

*G.G.B. Boelens & T.H. Sikkema* ■

## 1 INLEIDING

Op 4 juli 2012 is de zogenoemde Erfrechtverordening van het Europees Parlement en de Raad vastgesteld.<sup>1</sup> Deze Erfrechtverordening is van toepassing op de erfopvolging van personen die overlijden op of na 17 augustus 2015.<sup>2</sup> Het doel van de verordening is om de werking van de interne markt te vergemakkelijken door ‘het wegnemen van de belemmeringen voor het vrije verkeer van personen die thans moeilijkheden ondervinden om hun rechten te doen gelden in het kader van een erfopvolging met grensoverschrijdende gevolgen’.<sup>3</sup> De verordening moet de vererving van een grensoverschrijdende nalatenschap gemakkelijker maken en tevens de afwikkeling van een nalatenschap met internationale aspecten soepel laten verlopen. De regels van het internationale erfrecht worden met de verordening geharmoniseerd in de lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken.<sup>4</sup>

Het toepassingsgebied van de verordening is beperkt tot de erfopvolging.<sup>5</sup> Fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken vallen erbuiten.<sup>6</sup> De verordening is ook niet van toepassing op andere onderdelen van het burgerlijk recht, zodat (onder meer) kwesties die verband houden met huwelijksvermogensrecht (of ander relatievermogensrecht) en met rechten en goede-

---

■ G.G.B. Boelens is promovendus bij de afdeling notarieel recht, Universiteit Leiden, en daarnaast kandidaat-notaris te Delft. T.H. Sikkema is docent bij de afdeling notarieel recht en de afdeling moot court, Universiteit Leiden.

1 Verordening (EU) nr. 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring, gepubliceerd in *Pb EU L 201* van 27 juli 2012, p. 107-134.

2 Art. 83 Erfrechtverordening.

3 Overweging 7 Erfrechtverordening.

4 Zie overwegingen 82-83 Erfrechtverordening.

5 Art. 1 lid 1 Erfrechtverordening; zie voor de invulling van het begrip erfopvolging art. 3 lid 1 onder a jo. art. 23 lid 2 Erfrechtverordening.

6 Art. 1 lid 1 Erfrechtverordening.

ren die krachtens schenking worden verkregen, van het toepassingsgebied van de verordening zijn uitgesloten.<sup>7</sup>

Om de hierboven vermelde doelstelling te bereiken, kent de Erfrechtverordening vier hoofdpijlers. De eerste pijler regelt (in hoofdstuk II van de verordening) de internationale rechtsmacht bij geschillen over nalatenschappen. De tweede pijler betreft de bepaling van het toepasselijke recht op de erfopvolging (hoofdstuk III). De derde en vierde pijler bevatten regels over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse gerechtelijke beslissingen en authentieke akten op het gebied van het erfrecht (hoofdstukken IV en V) respectievelijk bepalingen over de invoering van een Europese Erfrechtverklaring (hoofdstuk VI). Voor de derde pijler geldt als uitgangspunt dat gerechtelijke beslissingen en authentieke akten in beginsel in andere lidstaten worden erkend zonder dat daartoe een procedure vereist is.<sup>8</sup> Met de genoemde Europese Erfrechtverklaring kunnen erfgenamen, legatarissen en executeurs van een grensoverschrijdende nalatenschap hun rechten en bevoegdheden in een andere lidstaat aantonen.<sup>9</sup>

Hoewel iedere pijler – gezien het belang van de daarmee geregelde onderwerpen – zondermeer een uitgebreide behandeling rechtvaardigt, wordt in deze bijdrage met name en in algemene zin stilgestaan bij de tweede pijler: de regeling over het op de erfopvolging toepasselijke recht. In het bijzonder zal bezien worden of de verordening in verband met de beoordeling van de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking gevolgen heeft voor het moment waarnaar een uiterste wilsbeschikking dient te worden uitgelegd.<sup>10</sup> Tot slot zal de positie van de Erfrechtverordening binnen de nationale en Europese rechtsorde en ten opzichte van Europese grondrechtencatalogi (het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) worden behandeld.

## 2 DE ERFRECHTVERORDENING EN HET OP DE ERFOPVOLGING TOEPASSELIJKE RECHT

### 2.1 Erfopvolging (algemeen)

In deze paragraaf wordt ingegaan op het recht dat volgens de Erfrechtverordening van toepassing is op de erfopvolging. Als eerste zal aan bod komen wat erfopvolging onder de Erfrechtverordening inhoudt en hetgeen het daarop door de verordening aangewezen recht regelt.

---

7 Art. 1 lid 2 onder d en g jo. art. 2 Erfrechtverordening.

8 Zie art. 39 en 59 Erfrechtverordening.

9 Art. 63 lid 1 Erfrechtverordening.

10 Art. 24 en 26 Erfrechtverordening.

Artikel 3 lid 1 onder a Erfrechtverordening definieert ‘erfopvolging’ als:

‘elke vorm van overgang of overdracht van goederen, rechten en verplichtingen naar aanleiding van een overlijden, ongeacht of het gaat om een vrijwillige overgang of overdracht krachtens een uiterste wilsbeschikking, dan wel om een overgang middels erfopvolging bij versterf.’

Het krachtens de verordening aangewezen toepasselijke recht op de erfopvolging beheerst de vererving van de *gehele* nalatenschap, te weten: de erfopvolging van alle bestanddelen, ongeacht of deze bestanddelen zich in een andere aangesloten lidstaat of in een derde staat bevinden.<sup>11</sup> Met de keuze voor een zogenoemd ‘eenheidsstelsel’ wordt de rechtszekerheid gediend en wordt voorkomen dat de nalatenschap versnipperd.<sup>12</sup> Een op grond van (art. 10:145 lid 2 BW jo.) art. 6 van het Haags Erfrechtverdrag 1989<sup>13</sup> gedane partiële rechtskeuze wat betreft de vererving van bepaalde goederen in een nalatenschap is vanaf 17 augustus 2015 dus niet meer mogelijk.<sup>14</sup> Bovendien zal het aangewezen toepasselijke recht niet alleen de vererving regelen, maar ook de afwikkeling (vereffening en verdeling) van de nalatenschap.<sup>15</sup> De tweedeling in het hedendaagse Nederlandse IPR-erfrecht tussen vererving enerzijds (hetgeen geregeld wordt door het Haags Erfrechtverdrag 1989)<sup>16</sup> en de vereffening en verdeling anderzijds (beheerst door art. 10:149 BW) verdwijnt dus door de verordening. Het aangewezen recht moet ingevolge overweging 42 Erfrechtverordening de erfopvolging beheersen ‘vanaf het openvallen van de nalatenschap totdat de eigendom van de bestanddelen van de nalatenschap op de rechthebbenden is overgegaan (...)’ Artikel 23 lid 2 Erfrechtverordening vermeldt wat het op de erfopvolging aangewezen recht in het bijzonder regelt, te weten:

‘a) de gronden voor, het tijdstip en de plaats van het openvallen van de nalatenschap;

---

11 Art. 23 lid 1 Erfrechtverordening. Overigens kunnen bijzondere regels van het recht van een staat waar zich bepaalde onroerende goederen, ondernemingen of andere bijzondere categorieën goederen bevinden, op de erfopvolging van toepassing zijn, ongeacht het op de erfopvolging volgens de Erfrechtverordening toepasselijke recht. Dit is het geval als het recht van de staat voor deze zich daar bevindende bepaalde onroerende goederen, ondernemingen of andere bijzondere categorieën goederen bijzondere regels bevat waarbij uit economische, familiale of sociale overwegingen beperkingen worden opgelegd die de erfopvolging van die bestanddelen van de nalatenschap betreffen of raken; zie art. 30 Erfrechtverordening dat de toepassing van deze bijzondere regels verzekert.

12 Overweging 37 Erfrechtverordening.

13 *Trb.* 1994, 49 en 168.

14 Art. 83 lid 2 Erfrechtverordening.

15 Zie de opsomming in art. 23 lid 2 Erfrechtverordening.

16 *Trb.* 1994, 49 en 168. Zie ook art. 10:145 lid 2 BW.

- b) de aanwijzing van de rechthebbenden, de bepaling van hun onderscheiden erfdelen en van de verplichtingen die hun door de erflater opgelegd kunnen zijn, alsook de bepaling van andere rechten op de nalatenschap, daaronder begrepen de erfrechten van de langstlevende echtgenoot of partner;
- c) de bekwaamheid om te erven;
- d) de onterving en de uitsluiting wegens onwaardigheid;
- e) de overgang op en de overdracht aan de erfgenamen en, naar gelang van het geval, de legatarissen van de goederen, rechten en verplichtingen die de nalatenschap vormen, met inbegrip van de voorwaarden en de gevolgen van de aanvaarding of verwerping van de nalatenschap of van een legaat;
- f) de bevoegdheden van de erfgenamen, van de executeurs-testamentair en van andere beheerders van de nalatenschap, in het bijzonder wat betreft de verkoop van eigendom en het voldoen van schuldeisers, onverminderd de bevoegdheden bedoeld in artikel 29, lid 2 en lid 3;
- g) de aansprakelijkheid voor de schulden van de nalatenschap;
- h) het beschikbare deel van de nalatenschap, de wettelijke erfdelen en andere beperkingen van de bevoegdheid om bij uiterste wil te beschikken, alsmede de mogelijke vorderingen van personen die de erflater na stonden op de nalatenschap of op de erfgenamen;
- i) de verplichting tot inbreng en inkorting van schenkingen, voorschotten of legaten bij het vaststellen van de erfdelen van de verschillende rechthebbenden; en
- j) de verdeling van de nalatenschap.'

Nu met het vorenstaande is weergegeven wat volgens de verordening het aangewezen (nationale) recht regelt, zal vervolgens worden gezien hoe de verordening het toepasselijke recht vaststelt.

## 2.2 Toepasselijk recht op de erfopvolging

Hoe wordt het toepasselijke recht door de verordening aangewezen? Hierbij zij vooraf opgemerkt dat de verordening *universeel* werkt, dat wil zeggen dat het recht dat door de verordening wordt aangewezen, wordt toegepast, ongeacht of dit het recht van een lidstaat is of niet.<sup>17</sup> Als hoofdregel geldt volgens art. 21 lid 1 Erfrechtverordening dat op de erfopvolging in haar geheel het recht van de staat van toepassing is waar de erflater op het tijdstip van overlijden zijn *gewone verblijfplaats* had, tenzij in de verordening anders is bepaald. Hiermee wordt getracht te bereiken dat er – gelet op de toenemende mobiliteit van burgers – een echte (nauwe en duurzame) band tussen de erfopvolging

---

<sup>17</sup> Art. 20 Erfrechtverordening.

en de lidstaat waar de bevoegdheid wordt uitgeoefend bestaat.<sup>18</sup> Het algemene uitgangspunt van de gewone verblijfplaats lijdt uitzondering als uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat de erflater op het tijdstip van overlijden een kennelijk nauwere band had met een andere staat. In dat geval is het recht van laatstbedoelde staat op de erfopvolging van toepassing.<sup>19</sup> Als de gewone verblijfplaats van de erflater op het tijdstip van overlijden moeilijk te bepalen is, mag de kennelijk nauwste band echter niet als subsidiair aanknopingspunt dienen.<sup>20</sup> Complex is de situatie bijvoorbeeld, aldus overweging 24 Erfrechtverordening, als 'de erflater om professionele of economische redenen, en soms voor langere tijd, in een andere lidstaat is gaan wonen en werken, maar de erflater een nauwe en duurzame band met zijn land van oorsprong heeft behouden.' Afhankelijk van de omstandigheden zou dan volgens overweging 24 Erfrechtverordening geoordeeld kunnen worden dat 'de erflater zijn gewone verblijfplaats nog in zijn land van oorsprong had, waar zich het centrum van zijn belangen voor zijn gezins- en sociaal leven bevond.'

De verordening tracht met de bovenvermelde hoofdregel de erfopvolging op een voorzienbare wijze te laten beheersen door een recht waarmee het nauw verbonden is. Burgers kunnen hierdoor van tevoren het recht kennen dat op hun nalatenschap van toepassing zal zijn, zodat zij zonder verlies aan rechtszekerheid kunnen profiteren van de voordelen van de interne markt.<sup>21</sup>

### 2.3 Rechtskeuze voor toepasselijk recht op de erfopvolging

De voorzienbaarheid van het toepasselijke recht op de erfopvolging wordt vergroot doordat de verordening ook de mogelijkheid biedt dat de erflater een rechtskeuze uitbrengt voor het recht van een staat dat zijn erfopvolging in het geheel zal beheersen. Deze keuze is beperkt tot het recht van een land waarvan de erflater op het tijdstip van de rechtskeuze of op het tijdstip van overlijden de nationaliteit bezit.<sup>22</sup> Indien de erflater meerdere nationaliteiten bezit, kan hij het recht kiezen van een van de staten waarvan hij op het tijdstip van de rechtskeuze de nationaliteit bezit.<sup>23</sup> De mogelijkheden van het doen

---

18 Overweging 23 Erfrechtverordening. Het zal niet altijd eenvoudig zijn om de gewone verblijfplaats vast te stellen. Uit overweging 23 blijkt in dit kader dat voor een oordeel hierover alle aspecten die het leven van de erflater in de jaren voor zijn overlijden en op het tijdstip van overlijden hebben gekenmerkt, en daarbij alle relevante feitelijke elementen in beschouwing dienen te worden genomen, in het bijzonder de duur en de regelmatigheid van de aanwezigheid van de erflater in de betrokken staat en de omstandigheden van en de redenen voor het verblijf.

19 Art. 21 lid 2 Erfrechtverordening.

20 Overweging 25 Erfrechtverordening.

21 Overweging 37 Erfrechtverordening.

22 Art. 22 lid 1 Erfrechtverordening.

23 Art. 22 lid 1 Erfrechtverordening.

van een rechtskeuze zijn beperkter dan de huidige mogelijkheden op grond van art. 5 van het Haags Erfrechtverdrag 1989, waar ook gekozen kan worden voor de gewone verblijfplaats van de erflater. Zoals eerder vermeld, is ook een rechtskeuze ten aanzien van bepaalde goederen van de nalatenschap na het van toepassing worden van de verordening met ingang van 17 augustus 2015 niet meer mogelijk. De reden om de rechtskeuze te beperken tot het recht van een staat waarvan de erflater de nationaliteit bezit, is dat hierdoor bewerkstelligd wordt dat er een band tussen de erflater en het gekozen recht bestaat en dat wordt voorkomen dat 'een recht wordt gekozen met het specifieke oogmerk de erfgenamen die recht hebben op een wettelijk erfdeel te kort te doen in hun legitieme verwachtingen.'<sup>24</sup> Een rechtskeuze uitgebracht onder de Erfrechtverordening heeft straks overigens wel een groter bereik dan een rechtskeuze uitgebracht onder het Haags Erfrechtverdrag 1989, doordat het aangewezen toepasselijke recht niet alleen de vererving, maar ook de afwikkeling van de nalatenschap regelt.<sup>25</sup>

Wat betreft de vormvereisten geldt dat aan een rechtskeuze dezelfde vormvereisten worden gesteld als aan een uiterste wilsbeschikking.<sup>26</sup> Elke wijziging of herroeping van de rechtskeuze moet voldoen aan de vormvoorschriften voor de wijziging of de intrekking van een uiterste wilsbeschikking.<sup>27</sup> Overigens kan de rechtskeuze ook impliciet blijken uit de uiterste wilsbeschikking, indien de erflater daarin verwezen heeft naar bepaalde rechtsregels van de staat van zijn nationaliteit of dat recht anderszins daarin heeft vermeld.<sup>28</sup> De formele geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen komt in paragraaf 3 aan bod.

Wat betreft de materiële geldigheid van de rechtskeuze bepaalt art. 22 lid 3 Erfrechtverordening dat de geldigheid van de handeling waarbij de rechtskeuze wordt gemaakt, wordt bepaald door het gekozen recht. De materiële geldigheid van de rechtskeuze betreft de vraag of de rechtskeuze geacht kan worden willens en wetens te zijn gemaakt.<sup>29</sup>

Tot slot zij gewezen op de openbare-orde-exceptie in art. 35 Erfrechtverordening, op grond waarvan de toepassing van een bepaling van het door de verordening aangewezen recht slechts terzijde kan worden gesteld indien de toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het forum (het land van de rechter). De openbare-orde-exceptie reikt niet zo ver dat als de wettelijke/legitimair aanspraken van de erfwet van het land van de rechter afwijken van het op grond van de verordening toepasselijke recht, met een

---

24 Overweging 38 Erfrechtverordening.

25 Zie art. 23 lid 2 Erfrechtverordening en art. 5 jo. art. 7 lid 2 Haags Erfrechtverdrag 1989.

26 Art. 22 lid 2 Erfrechtverordening luidt: 'De rechtskeuze wordt uitdrukkelijk gedaan in een verklaring in de vorm van een uiterste wilsbeschikking of blijkt duidelijk uit de bewoordingen van die beschikking.'

27 Art. 22 lid 4 Erfrechtverordening.

28 Overweging 39 Erfrechtverordening.

29 Zie overweging 40 Erfrechtverordening.

beroep op de exceptie de eigen regels alsnog kunnen worden toegepast.<sup>30</sup> Bij inbreuk op de openbare orde dient men veeleer te denken aan erfvetten die discrimineren op grond van geloof, ras, nationaliteit of sekse.<sup>31</sup>

### 3 DE ERFRECHTVERORDENING EN DE FORMELE EN MATERIËLE GELDIGHEID VAN UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN

#### 3.1 Formele geldigheid

Artikel 10:151 lid 1 BW bepaalt ten aanzien van de formele geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen het volgende:

‘Het recht dat van toepassing is op de vorm van uiterste wilsbeschikkingen wordt bepaald door het op 5 oktober 1961 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de wetsconflicten betreffende de vorm van testamentaire beschikkingen (Trb. 1980, 54).’

Het in dit artikel bedoelde Verdrag staat ook bekend als het Haags Testamentsvormenverdrag 1961 (hierna: HTV). Op grond van art. 1 HTV is een testamentaire beschikking wat de vorm betreft geldig, indien zij beantwoordt aan de eisen van het interne recht:

- a) van de plaats waar de testateur beschikte, of
- b) van een Staat waarvan de testateur de nationaliteit bezat, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- c) van een plaats waar de testateur zijn woonplaats had, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- d) van de plaats waar de testateur zijn gewoon verblijf had, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- e) voor onroerende goederen, van de plaats van hun ligging.’

Bepalingen omtrent de formele geldigheid van schriftelijke uiterste wilsbeschikkingen zijn in de Erfrechtverordening opgenomen in artikel 27. De daarin bedoelde criteria komen overeen met de regeling van het HTV.<sup>32</sup>

Op grond van art. 75 lid 1 van de Erfrechtverordening blijven de lidstaten, die partij zijn bij het HTV met betrekking tot de formele geldigheid van testa-

---

30 Zie F.W.J.M. Schols, ‘Overweging 26: testeer- en keuzevrijheid *ordre public* en *fraus legis*’, *Tijdschrift Erfrecht* 2012, nr. 5, p. 98. Schols merkt daar op dat art. 23 lid 2 onder h Erfrechtverordening er immers niet voor niets is.

31 F.W.J.M. Schols, ‘Overweging 26: testeer- en keuzevrijheid *ordre public* en *fraus legis*’, *Tijdschrift Erfrecht* 2012, nr. 5, p. 98 onder verwijzing naar (o.a.): I.S. Joppe, *Vademecum internationaal erfrecht*, Ars Notariatus XIX, Deventer: Kluwer 1980, p. 19.

32 Met dien verstande dat de Erfrechtverordening een ruimer begrip kent van ‘uiterste wilsbeschikking’ dan het HTV, zie art. 3 lid 1 onder d Erfrechtverordening.

menten en gemeenschappelijke testamenten, in plaats van de verordening, de bepalingen van het HTV toepassen. Overweging 73 van de verordening licht toe dat vanwege de internationale verplichtingen van de lidstaten de toepassing van de internationale verdragen, waarbij een of meer lidstaten op het tijdstip van vaststelling van de verordening partij zijn, onverlet moet worden gelaten. De verordening heeft tussen de lidstaten evenwel voorrang boven verdragen die exclusief tussen twee of meer lidstaten zijn gesloten en betrekking hebben op aangelegenheden die door de verordening worden beheerst. De coherentie met de algemene doelstellingen van de verordening brengt deze voorrangsregel met zich mee.

### 3.2 Materiële geldigheid

De Erfrechtverordening verstaat onder een uiterste wilsbeschikking een testament, een gemeenschappelijk testament of een erfovereenkomst.<sup>33</sup> De toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking (niet zijnde een erfovereenkomst) wordt op grond van art. 24 Erfrechtverordening beheerst door het recht dat op grond van de verordening op de erfopvolging van toepassing zou zijn geweest, indien de erflater zou zijn overleden op de dag waarop de wilsbeschikking is gemaakt. Dit geldt ook voor de wijziging of herroeping van een uiterste wilsbeschikking. Aan een testateur komt evenwel de bevoegdheid toe specifiek de toelaatbaarheid en materiële geldigheid van zijn uiterste wilsbeschikking te laten beheersen door ander recht, mits het gaat om recht waarvoor hij op grond van de verordening via een rechtskeuze had kunnen kiezen.<sup>34</sup> Op hoofdlijnen geldt een soortgelijke regeling ook voor de erfovereenkomst. De regels omtrent de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van erfovereenkomsten zijn uitgewerkt in art. 25 Erfrechtverordening.

In de verordening is in art. 24, te lezen in samenhang met art. 26, een regeling opgenomen betreffende de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen. Met het oog op eenvormige toepassing van deze regeling zijn in de verordening elementen opgesomd, die deel uitmaken van de materiële geldigheid.<sup>35</sup> De toetsing van een uiterste wilsbeschikking

---

33 Art. 3 lid 1 onder d Erfrechtverordening.

34 Art. 24 lid 1 Erfrechtverordening wijst aan het recht dat op de erfopvolging van toepassing zou zijn geweest indien de erflater zou zijn overleden op de dag van het maken van de uiterste wilsbeschikking. Lid 2 van hetzelfde artikel geeft aan dat 'niettegenstaande lid 1' ten aanzien van de toelaatbaarheid en materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking een mogelijkheid van rechtskeuze open staat. In dat geval dienen bij de bepaling van het toepasselijke recht de mogelijkheden en voorwaarden van art. 22 in acht te worden genomen.

35 Zie overweging 48 Erfrechtverordening.

op haar materiële geldigheid kan leiden tot de conclusie dat de uiterste wilsbeschikking rechtens niet bestaat.<sup>36</sup>

De hiervoor bedoelde elementen inzake de materiële geldigheid worden vermeld in art. 26 lid 1 Erfrechtverordening:

‘Voor de toepassing van de artikelen 24 en 25 wordt de materiële geldigheid bepaald door het volgende:

- a) de handelingsbekwaamheid met betrekking tot de uiterste wilsbeschikking;
- b) de specifieke beletselen om bij uiterste wil ten gunste van bepaalde personen te beschikken, of om goederen uit de nalatenschap te ontvangen van degene die bij uiterste wil beschikt;
- c) de toelaatbaarheid om middels een vertegenwoordiger bij uiterste wil te beschikken;
- d) de uitleg van de uiterste wilsbeschikking;
- e) bedrog, dwang, dwaling en andere omstandigheden met betrekking tot het ontbreken van of op gebrekkige wijze tot stand komen van de wil en wens van de erflater.’

Het zijn deze elementen waarop van toepassing wordt verklaard het recht dat van toepassing zou zijn geweest, indien de erflater zou zijn overleden op de dag waarop de wilsbeschikking is gemaakt.<sup>37</sup> Dit moment moet worden onderscheiden van het tijdstip van het openvallen van de nalatenschap. De achtergrond van deze bepaling is dat de verordening wil voorkomen dat de wilsbeschikking ten tijde van het overlijden van de erflater als materieel ongeldig wordt aangemerkt, terwijl de wilsbeschikking, gerekend naar het recht geldend ten tijde van het opmaken daarvan, juist als geldig moet worden beschouwd.

Een van de genoemde elementen aan de hand waarvan de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking wordt bepaald, is de uitleg van een uiterste wilsbeschikking. Hierna zal worden gezien in hoeverre het van toepassing worden van de Erfrechtverordening gevolgen heeft voor de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen en op welke wijze uitleg de materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking bepaalt.

---

<sup>36</sup> Zie overweging 48 Erfrechtverordening.

<sup>37</sup> Hieronder moet worden verstaan een verwijzing naar het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de betrokkene of, indien hij op grond van de verordening een rechtskeuze heeft gemaakt, naar het recht van de staat van de nationaliteit die hij op de datum van de rechtskeuze bezat (zie overweging 51 Erfrechtverordening).

#### 4 DE ERFRECHTVERORDENING EN DE UITLEG VAN DE UITERSTE WILSBESCHIKKING

##### 4.1 Reikwijdte van de aanwijzing van toepasselijk recht

De verordening schrijft in het kader van de materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen voor dat deze wordt bepaald door verschillende elementen, waaronder de uitleg van de uiterste wilsbeschikking.<sup>38</sup> De gekozen benadering, die ziet op de aanwijzing van het toepasselijke recht op grond waarvan de materiële geldigheid moet worden getoetst, blijkt, zoals ook reeds eerder gemeld, uit art. 24 lid 1 Erfrechtverordening en luidt:

‘De toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking, niet zijnde een erfovereenkomst, wordt beheerst door het recht dat op grond van deze verordening op de erfopvolging van toepassing zou zijn geweest, indien de erflater zou zijn overleden op de dag waarop de wilsbeschikking is gemaakt.’

Het belang van deze aanwijzing lijkt te zijn ingegeven door de behoefte om rechtszekerheid te kunnen bieden omtrent de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking. In het bijzonder geldt dit voor de situatie dat in verband met de erfopvolging ander nationaal recht wordt aangewezen dan het recht aan de hand waarvan de materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking moet worden beoordeeld.

Een voorbeeld: een persoon met de Nederlandse nationaliteit maakt in Nederland een testament en emigreert vervolgens naar Frankrijk. Indien de testateur aldaar komt te overlijden zonder een rechtskeuze te hebben uitgebracht, zal in beginsel op grond van art. 21 lid 1 Erfrechtverordening op de erfopvolging Frans recht van toepassing zijn, terwijl voor de vaststelling van de materiële geldigheid van het testament in zin van art. 26 jo. 24 Erfrechtverordening Nederlands recht van toepassing is.

In het kader van de rechtszekerheid wordt, zoals eerder aangegeven, in een van de overwegingen bij de verordening het volgende vermeld:

‘Ten behoeve van de rechtszekerheid voor personen die de vererving van hun nalatenschap willen plannen, moet in deze verordening een specifieke collisieregeling betreffende de toelaatbaarheid en de materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen worden opgenomen. Eenvormige toepassing van deze regel vereist dat in deze verordening de elementen worden opgesomd die deel uitmaken van de materiële geldigheid. De toetsing van een uiterste wilsbeschikking op haar materiële geldigheid kan leiden tot de conclusie dat de uiterste wilsbeschikking rechtens niet bestaat.’<sup>39</sup>

---

38 Art. 26 Erfrechtverordening.

39 Overweging 48 Erfrechtverordening.

Een van de in het kader van de materiële geldigheid te onderscheiden elementen is het element van de uitleg van de uiterste wilsbeschikking.<sup>40</sup> Betekent dit nu ook dat er uitleg moet plaatsvinden naar het moment van testen? Strikt genomen betreft de aanwijzing door de verordening uitsluitend de aanwijzing van het voor de vaststelling van de materiële geldigheid van de uiterste wilsbeschikking toepasselijke nationale rechtsstelsel. Men kan zich afvragen of deze aanwijzing ook het voorschrift meebrengt om dat recht toe te passen naar het moment van testen. Wat nu indien het geldende nationale recht zou meebrengen dat, indien uitleg moet plaatsvinden ter vaststelling van de materiële geldigheid, deze uitleg dient plaats te vinden met inachtneming van de rechtsopvattingen ten tijde van het overlijden van de erflater? Uit de verordening kan worden opgemaakt dat de benadering *ex tunc* van het toepasselijke recht juist gekozen is met het oog op de rechtszekerheid in verband met het maken van een testament. De inhoudelijke toetsing van het testament wordt vervolgens aan het voor dat onderdeel aangewezen nationale recht overgelaten. Aangenomen kan daarom worden dat de verordening met de aanwijzing *ex tunc* niet tevens voorschrijft de materiële geldigheid te beoordelen aan de hand van de rechtsopvattingen op het moment van testen.

#### 4.2 Uitleg en de meerlagige rechtsorde

Ervan uitgaande dat het voor de materiële geldigheid van een uiterste wilsbeschikking relevante tijdstip waarnaar uitleg dient plaats te vinden niet (rechtstreeks) door de Erfrechtverordening wordt vastgesteld, kan de vraag worden gesteld op grond waarvan dat tijdstip dan wel dient te worden bepaald. Door de verwijzing naar het toepasselijke nationale recht zal het in beginsel aan dat recht worden overgelaten om dat tijdstip te bepalen. Voor de meeste voor de materiële geldigheid van belang zijnde elementen zal dit tijdstip het tijdstip van het testen zijn; de rechtszekerheid omtrent de materiële geldigheid is immers in beginsel gebaat bij de fixatie van het toepasselijke recht naar het moment van testen. Voor toetsing aan elementen zoals handlingsbekwaamheid en wilsgebreken ligt een dergelijke benadering voor de hand.<sup>41</sup> Bij de uitleg van een uiterste wilsbeschikking ligt dit genuanceerder.

Stel dat er dispuut ontstaat over een erfstelling uit 1950, opgemaakt in een land met een tot dan toe overwegend rooms-katholieke bevolking, die erop neer komt dat tot erfgenamen worden benoemd kleinkinderen geboren uit een wettig en canoniek huwelijk. Als de erflater jaren later en onder het regime van de hier besproken Erfrechtverordening overlijdt, wenst een geadopteerd kleinkind, naast de natuurlijke kleinkinderen, eveneens als erfgenaam te worden aangemerkt. De verordening wijst het recht van een bepaalde lidstaat

---

40 Art. 26 lid 1 onder d Erfrechtverordening.

41 Art. 26 lid 1 onder a en onder e Erfrechtverordening.

aan als het toepasselijke recht voor de vaststelling van de materiële geldigheid van het testament. Stel dat de materiële geldigheid op alle punten wordt getoetst aan de hand van het volgens de verordening toepasselijke recht en wel naar het recht dat gold ten tijde van het testeren, overeenkomstig de destijds heersende rechtsopvattingen. Heeft de uitleg van het testament dan naar het juiste tijdstip plaatsgevonden? We roepen hier in herinnering de beslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in de zaak *Pla en Puncernau t. Andorra*, waarin een in essentie vergelijkbare casus aan de orde was. In dit arrest overwoog het Hof dat de uitleg van de uiterste wilsbeschikking niet uitsluitend had mogen plaatsvinden ‘in the light of the social conditions’ op het moment van testeren.<sup>42</sup>

‘(...) even supposing that the testamentary disposition in question did require an interpretation by the domestic courts, that interpretation could not be made exclusively in the light of the social conditions existing when the will was made (...). Where such a long period has elapsed, during which profound social, economic and legal changes have occurred, the courts cannot ignore these new realities.’

Het EHRM oordeelde uiteindelijk dat er bij de uitleg door het Hoogerechtshof van Andorra sprake was van een schending van art. 14 EVRM (verbod van discriminatie), gelezen in samenhang met art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van familie- en privéleven).

Het is hier niet de plaats om te bespreken in hoeverre de uitleg *ex nunc* in *Pla en Puncernau t. Andorra* navolging verdient. Wel kan worden opgemerkt dat ten aanzien van een uiterste wilsbeschikking geldt dat de erflater slechts eenmaal spreekt, namelijk ten tijde van het maken van de beschikking die inhoudt zijn uiterste wil. Een benadering *ex tunc* ligt dan in beginsel voor de hand, zowel voor de vaststelling van het toepasselijke recht als voor de uitleg ter vaststelling van de bedoeling van de testateur. Van de eenmalige wilsuiting door de testateur dient in dit verband te worden onderscheiden de wet, die – als *living instrument* – naar zijn aard van dag tot dag spreekt en steeds opnieuw moet worden uitgelegd.<sup>43</sup>

De uitleg van uiterste wilsbeschikkingen blijft op grond van de Erfrechtverordening beheerst worden door nationaal recht. Het op de uitleg van invloed zijnde recht zal evenwel moeten worden gevonden in een meerlagige rechtsorde, waarbij zowel het nationaal materieel erfrecht, het EU-recht, alsmede het EVRM een rol spelen. Vanwege deze dimensies zal hierna in algemene zin een uiteenzetting worden gegeven over de positie van de Erfrechtverordening in de Nederlandse en Europese rechtsorde. Hierbij zal tevens aandacht worden

---

42 EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 508, par. 62.

43 Denk bijvoorbeeld aan toetsing op grond van de goede zeden en de openbare orde (art. 4:44 BW). Zie ook J.H. Nieuwenhuis, ‘Tekst en tijd’, *WPNR* 2007/6709, p. 387-388.

besteed aan de consequenties, die de Erfrechtverordening meebrengt voor rechtsvinding op nationaal en Europees niveau.

## 5 DE ERFRECHTVERORDENING, HET EU-HANDVEST EN RECHTSVINDING BINNEN EUROPA

### 5.1 De positie van de Erfrechtverordening binnen de nationale rechtsorde

Met name wanneer het nodig is voor de goede werking van de interne markt, dient de Europese Unie maatregelen te nemen op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen.<sup>44</sup> Deze maatregelen kunnen overeenkomstig art. 81 lid 2 onder c van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) regels behelzen die de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen beogen. Op grond hiervan is de Erfrechtverordening binnen de EU tot stand gekomen.

Wat is de positie van de Erfrechtverordening binnen de Nederlandse rechtsorde? Vooropgesteld dient te worden dat een verordening een algemene strekking heeft, verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat.<sup>45</sup> De verordening kan worden beschouwd als een wet in materiële zin, zij het met een bijzonder karakter vanwege het feit dat zij voorrang heeft boven elke rechtsregel van nationale herkomst.<sup>46</sup> De Erfrechtverordening maakt dus met ingang van 17 augustus 2015 *onderdeel* uit van de Nederlandse interne rechtsorde en heeft daarbinnen een voorrangpositie.

Verder is het voor de positie van de Erfrechtverordening van belang dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie<sup>47</sup> (hierna: EU-Handvest), de grondrechtencatalogus van de EU, sinds 1 december 2009 verbindende kracht heeft gekregen en onderdeel is geworden van het primaire Unierecht. Dit maakt dat het EU-Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen.<sup>48</sup> Het EU-Handvest staat dus op gelijke hoogte met het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) en het VWEU. Dit impliceert tevens dat het EU-Handvest voorrang heeft op het secundaire Unierecht, zoals richtlijnen, beschikkingen en verordeningen (waaronder de Erfrechtverordening). Het EU-Handvest maakt – mede in het licht van de uitspraken *Van Gend en Loos*<sup>49</sup> en *Costa/ENEL*<sup>50</sup> van het Hof van Justitie van de EU te Luxemburg (hierna:

---

44 Zie art. 81 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

45 Art. 288 VWEU.

46 Zie ook J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p. 30.

47 *PbEU* 2010, C83/02.

48 Art. 6 lid 1 VEU.

49 HvJ EU 5 februari 1963, zaak C-26/62.

50 HvJ EU 15 juli 1964, zaak C-6/64.

HvJEU) – onderdeel uit van de Nederlandse interne rechtsorde en heeft voorrang boven al het nationale recht en secundaire Unierecht.<sup>51</sup>

In het navolgende wordt besproken wat de Erfrechtverordening betekent voor de rechtsvinding vanaf 17 augustus 2015 op het gebied van (IPR-)erfrecht op nationaal en Europees niveau.

## 5.2 De Erfrechtverordening, het EU-Handvest en prejudiciële vragen aan het HvJEU

In nationale procedures kan het EU-Handvest worden ingeroepen wanneer lidstaten, waaronder men ook onderdelen van de rechterlijke macht dient te verstaan, recht van de Unie (zoals de Erfrechtverordening) ten uitvoer brengen.<sup>52</sup> Op deze manier kan de Nederlandse rechter in de toekomst geconfronteerd worden met de vraag of de uitvoering van de Erfrechtverordening niet in strijd is met hoger EU-recht, zoals het EU-Handvest. Tevens zal de nationale rechter, ook los van ander EU-recht, te maken kunnen krijgen met de vraag hoe de Erfrechtverordening moet worden uitgelegd. In dergelijke gevallen kan (en in sommige gevallen: moet)<sup>53</sup> de nationale rechter een prejudiciële vraag stellen aan het HvJEU over de geldigheid of uitlegging van de verordening.<sup>54</sup>

Als de nationale rechter een prejudiciële vraag stelt, is het aan het HvJEU om de verordening uit te leggen of te oordelen over de geldigheid van een verordening ten opzichte van hoger EU-recht. Bij de vraag of een verordening in strijd komt met bijvoorbeeld een in het EU-Handvest neergelegd grondrecht, speelt ook het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) een rol. Art. 52 lid 3 EU-Handvest bepaalt namelijk dat:

‘Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.’

---

51 Zie ook T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 1: De inhoud, de juridische status en het toepassingsbereik van het Handvest, in het bijzonder in horizontale verhoudingen’, NTBR 2011/68, par. 3.2.1.

52 Zie art. 51 lid 1 EU-Handvest en art. 6 lid 1 VEU.

53 Art. 267 VWEU: in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het HvJ EU te wenden.

54 Art. 19 lid 3 onder b VEU en art. 267 onder b. VWEU.

Deze bepaling is niet zonder betekenis, aangezien veel bepalingen uit het EU-Handvest – ondanks de andere formulering en opbouw van het EU-Handvest – gelijk zijn aan bepalingen uit het EVRM.<sup>55</sup> Uit de rechtspraak van het HvJEU lijkt te volgen dat indien een betreffend recht uit het EU-Handvest correspondeert met een EVRM-bepaling, de rechtspraak van het EHRM in Straatsburg leidend is bij de uitleg van het EU-Handvestartikel.<sup>56</sup> Daarnaast wordt in art. 6 lid 3 VEU onder meer bepaald dat de grondrechten zoals deze worden gewaarborgd door het EVRM, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.

Geconcludeerd kan dus worden dat het in een nationale erfrechtprocedure niet is uitgesloten dat er recht gevonden moet worden in een meerlagige rechtsorde waarbij – bijvoorbeeld naar aanleiding van het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJEU naar de Erfrechtverordening en de verhouding tot het EU-Handvest – nationaal materieel erfrecht, primair en secundair EU-recht, alsmede het EVRM (en de rechtspraak van het EHRM) een rol spelen.

### 5.3 Het erfrecht, de Erfrechtverordening en toegang tot het EHRM

#### 5.3.1 Nationaal (materieel) erfrecht en toegang tot het EHRM

Men kan zich gezien het bovenstaande afvragen of, en zo ja in hoeverre, de afzonderlijke rechtsgang naar het EHRM in Straatsburg bewandeld kan worden in het kader van een materieel erfrechtelijk geschil, waarbij (op grond van de Erfrechtverordening) toepasselijk nationaal erfrecht wordt toegepast. Voor zover er geen sprake is van een geschil over de toepassing van de Erfrechtverordening, wordt de toegang van de burger tot het EHRM voor een privaatrechtelijke erfrechtzaak niet veranderd. Hoe is die toegang tot het EHRM dan vandaag de dag?

Bedacht dient te worden dat een erfrechtzaak (in de regel) een privaatrechtelijk geschil tussen burgers onderling betreft, terwijl de grondrechten, zoals neergelegd in het EVRM, bedoeld zijn om burgers tegen de overheid te beschermen. In de loop der jaren is de gedachte over de rol van de overheid bij de bescherming van de grondrechten veranderd via de zogenoemde 'leer van

---

55 Zie T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest', *NTBR* 2011/76, par. 2.1.

56 Zie (o.a.) A. Pahladsingh & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie twee jaar juridisch bindend: rechtspraak in beweging?', *NtEr* 2012/2, p. 60 en 65 en T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest', *NTBR* 2011/76, par. 2.1.

de positieve verplichtingen'. Uit art. 1 EVRM werd een verplichting voor de verdragsstaten afgeleid om zich niet alleen te onthouden van een inbreuk op de fundamentele rechten van burgers, maar onder omstandigheden ook de verplichting om actief een effectieve verdragsbescherming te verzekeren.<sup>57</sup> Op grond daarvan heeft het EHRM zich onder meer bevoegd geacht om staten verdragsrechtelijk te veroordelen voor met het EVRM strijdige uitspraken van de nationale (civiele) rechter in zuiver privaatrechtelijke geschillen.<sup>58</sup>

Het EHRM stelt uitdrukkelijk voorop dat nationale autoriteiten, in het bijzonder de nationale rechter, een ruime beoordelingsmarge toekomt bij de interpretatie van privaatrechtelijke instrumenten.<sup>59</sup>

'Accordingly, an issue of interference with private and family life could only arise under the Convention if the national courts' assessment of the facts or domestic law were manifestly unreasonable or arbitrary or blatantly inconsistent with the fundamental principles of the Convention.'

De kernoverweging waarmee het EHRM zijn bevoegdheid rechtvaardigt om te interveniëren in de nationale privaatrechtelijke rechtsgang luidt in de hiervoor besproken *Pla en Puncernau t. Andorra*-zaak als volgt:<sup>60</sup>

'Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention.'

Uit het bovenstaande volgt dat indien de vereiste bescherming van grondrechten (zoals opgenomen in het EVRM) in gevaar komt door de uitleg van de nationale rechter in een privaatrechtelijk (erfrecht)geschil, de weg naar Straatsburg bewandeld kan worden, mits overigens alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.<sup>61</sup> Het EHRM kan dan rechtstreeks toetsen of in een concreet geval bij toepassing c.q. uitleg van nationaal recht door de nationale rechter, de

57 Art. 1 EVRM bepaalt dat de verdragsstaten de rechten en vrijheden van het EVRM dienen te verzekeren aan eenieder die onder hun rechtsmacht ressorteert.

58 Zie EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 508 m.nt. J. de Boer (*Pla en Puncernau t. Andorra*); EHRM 16 december 2008, EHRC 2009/17, m.nt. Gerards; AB 2009/286, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden*).

59 Zie EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 508 m.nt. J. de Boer (*Pla en Puncernau t. Andorra*), par. 46.

60 Ibid. par. 59.

61 Art. 35 lid 1 EVRM.

rechter op een juiste wijze het EVRM in de horizontale (lees: privaatrechtelijke) verhoudingen heeft laten doorwerken.<sup>62</sup>

### 5.3.2 De Erfrechtverordening en toegang tot het EHRM

Van het vorenstaande moet de situatie worden onderscheiden dat de lidstaat *zuiver EU-recht* toepast, zoals de toepassing van de Erfrechtverordening, en daarbij mogelijk sprake is van een schending van het EVRM. Hierbij dient (waarschijnlijk) onderscheid gemaakt te worden tussen de situatie dat de EU nog niet of wel tot het EVRM is toegetreden.<sup>63</sup>

Als de Erfrechtverordening vanaf 17 augustus 2015 van toepassing is geworden, is het mogelijk dat de EU nog niet tot het EVRM is toegetreden. In die situatie lijkt de toegang tot het EHRM bij toepassing van de Erfrechtverordening beperkt te zijn gezien de zogenoemde 'Bosphorus-doctrine'. Deze doctrine is door het EHRM ontwikkeld om de relatie tussen het EU-recht en het EVRM op een passende manier vorm te geven. De lidstaat die handelt in directe uitvoering van het EU-recht (zoals bij de toepassing van een verordening) wordt niet van zijn verantwoordelijkheid om het EVRM na te leven ontslagen, zelfs in het geval dat de lidstaat bij de uitvoering van het EU-recht geen beleidsvrijheid heeft. Desalniettemin heeft het EHRM in die situatie een grote tegemoetkomendheid betracht: de Bosphorus-doctrine houdt namelijk in dat het EHRM aanneemt dat de bescherming van de grondrechten binnen de EU gelijkwaardig is aan die van het EVRM. Als de lidstaat zich ertoe beperkt zijn verplichtingen op grond van het EU-recht uit te voeren, zal worden vermoed dat deze lidstaat het EVRM eerbiedigt. Het EHRM zal daarom alleen optreden in gevallen waarin de bescherming van de EVRM-grondrechten manifest ontoereikend is.<sup>64</sup>

---

62 Zie ook T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 1: De inhoud, de juridische status en het toepassingsbereik van het Handvest, in het bijzonder in horizontale verhoudingen', NTBR 2011/68, par. 3.2.2.

63 Hoewel art. 6 lid 2 VEU en art. 59 van het Veertiende Protocol bij het EVRM voorzien in de toetreding, is er een apart toetredingsakkoord nodig. Inmiddels is op 5 april 2013 door de onderhandelaars van de Europese Unie en van de 47 lidstaten van de Raad van Europa overeenstemming bereikt over het ontwerp-toetredingsakkoord. Het HvJ EU zal nu worden verzocht te adviseren over de verenigbaarheid van de ontwerp-tekst met de EU-Verdragen.

64 EHRM 30 juni 2005 (Grote Kamer), EHRC 2005/91, m.nt. Bulterman; AB 2006/273, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Bosphorus/Ierland*) en zie over de Bosphorus-doctrine (o.a.): J.H. Gerards & M. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet', *SEW* 2012-7/8, p. 277-278; J.H. Gerards & L. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', *AA* 2012-7/8, p. 528 en J. Callewaert, 'Het EVRM en de Europese Unie: van Bosphorus naar Lissabon', *NtEr* 2010/3, p. 103.

### 5.3.3 De Erfrechtverordening en toegang tot het EHRM (na toetreding van de EU tot het EVRM)

Het is de vraag of het EHRM de terughoudendheid om EU-recht te toetsen aan het EVRM zal laten varen nadat de EU is toegetreden tot het EVRM. In de literatuur wordt wel aangenomen dat de Bosphorus-doctrine na de toetreding niet meer zal worden toegepast en het handelen van de EU-lidstaten ter uitvoering van Unierecht ook zonder meer aan het EVRM getoetst kan worden.<sup>65</sup> Op welke wijze en hoe indringend het EHRM alsdan EU-recht zal toetsen op schending van het EVRM is nog niet duidelijk.

In elk geval lijkt het erop dat het EHRM niet *in abstracto* zal kunnen oordelen over de verenigbaarheid van een EU-rechtelijke bepaling met het EVRM. Het EHRM kan immers slechts oordelen of een (EU-rechtelijke) bepaling *in het concrete geval* een schending van het EVRM oplevert. Het EHRM laat zich ook heden ten dage enkel bij hoge uitzondering uit over de conformiteit van een wettelijke regeling als zodanig en het is al helemaal niet aan het EHRM om wetten nietig te verklaren.<sup>66</sup> Op welke wijze er consequenties worden verbonden aan een uitspraak van het EHRM in een individueel geval voor EU-recht, waarover met succes in Straatsburg geklaagd is, zal aan de EU of de lidstaten zelf blijven. Gerards en Glas concluderen dan ook dat: '[w]aar het gaat om de geldigheid van het EU-recht, kan het EHRM niet meer dan speldenprikken uitdelen. De autonomie van de EU-rechtsorde zal door de toetreding dan ook onaangetaast blijven.'<sup>67</sup> Tevens merken Gerards en Glas op dat aangenomen mag worden dat het EHRM in zijn rechtspraak, ook na toetreding van de EU, het subsidiariteitsbeginsel in de vorm van rechterlijke terughoudendheid (de zogenoemde 'margin of appreciation-doctrine') hoog in het vaandel zal blijven dragen. Het EHRM laat namelijk van oudsher veel ruimte aan staten om de vereiste bescherming van de grondrechten op nationaal niveau te bepalen en grijpt pas in als duidelijk is dat de vereiste bescherming niet wordt geboden.<sup>68</sup> Een dergelijke terughoudendheid in de rechtspraak zou volgens Gerards en Glas ook ten aanzien van de EU goed passen bij de tot nu toe gehanteerde

---

65 J.H. Gerards & L. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', AA 2012-7/8, p. 528-529 en T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht. Deel 2: De verhouding van het Handvest tot het EVRM en de meerwaarde van het Handvest', NTBR 2011/76, par. 2.2.

66 J.H. Gerards & L. Glas, 'De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM. Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?', AA 2012-7/8, p. 529.

67 Ibid., p. 529.

68 Ibid., p. 529.

'Bosphorus-doctrine', die in wezen volgens hen gezien kan worden als 'een extreme toepassing van het subsidiariteitsbeginsel'.<sup>69</sup>

Tevens kan gemeld worden dat er mechanismen in het ontwerp-toetredingsakkoord zijn opgenomen die moeten waarborgen dat de EU, de Unielidstaten en het HvJEU bij de procedure bij het EHRM betrokken worden. Zo wordt de mogelijkheid geboden dat het EHRM, als de klacht over een vermeende schending van het EVRM door EU-recht aanvankelijk alleen is gericht tegen een Unielidstaat, de EU als aangeklaagde partij ('co-respondent') toevoegt aan de procedure en vice versa.<sup>70</sup> Daarnaast wordt het HvJEU in een speciale procedure (de zogenoemde 'HvJ-betrokkenheidsprocedure') de kans gegeven om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van de EU-regeling, waarover wordt geklaagd, met het EVRM, voordat het EHRM de zaak inhoudelijk beoordeelt.<sup>71</sup> Het is de verwachting dat een dergelijke uitspraak van het HvJEU over de EU-regeling en de verenigbaarheid met het EVRM niet snel door het EHRM zal worden overruled.<sup>72</sup>

## 6 TOT SLOT

In deze bijdrage is besproken op welke wijze de Erfrechtverordening het op de erfopvolging toepasselijke recht aanwijst en wat dit aangewezen recht regelt. Tevens is de formele en materiële geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen onder de Erfrechtverordening aan de orde gesteld. In het bijzonder is stilgestaan bij de gevolgen die de Europese dimensie heeft voor het moment waarnaar een uiterste wilsbeschikking dient te worden uitgelegd. Hoewel de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen op grond van de Erfrechtverordening beheerst blijft worden door nationaal recht, zal het op de uitleg van invloed zijnde recht moeten worden gevonden in een meerlagige rechtsorde, waarbij zowel het nationaal materieel erfrecht, het EU-recht, alsmede het EVRM een rol spelen. De testerende burger, de instrumenterende notaris en de bevoegde rechter zullen met deze dimensies rekening moeten houden.

---

69 Ibid., p. 530.

70 Ibid., p. 527.

71 Ibid. p. 527 en 530.

72 Ibid., p. 527-528.

