

Erfrechtelijke geschillen
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Het testament

Inhoudsopgave	
1.	Inleiding 2
2.	Vorm van uiterste willen 3
2.1.	Inleiding 3
2.2.	Gebreken aan de notariële akte 6
3.	Kenmerken van een uiterste wilsbeschikking 13
4.	Samenhang van de uiterste wilsbeschikking met andere rechtsfiguren 24
5.	Herroeping van uiterste wilsbeschikkingen 25
6.	Maken van een uiterste wilsbeschikking en voordeel daaruit genieten 26
6.1.	Maken van een uiterste wilsbeschikking 26
6.2.	Voordeel genieten uit een uiterste wilsbeschikking 27
7.	Bespreken, opstellen en passeren van een testament 31
7.1.	Voor een notarieel testament geldende vereisten 31
7.2.	Het teletestament 34
8.	Kennisname van het testament na het openvallen van de nalatenschap 36
9.	Diverse testamentsvormen 44
9.1.	Langstlevende testament 44
9.2.	Quasi-wettelijke verdeling 46
9.3.	Combinatie- of keuzetestament 50
9.4.	Vruchtgebruiktestament 52
9.5.	Keuzelegaat testament 55
9.6.	Tweetrapstestament 55
9.7.	Echtscheidingstestament 55
9.8.	Stiefoudertestament 57
9.9.	Ouderlijke boedelverdeling 59
9.10.	'Gehandicapten' testament 64
9.11.	Testament voor samenwonenden 68
9.12.	Ondernemerstestament 70
10.	Testamentencheck 72
	Bijlage: Soorten van uiterste wilsbeschikkingen 82

1. Inleiding

Erfopvolging vindt plaats bij versterf (het versterferfrecht of wettelijke erfrecht) dan wel krachtens uiterste wilsbeschikking (het testamentaire erfrecht) (art. 4:1 lid 1 BW). Het is mogelijk om van de erfopvolging bij versterf af te wijken bij een uiterste wilsbeschikking. Die uiterste wilsbeschikking kan een erfstelling of een onterving inhouden (art. 4:1 lid 2 BW). Dat betekent dat een persoon erfgenaam wordt die dat volgens het versterferrecht niet zou zijn (*erfstelling*)¹ of dat aan een persoon die volgens het versterferrecht erfgenaam zou zijn, zijn erfgenaamschap wordt ontnomen (*onterving*). Daarnaast bestaan nog andere uiterste wilsbeschikkingen, zoals het legaat, de testamentaire last, de voorwaardelijke making en de executele.

De erflater komt *testeervrijheid* toe. Die testeervrijheid is een uiting van het autonomiebeginsel, één van de grondbeginselen van het Nederlandse erfrecht.² De testeervrijheid biedt de erflater de vrijheid om een uiterste wilsbeschikking te maken en daarna weer te herroepen, de vrijheid om een uiterste wilsbeschikking te maken ten behoeve van wie men wil, alsook de vrijheid om de inhoud, de werking en de voorwaarden daarvan naar eigen inzicht te bepalen. Ingezien moet worden dat de testeervrijheid van de erflater niet onbepaald is. Aan de testeervrijheid worden in Boek 4 BW namelijk om uiteenlopende redenen de nodige grenzen gesteld. Te denken valt bijvoorbeeld aan de legitieme portie ten gunste van de afstammelingen van de erflater (art. 4:63 e.v. BW) en de andere wettelijke rechten die beogen te voorzien in de verzorgingsbehoefte van onder meer de langstlevende echtgenoot (art. 4:28 e.v. BW). Het is niet mogelijk om van de testeervrijheid gebruik te maken op een zodanige wijze dat inbreuk wordt gemaakt op deze door Boek 4 BW beschermde wettelijke rechten van legitimarissen en de langstlevende echtgenoot. Een geheel ander voorbeeld van een beperking van de testeervrijheid is gelegen in de wettelijke beperkingen ten aanzien van de personen die voordeel kunnen genieten uit een uiterste wil (§ 6). In dit geval wordt de erflater beschermd tegen personen die ten tijde van het maken van de uiterste wilsbeschikking in een zodanige relatie tot hem staan, dat misbruik maken daarvan op de loer ligt.

Blijkens het opschrift wordt in titel 4 van Boek 4 BW een regeling gegeven van 'Uiterste willen' (art. 4:42 e.v. BW). Afdeling 1 van titel 4 heeft het opschrift 'Uiterste wilsbeschikkingen in het algemeen'. Hier worden verschillende termen gehanteerd: uiterste wil en uiterste wilsbeschikking. Een enkele, inleidende opmerking over de terminologie is daarom op haar plaats. De *uiterste wil* is het testament, ofwel de notariële akte waarin de laatste wil van de erflater is opgenomen. De uiterste wil bestaat veelal uit een verzameling van *uiterste wilsbeschikkingen* van de erflater (ook wel testateur genoemd), zoals bijvoorbeeld een erfstelling, de toekenning van een legaat, het opleggen van een testamentaire last, de benoeming van een executeur, het instellen van een testamentair bewind e.d. Een uiterste wilsbeschikking wordt in art. 4:42 BW nader omschreven als:

¹ Ook is het mogelijk om met een erfstelling het erfgenaamschap volgens het versterferrecht te bevestigen.

² Een andere uitingsvorm van het autonomiebeginsel in het privaatrecht is de contractsvrijheid. Daaronder wordt verstaan dat partijen in beginsel vrij zijn om, met wie zij wensen, iedere overeenkomst te sluiten die zij wensen. Niet nodig is dat deze overeenkomst behoort tot één van de in wet geregelde soorten. Beperkingen van de contractsvrijheid kunnen zijn gelegen in dwingende wetsbepalingen, de openbare orde of de goede zeden.

- “1. Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt.*
- 2. De erflater kan een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig herroepen.*
- 3. Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen.”*

Aan de hand van de samenstellende onderdelen van deze omschrijving van een uiterste wilsbeschikking en haar gevolgen kunnen de contouren van een testament verduidelijkt worden. Die samenstellende onderdelen zijn:

- de uiterste wil waarin één of meer uiterste wilsbeschikkingen zijn opgenomen (§ 2);
- de uiterste wilsbeschikking, de inhoud en de werking daarvan (§ 3);
- herroeping van de uiterste wilsbeschikking (§ 5);
- passeren van de uiterste wil bij de notaris (§ 7);
- kennisname van de uiterste wil na het openvallen van de nalatenschap (§ 8).

In § 9 van dit onderdeel wordt ten slotte een overzicht op hoofdlijnen gegeven van enkele veel voorkomende testamentsvormen. Op de noodzaak om op gezette tijden een check uit te voeren op een testament wordt in § 10 gewezen.

2. Vorm van uiterste willen

2.1. Inleiding

Met de woorden *“bij uiterste wil”* in art. 4:42 lid 3 BW wordt duidelijk gemaakt dat de uiterste wilsbeschikking - in afwijking van art. 3:37 BW - een aan vorm gebonden rechtshandeling is. Een uiterste wilsbeschikking kan (behoudens enkele uitzonderingen) alleen bij uiterste wil worden gemaakt. De vormvoorschriften van uiterste willen zijn nader geregeld in afdeling 4 (Vorm van uiterste willen) van titel 4 (Uiterste willen) van Boek 4 BW (art. 4:93 e.v. BW).

Afdeling 4 vangt aan met een dwingend voorschrift, waarvan niet kan worden afgeweken. Nietig is een uiterste wil die bij dezelfde akte door twee of meer personen is gemaakt (art. 4:93 BW). Een uiterste wil kan derhalve de uiterste wilsbeschikking(en) van slechts één persoon bevatten. De wet bevat daarmee een verbod op mutuele of wederkerige testamenten. Zelfs elke schijn dat op erfrechtelijk terrein een overeenkomst kan worden gesloten, dient vermeden te worden.

Vervolgens geeft deze vierde afdeling nadere voorschriften voor verschillende vormen van uiterste willen. Als hoofdregel geldt dat een uiterste wil uitsluitend door tussenkomst van een notaris kan worden gemaakt (art. 4:94 BW). Op die hoofdregel bestaan evenwel enkele uitzonderingen. Een verklaring voor de door Boek 4 BW voorgeschreven tussenkomst van een notaris is gelegen in de waarborgen die gelegen zijn op het terrein van de rechtszekerheid, de deskundigheid en de zorgplicht van de notaris. Zo wordt op het

moment van het passeren van de akte nagegaan of hetgeen in de akte is opgenomen op dat moment ook daadwerkelijk de uiterste wil van de erflater is. Daartoe zal een notaris, alvorens tot het verlijden van de akte over te gaan, mededeling doen van de zakelijke inhoud van die akte aan de erflater en daarop een toelichting geven (vgl. art. 43 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna)). Het is om die reden dat in art. 4:94 BW als uitgangspunt is vastgelegd dat een uiterste wil alleen kan worden gemaakt bij notariële akte (*notarieel testament*) of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte (*depot-testament*).

Notarieel testament

Gebruikelijk is dat de uiterste wil wordt gemaakt bij een notariële akte. In Boek 4 BW zijn geen specifieke vormvoorschriften opgenomen voor notariële akten die een uiterste wil bevatten. Voor het notarieel testament gelden dezelfde vormvoorschriften als voor andere notariële akten (art. 37 t/m 53 Wna). Notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, mogen geen andere rechtshandelingen bevatten (art. 20a Wna).

Met de inwerkingtreding van Boek 4 BW op 1 januari 2003 is het vereiste afgeschaft dat een testament in aanwezigheid van twee getuigen dient te worden gepasseerd. Ook de verplichting om openbare testamenten geheel voor te lezen, is komen te vervallen.

Depot-testament

Het testeren door het aan een notaris in depot geven van een onderhandse akte komt in de praktijk nagenoeg niet voor. In art. 4:95 BW worden nog wel enkele nadere regels gegeven voor de onderhandse uiterste wil.

Een onderhandse uiterste wil kan niet geldig worden gemaakt door degene die door onkunde of andere oorzaken niet in staat is geweest de uiterste wil te lezen (art. 4:95 lid 1 BW). Het is niet nodig dat de onderhandse uiterste wil eigenhandig is geschreven (*allografisch testament*). Het kan ook door een ander op een computer geschreven en uitgeprint zijn (*holografisch testament*). Wel wordt vereist dat het stuk is ondertekend door de erflater. Is de uiterste wil door een ander dan de erflater of met mechanische middelen geschreven, en bestaat de uiterste wil uit meer dan één bladzijde, dan moet iedere bladzijde zijn genummerd en door de handtekening van de erflater zijn gewaarmerkt (art. 4:95 lid 2 BW). Een onderhandse uiterste wil moet persoonlijk aan de notaris aangeboden worden. Daarbij zal aan de notaris verklaard moeten worden dat het aangeboden stuk een uiterste wil is, dat het ondertekend is en dat alle pagina's genummerd en gewaarmerkt zijn door een handtekening (art. 4:95 lid 3 BW).

Binnen deze categorie van onderhandse uiterste willen kan een onderscheid worden gemaakt tussen de in open bewaargeving aan de notaris aangeboden uiterste willen en die in gesloten vorm. Dat laatste kan gebeuren in een gesloten envelop, zodat de notaris geen kennis kan nemen van de inhoud van het testament. Indien het stuk in gesloten vorm aan de notaris wordt aangeboden, kan de erflater bij de aanbidding tevens verklaren dat het stuk slechts mag worden geopend, indien bepaalde door hem genoemde voorwaarden op de dag van zijn overlijden zijn vervuld (eveneens art. 4:95 lid 3 BW). De notaris zal vervolgens een akte van bewaargeving maken die door de erflater en de notaris wordt ondertekend (art. 4:95 lid 4 BW). De notaris draagt tot slot ervoor zorg dat van die akte van bewaargeving een aantekening in het Centraal Testamentenregister komt.³ Indien een

³ Zie hiervoor het onderdeel 'Dossieropbouw in erfrechtzaken'.

erflater niet tot ondertekening in staat is, dan wordt daarvan een verklaring in de akte van bewaargeving opgenomen en deze vervangt daarmee de ondertekening door de erflater. Een onderhandse uiterste wil blijft berusten onder de minuten⁴ van de notaris, tenzij de onderhandse uiterste wil wordt herroepen.

Op elke hoofdregel - in dit geval de voorgeschreven betrokkenheid van een notaris bij het maken van een testament (art. 4:94 BW) - bestaan uitzonderingen. In bepaalde gevallen is het mogelijk een uiterste wilsbeschikking te maken zonder de verplichte tussenkomst van een notaris.

Codicil

In zaken met een beperkt vermogensrechtelijk belang kan een codicil worden opgemaakt. Bij een onderhands, door de erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend en ondertekend stuk kunnen zonder verdere formaliteiten beschikkingen worden gemaakt tot het vermaken van onder meer bepaalde legaten van kleding, lijfstoebehoren, bepaalde lijfsieraden, bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken (art. 4:97 BW). Voorts kan op grond van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten bij codicil een beperkt aantal uiterste wilsbeschikkingen worden gemaakt.⁵ Niet mogelijk is het (meer) om een executeur bij codicil te benoemen, zodat ook de aanduiding executeur-testamentair (ter onderscheiding van de benoeming van een executeur bij codicil) in onbruik zal raken.

Het codicil kan worden herroepen door het te vernietigen (art. 4:114 BW). Is het stuk vernietigd, dan wordt dit vermoed door de erflater te zijn geschied.

Buitengewone testamentsvormen

De verplichte tussenkomst van een notaris is evenmin voorgeschreven voor beschikkingen gemaakt in noodsituaties of buitengewone omstandigheden als bedoeld in art. 4:98 e.v. BW. Hierbij valt te denken aan een oorlog, een burgeroorlog of een andere gevechtssituatie. Voor deze noodtestamenten gelden diverse bijzondere vormvoorschriften.

Bij de buitengewone testamentsvormen wordt een onderscheid gemaakt tussen:

- het militaire testament (art. 4:98 BW en art. 4:100 BW);
- het testament aan boord van een zeeschip of luchtvaartuig (art. 4:101 BW); en
- het testament ten tijde van rampen, crises, gevechtshandelingen, besmettelijke ziekten of andere buitengewone omstandigheden (art. 4:102 BW).

⁴ In de notariële praktijk wordt een onderscheid gemaakt tussen minuut- en originali-akten. De minuutakte blijft onder berusting van de notaris en wordt in zijn protocol (het archief van de notaris met de akten) opgenomen. De originali-akte wordt na het opmaken daarvan aan partijen uitgereikt. De notaris moet het origineel bewaren van alle minuutakten die hij passeert. Dat origineel heet de minuut (afkomstig van het Latijnse woord voor klein, minuta) aangezien vroeger de oorspronkelijke notariële akte met kleine letters werd geschreven. Een door de notaris gewaarmerkte integrale kopie van de minuut heet het authentieke afschrift. Vraag dus nooit aan een notaris om een afschrift als je een kopie bedoelt. Dat wordt anders een dure kopie.

⁵ Zie hiervoor de bijlage aan het slot van dit onderdeel.

In al deze gevallen wordt precies aangegeven wie het testament kan maken, en op welke wijze dat dient te geschieden (art. 4:103 e.v. BW). Deze testamente dienen zo snel mogelijk naar het Centraal Testamentenregister in Den Haag te worden gestuurd (art. 4:106 BW). Noodtestamenten hebben maar een beperkte geldigheidsduur (art. 4:107 BW). Tevens is er een regeling voor een uiterste wil die als noodtestament is opgesteld, maar niet onder de voor noodtestamenten vereiste omstandigheden (art. 4:108 BW).

2.2. Gebreken aan de notariële akte

De Wet op het notarisambt stelt diverse formele eisen aan de notariële akte, de notariële functionaris die de akte passeert en aan het daaraan voorafgaande totstandkomingsproces van die akte. Dergelijke formele eisen komen eveneens voor in Boek 4 BW. Overtreding van die voorschriften kan tot uiteenlopende sancties leiden: de akte mist authenticiteit, de akte geldt niet meer als notariële akte of de akte is nietig dan wel vernietigbaar. Ik geef daarvan verschillende voorbeelden.

- Ondertekening van het testament

In art. 4:109 lid 1 en 2 BW wordt bepaald dat uiterste willen nietig zijn, indien zij niet door de erflater én de betrokken functionaris – een notaris dan wel de functionaris die is aangewezen voor het opmaken van een noodtestament – zijn ondertekend (notarieel testament). Dat geldt in beginsel ook voor akten van bewaargeving (depot-testament). Een uiterste wil, die aan een notaris in bewaring moet worden gegeven, is nietig, indien een door een notaris ondertekende akte van bewaargeving ontbreekt. Is in dat geval de onderhandse uiterste wil door de notaris zelf ondertekend, dan is de uiterste wil vernietigbaar (art. 4:109 lid 2 BW). In de meeste overige gevallen leidt het niet in acht nemen van de voor de geldigheid van de uiterste wil gestelde vormvereisten tot vernietigbaarheid (art. 4:109 lid 4 BW).

- Volledige voorlezing van de akte

De notaris kan ervoor kiezen om het testament in aanwezigheid van getuigen te passeren (§ 7.1). In dat geval schrijft art. 43 lid 2 Wna voor dat de gehele akte moet worden voorgelezen. Is een sanctie verbonden aan niet-naleving van dit vormvoorschrift, en zo ja welke sanctie is dat dan? In zijn arrest van 25 maart 2016, [ECLI:NL:HR:2016:504](https://www.eclii.nl/HR/2016/504), oordeelde de Hoge Raad dat de sanctie van vernietigbaarheid een te zware zou zijn:

“Het voorschrift dat alle notariële akten volledig dienen te worden voorgelezen is in 1971 afgeschaft. Een uitzondering is evenwel gemaakt voor akten die in tegenwoordigheid van getuigen worden verleden (thans art. 43 lid 2, eerste volzin, Wna). In een dergelijk geval dient de notaris nog steeds de volledige tekst voor te lezen. In geval van niet-naleving van dit voorschrift voldoet de akte volgens art. 43 lid 6 Wna niet aan de voorschriften waarin de vorm van een notariële akte wordt geëist, hetgeen ingevolge art. 4:109 BW tot vernietigbaarheid van een ten overstaan van een notaris gemaakte uiterste wil leidt. Volgens de toelichting op het wetsvoorstel van 1971 dat tot de afschaffing van de algemene verplichting tot volledige voorlezing heeft geleid, is de strekking van die verplichting dat “de getuigen moeten kunnen constateren, dat de inhoud van de akte overeenstemt met de verklaringen van de comparanten” (Kamerstukken II 1971, 11 380, nr. 3). Het voorschrift van

volledige voorlezing van notariële akten die in tegenwoordigheid van getuigen worden verleden, is nadien bij wijzigingen van de Wet op het notarisambt (Kamerstukken 23 706 en 27 245) zonder toelichting gehandhaafd.

Sinds 1 januari 2003 is de notaris niet meer wettelijk verplicht een uiterste wil in tegenwoordigheid van getuigen te verlijden (zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 666-667; vgl. art. 4:94 BW). De notaris kan echter op de voet van art. 39 lid 2 Wna in alle gevallen de tegenwoordigheid van twee getuigen verlangen indien hij dit wenselijk acht."

en

"Ook het voorschrift van volledige voorlezing van een notariële akte die in tegenwoordigheid van getuigen wordt verleden, miskent in zijn algemeenheid de notariële functie. Bij het opmaken van een uiterste wil strekt de notariële functie ertoe dat de verklaring van de erflater nauwgezet wordt vastgelegd (hetgeen blijkens de hiervoor (...) vermelde ratio van het voorschrift parallel loopt met de functie van voorlezing ten overstaan van de getuigen) en dat zo veel mogelijk wordt gewaarborgd dat die vastlegging aansluit bij de wil van de erflater (...). Het gaat dan ook te ver zonder meer de sanctie van vernietigbaarheid te aanvaarden indien niet is voldaan aan het vormvoorschrift van art. 43 lid 2, eerste volzin, Wna. Dit geldt, gelet op de notariële functie, evenzeer indien in tegenwoordigheid van getuigen een andere notariële akte dan een uiterste wil wordt verleden.

Aldus moet worden geoordeeld dat een notariële akte niet vernietigbaar is wegens de enkele omstandigheid dat de notaris de in aanwezigheid van getuigen verleden akte in strijd met het vormvoorschrift van art. 43 lid 2, eerste volzin, Wna niet volledig heeft voorgelezen. Voor vernietigbaarheid is in een zodanig geval slechts plaats indien degene die deze vernietigbaarheid inroept, stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat door niet-naleving van het vormvoorschrift enig belang is geschonden dat met dat vormvoorschrift wordt gediend."

De slotsom luidt dat de enkele omstandigheid dat niet aan het vormvereiste van art. 43 lid 2 Wna is voldaan, inhoudende het voorschrift van volledige voorlezing van een notariële akte die in tegenwoordigheid van getuigen wordt verleden, niet meebrengt dat het bewuste testament vernietigbaar is.

- Ontbreken van een jaartal

In een uitspraak van de Hoge Raad, nog gewezen onder het oude erfrecht, is de vraag aan de orde geweest of het ontbreken van een jaartal in een testament tot een nietig en dus ongeldig testament leidt. Die vraag werd opgeworpen door de langstlevende echtgenote die in het ene testament nog benoemd was tot enig en algemeen erfgenaam en in het latere testament 'gedegradeerd' was tot legataris. Omdat wel de datum maar niet het jaartal in het testament werd vermeld, betwistte zij de authenticiteit van het testament. De rechtbank en het hof gaven de echtgenote gelijk. De door de notaris gemaakte fout was daarmee niet reparabel. In cassatie anticipeert de Hoge Raad in zijn arrest van 5 oktober 2001, [ECLI:NL:HR:2001:ZC3665](#), op het nieuwe erfrecht. De sanctie op een dergelijke vormfout in een testament is in het nieuwe erfrecht minder zwaar geworden. Een vormfout leidt - als gesteld - thans tot vernietigbaarheid in plaats van nietigheid (art. 4:109 lid 4 BW). De uitspraak is met name van belang, omdat de Hoge Raad ook overweegt dat

“(...) het geheel achterwege laten van de vermelding van het jaar waarin de akte is verleden, moet worden aangemerkt als een kennelijke misslag, van de notaris, die deze misslag, zou de huidige Wet op het notarisambt van toepassing zijn geweest, op eenvoudige wijze op de voet van art. 45 lid 2 zou hebben kunnen verbeteren. Voorts verdient opmerking dat in veel gevallen waarin een of meer van de gegevens omtrent de plaats en het tijdstip van verlijden van de akte ontbreken, zonder veel moeilijkheden zal kunnen worden vastgesteld op welke plaats en op welk tijdstip de akte is verleden en derhalve het daarbij opgemaakte testament tot stand is gekomen.”

Een notaris is derhalve bevoegd een “kennelijke misslag” in een reeds gepasseerde akte te herstellen als deze akte op grond van art. 40 lid 4 Wna authenticiteit mist en niet voldoet aan de vormvoorschriften, zoals bijvoorbeeld het ontbreken van de plaats, het jaar, de maand of de dag (art. 45 lid 2 Wna).

Op een ander onderdeel geeft de Hoge Raad - en wel met het oog op de voortgezette behandeling van de zaak na verwijzing naar een ander gerechtshof - enige *guidance* hoe in voorkomend geval omgegaan dient te worden met een beroep op de vernietigbaarheid van het testament. De Hoge Raad oordeelt dat te gelden heeft, dat

“(...) geen beroep op deze vernietigingsgrond kan worden gedaan, indien op andere wijze dan uit het testament zelf met de in een geval als dit vereiste hoge mate van zekerheid komt vast te staan in welk jaar het testament is verleden.”

Het passeren van een herstelakte bij een “kennelijke misslag” is derhalve niet het enige remedium om een gebrek aan de notariële akte te verhelpen. Dat gebrek is niet fataal indien uit andere bronnen, bijvoorbeeld het repertorium⁶ van de notaris, het tijdstip van inschrijving in het Centraal Testamentenregister of - zoals in dit geval - de datering van een spiegeltestament⁷ van de echtgenoot, met een hoge mate van zekerheid bepaalde gegevens af te leiden zijn die in de akte ontbreken.

- Aanwezigheid van getuigen

In Boek 4 BW geldt niet (meer) de verplichting om een testament te passeren in tegenwoordigheid van twee getuigen. Een dergelijke formaliteit gold nog wel onder het oude erfrecht (art. 4:985 BW (oud)), waarvan de naleving op straffe van nietigheid van het testament was voorgeschreven (art. 4:1000 BW (oud)). Aangezien ook in de notariële praktijk tijd geld is, ontstond het gebruik op sommige notariskantoren dat de notaris het testament voorlas, terwijl de verplichte getuigen in een andere kamer konden 'meeluisteren'. Dat werd mogelijk gemaakt doordat de deur tussen de notaris- en de klerkenkamer op een kier open bleef staan, dan wel doordat de klerken via een luidspreker in de klerkenkamer konden meeluisteren met het passeren. Het voordeel was enerzijds dat de personeelsleden konden doorgaan met hun werk, maar anderzijds konden zij het voorlezen van het testament niet altijd helemaal volgen.

⁶ Het repertorium van de notaris is een register dat behoort bij de notariële administratie (het protocol). Hierin zijn de belangrijkste gegevens van gepasseerde aktes opgenomen.

⁷ Spiegeltestamenten zijn testamenten die nagenoeg gelijkluidend zijn (ook wel een wederzijds testament genoemd). Zo kunnen twee samenwonende partners een spiegeltestament afsluiten. Zij benoemen in hun eigen testament de ander tot erfgenaam en executeur. Voor het overige zijn de testamenten gelijk.

De Hoge Raad heeft over deze praktijk geoordeeld in zijn arrest van 13 januari 2006, NJ 2008/545 (*Open deurtje*). De Hoge Raad was van oordeel dat veronachtzaming van het getuigenvoorschrift bij een 'open deurtje' onder het oude recht, niet tot gevolg mag hebben dat daaraan de sanctie van art. 4:1000 BW (oud) wordt verbonden, en daarmee werd de eis van de kinderen van de erflater tot nietigverklaring van het testament, dat nog onder het oude recht was verleden, afgewezen.

- *"Ik ben het levend testament van mijn zuster"*

Erflaatster had geen testament gemaakt. Zij woonde in een verzorgingsinstelling en haar broer en zijn kinderen hebben gedurende 12 jaar de zorg van haar op zich genomen. In de aangifte erfbelasting werden ten laste van de nalatenschap vier legaten (minder dan de vrijstelling) ten behoeve van de neven en nicht opgenomen. De Belastingdienst heeft deze uitkeringen niet als aftrek op de nalatenschap geaccepteerd. Ter zitting van de belastingprocedure verklaarde de broer van erflaatster:

"Ik baseer mijn standpunt op de omstandigheid dat ik zelf het levend testament ben van mijn zuster en dat sprake is van afdwingbare rechten op het idee dat de wet open staat voor een uitzondering. In dit geval zou een uitzondering moeten gelden voor mijn zus, omdat haar neven en nicht heel veel contact met haar hadden. Mijn zus zei: 'Die moeten ook wat krijgen, niet overslaan!' Haar niveau was ongeveer dat van een negenjarige. Ze was 54 jaar toen zij stierf.

(..)

Ik antwoord hierop dat niet aan een testament is gedacht omdat mijn zus redelijk vitaal was. Haar overlijden kwam erg onverwacht. Zij zat vanaf haar zesde jaar in een instelling. Op een bepaald moment moest er iets gebeuren. Zij kon niet voor zichzelf zorgen en had geen idee van geld. Uiteindelijk hebben we de [naam instelling] gevonden en daar is zij opgenomen. Mijn zuster kon aan niemand uiten wat zij zou willen bij haar overlijden. Dat is bijzonder. Ik heb daarom geprobeerd in haar geest te handelen."

Het probleem is evident. In dit geval kon erflaatster wegens haar wilsonbekwaamheid kennelijk überhaupt geen testament maken (vgl. art. 4:55 BW). Boek 4 BW kent nog geen regeling voor testamentaire vertegenwoordiging, waarbij een curator - met inachtneming van zekere waarborgen - een testament voor de curandus in orde kan maken (vgl. ook § 3 onder het kopje 'Testamentaire vertegenwoordiging'). In deze gevallen staat voor de wilsonbekwame erflaatster enkel het versterferfrecht ter beschikking dat de wetgever voor eenieder bedacht heeft.

In deze zaak was het gerechtshof Amsterdam (belastingkamer) bij uitspraak van 16 maart 2021, [ECLI:NL:GHAMS:2021:2554](#), onverbiddelijk:

"Het Hof onderschrijft het door de rechtbank in onderdeel 15 van haar uitspraak weergegeven juridische kader voor de beoordeling van het geschil, en maakt dat tot het zijne. Voorts stelt het Hof voorop dat de wet gevolgen verbindt aan de wijze van erfopvolging waarbij wordt onderscheiden tussen de erfopvolging bij versterf en bij testament. De verdeling van de nalatenschap wordt door de wet bepaald indien geen sprake is van een testament. Bij het vaststellen van de omvang van de nalatenschap kunnen bepaalde schulden in aanmerking worden genomen die de erfdelen van de erfgenamen verminderen, zoals in geval van legaten.

Vast staat dat door erflaatster geen testament is opgemaakt. Tevens is niet gebleken van bedingen bij overeenkomsten die erflaatster bij leven heeft gesloten en die van invloed zijn op de nalatenschap, noch dat zij op andere wijze heeft beschikt over haar vermogen. Weliswaar verklaart belanghebbende dat "ik zelf het levend testament ben van mijn zuster", maar daaruit volgt slechts wat volgens hem de wil van zijn zuster zou zijn gegeven de door hem geschetste omstandigheden; er is daarmee geen objectief verifieerbare laatste wil van erflaatster zoals die uit een testament zou kunnen blijken."

en

"Belanghebbende heeft nog het standpunt ingenomen dat indien hetgeen hij wenst te bereiken niet in overeenstemming is met de tekst van de wet - althans zo begrijpt het Hof zijn standpunt - hij heeft gehandeld in overeenstemming met de geest van de wet en er daarom gevolg aan moet worden gegeven. Het Hof verwerpt dit standpunt. Met een testament had erflaatster - eventueel met hulp van belanghebbende of anderen - kunnen bepalen wat er met haar nalatenschap diende te gebeuren. Aangezien van die mogelijkheid geen gebruik is gemaakt, gelden de wettelijke bepalingen die een - voor het onderhavige geval - duidelijke regeling bevatten."

Het hof gaat er dus vanuit dat erflaatster - met enige hulp (vgl. echter de eis dat het testament "slechts door de erflater persoonlijk [kan] worden gemaakt" (art. 4:42 lid 3 BW) - wel in staat was een testament te maken.

Met het eindoordeel van het hof kan - onder aanhaling van het adagium *lex dura sed lex*⁸- worden ingestemd, maar een wettelijke regeling die testamentaire vertegenwoordiging van wilsonbekwamen onder voorwaarden mogelijk maakt, wordt voor dit soort situaties node gemist.

Het concept van een testament

Wat is de status van een concept van een testament? Heeft een met de notaris besproken en opgesteld concept van een testament al effect of moet aan een dergelijk concept voorbij worden gegaan nu de uiterste wilsbeschikkingen van de erflater (nog) niet in een notariële akte zijn opgenomen? Ook over deze rechtsvraag is enige rechtspraak voorhanden.⁹

⁸ De wet is streng, maar is de wet.

⁹ Zie ook rechtbank Noord-Holland 24 maart 2016, [ECLI:NL:RBNHO:2016:2510](https://www.ecli.nl/rbnho/2016/2510), waarin de partner van erflaatster werd veroordeeld tot afgifte van een caravan. De partner beriep zich in haar verweer op een onderhands opgemaakte uiterste wilsbeschikking waarin een gebruiksrecht van de caravan aan de partner was toegekend. De kantonrechter achtte het aannemelijk dat in een eventueel aan te spannen bodemprocedure geoordeeld zal worden dat deze uiterste wilsbeschikking wegens het niet in acht nemen van de vormvoorschriften nietig is. Dit heeft tot gevolg dat aan de uiterste wilsbeschikking in het kader van de gevoerde procedure geen rechtsgevolgen kunnen worden ontleend. In rechtbank Limburg 28 juli 2021, [ECLI:NL:RBLIM:2021:6426](https://www.ecli.nl/rblim/2021/6426), werd een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor afgewezen. Met het getuigenverhoor wensten een petekind en de ongehuwde partner van erflater te bewijzen dat een concepttestament van erflater de wettelijke vererving van zijn nalatenschap naar erflaters broers en zuster verhindert. De rechtbank wijst het verzoek af. Een oppervlakkige beoordeling van de vordering in de hoofdzaak leidt tot het oordeel dat sprake is van een kansloze vordering, zodat verzoekers onvoldoende belang hebben bij hun verzoek (art. 3:303 BW). De wettelijke erfopvolging kan alleen opzij gezet worden door een in een testament opgenomen erfstelling (art. 4:1 BW en art. 4:94 BW).

Ongeveer drie weken voor zijn overlijden heeft erflater samen met een goede vriend een bezoek gebracht aan een notaris. De man leed aan longkanker en had reeds een deel van een schadebedrag van het Instituut Asbestslachtoffers toegekend gekregen. De notaris heeft een concept van een testament opgemaakt, waarin de vriend tot enig erfgenaam en executeur wordt benoemd. De man had een door hem erkende dochter. Voorafgaand aan zijn overlijden is het niet tot ondertekening van het testament bij de notaris gekomen. De vriend vordert een verklaring voor recht dat het door de notaris opgestelde concepttestament gelijkgesteld dient te worden met een officieel, notarieel verleden testament en dat hij als enig testamentair erfgenaam in de nalatenschap van erflater aangemerkt dient te worden.

Het gerechtshof Den Haag wijst in zijn arrest van 6 augustus 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:2800](#), de door de vriend van de erflater gevorderde verklaring voor recht af.

“In het onderhavige geval staat vast dat er geen sprake is van een notariële akte noch van een aan de notaris in bewaring gegeven onderhandse akte. Het is slechts gekomen tot het opstellen door de notaris van een concept-testament na een gesprek met [erflater]. Volgens [de man] is dit concept-testament in overeenstemming met de wil van [erflater] opgesteld, waarvoor [de man] bevestiging door de notaris vindt in voornoemde brief van 6 juli 2015. Het kan in het onderhavige geval op het moment van het opstellen van het concept-testament de wil van [erflater] zijn geweest om [de man] tot zijn enig erfgenaam te benoemen. Daarmee is echter nog niet gegeven dat ook op het moment dat de akte daadwerkelijk zou zijn gepasseerd – en daarmee in dit geval laatstelijk kort vóór het moment van overlijden van erflater – de wil van [erflater] nog steeds zou luiden overeenkomstig hetgeen is vastgelegd in het concept-testament. Het toetsingsmoment daarvoor met toepassing van de in de wet geregelde waarborgen is nu juist het verlijden van de notariële akte. Op dat moment zou de notaris alleen met [erflater] zijn geweest, in tegenstelling tot de eerdere gesprekken van de notaris met [erflater] waar steeds [de man] bij aanwezig was. Er kunnen allerlei redenen zijn geweest op grond waarvan [erflater] zijn laatste wil nog zou hebben willen veranderen. Naar het oordeel van het hof is niet boven iedere twijfel verheven dat het concept overeenkomstig de wil van [erflater] is opgemaakt. Blijkens de brief van de notaris van 6 juli 2015 lukte het hem kennelijk niet in het telefoongesprek met [erflater] op 2 april 2015 duidelijkheid te krijgen omtrent de wil van [erflater]. Naar het oordeel van het hof is er geen volstrekte zekerheid dat hetgeen is vastgelegd in het concept-testament overeenstemt met de uiterste wil van [erflater] op het moment van diens overlijden. De door [de man] aangevoerde omstandigheden met betrekking tot de hechte vriendschap tussen hem en [erflater] en het ontbreken van iedere band tussen [de dochter] en [erflater] kunnen – wat daar ook van zij – niet tot een ander oordeel leiden.

Het hof ziet, het vorenstaande in acht nemend, geen grond om te oordelen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat [de dochter] zich jegens [de man] op haar aanwijzing als enig erfgenaam krachtens het wettelijk versterferfrecht kan beroepen.”

Het hof laat de mogelijkheid open dat hierover anders geoordeeld zou kunnen worden als er “volstrekte zekerheid” is dat het concept overeenkomstig de wil van de erflater is opgemaakt. Daarvan was in dit geval geen sprake. Is die zekerheid er bijvoorbeeld wél als het overlijden plaatsvindt nadat de passeerafspraak voor een reeds akkoord bevonden

concept van een testament bij de notaris is gemaakt? Of is die vereiste zekerheid ook in eerder stadium reeds denkbaar?

De verwickelingen rondom de erfenis van de Amsterdamse straatfotograaf Theo Niekus heeft in de media enige aandacht gekregen.¹⁰ Niekus maakte foto's van allerlei straattaferelen, waaronder foto's van het Damrak. Hij overlijdt onverwacht in oktober 2019 en laat zijn broers en zusters als versterferfgenamen achter. Zijn ongehuwde partner doet een beroep op zijn informele uiterste wil en een concepttestament, dat in juni 2019 is opgesteld door een notaris. Kort gezegd, stelt de rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 11 augustus 2021, [ECLI:NL:RBAMS:2021:4140](#), dat zij dient te oordelen over de vraag welke waarde toekomt aan een concepttestament en overige gedachten over de nalatenschap in de situatie waarin de overledene geen testament heeft vastgelegd overeenkomstig de daarvoor geldende wettelijke eisen.

“De rechtbank stelt vast dat het concept-testament geen notariële akte of een aan de notaris in bewaring gegeven onderhandse akte betreft. De notaris heeft na twee gesprekken met erflater een concept-testament opgesteld en heeft het concept-testament tijdens een derde bespreking met erflater en [de partner] doorgenomen. Dit concept-testament is niet ondertekend. [de partner] heeft gesteld dat dit concept-testament in overeenstemming is met de wil van erflater, hetgeen [de broer] heeft betwist. [de partner] heeft e-mailcorrespondentie met de verschillende cultuurinstellingen die erflater op het oog had als verwachter en verklaringen van vrienden van erflater overgelegd, die haar stelling ondersteunen. Deze uitlatingen vormen een indicatie dat erflater op het moment van het opstellen van het concept-testament de wil had om [de partner] tot zijn erfgenaam te benoemen. Hiermee is echter nog niet gegeven dat ook op het moment van het passeren van de akte de wil van erflater nog steeds zou luiden zoals vastgelegd in het concept-testament. Het toetsingsmoment daarvoor is nu juist het verlijden van de notariële akte. Op dat moment zou de notaris alleen met erflater zijn geweest, in tegenstelling tot de eerdere gesprekken met de notaris waarbij [de partner] aanwezig was, en zou hij aan de erflater mededeling doen van de zakelijke inhoud van die akte en daarop een toelichting geven. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat de notariële akte de ware wil van erflater weergeeft. Vaststaat dat dit toetsingsmoment niet heeft plaatsgevonden. (...) De notariële akte waarborgt juist dat die de ware wil van erflater weergeeft.

Daarnaast kan de rechtbank niet vaststellen dat, indien erflater voldoende tijd had gehad, erflater het concept-testament in dezelfde vorm had ondertekend. Weliswaar heeft [de partner] betoogd dat de wil van erflater duidelijk was, maar op grond van hetgeen door [de broer] naar voren is gebracht, kan de rechtbank niet uitsluiten dat er na het opstellen van het concept-testament redenen waren geweest op grond waarvan erflater zijn laatste wil nog had willen veranderen. In ieder geval stond nog niet definitief vast wie de als verwachter begunstigde stichting zou zijn. Daarvoor was immers op 22 oktober 2019 een afspraak gepland met het Anna Cornelis Fonds. Daarnaast was er een zogenoemde scheidingsclausule in het concept-testament opgenomen (een voorbehoud voor het geval de relatie op het moment van het overlijden zou zijn geëindigd) en bevat het concept-testament met de hand bijgeschreven opmerkingen/notities. Gelet hierop kan niet worden

¹⁰ Zie NRC Handelsblad van 25 november 2021 (Zijn testament was al klaar, maar fotograaf Theo stierf net te vroeg). Het artikel toont foto's van Amsterdams straatbeeld met een affiche met de tekst: Theo draait zich om in zijn (omgekeerd afgedrukt) urn.

vastgesteld dat hetgeen is vastgelegd in het concept-testament overeenstemt met de uiterste wil van erflater op het moment van diens overlijden.

Dit betekent dat er geen aanleiding is de in artikel 4:94 BW vermelde vormvereisten voor de uiterste wil buiten toepassing te laten. Het concept-testament van 24 juni 2019 geldt niet als wettig opgemaakt notarieel testament van erflater, zodat de vordering van [de partner] (...) zal worden afgewezen. Dit lot deelt haar vordering weergegeven onder (...), aangezien [de partner] een verklaring voor recht vordert dat zij enig erfgenaam van erflater is en deze vordering baseert op het concept-testament. Aangezien erflater niet bij uiterste wil over zijn nalatenschap heeft beschikt, geldt het wettelijk versterferrecht. Op grond daarvan zijn [de broer] en zijn broer en zussen de erfgenamen van erflater, en niet [de partner]. Dat betekent dat de woning en het werk en overige goederen van erflater toekomen aan de familie (...) als erfgenamen. De nalatenschap dient overeenkomstig het versterferrecht onder de familie (...) te worden verdeeld."

De rechtbank oordeelt derhalve dat de regels van het versterferrecht moeten gelden, omdat er geen testament is dat met de daarvoor vereiste waarborgen tot stand is gekomen. De partner van Niekus is het daar niet mee eens. Zij laat in NRC Handelsblad¹¹ optekenen: *"Ik wil laten zien dat er weinig veranderd is in het erfrecht ten opzichte van onze maatschappij. Mensen trouwen minder en gaan niet meer zo snel naar een dure notaris om een testament vast te leggen."* Ook haar advocaat is vasthoudend: Niekus is *"uitermate standvastig"* geweest in zijn ideeën over de nalatenschap en die heeft hij *"aan verschillende mensen toevertrouwd."* Als hiervoor gesteld, de wettelijke ruimte om erfgenaamschap aan slechts een concepttestament en de werking van de redelijkheid en billijkheid te ontnemen, lijkt uiterst beperkt te zijn. De notariële vormvoorschriften van art. 4:94 BW staan in het teken van rechtszekerheid en die kunnen niet opeens en zonder *"volstrekke zekerheid"* terzijde worden geschoven.

3. Kenmerken van een uiterste wilsbeschikking

De uiterste wilsbeschikking wordt in art. 4:42 lid 1 BW omschreven als *"een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt"*. Daaraan wordt toegevoegd dat de erflater een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig kan herroepen (art. 4:42 lid 2 BW) en dat een uiterste wilsbeschikking alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt en herroepen (art. 4:42 lid 3 BW). Aan deze samengestelde omschrijving zijn de volgende, de uiterste wilsbeschikking kenmerkende elementen te ontnemen:

- eenzijdige rechtshandeling;
- werking na overlijden;
- in Boek 4 BW of in de wet als zodanig aangemerkt (het zogeheten 'gesloten stelsel' van uiterste wilsbeschikkingen);

¹¹ Zie NRC Handelsblad van 25 november 2021 (Zijn testament was al klaar, maar fotograaf Theo stierf net te vroeg).

- herroepelijk; en
- bij uiterste wil (vormvereiste) en persoonlijk gemaakt.

Van elk van deze elementen van het begrip 'uiterste wilsbeschikking' wordt een nadere omschrijving gegeven.

Eenzijdige rechtshandeling

De uiterste wilsbeschikking is een rechtshandeling, en wel een eenzijdige.¹² Voor de totstandkoming van een eenzijdige rechtshandeling is het handelen van één persoon noodzakelijk. Het feit dat de uiterste wilsbeschikking aangemerkt wordt als een rechtshandeling brengt met zich dat de algemene bepalingen van titel 2 (Rechtshandelingen) van Boek 3 BW in beginsel eveneens van toepassing zijn.¹³ Eén van die bepalingen luidt dat een rechtshandeling een op rechtsgevolg vereiste wil vereist die zich door een verklaring - in dit geval de uiterste wil - heeft geopenbaard (art. 3:33 BW). Het gaat daarbij in eerste instantie om de subjectieve wil van de erflater; deze dient gericht te zijn op het intreden van één of meer bepaalde rechtsgevolgen. Dat betekent dat de wilsuiting van de erflater in voldoende mate bepaald moet zijn. Daarnaast zal ook het objectieve recht in Boek 4 BW zo nodig mede betekenis (kunnen) toekennen aan de wil van de erflater.

De uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, omdat deze tot stand wordt gebracht door één persoon (de erflater).¹⁴ Een overeenkomst daarentegen is een meezijdige rechtshandeling, omdat deze tot stand gebracht wordt door twee of meer personen. Het erfrecht heeft in zekere zin smetvrees voor overeenkomsten. Met het element 'eenzijdigheid' wordt in art. 4:42 lid 1 BW tot uitdrukking gebracht dat er voor meezijdige rechtshandelingen - zoals een overeenkomst - geen ruimte op het erfrechtelijke terrein bestaat. Daarom bepaalt art. 4:93 BW ook dat een uiterste wil die bij dezelfde akte door twee of meer personen is gemaakt, nietig (oftewel ongeldig) is (§ 2).

Uit de eenzijdigheid van de rechtshandeling vloeit voort dat de uiterste wilsbeschikking te allen tijde door de erflater kan worden herroepen (art. 4:42 lid 3 BW) (zie § 5 hierna).

Volgens art. 3:33 BW vereist een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Uit de afgelegde verklaring blijken de door de erflater beoogde rechtsgevolgen. De verklaring is in dit geval de uiterste wil en die dient in beginsel te worden opgenomen in een notariële akte (art. 4:94 BW). Om de met de

¹² Tegenover rechtshandelingen staan bijvoorbeeld feitelijke handelingen, waaraan ook rechtsgevolgen kunnen zijn verbonden. Te denken valt aan onrechtmatig handelen of nalaten dat tot schade leidt aan een object als gevolg waarvan een verplichting tot schadevergoeding ontstaat (art. 6:162 BW).

¹³ Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek kent als opschrift 'Vermogensrecht in het algemeen'. Titel 2 bevat diverse algemene bepalingen voor rechtshandelingen (art. 3:32 e.v. BW). Zij zien bijvoorbeeld op de totstandkoming van de rechtshandeling, gronden van nietigheid en vernietigbaarheid van de rechtshandeling en de gevolgen daarvan. Het is intussen mogelijk dat Boek 4 BW op de toepasselijkheid van titel 2 van Boek 3 BW uitzonderingen kent of dat een specifieke bepaling van deze titel niet kan worden toegepast in verband met de bijzondere aard van de uiterste wilsbeschikking.

¹⁴ Het gaat in dit geval om een eenzijdige *niet-gerichte* rechtshandeling, aangezien de uiterste wilsbeschikking niet speciaal tot een bepaalde persoon is gericht (in tegenstelling tot een eenzijdige *gerichte* rechtshandeling, die door één persoon tot stand wordt gebracht en ook tot één of meer bepaalde personen is gericht, zoals de opzegging van een arbeids- of huurovereenkomst).

uiterste wil beoogde rechtsgevolgen te kunnen vaststellen, zal uitleg van de uiterste wilsbeschikking nodig zijn (art. 4:46 BW). Zie over uitleg uitgebreid het onderdeel 'Wil de ware erfgenaam opstaan?'

Werking na overlijden

In het bestanddeel 'werking na overlijden' onderscheidt de uiterste wilsbeschikking zich van andere rechtshandelingen. De werking na overlijden is daarmee één van haar belangrijkste kenmerken. Bijzonder aan de uiterste wilsbeschikking is dat het beoogde rechtsgevolg ten tijde van het maken van de uiterste wil (ofwel het testeren) nog niet intreedt. De werking van de uiterste wilsbeschikking is opgeschort: pas na het overlijden van de erflater verkrijgt de uiterste wilsbeschikking haar werking. Eerst dan zal het objectieve recht aan de in de uiterste wil van de erflater opgenomen wil een rechtsgevolg verbinden: iemand wordt erfgenaam of verkrijgt bijvoorbeeld een legaat. De werking na overlijden geeft aan dat er tijdens het leven van de erflater geen binding is en dat rechtsbetrekkingen eerst na het overlijden van de erflater worden beoogd. Het met de uiterste wil beoogde rechtsgevolg treedt in door en met het overlijden van de erflater (ofwel nadat de nalatenschap is opengevallen).

Gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen

In de slotwoorden van art. 4:42 lid 1 BW ligt het zogenaamde 'gesloten stelsel' van uiterste wilsbeschikkingen besloten. Uitsluitend de beschikkingen die in Boek 4 BW zijn geregeld of die in de wet als zodanig worden aangemerkt zijn een uiterste wilsbeschikking.¹⁵ Indien een beschikking niet past binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen, dan is zij geen uiterste wilsbeschikking. Of deze constatering er ook toe leidt dat een dergelijke beschikking nietig is, laat Boek 4 BW in het midden. In de literatuur wordt er wel op gewezen dat onder omstandigheden conversie (ofwel omzetting) van een nietige rechtshandeling in een geldige rechtshandeling mogelijk is (art. 3:42 BW). In dat geval wordt de nietige rechtshandeling van rechtswege omgezet in een andere rechtshandeling, die wel geldig is. Conversie is mogelijk indien de strekking van de nietige rechtshandeling in zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, beantwoordt dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, als van eerstgenoemde rechtshandeling wegens haar ongeldigheid zou zijn afgezien. Indien aan deze eis wordt voldaan, krijgt de rechtshandeling van rechtswege (en dus zonder dat daarop een beroep behoeft te worden gedaan) de werking van de andere rechtshandeling die wel geldig is.

In Boek 4 BW en daarbuiten zijn ruim meer dan 20 soorten van uiterste wilsbeschikkingen aan te wijzen. De belangrijkste uiterste wilsbeschikkingen zijn de erfstelling, het legaat en de testamentaire last. Als bijlage bij dit onderdeel is een

¹⁵ De keuze voor het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen wordt enerzijds gemotiveerd met de vaststelling dat een materieelrechtelijke definitie van een uiterste wilsbeschikking - zoals art. 4:922 BW (oud) die kende - niet voldoende houvast geeft. Anderzijds past bij een gesloten stelsel dat men in een nalatenschap "een zorgvuldig uitgebalanceerde rangorde van rechten" kan doen gelden. "Introduceert men nu de mogelijkheid, dat ook andere eenzijdige beschikkingen met werking na het overlijden uiterste wilsbeschikkingen kunnen zijn, dan komt men daarmee tevens voor de noodzaak te staan uit te maken welke rangorde toekomt aan het bij een dergelijke beschikking toegekende recht." Zie daarvoor Parl. Geschiedenis Boek 4 BW, p. 221 en 227-228.

opsomming gegeven van al deze uiterste wilsbeschikkingen in Boek 4 BW en elders in de wet.

Onderkend moet worden dat het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen voor de erflater alleen in formele zin een belemmering van de testeervrijheid oplevert. Materieel wordt de testeervrijheid van de erflater in dit opzicht niet beperkt. De erflater kan middels de diverse soorten van uiterste wilsbeschikkingen die in Boek 4 BW en ook daarbuiten zijn geregeld al zijn postmortale wensen (doen) vervullen. Van het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen, zo nodig geholpen door de conversie van art. 3:42 BW, zal in elk geval een zekere ordenende werking uitgaan. Voor een verstarring van de rechtsontwikkeling zou niet gevreesd behoeven te worden.

In de notariële praktijk wordt nog wel eens met enige creativiteit een nieuwe testamentaire clausule gelanceerd. Zo luidde een clausule over de vaststelling van de omvang van een legaat als volgt.

“Ter vaststelling van de grootte van het legaat moet de waardering van de goederen en schulden van mijn nalatenschap geschieden in onderling overleg. Als schulden worden in dit verband alleen aangemerkt de schulden genoemd in artikel 4:7 lid 1 onder a. tot en met d. Burgerlijk Wetboek, voor zover zij van toepassing zijn. Indien in onderling overleg geen overeenstemming wordt bereikt over de waardering geschiedt deze door een deskundige, te benoemen door de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin ik mijn laatste woonplaats had en, indien die woonplaats buiten Nederland is gelegen, door de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement Arnhem.”

Een clausule in een ander testament met een quasi-wettelijke verdeling van de nalatenschap (zie daarvoor verder § 9.2) handelde over de vaststelling van de opeisbaarheid van geldvorderingen van de kinderen op de langstlevende:

“De geldvorderingen op mijn echtgenote met de rente daarover zijn onmiddellijk opeisbaar in de hierna volgende gevallen, tenzij de afwikkelingsbewindvoerder anders bepaalt of mijn echtgenote en de overige erfgenamen anders overeenkomen:

(...)

Als mijn echtgenote onder curatele wordt gesteld of haar vermogen onder bewind wordt gesteld verzoek ik aan de (kanton)rechter naar aanleiding van een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek van de gerechtigde tot de geldvorderingen, te bepalen dat deze geldvorderingen vermeerderd met de hierna bedoelde rente opeisbaar worden, voor zover door bedoelde uitkering de verzorging van mijn echtgenote niet in gevaar komt.

(...)”

Weer een andere clausule in een testament luidde als volgt:

“Aan de executeur komt een beloning toe gelijk aan één procent (1%) van de waarde van mijn vermogen per de sterfdag. De executeur is bevoegd ter zake van zijn beloning jaarlijks een voorschot op te nemen.

Op grond van bijzondere omstandigheden kan op verzoek van de executeur of een of meer van mijn erfgenamen voor bepaalde of onbepaalde tijd de hiervoor vermelde beloning anders worden geregeld. Ik bepaal dat dit verzoek aan de kantonrechter te Amsterdam zal moeten worden gericht, die zal beslissen in hoogste ressort.”

In de rechtspraak blijkt een begrijpelijke behoefte te bestaan aan eenvoudige geschillenregelingen en men tracht met de eerste testamentaire clausules daarin te voorzien. Geen lange procedure, maar meteen een benoeming van een deskundige door de kantonrechter die de goederen en schulden kan waarderen. In de andere clausule wordt het (beslissende?) oordeel over de opeisbaarheid van de geldvorderingen op de langstlevende in handen van de kantonrechter gelegd. In beide gevallen zijn de testamentaire clausules gesneuveld: de clausules werden nietig geoordeeld en verzoekers zijn niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek om de kantonrechter een oordeel te laten vellen over bepaalde erfrechtelijke aangelegenheden.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in zijn beschikking van 16 mei 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:4239](#), met betrekking tot de eerste clausule:

“De wetgever gaat blijkens artikel 4:42 lid 1 BW uit van een gesloten systeem van uiterste wilsbeschikkingen. In de wet is niet de mogelijkheid opgenomen bij uiterste wilsbeschikking te bepalen dat de kantonrechter een deskundige benoemt, laat staan dat – indien de kantonrechter dat zou doen – dat een beslissing is waartegen hoger beroep openstaat. De uiterste wilsbeschikking van [de erflater] inzake de benoeming van een deskundige door de kantonrechter is dan ook nietig. Dat betekent dan ook dat [de beschermingsbewindvoerder] (en [de onderbewindgestelde]) niet ontvankelijk is (zijn) in het verzoek tot benoeming van een deskundige. Het hof zal de bestreden beschikking daarom op dit punt vernietigen en [de beschermingsbewindvoerder] (en [de onderbewindgestelde]) niet-ontvankelijk verklaren.”

De rechtbank Den Haag oordeelde met betrekking tot de tweede clausule in haar beschikking van 4 oktober 2019, [ECLI:NL:RBDHA:2019:12624](#):

“De goederen van [betrokkene 1] zijn onder bewind gesteld. Erflater heeft in zijn testament bepaald dat, de (kanton)rechter in dat geval, naar aanleiding van een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek van de gerechtigden tot de geldvorderingen, dient te bepalen dat deze geldvorderingen vermeerderd met de hierna bedoelde rente opeisbaar worden, voor zover door bedoelde uitkering de verzorging van [betrokkene 1] niet in gevaar komt. Zowel [verzoekster] en [verzoeker] als [belanghebbende 1] zijn gerechtigd tot de geldvorderingen die in die bepaling van het testament worden bedoeld. Het verzoek van [verzoekster] en [verzoeker] is echter niet door [belanghebbende 1] ondersteund en kan daarom niet worden gezien als een gezamenlijk verzoek van de gerechtigden tot de geldvorderingen. Geen rechtsregel geeft de kantonrechter de bevoegdheid de instemming met het verzoek van [belanghebbende 1] te vervangen door haar machtiging. Partijen verschillen bovendien van mening over de vraag of de verzorgingsbehoefte van [betrokkene 1] in gevaar komt door de uitkering van de geldvorderingen. Of de verzorgingsbehoefte van [betrokkene 1] aan de uitkering van de geldvorderingen in de weg staat, behoeft naar het oordeel van de kantonrechter evenwel geen beoordeling. Uit artikel 4:42 lid 1 BW volgt immers dat sprake is van een gesloten systeem van uiterste wilsbeschikkingen. In de wet is niet de mogelijkheid opgenomen bij uiterste wilsbeschikking te bepalen dat de kantonrechter (onder bepaalde voorwaarden) kan bepalen dat de geldvorderingen opeisbaar worden. Het testament is op dit punt dus nietig. Dat betekent dat [verzoekster] en [verzoeker] niet ontvankelijk zijn in hun verzoek.”

Dat hierover anders geoordeeld kan worden, wijst de in hoger beroep gewezen beschikking van het gerechtshof Den Haag van 20 januari 2021, [ECLI:NL:GHDHA:2021:549](#), uit. Het hof acht de dochter ontvankelijk in haar verzoek:

“Anders dan de kantonrechter, is het hof van oordeel dat de geciteerde regeling omtrent de opeisbaarheid van de eventuele (onderbedelings)vorderingen niet strijdig is met het gesloten stelsel van artikel 4:42 lid 1 BW, omdat deze regeling deel uitmaakt van het bewind als bedoeld in artikel 4:153 e.v. BW en de nadere regeling van de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder bij uiterste wil zoals bedoeld in artikel 4:171 BW. [de dochter] kan derhalve worden ontvangen in haar verzoek in hoger beroep.”

De derde clausule sneefde bij het gerechtshof Amsterdam. In de beschikking van 9 maart 2021, [ECLI:NL:GHAMS:2021:696](#), wordt geoordeeld dat deze clausule niet valt binnen de reikwijdte van het bepaalde in art. 4:144 lid 2 BW - onderdeel van de wettelijke regeling van de executele - en in het bijzonder binnen *“tenzij bij uiterste wil anders is geregeld”*.

“Op grond van het bepaalde in artikel 4:144 lid 2 BW komt de executeur, tenzij bij uiterste wil anders is geregeld, een ten honderdste van de waarde van het vermogen van de erflater op diens sterfdag toe. De erflater heeft in het testament bepaald dat aan de executeur een beloning toekomt gelijk aan één procent (1%) van de waarde van zijn vermogen per de sterfdag. Daarnaast heeft hij daarin bepaald dat op verzoek van de executeur of op verzoek van één of meer erfgenamen voor bepaalde of onbepaalde tijd de hiervoor vermelde beloning anders kan worden geregeld, dat dit verzoek aan de kantonrechter te Amsterdam moet worden gericht en dat deze zal beslissen in hoogste ressort. Daarmee heeft de erflater een beschikking gegeven die niet past binnen het gesloten stelsel van de wet. De erflater heeft immers geen andere beloning geregeld dan een ten honderd van de waarde van het vermogen van de erflater op diens sterfdag, maar een bevoegdheid gecreëerd die niet is gebaseerd op de wet. Hij is niet afgeweken van de wettelijke beloning, maar heeft in aanvulling daarop bepaald dat op verzoek van de executeur of één van de erfgenamen door de kantonrechter te Amsterdam in hoogste ressort de beloning anders kan worden geregeld. De bepaling van artikel 4:144 lid 2 BW is van regelend recht. De testateur mag hiervan in zijn testament afwijken en materieel een andere beloning vaststellen, dat wil zeggen een hogere, een lagere of geen beloning. Naar het oordeel van het hof volgt daaruit niet de mogelijkheid te bepalen dat het loon op verzoek door een kantonrechter kan worden vastgesteld. De wet kent geen concrete wetsbepaling op grond waarvan het mogelijk is een dergelijk verzoek aan de kantonrechter te doen (artikel 261 Rv). Laat staan dat hij een relatief niet bevoegde kantonrechter kan aanwijzen. Daarbij komt dat de erflater gezien het gesloten stelsel niet bevoegd is een hoger beroepsmogelijkheid uit te sluiten of een bevoegdheid te creëren voor een executeur of een erfgenaam die de wet niet kent. Artikel 4:144 lid 3 jo 4:159 lid 3 BW is wel een concrete wetsbepaling die het mogelijk maakt, niet op grond van bijzondere, maar op grond van onvoorziene omstandigheden een beslissing van de kantonrechter te vragen. Mogelijk had dit artikel in dit geval soelaas kunnen bieden, mits voldaan was aan de daarin opgenomen wettelijke voorwaarden. Omdat echter zowel [verzoeker] als [verweerder] zich uitdrukkelijk op het standpunt stellen dat het bepaalde in artikel 4:144 lid 3 jo 4:159 lid 3 BW in deze procedure niet van toepassing is, kan dit punt verder onbesproken blijven.

Anders dan [verweerder] meent, doet aan het voorgaande niet af dat het in de notariële praktijk al jarenlang gebruikelijk is dit soort bepalingen in testamenten op te nemen en

evenmin dat dit soort bepalingen volgens [verweerder] voorziet in een maatschappelijke behoefte gezien het bepaalde in artikel 4:42 BW. Van conversie, zoals [verweerder] verder betoogt, van de omstreden testamentaire bepaling in een last kan geen sprake zijn. De erflater heeft immers geen verplichting opgelegd, maar enkel een bevoegdheid gecreëerd. Voor zover [verweerder] zich beroept om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, gaat ook dit beroep niet op. Het is in beginsel aan de erfgenamen de in het testament door de erflater uitgedrukte wensen te eerbiedigen en de eisen van de redelijkheid en billijkheid staan niet in de weg aan een beroep van [verzoeker] op nietigheid of vernietigbaarheid van de testamentaire bepaling omdat dit standpunt vanwege alle eerdere verzoeken tardief zou zijn. Ook niet omdat de uitzonderlijk lange duur van de nalatenschap en de bijzondere aard en omvang van de werkzaamheden van de executeur nodig waren vanwege actief en passief verzet van de zijde van de beide broers. Deze enkele omstandigheden brengen niet mee dat [verzoeker] moet worden geacht wens te hebben gegeven of prijs zou moeten geven. Ook hetgeen [verweerder] verder nog heeft aangevoerd doet aan het voorgaande niet af.”

Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen stelt paal en perk aan op maat gesneden testamentaire clausules die Boek 4 BW niet kent (en evenmin elders in de wet zijn aangemerkt als uiterste wilsbeschikking). Erflaters dienen bij het opstellen van testamenteen nauwgezet gebruik te maken van de modellen van Boek 4 BW. Met erfstellingen, legaten en testamentaire lasten, al dan niet gecombineerd met executele of bewind en met aan deze uiterste wilsbeschikkingen verbonden voorwaarden, zijn alle constructies denkbaar en te ontwerpen. Het is de erflater zelf die de inhoud van het vorderingsrecht van het legaat (art. 4:117 BW), de inhoud van de testamentaire last (art. 4:130 BW) en de bevoegdheden van de bewindvoerder bepaalt (art. 4:171 BW). In het eerste geval had de erflater de erfgenamen en de legataris kunnen benoemen of aanwijzen onder de testamentaire last de waardering van de inbrengwaarde door een bepaalde taxateur te laten verrichten en de uitkomst daarvan te accepteren. Dat is precies wat in dit geval werd beoogd door de erflater. Ook in het tweede geval had de erfrechtelijke verkrijging van de kinderen met behulp van een testamentaire last en/of voorwaarden op maat gesneden kunnen worden.

Verdedigbaar is het wellicht om in voorkomend geval met behulp van uitleg testamentaire clausules als deze waarin personen worden benoemd die beslissingen nemen of bindend taxeren of taxateurs aanwijzen aan te merken als door Boek 4 BW toegestane clausules, ook al wordt niet uitdrukkelijk gesproken van een testamentaire last of een bewind (zie ook hierna). Duidelijk is in elk geval dat de rechter met deze uitspraken een signaal heeft afgegeven dat het niet mogelijk is de rechter zonder een afdoende wettelijke grondslag in te schakelen.

Conversie

Onder omstandigheden is het mogelijk een niet in het stelsel passende (en dus nietige) uiterste wilsbeschikking te converteren (of om te zetten) in een binnen het stelsel passende uiterste wilsbeschikking (art. 3:42 BW). Die alternatieve invulling van de uiterste wilsbeschikking gebeurt zelfs van rechtswege. Conversie is mogelijk indien de strekking van de nietige rechtshandeling in zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling beantwoordt, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, als van eerstgenoemde rechtshandeling wegens haar ongeldigheid zou zijn afgezien. Indien hieraan wordt voldaan, krijgt de rechtshandeling van

rechtsweg - en dus zonder dat daarop een beroep behoeft te worden gedaan - de werking van de andere, wel geldige rechtshandeling. Deze weg zou dus in voorkomend geval zeer wel ook bewandeld kunnen worden.

Uitleg

Een recent arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 oktober 2000, [ECLI:NL:GHARL:2022:8605](#), laat zien dat onnauwkeurigheden bij het opstellen van een testament met behulp van uitleg (art. 4:46 BW) gecorrigeerd kunnen worden. Het hof moest oordelen over de volgende clause in een testament:

“De executeur heeft tot taak de goederen van de nalatenschap te beheren en alle schulden van de nalatenschap te voldoen.

De executeur is daarom, voor zover van toepassing, onder meer bevoegd:

- mijn begrafenis of crematie te verzorgen;*
- de legaten af te geven;*
- registergoederen te vervreemden en te leveren;*
- de erfbelasting te betalen;*
- alle schulden van de nalatenschap te voldoen;*
- de nalatenschap in staat van verdeling te brengen en te verdelen.*

(...)

De executeur heeft het recht om een boedelnotaris en zo nodig taxateurs aan te wijzen.”

De opsteller van het testament heeft hier duidelijk de taakomschrijving van de executeur voor ogen gehad (art. 4:144 BW). De beheersexecuteur mag de nalatenschap echter niet verdelen. Die bevoegdheid is in het testament wel met zoveel woorden aan de executeur toegekend (*“De nalatenschap in staat van verdeling te brengen en te verdelen”*). De opsteller van het testament moet dan ook met deze tekst - zonder dat met zoveel woorden te expliciteren - mede het oog hebben gehad op art. 4:171 BW. Op grond van deze bepaling kunnen de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader worden geregeld. Welk gevolg heeft deze onnauwkeurigheid?

“Volgens [eiser] is [gedaagde] in het testament niet mede aangesteld als afwikkelingsbewindvoerder en mist (...) aangehaalde passage uit het testament waarbij de executeur ook de bevoegdheid heeft gekregen “de nalatenschap in staat van verdeling te brengen en te verdelen” betekenis omdat daar niet expliciet staat opgenomen dat de executeur ook tot afwikkelingsbewindvoerder is benoemd. Omdat de notaris daarvan wel is uitgegaan en dit ook in de verklaring voor erfrecht heeft opgenomen, kunnen volgens [eiser] de kosten van de verklaring voor erfrecht niet geheel voor rekening van de boedel gebracht worden en evenmin de werkzaamheden die de notaris heeft verricht met het oog op het tot stand brengen van de verdeling. Volgens [eiser] doet het er daarbij niet toe dat de verdeling uiteindelijk door beide erfgenamen zelf tot stand is gebracht. Volgens [eiser] was [gedaagde], in de terminologie die in de erfrechtelijke literatuur gebruikelijk is, een ‘tweesterrenexecuteur’ en geen ‘driesterrenexecuteur’.”

Het hof ziet dat anders:

“Het hof verwerpt dit standpunt. In het testament is opgenomen dat de executeur bevoegd was de nalatenschap te verdelen. Dat daarbij niet de termen bewind, afwikkelingsbewind of bewindvoerder zijn gebruikt, betekent niet dat alleen daarom aan de testamentaire bepaling geen betekenis toekomt. De wens van de erflater omtrent de bevoegdheden is doorslaggevend. (...)”

Met deze door het hof toegestane ruime uitleg kunnen de onnauwkeurigheden in het testament in dit geval gladgestreken worden.

Prorogatie van rechtspraak

Een alternatieve wijze van geschillenbeslechting, waarvoor nog te weinig oog bestaat, is de prorogatie van art. 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De tekst daarvan luidt als volgt:

“In alle zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van partijen staan, kunnen zij zich samen tot een kantonrechter van hun keuze wenden en zijn beslissing inroepen. Het geding wordt gevoerd op de wijze als door de kantonrechter bepaald.”

Op grond van deze bepaling hebben partijen de mogelijkheid om in onderling overleg hun geschil voor te leggen aan de kantonrechter van hun keuze. Niet duidelijk is of deze keuze op voorhand kan worden gedaan, of dat de keuze alleen mogelijk is bij een eenmaal gerezen geschil. Een andere belemmering zal hierin gelegen kunnen zijn dat de keuzemogelijkheid lijkt te zien op geschillen waarvoor reeds een rechtsingang bestaat.

Herroepelijk

Indien de rechtshandeling als een uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 4:42 lid 1 BW kan worden aangemerkt, dan kan zij steeds eenzijdig door de erflater worden herroepen (art. 4:42 lid 2 BW). Daarmee is de herroepelijkheid van de uiterste wilsbeschikking een *gevolg* van de kwalificatie van de rechtshandeling als een eenzijdige. De herroepelijkheid van de uiterste wilsbeschikking vloeit voort uit het eenzijdige karakter van de rechtshandeling. Een verklaring in de uiterste wil dat de uiterste wilsverklaring onherroepelijk is, is wegens strijd met art. 4:42 lid 2 BW nietig.

Nadere voorschriften die voor herroeping van een uiterste wilsbeschikking gelden, zijn neergelegd in afdeling 5 van titel 4 van Boek 4 BW (art. 4:111 e.v. BW). Ook een herroeping is een uiterste wilsbeschikking als bedoeld in art. 4:42 lid 1 BW. Zie daarover verder § 5.

Bij uiterste wil

Met de woorden *“bij uiterste wil”* in art. 4:42 lid 3 BW wordt aangegeven dat een uiterste wilsbeschikking – in afwijking van de hoofdregel dat verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm kunnen geschieden en zelfs ook in één of meer gedragingen besloten kunnen liggen (art. 3:37 lid 1 BW) – een aan vorm gebonden rechtshandeling is. Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil worden gemaakt of herroepen. Het

wezen van uiterste wilsbeschikkingen dient in de uiterste wil opgenomen te worden, en dus niet in een ander document waarnaar wordt verwezen.

De vormvoorschriften die gelden voor het maken van een uiterste wil zijn neergelegd in afdeling 4 van titel 4 van Boek 4 BW (art. 4:93 e.v. BW). Het opschrift van deze afdeling luidt: 'Vorm van uiterste willen'. Zie daarvoor verder § 2. Als voordelen van de vormgebondenheid van een uiterste wil, en als regel geldt de vorm van een notariële akte, kunnen worden genoemd de rechtszekerheid, de waarborging van de duurzaamheid van de afgelegde verklaringen en de deskundigheid en ervaring van de notaris op dit terrein.

Persoonlijk

Een uiterste wilsbeschikking dient door de erflater *persoonlijk* gemaakt te worden (art. 4:42 lid 3 BW). De uiterste wilsbeschikking is een rechtshandeling van hoogstpersoonlijke aard. Het gaat daarbij om een rechtshandeling waarbij het zozeer op het persoonlijke inzicht van de erflater aankomt, dat men moet aannemen dat deze rechtshandeling alleen door de betrokkene kan worden verricht. Dit betekent dat de erflater bij het maken van een uiterste wilsbeschikking (of bij het herroepen daarvan) – in afwijking van de hoofdregel dat alle vermogensrechtelijke rechtshandelingen bij wege van vertegenwoordiging kunnen worden verricht (titel 3 van Boek 3 BW) – niet kan worden vertegenwoordigd door middel van zijn wettelijke vertegenwoordiger of een gevolmachtigde.

Men kan zich afvragen of in het vereiste dat de uiterste wilsbeschikking persoonlijk dient te worden gemaakt, ook een verbod van wilsdelegatie gelezen dient te worden. Een uiterste wilsbeschikking zou in dat geval dan niet alleen door de erflater persoonlijk moeten worden gemaakt, maar ook door de erflater persoonlijk moeten worden bepaald voor wat betreft de inhoud, werking en voorwaarden daarvan. Hier raakt men aan de (grenzen van de) testeervrijheid van de erflater die uitdrukking geeft aan het autonomiebeginsel. Staat een algemeen verbod op wilsdelegatie op gespannen voet met de testeervrijheid, die onder meer bestaat uit de vrijheid naar eigen inzicht de inhoud, werking en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking te bepalen (vgl. § 1)? Of zou men de aan wilsdelegatie eventueel te stellen grenzen meer moeten zoeken in de aard van de diverse soorten uiterste wilsbeschikkingen?¹⁶ Dat het niet is toegestaan dat een andere persoon dan de erflater erfgenamen aanwijst, kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit het vereiste dat bij de erfstelling aan een of meer "*daarbij aangewezen personen*" (een deel van) de nalatenschap wordt nagelaten (art. 4:115 BW).

Testamentaire vertegenwoordiging

Art. 4:42 lid 3 BW bevat een verbod op testamentaire vertegenwoordiging; een uiterste wilsbeschikking kan alleen door de erflater *persoonlijk* worden gemaakt en herroepen. Het testeren ziet op de autonomie van een persoon, zodat een uiterste wilsbeschikking alleen door de betrokkene zelf kan worden gemaakt en niet voor hem door een ander. Het resultaat dat bepaalde rechtshandelingen (al dan niet in afwijking van het versterferrecht) niet kunnen worden verricht, bevredigt niet altijd. In de literatuur wordt daarom wel bepleit dat vanwege vergrijzing, dementie en het gegeven dat de erflater tijdens zijn leven nu eenmaal wettelijke vertegenwoordigers kan hebben (zoals een curator ingeval van curatele

¹⁶ Zie voor de toelaatbaarheid van wilsdelegatie uitgebreid N.V.C.E. Bauduin, Wilsdelegatie in het erfrecht (diss. Nijmegen 2014).

of een bewindvoerder bij meerderjarigenbewind¹⁷) de mogelijkheden hiervoor verkend moeten worden. Uit de rechtspraak blijkt dat de deur voor testamentaire vertegenwoordiging soms op een kier opengezet wordt.

Zo heeft de rechtbank Midden-Nederland (sector kanton) bij beschikking van 26 november 2014, [ECLI:NL:RBMNE:2014:6455](#), machtiging verleend aan de curator om een testament van curanda te herroepen. De curanda kon dit zelf niet doen, omdat zij niet meer in staat was haar wil te bepalen over het herroepen van het testament. In de bijzondere omstandigheden van dit geval meende de kantonrechter aanleiding te vinden de gevraagde machtiging te verlenen.

Oudtante was in 2009 onder curatele gesteld wegens een geestelijke stoornis. Machtiging werd door de curator gevraagd voor de herroeping van een testament uit 2008, waarin zij haar 21-jarige achterneef tot enig erfgenaam had benoemd. Kort na het opstellen van het testament was oudtante in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen met de achterneef gehuwd. Dat huwelijk is in 2011 nietig verklaard, omdat oudtante bij het sluiten van het huwelijk haar wil niet kon bepalen. Als gesteld, de kantonrechter kon geen toestemming meer verlenen voor de herroeping van het testament op grond van art. 4:55 lid 2 BW, aangezien oudtante niet meer wilsbekwaam was. In dit geval verleende de kantonrechter machtiging op grond van art. 8 EVRM en art. 1 van het Eerste Protocol EVRM. De kantonrechter meende namelijk dat het erfrecht (mede) een belangrijk onderdeel is van door art. 8 EVRM te beschermen privéleven en persoonlijke integriteit. Verder wees de kantonrechter op het volgende:

“Uit de hiervoor weergegeven feiten waaronder de uitgangspunten voor het Hof om te komen tot een bevestiging van het vonnis van de rechtbank tot nietigverklaring van het huwelijk tussen [de achterneef] en curanda en de vaststelling dat [de achterneef] daarbij te kwader trouw was, stelt de kantonrechter vast dat de wet curanda onvoldoende bescherming biedt. Gezien de kwade trouw van [de achterneef] bij het huwelijk heeft curanda er immers groot belang bij dat haar testament, waarin [de achterneef] tot enig erfgenaam wordt benoemd, wordt herroepen en dat niet haar (wettelijk) erfgenamen worden opgezadeld met de last om dit testament na haar overlijden aan te tasten. Zij loopt daarmee immers bijvoorbeeld het risico dat deze erfgena(a)m(en) - om wat voor reden dan ook - de keuze maken om aantasting (in rechte) achterwege te laten. Daarmee zou [de achterneef] - ondanks de door het Hof vastgestelde kwade trouw - toch haar enig erfgenaam blijven.”

Uit rapportages van medici bleek dat oudtante haar wil niet meer kon bepalen. Zij was begin 2008 al langere tijd dementerend, maar *“met een opmerkelijk behoud van decorum”*. Bij oudtante was aan haar voorkomen en gedrag minder af te leiden dan paste bij haar mate van dementie. De achterneef was daarvan op de hoogte. De kantonrechter overweegt dan:

“Onder deze omstandigheden dient de curator op grond van artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM machtiging te worden verleend om namens curanda het testament van 29 februari 2008 te herroepen. De bepaling in artikel 4:55 lid 2 BW biedt curanda onvoldoende bescherming tegen deze ernstige aantasting van haar privéleven en eigendom. Daarbij is ook van belang dat de gevraagde toestemming slechts ziet op de herroeping van het bestreden testament en niet op het opmaken van een andere uiterste wil. Dit leidt ertoe dat

¹⁷ Zie hiervoor het onderdeel ‘Het levenstestament gewikt en gewogen’ onder het kopje ‘Capita selecta’ op deze website.

de voorwaarde voor het opmaken van het testament met machtiging van de kantonrechter, namelijk dat de onder curatele gestelde de gevolgen van de uiterste wilsbeschikking overziet, in dit geval en voor zover nodig buiten toepassing moet blijven.”

Een ander voorbeeld van vertegenwoordiging van de erflater bij het hoogstpersoonlijke testeren, is een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 30 juni 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:3381](#). In dat geval werd de inhoud van het testament – en dan met name de aangewezen erfgenamen (twee zendingsorganisaties) en de invulling van diverse legaten (goede doelen) – mede bepaald door de curator (met bijstand van een notaris, accountant en een advocaat van de curator) en was aansluiting gezocht bij de wensen van de (overleden) ouders van de erflater. De kantonrechter gaf toestemming voor het maken van een testament, en wel onder bepaalde voorwaarden (waaronder de voorwaarde dat alsnog een legaat ten gunste van de Waddenvereniging zou worden opgenomen en eventueel nog een of twee door de erflater gekozen legatarissen zouden worden toegevoegd).

4. Samenhang van de uiterste wilsbeschikking met andere rechtsfiguren

De uiterste wilsbeschikking, een eenzijdige rechtshandeling zoals nader omschreven in art. 4:42 BW (§ 3), dient in nauwe samenhang met andere rechtsfiguren en wetsbepalingen begrepen en in het wettelijke systeem geplaatst te worden. Uit die samenhang blijkt dat het wettelijke systeem goed doordacht en uitgebalanceerd is, met een eigen plek voor de uiterste wilsbeschikking te midden van de schenking ter zake des doods, andere overeenkomsten die als quasi-erfrecht kunnen worden aangemerkt en de (verboden) overeenkomst over een nog niet opengevallen nalatenschap.

Verboden overeenkomst over een nog niet opengevallen nalatenschap

Op grond van art. 4:4 lid 2 BW zijn overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan nietig. Aan contractueel erfrecht, waarbij iemand bij overeenkomst in de positie van erfgenaam wordt gebracht, wordt hiermee paal en perk gesteld. Het zou ongerijmd zijn dat de erflater bij leven maar met werking na zijn overlijden zijn nalatenschap kan verkopen, waarna de koper de koopsom niet zou hoeven te betalen (en wel omdat hij daar zelf recht op heeft) en de schuldeisers van de erflater-verkoper het nakijken hebben. Die ongewenste uitkomst wordt door het verbod van art. 4:4 lid 2 BW onmogelijk gemaakt.

Een overeenkomst met betrekking tot één of meer bepaalde goederen van de nalatenschap wordt niet door het verbod van art. 4:4 lid 2 BW getroffen. Zo vallen ook een schenking van een nalatenschapsgoed met werking na dode (vgl. art. 7:177 BW) of een verblijvingsbeding met betrekking tot de woning en de inboedel daar niet onder.

Schenking ter zake des doods

De schenking ter zake des doods beoogt – evenals een uiterste wilsbeschikking – werking te hebben na het overlijden van de schenker. Het is om die reden verklaarbaar dat in art. 7:177 lid 1 BW wat betreft de vormvereisten aansluiting is gezocht bij art. 4:42 lid 3 BW. Een schenking die de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker zal worden

uitgevoerd en niet reeds tijdens zijn leven is uitgevoerd, is rechtsgeldig, mits de schenking door de schenker *persoonlijk* is aangegaan en van de schenking een *notariële akte* is opgemaakt. Zijn deze vormvereisten bij de schenking ter zake des doods niet nageleefd en is de schenking ook niet reeds bij leven uitgevoerd, dan komt de schenking met het overlijden van de schenker te vervallen.¹⁸

Quasi-legaten

Zonder nadere wettelijke voorziening zouden de schuldeisers van de nalatenschap na overlijden geconfronteerd kunnen worden met schuldeisers die hun rechten ontlenen aan bijvoorbeeld een schenking ter zake des doods of een verblijvingsbeding.¹⁹ Dat zou een verstoring van de rangorde van schuldeisers opleveren. De wetgever heeft dat willen voorkomen. Om die reden heeft de wetgever in art. 4:126 BW een aantal giften en overeenkomsten met werking na overlijden voor de toepassing van de regels voor vermindering en inkorting aangemerkt als legaten, de zogeheten quasi-legaten. Deze schulden nemen ten opzichte van de normale, reeds bestaande schulden van de erflater (art. 4:7 lid 1 onder a BW) een lagere rang in. De wetgever heeft de schulden *“uit giften en andere handelingen die ingevolge artikel 126 worden aangemerkt als legaten”* in een afzonderlijke categorie (ná de legaten van art. 4:126 lid 1 onder h BW) ondergebracht (en wel in art. 4:126 lid 1 onder i BW).²⁰ De schulden uit hoofde van de quasi-legaten komen – evenals de schulden uit hoofde van de legaten – pas voor voldoening ten laste van de nalatenschap in aanmerking, *“indien alle andere schulden van de nalatenschap daaruit ten volle kunnen worden voldaan”* (art. 4:120 lid 1 BW). Die andere schulden zijn de schulden als vermeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m g BW. De legatarissen en quasi-legatarissen zijn post-concurrente schuldeisers.

5. Herroeping van uiterste wilsbeschikkingen

Voor het herroepen van een uiterste wilsbeschikking gelden dezelfde vormvoorschriften als voor het maken van die beschikking (art. 4:111 BW). Herroeping van een uiterste wilsbeschikking kan niet alleen uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend plaatsvinden (art. 4:112 BW). Een latere uiterste wilsbeschikking die een vroegere niet uitdrukkelijk herroept, doet deze vervallen voor zover zij door de latere beschikking onuitvoerbaar is geworden of vervangen is. Het verdient uiteraard de voorkeur dat in een nieuwe uiterste wil een eerdere uiterste wilsbeschikking expliciet wordt herroepen, algeheel dan wel ten dele.

Een onderhandse uiterste wil blijft berusten onder de minuten van de notaris aan wie dit stuk in bewaring is gegeven (art. 4:95 lid 6 BW). Herroeping van een dergelijk depot-testament geschiedt door het bij de notaris in depot gegeven testament terug te vorderen (art. 4:113 BW). Van de teruggave wordt een akte opgemaakt ter verantwoording van de notaris. Door de teruggave wordt de onderhandse uiterste wil herroepen.

¹⁸ Zie ook het onderdeel 'Schenking en erfrecht'.

¹⁹ Een verblijvingsbeding is een overeenkomst waarmee wordt bereikt dat goederen die van partijen gemeenschappelijk eigendom zijn bij een bepaalde gebeurtenis (zoals bij het overlijden van een van de partijen) toekomen aan één van de partijen. Het verblijvingsbeding is een overeenkomst van verdeling bij voorbaat (nu voor alsdan).

²⁰ Zie hiervoor het onderdeel 'In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW'.

Ten slotte nog een terminologische opmerking. Testamenten kunnen niet worden herroepen, wel uiterste wilsbeschikkingen. Immers, de uiterste wil als akte is eenmaal opgemaakt en dat kan niet meer ongedaan gemaakt worden.

6. Maken van een uiterste wilsbeschikking en voordeel daaruit genieten

Boek 4 BW bevat aan de ene kant regels die bepalen wie een uiterste wilsbeschikking kan maken en aan de andere kant regels die bepalen wie onbevoegd is om uit een uiterste wilsbeschikking voordeel te genieten.

6.1. Maken van een uiterste wilsbeschikking

Om een uiterste wilsbeschikking te kunnen maken (of te herroepen), dient de erflater ten tijde van het testeren (i) wilsbekwaam en (ii) testeerbevoegd te zijn.

Wilsbekwaamheid

Art. 3:33 BW vereist voor een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Deze regel geldt ook voor de (rechtsgeldige) totstandkoming van een uiterste wilsbeschikking. De erflater dient voldoende in staat te zijn om zijn wil te bepalen. Het is aan de notaris om hierop toe te zien (de zogeheten 'wilscontrole' door de notaris).

Heeft iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord een uiterste wilsbeschikking gemaakt, dan wordt een met de verklaring overeenstemmende wil geacht te ontbreken, indien de stoornis een redelijke waardering van de bij de uiterste wilsbeschikking betrokken belangen belette, of indien de verklaring onder invloed van die stoornis is gedaan (art. 3:34 lid 1 BW). Stemt de wil van de erflater als gevolg van een stoornis niet overeen met zijn verklaring, dan is de uiterste wilsbeschikking - een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling - nietig (art. 3:34 lid 2 BW).

Zie verder het onderdeel 'Wil de ware erfgenaam opstaan?', waarin nader wordt ingegaan op de mogelijkheden om testamenten aan te vechten in gevallen van wilsbekwaamheid en ongeoorloofde beïnvloeding.

Testeerbevoegdheid

Art. 4:55 BW bepaalt welke personen testeerbevoegd zijn. Volgens art. 4:55 lid 1 BW zijn testeerbevoegd: (i) degenen die handelingsbekwaam zijn, (ii) minderjarigen die de leeftijd van zestien jaar hebben bereikt en (iii) degenen die op een andere grond dan wegens hun lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele zijn gesteld. Al deze personen zijn bevoegd uiterste wilsbeschikkingen te maken.

Ad (i): handelingsbekwamen

De wet hanteert als uitgangspunt dat iedere natuurlijke persoon bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen (en dus ook een uiterste wilsbeschikking kan maken), behoudens voor zover de wet anders bepaalt (art. 3:32 lid 1 BW). Sommige personen zijn echter handelingsonbekwaam. Dat geldt voor minderjarigen (art. 1:233 BW) en onder

curatele gestelden (art. 1:381 lid 2 BW). Een uiterste wilsbeschikking die door een handelingsonbekwame is gemaakt, is nietig (art. 3:32 lid 2 BW).

Ad (ii): minderjarigen die de leeftijd van zestien jaar hebben bereikt

Het minderjarige kind dat zestien jaar of ouder is, behoeft geen toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger voor het maken van een uiterste wilsbeschikking.

Ad (iii): onder curatele gestelden

De onder curatele gestelde op een andere grond dan wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand behoeft geen toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger voor het maken van een uiterste wilsbeschikking. Degenen die wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele zijn gesteld, kunnen slechts met toestemming van de kantonrechter uiterste wilsbeschikkingen maken (art. 4:55 lid 2 BW). Op de procedure voor het vragen van toestemming aan de kantonrechter is art. 1:39 BW van overeenkomstige toepassing verklaard.²¹ Het is de taak van de kantonrechter om te beoordelen, eventueel na het inwinnen van een deskundigenbericht, of de geestelijke stoornis van de curandus een redelijke waardering van de bij het maken van een uiterste wilsbeschikking betrokken belangen belet. Indien dat niet het geval is, zal de kantonrechter zijn toestemming verlenen. De kantonrechter kan aan zijn toestemming voorwaarden verbinden, bijvoorbeeld dat de notariële akte die de uiterste wil bevat binnen een bepaalde periode wordt verleden. De kantonrechter zal waarschijnlijk aan de betrokkene vragen wat zijn erfrechtelijke voornemens zijn, hij kan overlegging van een concept van de uiterste wil vragen en zal moeten beoordelen of de betrokkene alles overziet. Ook de notaris zal bij het passeren van de notariële akte zelfstandig moeten beoordelen of de erflater nog steeds in staat is zijn wil te bepalen. Dit betekent dat, ook al is de toestemming van de kantonrechter gegeven om een uiterste wilsbeschikking te maken en de notaris de wilscontrole heeft uitgeoefend, het in beginsel nog steeds mogelijk is de uiterste wilsbeschikking aan te tasten met een beroep op art. 3:33 BW of art. 3:34 BW.²² Zie verder het onderdeel 'Wil de ware erfgenaam opstaan?'

6.2. Voordeel genieten uit een uiterste wilsbeschikking

Om voordeel te kunnen genieten uit een uiterste wilsbeschikking mag men niet (i) *onbekwaam* of (ii) *onwaardig* zijn. Aan een making (en dat is een erfstelling of een legaat) kan bovendien slechts een recht worden ontleend en daaruit kan dientengevolge een voordeel worden genoten, indien men bestaat op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt (de *bestaanseis*). De wetgever heeft verder bepaald dat sommige personen in bepaalde omstandigheden onbevoegd zijn om uit een uiterste wilsbeschikking voordeel te genieten (*onbevoegde voordeelgenieters*).

²¹ Art. 1:39 BW geeft regels voor onder meer de termijn van hoger beroep bij verlening of weigering van toestemming door de kantonrechter.

²² NW 3, Parl. Gesch. InvW. Boek 4, p. 1789.

Onbekwaamheid

Onbekwaam om erfgenaam te zijn, is slechts de informele vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte (art. 2:30 lid 1 BW). Deze vereniging heeft beperkte rechtsbevoegdheid, en kan bijvoorbeeld ook geen registergoederen verkrijgen.

Onwaardigheid

Onwaardig om voordeel te trekken uit een nalatenschap zijn de personen die genoemd zijn in art. 4:3 lid 1 BW. Onwaardig is bijvoorbeeld degene die onherroepelijk is veroordeeld wegens het ombrengen van de erflater, of degene die onherroepelijk is veroordeeld wegens een opzettelijk tegen de erflater gepleegd misdrijf waarop volgens de Nederlandse wettelijke delictomschrijving een vrijheidsstraf is gesteld met een maximum van ten minste vier jaren. Het vereiste dat men niet onwaardig mag zijn, geldt zowel in het versterfrecht als in het testamentaire erfrecht. Zie verder het onderdeel 'Wil de ware erfgenaam opstaan?'.²³

Bestaanseis

Men dient te bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt. Deze bestaanseis geldt in het versterfrecht (art. 4:9 BW). De bestaanseis als voorwaarde om een recht te kunnen ontlenen aan een testamentaire making (een erfstelling of een legaat), is te vinden in art. 4:56 BW. Op deze laatste bestaanseis bestaan evenwel diverse uitzonderingen, zoals bij de tweetrapsmakingen. Zie daarvoor het onderdeel 'Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen'.

Onbevoegde voordeelgenieters

Niet iedereen kan zonder meer voordeel genieten uit een uiterste wilsbeschikking. In afdeling 2 van titel 4 van Boek 4 BW (art. 4:57 t/m 4:61 BW) geeft de wetgever beperkende regels voor de voogd, bepaalde leermeesters, alsmede voor de notaris en getuigen die bij het verlijden van het testament optraden. Bijzondere aandacht genieten ook de beroepsbeoefenaren op het gebied van de individuele gezondheidszorg, geestelijke verzorging e.d. Het gaat hier dus om personen die ten tijde van het maken van de uiterste wilsbeschikking in een zodanige (afhankelijke) relatie tot de erflater staan, dat misbruik daarvan op de loer ligt. Ongeacht of sprake is van daadwerkelijke beïnvloeding van de erflater, heeft de wetgever deze (uitgesloten) personen onbevoegd verklaard om een voordeel uit de nalatenschap te genieten. Gelijk bekend, behoort vernietiging van de uiterste wilsbeschikking op grond van misbruik van omstandigheden niet tot de mogelijkheden (art. 4:43 lid 1 BW). In feite werpt deze wettelijke regeling van onbevoegde voordeelgenieters bij voorbaat een dam op tegen het gevaar dat misbruik gemaakt wordt van afhankelijkheid en andere in art. 3:44 lid 4 BW genoemde omstandigheden. Let wel: de opsomming van de onbevoegde voordeelgenieters is limitatief.²³

Een uiterste wilsbeschikking die in strijd is gemaakt met deze wettelijke regeling van onbevoegde voordeelgenieters is vernietigbaar (art. 4:62 lid 1 BW). Zie verder het

²³ Vgl. gerechtshof Den Haag 12 maart 2014, [ECLI:NL:GHDHA:2014:796](#), in welk geval het hof oordeelde dat een bewindvoerder van een meerderjarigenbewind niet onbevoegd was voordeel te genieten uit een nalatenschap, nu "de opsomming in de wet limitatief is".

onderdeel 'Wil de ware erfgenaam opstaan?'. In dit verband wordt daarom ook wel gesproken van 'verboden' makingen of beschikkingen. Deze aanduiding is misleidend, omdat daarmee gesuggereerd wordt dat het niet zou zijn toegestaan deze onbevoegde voordeelgenieters te bevoordelen. Het verbod is evenwel niet absoluut; de erflater mag weldegelijk een uitgesloten persoon met een erfstelling of een legaat bevoordelen. De uiterste wilsbeschikking waarmee dat gebeurt, is alleen vernietigbaar.

De notaris dient erop bedacht te zijn ingeval een persoon in deze hoedanigheid in een testament wordt bevoordeeld. Aangenomen wordt dat de notaris mag meewerken aan het opstellen van een dergelijke 'verboden' beschikking, mits de notaris voldoet aan zijn notariële zorgplicht. Die notariële zorgplicht houdt in dat de notaris aan zijn informatieplicht jegens de erflater heeft voldaan en zich ervan heeft overtuigd dat zich geen ongeoorloofde beïnvloeding van de erflater heeft voorgedaan. Een dergelijke gedragslijn volgt uit een beslissing van de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam van 6 april 2006, [ECLI:NL:GHAMS:2006:AW1862](#). In dat geval werd erover geklaagd dat een echtpaar het testament van een in fysiek opzicht hulpbehoevende man bij de notaris geregisseerd zou hebben. De notariskamer overwoog:

“Met betrekking tot de uiterste wil van erflater, inclusief het daarin opgenomen legaat, overweegt het hof tenslotte als volgt. Voorop staat hetgeen in het testament is opgenomen overeenkomstig de wens van erflater was. De notaris heeft voorts aangegeven dat hij met erflater heeft besproken dat mogelijk sprake was van een vernietigbare bepaling in het testament. Het hof is van oordeel dat de notaris niet onzorgvuldig heeft gehandeld door mee te werken aan de totstandkoming van een testament met deze inhoud. Met de kamer is het hof van oordeel dat de notaris hiermee tegemoet is gekomen aan de wens van erflater. Het hof overweegt voorts dat nog geenszins vast staat dat er sprake is van vernietigbare bepalingen en dat indien komt vast te staan dat hiervan wel sprake is, dit niet automatisch tot de conclusie leidt dat de notaris verwijtbaar heeft gehandeld door de bestreden bepalingen op te nemen in de uiterste wil van erflater. Het hof is van oordeel dat ook dit klachtonderdeel ongegrond is.”

In de beslissing van de kamer voor het notariaat in eerste aanleg krijgt de gewraakte handelwijze van de notaris iets meer reliëf:

“Door de notaris is aangevoerd dat hij zich bewust was van de mogelijke vernietigbaarheid ingevolge artikel 4:62 BW en dat hij op de avond van 17 februari 2003 erflater daarop en op de consequenties daarvan heeft gewezen. Desondanks heeft erflater er voor gekozen een vernietigbare erfstelling in zijn testament te doen aanwijzen.

De notaris heeft ter zitting aangevoerd dat hij reeds gedurende een aantal jaren wist dat het de uitdrukkelijke wens van erflater was om de familie [Z] als zijn erfgenaam aan te wijzen, dat hem niet van enige beïnvloeding van erflater door de familie [Z] was gebleken en dat hem dit ook niet aannemelijk voorkwam, gelet op de krachtige persoonlijkheid van erflater.

Toen de notaris zich op 17 februari 2003 naar het ziekenhuis begaf om het testament van erflater te wijzigen, waren de omstandigheden aldus dat hij te maken had met een stervende man die goed bij geest was en die wederom uitdrukkelijk te kennen gaf de familie [Z] als zijn erfgenaam te willen benoemen. Aangezien op dat moment het nieuwe erfrecht van kracht was geworden en een zodanige erfstelling niet langer een nietige maar een vernietigbare rechtshandeling betrof, heeft de notaris geheel overeenkomstig de wensen van erflater een nieuw testament opgemaakt.

De Kamer is van oordeel dat de notaris met het feit dat hij zijn medewerking aan het testament heeft verleend, niet onzorgvuldig heeft gehandeld noch dat hij de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze onvoldoende heeft behartigd.

Hij is tegemoet gekomen aan de wens van erflater in de stellige overtuiging dat die wens zich in alle onafhankelijkheid had gevormd. De belangen van klaagster zijn door het handelen van de notaris niet geschaad nu haar de mogelijkheid ter beschikking staat het testament aan te vechten en de vernietiging van de rechtshandeling in te roepen. Indien de familie [Z] zich niet neerlegt bij de buitengerechtelijke vernietiging, kan zij haar standpunt ter beoordeling aan de rechter voorleggen.

Van enig laakbaar handelen dienaangaande van de notaris is naar het oordeel van de Kamer dan ook geen sprake, zodat deze klacht ongegrond zal worden verklaard."

Tot hoever reikt de informatieplicht van de notaris jegens de erflater en tot hoever gaat de plicht van de notaris om na te gaan of ongeoorloofde beïnvloeding van de erflater heeft plaatsgevonden? Uit een beslissing van de kamer voor het notariaat van 13 december 2019, ECLI:NL:TNORSHE:2019:35, volgt dat die onderzoeksplicht van de notaris klaarblijkelijk een beperkte is:

"Vast staat dat verpleegkundigen moeten worden geregistreerd in het BIG-register. Voor medewerkers van Thuiszorgorganisaties bestaat zo'n registratieverplichting niet. De notaris heeft tijdens de bespreking met de oom van hem begrepen dat zijn echtgenote tijdens hun laatste vakantie aan de zorgen van de verpleegkundige toevertrouwd was geweest, maar dat er geen professionele zorgrelatie had bestaan of bestond tussen hem en de verpleegkundige. Ook klager heeft daarvan geen melding gemaakt in zijn e-mail aan de notaris, terwijl niet is gesteld of gebleken dat de notaris aanleiding had moeten hebben om te veronderstellen dat er wel sprake was van een professionele zorgrelatie tussen de oom en de verpleegkundige. Daargelaten of het bestaan van een dergelijke relatie tussen de oom en de verpleegkundige de notaris er in de gegeven omstandigheden op grond van artikel 4:59 BW van had kunnen of moeten weerhouden om haar medewerking te verlenen aan de wijziging van het testament, is de kamer van oordeel dat het niet op de weg van de notaris lag om (verder) onderzoek te doen naar de daadwerkelijke (zorg)relatie tussen de verpleegkundige en de (wilsbekwame) oom voordat zij de akten passeerde. Daarbij neemt de kamer in aanmerking dat, zoals de notaris heeft betoogd, pas ná het overlijden van een testateur kan worden beoordeeld of de opgenomen begunstiging mogelijk in strijd is met artikel 4:59 BW. Het oordeel over de vernietigbaarheid is voorbehouden aan de civiele rechter, waarbij opmerking verdient dat de sanctie van vernietigbaarheid ten goede komt aan de testeervrijheid. Wanneer alle belanghebbenden in de uiterste wilsbeschikking berusten, blijft deze gewoon in stand."

Het lag in dit geval niet op de weg van de notaris om (verder) onderzoek te doen naar de daadwerkelijke zorgrelatie tussen de verpleegkundige en de erflater. Daaraan heeft bijgedragen dat pas na het overlijden van de erflater kan worden vastgesteld of de 'verboden' beschikking vernietigbaar is en dat een oordeel daarover is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Een dergelijke benadering komt de testeervrijheid eveneens ten goede.

7. Bespreken, opstellen en passeren van een testament

7.1. Voor een notarieel testament geldende vereisten

Een uiterste wil kan worden gemaakt bij een notariële akte (art. 4:94 BW). Voor een notarieel testament gelden dezelfde vereisten als voor iedere notariële akte. De volgende vereisten springen het meest in het oog.

Identificatie

De bij het verlijden van het notarieel testament verschijnende persoon en getuigen moeten aan de notaris bekend zijn, aldus art. 39 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna). De notaris stelt de identiteit van de persoon die de eerste maal voor hem verschijnt vast aan de hand van een document als bedoeld in art. 1 van de Wet op de identificatieplicht en vermeldt de aard en het nummer daarvan in de akte. Te denken valt aan een geldig paspoort of rijbewijs.²⁴

Vrije en onafhankelijke wilsvorming

Het maken van een testament is een hoogstpersoonlijke rechtshandeling (art. 4:42 lid 3 BW, § 2). De notaris dient er om die reden op toe te zien dat vrije en onafhankelijke wilsvorming bestaat bij degene die deze rechtshandeling verricht. De notaris zal het testament slechts mogen passeren in aanwezigheid van de erflater en eventuele getuigen, zodat de erflater onttrokken is aan mogelijke invloed van derden (denk aan misbruik van omstandigheden). De vrije en onafhankelijke wilsvorming van de erflater – ook wel testateur genoemd – ziet toe op alle fases die aan het verlijden van het testament – een notariële akte – vooraf gaan.

Het belang van vrije en onafhankelijke wilsvorming en de naleving van het vier-ogen principe kan geïllustreerd worden aan de hand van enkele uitspraken van de tuchtrechter op klachten die daarover tegen notarissen zijn ingediend.

In de uitspraak van de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam van 16 april 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:1383](#), wordt een berisping opgelegd aan een notaris. Klagers hadden – kort gezegd – aangevoerd dat de erflater de notaris niet alleen heeft gesproken, maar dat de zuster en de neef bij alle gesprekken aanwezig zijn geweest. De erflater is alleenstaand en heeft geen kinderen. Hij was ten tijde van de gebeurtenissen ongeveer 72 jaar oud. Klagers zijn een zuster en neven van de erflater. De notariskamer overweegt:

“Met betrekking tot het klachtonderdeel dat de notaris op 1 april 2016 en op 4 april 2016 [testateur] niet onder vier ogen heeft gesproken, heeft de notaris aangevoerd dat beide gesprekken uitsluitend tussen hem en [testateur] hebben plaatsgevonden en dat de zuster en de neef op geen enkel moment hebben deelgenomen aan die gesprekken. Volgens de notaris zat de neef op 1 april 2016 in de vrij ruime woonkamer op geruime afstand van hem en [testateur] de krant te lezen en was de zuster in de keuken. Volgens de notaris heeft het gesprek op 4 april 2016 onder vier ogen plaatsgevonden.

Het hof is van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de neef of de zuster op 4 april 2016 in dezelfde ruimte verbleef als de notaris en [testateur]. Daarmee is niet komen vast te staan dat de neef of de zuster op 4 april 2016 aanwezig was bij de bespreking tussen de notaris en [testateur] en invloed heeft kunnen uitoefenen op [testateur]. Vaststaat echter dat de neef

²⁴ Niet-naleving van de identificatieplicht staat aan de authenticiteit van de notariële akte niet in de weg (art. 39 lid 5 Wna).

tijdens het gesprek op 1 april 2016 wel in dezelfde ruimte verbleef als de notaris en [testateur]. Deze bespreking heeft dan ook niet "onder vier ogen" plaatsgevonden. Dat volgens de notaris de neef niet aan het gesprek heeft deelgenomen en de kamer "vrij ruim" is, doet hieraan niet af. Door de neef niet te verzoeken de woonkamer te verlaten, heeft de notaris naar het oordeel van het hof onvoldoende acht geslagen op het risico van (non-verbale) beïnvloeding door derden. De notaris heeft op dit punt dan ook onvoldoende zorgvuldigheid betracht. Hiervan valt de notaris een tuchtrechtelijk verwijt te maken. Het hof acht dit klachtonderdeel derhalve gegrond."

Met betrekking tot de opgelegde maatregel van een berisping overweegt de notariskamer als volgt:

"De notaris heeft onzorgvuldig gehandeld bij de totstandkoming van het testament waar het betreft het feit dat de notaris [testateur] op 1 april 2016 niet in afwezigheid van derden heeft gesproken over het testament. Gezien de ernst van de verweten gedraging is naar het oordeel van het hof de maatregel van berisping gerechtvaardigd. Het tuchtrechtelijk verwijt dat de notaris valt te maken betreft immers een wezenlijk onderdeel van zijn taak en verantwoordelijkheid, te weten dat hij zich ervan dient te vergewissen dat een partij zelfstandig, zonder beïnvloeding door derden, in staat is zich een rechtens relevante wil te vormen en dat de inhoud en de gevolgen van een te ondertekenen akte daarmee in overeenstemming zijn."

In een andere aan de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam 28 mei 2019, [ECLI:NL:GHAMS:2019:1777](#), voorgelegde tuchtklacht werd eveneens aan de notaris een berisping opgelegd. De notaris had het testament van de moeder van klager besproken in aanwezigheid van de broer van klager en zijn echtgenote. De notaris was door deze broer gebeld met het verzoek om bij moeder langs te komen om haar wensen te bespreken ten aanzien van een nieuw testament. Naar aanleiding van deze bespreking heeft de notaris een concept-testament geredigeerd. Er is een afspraak gemaakt om het testament op 17 maart 2015 te passeren. Door het overlijden van erflaatster heeft deze afspraak geen doorgang meer kunnen vinden. De notariskamer overweegt dienaangaande:

"Als uitgangspunt geldt dat het tot de kernverantwoordelijkheid van de notaris behoort om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming van de testateur. De notaris dient dan ook al het nodige te doen om zich ervan te vergewissen dat de testateur bij het vormen en uiten van zijn of haar wil niet op ongewenste wijze is beïnvloed door (de aanwezigheid van) een derde. De notaris heeft de vrijheid om te bepalen op welke wijze hij uitvoering geeft aan deze verantwoordelijkheid. De notaris heeft zijn beslissing om onder de gegeven omstandigheden niet op enig moment afzonderlijk met erflaatster de relevante aspecten van haar testament te bespreken naar het oordeel van het hof echter onvoldoende kunnen verantwoorden. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat - zo heeft de notaris ter zitting ook verklaard - de notaris tot op de dag van de bespreking van 13 maart 2015 de moeder nog nooit had gesproken. De notaris was evenmin bekend met de familieverhoudingen binnen het gezin. De moeder was op leeftijd en zij verkeerde in een kwetsbare medische conditie. Van bijzondere omstandigheden die het gewenst maakten om belanghebbenden bij de bespreking van de wensen van erflaatster met betrekking tot het testament toe te laten is niet gebleken. Onder deze omstandigheden heeft de notaris naar het oordeel van het hof een onvoldoende zorgvuldige invulling gegeven aan zijn taak om te waken voor een vrije en

onafhankelijke wilsvorming, door het gesprek met moeder daarover te doen plaatsvinden in aanwezigheid van [A] en zijn echtgenote. Dat de broer en de schoonzus van klager, aldus de verklaring van de notaris, niet aan het gesprek hebben deelgenomen doet hier niet aan af. Het voornemen van de notaris om - zoals door de notaris ter zitting verklaard - uitsluitend het passeren van het testament buiten de aanwezigheid van derden te laten plaatsvinden acht het hof evenmin een voldoende waarborg om mogelijk ongewenste beïnvloeding tegen te gaan. Klachtonderdeel 1a is dan ook gegrond.

(...)

Nu de notaris een onvoldoende zorgvuldige invulling heeft gegeven aan een kernverantwoordelijkheid van de notaris, namelijk om te waken voor een vrije en onafhankelijke wilsvorming van de testateur, kan niet worden volstaan met een lichtere maatregel dan die van berisping."

Met name bij langstlevende testamenten, die tot voor kort in de notariële praktijk gepasseerd werden in het bijzijn van beide partners, zal stipte naleving van het vier-ogen principe vanwege de verlangde wederkerigheid kunnen wringen.

Beoordeling van de wilsbekwaamheid

De notaris zal toetsen of de erflater niet wilsonbekwaam is. De notaris kan daarbij gebruik maken van het Stappenplan beoordeling wilsonbekwaamheid van de KNB. Wilsonbekwaamheid leidt ertoe dat de door de erflater verrichte rechtshandeling nietig is (art. 3:34 lid 2 BW). Zie daarvoor ook het onderdeel 'Wil de ware erfgenaam opstaan?'

Voorlichting of Belehrung

Een ander belangrijk aspect van het maken van een testament is de voorlichting die de notaris aan de erflater dient te geven naar aanleiding van de wensen van de erflater. Hij dient aan *Belehrung* te doen.

De erflater dient volgens art. 43 lid 1 Wet op het notarisambt tijdig voor het verlijden van het testament de gelegenheid te krijgen om van de inhoud daarvan kennis te nemen. Alvorens tot het verlijden van een testament over te gaan, doet de notaris aan de erflater mededeling van de zakelijke inhoud daarvan en geeft daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die uit de inhoud van de akte voortvloeien.

Wordt het testament door de notaris gepasseerd buiten de aanwezigheid van getuigen, dan kan de erflater verklaren van de inhoud van het testament kennis te hebben genomen en met beperkte voorlezing in te stemmen. In dat geval leest de notaris in elk geval de volgende gedeelten van de akte voor: (i) de voornamen, de naam en de plaats van vestiging van de notaris en de datum en de plaats van het verlijden van de akte, (ii) de gegevens van de erflater en (iii) het slot van het testament (art. 43 lid 2 Wna).

Aanwezigheid van getuigen?

Het huidige erfrecht vereist niet (meer) dat het testament wordt verleden in aanwezigheid van getuigen. De notaris kan evenwel in alle gevallen de tegenwoordigheid van twee getuigen verlangen indien hij dit wenselijk acht (art. 39 lid 2 Wna). De notaris zou de

aanwezigheid van getuigen²⁵ wenselijk kunnen achten als bijvoorbeeld een debat zou kunnen ontstaan over de wilsbekwaamheid van de erflater.

Van akten die in tegenwoordigheid van getuigen worden verleden, leest de notaris steeds de volledige tekst voor (art. 43 lid 2 Wna). Hij voldoet dan eveneens in het bijzijn van getuigen aan de informatieplicht (mededeling van de zakelijke inhoud, het geven van een toelichting en het zo nodig wijzen op de gevolgen die uit de inhoud van de akte voortvloeien).

Ondertekening van het testament

Het testament dient door de erflater onmiddellijk na voorlezing ondertekend te worden (art. 43 lid 4 Wna). Daarna ondertekent de notaris het testament. Ook art. 4:109 BW benadrukt het belang van ondertekening door zowel de erflater als de notaris. Het testament dient zelfs door de erflater *“ten overstaan van een notaris”* gemaakt te worden, hetgeen uitdrukking geeft aan de fysieke en hoogstpersoonlijke gebeurtenis die het passeren van een testament is.

Indien de erflater verklaard heeft niet te kunnen ondertekenen, dan zal van deze verklaring, alsmede van de reden van verhindering, melding moeten worden gemaakt, aldus art. 43 lid 4 Wna. Volgens het gezaghebbende handboek over de Wet op het notarisambt²⁶ wordt hier uitsluitend bedoeld op een lichamelijke handicap van de erflater, en niet op een situatie zoals die van de coronapandemie.

7.2. Het teletestament

Uit het voorgaande blijkt dat aan een notarieel testament diverse vormvoorschriften zijn verbonden. De vereiste gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de notaris en de erflater voor het rechtsgeldig verlijden van een testament is een sta-in-de-weg om in een noodsituatie op een andere wijze - bijvoorbeeld met gebruikmaking van audiovisuele middelen - een geldig testament tot stand te brengen.

Om die reden heeft de Tweede Kamer op 16 april 2020 ingestemd met de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, op 21 april 2020 gevolgd door de Eerste Kamer.²⁷ Het tijdstip van inwerkingtreding van de Tijdelijke wet (*Staatsblad* 2020, 124 en 126) is bepaald op 16 maart 2020. Deze terugwerkende kracht van de wet werd nodig geacht om de nadelige gevolgen van de voor de datum van inwerkingtreding reeds afgekondigde en nageleefde maatregelen ter voorkoming van besmettingsgevaar zo veel mogelijk te beperken. Art. 26 van de Tijdelijke wet luidt als volgt:

“1. Indien partijen bij een akte en eventuele andere personen niet in persoon bij de notaris kunnen verschijnen en voor het verlijden van de akte een onderhandse volmacht niet volstaat, kan de notaris, in afwijking van artikel 102 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, voor de toepassing van artikel 43, vierde lid, van de Wet op het notarisambt, de akte verlijden met gebruikmaking van tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen. Hiervan maakt de notaris melding in de akte.

2. Een audiovisueel communicatiemiddel als bedoeld in het eerste lid voldoet aan de eis dat het de notaris in staat stelt de identiteit van partijen bij de akte of door hen gevolmachtigde

²⁵ Zie art. 39 lid 3 en 4 Wna voor de aan de getuigen gestelde eisen.

²⁶ Melis/Waaijer, *De Notariswet* (2019), p. 165.

²⁷ Kamerstukken 35434.

personen en eventueel andere personen vast te stellen, en dat deze personen via dat communicatiemiddel direct met de notaris kunnen communiceren.”

De Tijdelijke wet maakt in art. 26 het passeren van notariële akten met behulp van digitale middelen in noodsituaties mogelijk. Noodsituaties zijn omschreven als situaties waarbij *“partijen bij een akte en eventuele andere personen niet in persoon bij de notaris kunnen verschijnen en voor het verlijden van de akte een onderhandse volmacht niet volstaat.”* De mogelijkheid van het passeren van notariële akten op afstand betreft dus onder meer testamenten, omdat die wegens het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking niet op grond van een onderhandse volmacht kunnen worden gepasseerd (vgl. art. 4:42 lid 3 BW). Evenmin is het mogelijk een testament op te laten maken en te laten passeren door een wettelijke vertegenwoordiger van de erflater.

Door de beperkende maatregelen naar aanleiding van de uitbraak van het coronavirus, zoals thuisisolatie en contactverboden (bezoek in verpleeghuizen was bijvoorbeeld niet toegelaten), kon men veelal niet meer in persoon verschijnen voor de notaris en de notariële akte ten overstaan van de notaris ondertekenen. De verspreiding van het virus moest worden voorkomen en de notaris zal natuurlijk ook bezorgd zijn geweest dat zijn medewerkers en hij zelf besmet zouden worden door cliënten, die mogelijk besmet zijn met het virus. Met de Tijdelijke wet konden notarissen op deze wijze tijdens de coronacrisis toch testamenten passeren. De Tijdelijke wet gold in ieder geval tot 1 september 2020, maar de looptijd daarvan kon steeds met twee maanden worden verlengd en dat is ook steeds gebeurd.

Opgemerkt wordt dat de minister bij de totstandkoming van deze wet er uitdrukkelijk op heeft gewezen, *“dat de notaris verantwoordelijk is voor een zorgvuldige en juiste toepassing van artikel 26, tegen de achtergrond van de coronacrisis. De notaris blijft gebonden aan zijn gebruikelijke zorgplichten bij het verlijden van akten. Hij blijft onverkort civielrechtelijk en tuchtrechtelijk aansprakelijk voor eventuele gebreken in zijn dienstverlening”*. De notaris zal dus steeds moeten beoordelen of het in het concrete geval noodzakelijk is om de notariële akte met toepassing van de in deze spoedwet voorziene wijze te passeren. De notaris moet afwegen of uitstel mogelijk is of dat er andere mogelijkheden bestaan. De minister noemt in dat verband communicatie via het raam van een verpleeghuis of maatregelen op het notariskantoor, zoals plaatsing van een plastic scherm of voldoende afstand aan de tafel.²⁸

In plaats van de vereiste fysieke aanwezigheid van de erflater bij de notaris kan nu gebruik worden gemaakt van *“tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen”*. Het audiovisuele communicatiemiddel (een verbinding via bijvoorbeeld Skype, Teams of Zoom) moet volgens art. 26 lid 2 voldoen aan de eis dat het de notaris in staat stelt de identiteit van de erflater vast te stellen. Ook dient de erflater via het communicatiemiddel direct met de notaris te kunnen communiceren.

Bij toepassing van art. 26 moet de notaris volgens de minister de gebruikelijke zorgvuldigheid in acht nemen.²⁹ Hij moet er voor instaan dat de partij bij de notariële akte (in casu de erflater) goed in beeld te zien is, dat de identiteit kan worden vastgesteld, dat de notaris zich vergewist van de omstandigheden waaronder de communicatie verloopt, dat de erflater de inhoud van de akte begrijpt, dat zijn wil daarmee overeenkomt en dat de erflater hierbij niet onder invloed van derden staat.

²⁸ Kamerstukken II, 2019-2020, 35434, nr. 9, p. 2.

²⁹ Kamerstukken II, 2019-2020, 35434, nr. 3, p. 12.

De notaris moet in de notariële akte ten slotte melding maken van het gebruik en het waarom van het tweezijdige audiovisuele communicatiemiddel (art. 26 lid 1 laatste zin). Het is natuurlijk belangrijk dat de notaris in de notariële akte ook vermeldt hoe hij zich er van heeft verzekerd dat de erflater zijn wil zelfstandig, in vrijheid en onafhankelijk heeft gevormd, zoals vereist wordt blijkens de tuchtrechtspraak van de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam.

Nadat de Tijdelijke wet is komen te vervallen³⁰, zullen de onder de werking van deze wet geldig tot stand gekomen testamente hun geldigheid behouden. De regel van art. 4:107 BW, die inhoudt dat noodtestamenten vernietigbaar zijn indien de erflater meer dan zes maanden overlijdt nadat voor hem de noodsituatie is geëindigd, mist in dit geval toepassing. Aan een teletestament is derhalve geen beperkte geldigheidsduur verbonden. Daar is ook geen reden voor zolang notarissen hun opdracht vervullen om alleen in een noodsituatie – de onmogelijkheid om in persoon bij de notaris te verschijnen – gebruik te maken van een teletestament.

Zo blijkt ieder tijdperk zijn wetgevende uitdagingen te kennen, waarmee een eigen stempel op het erfrecht van Boek 4 BW is gezet.

8. Kennisname van het testament na het opvallen van de nalatenschap

Eén van de eerste vragen bij het opvallen van een nalatenschap zal zijn of de erflater een testament heeft gemaakt. Tijdens het leven van de erflater zal de inhoud van zijn testament veelal vertrouwelijk en niet bekend zijn. Op de notaris die het testament gepasseerd heeft, rust een plicht tot geheimhouding van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt (art. 22 Wna). Na het overlijden van de erflater liggen de zaken wezenlijk anders. Het testament met de daarin opgenomen uiterste wilsbeschikkingen is immers bedoeld om na overlijden van de erflater werking te hebben (art. 4:42 lid 1 BW), en zal daartoe bekend gemaakt moeten worden. Op welke wijze en aan wie wordt openheid van zaken gegeven over de inhoud van een testament?

Door raadpleging van het Centraal Testamentenregister (CTR), dat wordt beheerd door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) te Den Haag, kan worden nagegaan of de erflater een testament heeft opgemaakt. In het CTR wordt uitsluitend geregistreerd wie een testament heeft opgemaakt, op welke datum en bij welke notaris. Over de inhoud van het testament is niets bekend bij het CTR. Iedere notaris kan namens de erfgenamen het CTR raadplegen. Ook particulieren kunnen dat bij het CTR zelf doen door het indienen van een aanvraag daartoe. Een formulier daarvoor is te downloaden via www.notaris.nl. Slechts met betrekking tot overleden personen kan een aanvraag tot inzage in het register worden gedaan. Om die reden dient de aanvraag voorzien te worden van een kopie van het uittreksel uit het overlijdensregister, dat ook wel de overlijdensakte wordt genoemd.³¹ Aan de aanvraag tot inzage bij het CTR zijn geen kosten verbonden.

Inmiddels is het ook mogelijk om digitaal een aanvraag tot inzage in het register te doen. Met behulp van de juiste gegevens van de overledene (zoals de NAW-gegevens, de

³⁰ Bij Besluit van 20 juli 2022 is het tijdstip van het vervallen van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid vastgesteld op 1 oktober 2022 (*Staatsblad* 2022, 309).

³¹ Een overlijdensakte wordt opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar het overlijden heeft plaatsgevonden (art. 1:19f lid 1 BW).

geboortedatum, de geboorteplaats en de overlijdensdatum) kan digitaal bij het CTR nagegaan worden of de overledene een testament heeft.³²

Uit de door het CTR verstrekte informatie blijkt onder meer de aard van de notariële akte. Met codering 1 wordt bedoeld op een openbaar testament dat alle voorgaande uiterste wilsbeschikkingen herroept. Met codering 2 wordt bedoeld op een openbaar testament dat niet alle voorgaande uiterste wilsbeschikkingen herroept. Het is derhalve een aanvullend testament. Met codering 3 wordt bedoeld op een akte van bewaargeving of terugneming van een holografisch testament. Ook bij een onderhandse (niet-notariële) akte kan een uiterste wil worden opgemaakt (art. 4:95 BW). Deze onderhandse akte dient vervolgens bij een notaris in bewaring gegeven te worden (het depot-testament) en dan maakt de notaris een akte van bewaargeving (onderscheidenlijk een akte van terugneming bij herroeping) op. Een dergelijke onderhandse akte kan geheel door de erflater zelf - met de hand of de computer - zijn geschreven. In dat geval kan het stuk als holografisch testament aangeduid worden. Met codering 4 wordt bedoeld op een akte van de superscriptie van een geheim testament. Zie hiervoor art. 4:987 en 4:988 BW (oud). Met codering 5 wordt bedoeld op huwelijkse voorwaarden waarin een beschikking des doods is opgenomen. Met codering 6 wordt bedoeld op een andere notariële akte waarin beschikkingen ter zake des doods zijn opgenomen (zoals bijv. de schenking ter zake des doods (art. 7:177 BW)). Met codering 9 wordt bedoeld op akten verleden voor 1966 of voor consulaire ambtenaren.

Om vervolgens kennis te kunnen nemen van de inhoud van het testament dient contact opgenomen te worden met de notaris die het testament bewaart (of een andere notaris naar keuze). Het kan zijn dat de notaris die het testament heeft opgemaakt, niet meer (als notaris) werkzaam is. In dat geval dient het opvolgersarchief via www.notaris.nl geraadpleegd te worden om vast te stellen wie het protocol van deze notaris beheert.³³

Niet iedereen is gerechtigd om kennis te nemen van de inhoud van een testament. Volgens art. 49 lid 1 Wna dient de notaris alleen aan direct belanghebbenden informatie te verstrekken over de inhoud van het testament. Die informatie moet worden verstrekt in de vorm van een afschrift³⁴ van de akte indien de gehele inhoud van de akte van rechtstreeks belang is voor het recht dat ontleend wordt aan de akte. Zo zal door de notaris aan een erfgenaam zonder meer een afschrift van het testament verstrekt moeten worden. Soms zal het nodig zijn om inzage te nemen in meerdere testaments, omdat een testament enkel een aanvulling kan bevatten op een eerder testament.

³² In bepaalde gevallen is het niet mogelijk een digitale aanvraag in te dienen, maar zal de aanvraag schriftelijk dienen te geschieden. Dat geldt voor (i) personen die voor 1 oktober 1994 zijn overleden, (ii) personen die niet in Nederland wonen of in het buitenland zijn overleden, (iii) als de inlichting voorzien moet worden van een apostille en (iv) als de aanvraag afkomstig is van een bewindvoerder of curator en de aanvraag wordt gedaan over een nog levende persoon.

³³ In de Wet op het notarisambt (Wna) wordt bepaald dat de notaris verplicht is kantoor te houden in zijn vestigingsplaats en aldaar zijn protocol te bewaren (art. 12 lid 1 Wna). De wetgever schrijft verder voor dat de notaris verplicht is de voor hem verleden akten in zijn protocol op te nemen (art. 38 lid 1 Wna).

³⁴ Een afschrift is een schriftelijke en letterlijke weergave van de gehele inhoud van de notariële akte. Het afschrift wordt gecompleteerd door een onderschrift met mededelingen over de ondertekening (bijvoorbeeld: Volgen de handtekeningen van de comparant en de notaris). Gebruikelijk is dat de notaris onder het afschrift een verklaring vermeldt waarmee hij te kennen geeft dat het gaat om een stuk dat eensluitend aan de originele notariële akte is.

Indien de akte slechts gedeeltelijk rechtstreeks van belang is voor dat recht, wordt alleen een uittreksel³⁵ afgegeven dat de voor dat recht relevante passages bevat. Een voorbeeld daarvan is het legaat. Aan de legataris die aan het testament een vorderingsrecht ontleent, zal in de regel niet meer dan een uittreksel verstrekt behoeven te worden. Het testament gaat hem slechts aan wat betreft het legaat, daaronder begrepen hetgeen in het testament zal zijn opgenomen over degene die belast is met de uitvoering van het legaat. Ook een onterfde erfgenaam die een erfrechtelijke aanspraak verliest, kan van het desbetreffende onderdeel van de akte - de onterving in het testament - een uittreksel verlangen (art. 49 lid 2 Wna). Het handboek over de Wet op het notarisambt³⁶ vermeldt over de reikwijdte van deze inzage:

“Gezien het verstrekkende karakter van de onterving hebben de onterfde versterferfgenamen recht op de tekstgedeelten waaruit zij zelf kunnen opmaken dat anderen dan zijzelf de erfgenamen zijn geworden. Ik meen dus dat zij een belang hebben als bedoeld in art. 49b Wna, vanwege hun status van versterferfgenaam. Ik teken aan dat het verstrekken van een afschrift van het laatste testament aan de onterfde erfgenamen, zodat zij zich er zelf van konden overtuigen, wie wel erfgenamen waren, vóór de wetswijziging waarbij art. 49 Wna zijn huidige vorm kreeg, praktijk was.”

De notaris zal derhalve in voorkomend geval een beoordeling moeten maken of degene die om een afschrift van het testament verzoekt, gerechtigd is om kennis te nemen van de gehele inhoud van de akte of een gedeelte daarvan. Daarbij zal de notaris rekening moeten houden met enerzijds zijn ambtsplicht - te weten het afgeven van een afschrift of een uittreksel aan degene die daarom verzoekt - en anderzijds zijn geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna met betrekking tot een testament dat tot zijn protocol behoort. Die beoordeling dient de notaris steeds te maken, ook als een collega-notaris om een afschrift van een testament zou vragen. In dat geval is vereist dat door de notaris wordt nagegaan wat de reden voor het verzoek tot inzage is, zo blijkt uit een uitspraak van de notariskamer van het gerechtshof Amsterdam van 8 september 2009, [ECLI:NL:GHAMS:2009:BK1397](#). In dat geval had de notaris een kopie van het testament afgegeven aan een notaris die de belangen behartigde van iemand aan wie de notaris op grond van art. 49 Wna geen afschrift kon afgeven. De notariskamer oordeelde:

“Nu de notaris geen kopie mocht afgeven aan de partner van de vader van klaagster kon hij ook geen kopie afgeven aan degene die haar belangen behartigde, ook al is hij een collega-notaris.

Het hof verwerpt het verweer van de notaris dat hij zijn collega een kopie van het testament kon verschaffen omdat deze op zijn beurt gebonden is aan het beroepsgeheim. De collega trad immers niet op als notaris, maar als opdrachtnemer van een persoon aan wie de notaris krachtens artikel 49 Wna geen afschrift kon afgeven.

De klacht is dan ook gegrond met betrekking tot de afgifte van een kopie van het testament aan de tweede hierboven bedoelde collega-notaris.

Het hof vindt in de omstandigheid dat het in de praktijk niet ongebruikelijk schijnt te zijn dat een notaris afschriften of kopieën van testamenten afgeeft aan collegae zonder zich ervan te

³⁵ Een uittreksel is een schriftelijke en letterlijke weergave van gedeelten van de notariële akte. Het uittreksel moet het hoofd en het slot van de akte vermelden, ook voorzien van de woorden: “Uitgegeven voor woordelijk gelijkkluidend uittreksel” (art. 49 lid 1 Wna).

³⁶ Melis/Waaijer, De Notariswet (2019), p. 252-253.

vergewissen voor welk doel deze worden verzocht aanleiding om thans geen maatregel op te leggen.”

In de gevallen waarin om afgifte van het testament wordt verzocht, dient de notaris de beslissing te nemen of de inhoud van de akte als vertrouwelijk heeft te gelden. Daarbij zal nagegaan moeten worden of de betrokkene die afgifte verzoekt, behoort tot *“degenen die een recht ontlenen aan (een deel van) de inhoud van de akte”* (art. 49 lid 1 Wna).

Inzage in herroepen testament

Dient een notaris - ondanks zijn wettelijke geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna) - in voorkomend geval ook inzage te geven in een herroepen (oftewel vervallen) testament? Het herroepen testament behoort tot het protocol van de notaris (vgl. art. 38 lid 1 Wna). Het gaat bij een herroepen testament om een testament dat inmiddels achterhaald is en waarvan wel wordt gezegd dat het door de erflater geestelijk aan snippers is gescheurd. Met name als eraan getwijfeld wordt of een erflater geestelijk nog wel in staat was zijn wil te bepalen (wilsonbekwaamheid), zal bij inzage in een herroepen testament een belang kunnen bestaan.

Onlangs zijn twee uitspraken in kort geding gewezen over deze kwestie. In het ene geval achtte de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant de tegen de notaris ingestelde vordering tot afgifte van een herroepen testament *“onvoldoende aannemelijk”* om te worden toegewezen ([ECLI:NL:RBZWB:2020:2432](#), in hoger beroep bevestigd in [ECLI:NL:GHSHE:2021:1357](#)). Een broer en zus wensten in dat geval inzage te kunnen nemen in het testament van een alleenstaande zus van hun moeder (erflaatster). Zij meenden dat tante in het herroepen testament alleen hen tot erfgenamen had benoemd, en niet ook de andere nicht en neven. Zij gingen ervan uit dat hun in het herroepen testament een groter erfdeel was toegekend dan in het laatste testament, te weten ieder de helft van de nalatenschap in plaats van ieder 1/6^e deel. Zij stelden dat tante bij het laatste testament wilsonbekwaam was en wensden dit testament te laten vernietigen. Met het oog hierop wensten zij dat de notaris hun inlichtingen zou verstrekken over de inhoud van het herroepen testament en hun daarvan een afschrift of uittreksel zou verstrekken voor het geval hun erfdeel volgens het herroepen testament groter is dan ieder 1/6^e deel. De voorzieningenrechter wijst de vordering als volgt af:

“Met inachtneming van de verweren van de notaris overweegt de voorzieningenrechter als volgt. De testeervrijheid is een belangrijk uitgangspunt van het erfrecht en deze vrijheid dient zo veel mogelijk te worden gerespecteerd. Op grond van artikel 22 Wna geldt dat de notaris, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald, ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht is. Hiermee wordt het maatschappelijk belang gewaarborgd dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk een notaris (en in het algemeen iedere vertrouwenspersoon) te consulteren, zonder te vrezen voor openbaarmaking van hetgeen aan die notaris (of vertrouwenspersoon) in die hoedanigheid wordt toevertrouwd. (...)

Vordering sub 1 strekt tot veroordeling van de notaris om een afschrift, dan wel een uittreksel, dan wel om een schriftelijke verklaring inhoudende de concrete omvang van het erfdeel van [eisers] in het testament van [erflaatster] (erflaatster) d.d. 29 september 2006 te verstrekken. Het beroep van [eisers] op het bepaalde in art. 49 Wna slaagt niet omdat niet aannemelijk is geworden dat [eisers] op grond van voormeld artikel een recht kunnen

ontlenen aan het herroepen testament. Hun betoog op dit punt is immers gebaseerd op vermoedens dat zij op basis van het herroepen testament de enige erfgenamen waren. Dit ligt anders ten aanzien van het testament van 23 juni 2016 nu [eisers] als erfgenamen hieraan wél een recht kunnen ontlenen. De vordering van [eisers] ziet echter niet op dit testament. Daar komt bij dat zelfs indien zou komen vast te staan dat [eisers] de gewenste informatie op geen enkele andere wijze kunnen verkrijgen, dit niet automatisch met zich brengt dat de notaris de informatie dient te verstrekken. Indien dat het geval zou zijn, dan zou in elke situatie waarin alleen de notaris beschikt over bepaalde informatie, de geheimhoudingsplicht geen waarde hebben. Dit strookt niet met het hiervoor (...) weergegeven maatschappelijk belang.”

In het andere geval veroordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam de notaris “tot afgifte van de door [erflaatster] in 1976, 1984 en 1998 opgemaakte testamente[n] aan [eisers], indien de notaris blijkt dat zij daarbij belanghebbende zijn” ([ECLI:NL:RBAMS:2021:3209](#)). In dit geval waren eisers in het laatste testament onterfd. De voorzieningenrechter motiveerde zijn oordeel als volgt:

“In deze zaak beroept de notaris zich op zijn geheimhoudingsplicht. Deze geheimhoudingsplicht kan slechts onder bijzondere omstandigheden worden doorbroken, namelijk als er sprake is van een zwaarder wegend belang bij inzage of afgifte van de eerdere testamente[n]. Van een zwaarder wegend belang is in dit geval sprake. In de eerste plaats is het zo dat eisers bij het laatste testament zijn onterfd. In de tweede plaats heeft het er alle schijn van, gelet op het dossier, dat de tante niet dan wel beperkt wilsbekwaam was ten tijde van het opmaken van het laatste testament. De medische gegevens wijzen in die richting. Van belang is ook dat de heer [executeur-testamentair] door een beschikking van de kantonrechter is ontslagen als executeur-testamentair. Verder hebben eisers uitgelegd dat hun belang ook is dat zij zeker weten dat zij in het voorlaatste testament als erfgenaam waren benoemd. Hiermee kan worden voorkomen dat zij onnodig een procedure opstarten ter vernietiging van het laatste testament. Dit alles leidt ertoe dat de vordering zal worden toegewezen. Daarbij zal worden bepaald dat de notaris alleen afgifte van het voorlaatste testament hoeft te geven wanneer eisers daarin zijn genoemd. Als eisers geen belanghebbenden blijken te zijn, dan kan de notaris volstaan met een mededeling van deze strekking. Er is nog discussie geweest over de vraag of ook de testamente[n] uit 1976 en 1984 zouden moeten worden afgegeven. Ook daarbij hebben eisers een voldoende zwaarwegend belang omdat daaruit zou kunnen blijken dat de tante telkens voor ogen heeft gehad dat de erfenis in de familie zou blijven.”

Waar de rechter in Breda zwaar tilde aan de wettelijke geheimhoudingsplicht van de notaris, had de rechter in Amsterdam óók oog voor andere - in dit geval - zwaarder wegende belangen van eisers. Op sociale media werd vanuit notariële kringen de staf gebroken over de Amsterdamse uitspraak (onder meer “Ben stomverbaasd over deze uitspraak” en “De notaris wordt gestraft voor zijn zorgvuldigheid met een rekening voor de proceskosten. Dat klopt natuurlijk niet. Rechters verschuilen zich achter het systeem.”), met name ook omdat de notaris in de proceskosten - te weten een bedrag van € 309,- aan griffierecht en € 1.016,- aan salaris advocaat - werd veroordeeld. De voorzieningenrechter overwoog dienaangaande:

“De notaris heeft bepleit dat er geen proceskostenveroordeling zou moeten worden uitgesproken in zijn nadeel. Hiervoor ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding, omdat het wettelijk systeem hier in principe niet in voorziet. De notaris wordt immers geheel in het ongelijk gesteld. Er kan zeker begrip worden opgebracht voor de zorgvuldigheid die de notaris heeft betracht, maar tegelijkertijd is er sprake geweest van een eigen keuze en een afweging van de notaris om het op een beslissing van de voorzieningenrechter aan te laten komen.”

Ook op websites van sommige notariskantoren wordt met grote stelligheid beweerd dat erfgenamen geen inzage krijgen in een herroepen testament:

“De vrijheid om een testament te maken is in ons land een groot goed. Alles wat een notaris daarover te horen krijgt, valt onder diens geheimhoudingsplicht, zodat degene die een testament opmaakt er ook van mag uitgaan dat zijn of haar afwegingen niet aan derden worden doorgegeven.”

Deze notariskantoren kennen geen twijfel en zien de wettelijke geheimhoudingsplicht welhaast als een heilige plicht waartegen onder geen beding gezondigd mag worden.

Wie heeft hier het gelijk aan zijn zijde? Aan welk belang dient voorrang gegeven te worden: het belang van de erflater en de piëteit die jegens hem betracht moet worden (beschermd door de wettelijke geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna) of het belang van de (onterfde) erfgenaam bij kennisneming van een herroepen testament? Om deze vraag te beantwoorden, moet te rade worden gegaan bij één van de erfrechtelijke klassiekers van de Hoge Raad: het *erven Ouwendijk*-arrest uit 1982. Die uitspraak staat kennelijk niet of onvoldoende op het netvlies van eenieder. Ook in de aangehaalde uitspraken ontbreekt een verwijzing naar deze ‘gouwe ouwe’.

In de zaak van de erven Ouwendijk heeft een aantal versterferfgenamen van erflaatster (broers en zusters) een afschrift opgevraagd van meerdere testamenten. In deze testamenten werden telkens enkele versterferfgenamen onterfd. De aandacht ging niet uit naar het laatste ontervende testament, maar naar de ontervende testamenten die daaraan vooraf gingen. De notaris had de door erflaatster onterfde broers en zusters wel een afschrift verstrekt van het laatste ontervende testament, maar weigerde op grond van een voorganger van art. 49 Wna afschriften van de eerder herroepen testamenten aan de onterfde erfgenamen te geven. De broers en zusters van erflaatster wensten ook afschriften van de vroegere testamenten, omdat zij meenden dat erflaatster gedurende een aantal jaren voor haar overlijden geestelijk niet meer in staat was haar wil te bepalen, zodat zij de gevolgen van een eventuele vernietiging van elk van de herroepen testamenten onder ogen wilden zien. De Hoge Raad geeft in zijn arrest van 8 januari 1982, NJ 1982/423 een beoordelingskader voor de vraag of en in hoeverre wettelijke erfgenamen recht hebben op afschrift van één of meer testamenten van erflaatster waarbij zij van de erfopvolging zijn uitgesloten:

“Voorop moet worden gesteld dat de Notaris terecht afschrift heeft verstrekt aan Ouwendijk c.s. van het laatste testament van de erflaatster. De rechtspositie van Ouwendijk c.s., die wettelijke erfgenamen zijn, is zozeer bij dit laatste testament betrokken dat zij met betrekking tot dit testament voor de toepassing van de artt. 42 eerste lid van de Wet van 9 juli 1842, Stb. 20, op het Notarisambt en 839 eerste lid Rv als “onmiddellijk belanghebbende personen” zijn te beschouwen.

Voor de vraag of zij recht hebben op afschrift van de eerdere testamenten, die blijkens de door het Hof overgenomen vaststelling van de Pres. telkens door het latere testament zijn herroepen, geldt het volgende. De notaris heeft in beginsel geheimhouding te betrachten met betrekking tot de onder hem berustende minuten. Dit geldt in het bijzonder voor herroepen testamenten, die veelal de neerslag vormen van de door de erflater blijkens de latere herroeping als achterhaald beschouwde - met zijn toenmalige levenssituatie verband houdende - beweegredenen en waaraan derhalve een vertrouwelijk karakter toekomt, waarvan de respectering als een zwaarwegend belang moet worden aangemerkt. Dat sluit niet uit dat onder bepaalde omstandigheden aan de wettelijke erfgenamen een afschrift van zo'n testament niet kan worden geweigerd. Dat zal zich dan voordoen als de wettelijke erfgenamen bij het ontvangen van een afschrift een zoveel zwaarder wegend, in dit verband bescherming verdienend belang hebben dat daarvoor het belang bij bescherming van het vertrouwelijk karakter van het herroepen testament, moet wijken. Dit moet worden beoordeeld - door de notaris en zo nodig door de rechter - aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan het doel waarvoor de wettelijke erfgenamen stellen afschrift van het testament nodig te hebben."

De Hoge Raad heeft als uitgangspunt voorop gesteld dat het laatste testament behoort te worden gerespecteerd en dat het herroepen testament geheim behoort te blijven. Het herroepen testament heeft een vertrouwelijk karakter, omdat mag worden aangenomen dat het de neerslag was van beweegredenen die verband hielden met de toenmalige levenssituatie van erflaterster en die zij blijkens het herroepen testament als achterhaald beschouwde. Het respecteren van deze vertrouwelijkheid is een zwaarwegend belang. Die vertrouwelijkheid wordt gerespecteerd, tenzij de wettelijke erfgenamen een belang hebben dat zo veel zwaarder weegt dat dit belang bescherming verdient boven het beschermen van de vertrouwelijkheid van het herroepen testament. Of anderen een dergelijk zwaarder wegend belang hebben, moet volgen uit de omstandigheden van het geval, waaronder ook het doel waarvoor zij het herroepen testament zeggen nodig te hebben. Tot zover het algemene beoordelingskader.

In het berechte geval is door de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand gelaten, inhoudende (i) dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de testamenten van 1966 en 1967 kunnen worden aangetast op grond dat de erflaterster toen niet in staat was haar wil te bepalen en waaruit volgt dat de erven Ouwendijk onvoldoende belang hebben bij het ontvangen van een afschrift van die testamenten en (ii) dat daaruit volgt dat zij ook geen belang hebben bij een afschrift van het testament van 1975, een en ander beschouwd in het licht van de mededeling van de notaris dat zij bij al die testamenten van de erfopvolging zijn uitgesloten. Bij zijn oordeel is het hof kennelijk mede afgegaan op hetgeen de notaris meedeelde over de inhoud van de vroegere (herroepen) testamenten. De erven Ouwendijk achtten dit onvoldoende en wilden zelf de inhoud van de testamenten controleren. Intussen verbrak de notaris daarmee wel zijn ambtsgeheim betreffende deze testamenten. Dat valt te rechtvaardigen door aan de hand van de hiervoor geschetste belangenafweging te bepalen of iemand een afschrift dient te ontvangen (waarvoor een zwaarder belang vereist wordt) dan wel dat volstaan kan worden met (beperkte) mededelingen. Geheimhouding vereist dus kennelijk niet altijd een zwart-wit-benadering.

Het eindoordeel van de Hoge Raad luidde als volgt:

"s Hof's aldus opgevat oordeel komt erop neer dat Ouwendijk c.s. met betrekking tot de eerdere testamenten niet als 'onmiddellijk belanghebbende personen' in de zin van

genoemde wetsartikelen kunnen worden aangemerkt, omdat zij bij het ontvangen van afschriften daarvan niet een zodanig belang hebben dat daarvoor het bovengenoemde bij de geheimhouding van herroepen testamenten betrokken belang moet wijken. Blijkens het eerder overwogene heeft het Hof aldus oordelend niet blijk gegeven een onjuiste maatstaf te hebben aangelegd."

Uit het voorgaande volgt dat de notaris, dan wel in voorkomend geval de rechter, steeds het belang dat met de wettelijke geheimhouding van de notaris is gediend, zal moeten afwegen tegen het belang van bepaalde personen om mededeling over, inzage in of een afschrift van de notariële akte te verkrijgen.

In het arrest van de Hoge Raad uit 1982 ging het om onterfde wettelijke erfgenamen, van wie vast staat dat zij door het laatste testament hun erfrechtelijke aanspraken hebben verloren. Nog niet uitgemaakt is of ook onterfde testamentaire erfgenamen inzage kunnen nemen in een herroepen testament. Melis/Waaijer, *De Notariswet* (2019), p. 253, zet de deur daarvoor wel open:

"Voor de testamentaire erfgenaam die zijn erfrechtelijke aanspraak heeft verloren, moet mijns inziens hetzelfde gelden. Dat de testateur hen in een van zijn eerdere testamenten tot erfgenaam heeft willen benoemen, heeft mijns inziens een rechtsbetrekking met hen doen ontstaan die rechtvaardigt dat zij zelf kennis kunnen nemen van de beschikking waarmee de testateur anderen heeft benoemd."

De slotsom dient aldus te luiden dat de wettelijke geheimhoudingsplicht van de notaris minder absoluut is dan in het notariaat wel wordt gedacht. Belangen van de erflater en de (voormalige) erfgenaam dienen tegen elkaar afgewogen te worden. De notaris verkeert daarbij in een weinig benijdenswaardige positie, omdat hij het gevoel heeft dat hij door de hond of door de kat gebeten zal kunnen worden. Uiteraard staat altijd de voor de notaris veilige weg open om de rechter de knoop hierover te laten doorhakken, maar daaraan hangt - zo blijkt - wél een prijskaartje. Over dat prijskaartje nog gesproken: er is *an sich* niets mis mee om op de penning te zijn en te beknibbelen op advocatenkosten. Het is voor een beknelde notaris dan ook goed te weten dat voor de gedaagde partij in kort geding geen verplichte bijstand van een advocaat geldt (art. 255 lid 1 Rv). Of dat verstandig is, is uiteraard vers twee.

Beperkingen van het CTR

Het CTR kan niet een definitief uitsluitel bieden over de wijze waarop een erflater over zijn nalatenschap heeft beschikt. Zo wordt een door de erflater opgemaakt codicil niet opgenomen in het CTR (vgl. art. 4:97 BW). Dat geldt eveneens voor een in het buitenland opgemaakt testament.

Registratie van andere notariële akten

Verder wordt nog opgemerkt dat in het CTR ook andere aktes worden geregistreerd. Te denken valt aan voogdijbenoemingen die ingaan bij overlijden, schenkingsakten die pas na het overlijden van de schenker moeten worden uitgevoerd (de zogeheten schenkingen ter zake des doods), akten met een schuldbekentenis of verblijvingsbedingen zoals opgenomen in notariële samenlevingsovereenkomsten en huwelijkse voorwaarden.

Bijzondere clausules

In art 49a Wet op het notarisambt (Wna) is bepaald dat de erflater de bevoegdheid heeft bij uiterste wil te bepalen dat niet eerder dan dat zijn lijk is "begraven of verbrand", een afschrift of uittreksel van zijn uiterste wil mag worden afgegeven aan een belanghebbende of inzage daarin mag worden verleend. Het uitstel mag niet meer belopen dan vijf dagen na het overlijden. Art. 49a Wna waarborgt aldus een rustige begrafenis zonder ruzie aan de kist of in het crematorium, althans voor zover die onrust toegerekend kan worden aan de inhoud van de uiterste wil.

9. Diverse testamentsvormen

Toon mij uw testament en ik kan zeggen wie u bent.³⁷ Het testament is veelzeggend over de mens achter de erflater. In veel gevallen wordt een testament gemaakt met als hoofddoel de langstlevende verzorgd achter te laten. Dergelijke testaments worden veelal aangeduid als 'een testament op de langstlevende'. Er bestaan legio mogelijkheden om dat doel te bereiken. Ook kan met een testament geregeld worden dat een deel van het vermogen bij een bepaalde persoon of een goed doel terecht komt via een erfstelling of een legaat. Soms wordt een testament met een aantal clausules zo vormgegeven dat zo weinig mogelijk erfbelasting betaald wordt.

Hierna passeren verschillende, veel voorkomende testamentsvormen de revue. Sommige testaments beslaan enkele A4-tjes, andere zijn aanmerkelijk volumineuzer. Het nieuwe erfrecht heeft in elk geval een veel grotere variëteit aan testamentsvormen opgeleverd. Dat houdt verband met het feit dat legitimarissen 'uitgeboedeld' kunnen worden. Legitimarissen kunnen onterfd worden en kunnen daarna niet meer dan een schadevergoedingsvordering wegens schending van de legitieme portie jegens de nalatenschap geldend maken (art. 4:7 lid 1 onder g BW en art. 4:63 e.v. BW). De onterving van een legitimaris doet geen afbreuk (meer) aan de rechtsgeldigheid van de erfstellingen in het testament.

9.1. Langstlevende testament

Langstlevende testaments hebben tot doel de partner (echtgenoot, geregistreerd partner of andere levensgezel) verzorgd achter te laten. Langstlevende testaments bestaan er in alle maten en soorten. Te noemen zijn:

- aanvullende testamentaire voorzieningen op de wettelijke verdeling (§ 9.1);
- quasi-wettelijke verdeling (§ 9.2);
- combinatie- of keuzetestament (§ 9.3).
- vruchtgebruiktestament (§ 9.4);
- keuzelegaat (§ 9.5);
- tweetrapstestament (§ 9.6); en
- ouderlijke boedelverdeling (§ 9.9);

³⁷ Dat klopt natuurlijk ook in die (flauwe) zin dat de naam van de erflater uit het testament blijkt.

De wettelijke verdeling

Het bekendst is wel de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW), hoewel deze wettelijke standaardregeling ter verzorging van de langstlevende vanzelfsprekend geen testament behelst. De wettelijke verdeling wordt wel eens als een 'Staatstestament' aangeduid: het is de wetgever geweest die een voor de gemiddelde Nederlander met een partner en één of meer kinderen passend langstlevende 'testament' heeft ontworpen. Inspiratie voor de wettelijke verdeling is ontleend aan het testament dat tot 2003 het meest werd gemaakt: de ouderlijke boedelverdeling (§ 9.9).

De wettelijke verdeling van de nalatenschap behelst het volgende. Overlijdt iemand zonder een testament te maken en laat deze een (gehuwde of geregistreerde) partner en één of meer kinderen achter, dan geldt van rechtswege de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW). De wettelijke verdeling houdt een automatische toedeling in van alle goederen van de nalatenschap aan de langstlevende. De langstlevende heeft daartegenover de verplichting om alle schulden van de nalatenschap voor zijn rekening te nemen. De kinderen zijn ook erfgenaam, maar zij krijgen hun erfdeel in de vorm van een niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende. De kinderen moeten in beginsel op uitbetaling van deze geldvordering wachten totdat de langstlevende overlijdt. Eerst met het overlijden van de langstlevende wordt de niet-opeisbare geldvordering uit hoofde van de wettelijke verdeling van de nalatenschap van de eerststervende ouder opeisbaar (en invorderbaar in de nalatenschap van de langstlevende). Indien de kinderen voordien betaling zouden kunnen verlangen van hun erfdeel in de vorm van een geldvordering, dan zou het ongestoord voortleven van de langstlevende in gevaar kunnen worden gebracht. De niet-opeisbaarheid van de geldvorderingen van de kinderen is daarmee het hart van een verzorgingstestament. Vandaar ook de aanduiding dat de kinderen vooralsnog moeten plaatsnemen in de 'erfrechtelijke wachtkamer'.

Zie verder uitgebreid het onderdeel 'Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap'.

Aanvullende testamentaire voorzieningen

Op een beperkt aantal onderdelen kan de wettelijke verdeling van de nalatenschap bij testament aangepast worden. Het gaat dan om de volgende aanpassingen, die als aanvullende, testamentaire voorzieningen op de wettelijke regeling van art. 4:13 e.v. BW worden vastgelegd:

- de opeisbaarheidsgronden van de geldvorderingen van de kinderen als vermeld in de wet kunnen worden uitgebreid (art. 4:13 lid 3 BW), bijvoorbeeld dat de geldvorderingen ook opeisbaar worden wanneer de langstlevende opnieuw in het huwelijk treedt of een geregistreerd partnerschap aangaat of naar het buitenland emigreert;
- het rentepercentage van de geldvorderingen van de kinderen kan worden aangepast (art. 4:13 lid 4 BW);
- de wilsrechten van de kinderen om overdracht van goederen van de langstlevende (stief)ouder te verlangen kunnen worden uitgebreid, beperkt of opgeheven (art. 4:25 lid 6 BW);

- een andere regeling kan worden getroffen voor de toerekening van betalingen op hoofdsom en rente van de geldvorderingen van de kinderen (art. 4:17 lid 1 BW);
- een stiefkind kan als kind bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap worden betrokken (art. 4:27 BW); en
- een andere regeling dan die volgt uit het versterferfrecht kan getroffen worden voor de omvang van de erfdelen van de langstlevende en/of de kinderen (vgl. art. 4:10 e.v. BW).

Het is dus mogelijk om in het kader van de wettelijke verdeling de erfdelen van de versterferfgenamen te wijzigen en zelfs om één of meer kinderen te onterven (evenwel op voorwaarde dat de langstlevende én ten minste één kind in de wettelijke verdeling van de nalatenschap is betrokken).

Behoudens deze beperkte aanpassingen (in kringen van studenten notarieel recht bekend onder het ezelsbruggetje WORST + 1), zijn wijzigingen van de wettelijke verdeling van de nalatenschap bij testament niet mogelijk. Om die reden kan de wettelijke verdeling als te knellend ervaren worden, bijvoorbeeld wanneer bepaalde goederen (een woning of bedrijfs- of beroepsgebonden goederen) aan een van de kinderen toegedeeld moeten worden of bepaalde goederen tijdelijk onverdeeld moeten blijven. Om die reden wordt de wettelijke verdeling van de nalatenschap vaak uitgesloten (vgl. art. 4:13 lid 1 BW, dat in deze mogelijkheid voorziet: *“tenzij de erflater bij uiterste wilsbeschikking heeft bepaald dat deze afdeling geheel buiten toepassing blijft”*³⁸) en wordt voor één van de (andere) testamentsvormen gekozen.

Is geen (andere) testamentsvorm gekozen, dan resteert nog de mogelijkheid voor de langstlevende om de wettelijke verdeling van de nalatenschap binnen drie maanden na het overlijden van de eerststervende ouder bij notariële akte ongedaan te maken (art. 4:18 BW). Het nadeel daarvan is dat de langstlevende en de kinderen na ongedaanmaking van de wettelijke verdeling tezamen erfgenaam worden in een onverdeelde nalatenschap, met alle gevolgen van dien. De langstlevende is in dat geval voor de vereffening en de verdeling van de nalatenschap aangewezen op de loyale en noodzakelijke medewerking van de kinderen (art. 3:170 lid 3 BW).

Onderkend moet tot slot worden dat de wettelijke verdeling van de nalatenschap niet geldt voor samenwonende partners, óók niet als een (notarieel) samenlevingscontract is gesloten. Samenwonende partners zullen een testamentsvorm moeten kiezen als zij elkaars erfgenaam moeten worden (§ 9.10).

9.2. Quasi-wettelijke verdeling

Het grote nadeel van de wettelijke verdeling van de nalatenschap is dat de termijn voor ongedaanmaking daarvan drie maanden is (art. 4:18 BW). Uitsluitend aan de langstlevende komt de bevoegdheid toe de wettelijke verdeling binnen deze (te) korte termijn van drie maanden na het openvallen van de nalatenschap ongedaan te maken. Het is niet mogelijk de wettelijke verdeling van de nalatenschap ten dele ongedaan te maken. Een ander nadeel van de wettelijke verdeling is dat alle goederen worden toegedeeld aan de langstlevende,

³⁸ Gedoeld wordt dan op afdeling 4.3.1 BW, waarin onder meer het erfrecht bij versterf van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en van de kinderen wordt geregeld.

terwijl mogelijk een andere verdeling van de nalatenschapsgoederen wenselijker wordt geacht.

Om die redenen wordt er wel voor gekozen de wettelijke verdeling in haar geheel uit te sluiten (art. 4:13 lid 1 BW), en in plaats daarvan gelijkwaardige alternatieve voorzieningen in het testament op te nemen. Die voorzieningen worden ten dele verklaard door het gegeven dat als gevolg van de ongedaanmaking van de wettelijke verdeling een onverdeelde nalatenschap ontstaat waartoe de langstlevende en de kinderen gezamenlijk gerechtigd zijn. De langstlevende zou - zonder aanvullende, testamentaire voorzieningen - aldus aangewezen zijn op de loyale en noodzakelijke medewerking van alle kinderen om een andere verdeling van de nalatenschap bij unanimiteit tot stand te brengen (vgl. art. 3:170 lid 3 BW). Dat gevolg zou het doel van de erflater om de langstlevende verzorgd achter te laten en ongestoord te laten voortleven mogelijk kunnen ondermijnen.

Bij de quasi-wettelijke verdeling bestaan de testamentaire voorzieningen - samengevat weergegeven - uit de volgende drie onderdelen:

- a. de erfdelen van de langstlevende en de kinderen worden (om fiscale redenen) gewijzigd³⁹;
- b. de langstlevende wordt benoemd tot executeur⁴⁰ en de nalatenschap wordt tevens belast met een afwikkelingsbewind. De nalatenschap wordt daarmee in een gemeenschappelijk belang van de erfgenamen onder testamentair bewind gesteld en de langstlevende treedt mede op als testamentair bewindvoerder; en
- c. de langstlevende krijgt de bevoegdheid en/of de verplichting de nalatenschap te verdelen alsof er sprake is van een wettelijke verdeling (een quasi-wettelijke verdeling dus).

Testamentaire clausules die bij de quasi-wettelijke verdeling passen, zijn onder meer de volgende.

"Benoeming erfgenamen

Ik benoem tot mijn erfgenamen mijn echtgenote voor eenhonderdste (1/100) gedeelte en mijn kinderen gezamenlijk voor het overige gedeelte, te weten negennegentighonderdste (99/100). Een en ander onverminderd in deze beschikking opgenomen bijzondere regelingen met betrekking tot deze erfstellingen."

"Geen goederenrechtelijke wettelijke verdeling

Afdeling 4.3.1 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek stel ik geheel buiten toepassing.

Quasi-wettelijke verdeling door langstlevende

Ik leg mijn echtgenote als executeur, zoals hierna te benoemen, de testamentaire last op in de zin van artikel 4:130 lid 2 en artikel 4:144 van het Burgerlijk Wetboek, welke last mede rust op de gezamenlijke erfgenamen, om de nalatenschap te verdelen als ware er een wettelijke verdeling en inhoudelijk overeenkomend met de wettelijke verdeling als bedoeld in artikel 4:13 van het Burgerlijk Wetboek op de wijze als hierna is uitgewerkt. Op basis van

³⁹ Zie ook het onderdeel 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten.'

⁴⁰ Deze benoeming tot executeur dient er mede toe om de vereffening van de nalatenschap te voorkomen (vgl. art. 4:195 BW, art. 4:198 BW en art. 4:202 lid 1 onder a BW).

artikel 4:171 van het Burgerlijk Wetboek, ken ik mijn echtgenote bovendien de bevoegdheid toe om, als vertegenwoordiger van mijn erfgenamen, de nalatenschap met inachtneming van het hierna bepaalde te verdelen bij notariële akte. Ik benoem haar hiertoe als afwikkelingsbewindvoerder.

Mijn echtgenote is zelfstandig bevoegd toe te delen aan zichzelf, als ware er een wettelijke verdeling en inhoudelijk overeenkomend met de wettelijke verdeling, als bedoeld in artikel 4:13 van het Burgerlijk Wetboek alle goederen die tot mijn nalatenschap behoren, onder de verplichting alle schulden van mijn nalatenschap als bedoeld in artikel 4:7 onder a en i (bestaande schulden), onder b (lijkbezorging), onder c (vereffening) en d (executele) van het Burgerlijk Wetboek, alsmede alle (overige) kosten van boedelafwikkeling voor haar rekening te nemen.

Indien en voor zover mijn echtgenote door deze toedeling wordt overbedeeld, krijgen mijn kinderen op grond van de verdeling een vordering in geld ten laste van mijn echtgenote berekend in het saldo van de nalatenschap, met inachtneming van bovenbedoelde schulden.

Bepalingen omtrent afwikkelingsbewind

Indien de bewindvoerder de taak als afwikkelingsbewindvoerder niet wenst te aanvaarden, vervalt dit bewind. Het bewind eindigt uiterlijk vijf jaren na mijn overlijden en zoveel eerder als hierna uitdrukkelijk is bepaald. Het bewind is ingesteld in het gemeenschappelijk belang van de erfgenamen. De bewindvoerder komen in afwijking van het bepaalde in artikel 4:170 van het Burgerlijk Wetboek alle bevoegdheden toe die nodig zijn om de bovenstaande verdeling zelfstandig tot stand te brengen, zonder medewerking / toestemming / machtiging / goedkeuring van welke aard dan ook.

Ik ken mijn echtgenote als afwikkelingsbewindvoerder geen loon toe.

De bewindvoerder is niet verplicht de benoeming in te schrijven in de betreffende registers. Rekening en verantwoording wordt bij het einde van het bewind afgelegd bij en door middel van de notariële akte van verdeling van de nalatenschap, waarin de verdeling, binnen de hierboven beschreven en nader te beschrijven ruimte, wordt vastgelegd. Periodiek hoeft er geen rekening en verantwoording te worden afgelegd.

Tussentijdse bevoegdheid (vóór goederenrechtelijke effectuering)

Mijn echtgenote is eveneens bevoegd om over de goederen van mijn nalatenschap als vertegenwoordiger van de erfgenamen te beschikken, als ware zij enig rechthebbende en derhalve zonder medewerking/toestemming/machtiging/goedkeuring van welke aard dan ook, zulks met toepassing van het beginsel van zaaksvervanging.

Dit mede met als doel een soepele boedelafwikkeling te garanderen.

Bepalingen inzake de verdeling

Ten aanzien van de vorderingen die in het kader van deze verdeling ontstaan geldt het volgende.

Opeisbaarheid vorderingen kinderen

Ik bepaal dat de vorderingen slechts opeisbaar zijn:

- bij overlijden van mijn echtgenote;
- bij faillissement, surseance van betaling, alsmede indien ten aanzien van haar de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is;
- bij (her)trouwen of het aangaan van een geregistreerd partnerschap, tenzij huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden worden gemaakt en in stand gehouden, waarbij elke gemeenschap van goederen en verrekenbedingen (behalve met betrekking tot overgespaarde inkomsten anders dan uit vermogen en met betrekking tot pensioenen) worden en blijven uitgesloten;

In deze situatie hoeft mijn echtgenote geen zekerheid te stellen.

- *indien mijn echtgenote een beroep doet op een uitkering ingevolge de Wet Werk en Bijstand of ingevolge een regeling waarbij haar eigen vermogen in aanmerking wordt genomen voor het bepalen van het recht op of de hoogte van de desbetreffende uitkering, indien althans het opeisbaar zijn van de vorderingen leidt tot het toekennen van een (hogere) uitkering.*

Testamentaire renteclausule en vaststelling krachtens erfrecht

Voor de rente op de vorderingen wordt verwezen naar de hierna opgenomen clausule 'testamentaire rente en vaststelling rente'.

Zekerheidstelling

Mijn echtgenote hoeft geen zekerheid te stellen met betrekking tot de bovenvermelde vorderingen (en de eventuele rente).

Aflossing

Mijn echtgenote is steeds bevoegd de schulden aan de kinderen geheel of gedeeltelijk af te lossen. Indien tot betaling op de vorderingen wordt overgegaan, wordt deze geacht eerst op een eventuele rentecomponent betrekking te hebben, en in de eerste plaats op box 1-rente, in de tweede plaats op box 2-rente en vervolgens op box 3-rente, in de zin van de Wet IB 2001, tenzij vóór de betaling anders is bepaald door mijn echtgenote.

Betaling in goederen (wilsrechten)

Ik verklaar de regeling van artikel 4:19 tot en met 4:26 van het Burgerlijk Wetboek (bloot- en vol-eigendomswilsrechten) niet van overeenkomstige toepassing.

Overdraagbaarheid vorderingen

Voor zover mogelijk bepaal ik dat de vorderingen uit hoofde van de verdeling slechts overdraagbaar zijn met toestemming van mijn echtgenote.

Boedelbeschrijving

Ieder van mijn erfgenamen kan verlangen dat een boedelbeschrijving wordt opgemaakt conform het in artikel 4:16 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde.

Vaststelling vorderingen en dergelijke

Ik draag ieder van mijn erfgenamen op binnen een redelijke termijn na mijn overlijden, nadat zij daartoe verzocht zijn, mee te werken aan de vaststelling bij notariële akte van de omvang van de vorderingen en zo nodig aan de overige uitvoering van dit testament. Hierbij moet, voor zover dat van belang kan zijn, vastgelegd worden welk deel van de vordering is toe te rekenen aan box 1-, box 2- of box 3- goederen in de zin van de Wet IB 2001.

Voor zover de erfgenamen over de vaststelling van de vorderingen niet tot overeenstemming komen, worden deze op verzoek van de meest gerede partij door de kantonrechter vastgesteld.

Ieder van mijn erfgenamen heeft jegens de andere erfgenamen recht op inzage in een afschrift van alle bescheiden en andere gegevensdragers, die hij voor de vaststelling van de vorderingen behoeft. In het kader van de vaststelling wordt verwezen naar artikel 4:15 van het Burgerlijk Wetboek."

Bij de testamentaire clausules van een testament houdende een quasi-wettelijke verdeling kunnen nog de volgende kanttekeningen geplaatst worden.

Belangrijk is dat de wettelijke verdeling van de nalatenschap wordt uitgesloten (art. 4:13 lid 1 BW), zodat een onverdeelde nalatenschap ontstaat. De verdeling van de nalatenschap vindt vervolgens door een executeur-afwikkelingsbewindvoerder plaats (zie verder hierna).

Ten aanzien van de fiscaal geïnspireerde wijziging van de omvang van de erfdelen van de langstlevende en de kinderen verwijs ik naar het onderdeel 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten'. Het doel is om met behulp van verschillende instrumenten en technieken de nalatenschap van de langstlevende uit te hollen (ofwel te verkleinen), zodat de verschuldigde erfbelasting bij het tweede overlijden wordt verminderd. Dat kan gebeuren door schulden wegens overbedeling van de langstlevende aan de kinderen te laten ontstaan en deze schulden te laten oprenten.

Een hoofdrol bij de quasi-wettelijke verdeling is weggelegd voor de executeur-afwikkelingsbewindvoerder. In een gemeenschappelijk belang - in dit geval de afwikkeling van de nalatenschap - kan een testamentair bewind ingesteld worden (art. 4:155 lid 4 BW). De wijze waarop de afwikkelingsbewindvoerder zijn taken uitoefent, kan vorm worden gegeven als een *bevoegdheid* of als een *verplichting*. Zo kunnen aan de afwikkelingsbewindvoerder meer bevoegdheden worden toegekend dan de bevoegdheden die Boek 4 BW hem toekent (art. 4:171 BW), waaronder de bevoegdheid de nalatenschap te verdelen. Het is belangrijk dat de bevoegdheden van de afwikkelingsbewindvoerder zoveel als mogelijk worden uitgeschreven in het testament. Het is ook mogelijk dat aan de executeur-afwikkelingsbewindvoerder op grond van art. 4:130 BW een testamentaire last wordt opgelegd de nalatenschap te verdelen alsof de wettelijke verdeling van de nalatenschap van toepassing is. Hiermee wordt de executeur-afwikkelingsbewindvoerder een verplichting opgelegd om de nalatenschap op een bepaalde wijze te verdelen.

9.3. Combinatie- of keuzetestament

Er bestaan ook combinatie- of keuzetestamenten. In dat geval worden verschillende testamentsvormen in één testament met elkaar gecombineerd. De erfgenamen hoeven pas een keuze te maken welk gedeelte van het testament in werking moet treden als de eerste ouder overlijdt en de nalatenschap openvalt. Het grote voordeel hiervan is dat de erfgenamen bij overlijden kunnen bepalen welke variant - gegeven de omvang en samenstelling van de nalatenschap, de geldende fiscale wetgeving en de wensen van de erfgenamen - optimaal is. Tevens kan dan rekening worden gehouden met de leeftijd van de langstlevende en de verwachte levensduur gelet op de gezondheidstoestand van de langstlevende. Bij het maken van de keuze zijn de erfgenamen niet gebonden aan één type testament.

Veelal wordt de wettelijke verdeling (§ 9.1) of de quasi-wettelijke verdeling (§ 9.2) gecombineerd met een aantal (keuze)legaten tegen inbreng van de waarde en een erfdeel ten behoeve van de langstlevende (§ 9.5). Ook wordt een facultatief vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid gelegateerd (§ 9.4), en tot slot een legaat zonder inbreng van de waarde (§ 9.5). Met het oog op optimale besparing van erfbelasting bij het tweede overlijden kan er bij dit combinatietestament ook voor gekozen worden om de langstlevende een minuscuul erfdeel van 1/100^e toe te kennen. Aldus kan ervoor gekozen worden om erfbelasting bij het eerste overlijden te besparen dan wel dat wordt gekozen voor een zodanige afwikkeling van het testament dat de besparing van de erfbelasting verdeeld wordt over het eerste en tweede overlijden. Een andere belangrijke reden om aan de langstlevende een erfdeel toe te kennen, is dat aan een verdeling van de nalatenschap bepaalde fiscale faciliteiten zijn verbonden (vgl. art. 3 lid 1 onder b Wbr). Die faciliteiten zijn niet beschikbaar als aan de langstlevende slechts een legaat is toegekend. Het combinatietestament wordt derhalve gekenmerkt door een grote mate van flexibiliteit.

Een cruciaal onderdeel van een verzorgingstestament is ten slotte de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW. De kinderen kunnen hun geldvorderingen op de langstlevende eerst opeisen na diens overlijden.

De testamentaire clausules van een combinatie- of keuzetestament zouden als volgt kunnen luiden.

In een testament worden de testamentaire clausules van de quasi-wettelijke verdeling van de nalatenschap als variant A in het testament opgenomen (§ 9.2). Daaraan wordt een keuzeclausule toegevoegd die variant B bevat.

"Keuzeclausule: van variant A naar variant B

Mijn echtgenote heeft, met uitsluiting van mijn overige erfgenamen, het recht gemelde testamentaire last tot verdeling geheel dan wel gedeeltelijk bij notariële akte, binnen twee jaren na mijn overlijden, te laten vervallen. Indien de last vervalt, heeft dat niet tot gevolg dat het bewind eindigt.

Mijn echtgenote is bevoegd, geen of slechts partieel, gebruik te maken van de haar toegekende bevoegdheid om de bovenstaande verdeling te maken. De bevoegdheden als bewindvoerder vervallen uiterlijk [dertig maanden] na mijn overlijden, of zoveel eerder als het belang vervalt.

Langstlevende al, tenzij-variant B: (vruchtgebruik)legaten

Legaten

Voor zover mijn echtgenote de last doet vervallen, zoals hiervoor bedoeld, en voor zover zij geen gebruik maakt van de haar als bewindvoerder toegekende bevoegdheid de nalatenschap te verdelen of deze bevoegdheid vervalt, dan wel zij de nalatenschap verwerpt dan wel indien de goederenrechtelijke verdeling niet geëffectueerd wordt binnen [X] maanden na mijn overlijden, legateer ik haar:

- *de volle eigendom/gerechtigdheid van de tot mijn nalatenschap behorende goederen die zij zal verkiezen onder verplichting tot inbreng van de waarde daarvan.*

De erfgenamen kunnen de legataris een redelijke termijn stellen waarbinnen de legataris haar keuze dient uit te brengen.

- *het vruchtgebruik van mijn nalatenschap (met uitzonderingen van de op grond van het voormelde keuzelegaat verkregen goederen).*

Dit vruchtgebruiklegaat zal niet gevestigd worden op de vorderingen die ontstaan door gebruikmaking van het keuzelegaat.

Mijn echtgenote is bevoegd dit vruchtgebruik legaat slechts op een bepaald gedeelte van mijn nalatenschap of op bepaalde goederen van mijn nalatenschap te aanvaarden.

Onder nalatenschap wordt in dit verband verstaan de nalatenschap, verminderd met de schulden als bedoeld in artikel 4:7 onder a en i (bestaande schulden), onder b (lijkbezorging, onder c (vereffening) en d (executele), alsmede alle (overige) kosten van boedelafwikkeling."

Daarna volgen bijzondere bepalingen met betrekking tot het keuzelegaat en het recht van vruchtgebruik.

Het eerste legaat is een *keuzelegaat* ten behoeve van de langstlevende. Hierdoor kan de langstlevende de goederen uit de nalatenschap in volle eigendom verwerven die door hem worden gewenst. Op de inbrengvordering van de nalatenschap die als gevolg van

uitoefening van het keuzelegaat tegen inbreng van de waarde ontstaat, zijn veelal de bepalingen betreffende de vorderingen in het kader van de verdeling van overeenkomstige toepassing (vgl. de testamentaire clausules van § 9.2 onder het kopje 'Bepalingen inzake de verdeling'). Met het keuzelegaat zonder inbreng kan de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende ter besparing van erfbelasting worden opgevuld tot aan de partnervrijstelling.⁴¹

Het *tweede* legaat van het combinatietestament ten behoeve van de langstlevende wordt gemaakt in de vorm van een *vruchtgebruiklegaat*. De langstlevende kan de goederen die hij wenst in vruchtgebruik verkrijgen (vgl. de testamentaire clausules van § 9.4, desgewenst ook met de bevoegdheid van de vruchtgebruiker tot vertering en vervreemding). Een fiscaal voordeel is dat waardestijging van het vruchtgebruikvermogen niet met erfbelasting wordt belast, omdat de kinderen reeds bloot-eigenaar zijn.

9.4. Vruchtgebruiktestament

Bij een vruchtgebruiktestament verkrijgt de langstlevende een legaat van vruchtgebruik met betrekking tot alle of bepaalde goederen van de nalatenschap. Daarbij behoort ook de verplichting om bepaalde kosten (waaronder bijvoorbeeld de lasten van de hypotheek en de onderhoudslasten van een vruchtgebruik gegeven woning) te betalen. De kinderen worden in het testament tot erfgenaam benoemd en dezen verkrijgen de bloot-eigendom van de nalatenschapsgoederen die aan de langstlevende in vruchtgebruik zijn gegeven. Ook is denkbaar dat de langstlevende en de kinderen tezamen erfgenaam zijn in de nalatenschap en dat de langstlevende het vruchtgebruik van de erfdelen van de kinderen verkrijgt.

Het recht van vruchtgebruik omvat het recht om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten (art. 3:201 BW). Het is mogelijk de bevoegdheden van de vruchtgebruiker uit te breiden. Zo kan aan de vruchtgebruiker tevens de bevoegdheid toegekend worden tot vervreemding en vertering van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen (art. 3:215 BW).

Aan de vruchtgebruiker worden bepaalde verplichtingen opgelegd. De vruchtgebruiker dient jaarlijks aan de bloot-eigenaar een ondertekende nauwkeurige opgave doen van de goederen die niet meer aanwezig zijn, van de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen, en van de voordelen die de goederen hebben opgeleverd en die geen vruchten zijn (art. 3:205 lid 4 BW, de zogeheten jaarlijkse opgave). Van deze verplichting kan de vruchtgebruiker niet vrijgesteld worden (art. 3:205 lid 5 BW). Is de vruchtgebruiker vrijgesteld van het stellen van zekerheid, dan kan de vruchtgebruiker verplicht worden de goederen waarvan hij vruchtgebruiker is jaarlijks te tonen aan de bloot-eigenaar (art. 3:206 lid 2 BW, de zogeheten toonplicht).

Zolang de vruchtgebruiker in leven is, hebben de kinderen geen voordeel van hun erfdeel. Dit is immers belast met het levenslange recht van vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende. Zodra het vruchtgebruik vervalt bij het overlijden van de langstlevende krijgen de kinderen op dat moment automatisch de volle eigendom van het vermogen waarop het vruchtgebruik rustte. In juridische termen: de bloot-eigendom wast na het overlijden van de langstlevende aan tot volle eigendom. In dat geval eindigt het recht van vruchtgebruik van de langstlevende. Het recht van vruchtgebruik vererft dus niet (ofwel

⁴¹ Zie daarvoor het onderdeel 'Estate Planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvullen afvullegaten'.

rechtsopvolging onder algemene titel vindt niet plaats). Nu hebben de kinderen wel een voordeel, want zowel over deze waardeangroei van bloot-eigendom naar volle eigendom als over de eventuele waardestijging van het vermogen waarop het vruchtgebruik rustte, zijn de kinderen geen erfbelasting verschuldigd.

Fiscaal gezien kan een vruchtgebruiktestament derhalve voordelen opleveren. Het voordeel voor de kinderen zit niet alleen in het feit dat de waardeangroei bij het tweede overlijden onbelast is, maar ook in het feit dat bij het eerste overlijden niet over de volle waarde van het erfdeel van de kinderen wordt afgerekend.⁴² De kinderen ontvangen bij het eerste overlijden een erfdeel dat belast is met een vruchtgebruik ten behoeve van hun langstlevende ouder. De bloot-eigendom die de kinderen ontvangen, wordt door de fiscus voor de heffing van de erfbelasting gewaardeerd aan de hand van de waarde van het vruchtgebruik. Hoe jonger de langstlevende is, hoe minder de bloot-eigendom van de kinderen waard is. Zie voor deze waardering het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.⁴³

Het recht van vruchtgebruik ontstaat pas als dit beperkte (van het eigendomsrecht afgeleide) recht door de erfgenamen ten gunste van de langstlevende wordt gevestigd. Levering is daarvoor vereist, hoewel in de notariële praktijk daarvoor de term 'afgifte' wordt gehanteerd. Op het vestigen van vruchtgebruik als beperkt recht zijn dezelfde vormvoorschriften van toepassing als voor de overdracht van het betreffende goed (art. 3:98 BW). Omdat voor de vestiging van het recht van vruchtgebruik de medewerking van de (overige) erfgenamen is vereist, wordt de langstlevende veelal ook benoemd tot executeur (in dit verband ook wel legatenexecuteur genoemd). In dat geval kan de langstlevende in zijn hoedanigheid van executeur het recht van vruchtgebruik ten gunste van zichzelf vestigen.

Testamentaire clausules van een vruchtgebruiklegaat kunnen als volgt luiden.

"Bepalingen betreffende het recht van vruchtgebruik

Met betrekking tot het recht van vruchtgebruik gelden de volgende bepalingen.

Onder hoofdgerechtigde wordt begrepen zowel de hoofdgerechtigden tezamen als ieder van hen afzonderlijk, tenzij anders aangegeven.

Beschrijving/vestiging

De vruchtgebruiker is overeenkomstig de wet verplicht zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen [X] na mijn overlijden, bij notariële akte een beschrijving op te maken van het vruchtgebruikvermogen. Die akte zal tevens dienen tot vestiging van het vruchtgebruik.

Bevoegdheden (vervreemding en vertering)

Bij de hierboven bedoelde akte worden - met inachtneming van wat in de wet en dit testament is bepaald - de bevoegdheden van de vruchtgebruiker en hoofdgerechtigde zo nodig verder uitgewerkt. Aan de vruchtgebruiker komen daarbij alle bevoegdheden toe die de wet toestaat te verlenen, met name de bevoegdheid tot beheer van en beschikking over het vruchtgebruikvermogen en tot vervreemding en/of vertering (intering) van de aan het

⁴² Art. 10 SW (omzetting van eigendom in genot) is in dit geval niet van toepassing. Zie daarvoor het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.

⁴³ Kort gezegd, komt het erop neer dat de waarde van het vruchtgebruik van een goed forfaitair wordt gesteld op 6%, vermenigvuldigd met een factor die behoort bij de leeftijd van de vruchtgebruiker (art. 5 en 10 Uitvoeringsbesluit SW). De waarde van de bloot-eigendom van het goed is gelijk te stellen aan de waarde van de volle eigendom verminderd met de waarde van het vruchtgebruik.

vruchtgebruik onderworpen goederen (als bedoeld in de artikelen 3:212 en 3:215 van het Burgerlijk Wetboek), tenzij mijn erfgenamen (en de vruchtgebruiker) anders overeenkomen.

Vruchtgebruik aandelen en dergelijke

Indien tot het vruchtgebruikvermogen aandelen of andere waardepapieren behoren, komen het stemrecht en de andere zeggenschapsrechten voor zover mogelijk aan de vruchtgebruiker toe.

Rente/belastingen onroerende zaken

De ter zake van de eigendom van onroerende zaken verschuldigde onroerende zaakbelastingen en alle andere zakelijke eigenaarslasten komen, evenals de gebruikerslasten, voor rekening van de vruchtgebruiker. De rente van eventuele hypothecaire schulden aangaande ter verwerving of vertering van de onroerende zaken komen ten laste van de vruchtgebruiker.

Einde vruchtgebruik

Het vruchtgebruik eindigt in dezelfde gevallen als hiervóór is bepaald met betrekking tot de opeisbaarheid van de vorderingen.

Zekerheid

Hetgeen hiervoor ten aanzien van zekerheid is bepaald, is voor zoveel mogelijk, van overeenkomstige toepassing."

In de praktijk is het vruchtgebruiktestament enige tijd na de invoering van de Wet IB 2001 in onbruik geraakt. Dat hield verband met het gegeven dat de bloot-eigendom en het vruchtgebruik tot het box 3-vermogen van de kinderen onderscheidenlijk de langstlevende behoorden. Met ingang van 1 januari 2012 heeft de defiscalisering van het vruchtgebruiktestament ertoe geleid dat het vruchtgebruiktestament weer aan populariteit heeft gewonnen.⁴⁴ Volgens art. 5.4 lid 3 onder a Wet IB 2001 behoren tot de bezittingen van box 3 niet goederen:

"waarop een vruchtgebruik rust ten behoeve van de echtgenoot van een overleden ouder van de belastingplichtige op grond van een uiterste wilsbeschikking van die ouder dan wel op grond van buitenlands wettelijk erfrecht".

Art. 5.4 lid 5 Wet IB 2001 bepaalt vervolgens dat, indien goederen ten gevolge van de defiscalisering niet tot de bezittingen van de belastingplichtige behoren, die goederen bij de echtgenoot van de overleden ouder in aanmerking worden genomen voor de waarde die deze goederen zouden hebben indien daarop geen vruchtgebruik zou rusten. De langstlevende ouder dient de volle eigendom bij het box 3-vermogen op te geven.

Een vraag die nog zou kunnen opkomen is wanneer het vruchtgebruiktestament aantrekkelijker zal uitpakken dan de wettelijke verdeling van de nalatenschap met oprenting van de overbedelingsschulden van de langstlevende aan de kinderen (vgl. § 9.1). Dat zal het geval zijn wanneer de waarde van de in vruchtgebruik verkregen goederen meer dan 6% per jaar stijgt (bijvoorbeeld warme grond met ontwikkelingsperspectief). Dan zal vanwege de onbelaste waardeaan groei bij de bloot-eigenaar de voorkeur gegeven kunnen

⁴⁴ Let wel: de defiscalisering ziet alleen toe op box 3-vermogen, niet op vruchtgebruikconstructies met betrekking tot vermogen van box 1 (eigen woning) of box 2 (AB-aandelen). Het ziet ook uitsluitend op vruchtgebruik in ouder-(stief)kind relaties en bij vestiging van vruchtgebruik op grond van een uiterste wilsbeschikking, en niet op grond van een door de erfgenamen overeengekomen verdeling van de nalatenschap.

worden aan een vruchtgebruiktestament in plaats van aan de wettelijke verdeling van de nalatenschap.

9.5. Keuzelegaat testament

Een legaat kan betrekking hebben op een of meer bepaalde goederen van de nalatenschap. Het testament kan bepalen dat de langstlevende zelf mag kiezen van welke goederen hij het vruchtgebruik wil verkrijgen en van welke goederen hij de volle eigendom wenst te verkrijgen. Een dergelijke uiterste wilsbeschikking wordt een keuzelegaat genoemd. Te onderscheiden zijn: (i) een (keuze)legaat tegen inbreng van de waarde en (ii) een (keuze)legaat zonder inbreng van de waarde.

Bij een (keuze)legaat tegen inbreng van de waarde verkrijgt de langstlevende de goederen die hij in volle eigendom wil verkrijgen. Daartegenover ontstaat voor de langstlevende de verplichting de waarde van de gelegateerde goederen in te brengen in de nalatenschap. Aan de nalatenschap komt de inbrengvordering toe. Komt de waarde van het (keuze)legaat aan de nalatenschap ten goede, dan verloopt de afwikkeling van het legaat neutraal voor de nalatenschap. Uiteraard dient ook aandacht besteed te worden aan de vaststelling van de hoogte van de inbrengverplichting, ofwel de inbrengwaarde. Boek 4 BW bevat zelf geen waarderingsvoorschriften.

Het testament kan bepalen dat de langstlevende de inbrengverplichting schuldig mag blijven, en dat daarover een (bij de hoofdsom bij te schrijven) rente is verschuldigd. Heeft de langstlevende alle goederen uit de nalatenschap verkozen, dan zal de nalatenschap uit één geldvordering op de langstlevende bestaan.

Het (keuze)legaat tegen inbreng van de waarde lijkt op de koopovereenkomst. Verdedigd wordt daarom dat op het (keuze)legaat tegen inbreng van de waarde de wettelijke regeling van de koopovereenkomst (titel 2 van Boek 7 BW) van overeenkomstige toepassing is.

Het keuzelegaat zonder inbreng van de waarde leidt ertoe dat de langstlevende optimaal gebruik kan maken van de partnervrijstelling voor de erfbelasting van ca. € 680.000 (2022).

9.6. Tweetrapstestament

Het tweetrapstestament is uitgebreid behandeld in het onderdeel 'Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen', met voorbeelden van testamentaire clausules.

9.7. Echtscheidingstestament

Het is misschien niet het eerste waaraan echtgenoten die voor een echtscheiding staan meteen denken, maar ook in een testament zal met de gevolgen van een echtscheiding rekening moeten worden gehouden. Meestal zit er een zekere periode tussen het feitelijke einde van een relatie en het verbreken van de samenwoning en/of de indiening van een verzoekschrift tot echtscheiding. In die periode is het meestal al niet meer wenselijk dat de (aanstaande) ex-partner nog erft. Deze partner is op grond van het versterfrecht (art. 4:10 lid 1 onder a BW) en/of op grond van een bestaand testament vaak nog wel gewoon erfgenaam. De ontbinding van het huwelijk wegens echtscheiding komt eerst tot stand door de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand

(art. 1:163 lid 1 BW). Daarmee eindigt het huwelijk en komt aan het erfgenaamschap van de partner op grond van de wet of het testament (vgl. art. 4:52 BW⁴⁵) een einde.

In een echtscheidingstestament wordt gewoonlijk met een aantal onderwerpen rekening gehouden.

Onterving van de ex-partner

Zolang de echtscheidingsbeschikking nog niet is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, is de huwelijkspartner volgens het versterferrecht nog steeds erfgenaam. Ook is het mogelijk dat de partner in het testament is benoemd tot erfgenaam. Is dat ongewenst, dan is het aan te bevelen zo spoedig mogelijk een echtscheidingstestament op te laten maken waarin de (aanstaande) ex-partner wordt onterfd of de erfstelling wordt herroepen.

Ontzegging ouderlijk vruchtgenot

Vruchtgenot zijn baten die bezittingen opbrengen, zoals rente, huur en dividend. Het vruchtgenot van bezittingen van een minderjarige, inclusief geërfde bezittingen, komt toe aan de ouder(s) van die minderjarige (art. 1:253l BW). Het wordt na een echtscheiding meestal niet (meer) wenselijk gevonden dat als gevolg hiervan het vruchtgenot van een nalatenschap kan worden genoten door de andere ouder (ex-partner van de overledene) van een minderjarig kind. Door bij testament de ex-partner het ouderlijk vruchtgenot te ontzeggen, komt dit vruchtgenot toe aan het minderjarige kind zelf en niet meer aan de ex-partner, ouder van het kind (art. 1:253m BW).

Testamentair bewind

Het gezag van een ouder omvat het bewind over de bezittingen, inclusief geërfde bezittingen, van een minderjarig kind (art. 1:253i BW). Door het bij testament instellen van een testamentair bewind wordt voor wat betreft geërfde bezittingen het bewind door een daartoe bij testament aangewezen bewindvoerder uitgeoefend en niet door de ex-partner die de overblijvende ouder van het minderjarige kind is. De testamentair bewindvoerder is meestal een familielid, maar het kan ook een professional zijn.

Testamentair bewind kan langer voortduren dan ouderlijk gezag, dat onherroepelijk eindigt wanneer een kind meerderjarig wordt. Door het testamentair bewind te laten voortduren tot 21 of 23 jaar of zelfs nog langer wordt de jongmeerderjarige waar nodig tegen zichzelf in bescherming genomen.

Tweetrapsmaking

Een kind is vrij om van de ene ouder geërfde bezittingen te schenken of na te laten aan de andere ouder. Als een kind overlijdt zonder testament, echtgenoot of afstammelingen is/zijn de ouder(s) bovendien diens erfgena(a)m(en) op grond van het versterferrecht (art. 4:10 lid 1 onder b BW). Om te voorkomen dat via een kind bezittingen bij de ex-partner alsnog terecht kunnen komen, kan in een testament een zogeheten tweetrapsmaking

⁴⁵ Art. 4:52 BW bepaalt dat een ten voordele van een ex-echtgenoot in een testament opgenomen beschikking van rechtswege vervalt door een daarna ingetreden echtscheiding, tenzij uit de uiterste wil het tegendeel is af te leiden.

worden opgenomen. Deze tweetrapsmaking zorgt ervoor dat in één testament tweemaal (en wel opvolgend) wordt bepaald wie erft. In eerste instantie erft het kind van de ouder (de bezwaarde, de 'eerste trap'). Het kind kan het geërfde vermogen dan echter niet schenken of nalaten aan de andere ouder (ex-partner). Doet zich een dergelijke situatie voor - het kind overlijdt - dan treedt namelijk de 'tweede trap' in werking waardoor het geërfde vermogen alsnog aan een bij testament aangewezen andere erfgenaam toekomt, de verwachter (bijvoorbeeld een ander kind, kleinkind of ander familielid).

Voogdij

Het valt eveneens aan te bevelen om een regeling inzake voogdij voor minderjarige kinderen in het testament op te nemen (art. 1:292 lid 1 BW). Een alternatief is registratie in het gezagsregister dat een voogd na het overlijden van de ouders het gezag over het kind krijgt.

Uitsluitingsclausule

Ten slotte wordt nog steeds geadviseerd om een uitsluitingsclausule op te nemen in het testament, waardoor erfrechtelijke verkrijgingen niet zullen vallen in enige huwelijksgemeenschap waarin het kind op enig moment in de toekomst mocht huwen, noch binnen bereik kunnen komen van een huwelijksvermogensrechtelijk verrekenbeding (art. 1:94 lid 4 BW).

9.8. Stiefoudertestament

Aan de erflater die zijn partner - stiefouder van zijn kinderen - verzorgd achter wil laten en ook zeker wenst te stellen dat zijn vermogen bij het overlijden van de partner uiteindelijk bij zijn kinderen terecht komt, staan verschillende testamentaire mogelijkheden ten dienste.

- een vruchtgebruiktestament met een vruchtgebruik van (een deel van) de nalatenschap voor de kinderen en bloot-eigendom voor de kinderen (§ 9.4);
- een tweetrapsmaking met de partner als erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (bezwaarde) en de kinderen als erfgenamen onder opschortende voorwaarde (verwachters) (§ 9.6);
- de wettelijke verdeling van de nalatenschap met de wilsrechten voor de kinderen (§ 9.1);
- de quasi-wettelijke verdeling (§ 9.2).

De erflater zal er veelal naar streven zijn kinderen en stiefkinderen op gelijke voet testamentair te bedenken. Of dat realiter mogelijk is, hangt af van de navolgende factoren.

Aantal eigen kinderen

Hoe meer eigen kinderen de erflater heeft (en dat zijn legitimarissen van de erflater die op de legitieme portie aanspraak kunnen maken (art. 4:63 e.v. BW)), hoe kleiner het deel van de nalatenschap dat daarvoor beschikbaar is.

Aantal stiefkinderen

Hoe meer stiefkinderen de erflater heeft, hoe meer uit de nalatenschap beschikbaar zal moeten komen om de gelijkstelling van eigen kinderen en stiefkinderen te bewerkstelligen. Dat zou ten koste van de legitieme portie van de eigen kinderen kunnen gaan.

De wet kent in art. 4:91 BW evenwel een bijzondere voorziening waarmee de legitieme portie van de eigen kinderen wordt beperkt teneinde daarmee ruimte te bieden aan de wens van de erflater gelijkstelling met de stiefkinderen te bereiken. Die voorziening beschermt het stiefkind tegen de eigen kinderen van de erflater indien deze als legitimerissen wegens schending van de legitieme wens in te korten op makingen of giften aan het stiefkind. Dat gebeurt door een grens te stellen aan de mogelijkheid tot inkorting. Die grens is gesteld op de waarde van tweemaal hetgeen de legitieme portie van een eigen kind zou belopen als het stiefkind een eigen kind van de erflater was.

Opgemerkt wordt nog dat deze bescherming alleen geldt voor stiefkinderen, en niet voor quasi-stiefkinderen (ofwel de kinderen van een informele partner van de erflater).

Voorbeeld

Erflater A laat achter zijn echtgenote B en kind C uit hun huwelijksrelatie. A had een kind D uit een eerdere relatie en B had drie kinderen - E, F en G - uit een eerdere relatie. In zijn testament betreft A ook de drie voorkinderen van B in de wettelijke verdeling van de nalatenschap. Ieder krijgt $1/6^e$ erfdeel. De legitieme van C en A bedraagt $1/2 \times 1/3 = 1/6$. De legitieme is in dit geval niet geschonden.

Status van de partner

Is de stiefouder echtgenoot of geregistreerd partner van de erflater dan is de legitieme portie van de eigen kinderen kleiner dan wanneer de partner een informele levensgezel is (vgl. art. 4:64 lid 1 BW, dat voor de vaststelling van de omvang van de legitieme portie aansluit bij "het aantal in artikel 10 lid 1 onder a genoemde, door de erflater achtergelaten personen").

Relatievermogensregime

De stiefouder behoudt volledige zeggenschap over het vermogen dat aan hem krachtens huwelijksvermogensrecht toekomt. Dat vermogen behoort niet tot de nalatenschap van erflater.

Testament van de stiefouder

Soms kan de gelijkstelling van de eigen kinderen en de stiefkinderen alleen maar bereikt worden door het testament van de stiefouder. De herroepelijkheid van het testament van de stiefouder is dan een te slechten hindernis.

Het probleem van de herroepelijkheid van het testament van de stiefouder wordt voorkomen als door de erflater gebruik gemaakt wordt van een vruchtgebruiktestament of een testament met een tweetrapsmaking. De erflater heeft dan al bepaald wat met het restant van zijn nalatenschap gebeurt. Dat wast aan bij de kinderen als bloot-eigenaren (bij

het vruchtgebruiktestament) of dat komt toe aan de kinderen als verwachters (bij de tweetrapsmaking).

9.9. Ouderlijke boedelverdeling

Onder het oude erfrecht was de ouderlijke boedelverdeling een beproefde testamentsvorm voor echtgenoten met kinderen die langs deze weg de langstlevende verzorgd achter wilden laten en zoveel als mogelijk beschermd tegen de legitimaire aanspraken van de kinderen. In Boek 4 BW is het niet meer toegestaan om een ouderlijke boedelverdeling te maken. Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen is daarvoor een sta-in-de-weg (vgl. art. 4:42 lid 1 BW). Op grond van art. 79 Overgangswet nieuw BW (Ow)⁴⁶ blijven de onder het oude erfrecht gemaakte ouderlijke boedelverdelingen geldig als de nalatenschap pas na 1 januari 2003 openvalt. Zie daarvoor ook het onderdeel 'Overgangsrecht Boek 4 BW'.

Bevoegdheid tot het maken van een ouderlijke boedelverdeling

Art. 4:1167 BW (oud) bepaalde dat bloedverwanten in de opgaande lijn bij uiterste wilsbeschikking of bij notariële akte tussen hun afstammelingen onderling of tussen dezen en hun langstlevende echtgenoot (of via art. 4:879a BW (oud) ook de geregistreerd partner) een boedelverdeling konden maken. Men nam aan dat het maken van een ouderlijke boedelverdeling ook tot deze personen beperkt was. Aangenomen werd wel dat in de ouderlijke boedelverdeling niet alleen de erfgenamen bij versterf betrokken konden worden, maar ook de testamentair benoemde descendenten, zoals bijvoorbeeld de kleinkinderen van de erflater. Naast de in art. 4:1167 BW (oud) genoemde personen konden niet nog anderen als erfgenaam in een ouderlijke boedelverdeling worden betrokken. Legaten of testamentaire lasten naar oud erfrecht, naast een ouderlijke boedelverdeling, waren wel mogelijk.

Inhoud en karakter van de ouderlijke boedelverdeling

In een testament met een ouderlijke boedelverdeling benoemt de erflater zijn erfgenamen. Vervolgens deelt hij in de ouderlijke boedelverdeling de goederen van de nalatenschap toe. De ouderlijke boedelverdeling is derhalve een door de erflater tot stand gebrachte testamentaire verdeling van de nalatenschap, waaraan de erfgenamen na zijn overlijden zijn gebonden.⁴⁷ Een leveringshandeling is daarvoor niet vereist. Deze boedelverdeling gebeurt in afwijking van art. 3:182 BW, waarin als uitgangspunt wordt gehanteerd dat de deelgenoten (ofwel in deze de erfgenamen) de verdeling tezamen tot stand moeten brengen. De kinderen krijgen een (niet-opeisbare) onderbedelingsvordering op de langstlevende.

⁴⁶ Deze bepaling luidt als volgt: *"Tenzij anders is bepaald, wordt een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid."* Een uiterste wilsbeschikking - zoals de ouderlijke boedelverdeling van art. 4:1167 BW (oud) - die onder het oude recht geldig was, blijft derhalve geldig.

⁴⁷ Art. 3:186 BW dat een leveringshandeling van het toegedeelde voorschrijft, is op de ouderlijke boedelverdeling niet van toepassing.

In de praktijk zag men voornamelijk twee vormen: (i) de *horizontale* ouderlijke boedelverdeling en (ii) de *verticale* ouderlijke boedelverdeling.

- De horizontale ouderlijke boedelverdeling ter verzorging van de langstlevende

De horizontale ouderlijke boedelverdeling was populair ter bescherming van de langstlevende. Deze testamentsvorm was gestoeld op het arrest van de Hoge Raad inzake *De Visser-Harms* van 30 november 1945, *NJ* 1946, 62. In dat arrest werd geoordeeld dat een echtgenoot jegens de andere echtgenoot de plicht had deze na zijn dood niet onverzorgd achter te laten. Daaruit volgt een natuurlijke verbintenis jegens de langstlevende tot verzorging van deze als deze niet zelf in het levensonderhoud kan voorzien, en wel op een peil dat in beginsel vergelijkbaar is met dat tijdens het huwelijk. Als een echtgenoot aan deze plicht voldoet, hetzij bij leven, hetzij na zijn overlijden, dan levert dat voldoening aan die natuurlijke verbintenis op (vgl. art. 6:3 BW) en kan de nakoming van die dringende morele verplichting niet worden gekwalificeerd als een schenking.

Het effect van een horizontale ouderlijke boedelverdeling bestond er in dat de langstlevende de gehele nalatenschap toebedeeld kreeg, waartegenover de kinderen slechts niet-opeisbare geldvorderingen wegens onderbedeling kregen op de langstlevende ter grootte van hun erfdeel (vergelijkbaar met de wettelijke verdeling van de nalatenschap van art. 4:13 e.v. BW). Tegen de ouderlijke boedelverdeling werd wel ingebracht dat de erfgenamen een recht op goederen hadden en dat dit bij de ouderlijke boedelverdeling niet anders zou zijn. In de arresten *Schellens/Schellens II* (HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126) en *de Makkumer boedelverdeling* (HR 19 september 1969, *NJ* 1969, 402) heeft de Hoge Raad bevestigd dat bij een ouderlijke boedelverdeling voor de onderbedeelde kinderen slechts een geldvordering op de langstlevende resteert.

Op die geldvorderingen werd door de erflater in het algemeen een enkelvoudige rente gezet en werd bepaald dat de geldvorderingen niet opeisbaar waren tot het overlijden van de langstlevende of bepaalde andere, eerder intredende omstandigheden, zoals faillissement, surseance van betaling of het van toepassing worden van het regime van de Wet schuldsanering natuurlijke personen. Deze niet-opeisbaarheid van de geldvorderingen werd opgenomen aangezien de erflater de ouderlijke boedelverdeling maakte ter verzorging van de langstlevende, gebaseerd op de meergenoemde natuurlijke verbintenis deze verzorgd achter te laten (vgl. de zogeheten 'erfrechtelijke wachtkamer' bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap, § 9.1).

- De verticale ouderlijke boedelverdeling

De ouderlijke boedelverdeling in verticale vorm werd toegepast als instrument voor bedrijfsopvolging in de relatie ouder-kind, of voor de overdracht van bepaalde goederen aan één of meerdere kinderen van de erflater om een dubbele vererving te voorkomen die ook dubbel belast zou worden voor het successierecht (de voorloper van de erfbelasting).

Bij een verticale ouderlijke boedelverdeling in het kader van een bedrijfsopvolging werd het bedrijf toebedeeld aan de bedrijfsvoortzetter. Door deze constructie was het bedrijfsvoortzettende kind niet afhankelijk van de noodzakelijke medewerking van de andere erfgenamen om toedeling aan zichzelf te bewerkstelligen. Dat zou bij een gewone verdeling van een onverdeelde nalatenschap wel het geval zijn geweest (vgl. art. 3:170 lid 3 BW).

Was de ouderlijke boedelverdeling legitieme-proof?

Uitgaande van de horizontale ouderlijke boedelverdeling was het nog wel de vraag of de legitimarissen niet toch al tijdens leven van de langstlevende konden opkomen voor hun legitimaire aanspraken. Kortom, was de ouderlijke boedelverdeling bestand tegen de aanspraken van de legitimarissen?

In veel gevallen was er bij het overlijden een reële verzorgingsbehoefte bij de langstlevende. Het was de vraag of de legitimarissen de niet-opeisbaarheid van hun geldvordering konden doorbreken als daardoor hun legitimaire aanspraken geschonden werden. In dat geval kwam de berekening van hun legitimaire aanspraken op het volgende neer. Zij hadden recht op een bepaald breukdeel van de legitimaire massa (art. 4:961 BW (oud)). De verzorgingsbehoefte van de langstlevende leverde een schuld van de nalatenschap op die even groot werd geacht als de omvang van de nalatenschap. Het legitieme breukdeel van een kind, vermenigvuldigd met nihil leverde in een dergelijk geval een aanspraak van de legitimarissen op van nihil. In die gevallen was het niet verstandig een beroep te doen op de legitieme. In dat geval hadden zij immers een aanspraak van nihil. Werd geen beroep op de legitieme gedaan, dan waren de geldvorderingen uit hoofde van onderbedeling weliswaar niet opeisbaar maar zouden deze op termijn mogelijk nog wel iets kunnen opleveren.

In andere gevallen waarin de verzorgingsbehoefte en -aanspraak van de langstlevende kleiner was dan de waarde van de nalatenschap na aftrek van alle andere schulden moest de langstlevende de tussentijdse aanspraken van de legitimarissen (gedeeltelijk) reeds tijdens leven voldoen.

Versterking van de positie van de langstlevende in het overgangsrecht

Onder het oude erfrecht gemaakte testamenten met een ouderlijke boedelverdeling blijven zoals hiervoor gesteld geldig (art. 79 Ow). Ingevolge art. 129 lid 1 Ow geldt dat de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW automatisch deel uitmaakt van oude langstlevende-testamenten.⁴⁸

Uitbetaling op de onderbedelingsvorderingen tijdens leven

Het was bij de ouderlijke boedelverdeling voor de langstlevende mogelijk om voortijdig op de overbedelingsschulden aan de kinderen af te lossen of de daarop rustende renteverplichtingen te voldoen. De Hoge Raad bepaalde dat in beide gevallen - zowel bij opeisbare vorderingen als bij niet-opeisbare vorderingen - (vervroegde) uitbetaling geen schenking oplevert in het kader van de Algemene Bijstandswet (thans genaamd: de Participatiewet).⁴⁹

⁴⁸ Zo bepaalt art. 129 lid 1 Ow: "Indien een erflater voor het in werking treden van de wet ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of zijn geregistreerde partner een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt en de nalatenschap nadien is opengevallen, is de vordering van een legitimaire, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot of geregistreerde partner, eerst opeisbaar na diens overlijden. Hetzelfde geldt in het geval van een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van een andere levensgezel, indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voerde." Deze niet-opeisbaarheid geldt niet voor zover uit de uiterste wilsbeschikking anders valt af te leiden (art. 129 lid 2 Ow).

⁴⁹ Zie HR 1 februari 1991, NJ 1992/259, waarin werd overwogen: "De voldoening van (de contante waarde van) die vordering aan de kinderen gedurende het leven van de overlevende echtgenoot, zou

Overslaan van een erfgenaam leidde tot nietigheid

Onder het oude erfrecht leidde het overslaan van bepaalde in art. 4:1167 BW (oud) genoemde erfgenamen bij de ouderlijke boedelverdeling in beginsel tot nietigheid van de ouderlijke boedelverdeling. Er hoeft geen sprake te zijn van een nietige ouderlijke boedelverdeling als één of meer kinderen zijn onterfd. Naar oud erfrecht werden de onterfde kinderen immers door het inroepen van de legitieme portie alsnog erfgenaam. Was de formulering in het testament bij de erfstelling ruim genoeg om ook deze erfgenaam na inroeping van zijn legitieme te omvatten (in casu *“ten gunste van ieder der in mijn nalatenschap als mijn erfgenamen optredende erfgenamen”*), dan deelden uiteindelijk toch alle kinderen in de ouderlijke boedelverdeling mee zodat aan de eisen van art. 4:1167 BW (oud) was voldaan, aldus de Hoge Raad.⁵⁰ De ouderlijke boedelverdeling met één of meer onterfde kinderen was daarmee gered.

Valt de nalatenschap open na 1 januari 2003 dan leidt het overslaan van een erfgenaam waarschijnlijk niet meer tot nietigheid van een onder oud erfrecht gemaakte ouderlijke boedelverdeling vanwege art. 127 Ow. In de parlementaire geschiedenis wordt het standpunt ingenomen dat de oude nietigheidsgronden van art. 4:1167 t/m 4:1171 BW (oud) niet meer gelden bij een ouderlijke boedelverdeling die pas begint te werken na 1 januari 2003.

De partiële ouderlijke boedelverdeling

Het was voor de geldigheid van de ouderlijke boedelverdeling naar oud erfrecht niet nodig de gehele nalatenschap op de in de ouderlijke boedelverdeling vast te leggen wijze te verdelen. De erflater kon er ook voor kiezen een deel van zijn nalatenschap onverdeeld te laten. Dat gedeelte moest dan na zijn overlijden conform de gewone regels van titel 7 (Gemeenschap) van Boek 3 BW verdeeld worden.

De voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling; de zogenaamde tenzij-clausule

Aangezien een erflater vaak niet kon overzien of ten tijde van zijn overlijden de ouderlijke boedelverdeling nog de meest gewenste testamentsvorm zou zijn en een met art. 4:18 BW (ongedaanmaking van de wettelijke verdeling van de nalatenschap) vergelijkbare regeling ontbrak, is bepleit dat hij gebruik zou kunnen maken van een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling met een zogenaamde tenzij-clausule. De heersende leer achtte de variant geldig, die inhield dat de erflater een ouderlijke boedelverdeling onder de ontbindende voorwaarde maakte dat de langstlevende echtgenoot samen met de kinderen binnen een bepaalde termijn aangaf de ouderlijke boedelverdeling toch niet te willen. De voorwaarde werkte dan *ex nunc* (vgl. art. 3:38 lid 2 BW, waaruit blijkt dat de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft). De geldigheid van deze variant werd aangenomen in HR 17 januari 1996, *BNB* 1996, 112, een fiscale zaak.

Aangezien de langstlevende na vervulling van de voorwaarde in een onverdeelde nalatenschap met de kinderen terecht zou komen en daardoor voor de verdeling van de nalatenschap van hun medewerking afhankelijk was (vgl. art. 3:170 lid 3 BW), gaf de erflater

dan weliswaar een niet opeisbare schuld hebben betroffen, maar ook dit levert geen schenking in de zin van art. 59a ABW op, nu ook de rechtsgrond van die betaling die schuld (art. 1305 BW, art. 6:39 lid 2 NBW) is en niet een bevoordeling uit vrijgevigheid.”

⁵⁰ HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/692.

vaak ook direct aan dat de langstlevende in dat geval gebruik zou kunnen maken van een alternatieve regeling in het testament die de belangen van de langstlevende zou veiligstellen, bijvoorbeeld een legaat van vruchtgebruik van de gehele nalatenschap of een gedeelte daarvan. Een testament dat een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling en een alternatieve regeling bevatte voor het geval de ouderlijke boedelverdeling ongedaan zou worden gemaakt, werd in de praktijk ook wel een combinatietestament genoemd (zie ook § 9.3).

Had de erflater een ouderlijke boedelverdeling met een tenzij-clausule gemaakt maar zonder een alternatieve regeling te geven voor het geval dat die ouderlijke boedelverdeling ongedaan zou worden gemaakt, dan gold dezelfde beleidslijn voor de langstlevende om niet aan de wensen van de andere deelgenoten in een daardoor ontstane onverdeelde nalatenschap te zijn overgeleverd als thans geldt bij de ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (art. 4:18 BW): sluit eerst een voorovereenkomst met de erfgenamen waarin de toekomstige verdeling van de nalatenschap alvast wordt neergelegd en waaraan iedereen na het invoeren van de tenzij-clausule gebonden is.

Partiële ongedaanmaking van de ouderlijke boedelverdeling

Het was de vraag of de erflater aan de langstlevende dan wel aan de langstlevende en de kinderen tezamen de bevoegdheid kon geven om de ouderlijke boedelverdeling partieel ongedaan te maken. In een fiscale zaak heeft de Hoge Raad een dergelijke clausule als basis voor de daaruit voortvloeiende fiscale gevolgen aanvaard (HR 5 november 1997, *BNB* 1998, 8). Als het testament deze mogelijkheid biedt, blijft de mogelijkheid tot partiële ongedaanmaking ook bestaan als de ouderlijke boedelverdeling pas na 1 januari 2003 openvalt. De partiële ongedaanmaking kan dan nog geschieden binnen de in het testament genoemde termijn. De echtgenoot is daarbij niet gebonden aan de termijn van drie maanden van art. 4:18 BW.

Ouderlijke boedelverdeling en vereffening van de nalatenschap

Indien een ouderlijke boedelverdeling na 1 januari 2003 openvalt, ontstaat nog wel een probleem als één van de kinderen de nalatenschap beneficiair aanvaard heeft. In dat geval worden alle erfgenamen tezamen vereffenaar (art. 4:195 lid 1 BW), zodat de langstlevende de regie over de afwikkeling van de nalatenschap kwijtraakt.

Zou geen ouderlijke boedelverdeling gemaakt zijn en de wettelijke verdeling op de nalatenschap van toepassing zijn, dan bevat art. 4:202 lid 3 BW een uitzondering op de plicht tot vereffening. Vereffening van de nalatenschap behoeft alleen plaats te vinden als de langstlevende de nalatenschap beneficiair aanvaard heeft, niet als de nalatenschap door één of meer van de kinderen beneficiair aanvaard is.

Dit probleem bij de ouderlijke boedelverdeling kan eenvoudig worden ondervangen door in een aanvullend testament - ook wel aangeduid als de OBV Plus-variant - de langstlevende tot executeur te benoemen. In dat geval kan een beroep gedaan worden op de uitzondering op de plicht tot vereffening van de nalatenschap van art. 4:202 lid 1 onder a BW. De nalatenschap behoeft niet te worden vereffend als er een executeur is die bevoegd is de opeisbare schulden en legaten te voldoen en deze kan aantonen dat de goederen van de nalatenschap "ruimschoots toereikend" zijn om alle schulden van de nalatenschap te voldoen.⁵¹

⁵¹ Zie ook het onderdeel 'Vereffening van de nalatenschap'.

9.10. 'Gehandicapten' testament

Het nalaten van vermogen aan een kind met een verstandelijke beperking vraagt in de testamentenpraktijk om bijzondere aandacht. Ouders zullen het enerzijds belangrijk vinden dat het verstandelijk gehandicapte kind na hun overlijden verzorgd achterblijft, maar anderzijds zal men niet graag willen zien dat het nagelaten vermogen aan de te betalen eigen bijdrage in het kader van de Wet langdurige zorg (Wlz) opgaat. Deze eigen bijdrage is afhankelijk van het inkomen en het vermogen van betrokkene (de zogeheten 'vermogensinkomensbijtelling'). Ingezien moet worden dat een verstandelijk gehandicapt kind vanwege ons zorgstelsel niet hoeft te kunnen beschikken over het geërfde vermogen om in zijn verzorging te voorzien. Zie daarvoor het onderdeel 'Sociale zekerheid en erfrecht'. Ook wordt het onwenselijk geacht dat het nagelaten vermogen opgepot aanwezig blijft bij het kind, totdat het vererft en daarover wederom erfbelasting verschuldigd wordt (dubbele erfbelasting). Daar komt tot slot nog bij dat de verstandelijke beperking een beletsel kan opleveren om het vermogen zelfstandig te kunnen beheren, daarover te beschikken (vgl. art. 3:32 en 3:34 BW) en daarover ook bij testament vrijelijk te kunnen beschikken (vgl. art. 4:55 BW). Het gehandicapte kind is dan aangewezen op de werking van het versterferfrecht. Zijn er naast het gehandicapte kind nog één of meer andere kinderen (de tweede groep van art. 4:10 lid 1 BW), dan valt daar in de regel mee te leven. Dat wordt anders als het gehandicapte kind enig kind is. In dat geval zullen de bloedverwanten van de derde of de vierde groep van art. 4:10 lid 1 BW als erfgenamen aantreden. Het zal niet altijd de bedoeling zijn om de (afstammelingen van) grootouders of overgrootouders te laten delen in de erfenis van het gehandicapte kind. Als dat onwenselijk is, zal een andere verervingsroute in het testament uitgestippeld moeten worden.

In een testament kunnen ten behoeve van het kind verschillende uiterste wilsbeschikkingen gemaakt worden. De uiteindelijke keuze zal worden bepaald door de fiscale gevolgen van een bepaalde beschikking en de wil van de erflater. Welke mogelijkheden zijn dan zoal voorhanden? Hierna wordt ervan uitgegaan dat naast het gehandicapte kind nog één of meer andere kinderen aanwezig zijn. Die mogelijkheden zijn:

- a. onterving van het gehandicapte kind;
- b. een erfrechtelijke verkrijging ter grootte van de legitieme portie;
- c. een tweetrapsmaking;
- d. legaat van vruchtgebruik;
- e. testamentair bewind;
- f. testamentaire last; en
- g. oprichting van een stichting.

Een enkel woord over elk van deze mogelijkheden.

Onterving

Het gehandicapte kind kan onterfd worden door de erflater. Hierdoor verkrijgt het gehandicapte kind niet als erfgenaam een deel van het nagelaten vermogen waarover hij vanwege zijn geestelijke toestand vermoedelijk niet vrijelijk kan beschikken.

Onterving van het kind sluit evenwel een beroep op de legitieme portie niet uit. Hoe dient een curator (bij curatele) of een bewindvoerder (bij beschermingsbewind) daarmee om te gaan? Dient deze aanspraak te maken op de legitieme portie of kan de curator c.q. de bewindvoerder aan de kantonrechter een verzoek doen om in de onterving te berusten? Zie hiervoor het slot van deze paragraaf.

Erfrechtelijke verkrijging ter grootte van de legitieme portie

Aan het kind kan door de erflater ten laste van de nalatenschap een erfrechtelijke verkrijging toegekend worden ter grootte van de legitieme portie (bijvoorbeeld een legaat). Als die verkrijging vrij en onbezwaard is (bijvoorbeeld een geldlegaat ter grootte van de legitieme), is die met een beroep op de legitieme niet aan te tasten. Het kind komt in dat geval wettelijk gezien niets tekort, hoewel hem minder toekomt dan hij zou verkrijgen krachtens het versterkerrecht. Wel geldt voor het gehandicapte kind een grote vrijstelling voor de erfbelasting ter grootte van € 64.666 (2022) (art. 32 lid 1 onder 4^o.b SW). Een dubbele vererving bij overlijden van het gehandicapte kind volgens tariefgroep II (30%/40%) van het kind wordt hiermee niet voorkomen.

Tweetrapsmaking

Indien de erflater het gehandicapte kind als bezwaarde erfgenaam of legataris (onder ontbindende voorwaarde) benoemt of aanwijst en de broers en/of zusters van het gehandicapte kind als verwachters (onder een daarbij aansluitende, opschortende voorwaarde) dan kan worden bereikt dat bij het overlijden van de bezwaarde het vermaakte of onverteerde gedeelte daarvan toekomt aan de verwachters, indien zij het recht van de bezwaarde overleven (art. 4:141 BW). De verwachters erven dan van de erflater volgens tariefgroep I (10%/20%).

Een dergelijke erfrechtelijke verkrijging via een tweetrapsmaking is een verkrijging onder een voorwaarde en die is in verband met de legitieme als inferieur aan te merken (art. 4:72 BW (verkrijging als erfgenaam) en art. 4:73 BW (verkrijging als legataris)). Verder geldt dat voor aanvaarding van een dergelijke making onder een voorwaarde machtiging van de kantonrechter nodig is (art. 1:345 BW en art. 1:441 BW). Het verkrijgen van een machtiging zou geen probleem moeten zijn indien het een tweetrapsmaking met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid voor het bezwaarde gehandicapte kind betreft.

Vruchtgebruik

Aan het gehandicapte kind kan ten laste van de nalatenschap een legaat van vruchtgebruik worden toegekend, bijvoorbeeld een geldbedrag ter grootte van het erfdeel. Dat geldbedrag zou dan afgezonderd dienen te worden. Het vruchtgebruiklegaat kan onder

testamenteair bewind gesteld worden (zie hierna). Het is ook mogelijk de afgifte van het vruchtgebruiklegaat te versterken met een testamentaire last (zie eveneens hierna).

Een dergelijk vruchtgebruiklegaat maakt inbreuk op de rechten van een legitimaris (art. 4:72 onder b BW, aangezien *“ten laste van de legitimaris [zijn] legaten gemaakt die verplichten tot iets anders dan betaling van een geldsom of overdracht van goederen der nalatenschap”*) en is inferieur (en dus een probleem oplevert in verband met de legitieme).

Indien de erflater aan het gehandicapte kind het vruchtgebruik legateert van nalatenschapsgoederen ter grootte van het versterkerfdeel, dan bewerkstelligt de erflater dat bij het overlijden van het gehandicapte kind de bloot-eigendom van de broers en zusters in principe onbelast volle eigendom wordt en dat over de waardeangroei geen erfbelasting is verschuldigd.

Testamenteair bewind

Een testamentair bewind kan worden ingesteld over de erfrechtelijke verkrijging van het gehandicapte kind (art. 4:135 BW). Het bewind kan ingesteld worden in het belang van het gehandicapte kind. De testamentair bewindvoerder kan ook de Boek 1-bewindvoerder zijn. Aangezien het testamentair bewind ingesteld wordt omdat het gehandicapte kind *“ongeschikt of onmachtig is in het beheer te voorzien”* (art. 4:75 BW), geldt dat het bewind in verband met de legitieme niet inferieur is (en dus geen problemen oplevert in verband met de legitieme).

Testamentaire last

Ten behoeve van de verzorging van het gehandicapte kind zou de erflater aan de overige erfgenamen een testamentaire last kunnen opleggen om in de verzorging van het gehandicapte kind te voorzien. Te denken valt aan de testamentaire last een gedeelte van de nalatenschap af te zonderen (een fonds), welk gedeelte in het belang van het gehandicapte kind onder testamentair beschermingsbewind wordt gesteld.

Stichting

Het is mogelijk bij uiterste wilsbeschikking een stichting op te richten en deze tot erfgenaam te benoemen of aan de stichting een legaat toe te kennen (art. 4:135 BW). Een dergelijke stichting kan een familiestichting zijn die tot doel heeft voor het gehandicapte kind te zorgen.

Berusting in de onterving van het gehandicapte kind

In de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 14 november 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:4208](#), was de vraag aan de orde of het de bewindvoerder van een onterfd meervoudig gehandicapt kind toegestaan was om de legitieme niet in te roepen en in de onterving te berusten.

De kantonrechter heeft het verzoek van de bewindvoerder om in de onterving te berusten (en dus geen beroep te doen op de legitieme) afgewezen. De kantonrechter heeft de bewindvoerder - indachtig het devies dat meer altijd beter is - verzocht per omgaande namens betrokkene een beroep te doen op diens legitieme. Van die beschikking wordt hoger beroep ingesteld. In het hoger beroep wordt aangevoerd door de partner van

erflater (de erfgenaam, tevens executeur) dat zij bereid is om middels een op te richten stichting een substantieel bedrag ter beschikking te stellen voor het verzorgen van het kind en te voorzien in zijn welzijn. Het hof overweegt:

“De stellingen van [appellante] spitsten zich toe op de vraag of de bewindvoerder de legitieme portie van [de zoon] had moeten opeisen dan wel nog steeds moet opeisen in de situatie waarin [de zoon] zich bevindt. De belangrijkste stelling van [appellante] is dat [de zoon] geen belang zou hebben omdat hij feitelijk geen behoefte heeft aan geld. Dit argument wordt door het hof van de hand gewezen. Niet alleen blijkt uit de stukken dat [de zoon] reguliere uitgaven heeft voor levensonderhoud (kosten voor het levensonderhoud, kosten voor wassen en strijken van zijn kleding, kosten voor de kapper, kosten voor een snoezelbad etc.), maar daarnaast kan niet worden voorzien hoeveel geld [de zoon] in de toekomst nog nodig kan hebben voor bijvoorbeeld een hogere eigen bijdrage. Bovendien heeft [de zoon] wellicht baat bij meer roerende zaken als bubbelbuizen, technische snufjes zoals een knop om de bubbelbuis zelf aan en uit te zetten. Mogelijk zou [de zoon] vaker in het snoezelbad kunnen, als daar extra geld voor beschikbaar zou zijn. Ook zou mogelijk tegen betaling extra begeleiding/gezelschap kunnen worden aangetrokken die alleen voor [de zoon] werkt. Een scenario waarbij [de zoon] structureel meer geld kan uitgeven aan roerende zaken, technische snufjes of eigen begeleiders - dus als hij in de omstandigheid verkeert dat hij behoorlijk veel geld te besteden heeft - is nooit onderzocht. De bewindvoerder en de mentor van [de zoon] zijn immers altijd uitgegaan van het scenario dat [de zoon] een Wajong uitkering te besteden heeft en dat zulks voldoende kan worden geacht.

Daarnaast geldt echter dat [de zoon] vooralsnog de hem in beginsel toekomstende legitieme portie niet uitbetaald kan krijgen, nu zijn vader/erflater in het testament ex artikel 4:82 BW heeft bepaald dat de legitieme portie pas opeisbaar is na het overlijden van [appellante]. [appellante] had immers een notarieel verleden samenlevingscontract met erflater (...), zoals artikel 4: 82 (slot) vereist. Gelet op de levensverwachting van [de zoon] die dagelijks kampt met epileptische aanvallen en bijna wekelijks een zware aanval krijgt waardoor hij regelmatig op de Eerste Hulp belandt, ligt het materiële financiële belang van [de zoon] niet aanstonds bij een legitieme portie die hij mogelijk pas in de verdere toekomst tegemoet kan zien. Bovenstaande belangen, alsook de belangen van [appellante] - als aangevoerd - afwegend en kijkend naar de uitzonderlijke situatie waarin [de zoon] zich bevindt, overweegt het hof dat in deze zaak moet worden gekeken of het mogelijk is te komen tot een op maat gemaakte oplossing. [appellante] zelf heeft - als subsidiair - een voorstel gedaan waarbij zij € 60.000,- beschikbaar stelt ten behoeve van [de zoon] en diens verzorging, in ruil voor het niet inroepen dan wel afzien van zijn aanspraak uit hoofde van de legitieme portie. Dit geldbedrag zou dan naar een speciaal op te richten stichting vloeien. Hoewel ongebruikelijk, acht het hof dit voorstel niet bij voorbaat onredelijk, waarbij het hof voorshands van oordeel is dat in de gegeven omstandigheden, mede gezien de omvang van de aan [de zoon] in beginsel toekomstende aanspraak, ten minste een bedrag van € 75.000,- door [appellante] beschikbaar zou moeten worden gesteld in het kader van de op te richten stichting. Het voordeel van dit plan zou verder (kunnen) zijn dat [de zoon] vrij direct geld ter beschikking krijgt voor zijn welzijn en verzorging, en hij mogelijk - mede met het oog op zijn beperkte levensverwachting - hiervan direct voordeel zou (kunnen) hebben.

Het hof wenst van stichting [bewindvoerder] en [appellante] een concreet plan van aanpak te ontvangen dat met alle betrokkenen waaronder de mentor dient te worden afgestemd. Onderdeel van dit plan van aanpak dient tenminste te zijn:

- dat een bedrag van € 75.000,- door [appellante] beschikbaar wordt gesteld;
- dat dit geldbedrag naar een speciaal daartoe op te richten stichting vloeit;

- dat actief wordt onderzocht hoe en op welke manier het (extra) geld kan bijdragen aan het welzijn van [de zoon] (waarbij gedacht moet worden aan de aanschaf materiële zaken als bubbelbuizen, technische ondersteuning als aan/uitknoppen, extra begeleiding, vaker in het snoezelbad) en dat daartoe concrete acties worden ondernomen;
- dat deze stichting en in het bijzonder het bestuur ervan met voldoende waarborgen moet worden omkleed;
- dat bij het overlijden van [de zoon] nog overgebleven geld mag vloeien naar Stichting [fonds].

Het hof wenst dit plan van aanpak te ontvangen op uiterlijk 19 december 2019. Het hof zal de zaak tot die tijd aanhouden."

Met maatwerk blijkt dus veel mogelijk, waaronder - in dit geval - het op maat gesneden kunnen berusten in de onterving.

9.11. Testament voor samenwonenden

Ongehuwd samenwonenden erven niet van elkaar volgens het versterferrecht (vgl. het parentelenstelsel van art. 4:10 BW). Een testament voor samenwonenden zal om die reden veelal een erfstelling bevatten ten gunste van de informele partner en een subsidiaire erfstelling voor het geval de informele partner is vooroverleden. Bij gebreke van een (subsidiaire) erfstelling zullen de versterferfgenamen tot de nalatenschap geroepen worden, bijvoorbeeld de ouders, broers en zusters van de erflater (art. 4:10 lid 1 onder b BW).

Woning

Is de woning gemeenschappelijke eigendom van de informele partners, dan kan een in het samenlevingscontract opgenomen verblijvingsbeding er voor zorgen dat de andere partner in de woning mag blijven wonen. Het verblijvingsbeding is een overeenkomst van verdeling, waarbij een of meer gemeenschappelijke bezittingen aan de langstlevende mede-eigenaar bij bijvoorbeeld overlijden of faillissement reeds bij voorbaat of met uitgestelde levering worden toegedeeld. Dat gebeurt meestal zonder daarvoor tot enige tegenprestatie gehouden te zijn, maar wel onder de verplichting van de langstlevende om de aan de gemeenschappelijke bezittingen verbonden schulden voor zijn rekening te nemen. Deze verplichting werkt alleen intern. Een schuldeiser kan de erfgenamen van de overleden samenwonende partner nog steeds aanspreken, tenzij deze met schuldoverneming zou instemmen (art. 6:155 BW) of de erfgenamen van de overleden informele partner uit hun aansprakelijkheid ontslaat.

Het verblijvingsbeding kwalificeert als een quasi-legaat (art. 4:126 lid 2 onder a BW), met alle gevolgen van dien (zoals vermindering en inkorting ten behoeve van legitimarissen en boedelschuldeisers).⁵² Opmerking verdient dat aan een quasi-legaat ten behoeve van de langstlevende andere levensgezel eveneens een niet-opeisbaarheidsclausule verbonden kan worden (art. 4:129 BW j° art. 4:82 BW).

Is de woning eigendom van één van de informele partners, dan zijn testamentaire voorzieningen nodig om ervoor te zorgen dat de andere partner in de woning mag blijven wonen.

⁵² Zie hiervoor het onderdeel 'In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW'.

Kinderen versus informele partner

Het wordt veelal wenselijk geacht de langstlevende andere levensgezel te beschermen tegen de legitimaire aanspraken van de kinderen. Dat kan gebeuren door ten behoeve van de langstlevende de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW in het testament op te nemen. Voorwaarde is dan wel dat sprake is van een gemeenschappelijke huishouding en een notarieel samenlevingsovereenkomst is gesloten.

Een testament van samenwonende partners met kinderen kan op verschillende manieren worden vormgegeven.

- a. de langstlevende erft alles;
- b. het tweetrapstestament;
- c. de pseudo-ouderlijke boedelverdeling; en
- d. het vruchtgebruiktestament.

Een enkel woord over al deze mogelijkheden.

Langstlevende al

In dit geval wordt de langstlevende tot enig erfgenaam benoemd. De kinderen krijgen geen erfrechtelijke aanspraken, tenzij zij een beroep doen op de legitieme. Voor dat geval kan in een niet-opeisbaarheidsclausule worden voorzien (art. 4:82 BW).

Tweetrapstestament

Bij dit testament verkrijgt de langstlevende het erfdeel als bezwaarde, te weten als erfgenaam onder ontbindende voorwaarde dat op het moment van zijn overlijden nog een of meer verwachters (de erfgenamen onder opschortende voorwaarde) in leven zijn (art. 4:141 BW). Alleen hetgeen van de erfrechtelijke verkrijging resteert, komt aan de verwachters ten goede (de zogeheten tweetrapsmaking van het overschot).

Omdat de met een voorwaarde belaste erfrechtelijke verkrijging voor de kinderen (de verwachters) inferieur is, hoeven zij deze niet te aanvaarden (art. 4:72 BW). Als zij deze inferieure verkrijging verwerpen en een gelijktijdig beroep doen op de legitieme, dan zullen zij een niet-opeisbare legitimaire geldvordering op de langstlevende verkrijgen (op voorwaarde dat de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW in het testament is opgenomen). De legitimaire geldvordering wordt alsdan eerst opeisbaar na het overlijden van de langstlevende.

Het tweetrapstestament wordt uitgebreid behandeld in het onderdeel 'Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen'.

Pseudo-ouderlijke boedelverdeling

In dit geval wordt de ouderlijke boedelverdeling voor gehuwden van het oude erfrecht nagebootst. Bij het overlijden van één van de samenwonende partners erft de langstlevende alles. De kinderen krijgen als legataris een geldvordering ter grootte van het

erfdeel dat zij zouden hebben gehad als zij tezamen met de langstlevende erfgenaam zouden zijn geweest.⁵³

Vruchtgebruiktestament

Bij het eerste overlijden erven de kinderen de gehele nalatenschap, terwijl aan de langstlevende partner het vruchtgebruik is gelegateerd (§ 9.4). De langstlevende zal gewoonlijk ook tot executeur worden benoemd, zodat deze het legaat van vruchtgebruik aan zichzelf kan afgeven. In het algemeen wordt aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid ex art. 3:215 BW toegekend om (onderdelen van) het vruchtgebruikvermogen te vervreemden en te verteren (intering).

Veelal wordt in een vruchtgebruiktestament tevens een keuzelegaat tegen inbreng van de waarde opgenomen. De langstlevende is aldus in staat om een of meer goederen van de nalatenschap in volle eigendom te verkrijgen (ofwel te 'kopen') tegen betaling van de waarde daarvan. Het vruchtgebruiktestament stelt de langstlevende in staat om de inbrengschuld voor de aldus verkregen goederen levenslang renteloos schuldig te blijven.

Omdat de met een recht van vruchtgebruik belaste erfrechtelijke verkrijging voor de kinderen inferieur is, hoeven zij deze niet te aanvaarden (art. 4:72 BW). Als zij deze inferieure verkrijging verwerpen en een beroep doen op de legitieme, dan zullen zij een niet-opeisbare legitimaire geldvordering op de langstlevende verkrijgen (op voorwaarde dat de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW in het testament is opgenomen). De legitimaire geldvordering wordt alsdan eerst opeisbaar na het overlijden van de langstlevende.

9.12. Ondernemerstestament

Het ideale ondernemerstestament bestaat niet. Sterker nog: idealiter verdient het geen aanbeveling dat de bedrijfsopvolging en de overgang van ondernemingsvermogen tot het overlijden van de ondernemer wordt uitgesteld. Bij leven kan de bedrijfsopvolging reeds in gang worden gezet, waardoor de ondernemer zijn opvolger bij de overgang van de onderneming nog kan begeleiden of eventueel ook nog kan financieren. Van de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet (alsook van de doorschuiffaciliteiten van de Wet IB 2001) kan daarbij gebruik worden gemaakt. Is de bedrijfsopvolging bij leven voltooid, dan zal het testament van de ex-ondernemer niet meer dan wilsbeschikkingen bevatten ten aanzien van het eigen vermogen (woning, inboedel en beleggingen).

Sommige ondernemers zullen vroegtijdig komen te overlijden. Andere ondernemers kunnen maar geen afscheid van de onderneming nemen, bijvoorbeeld omdat een geschikte opvolger niet beschikbaar is of omdat het afscheid kunnen nemen een struikelblok blijkt. Dan is het nuttig dat in elk geval beschikt wordt over een ondernemerstestament als een soort vangnet. Een goede reden daarvoor is dat het versterkerrecht van Boek 4 BW geen bedrijfsopvolgingserfrecht is. Het wettelijke systeem van Boek 4 BW is niet ontworpen om bedrijfsopvolging mogelijk te maken en te faciliteren. De focus van Boek 4 BW ligt met name op de verzorging van de nabestaanden. Dat betekent dat de ondernemer zelf met een testament aan de slag moet om zijn postmortale

⁵³ Het verschil met de ouderlijke boedelverdeling is dat bij de pseudo-ouderlijke boedelverdeling geen verdeling in werkelijke zin plaatsvindt. De langstlevende is namelijk de enige erfgenaam. De kinderen zijn slechts legataris-schuldeiser in de nalatenschap.

wensen met betrekking tot zijn onderneming en bedrijfsopvolging handen en voeten te geven.

Als doelstellingen van een ondernemerstestament kunnen worden geformuleerd:

- het aanwijzen van de *juiste opvolger*;

Is de juiste opvolger nog niet voorhanden, dan is het aangewezen in het testament een erfrechtelijke functionaris aan te wijzen die gedurende een bepaalde periode na overlijden van de ondernemer minst genomen het beheer kan voeren over de nalatenschap (waaronder de onderneming). Die erfrechtelijke functionaris kan een executeur zijn of een (afwikkelings)bewindvoerder. Soms wordt hierbij (mede) een rol toegekend aan het bestuur van een stichting administratiekantoor (STAK). Weliswaar is de primaire taak van het bestuur van de STAK de aandelen van de groep te beheren, maar deze taak zou kunnen worden uitgebreid naar bijvoorbeeld begeleiding van de beoogde bedrijfsopvolger.

- het testament moet het *voortbestaan van de onderneming* verzekeren;

In het ondernemerstestament zal rekening gehouden moeten worden met het bestaan van allerlei juridische en economische hindernissen voor de bedrijfsopvolging die bij het openvallen van de nalatenschap kunnen opkomen. Idealiter gaat de onderneming in ongedeelde vorm over op de bedrijfsopvolger. Versplintering van het ondernemingsvermogen onder de erfgenamen moet zoveel als mogelijk worden vermeden. Dat kan gerealiseerd worden door het benoemen van de beoogde bedrijfsopvolger tot enig erfgenaam. De legitieme portie voor (een) onderfde afstammeling(en) van de erflater-ondernemer levert niet meer dan een financiële aanspraak op. Goederenrechtelijk is het onderfde kind of de onderfde langstlevende echtgenoot 'uitgeboedeld'.

- het testament moet *fiscaal optimaal* worden vormgegeven; en

De vrijstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling van de Successiewet is alleen beschikbaar bij een verkrijging krachtens erfrecht (art. 1 lid 1 onder 1° SW). Zie daarvoor uitgebreid het onderdeel 'Estate planning. Bedrijfsopvolgingsregeling (BOR)'.

- de *verzorging van de nabestaanden* van de ondernemer.

Tot de nalatenschap zal verzorgingsvermogen kunnen behoren. In het testament kan dat vermogen bestemd worden voor de verzorging van de nabestaanden. Het is ook mogelijk dat het gehele vermogen ten dienste staat van de onderneming en dat de verzorging van de nabestaanden daardoor in de knel komt. In dat geval komen de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW) en de andere wettelijke rechten (art. 4:28 e.v. BW) in het vizier.

Deze globale doelstellingen van een ondernemerstestament zijn niet meer dan een kapstok voor allerlei thema's waaraan – afhankelijk van de concrete situatie van de ondernemer – in een testament aandacht besteed dient te worden.

10. Testamentencheck

Zoals auto's op enig moment een APK-beurt behoeven, verdienen testamenten ook een reguliere *check-up*. Dan kan worden gezien of het testament nog steeds aansluit bij de actuele wensen van de erflater en optimaal gebruik wordt gemaakt van de vigerende fiscale en juridische wet- en regelgeving. EPN - de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat - organiseerde op 18 juni 2021 daarvoor een landelijke testamentencheckdag (als onderdeel van de jaarlijkse Dag van het Erfrecht). Tijdens die dag konden met behulp van een (kandidaat) notaris testamenten gecontroleerd worden. EPN promoveerde deze dag als volgt:

"Wellicht herkent u het: u bent jaren geleden getrouwd en hebt toen testamenten laten opmaken. Of misschien heeft u samen met uw partner een woning gekocht en heeft u toen meteen een testament op laten maken. Maar weet u precies wat in er in uw testament staat? Weet u bijvoorbeeld wat er gebeurt met uw vermogen na uw overlijden? Weet u wie de voogdij en het bewind over uw kinderen krijgt. Wie heeft u aangewezen als executeur? En wat gebeurt er met uw bedrijf?

Misschien weet u alle antwoorden op bovengenoemde vragen, maar speelt er een kwestie die gevoelig ligt en die u eigenlijk wat voor u uit schuift. Maar is het wel verstandig om te wachten tot het testament daadwerkelijk op tafel komt? Misschien klaart een goed gesprek met een juridisch deskundige en communicatief vaardige notaris de lucht wel en blijkt het niet nodig dat u zich soms toch wat zorgen maakt.

Het leven verandert snel. Misschien heeft u in de tussentijd kinderen of kleinkinderen gekregen, bent u gescheiden en hertrouwd, heeft u een andere woning gekocht of is uw hobby uitgegroeid tot een eigen bedrijf. Al deze gebeurtenissen zorgen ervoor dat uw situatie verandert en dat kan gevolgen hebben voor uw testament. Daarnaast zijn er jaarlijks veranderingen in de wet die eventueel aanpassingen met zich meebrengen. Het is belangrijk dat u juist op die momenten uw testament controleert. U wilt immers niet dat uw erfgenamen later voor vervelende verrassingen komen te staan. Investeer in de toekomst en zorg ervoor dat u er zeker van bent dat uw testament bij u past en actueel is."

Hieruit blijkt dat de wensen van een erflater (ofwel een testateur) bij de inhoud en vormgeving van een testament centraal staan. Het ideale testament bestaat dus als zodanig niet. Testamenten bestaan er in alle soorten en maten, en deze kunnen op diverse terreinen van elkaar verschillen. Zonder de wensen van een cliënt te kennen, kan niet beoordeeld worden of een testament 'goed' of 'slecht' is. Een testament is pas goed te noemen als de wensen van een cliënt - rekening houdende met alle relevante omstandigheden en mogelijke *life events* - daarin goed vertaald zijn.

Het grote(re) belang van het relatievermogensrecht

Men zegt wel eens dat testamenten *overrated* zijn of dat huwelijkse voorwaarden belangrijker zijn dan testamenten. Feit is dat bij estate planning (in goed Nederlands: nalatenschapsplanning) het verschil niet met een testament gemaakt kan worden, maar dat zulks wel gebeurt op het terrein van het relatievermogensrecht met huwelijkse voorwaarden (of partnerschapsvoorwaarden). De reden daarvoor is dat relatievermogensrecht vóór erfrecht gaat. De omvang en samenstelling van een nalatenschap wordt primair bepaald door het relatievermogensrecht. Is er een ruime of een

bepaalde huwelijksgemeenschap van goederen? Worden inkomen en vermogen verrekend krachtens een verrekenbeding? Behoren erfenissen en schenkingen tot de huwelijksgemeenschap, of niet? Spelen er nog vergoedingsrechten tussen de huwelijksgemeenschap en de eigen vermogens van de partners? Het relatievermogensrecht kan aldus leiden tot aanzienlijke vermogensverschuivingen met bovendien allerlei fiscale faciliteiten bij boedelmenging en verdeling. Zie verder het onderdeel 'Relatievermogensrecht en erfrecht'.

Testamenten in alle soorten en maten

Boek 4 BW kent de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW). Die wettelijke verdeling - met gevoel voor humor wel aangemerkt als een gratis Staatstestament (hoewel de wettelijke verdeling van de nalatenschap in strikte zin uiteraard geen testament is) - is niet meer dan confectiewerk (met slechts zeer beperkte mogelijkheden tot afwijking of aanvulling van de wettelijke regeling (§ 9.1)). De wettelijke verdeling zal voor het gros van de Nederlanders volstaan, en wordt daarom ook wel als volkerfrecht aangemerkt. De wettelijke verdeling staat in het teken van de verzorging van de langstlevende echtgenoot: de langstlevende moet na het overlijden van de huwelijkspartner ongestoord kunnen voortleven. De langstlevende krijgt daarom als onderdeel van de wettelijke verdeling alle goederen van de nalatenschap toebedeeld en de kinderen worden in de erfrechtelijke wachtkamer geplaatst. De kinderen hebben niet meer dan een niet-opeisbare onderbedelingsvordering op de langstlevende (vanwege de toedeling van alle nalatenschapsgoederen aan de langstlevende) die in beginsel eerst opeisbaar wordt bij het overlijden van de langstlevende. Zie verder het onderdeel 'Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap'.

Op welke terreinen kunnen testamenten zoal van elkaar verschillen? Onderstaande thema's - en met name de visie van een cliënt daarop - zouden gebruikt kunnen worden om een testament conform de wensen van een cliënt op maat te snijden. Deze thema's zouden als *talking points* gehanteerd kunnen worden in een adviesgesprek van een notaris met het oog op het opstellen of een latere *review* van een testament. Bij al die thema's kan een plusje of een minnetje worden geplaatst waarmee de score wordt aangegeven. De thema's zouden door de notaris ook gehanteerd kunnen worden om (als onderdeel van de *Belehrung*) een toelichting op hoofdlijnen van een testament te geven. Dat gebeurt naar mijn oordeel nog veel te weinig.

De onderscheiden thema's voor een beoordeling van testamenten zijn:

Civielrechtelijke zekerheid

In een situatie van een echtpaar met een of meer kinderen zijn - schematisch weergegeven - twee uitersten denkbaar.⁵⁴ Het ene uiterste is een testament met een 'erfrechtelijke liefdesverklaring': de langstlevende wordt tot enig erfgenaam benoemd en het kind wordt onterfd. Een fraaiere testament voor de langstlevende is niet denkbaar. Het andere uiterste is een testament waarin de langstlevende juist onterfd wordt en het kind (of een derde) tot enig erfgenaam wordt benoemd. In dit geval is een pijnlijker testament voor de

⁵⁴ Deze verhelderende voorstelling van zaken heb ik ontleend aan een college van Prof. Freek Schols, hoogleraar notarieel recht en privaatrecht aan de Radboud universiteit te Nijmegen.

langstlevende niet denkbaar. Deze testamenten zijn beide volkomen rechtsgeldig volgens Boek 4 BW. Dat kan als volgt worden toegelicht.

- de langstlevende is enig erfgenaam

Het is mogelijk de langstlevende tot enig erfgenaam te benoemen en een kind te onterven. Het kind kan tegen zijn onterving als zodanig niets inbrengen. Het enige dat een kind kan doen, is een beroep op zijn legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW). De legitieme geeft hem niet meer dan een aanspraak op de nalatenschap in geld, en niet in goederen. Het ontferde kind is een schuldeiser van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder g BW). De geldvordering van een ontferd kind (een legitimaris) is in beginsel zes maanden na het overlijden opeisbaar (art. 4:81 lid 1 BW). Een dergelijke legitimaire geldvordering op de langstlevende kan niet opeisbaar gesteld worden, zodat deze eerst opeisbaar wordt na het overlijden van de langstlevende (art. 4:82 BW). Zie verder het onderdeel 'Het wettelijke minimum in het erfrecht: de legitieme portie'.

- de langstlevende wordt ontferd

Het is eveneens mogelijk de langstlevende in een testament te onterven. Ook daaraan kan de langstlevende als zodanig niets doen. De onterving van de langstlevende houdt stand. Het enige dat de langstlevende kan doen is een beroep op de andere wettelijke rechten (art. 4:28 e.v. BW).⁵⁵ Voor het geval de erflater zelf was vergeten dat hij gehuwd was, herinnert de wetgever hem daar postuum aan. De langstlevende kan op grond van de andere wettelijke rechten in de nalatenschap claimen: (i) het woonrecht van de woning gedurende zes maanden (art. 4:28 BW), (ii) het vruchtgebruik van de woning en inboedel (art. 4:29 BW) en/of (iii) het vruchtgebruik van andere goederen van de nalatenschap (art. 4:30 BW). De andere wettelijke rechten hebben een alimentair karakter: op deze andere wettelijke rechten kan slechts een beroep gedaan worden als de langstlevende voor zijn verzorging daaraan behoefte heeft. Dat houdt in dat de langstlevende verzorgd achterblijft, en dat is iets wezenlijk anders dan het ongestoorde voortleven dat met de wettelijke verdeling van de nalatenschap wordt beoogd. Die verzorgingsbehoefte zal de langstlevende niet hebben als deze zelf vermogend is, het nodige reeds verkrijgt krachtens huwelijksvermogensrecht of arbeidsinkomen geniet. De andere wettelijke rechten zijn dwingendrechtelijk van aard (art. 4:41 BW). Zie verder het onderdeel 'Over dwingend nooderfrecht: de andere wettelijke rechten'.

Behoudens het bestaan van de legitieme en de andere wettelijke rechten heeft de erflater aldus totale testeervrijheid en daarmee totale vrijheid om over zijn nalatenschap te beschikken. Dat is een belangrijke constatering. Gelet op het feit dat de twee geschetste uitersten - te weten (i) de langstlevende is volgens het testament enig erfgenaam en (ii) de langstlevende wordt ontferd - de toets der kritiek van Boek 4 BW kunnen doorstaan, luidt de conclusie ook dat alle andere testamentsvormen binnen deze uitersten eveneens rechtsgeldig en haalbaar moeten zijn. Zo valt te denken aan de volgende

⁵⁵ Het gaat dan om andere wettelijke rechten dan de legitieme portie. Aan de langstlevende echtgenoot komt geen beroep toe op de legitieme. De legitieme komt alleen toe aan de afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenaam tot zijn nalatenschap worden geroepen (art. 4:63 lid 2 BW).

testamentsvormen, afhankelijk van de wijze waarop de erflater de langstlevende en/of het kind in zijn testament wil bedenken:

- de tweetrapsmaking, waarbij de langstlevende tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde wordt benoemd en (een) ander(en) tot erfgenaam onder opschortende voorwaarde (vgl. art. 4:141 BW);
- het keuzelegaat tegen inbreng van de waarde en een erfdeel ten gunste van de langstlevende;
- de langstlevende is enig erfgenaam met (niet-opeisbare) geldlegaten voor de kinderen;
- het vruchtgebruik van woning en inboedel of van (een deel van) de nalatenschap ten behoeve van de langstlevende;
- de quasi-wettelijke verdeling;
- naar oud erfrecht opgemaakt testament met een ouderlijke boedelverdeling (of OBV plus) ;

Nogmaals: al deze testamentsvormen zijn volkomen rechtsgeldig en bieden de erflater civielrechtelijke zekerheid. Dat houdt mede verband met het gegeven dat legitimarissen in Boek 4 BW 'uitgeboedeld' zijn. Legitimarissen zijn niet langer erfgenaam, en hebben slechts een aanspraak op geld (niet op goederen) (art. 4:7 lid 1 onder g BW). De aanspraak van legitimarissen is in gevallen waarin twee of meer kinderen achterblijven bovendien aanzienlijk verkleind. Ten slotte is het mogelijk de ten laste van de langstlevende ouder komende legitimaire geldvordering van een onterfd kind of een kind dat zijn niet gewenste erfrechtelijke verkrijging heeft verworpen niet-opeisbaar te stellen (art. 4:82 BW). Het gevolg van een en ander is dat de legitieme portie - alleen wat betreft de omvang van de geldelijke aanspraak - een beperkte sta-in-de-weg vormt voor de testeervrijheid van de erflater.

Boedelafwikkeling

Ook de wijze van boedelafwikkeling is een belangrijk gezichtspunt bij de beoordeling van testamenten. Bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap is de afwikkeling van de boedel eenvoudig: de langstlevende verkrijgt van rechtswege de nalatenschapsgoederen en de kinderen krijgen een vordering op de langstlevende wegens onderbedeling (art. 4:13 BW). Eenvoudig is de boedelafwikkeling ook als de langstlevende enig erfgenaam is. In beide gevallen is sprake van rechtsopvolging onder algemene titel, zodat geen leveringsformaliteiten vervuld behoeven te worden.

Andere testamentsvormen zullen tot een (meer) ingewikkelde boedelafwikkeling leiden. Te denken valt aan de tweetrapsmaking, waarbij bij aanvang het tweetrapsvermogen onderscheiden dient te worden van het eigen vermogen van de bezwaarde. Daarna zal het verloop van het tweetrapsvermogen minutieus moeten worden bijgehouden.

Flexibiliteit

Wie gebruik wil maken van de mogelijkheden die eigentijdse estate planning biedt, wil flexibiliteit inbouwen in zijn testament. Het is niet bekend wat de omvang en samenstelling van de nalatenschap is bij het overlijden. De fiscale wetgeving kan bovendien gewijzigd zijn na het opmaken van een testament. De wettelijke verdeling van de nalatenschap kan die flexibiliteit niet bieden. De langstlevende verkrijgt van rechtswege alle nalatenschapsgoederen, terwijl het misschien de voorkeur heeft één of meer goederen toe te laten komen aan (een) kind(eren), zoals bijvoorbeeld een woning of beroeps- of bedrijfsgebonden goederen die tot de nalatenschap behoren en die in verband met bedrijfsopvolging van belang zijn. Ook kan het wenselijk zijn om bepaalde goederen uit de nalatenschap nog enige tijd onverdeeld te laten. De langstlevende kan alleen onder de wettelijke verdeling uitkomen als tijdig – dat wil zeggen: binnen drie maanden na het openvallen van de nalatenschap – de wettelijke verdeling ongedaan wordt gemaakt bij notariële akte (art. 4:18 BW). Ook een testament waarin de langstlevende tot enig erfgenaam is benoemd, zal geen flexibiliteit kunnen bieden. De langstlevende zou een dergelijk testament nog kunnen verwerpen, maar de praktijk leert dat de enig erfgenaam voordien veelal reeds handelingen heeft verricht die neerkomen op zuivere aanvaarding (art. 4:192 lid 1 BW).⁵⁶ Het enige dat bij een enig erfgenaamschap nog enige flexibiliteit kan bieden, is het invoeren van de legitieme portie door de kinderen. Voor de langstlevende levert het invoeren van de legitieme geen direct gevaar op, aangezien de legitimaire vordering met rente daarover niet-opeisbaar zal zijn gesteld (art. 4:82 BW). Het voordeel hiervan is dat de erfbelastingdruk bij de langstlevende hierdoor enigszins verlicht kan worden.

Andere testamentsvormen kunnen de gewenste flexibiliteit wel bieden. Te denken valt aan de quasi-wettelijke verdeling (§ 9.2) of het keuzetestament (§ 9.3). Die testamentsvormen leveren ook de nodige aan verdeling van de nalatenschap verbonden fiscale voordelen op (vgl. art. 3 Wet Belastingen van rechtsverkeer).

Erfbelasting bij eerste of tweede overlijden?

Bij een enig erfgenaamschap gelden enige successierechtelijke voordelen: de partnervrijstelling van € 680.645 (2022) en de gunstige tarieven voor de 'nabijen' van 10% en 20%. Deze voordelen gelden met name bij de 'kleinere nalatenschappen'. Bij 'grotere nalatenschappen' betaalt de langstlevende al snel erfbelasting naar het tarief van 20%, terwijl het tarief van 10% voor de kinderen onbenut blijft. Na het overlijden van de langstlevende worden de kinderen vol getroffen door de heffing van erfbelasting. De technieken om de nalatenschap van de langstlevende uit te hollen (zie verder hierna), zijn bij een enig erfgenaamschap niet beschikbaar.

Het is mogelijk om met bepaalde testamentsvormen te opteren voor heffing van erfbelasting bij het eerste dan wel het tweede overlijden, of een spreiding van de erfbelastingdruk over beide overlijdens. Dat kan als volgt worden toegelicht.

⁵⁶ Dat is het geval wanneer "hij zich ondubbelzinnig en zonder voorbehoud als een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam gedraagt doordat hij overeenkomsten aangaat strekkende tot vervreemding of bezwaring van goederen van de nalatenschap of deze op andere wijze aan het verhaal van schuldeisers onttrekt."

Uitgaande van een casus van een echtpaar met één of meer kinderen kan met behulp van bepaalde technieken invloed uitgeoefend worden op de erfbelastingdruk bij het eerste en het tweede overlijden.⁵⁷ Zo kan in een situatie waarin de vrijstelling voor de langstlevende nog niet helemaal opgevuld of benut zou worden (en wel omdat de initiële erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende geringer is dan € 680.645 (2022)), de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende alsnog vergroot worden. Als communicerend vat wordt de erfrechtelijke verkrijging van het kind daardoor verkleind (en dat vermindert de erfbelastingdruk voor het kind bij het eerste overlijden (met slechts een beperkte vrijstelling van € 21.559 (2022))). Het vergroten (of verkleinen) van de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende gebeurt door het spelen met de rente die over de erfrechtelijke vorderingen van de kinderen die bij het eerste overlijden ontstaan (bijvoorbeeld in het kader van de wettelijke verdeling van de nalatenschap) verschuldigd is (de zogeheten 'ventieltechniek'). Als gevolg van een wijziging van de rente vindt een herwaardering plaats van deze erfrechtelijke vorderingen. Wordt de rente verlaagd, dan resulteert dat in een hogere erfrechtelijke verkrijging voor de langstlevende (en omgekeerd). Is de rente over de erfrechtelijke vorderingen alreeds op 0% gesteld (en die rente kan in dit geval niet negatief worden), dan kan - als het testament daarin tenminste voorziet - gebruik gemaakt worden van een aanvullend legaat ten laste van het kind of de kinderen (het zogeheten 'opvul- of afvullegaat'). Op deze wijze kan de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende eveneens vergroot worden, om aldus optimaal gebruik te maken van de partnervrijstelling.

Ook andere technieken zijn beschikbaar om de erfbelastingdruk te beïnvloeden bij het eerste en tweede overlijden (en ook te gebruiken buiten het verband van ouder-kindrelaties). Ik noem twee voorbeelden.

- Vruchtgebruik

Bij een vruchtgebruiktestament wordt zowel de bloot-eigendom als het vruchtgebruik bij het overlijden van de erflater belast (het eerste overlijden). De waarde van het vruchtgebruik wordt berekend volgens het Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956 (Uitvoeringsbesluit SW). Volgens het uitvoeringsbesluit bedraagt de jaarlijkse opbrengst van het vruchtgebruik 6% (art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW). Vervolgens moet deze jaarlijkse opbrengst vermenigvuldigd worden met een factor die behoort bij de leeftijd van de vruchtgebruiker (art. 5 Uitvoeringsbesluit SW). Verder geldt dat de waarde van hetgeen onder de last van een vruchtgebruik wordt verkregen, wordt gesteld op de waarde in onbezwaarde staat, verminderd met de waarde van die last (art. 21 lid 11 SW). Zo is de waarde van de bloot-eigendom het verschil tussen de volle eigendom en de waarde van het vruchtgebruik.

Het fiscaal interessante is nu dat bij het overlijden van de vruchtgebruiker (het tweede overlijden) de waardeaan groei van de bloot-eigendom naar volle eigendom voor de heffing van erfbelasting onbelast is, omdat die waardeaan groei geen verkrijging "*krachtens erfrecht*" oplevert (vgl. art. 1 lid 1 onder 1° SW). Ook de fictiebepaling van art. 10 SW is niet van toepassing, omdat deze bepaling ziet op het ontgaan van erfbelasting door het omzetten van (onder meer) vol eigendomsrecht in een genotsrecht door een rechtshandeling van de bloot-eigenaar en de vruchtgebruiker, welk genotsrecht bij het

⁵⁷ Zie ook de onderdelen 'Belastingheffing bij overlijden en schenking' en 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvul- en afvullegaten'.

overlijden van de genotsgerechtigde eindigt.⁵⁸ In dit geval wordt het gelegateerde vruchtgebruik evenwel krachtens erfrecht verkregen en vangt het recht van vruchtgebruik juist aan bij het overlijden van de erflater (het eerste overlijden).

Kortom, successierechtelijk levert een vruchtgebruiktestament bepaalde voordelen op, omdat de heffing van erfbelasting verdeeld wordt tussen de vruchtgebruiker en de bloot-eigenaar. De vruchtgebruiker behoeft slechts over de waarde van het vruchtgebruik erfbelasting te betalen en de bloot-eigenaar over de waarde van de bloot-eigendom, terwijl bij het overlijden van de vruchtgebruiker niet nogmaals erfbelasting betaald behoeft te worden.

- Tweetrapsmaking

Bij een tweetrapsmaking komt de nalatenschap van erflater of een legaat uit deze nalatenschap eerst toe aan A (bijvoorbeeld de langstlevende) en daarna (bijvoorbeeld na het overlijden van A of op een ander door de erflater bepaald moment) aan B (bijvoorbeeld het kind of de kinderen). Hier komen twee achtereenvolgende erfrechtelijke verkrijgers van dezelfde verkrijging (of wat daarvan nog resteert) in beeld.

Een voorbeeld van een tweetrapsmaking waarbij besparing van erfbelasting bij het eerste overlijden het leidmotief is, ziet op het langstlevende testament. Stel dat de erflater een echtgenote en een kind achterlaat, en niet over zijn nalatenschap testamentair heeft beschikt. De nalatenschap bedraagt € 650.000. De wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW) is in dit geval van toepassing. Dat betekent dat alle goederen van rechtswege toegedeeld worden aan de langstlevende echtgenoot (art. 4:13 lid 2 BW) en dat het kind met zijn geldvordering op de langstlevende in de erfrechtelijke wachtkamer wordt geplaatst. Immers, de geldvordering van het kind op de langstlevende ter grootte van € 325.000 is voorsnog niet-opeisbaar (art. 4:13 lid 3 BW). In dit geval valt de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende ruim binnen de partnervrijstelling van € 680.645 (2022). De geldvordering van het kind wordt - onder aftrek van de kindvrijstelling van € 21.559 - in de erfbelasting betrokken met 10% over de eerste schijf tot € 130.424 en 20% over het meerdere. Het precieze bedrag aan erfbelasting zal mede afhangen van de rente die over de geldvordering van het kind in rekening wordt gebracht.⁵⁹ De langstlevende zal de door het kind verschuldigde erfbelasting moeten betalen (welk bedrag metertijd met de geldvordering kan worden verrekend) (art. 4:14 lid 1 BW). Dat het kind erfbelasting moet betalen over een niet-opeisbare geldvordering (en dus slechts een geldvordering 'op papier') op de langstlevende zal niet door eenieder begrepen worden. Maar dat is wel de bittere realiteit.

Met een tweetrapsmaking is het in dit geval mogelijk om de door het kind verschuldigde erfbelasting te vermijden, alsook om optimaler gebruik te maken van de partnervrijstelling van de langstlevende. Als het vermogen van de langstlevende bijvoorbeeld grotendeels bestaat uit 'stenen' (de woning) biedt de tweetrapsmaking de langstlevende bovendien de nodige financiële ademruimte. Met de tweetrapsmaking wordt de langstlevende als erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) benoemd en het kind onder opschortende voorwaarde (de verwachter). Hierdoor heeft de langstlevende in beginsel de volledige zeggenschap over het tweetrapsvermogen. Het kind komt pas aan bod ná het vervullen van de voorwaarde. In de tussentijd heeft het kind in

⁵⁸ Zie daarvoor ook het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.

⁵⁹ Zie daarvoor het onderdeel 'Estate planning. Spelen met de rente, minuscule erfdelen en opvullen afvullegaten'.

relatie tot de langstlevende slechts rechten als bloot-eigenaar, alsof de langstlevende vruchtgebruiker van het nagelaten vermogen is. De langstlevende krijgt veelal bij testament de bevoegdheid om op het tweetrapsvermogen in te teren. Uitsluitend de bezwaarde wordt voorafgaand aan de vervulling van de voorwaarde in de heffing van de erfbelasting betrokken (art. 21 lid 2 SW). Gelet op de grote partnervrijstelling kan de heffing in dit geval bij het eerste overlijden worden voorkomen en wordt de erfbelasting op een gunstige wijze over beide nalatenschappen gespreid. Het kind wordt bij het eerste overlijden nog niet in de heffing van de erfbelasting betrokken (art. 21 lid 4 SW). Bij het overlijden van de langstlevende wordt de erfrechtelijke verkrijging van het kind als verwachter belast in de relatie tot de eerste ouder, aangezien de verwachter bij een tweetrapsmaking rechtstreeks van de insteller verkrijgt. Het voordeel is dat heffing bij het tweede overlijden wordt gedempt doordat het slechts toeziet op het onverteerde gedeelte van de nalatenschap. Het nadeel van een tweetrapsmaking is dat deze niet het voordeel heeft van uitholling van de nalatenschap van de langstlevende door oprenting (zoals bij andere eigendomsvarianten) of onbelaste waardeaan groei bij het kind (zoals bij het vruchtgebruiktestament).

Eigen woning

Behoort tot de nalatenschap een eigen woning, dan is het van belang vast te stellen of de woning na de testamentaire vererving ten gunste van de langstlevende (enig erfgenaam) ook kwalificeert als een eigen woning zodat de verkrijger hypotheekrenteaftrek heeft.

Is aan de langstlevende het vruchtgebruik van de woning toegekend, dan is hypotheekrenteaftrek door de vruchtgebruiker ook mogelijk, mits de rente van de eigenwoningschuld ten laste van de vruchtgebruiker komt.

Natuurschoon

Eén van de grootste bedreigingen voor de instandhouding van landgoederen vormt de verplichting tot het betalen van erfbelasting bij vererving. Zouden onvoldoende middelen beschikbaar zijn om de verschuldigde erfbelasting te betalen, dan is opsplitsing en verkoop van een gedeelte van het landgoed onvermijdelijk. Om die ongewenste situatie van versnippering te voorkomen, kent de Natuurschoonwet 1928 (NSW) een landgoedvrijstelling. De NSW-faciliteiten kunnen enkel worden benut als een rangschikking als landgoed in de zin van de NSW heeft plaatsgevonden.⁶⁰ De eigenaar van het landgoed kan een verzoek tot rangschikking indienen. De landgoedvrijstelling wordt verleend aan de verkrijger van een onroerende zaak die als landgoed is aangemerkt.⁶¹ De landgoedvrijstelling heeft een voorwaardelijk karakter.⁶²

⁶⁰ Zie daarvoor het Rangschikkingsbesluit Natuurschoonwet 1928.

⁶¹ Onder een landgoed wordt verstaan: *“een geheel of gedeeltelijk met natuurterreinen, bossen of andere houtopstanden bezette onroerende zaak - daaronder begrepen die waarop een buitenplaats of andere, bij het karakter van het landgoed passende, opstallen voorkomen - voor zover het blijven voortbestaan van die onroerende zaak in zijn karakteristieke verschijningsvorm voor het behoud van het natuurschoon wenselijk is”* (art. 1 lid 1 onder a NSW 1928).

⁶² De vrijstelling voor de schenk- en erfbelasting wordt verleend aan de verkrijger van de eigendom van een NSW-landgoed (art. 7 NSW). De verkrijger van het landgoed moet voldoen aan (i) de instandhoudingseis (gedurende een periode van 25 jaar na vererving mag geen verlies van de landgoedstatus plaatsvinden (art. 8 lid 1 NSW 1928)) en (ii) de bezitseis (gedurende een periode van 25 jaar dient de verkrijger het landgoed in bezit te houden (art. 8a lid 1 NSW 1928)).

Het is belangrijk dat in testamenten rekening worden gehouden met de NSW-status van een landgoed. In hoeverre kan de landgoedvrijstelling ten volle worden benut bij de verschillende testamentsvormen? Als niet meer dan een eerste gedachtenvorming dient het volgende.

- de wettelijke verdeling

Is de wettelijke verdeling van de nalatenschap van toepassing (art. 4:13 e.v. BW), dan vererft het landgoed automatisch naar de langstlevende en de kinderen verkrijgen op de langstlevende een niet-opeisbare onderbedelingsvordering. Het gevolg hiervan is dat de landgoedvrijstelling niet volledig kan worden benut. De landgoedvrijstelling is namelijk niet van toepassing op de onderbedelingsvordering van de kinderen, aangezien zij geen onroerende zaak als bedoeld in art. 7 lid 1 NSW 1928 verkrijgen.⁶³ Wat betreft de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende kan gebruik gemaakt worden van de partnervrijstelling én de landgoedvrijstelling. Het gevolg zal zijn dat een deel van de erfrechtelijke verkrijging hierdoor niet in de landgoedvrijstelling kan worden betrokken.

In dit geval zou de langstlevende ervoor kunnen kiezen om de wettelijke verdeling tijdig ongedaan te maken (art. 4:18 BW) en de daarna ontstane onverdeeldheid met de kinderen met het oog op het ten volle kunnen benutten van de landgoedvrijstelling in stand te houden.

- de quasi-wettelijke verdeling

De quasi-wettelijke verdeling zou wel uitkomst kunnen bieden. In dat geval wordt de wettelijke verdeling uitgesloten (vgl. art. 4:13 lid 1 BW) en wordt aan de langstlevende via een afwikkelingsbewind de bevoegdheid of de last gegeven het onverdeelde landgoed aan zichzelf toe te bedelen. Die nadere verdeling levert geen faciliteitsverlies op (art. 8a NSW), ondanks het feit dat ook in dit geval de kinderen een niet-opeisbare onderbedelingsvordering op de langstlevende hebben.

- enig erfgenaamschap

Een testament met enig erfgenaamschap van de langstlevende (plus eventueel een beroep op de legitieme door een of meer van de kinderen) levert geen faciliteitsverlies op.

⁶³ Vgl. HR 27 november 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI1183](#), waarin daarvoor de volgende motivering wordt gegeven: "Hier staat echter tegenover dat de NSW-faciliteit blijkens de tekst van artikel 7, lid 1, NSW is beperkt tot de verkrijging van een onroerende zaak. Ook overigens zijn de bepalingen met betrekking tot landgoederen in de NSW geheel toegesneden op de verkrijger van een landgoed. Zo is het ook alleen de verkrijger van het landgoed die de gevolgen draagt van het vervallen van de invorderingsvrijstelling krachtens artikel 8a, lid 1, NSW, behoudens de in de wet omschreven uitzonderingen, waartoe het geval van belanghebbenden niet behoort. Daar komt nog bij dat de door belanghebbenden bepleite wetstoepassing zonder nadere voorziening tot gevolg zou hebben dat de NSW-faciliteit ter zake van een verkrijging van een landgoed meermalen verleend kan worden, of dat aan zo'n verkrijging een grondslag wordt gegeven die de waarde van het landgoed overtreft. Dat zijn gevolgen waarvoor de NSW geen aanknopingspunten biedt. Deze gevolgen zouden kunnen worden vermeden door de NSW-faciliteit voor de verkrijger van het landgoed te beperken ten gunste van andere verkrijgers. Nu de verkrijger van het landgoed diens aanspraak op de faciliteit ontleent aan de wet, kan een dergelijke beperking niet worden aanvaard zonder wettelijke grondslag, die evenwel ontbreekt."

- vruchtgebruik

Bij de afwikkeling van een testament waarbij aan de langstlevende het recht van vruchtgebruik van het landgoed is gelegateerd en de kinderen de bloot-eigendom verkrijgen, kan voor de erfbelasting met succes een beroep worden gedaan op de NSW-faciliteit.

- Legaat tegen inbreng van de waarde

Verkrijgt (of kiest) de langstlevende (legataris) het landgoed via een legaat onder de verplichting om de waarde daarvan te vergoeden aan de nalatenschap, dan kan alleen de legataris een beroep doen op de NSW-faciliteit. Alleen voor de netto-verkrijging staat een beroep op de NSW-faciliteit open. De waarde die door de erfgenamen wordt verkregen, wordt volgens het normale systeem met erfbelasting belast. Voor hen staat een beroep op de NSW-faciliteit niet open.

Uit het bovenstaande volgt dat bij gebruikelijke testamentaire regelingen het gebruik van de NSW-faciliteit in gevaar kan komen. Het is daarom raadzaam een testament flexibel te maken, waarbij de erfgenamen niet in een bepaalde regeling worden geforceerd.

Sociale zekerheid

Bij een beoordeling van een testament zal ten slotte ook aandacht besteed moeten worden aan de impact van de Participatiewet en de Wet langdurige zorg.⁶⁴ Wat is de situatie als een kind in de bijstand zit en onterfd wordt? Mag een kind dan in zijn onterving berusten of zal vanwege het door de Participatiewet verlangde verantwoordelijkheidsbesef om niet onnodig een claim te leggen op publieke middelen een beroep gedaan moeten worden op de legitieme portie? Wat is de situatie als de langstlevende naar een verpleeghuis moet en een eigen bijdrage daarvoor moet gaan betalen? Is het wenselijk of onvermijdelijk dat een deel van het vermogen van de erflater daaraan opgaat?

⁶⁴ Zie het onderdeel 'Sociale zekerheid en erfrecht'.

Bijlage: Soorten van uiterste wilsbeschikkingen

De meeste uiterste wilsbeschikkingen komen in de diverse onderdelen van deze website aan bod. Ten aanzien van enkele, minder voorkomende uiterste wilsbeschikkingen wordt nog een beknopte toelichting gegeven. Uiterste wilsbeschikkingen die in Boek 4 BW en daarbuiten geregeld zijn, zijn de navolgende:

- erfstelling (art. 4:115 BW)
- legaat (art. 4:117 BW)
- testamentaire last (art. 4:130 BW)
- oprichting van een stichting (art. 4:135 BW j° 2:286 lid 2 BW)
- benoeming van een executeur (art. 4:142 BW)
- instellen van een testamentair bewind (art. 4:153 BW)
- beschikkingen omtrent de vermindering van legaten en testamentaire lasten (art. 4:120 BW, art. 4:121 BW)
- onterving (art. 4:1 BW)
- beschikkingen omtrent het erfrecht bij versterf van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater (art. 4:13 BW, art. 4:17 BW, art. 4:25 BW, art. 4:27 BW)
- beschikkingen omtrent de andere wettelijke rechten (art. 4:30 BW, art. 4:37 BW)
- beschikkingen omtrent de legitieme portie (art. 4:82 BW, art. 4:83 BW, art. 4:87 BW)
- beschikking omtrent het gesloten houden van het gedeponeerde onderhandse testament (art. 4:95 BW)
- herroeping van uiterste wilsbeschikking (art. 4:111 BW)
- beschikkingen omtrent de inbreng van giften (art. 4:229 BW)
- testamentaire in- en uitsluitingsclausule (art. 1:94 BW)
- benoeming van een bewindvoerder over de verkrijging van een minderjarige of onder curatele gestelde (art. 1:253i BW, art. 1:337 BW, art. 1:386 BW)
- ontzegging van het wettelijk vruchtgenot (art. 1:253m BW)
- benoeming van een testamentair voogd (art. 1:292 BW)
- herroeping van giften bij dode (art. 7:177 lid 2 BW j° art. 7:186 lid 1 BW j° art. 7:177 lid 2 BW)

Onderstaande soorten uiterste wilsbeschikkingen behoeven nog een beknopte toelichting:

- beschikkingen omtrent de persoonlijkheidsrechten van de auteur en de uitvoerend kunstenaar (art. 25 leden 2 en 4 Auteurswet, art. 5 lid 2 Wet op de naburige rechten)

Toelichting: het aan het auteursrecht van de erflater verbonden exploitatierecht vererft. De *persoonlijkheidsrechten* van de erflater-auteur vererven niet. Die persoonlijkheidsrechten zien volgens art. 25 lid 1 Auteurswet toe op het recht zich te verzetten tegen:

- a. de openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam of andere aanduiding als maker, tenzij het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;
- b. de openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker, voor zover deze op of in het werk voorkomen, dan wel in verband daarmee openbaar zijn gemaakt;

- c. elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid; en
- d. elk misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, die nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.

Deze persoonlijkheidsrechten kunnen na het overlijden van de maker tot aan het vervallen van het auteursrecht toekomen aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezen(e) (art. 25 lid 2 Auteurswet). De aanwijzing kan plaatsvinden bij codicil (art. 4:97 BW).

Ook als het auteursrecht niet meer bij de maker berust, heeft de auteur de bevoegdheid wijzigingen in zijn werk aan te brengen. Zolang het auteursrecht voortduurt komt gelijke bevoegdheid toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking aangewezen(e), als redelijkerwijs aannemelijk is, dat ook de maker die wijzigingen zou hebben goedgekeurd (art. 25 lid 4 Auteurswet).

Een met art. 25 Auteurswet vergelijkbare bepaling is art. 5 Wet op de naburige rechten. De naburige rechten zien op de rechten van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, omroeporganisaties, uitgevers en producenten van de eerste vastlegging van een film. Ook in dit geval is het mogelijk dat een uitvoerend kunstenaar de aan hem volgens art. 5 lid 1 toekomende persoonlijkheidsrechten na zijn overlijden door een bij uiterste wilsbeschikking aangewezen(e) laat uitoefenen, zelfs nadat hij het naburige recht aan een ander heeft overgedragen (art. 5 lid 2 Wet op de naburige rechten). De aanwijzing kan bij codicil plaatsvinden (art. 4:97 BW).

- beschikkingen omtrent de lijkbezorging, de bestemming van de as en sectie (art. 18, 19 en 72 Wet op de lijkbezorging)

Toelichting: In de Wet op de lijkbezorging (Wlb) wordt uitdrukkelijk bepaald dat de lijkbezorging geschiedt overeenkomstig de wens of de vermoedelijke wens van de overledene, tenzij dat redelijkerwijs niet gevergd kan worden. In dit verband wordt onder lijkbezorging mede begrepen het geven van een bestemming aan de as van een gecremeerd lijk (art. 18 lid 2 Wlb). De Wet op de lijkbezorging biedt degene die niet bekwaam is een uiterste wil te maken desondanks de mogelijkheid om een uiterste wilsbeschikking te maken ter bezorging van zijn lijk. Een meerderjarige of iemand die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, kan ondanks zijn wilsonbekwaamheid bij notariële akte of bij een eigenhandig geschreven, gedagtekende en ondertekende verklaring beschikkingen na dode maken ter bezorging van zijn lijk (art. 19 lid 1 Wlb). Volgens art. 19 lid 2 Wlb mag een in algemene bewoordingen gestelde herroeping van eerdere uiterste wilsbeschikkingen niet worden gezien als een herroeping van de eerder gemaakte beschikkingen ter bezorging van het lijk. Daarvoor is een expliciete herroeping of wijziging vereist.

Praktisch is het niet om de gewenste wijze van lijkbezorging in een uiterste wilsbeschikking op te nemen. Aangezien het van belang is om tijdig van de wensen van de overledene kennis te nemen, liggen andere wijzen van vastlegging meer voor de hand.

Het is ten slotte verder mogelijk dat de overledene in een uiterste wilsbeschikking (of in een eigenhandige ondertekende en gedagtekende verklaring) heeft toegestaan dat zijn lijk aan sectie kan worden onderworpen (art. 72 Wlb).

Zie verder het onderdeel 'Wet op de lijkbezorging en verwante zaken des doods' over onder meer geschillen die kunnen ontstaan over de wijze van bezorging van het lijk: begraven of cremeren, bestemming van de as en sectie.

- beschikking omtrent het geheimhouden van de uiterste wil (art. 49a Wet op het notarisambt)

Toelichting: in art 49a Wet op het notarisambt (Wna) is bepaald dat de erflater de bevoegdheid heeft bij uiterste wil te bepalen dat niet eerder dan dat zijn lijk is "*begraven of verbrand*", een afschrift of uittreksel van zijn uiterste wil mag worden afgegeven aan een belanghebbende of inzage daarin mag worden verleend. Het uitstel mag niet meer belopen dan vijf dagen na het overlijden. Art. 49a Wna waarborgt aldus een rustige begrafenis zonder ruzie aan de kist of in het crematorium, althans voor zover die onrust toe te rekenen valt aan de inhoud van de uiterste wil.