geval van de betrokkenheid van meer personen.

#### *Artikel 11*

De complicaties die mogelijk voortvloeien uit de toepassing van artikel 9 en in het bijzonder van artikel 10 kunnen worden vermeden door rechtskeuze. Artikel 11 opent daartoe de mogelijkheid. De partijen kunnen door een uitdrukkelijke aanwijzing overeenkomen dat de overeenkomst wat betreft de materiële geldigheid, de gevolgen en de omstandigheden die het tenietgaan daarvan meebrengen, beheerst wordt door het recht van een staat waarmee de personen (of een van de personen indien er meer betrokken zijn) op het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst hetzij door zijn gewone verblijfplaats, hetzij door zijn nationaliteit verbonden was. Deze aanknopingspunten zijn alternatief naast elkaar gesteld, evenals in artikel 5, maar er zijn niet meer dan twee mogelijkheden gegeven, omdat als het bepalende tijdstip uitsluitend de datum van de overeenkomst geldt en niet, als bij artikel 5, daarnaast de datum van het overlijden. De toevoeging van die laatste mogelijkheid zou op gelijksoortige bezwaren stuiten als in het geval van de objectieve verwijzingsregel van artikel 10 voor het geval van de betrokkenheid van meer dan een persoon.

#### *Artikel 12*

Artikel 12, dat het hoofdstuk afsluit, bevat twee tot verduidelijking strekkende bepalingen. De eerste daarvan behandelt een mogelijk conflict tussen het recht dat ingevolge de artikelen 9 tot en met 11 van toepassing is op de overeenkomst inzake erfopvolging en het recht dat ingevolge de artikelen 3 of 5, eerste lid, op de erfopvolging (vererving van de nalatenschap) zelf toepasselijk is. Zou dit laatste recht – de algemene erfwet – de overeenkomst als ongeldig beschouwen, dan blijft zij toch in stand wanneer zij wel geldig is ingevolge een recht dat als toepasselijk is aangewezen door een van de artikelen 9 tot en met 11. Evenwel blijven, zo stipuleert de tweede bepaling, de rechten die op grond van het ingevolge de artikelen 3 of 5, eerste lid, toepasselijke recht toekomen aan personen die niet bij de overeenkomst partij waren op een legitieme, of andere rechten waarover de persoon wiens nalatenschap het betreft niet mocht beschikken, onverlet. Met de eerste bepaling heeft men willen voorkomen dat een legitimaris die voordeel verkrijgt uit een overeenkomst inzake erfopvolging en die daartegenover afstand doet van zijn rechten op de legitieme portie vervolgens, wanneer dat beter voor hem zou uitkomen, zich op de ongeldigheid van de overeenkomst beroepende, zijn rechten op de legitieme portie onder de algemene erfwet geldend maakt. Verschil tussen de algemene erfwet en het op een overeenkomst inzake erfopvolging toepasselijke recht kan zich voordoen, indien van de mogelijkheid van rechtskeuze gebruik is gemaakt door een ander recht dan de algemene erfwet op die overeenkomst als toepasselijk aan te wijzen. De overeenkomst wordt dan door dat recht beheerst, maar de erfopvolging blijft voor het overige beheerst door de algemene erfwet. Dat in een dergelijk stelsel het niet zo kan zijn dat de overeenkomst wat haar materiële geldigheid betreft wordt aangetast op grond van bepalingen van de algemene erfwet, ligt voor de hand, maar blijkbaar heeft de Conferentie het nodig gevonden zulks in artikel 12, eerste lid, uitdrukkelijk vast te stellen.

Het kan niet worden ontkend dat de toepassing van de bepalingen van

hoofdstuk III in voorkomende gevallen complicaties voor de rechtspraak kan opleveren, in het bijzonder wanneer de cumulatieve toepassing van meer dan één rechtsstelsel aan de orde is. In het algemeen evenwel kan het stelsel als compleet en duidelijk worden gekenschetst. In het advies van de Staatscommissie en de Koninklijke Notariële Broederschap wordt aan de problematiek van de overeenkomsten inzake erfopvolging zeer veel aandacht besteed. Als conclusie van deze grondige studie wordt gesteld, dat de aanvaarding van hoofdstuk III betekent dat vooruitgang wordt geboekt ten aanzien van een reëel problemencomplex van het internationaal erfrecht. Deze positieve waardering brengt de adviseurs tot de aanbeveling, geen gebruik te maken van de in artikel 24, eerste lid, onder a, gegeven mogelijkheid om ten aanzien van hoofdstuk III een voorbehoud te maken. Met dit advies verenigen wij ons gaarne. Wij hebben goede hoop dat de rechtspraak in de bepalingen van dit onderdeel van het verdrag steun kan vinden bij het zoeken van oplossingen in de conflictenrechtelijke vragen bij internationale erfrecht-overeenkomsten en dat de complicaties die in voorkomende gevallen zouden kunnen optreden kunnen worden overwonnen.

## **V. Algemene bepalingen**

### *Artikel 13*

Onder het hoofdstuk «algemene bepalingen» zijn uiteenlopende onderwerpen bijeengebracht. Het eerste daarvan betreft de vraag wat geldt, wanneer twee of meer personen die elkaars erfgenamen (kunnen) zijn gelijktijdig overlijden of wanneer de volgorde waarin zij zijn overleden niet kan worden vastgesteld. Wordt de erfopvolging van deze «commoriëntes» door verschillende rechtsstelsels beheerst, dan is, indien deze rechtsstelsels tot een verschillende uitkomst leiden of in het geheel geen regeling geven, een keuze in die omstandigheden niet te maken. Een conflictenrechtelijke oplossing is dus niet mogelijk. Het verdrag heeft daarom een materieelrechtelijke regel gegeven: geen van de overledenen heeft in een dergelijk geval rechten ten aanzien van de nalatenschap van de ander of anderen. (Vergelijk onze regeling van de artikelen 878, eerste lid, en 941, eerste lid, B.W., die in de wet zijn overgenomen van de Benelux-overeenkomst van 29 december 1972, Trb. 1973, 36). Andere rechtsstelsels hebben andere oplossingen. Zo wordt bijvoorbeeld in de Engelse rechtspraak in testamenten de voorwaarde opgenomen dat de begunstigde de erflater ten minste dertig dagen overleeft. Volgens de Amerikaanse Uniform Probate Code moet de erfgenaam de erflater ten minste 120 uren overleven.

### *Artikel 14*

Artikel 14 strekt ertoe een demarcatie aan te brengen tussen het trustrecht en het erfrecht: indien bij uiterste wil een trust in het leven is geroepen, is op die trust een bepaald recht toepasselijk, ongeacht het recht dat volgens het verdrag op de erfopvolging toepasselijk is. Omgekeerd belet de toepassing op de trust van het daarop toepasselijke (trust)recht niet, dat op de erfopvolging zelf het door het verdrag aangewezen recht wordt toegepast. In dit verband verdient vermelding dat de Haagse Conferentie eerder een verdrag heeft tot stand gebracht betreffende het recht dat op trusts toepasselijk is en de erkenning van trusts, zie Trb. 1985, 141, waarvan de goedkeuring voor het Koninkrijk wordt voorbereid (wetsvoorstellen nrs. 23 027 en 23 054). De trust en het rechtsinstrument dat de schepping ervan heeft bewerkstelligd, in casu de uiterste wil, worden gescheiden behandeld: het op de materiële en formele geldigheid van de uiterste wil toepasselijke recht en het op de trust toepasselijke recht behoeven dus niet hetzelfde te zijn. De materiële

geldigheid van het testament valt onder de onderwerpen die worden beheerst door het recht dat de erfopvolging beheerst, conform artikel 7, tweede lid, onder e, van het verdrag. Ten aanzien van het recht dat op de trust toepasselijk is, is in beginsel rechtskeuze mogelijk. Bij gebreke daarvan is toepasselijk het recht waarmee de trust het sterkst is verbonden, zie artikel 7 van het Trustverdrag.

Hetgeen voor trusts geldt, geldt volgens het tweede lid van artikel 14 evenzeer voor stichtingen en soortgelijke instellingen die in het leven zijn geroepen bij uiterste wilsbeschikking. Vragen betreffende de geldigheid van de oprichting van de stichting en betreffende haar inwendig bestel, worden beheerst door het recht dat op de stichting toepasselijk is en niet door de algemene erfwet. Ook hier geeft artikel 14 een bepaling die veeleer als een bevestiging c.q. verduidelijking moet worden beschouwd dan als een zelfstandige rechtsregel.

#### *Artikel 15*

Artikel 15 bevestigt het uitzonderlijke karakter van bepaalde erfrechtsregimes zoals die bijvoorbeeld gelden in de agrarische sfeer («boerenerf-recht») of bij bepaalde ondernemingen, uit hoofde van hun economische of maatschappelijke bestemming dan wel hun belang voor de familie. Het krachtens het verdrag toepasselijke recht maakt op deze bijzondere rechtsregimes geen inbreuk. Dergelijke regimes zijn in het Nederlandse recht niet bekend, maar zij bestaan wel in andere landen. Het doel van dergelijke rechtsregimes is meestal te voorkomen dat door vererving bedrijven uiteenvallen c.q. in hun voortbestaan worden bedreigd.

#### *Artikel 16*

Artikel 16 geeft een regel voor de situatie dat er geen erfgenamen worden gevonden volgens het krachtens het verdrag toepasselijke recht. De toepassing van dat recht belet dan niet dat een staat of een door die staat aangewezen instantie de goederen uit de nalatenschap die zich op zijn grondgebied bevinden tot zich neemt. De Conferentie achtte het wenselijk dat het beginsel van het toevalaan aan de staat van goederen uit onbeheerde nalatenschappen uitdrukkelijk wordt gerespecteerd. Omtrent het karakter van dat recht (is de staat erfgenaam?) spreekt de bepaling zich niet uit.

#### *Artikel 17*

Artikel 17 bevestigt dat in beginsel geen herverwijzing door het verdrag wordt toegelaten: onder het recht waarnaar wordt verwezen worden verstaan de rechtsregels met uitzondering van de internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels. Zoals hiervoor reeds werd geconstateerd, maakt artikel 4 op dit beginsel een uitzondering voor het bijzondere geval dat door de objectieve verwijzingsregels van het verdrag wordt verwezen naar het recht van een niet-verdragsstaat en het internationaal privaatrecht van die staat verwijst naar het recht van een andere niet-verdragsstaat, die deze verwijzing aanvaardt. In dat geval prevaleert het respect voor de rechtsharmonie tussen de twee naast betrokken niet-verdragsstaten boven het in de Haagse verdragen doorgaans beleden beginsel van het verbod van herverwijzing.

#### *Artikel 18*

Artikel 18 behelst de in Haagse verdragen gebruikelijke clause op grond waarvan het volgens de verdragsregels toepasselijke recht slechts buiten toepassing mag worden gelaten indien zulks kennelijk onver- enigbaar met de openbare orde zou zijn.

## *Artikelen 19 en 20*

De artikelen 19 en 20 hebben betrekking op staten die twee of meer (verschillende) rechtsstelsels dan wel eigen rechtsregels ter zake van erfopvolging binnen hun grenzen kennen. Dat kan het geval zijn onder andere bij federale staten, waar elke deelstaat zijn eigen recht kent (bijvoorbeeld de Verenigde Staten) (artikel 19), of bij staten die binnen hun grenzen verschillende categorieën personen herbergen die elk onder hun eigen erfrecht leven (artikel 20). In beide artikelen wordt vooropgesteld dat de eigen regels die in dergelijke staten de werkingsomvang van de verschillende rechtsstelsels bepalen moeten worden gevolgd. Voor het geval dat dergelijke regels ontbreken worden in de leden 3 tot en met 7 van artikel 19 systematisch oplossingen gegeven die de toepassing van de verdragsregels in deelstaten mogelijk maken. Binnen het beperkte bestek van deze toelichting moet ervan worden afgezien op deze zeer technische materie dieper in te gaan. Met betrekking tot staten met personele rechtsstelsels bepaalt artikel 20, dat bij het ontbreken van eigen distributieregels in de betreffende staat een verwijzing naar het recht van die staat wordt beschouwd als een verwijzing naar het rechtsstelsel waarmee de erflater die behoort tot een categorie van personen voor wie een eigen erfrecht geldt, de nauwste banden had. Naar mag worden aangenomen, is de datum van het overlijden bepalend voor het antwoord op de vraag met welk rechtsstelsel de nauwste banden bestonden.

## *Artikel 21*

Artikel 21 bevestigt dat een staat waarin meer dan één rechtsstelsel of meer dan één geheel van rechtsregels van toepassing is op erfopvolging, op grond van het verdrag niet verplicht is de verdragsbepalingen toe te passen op de erfrechtelijke wetsconflicten die uit die verscheidenheid van rechtsstelsels kunnen voortvloeien. Een dergelijke bepaling komt in de meeste Haagse verdragen voor.

## *Artikel 22*

Van meer belang is artikel 22, dat bepalingen van overgangsrecht bevat. In de eerste plaats wordt vastgesteld, dat het verdrag in beginsel niet terugwerkt: het is van toepassing op personen die overlijden na de datum van inwerkingtreding van het verdrag voor elke Staat. Ten aanzien van een voordien uitgebrachte rechtskeuze geldt, dat deze geldig is wanneer zij voldoet aan de bepalingen van artikel 5 of, indien het betreft de aanwijzing van een op een overeenkomst betreffende erfopvolging toepasselijk recht, aan de bepalingen van artikel 11. In zoverre wordt voor dit enkele onderwerp een beperkte terugwerking van bepaalde verdragsbepalingen toegestaan. Artikel 22, tweede en derde lid, willen aldus een rechtskeuze welke vóór de inwerkingtreding van het verdrag is gedaan geldig maken, indien zij volgens het voordien toepasselijke recht in de desbetreffende Staat niet mogelijk was. Vergelijk artikel 13 van de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime (Stb. 1991, 628), dat beoogt de geldigheid van vóór de inwerkingtreding van de wet (en het verdrag) uitgebrachte rechtskeuzes zoveel mogelijk te bevorderen.

In artikel 7 van de uitvoeringswet wordt aan de bepalingen van artikel 22 van het verdrag een uitwerking gegeven.

## *Artikel 23*

Artikel 23 regelt de verhouding van het verdrag tot andere internationale instrumenten waarbij de verdragsstaten partij zijn en die bepalingen bevatten betreffende door het verdrag geregelde onderwerpen. In beginsel laat het verdrag de toepassing van die andere



regelingen onverlet. Hetzelfde geldt ten aanzien van eenvormige wetten die berusten op tussen de betrokken staten bestaande bijzondere banden van regionale of andere aard. Men kan daarbij denken aan de Scandinavische staten, die op het gebied van het recht nauw samenwerken en streven naar een zo groot mogelijke eenvormigheid.

#### *Artikel 24*

Artikel 24 kent staten de bevoegdheid toe tot het maken van een of meer voorbehouden. Sommige zijn hiervoor reeds besproken. Verwezen zij met name naar de toelichting op artikel 4, waarin wordt uiteengezet dat er voor Nederland geen behoefte is om van het voorbehoud onder b) gebruik te maken. Het meest ingrijpende voorbehoud, nl. dat onder a), betreft de overeenkomsten inzake erfopvolging. Dit voorbehoud immers betreft de toepassing van een geheel hoofdstuk van het verdrag. Voor Nederland is er geen aanleiding om van dit voorbehoud gebruik te maken.

Het voorbehoud onder c) geeft aan staten de mogelijkheid aan een rechtskeuze ten gunste van een rechtsstelsel van een andere staat effect te ontzeggen, indien de erflater bij zijn overlijden onderdaan was van die staat en daar tevens zijn gewone verblijfplaats had. Dit voorbehoud beperkt derhalve het effect van een rechtskeuze. Zoals hiervoor al is betoogd, moet het juist als een grote verdienste van het verdrag worden gezien, dat het de mogelijkheid tot het doen van een rechtskeuze opent en daarmee de «planning» van erfopvolging bevordert. De rechtszekerheid die daarvan het gevolg is, wordt door het voorbehoud voor een deel teniet gedaan. Overeenkomstig het advies van de Staatscommissie en de Broederschap zien wij geen enkele reden om van de mogelijkheid van dit voorbehoud voor Nederland gebruik te maken.

Het voorbehoud onder d) is op aandrang van de Australische delegatie is opgenomen. Ook dit voorbehoud beperkt het effect van rechtskeuze in een bepaalde situatie, in het bijzonder indien het aangewezen recht de echtgenoot of een kind van de erflater geheel of voor een zeer belangrijk deel een toebedeling van erfrechtelijke of familierechtelijke aard zou ontzeggen, die volgens het dwingende recht van de staat die het voorbehoud maakt wel aan deze personen zou zijn toegekomen. Blijkbaar wilde Australië niet vertrouwen op de mogelijkheid om via de toepassing van het beginsel van de (positieve) openbare orde (artikel 18) in dergelijke situaties de werking van het eigen dwingende recht te handhaven, ondanks de toepasselijkheid krachtens rechtskeuze van een vreemd recht. Het voorbehoud kan worden gekenschetst als een specifieke toepassing van het beginsel dat bijzonder dwingend eigen recht zich kan doorzetten, ongeacht de toepasselijkheid van een vreemd recht krachtens een verwijzingsregel. Er bestaat voor Nederland geen behoefte om voor dit bijzondere geval van het voorbehoud gebruik te maken. Dat betekent niet dat de openbare orde niet zou kunnen worden ingeroepen om in vergelijkbare situaties de toepasselijkheid van Nederlands recht mogelijk te maken, ondanks een rechtskeuze ten gunste van een ander recht.

Zoals gebruikelijk, kan een voorbehoud te allen tijde worden ingetrokken.

#### **VI. Slotbepalingen**

De formele verdragsbepalingen zijn de gebruikelijke en een bespreking daarvan is niet nodig. Vermeldenswaard is, dat de inwerkingtreding van het verdrag afhankelijk is van de bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring door drie staten. Daarna kan elke staat tot het verdrag toetreden, ongeacht of deze lid is van de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht.

Aan het slot van deze toelichting dient nogmaals te worden gewezen op de indiening, tegelijk met de indiening van het onderhavige voorstel van rijkswet, van een wetsvoorstel tot uitvoering van het verdrag. Naar het model van de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime wordt daarbij de inhoud van het verdrag in het Nederlandse recht opgenomen. Tevens worden enkele aanvullende bepalingen van nationaal conflictenrecht toegevoegd, zodat een zo compleet mogelijke behandeling van het onderwerp kan worden bereikt.

Huwelijksvermogensrecht en erfrecht zijn rechtsgebieden die het bestaan van velen raken en de praktijkjuristen – in de eerste plaats het notariaat – spelen bij de toepassing ervan een belangrijke rol. Dat thans op deze beide rechtsgebieden in internationale samenwerking een zo compleet mogelijk stelsel van conflictenrechtelijke bepalingen is ontwikkeld, beschouwen wij als een uitermate gelukkige zaak.

## **VII. Koninkrijkspositie**

De regering van Aruba heeft doen weten medegelding te wensen.

De regering van de Nederlandse Antillen beraadt zich nog over de wenselijkheid van medegelding. Teneinde het mogelijk te maken dat, wanneer zij medegelding wenselijk zal achten, die medegelding direct tot stand kan worden gebracht, wordt de goedkeuring voor het gehele Koninkrijk gevraagd.

De Minister van Justitie,  
W. Sorgdrager

De Minister van Buitenlandse Zaken,  
H. A. F. M. O. van Mierlo