

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

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/143223>

Please be advised that this information was generated on 2017-05-29 and may be subject to change.

# Artikel

## 10 jaar nieuw erfrecht en uitleg van uiterste wilsbeschikkingen

Mr. L.A.G.M. van der Geld\*

### 1 Inleiding

98 Met artikel 4:46 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is per 1 januari 2003 een ruimere uitleg van uiterste wilsbeschikkingen mogelijk geworden; op grond van de wettekst die gold tot die datum was uitleg beperkt mogelijk. In de jurisprudentie onder het oude recht werd de reikwijdte van artikel 4:932 (oud) BW opgerekt. Die ontwikkeling is met de inwerkingtreding van het 'nieuwe' erfrecht niet gestopt. In de afgelopen tien jaar is in de jurisprudentie de 'ruime uitleg' ontwikkeld. Terugkijkend op tien jaar uitleg ontstaat wellicht zelfs het beeld van het 'oneigenlijke gebruik' van het instrument 'uitleg'. Tien jaar ontwikkeling in de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen in ruim tweeduizend woorden duiden dwingt de auteur een keuze te maken uit een aantal thema's van dit onderwerp, dat veel verschillende aspecten heeft. Een blik op het verleden en een knipoog naar de toekomst.

### 2 Uitlegging in de praktijk

De kaders (en grenzen) van de (civielrechtelijke) uitleg van een uiterste wilsbeschikking vinden we in arti-

kel 4:46 BW<sup>1</sup> en in de rechtspraak, waaronder het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2004.<sup>2</sup> De Hoge Raad overwoog in dit arrest:

'Ook naar oud recht gold echter al de inmiddels in artikel 4:46 BW vastgelegde norm dat bij de beantwoording van de vraag of de bewoordingen van een uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn, dat wil zeggen als verklaring van hetgeen de erflater wil dat na zijn dood met zijn vermogen zal geschieden een duidelijke zin hebben, mede dient te worden gelet op de verhoudingen die de erflater bij zijn wilsbeschikking heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder deze is gemaakt.'

In de dagelijkse praktijk van boedelafwikkeling stelt de notaris de rechtsgevolgen van een uiterste wilsbeschikking vast. De notaris stelt eerst de bedoeling van de erflater vast. Van daaruit wordt beoordeeld of de bewoordingen van het testament duidelijk zijn, gezien de 'verhoudingen' en 'omstandigheden'. Als de bewoordingen in dat licht niet duidelijk zijn, moet uitlegging plaatsvinden voordat de notaris de rechtsgevolgen van de uiterste wil kan vaststellen. De belanghebbenden bij de uitleg spelen hierbij ook een rol; de notaris zal hen deelgenoot maken van zijn visie op de uiterste wilsbeschikking. Als de erfgenamen het niet eens kunnen worden over de betekenis die moet worden toegekend aan de uiterste wilsbeschikking, vragen zij de rechter om diens oordeel.

\* Mr. L.A.G.M. van der Geld is juridisch directeur van Netwerk Notarissen, kandidaat-notaris en docent aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. In deze bepaling zijn de algemene uitlegregels opgenomen. Er zijn verschillende bijzondere uitlegregels, zoals die voor de ex-echtgenotenproblematiek van art. 4:52 BW. In deze bijdrage ga ik in op de algemene uitleg van art. 4:46 BW. Er wordt ook niet als zodanig aandacht besteed aan uitleg als overgangsrechtelijk instrument.  
2. ECLI:NL:HR:2004:AR0196, NJ 2005, 58.

Bij het uitleggen van een uiterste wilsbeschikking gaat de rechter systematisch te werk, waarbij de volgorde in lid 1 van artikel 4:46 BW wordt gevolgd: als eerste wordt gelet op de verhoudingen die de uiterste wil wenst te regelen, vervolgens op de verhouding waaronder de uiterste wil is gemaakt. Op grond van de huidige uitlegeregels is ook ruimte voor uitleg als de bewoordingen van de uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn, maar de uiterste wilsbeschikking onduidelijk is gezien de verhoudingen die erflater wilde regelen en de omstandigheden waaronder de uiterste wilsbeschikking is gemaakt. Als, gelet op de ‘verhoudingen’ en ‘omstandigheden’, de wil van de erflater niet duidelijk uit het testament is af te leiden, dan worden verklaringen en daden van erflater en derden buiten de uiterste wilsbeschikking onderzocht (art. 4:46 lid 2 BW).<sup>3</sup> Deze verklaringen mogen alleen worden gebruikt voor het uitleggen als de uiterste wilsbeschikking geen duidelijke zin heeft zonder die daden of verklaringen. Onder de verklaringen van derden kunnen ook die van de notaris worden begrepen.<sup>4</sup> De verklaring van de notaris brengt in een aantal gevallen aan het licht dat de notaris een vergissing heeft gemaakt (zie hierna ook par. 6). De notariële betrokkenheid bij een uiterste wilsbeschikking kan invloed hebben op de veronderstelde bedoeling van de erflater, zoals in de casus van de Hoge Raad van 18 februari 2011:<sup>5</sup>

‘Aangenomen moet (...) worden dat de notaris met het opnemen van de woorden “mijn kinderen” als bedoeling van de erflater heeft weergegeven dat niet zijn vrouw maar nog uitsluitend kinderen uit zijn huwelijk met haar erfgenamen zouden zijn.’

Het betrof in deze casus een testament onder oud recht gemaakt waarin een ouderlijke boedelverdeling was opgenomen. De notaris was niet op de hoogte van het bestaan van kinderen uit een eerdere relatie. Volgens de Hoge Raad zou de notaris nooit een ouderlijke boedelverdeling voor de testateur in het testament hebben opgenomen, gezien artikel 4:1169 BW, als hij wist dat deze kinderen moesten worden uitgesloten. Wat in het testament was weergegeven, weerspiegelde derhalve de bedoeling van erflater.

3. Over verklaringen buiten het testament, zie M.J.A. van Mourik, Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen, WPNR (2007) 6709, A.F. Mollema, Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen en aanverwante zaken, WPNR (2008) 6773 en A.F. Mollema, De werking van de redelijkheid en billijkheid bij uiterste wilsbeschikkingen – een vervolg, WPNR (2012) 6918. Uitspraken waarin verklaringen van derden werden onderzocht: Rb. Assen 4 februari 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BH4026; Hof Leeuwarden 29 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ0679; Rb. Roermond 15 november 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BK4082.
4. Niet iedere rechter is even ruimhartig in het betrekken van verklaringen van derden bij de vaststelling van de bedoeling van erflater, zie bijv. Hof Den Bosch 9 september 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF0059, NJ 2003, 446 en hierna par. 6.
5. ECLI:NL:HR:2011:BO9581, NJ 2011, 353.

### 3 Uitlegging in de vakliteratuur

Het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2004 deed een aantal schrijvers in de pen klimmen om van hun (on)genoegen blijk te geven. Volgens Kleyn<sup>6</sup> en Kolkman<sup>7</sup> zette de Hoge Raad met dit arrest ‘de uitlegsluizen open’. Volgens een aantal auteurs komt hiermee de rechtszekerheid in het geding. Anderen vrezen dat het werk van de notaris weinig meer ‘waard’ is.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het instrument van de uitleg ook wordt gebruikt om de na het testeren gewijzigde omstandigheden te kunnen respecteren. Van Mourik<sup>8</sup> en (in zijn navolging) Mollema<sup>9</sup> stellen de vraag of uitleg daar wel het juiste middel voor is. Met de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid kunnen de rechtsgevolgen van het testament (ook) opzij worden gezet. De uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 19 maart 2008<sup>10</sup> is in dit kader interessant.

De beschouwing van Van Mourik in 2007 op het karakter van de ‘uitlegging’ is een belangrijke bijdrage aan het onderzoek naar uitleg van uiterste wilsbeschikkingen. Geabstraheerd van de casuïstiek legt hij het wezen van de uitleg bloot, mede door het te onderscheiden van andere rechtsfiguren. Hij stelt onder meer dat uitleg moet worden onderscheiden van het vaststellen van de rechtsgevolgen van een uiterste wilsbeschikking: uitleg gaat vooraf aan het vaststellen van de rechtsgevolgen. Uitleg strekt er ‘slechts’ toe te achterhalen welke rechtsgevolgen de testateur met zijn beschikking heeft beoogd. Een rechter mag volgens Van Mourik een uiterste wilsbeschikking niet aanvullen omdat dit slechts is voorbehouden aan de erflater. De rechter vult niet aan, maar stelt de rechtsgevolgen van een uiterste wilsbeschikking vast. Hierbij kunnen de redelijkheid en de billijkheid een derogerende werking hebben (het onthouden van rechtsgevolgen aan de uiterste wilsbeschikking). Bij de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen spelen de redelijkheid en de billijkheid geen rol.

Als men deze opvatting van Van Mourik loslaat op de in de afgelopen jaren verschenen jurisprudentie, dan zou men kunnen concluderen dat de bereidwilligheid van de rechter vaak door hem-/haarzelve als uitleg wordt gepresenteerd.<sup>11</sup>

6. NJ 2005, 58, annotatie door W.M. Kleyn.
7. W.D. Kolkman, Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen, wat is er duidelijk na HR 3 december 2004, NJ 2005, 587, TE 2005, nr. 2.
8. Van Mourik 2007.
9. Mollema 2008.
10. Rb. Haarlem 19 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD5329. Hoger beroep: Hof Amsterdam 27 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BU3318. Cassatie: HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:911. Zie par. 6.
11. Ik noem dat ook wel ‘oneigenlijke uitleg’.

## 4 Commissie Erfrecht

De Commissie Erfrecht heeft in december 2011 haar eindverslag uitgebracht van haar onderzoek naar de knelpunten van het ‘nieuwe erfrecht’ voor de notariële praktijk.<sup>12</sup> Het onderzoek van de commissie leidt tot een aantal wijzigingsvoorstellen in de tekst van Boek 4 BW, waaronder die van artikel 4:46 BW. Aan lid 1 van het uitlegartikel wil de commissie het woord ‘mede’ toevoegen. Het eerste lid van artikel 4:46 BW luidt op grond van dit voorstel:

‘Bij de uitlegging van een uiterste wilsbeschikking dient *mede* te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wilsbeschikking kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wilsbeschikking is gemaakt.’

De commissie is van mening dat op die manier wordt aangegeven dat ook ‘andere omstandigheden – mits deze met de vereiste hoge mate van zekerheid vaststaan – bij de uitleg een rol kunnen spelen’. Uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen, zo stelt de commissie, vindt ‘te star plaats’. Er wordt volgens de commissie ten onrechte uitgegaan van het adagium dat ‘bij duidelijkheid geen uitleg’ zou gelden:

‘Het is in het huidige erfrecht onjuist te stellen dat men bij een ogenschijnlijk duidelijk testament “niet mag uitleggen”. De regel van art. 4:46 lid 1 BW laat juist uitdrukkelijk toe te allen tijde aandacht te schenken aan de “verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt”.’

Verder bepleit de commissie de leden 2 en 3 van artikel 4:46 BW te schrappen.

## 5 ‘Fiscale uitleg’

De uitleg van een uiterste wilsbeschikking kan ook fiscale gevolgen hebben. Uit het besluit van 25 maart 2013 blijkt in hoeverre de fiscus de uitleg van een uiterste wilsbeschikking fiscaal erkent.<sup>13</sup> De staatssecretaris van Financiën respecteert, in lijn met de ontwikkeling in de ‘uitlegjurisprudentie’, ruime uitleg van een uiterste wilsbeschikking, ook als de bewoordingen van het testament *an sich* duidelijk zijn. Als dit in rechte is vastgesteld, volgt de fiscus dat zonder meer. Ook hier geldt het adagium ‘fiscaal volgt civiel’. Als er echter geen rechter aan te pas is gekomen en de uitleg tussen de erf-

genamen is vastgesteld, toetst de fiscus of er sprake is van een schijnhandeling.<sup>14</sup> Erfgenamen moeten hun uitleg van de uiterste wilsbeschikking kunnen beargumen-teren; dit bleek ook al uit het Bankrekening-arrest.<sup>15</sup>

Vaak worden testamenteen gemaakt mede vanuit een fiscaal motief. Civielrechtelijke uitleg kan dan een middel zijn om ongewenste fiscale gevolgen te beïnvloeden.<sup>16</sup> Fiscale motieven kunnen deel uitmaken van iemands bedoeling bij het maken van een testament. Als dat leidt tot civielrechtelijke uitleg, dan volgt de fiscus dit (tenzij sprake is van een schijnhandeling). In een uitspraak van de Rechtbank Maastricht op 29 augustus 2012<sup>17</sup> wordt aan de hand van de fiscale motieven van erflaatster het testament uitgelegd en vervolgens beoordeeld naar de (fiscale) rechtsgevolgen van het testament.<sup>18</sup> Omdat het fiscale motief door de inwerkingtreding van de nieuwe Successiewet niet meer strookt met de fiscale gevolgen van het testament, het betrof hier een ‘ik-oma-testament’, gaat de rechter over tot het opheffen van de (ik-oma-)last.<sup>19</sup>

12. In 2006 heeft de KNB een preadvies en een wetenschappelijk congres aan het nieuwe erfrecht gewijd onder de titel: ‘Nieuw erfrecht in de praktijk, een evaluatie’. In 2007 heeft het bestuur van de KNB in aansluiting daarop een commissie benoemd met de taak om ‘mede aan de hand van voormeld preadvies, de knelpunten van het nieuwe erfrecht voor de notariële praktijk te inventariseren’.

13. Besluit van 25 maart 2013, NR BKLB 2013/88M.

14. V-N 2007/17.30: ‘Als nabestaanden met elkaar een goede oplossing vinden voor een onduidelijkheid of onjuistheid in een testament, is de taak van de inspecteur naar onze mening geen andere dan deze oplossing te volgen.’ Ook Kolkman concludeert, op basis van het besluit van 19 februari 2007, dat ‘fiscaal civiel volgt’ (W.D. Kolkman, Hardheid in de Successiewet 1956, FTV 2008, jrg. 2, nr. 7). Zo ook J.P.M. Stubbé, in: Zomermix, FBN 2013, nr. 7/8, 38: ‘Het gaat toch bij de belastingheffing om de regels van de desbetreffende belastingwet! Welnu, voor de heffing op grond van de Successiewet 1956 is het uitgangspunt hetgeen civielrechtelijk geldt.’

15. HR 19 september 1990, NJ 1992, 649 (Bankrekening-arrest). In de casus van het arrest was na de verkoop van de woning van erflaatster de verkoopopbrengst op haar bankrekening gestort. Zij had in haar testament een legaat opgenomen van het saldo van die bankrekening. Gebruikelijk stond er een paar duizend euro op die rekening. Erflaatster overleed voordat zij de verkoopopbrengst had kunnen gebruiken om de koopsom te betalen van de door haar reeds gekochte nieuwe woning. In dit arrest beantwoordde de Hoge Raad de vraag of de fiscus aan de uitleg van het testament door erfgenamen is gebonden. ‘In de regel’ is de fiscus gebonden aan de uitleg van een testament, indien een testament uitlegging behoeft, tenzij er sprake is van een schijnhandeling. Aan de uitleg moet voorafgaan dat de belanghebbenden ‘begrijpelijkerwijze’ konden menen dat de bedoeling van de testateur afwijkt van de letterlijke bewoordingen van het testament. Annotator Kleyn wijst erop dat de fiscus de uitleg alleen hoeft te volgen als de uitleg door de belanghebbenden strookt met een ‘redelijke weergave van de bedoeling’ van de testateur. ‘Onnodige uitleg’ wordt dus *in fiscalibus* niet gevolgd.

16. Deze vraag wierp ik op in ‘Civielrechtelijke uitleg of fiscale pech’ (TE 2010, nr. 1) in het kader van de nieuwe Successiewetgeving per 1 januari 2010 en de afschaffing van de vrij-van-recht-berekening, de testamentaire renteclausules en het nieuwe art. 9 lid 2 SW 1956, en het legaat vrijgesteld bedrag naar aanleiding van de uitspraak van de Rb. Haarlem van 12 juni 2009 (ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ4641).

17. ECLI:NL:RBMAA:2012:BX6252.

18. De dochter van erflaatster deed een beroep op art. 4:134 lid 1 BW om de in het testament opgenomen ik-oma-last op te heffen. In opheffing van de last zit vaak uitleg besloten omdat de rechter op zoek moet naar de bedoeling van erflater en uitleg moet geven aan het met de last beoogde gevolg.

19. Ik volg Van Mourik in zijn opvatting dat uitleg van de wilsverklaring en het vaststellen van de rechtsgevolgen van het testament moeten worden onderscheiden, Van Mourik 2007.

## 6 Uitleg en de notaris-redacteur

De notaris kan worden gezien als de adviseur en redacteur van de uiterste wilsbeschikking van de erflater. Met andere woorden: de notaris adviseert erflater welke vorm van uiterste willen het beste bij zijn bedoeling past en vertaalt vervolgens die bedoeling naar een tekst in het testament. Het lukt de notaris niet altijd om de bedoeling te achterhalen; de testateur onthoudt de notaris (bewust of onbewust) belangrijke informatie,<sup>20</sup> dan wel de notaris slaagt er niet in de bedoeling van erflater geheel of gedeeltelijk te laten corresponderen met de tekst van de uiterste wilsbeschikking. Voor de testateur is het vanwege het gebruikte jargon moeilijk te controleren of de bewoordingen van het testament overeenkomen met zijn bedoeling. Met andere woorden: bij het maken van een testament kan door de notaris een vergissing worden gemaakt. Men zou in zo'n geval de stelling kunnen verdedigen dat als de fout aan het licht komt, maar de testateur een erflater is geworden, de notaris op grond van artikel 45 lid 2 van de Wet op het notarisambt (Wna) de fout kan herstellen als *clerical error*. De notaris uit de casus die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad op 8 februari 2013<sup>21</sup> was die mening toegedaan. In het testament waren de verkeerde wilsrechten uitgesloten, artikel 4:19 en 4:20 BW, terwijl de testateur was hertrouwd en het zijn bedoeling was de wilsrechten artikel 4:21 en 4:22 BW uit te sluiten. Een verbetering is hier niet aan de orde, zegt het hof, en de A-G: 'De verbetering zou een wezenlijke aanvulling zijn, die de inhoud van het testament wijzigt.' Daarom oordeelde het hof dat de uitlegregels van artikel 4:46 lid 1 BW niet kunnen worden gebruikt om postuum een vergissing in het testament te herstellen. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof<sup>22</sup> omdat het volgens de Hoge Raad duidelijk is en door alle partijen erkend wat erflater in zijn testament wilde regelen. De verwijzing naar de wetsartikelen van de betreffende wilsrechten heeft geen duidelijke zin als bedoeld in artikel 4:46 BW. De Hoge Raad ziet de verklaring van de notaris als 'daden en verklaringen van de erflater'.

De uitspraak van het hof<sup>23</sup> zou kunnen worden gelezen als is het hof geen voorstander van 'ruime uitleg' dan wel onwillig tot uitleg in deze casus over te gaan.<sup>24</sup> Een andere zienswijze zou naar mijn mening kunnen zijn dat het hof in de uitleg niet het instrumentarium heeft gevonden om een fout van de notaris te herstellen noch een ander instrumentarium daarvoor in de wet voorhan-

den ziet. Eerder leek Hof Den Bosch met hetzelfde probleem te worstelen.<sup>25</sup>

## 7 Uitleg of dwaling in het objectieve recht?

De Hoge Raad deed op 11 oktober 2013 uitspraak in een zaak waarin de na het testeren veranderde omstandigheden centraal stonden.<sup>26</sup> In de casus van het arrest ging het om een vrouw die in 1980 een testament liet opstellen waarin zij haar broer tot enig erfgenaam benoemde. In 1993 trad zij in het huwelijk zonder het maken van huwelijkse voorwaarden. De vrouw overleed in 2004 en zowel haar echtgenoot als haar broer maakte aanspraak op de nalatenschap.

In eerste aanleg was de rechtbank<sup>27</sup> van mening dat de bewoordingen van het testament duidelijk zijn en slechts voor één uitleg vatbaar, ook als daarbij wordt gelet op de verhoudingen die het testament kennelijk heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder het testament is gemaakt. Omdat de vrouw in de veronderstelling verkeerde dat het testament was vervalLEN door haar huwelijk in de wettelijke gemeenschap van goederen, heeft zij volgens de rechtbank gedwaald in het objectieve recht, waardoor zij haar testament niet heeft herroepen. Het gevolg van haar dwaling is dat de rechtbank de rechtgevolgen aan het testament onthoudt:

'Het is immers in strijd met de redelijkheid en billijkheid om de rechtgevolgen van een testament te eerbiedigen indien het testament slechts door dwaling in stand is gebleven.'<sup>28</sup>

In hoger beroep stelt het hof<sup>29</sup> vast dat het niet duidelijk is of de vrouw ook heeft willen regelen dat haar broer onder alle omstandigheden, zoals de omstandigheden ten tijde van haar overlijden, enig erfgenaam zou zijn. Uit meerdere getuigenverklaringen blijkt dat het de allesoverheersende wens van de vrouw was haar ouders te onterven; dit deed zij door haar broer tot enig erfgenaam te benoemen (impliciete onterving). De vrouw was van mening dat er niemand anders was dan haar broer aan wie zij kon of wilde nalaten. Het hof concludeert dat het de bedoeling van de vrouw was dat de erfstelling van haar broer alleen gold voor de situatie waarin zij bij overlijden niet gehuwd zou zijn. Het testament was dus niet bedoeld voor de gewijzigde omstandigheden, te weten het gehuwd zijn.

20. Dit was onder meer het geval in de casus van ECLI:NL:HR:2011:BO9581, zie hiervoor par. 2.

21. ECLI:NL:HR:2013:BY2595, NJ 2013, 238.

22. De Hoge Raad verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.

23. Hof Amsterdam 3 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ4751.

24. Zie over de uitspraak van het hof o.a. W.D. Kolkman, De Goede notaris (preadvis KNB), 2010, p. 161.

25. Hof Den Bosch 9 september 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF0059. Zie uitgebreid L.C.A. Verstappen, Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren (preadvis KNB), 2003, p. 135 e.v.

26. ECLI:NL:HR:2013:911.

27. Rb. Haarlem 19 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD5329.

28. Bij het vaststellen van haar veronderstelling is ruimhartig gebruik gemaakt van art. 4:46 lid 2 BW en zijn er meerdere getuigenverklaringen.

29. Hof Amsterdam 27 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BU3318.



In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat het testament zo uitgelegd dient te worden dat de benoeming van de broer tot erfgenaam alleen gold voor de situatie dat er geen alternatief bestond, en dus zou vervallen in een situatie waarin wel sprake zou zijn van een zodanig alternatief. Nadien is alsnog een alternatief ontstaan door het huwelijk van erflater. Het hof heeft geen blijk gegeven van miskenning van de maatstaf van artikel 4:46 BW omdat het hof alleen de omstandigheden in aanmerking heeft genomen ten tijde van het maken van het testament en niet (tevens) omstandigheden die toen nog toekomstig waren.

Door middel van uitleg wordt in deze uitspraak de erfstelling als voorwaardelijk gezien, namelijk alleen voor de situatie dat erflater ongehuwd zou overlijden. In hogere aanleg houdt de stelling van de rechtbank, namelijk dat erflater dwaalde in het objectieve recht, het niet. Het instrument van de uitleg wordt gebruikt om een resultaat te bereiken waar ik overigens mee kan instemmen. Is hier sprake van 'oneigenlijke uitleg'? Uitleg lijkt hier namelijk te worden gebruikt om mede de rechtsgevolgen van de uiterste wilsbeschikking vast te leggen. Van Mourik leert ons echter dat we die twee figuren van elkaar moeten onderscheiden.<sup>30</sup>

## 8 Tien jaar uitlegging en verder?

102

Na tien jaar praktijk van uitlegging zien we dat uitleg vaak wordt ingezet om gewijzigde omstandigheden na het testen te respecteren. Wellicht hebben we voor het verbinden van rechtsgevolgen aan na het testen gewijzigde omstandigheden behoefte aan een ander wettelijk instrumentarium dan uitleg. De erflater zelf kan op de wijzigingen van omstandigheden en de gevolgen daarvan voor zijn uiterste wilsbeschikkingen anticiperen door in zijn testament de omstandigheden, de verhoudingen en zijn bedoeling expliciet te laten vastleggen. Mellema-Kranenburg vroeg in dit tijdschrift eerder de aandacht voor de mogelijkheid van het opnemen van een considerans in het testament.<sup>31</sup> Dat brengt mij op het punt van innovatie in de testamentenpraktijk. De klassieker 'openbare uiterste willen en bekwame notarissen doen meer nut dan de beste verhandeling over de interpretatie van uiterste wilsbeschikkingen'<sup>32</sup> is nog geen gemeenplaats geworden. In de testamentenpraktijk zijn er nog geen hordes notariële durf vallen die experimenteren met consideransen en/of interpretatieclausules (hoe wil erflater dat zijn testament wordt uitgelegd?); ik vermoed dat dit soort teksten en clausules in testamenten thans nog als notariële waaghalzerij wordt gezien.

Een prudent creatieve testamentenpraktijk mag zeker ondersteuning uit de wetenschap verwachten. Onder meer op het onderwerp van de wilsdelegatie:<sup>33</sup> is het bijvoorbeeld mogelijk om een in het testament genoemde persoon de bevoegdheid te geven geheel of gedeeltelijk te 'hertesteren' als de omstandigheden waaronder het testament werd gemaakt ingrijpend zijn gewijzigd? Vanuit het onderwerp uitleg kan nader onderzoek naar het wezen van het testament plaatsvinden; een onderwerp waarover de schrijver dezes nog veel hoopt te publiceren.

30. Van Mourik 2007.

31. T.J. Mellema-Kranenburg, De wenselijkheid van een considerans in een testament, TE 2008, nr. 6.

32. Asser/Perrick 4\*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 131.

33. N. Bauduin, verbonden als promovenda aan het CNR van de Radboud Universiteit Nijmegen, bereidt een proefschrift over dit onderwerp voor.