

Artikel

Het teletestament: testen op afstand onder de Tijdelijke wet COVID-19

Prof. mr. drs. J.W.A. Biemans en prof. mr. W.D. Kolkman*

1 Inleiding¹

In maart 2020 sloeg de coronacrisis toe. Veel van wat tot dan toe ‘normaal’ was, behoorde ineens niet meer tot de mogelijkheden. Zo ook het maken van een traditioneel notarieel testament.

Wij gaan in deze bijdrage in op de situatie onder het al bestaande recht: Welke testamentsvormen kennen we? Waarom is het niet mogelijk om een testament op afstand te maken? Welke gevolgen kleven aan overtreding van vormvoorschriften? Vervolgens belichten wij de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (verder ook: Tijdelijke wet).² Deze Tijdelijke wet introduceerde een noviteit: het verlijden van een notariële akte met behulp van audiovisuele hulpmiddelen. Men spreekt wel van een ‘Skypetestament’.³ Wij bezigen ook de term ‘teletestament’.

Bij de bespreking daarvan worden tevens betrokken de (soms botsende) standpunten van de Koninklijke Nota-

riële Beroepsorganisatie (KNB),⁴ getiteld ‘Omgaan met het coronavirus. Veelgestelde vragen’, enerzijds en de Vereniging voor Estate Planners in het Notariaat (EPN),⁵ gesteund door de Vereniging voor Erfrecht Advocaten Nederland (VEAN), anderzijds.

De KNB heeft zich in een persbericht van 22 maart 2020 – een maand vóór inwerkingtreding van de Tijdelijke wet – op het standpunt gesteld dat notarissen digitale en audiovisuele middelen moeten kunnen gebruiken om coronapatiënten in staat te stellen een testament te maken, en dat notarissen een belangrijke maatschappelijke rol vervullen in het rechtsverkeer en de plicht hebben om mensen te helpen, zelfs indien de geldigheid van testamenten achteraf bij de rechter ter discussie kan worden gesteld. Volgens de KNB is het beter dat notarissen achteraf het verwijt krijgen dat ze iets gedaan hebben, dan dat hun verweten wordt niets gedaan te hebben. De KNB zal notarissen tegen wie in de toekomst mogelijk een dergelijke rechtszaak wordt aangespannen, daarom voluit steunen.⁶ Zij heeft zich op het standpunt gesteld dat notarissen onder uitzonderlijke omstandigheden kunnen afwijken van de wettelijke vormvoorschriften.⁷ Dit moet wel in de betreffende akte

* Prof. mr. drs. J.W.A. Biemans is hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder Goederenrecht en Notarieel recht, aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. W.D. Kolkman is hoogleraar algemene rechtswetenschap en familievermogensrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en adviseur bij Elan Notarissen.

1. Dit artikel is een licht bewerkte versie van een bijdrage aan de nog te verschijnen bundel ‘Patrimonium 2020’ (W. Pintens & C. Declerck (red.), Brugge: Die Keure 2020).
2. Voluit: de wet van 22 april 2020, houdende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19, Kamerstukken II 2019/20, 35434.
3. Uiteraard kan de digitale verbinding evengoed lopen via Microsoft Teams, Zoom, Starleaf, Webex, GoToMeet, FaceTime, Google Meet of een vergelijkbaar programma.

4. Zie het op NotarisNet verschenen document KNB, Omgaan met het coronavirus. Veelgestelde vragen, d.d. 19 maart 2020, met name vragen 3, 6 en 7, alsmede www.knb.nl/nieuwsberichten/knb-digitale-en-audiovisuele-middelen-toegestaan-bij-coronapatiënten.

5. Zie voor het standpunt van de EPN <https://epn-notaris.nl/blog/skypetestament-als-tijdelijke-oplossing-in-noodgevallen/> en vgl. voorts de bijdrage van een aantal bestuursleden en leden van de Wetenschappelijke Adviesraad van de EPN, P. Blokland, B.E. Reinhartz, F.A.M. Schoemaker, F. Sonneveldt, A.H.N. Stollenwerck & M.C.W.H. van Valburch, Coronacrisis: nood eist wet!, FTV 2020/2, afl. 5, p. 6-12.

6. Zie www.knb.nl/nieuwsberichten/knb-digitale-en-audiovisuele-middelen-toegestaan-bij-coronapatiënten.

7. Legio voorbeelden zijn denkbaar van de wijze waarop de wettelijke voorschriften niet kunnen worden nageleefd in het kader van het Coro-

en in het dossier worden verantwoord.⁸ Het is begrijpelijk dat het notariaat deze oplossingen niet met een warm welkom heeft onthaald. Hoewel het aanbod om de notaris te steunen uiteraard goed bedoeld is, kijkt een notaris niet uit naar vele tuchtrechtelijke procedures, gevolgd door evenzovele civiele aansprakelijkheidsprocedures. Voorts bestaat de verwachting dat het notariaat geen nalatenschappen zal willen afwikkelen op grond van een ongeldig teletestament.⁹

2 Bestaande alternatieven volstaan niet

2.1 Algemeen; tussen droom en daad

Om te begrijpen waarom de Tijdelijke wet – die wij in paragraaf 4 nader toelichten – tot stand is gekomen, is het nuttig om kennis te nemen van de typen uiterste wilsbeschikkingen en de daarbij behorende vormvereisten. Uit het onderstaande zal blijken dat een combinatie van factoren ertoe heeft genoopt de bedoelde wet in te voeren.

Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt, aldus artikel 4:42 lid 1 BW. Ons recht kent een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Dat houdt onder meer in dat alleen de uitdrukkelijk in de wet geregelde uiterste wilsbeschikkingen zijn toegestaan, waarmee deze worden afgebakend van andere rechtshandelingen waarmee beoogd wordt eenzelfde effect te verkrijgen als met een uiterste wilsbeschikking.¹⁰ Hoewel de wet daarop geen sanctie geeft, wordt aangenomen dat indien de rechtshandeling niet voldoet aan de materiële elementen van artikel 4:42 lid 1 BW in beginsel sprake zal zijn van nietigheid.¹¹

Volgens artikel 4:42 lid 3 BW kan een uiterste wilsbeschikking alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen. Uit dit voorschrift volgt dat de uiterste wilsbeschikking een persoonlijke rechtshandeling is en dat delegatie verboden is. Een erflater kan bij het opmaken ervan derhalve niet worden vertegenwoordigd door een wettelijk vertegenwoordiger of door een gevolmachtigde.¹² Waar het gebruik van een volmacht zo veel mogelijk wordt

gestimuleerd in de tijden van corona, ook volgens de KNB,¹³ geldt dat niet voor het testament.

Er bestaat niet de mogelijkheid een notariële akte langs elektronische weg te verlijden.¹⁴ Naast testamenten heeft de notaris een monopolie op het verlijden van akten die betrekking hebben op registergoederen (waaronder overdracht, splitsing en vestiging van beperkte rechten daarop), rechtspersonen (waaronder oprichting, wijziging statuten, fusie en splitsing)¹⁵ en aandelen in besloten vennootschappen (waaronder overdracht en vestiging van beperkte rechten). Anders dan bij de uiterste wilsbeschikking is het bij het overgrote deel van deze notariële akten – met uitzondering van de hypotheekakte,¹⁶ die daarom eveneens is geregeld in de Tijdelijke wet – wél mogelijk om deze akten te passeren met een onderhandse volmacht. Aldus is – naast het vestigen van een hypotheekrecht, hetgeen hieronder verder buiten beschouwing blijft – alleen het verlijden van een ‘digitale’ uiterste wilsbeschikking op afstand uitgesloten, hetgeen wringt in tijden van corona.

Het vereiste dat de testateur alleen persoonlijk zijn uiterste wilsbeschikking kan maken, en daarbij niet vertegenwoordigd kan worden, zou op zich niet in de weg hoeven staan aan het maken van een testament in deze tijden, ware het niet dat uiterste wilsbeschikkingen nog aan nadere vormvereisten dienen te voldoen, waardoor de testateur genoodzaakt is om in het bijzijn van een ander (de notaris) te verkeren. Er bestaan drie vormen waarin uiterste wilsbeschikkingen in formele zin kunnen worden gemaakt,¹⁷ ieder met eigen vormvereisten: (1) het notarieel testament, (2) het depot-testament en (3) het noodtestament.¹⁸ De vormvereisten zijn vastgelegd in titel 4 van Boek 4 BW en in de Wet op het notarisambt (Wna). De vormvereisten in de Wna gelden

recht (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014. Vgl. voorts Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2.6.

na-testament. Zie voor voorbeelden Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2 en 3.

8. Zie KNB, Omgaan met het coronavirus., Vraag 3 ‘Welke vormvoorschriften moeten worden nageleefd?’

9. Zie Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 4 (p. 10).

10. Zie W. Breemhaar, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 15 e.v., E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, Huwelijksgoederen- en erfrecht. II: Erfrecht, Deventer: Kluwer 2008/112 en F.W.J.M. Schols, in: Handboek Erfrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. VI.1.5-1.6.

11. Zie Breemhaar, De uiterste wilsbeschikking, p. 14 en F.W.J.M. Schols, Handboek Erfrecht, par. VI.1.7.

12. Zie F.W.J.M. Schols, Handboek Erfrecht, par. VI.1.8, met verdere verwijzingen. Zie nader hierover N.V.C.E. Bauduin, Wilsdelegatie in het erf-

13. Zie KNB, Omgaan met het coronavirus, Vraag 3 ‘Welke vormvoorschriften moeten worden nageleefd?’

14. Zie ook art. 6:227a t/m 6:227c BW inzake overeenkomsten die langs elektronische weg tot stand komen en art. 3:15a e.v. BW inzake de elektronische rechtshandeling. Art. 6:227a lid 2 BW bepaalt uitdrukkelijk dat de bepaling niet van toepassing is op overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent (lees: de notaris). Zie ook P.C. van Es, Covid-19 en het notariaat: ‘Heden verscheen – met gebruikmaking van audiovisuele communicatiemiddelen – voor mij ...’, WPNR 2020, afl. 7285, p. 401.

15. Met dien verstande dat het op grond van de Richtlijn (EU) 2019/1151 van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht, L 186/80 uiterlijk 1 augustus 2021 mogelijk dient te zijn om in Nederland volledig digitaal een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten.

16. Zie art. 3:260 lid 3 BW, dat voor de volmachtverlening bij de vestiging van een hypotheekrecht een authentieke (lees, in de praktijk: notariële) volmacht voorschrijft.

17. Zie uitgebreid over testamentaire vormvereisten K.G.C. Reid, M.J. de Waal & R. Zimmermann (red.), Testamentary formalities (Comparative Succession Law Vol. I), Oxford/New York: Oxford University Press 2011.

18. Zie art. 4:94 BW: ‘Behoudens hetgeen in artikelen 4:97 t/m 4:107 BW is bepaald, kan een uiterste wil alleen worden gemaakt bij een notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte.’

algemeen voor notariële akten; hieronder worden zij toegepast op het testament.

Daarnaast biedt artikel 4:97 BW de mogelijkheid dat de testateur een codicil maakt, waarin hij met name een legaat van een aantal (nader in de bepaling omschreven) zaken kan maken.¹⁹ Aangezien een dergelijk codicil bij een onderhands, door de erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend en ondertekend stuk kan worden gemaakt, zonder verdere formaliteiten, en daardoor ook in tijden van corona kan worden gemaakt, is geen sprake van een volwaardig testament; het blijft hier verder buiten beschouwing. De materiële reikwijdte van het codicil is zeer beperkt.²⁰

2.2 Het notarieel testament

De uiterste wilsbeschikking gemaakt bij een notariële akte – het notarieel testament – is het gangbare testament. Vrijwel alle 300.000 testamenten die in Nederland in een jaar worden verleden, zijn in deze vorm gegoten. Voor het notarieel testament gelden dezelfde vereisten als voor iedere andere notariële akte.²¹ Van die vereisten verdienen met name de volgende vier vereisten aandacht.²²

a. Identificatie

De bij het verlijden van de akte verschijnende personen en getuigen moeten aan de notaris bekend zijn. De notaris dient aldus de identiteit van de personen die de eerste maal voor hem verschijnen vast te stellen aan de hand van een document als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de identificatieplicht (bijvoorbeeld een paspoort) en de aard en het nummer daarvan in de akte te vermelden, aldus artikel 39 lid 1 eerste en tweede zin Wna.²³ In het normale geval dient de testateur hiervoor naar het kantoor van de notaris te komen. Van dit punt is het nog denkbaar dat het in noodgevallen ‘op afstand’ kan gebeuren, bijvoorbeeld via een Skype- of vergelijkbare verbinding.²⁴ De KNB heeft zich in het kader van de volmacht op het standpunt gesteld dat ‘legalisatie

gewenst is, maar niet verplicht’ (en aldus kennelijk ook achterwege kan blijven).²⁵

b. Voorlichting en beoordeling wilsbekwaamheid

De notaris dient aan ‘Belehrung’ te doen. Hij behoort de testateur (en de eventuele getuigen) tijdig tevoren de gelegenheid te bieden om van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking kennis te nemen. Ook dient de notaris voordat hij de uiterste wilsbeschikking verlijdt, de testateur de zakelijke inhoud van het testament mee te delen en daarop een toelichting te geven, en daarbij zo nodig te wijzen op de gevolgen die uit het testament voortvloeien, zo schrijft artikel 43 lid 1 eerste t/m derde zin Wna voor.²⁶ Aldus dient de notaris te toetsen of de inhoud van het testament overeenstemt met hetgeen de testateur beoogt. In dat verband dient de notaris onder meer te toetsen of de testateur niet wilsonbekwaam is.²⁷ Ook dient hij te controleren of bijvoorbeeld geen sprake is van misbruik van omstandigheden of bedreiging bij de testateur door derden. In dit verband zal de notaris het testament (in beginsel) slechts passeren in de aanwezigheid van de testateur en eventuele getuigen, zodat de testateur onttrokken is aan de invloed van degene die misbruik maakt van de omstandigheden of de testateur bedreigt.²⁸ De notaris is hiertoe ook tuchtrechtelijk verplicht.²⁹ In de literatuur is als een van de bezwaren tegen het teletestament aangevoerd dat het passeren op afstand van een testament ervoor zou kunnen zorgen dat buiten het zicht van de camera een derde alsnog een onaanvaardbare druk op de testateur uitoefent.³⁰ Daar kan tegen in worden gebracht dat een derde ook zonder aanwezig te zijn bij het verlijden van het testament de testateur op uiteenlopende wijzen onder druk kan zetten. Naar onze mening is ook dit vereiste niet onoverkomelijk om tot het passeren van het testament op afstand te kunnen overgaan. De KNB stelt zich op hetzelfde standpunt.³¹

19. De testateur kan een legaat maken van (a) kleren, ‘lijfstoebehoren’ en bepaalde lijfsieraden, en van (b) bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken. Hij kan daarin voorts bepalen dat de onder a genoemde goederen buiten een huwelijksgemeenschap vallen. Ten slotte kan hij een persoon als bedoeld in art. 25 lid 2 en 4 Auteurswet en art. 5 lid 2 Wet op de naburige rechten aanwijzen. Zie nader Asser/Perrick 4 2017/411-412, F.W.J.M. Schols, Handboek Erfrecht, par. VI.3.5 en Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2.5.
20. Zie vorige noot.
21. Zie W.D. Kolkman, Testamentary formalities in the Netherlands, in: Reid, De Waal & Zimmermann, Testamentary formalities, p. 142 e.v.
22. Zie bijvoorbeeld voor inhoudelijke vereisten (zoals vermelding van naam enz.) art. 40 en 41 lid 1 Wna, voor het materiaal van de akte art. 41 lid 2 Wna, voor de (Nederlandse) taal van de akte art. 42 Wna, en voor de nummering art. 43 lid 3 eerste zin Wna. Omdat de notaris het testament per post kan toesturen aan de testateur, kan ook in tijden van corona aan deze vereisten worden voldaan.
23. Op het niet voldoen aan het tweede vereiste (het vaststellen van de identiteit aan de hand van bijvoorbeeld een paspoort en het vermelden van de aard en het nummer daarvan in de akte) staat overigens niet de sanctie dat de akte authenticiteit mist en niet voldoet aan de voorschriften waarin de vorm van een notariële akte wordt geeïst (art. 39 lid 5 Wna).
24. Vgl. noot 3.

25. Zie KNB, Omgaan met het coronavirus, Vraag 7 ‘Wat doe ik als feitelijke ondertekening van een akte fysiek onmogelijk is?’ Indien geen legalisatie heeft plaatsgevonden leidt dat niet tot gebrek aan authenticiteit van de akte. Zie art. 39 lid 1 tweede zin jo. lid 5 Wna.
26. Van de mededeling van de zakelijke inhoud en de toelichting daarop wordt in het slot van de akte melding gemaakt (art. 43 lid 5 Wna).
27. Waarbij hij gebruik kan maken van het protocol in het Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid van de KNB.
28. Zie Asser/Perrick 4 2017/408, F.W.J.M. Schols, Handboek Erfrecht, par. VI.2.1 en 2.2, en Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 4 (p. 10). Misbruik van omstandigheden is in beginsel (anders dan in het algemeen vermogensrecht, zie art. 3:44 lid 4 BW) geen grond voor vernietiging (art. 4:43 lid 1 BW), anders dan bedreiging of bedrog (vgl. art. 3:44 lid 2 en 3 en 4:43 lid 1 BW).
29. Zie o.a. Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1383, Hof Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1777 en Hof Den Haag 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2800.
30. Zie Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 4 (p. 9), die bovendien ook op het risico wijzen dat de handtekening niet van de erflater, maar van een derde is.
31. Zie KNB, Omgaan met het coronavirus, Vraag 7 ‘Wat doe ik als feitelijke ondertekening van een akte fysiek onmogelijk is?’ ‘De notaris moet zich er uiteraard wel van vergewissen dat de cliënt zich kan vinden in de inhoud van de akte en dat hij in staat is zijn wil vrij te bepalen. Indien mogelijk kan de notaris dat via audio- of videoverbinding vaststellen, maar dat zou ook schriftelijk of via e-mail kunnen. In elk geval dient de notaris in het dossier vast te leggen dat hij heeft vastgesteld dat de cliënt zich in de inhoud kan vinden en dat hij in staat was zijn vrije wil te

c. Getuigen?

Ons huidige recht vereist *niet* dat het testament wordt verleden in aanwezigheid van getuigen. Het Romeinse recht verlangde nog de aanwezigheid van zeven getuigen bij het mondelinge testament, ter controle van de testateur en ‘omwille van het geheugen’.³² Door de eeuwen heen verschoof de formele klemtoon bij het testeren geleidelijk van mondeling naar schriftelijk en won de rol van de schrijver, de notaris, aan gewicht. Eerst nog fungeerde hij mede als een van de getuigen, later als gezagsdrager naast wie nog maar twee getuigen gewenst waren.³³ De vermindering van het aantal was door praktische redenen ingegeven.³⁴ De getuigen dienden niet meer zozeer ter controle van de testateur – dat was immers ook de taak van de notaris –, als wel ter controle van de notaris. Juist daarvan zag men steeds meer de overbodigheid in: de eis van hun aanwezigheid miskent de notariële functie.³⁵ In 1971 leidde dat tot afschaffing van de verplichte aanwezigheid van twee getuigen bij iedere notariële akte, met uitzondering echter van een aantal bijzondere akten, waaronder de uiterste wil.³⁶ In 2003 ging uiteindelijk ook voor de testamenten de kogel door de kerk: enkel in de gevallen waarin de notaris het verlangt, geschiedt het verlijden van een akte nog in de tegenwoordigheid van twee getuigen.³⁷ Dit kan bijvoorbeeld indien de wilsbekwaamheid van de testateur ter discussie heeft gestaan. Naast het voldoen aan de vereisten die gelden voor de getuigen,³⁸ dient de notaris van het testament dat hij in tegenwoordigheid van getuigen heeft verleden steeds de volledige tekst voor te lezen (art. 43 lid 2 Wna).

bepalen. De beoordeling hoe in welke situatie te handelen en hoe dat in het dossier kan worden vastgelegd, hangt natuurlijk af van de omstandigheden van het geval.’ Zie ook KNB, Omgaan met het coronavirus, Vraag 3 ‘Welke vormvoorschriften moeten worden nageleefd?’ Hoewel het juist in het notariaat gebruikelijk is cliënten op kantoor te ontvangen, geeft de KNB hier algemeen in overweging, teneinde de besmettingskans te minimaliseren, dat de notaris bij zijn advisering en dienstverlening zo veel als mogelijk gebruik maakt van digitale en audiovisuele middelen.

32. H. de Groot, Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid (red. F. Dörring, H.F.W.D. Fischer & E.M. Meijers), Leiden: Universitaire pers 1965, II, 17, 10.
33. Een aardige tussenvariant geeft art. 9 van de Ventôsewet: ‘Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté par deux témoins.’ Zie voor een uitgebreidere historische beschouwing A.F.A. Leesberg, De getuigen bij notariële akten volgens de Nederlandsche wetgeving, Amsterdam: C.L. van Langenhuysen 1873, en in meer algemene zin P.J. van Wijngaarden, De instrumentaire getuigen bij notariële akten volgens de Wet op het notarisambt, Leiden: P. Somerwil 1888.
34. Voor de kerk was dit grote aantal bezwarend, aldus Asser/Meijers, Erfrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1941, p. 194; een decreet uit 1171 van paus Alexander III bepaalde dat twee getuigen volstonden. In het eigenzinnige Friesland heeft men echter ook lang daarna nog in de Romeinse eis van zeven getuigen volhard. Voorts zijn bij het besloten testament tot 2003 vier getuigen verplicht geweest (art. 987 OBW).
35. Aldus bijvoorbeeld HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3712, NJ 2008/545.
36. Zie over de toenmalige discussie over deze afschaffing B. Duinkerken, Weg met ‘ijdele formaliteiten’, of het open deurtje gered (I), WPNR 2006, afl. 6677, p. 603-605.
37. Art. 39 lid 2 Wna. B.C.M. Waaijer, Melis. De Notariswet, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.13.1, spreekt treffend van een verdere stap ‘in het proces van de ontmythologisering van het passeren van notariële akten, meer in het bijzonder testamenten’.
38. Zie bijvoorbeeld art. 39 lid 3 en 4 Wna.

Indien het testament wordt gepasseerd zonder aanwezigheid van getuigen, kan de testateur 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 (a) de voornamen, de naam en de plaats van vestiging van de notaris en de datum en de plaats van het verlijden van de akte, (b) de gegevens van de testateur en (c) het slot van het testament voor.³⁹ Ook het voorlezen van deze beperkte delen van het testament of, indien het testament in aanwezigheid van getuigen wordt verleden, het gehele testament kan plaatsvinden met gebruikmaking van ‘audiovisuele communicatiemiddelen’, zodat ook dit vereiste niet in de weg zou hoeven staan aan het passeren van het testament op afstand. Op de sanctie op het nalaten van het voorlezen van het testament indien het wordt verleden in het bijzijn van getuigen wordt hieronder nog nader ingegaan.

d. Ondertekening

Het testament wordt door de testateur onmiddellijk na voorlezing ondertekend. De ondertekening van een geschrift heeft drie functies: identificatie van de ondertekenaar, toerekening aan hem van de tekst en waarschuwing voor ondoordachte handelingen.⁴⁰ Bij de gebruikelijke notariële testamenten worden deze functies, zeker de laatste, tevens door de notaris vervuld. Niettemin behelst de ondertekening door de testateur – alsook die door de notaris – een cruciaal onderdeel van de uiterste wil. Zonder handtekening is er welbeschouwd niets verklaard.⁴¹

Onmiddellijk nadat de testateur zijn krabbel heeft gezet, ondertekent de notaris de akte, zo volgt uit artikel 43 lid 4 eerste en tweede zin Wna.⁴² Ook uit artikel 4:109 lid 1 en 2 BW volgt dat de testateur en de notaris het testament dienen te ondertekenen. Uit artikel 4:109 lid 2 BW volgt bovendien dat de testateur het testament *ten overstaan van* de notaris dient te ondertekenen. Ook artikel 39 lid 1 Wna spreekt over ‘het verschijnen voor de notaris’. Daaruit wordt afgeleid dat de testateur het testament in de fysieke nabijheid van de notaris dient te ondertekenen. Dit is de spreekwoordelijke ‘*bottleneck*’ gebleken voor het passeren van het testament in tijden van corona. Aanvankelijk heeft de KNB zich op het standpunt gesteld dat de notaris vanwege de uitzonderlijke omstandigheden gebruik kon maken van artikel 43 lid 4 derde zin Wna. Deze bepaling luidt als volgt: ‘Indien een persoon verklaart niet te kunnen ondertekenen zal van deze verklaring, alsmede de reden van ver-

39. Van de beperkte of volledige voorlezing wordt in het slot van de akte melding gemaakt (art. 43 lid 5 Wna).
40. Vgl. P. Van Eecke, De handtekening in het recht: van pennentrek tot elektronische handtekening, Gent: Larcier 2004, p. 199 en – wat langer geleden – C.J.J. de Joncheere, Het rechtskarakter der ondertekening (diss. Amsterdam), Amsterdam: Holdert 1892, p. 3-46.
41. A.R. de Buijn, Het karakter van de notariële functie volgens de Wet op het Notarisambt, WPNR 1927, afl. 3007, p. 552.
42. Een akte die in tegenwoordigheid van getuigen wordt verleden, wordt door de getuigen en de notaris onmiddellijk na voorlezing ondertekend (art. 43 lid 4 vierde zin Wna).

hinderig, melding worden gemaakt.⁴³ Wat betekent ‘niet kunnen ondertekenen’ hier? Uit de Middeleeuwen zijn gevallen bekend waar het de analfabetische testateur werd toegestaan een kruisje te zetten (hij immers ‘kon niet tekenen’), waaraan de notaris dan toevoegde: ‘Dit is het handmerck van N.N.’⁴⁴ Discussie bestond over de vraag of tot ‘niet in staat zijn’ ook ‘overleden zijn’ behoorde: indien met de mondelinge verklaring de uiterste wil reeds als volmaakt geldt, dan deert het overlijden vóór de ondertekening niet.⁴⁵ Dit is nu geen discussie meer; de redactie van artikel 43 lid 4 Wna laat geen ruimte voor twijfel: ‘Indien een persoon *verklaart niet te kunnen ondertekenen* zal van deze verklaring, alsmede de reden van verhindering, melding worden gemaakt.’⁴⁶ Hieruit blijkt het huidige uitgangspunt van de wetgever: ieder mens die daartoe geestelijk in staat is, heeft het recht een testament te maken.⁴⁷ ‘Dat artikel [43 lid 4 Wna; JB & WK] is ook van toepassing als een partij vanwege diens fysieke toestand niet in staat is de akte daadwerkelijk te ondertekenen. In een dergelijk geval kan op grond van deze wetsbepaling de akte worden gepasseerd zonder dat de betreffende persoon de akte daadwerkelijk ondertekent. Hiervan moet dan wel melding worden gemaakt in de akte’, aldus de KNB.⁴⁸ Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat de wetgever bij het opnemen van deze bepaling gevallen op het oog heeft gehad waarin het voor de testateur fysiek niet mogelijk is om te tekenen, bijvoorbeeld als gevolg van een gebroken arm.⁴⁹ De notaris kan in die gevallen in plaats van de testateur tekenen, maar het artikel maakt het niet mogelijk dat de testateur niet aanwezig is bij het ondertekenen, zoals de KNB voor ogen had.⁵⁰ De EPN en de VEAN hebben zich van dit standpunt van de KNB uitdrukkelijk gedistantieerd⁵¹ en aangedrongen op een wettelijke voorziening.⁵² De roep om het teletestament was een feit.

2.3 Het depot-testament

De tweede reguliere – maar hoogst zelden gebruikte – testamentsvorm is het depot-testament. Artikel 4:95 BW biedt de mogelijkheid dat de testateur zelf bij onderhandse akte een uiterste wilsbeschikking maakt en

deze vervolgens in depot geeft bij de notaris.⁵³ Dit zogenaamde depot-testament lijkt op het eerste gezicht een goed alternatief te bieden voor het notarieel testament. Dit testament is gevormd door een combinatie van twee testamentsvormen uit het oude BW van 1838: het geheime testament en het holografische testament. De Franse Code civil kende het geheime testament voor degene die wel wilde openbaren *dat*, maar niet *wat* hij getesteerd had; de holograaf, die niet uit handen werd gegeven, was bestemd voor degene die niet wilde openbaren *wat*, maar ook niet *dat* hij had getesteerd.⁵⁴ De Nederlandse wetgever uit 1838 schreef echter bij een holograaf notariële bewaargeving voor. Over deze van de Code civil afwijkende keuze is in parlementaire kringen fel gestreden.⁵⁵ Zij doet alle nut aan het holografische testament ontvallen naast het besloten testament.⁵⁶ Het enige vereiste dat nu aan de onderhandse akte zélf wordt gesteld, is dat de testateur deze uiterste wil met eigen hand heeft geschreven, of, indien door een ander of met mechanische middelen geschreven, en bestaande uit meer dan één bladzijde, dat iedere bladzijde is genummerd en ondertekend door de erflater.⁵⁷ De notaris kan het testament met gebruikmaking van audiovisuele communicatiemiddelen met de testateur bespreken en daarbij tevens diens identiteit vaststellen,⁵⁸ en vervolgens, zelfs per e-mail, het concepttestament toesturen, zodat de erflater het vervolgens kan printen, nummeren en ondertekenen. Voor de geldigheid van het depot-testament is echter ook vereist dat de erflater de onderhandse uiterste wil aan de notaris ‘ter hand stelt’ en ‘daarbij verklaart’ dat het aangeboden stuk zijn uiterste wil bevat en dat aan de hiervoor genoemde vormvereisten is voldaan.⁵⁹ Hoewel nog verdedigbaar is dat het ‘ter hand stellen’ ook per post zou kunnen,⁶⁰ en het ‘daarbij verklaren’ ook schriftelijk kan,⁶¹ dient de notaris van de bewaargeving en de verklaringen van de erflater een akte op te maken die door de erflater en de notaris wordt ondertekend.⁶² Mede gelet op artikel 43 lid 4

43. Van de ondertekening overeenkomstig art. 43 lid 4 Wna wordt in het slot van de akte melding gemaakt (art. 43 lid 5 Wna).
44. A. Pitlo & A.F.I. Gehlen, De zeventiende- en achttiende eeuwse notarisboeken, Deventer: Kluwer 2004, p. 153.
45. Vgl. Asser/Meijers, Erfrecht, p. 193.
46. Lujten & Meijer, Huwelijksgoederen- en erfrecht II. Erfrecht, nr. 160, wijzen erop dat het surrogaat voor de handtekening alleen voor de comparant dienst kan doen, niet voor de getuigen.
47. Aldus Asser/Perrick 6 1996/247. Vgl. A.G. Lubbers, Boekbespreking, WPNR 1977, afl. 5390, p. 780 en W. Heuff, Ontwikkelingen in het erfrecht, WPNR 1988, afl. 5885, p. 483.
48. Zie KNB, Omgaan met het coronavirus, Vraag 7 ‘Wat doe ik als feitelijk ondertekening van een akte fysiek onmogelijk is?’
49. Zie o.a. Melis/Waaijer, De Notariswet, par. 7.10.
50. Zie hierover ook B.C.M. Waaijer, Moedige notarissen in de ure des gevaars, WPNR 2020, afl. 7286, p. 413 e.v..
51. Zie <https://epn-notaris.nl/blog/skypetestament-als-tijdelijke-oplossing-in-noodgevallen/>, daarbij ondersteund door een aantal hoogleraren, onder wie de auteurs van deze bijdrage.
52. Zie o.a. <https://epn-notaris.nl/blog/skypetestament-als-tijdelijke-oplossing-in-noodgevallen/>. Zie ook het persbericht van de EPN.

53. Zie Asser/Perrick 4 2017/409-410, F.W.J.M. Schols, Handboek Erfrecht, par. VI.3.4, alsmede Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2.2.
54. Vgl. Asser/Meijers, Erfrecht, p. 196. Voor een uitgebreide beschouwing over de geschiedenis van de holograaf: E.M. Meijers, Holografische testaments, in: E.M. Meijers & J. Eggens, Het testament, Arnhem: S. Gouda Quint/D. Brouwer & Zoon 1951, p. 51-63.
55. Zie de beraadslagingen bij Voorduin, IV, p. 110-132, waarover J.W.W. Wildervanck, iets over testaments in ‘t algemeen en art. 979 en 980 B.W. meer speciaal behandeld (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwil 1884, p. 18 e.v. en H. van Loghem de Josselin de Jong, Het olografisch testament (diss. Leiden), Zutphen: A.E.C. van Someren 1888, p. 5 e.v.
56. Vgl. W.G. Delbaere, De bewijslast bij olografische testaments (diss. Leiden), Leiden: Sijthoff 1893, p. 31 en Asser/Meijers, Erfrecht, p. 207.
57. Zie art. 4:95 lid 2 BW.
58. Vgl. art. 39 lid 1 en 43 lid 1 Wna, zoals hiervoor besproken in par. 2.2.
59. Zie art. 4:95 lid 3 BW. Indien het stuk gesloten 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.
60. Vgl. bijvoorbeeld art. 6:234 BW ten aanzien van de ‘terhandstelling’ van algemene voorwaarden.
61. En dus evenmin onmiddellijk voorafgaand aan het opmaken van de depotakte hoeft te gebeuren.
62. Zie art. 4:95 lid 4 BW. Het is ook denkbaar dat de erflater mondeling moet verklaren, de uiterste wil in persoon moet afgeven, en dat de

Wna, zoals hiervoor besproken, vereist de ondertekening door de erflater en de notaris *in beginsel*⁶³ ook hier de lijfelijke aanwezigheid van beiden. Ten slotte, om dezelfde redenen dat artikel 43 lid 4 Wna het testament op afstand niet kan redden, kan ook artikel 4:95 lid 5 BW dat niet voor het depot-testament. Het bepaalt:

‘Wanneer de erflater verklaart dat hij door een met name door hem genoemde, na de ondertekening van de uiterste wil opgekomen oorzaak verhinderd wordt de akte van bewaargeving te ondertekenen, vervangt die verklaring zijn ondertekening van de akte van bewaargeving, mits zij daarin wordt opgenomen.’

Ook deze bepaling ziet op een fysieke beperking aan de zijde van de erflater, en niet op een verhindering door het coronavirus.⁶⁴

2.4 Het noodtestament

Artikelen 4:98, 4:101 en 4:102 BW bevatten ten slotte een regeling inzake het noodtestament, nader uitgewerkt in artikelen 4:100 en 4:103 t/m 4:108 BW.⁶⁵ De noodtestamenten kunnen in drie categorieën worden onderverdeeld: de militaire noodtestamenten (art. 4:98 BW), die hun wortels hebben in het Romeinse *testamentum militis*, de testamenten gemaakt op een zeeschip of in een luchtvaartuig (art. 4:101 BW) en de ‘ramp-testamenten’ (art. 4:102 BW). Deze bepalingen voorzien er alle in dat een ander dan de notaris een uiterste wilsbeschikking kan passeren, bijvoorbeeld in geval van oorlog of burgeroorlog een officier van de krijgsmacht (art. 4:98 BW), aan boord van een zeeschip of luchtvaartuig de gezagvoerder of de eerste officier (art. 4:100 BW) en op plaatsen waar voor de erflater het normale verkeer met een notaris of bevoegde consulaire ambtenaar verboden of verboden is als gevolg van rampen, crises, gevechtshandelingen, besmettelijke ziekten of andere buitengewone omstandigheden een Nederlandse consulaire ambtenaar, ook indien deze niet krachtens de gewone regelen bevoegd is, of de burgemeester, de secretaris of een wethouder der gemeente, een kandidaat-notaris, een advocaat, een officier van de krijgsmacht of van een gemeentelijke of regionale brandweer, of een daartoe door de Minister van Justitie en Veiligheid⁶⁶ bevoegd verklaarde ambtenaar (art. 4:101 BW). In de kern komt de versoepeling van de vormvoorschriften neer op een vervanging

notaris dat moet vastleggen in de akte van bewaargeving. Dit is het standpunt van de EPN, zie <https://epn-notaris.nl/blog/skypetestament-als-tijdelijke-oplossing-in-noodgevallen/>, en zie voorts Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2.2, alsmede (mondeling) Asser/Perrick 4 2017/409.

63. Zie Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2.2. Zie echter ook het hieronder te bespreken art. 4:109 lid 2 BW, waarover ook Asser/Perrick 4 2017/409.

64. Zie Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2.2. Ook hier in andere zin: KNB, Omgaan met het coronavirus, Vraag 6 ‘Hoe maak ik een testament bij onderhandse akte?’

65. Zie Asser/Perrick 4 2017/413 en F.W.J.M. Schols, Handboek Erfrecht, par. VI.3.6.

66. Art. 4:101 BW vermeldt abusievelijk nog de ‘minister van justitie’.

van de notaris door een andere ‘gezagsdrager’.⁶⁷ Deze persoon hoeft de voorschriften van de Wna niet na te leven. Slechts is vereist dat de testamenten op behoorlijke wijze op schrift worden gesteld en door de erflater, alsmede door de getuigen en degene te wiens overstaan zij zijn verleden, ondertekend.⁶⁸ De tegenwoordigheid van twee getuigen wordt verlangd bij alle noodtestamenten, hetgeen de bezwaren tegen het wegvallen van de overige vormvoorschriften (ten dele) wegneemt.

Onzes inziens terecht heeft de wetgever de noodtestamenten ingevolge artikel 4:107 BW vernietigbaar gemaakt, indien de erflater overlijdt meer dan zes maanden nadat voor hem de ‘noodsituatie’ is geëindigd.⁶⁹ De testateur dient zich bewust te zijn van de bijzondere aard van zijn uiterste wil en hem daarom, indien mogelijk, binnen een redelijke termijn te vervangen door een regulier testament. Het noodtestament is overigens een zeldzaamheid.⁷⁰

Hoewel artikel 4:101 BW in het bijzonder spreekt over besmettelijke ziekten, lossen de bepalingen het gesignaleerde probleem niet op. In plaats van de notaris dient ondertekening van het testament nog steeds in het fysieke bijzijn van een andere gezagsdrager plaats te vinden. Hoewel het denkbaar is dat de minister de medewerkers van verpleeg- en ziekenhuizen (zoals de directeur en de dienstdoende artsen en verpleegkundigen) benoemt tot ‘bevoegde ambtenaar’, hebben zij in tijden van corona hun handen vol aan patiëntenzorg en moeten zij bovendien (structureel) werk gaan doen waarvoor ze niet zijn opgeleid.⁷¹ Dat laatste is overigens overkomelijk; de notaris zou via audiovisuele communicatie het voorwerk kunnen doen en het testament per post toesturen, zodat het noch materiële, noch formele fouten bevat en de bevoegde ambtenaar alleen hoeft te ondertekenen.

3 Sancties op niet-naleving vormvoorschriften

Mede gelet op het hiervoor genoemde standpunt van de KNB dat notarissen de plicht hebben om mensen te helpen, zelfs indien de geldigheid van testamenten achteraf bij de rechter ter discussie kan worden gesteld, en dat notarissen derhalve onder uitzonderlijke omstandigheden kunnen afwijken van de wettelijke vormvoorschriften, is het de vraag wat de sanctie is op niet-naleving van deze voorschriften.

67. Zie art. 4:98, 4:101 en 4:102 BW. Voor alle drie de reguliere testamentsvormen (notarieel, depot en codicil) bestaat een noodvariant.

68. Art. 4:103 BW.

69. De termijn wordt telkens met een maand verlengd, indien de erflater redelijkerwijze niet in staat is geweest in de laatstverstreken maand een uiterste wil te maken. De vernietigbaarheid geldt overigens niet voor het ‘noodcodicil’ van art. 4:105 BW.

70. Zie H.J. de Jonge, Noodtestamenten en artikel 4:61 BW, TE 2019, afl. 2, p. 33-38.

71. Deze argumenten zijn door de EPN genoemd op <https://epn-notaris.nl/blog/skypetestament-als-tijdelijke-oplossing-in-noodgevallen/>. Zie ook Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 2.3 en vgl. par. 3.

Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig.⁷² Deze rigide bewoordingen uit het algemene vermogensrecht beloven weinig goeds voor de uiterste wil waaraan een vormgebrek kleeft. Zij leggen een strengheid aan de dag vergelijkbaar met die van vroegere tijden waarin inderdaad iedere overtreding in de vorm *ipso iure* met nietigheid werd getroffen. *Lex dura sed lex*. Schijn bedriegt. Al zeker enkele decennia valt een tendens waar te nemen tot het terugdringen van nietigheid. Indien de overtreden bepaling tot bescherming strekt van een bepaalde persoon tegen een andere, zal het effectueren van de nietigheid veelal aan de belanghebbende(n) zelf overgelaten moeten worden, zodat in beginsel van vernietigbaarheid moet worden gesproken.⁷³ De gedachte heeft postgevat dat nietigheid eigenlijk alleen dan gerechtvaardigd is, wanneer door overtreding van een rechtsregel het achterliggende belang daadwerkelijk is geschonden.⁷⁴ Daarnaast, zo zal hieronder blijken, komt een beroep op de vernietigbaarheid niet zonder meer aan de betrokkenen toe.

Ten aanzien van de meeste vormvoorschriften van de Wna geldt dat de niet-naleving ertoe leidt dat de notariële akte (hier: het testament) authenticiteit mist en zij niet aan de voorschriften voldoet die aan een notariële akte worden gesteld. Het gevolg daarvan is, zoals gezegd, in beginsel nietigheid. Dat geldt bijvoorbeeld voor de verplichting om bekend te zijn met de identiteit van de testateur (art. 39 lid 5 Wna), de vermelding van de plaats, het jaar, de maand of de dag in het testament (art. 40 lid 4 Wna) en de verplichting om bij het testament dat in tegenwoordigheid van getuigen wordt verleden, de volledige tekst voor te lezen en de onmiddellijke ondertekening door de testateur en de notaris (en de eventuele getuigen) na volledige of beperkte voorlezing door de notaris (art. 43 lid 6 Wna). In afwijking van hetgeen voor notariële akten in het algemeen geldt, bepaalt artikel 4:109 lid 4 BW echter dat het niet in acht nemen van door de wet voor de geldigheid van de uiterste wil gestelde vormvereisten de uiterste wil (slechts) *vernietigbaar* maakt. Enkel indien de erflater of de notaris het notariële testament niet heeft ondertekend, is de uiterste wil *nietig* (art. 4:109 lid 1 en 2 BW).⁷⁵ Anders

dan artikel 43 lid 4 eerste en tweede zin Wna vereist artikel 4:109 BW niet de onmiddellijke opvolgende ondertekening door de erflater en de notaris, maar slechts de ondertekening als zodanig.

De voor testamenten afwijkende sanctie van vernietigbaarheid als hoofdregel (art. 4:109 lid 4 BW) is nog steeds een verregaande sanctie, maar geeft de rechter meer mogelijkheden om het testament te redden. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat hij een niet-formalistische houding heeft ten aanzien van vormvoorschriften. Zo heeft de Hoge Raad onder het oude erfrecht geanticipeerd op artikel 4:109 lid 4 BW in een procedure waarin de rechtsgeldigheid van een testament ter discussie werd gesteld dat per abuis geen jaartal bevatte.⁷⁶ De Hoge Raad oordeelde dat het testament niet nietig, maar vernietigbaar was, en oordeelde bovendien 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'.⁷⁷ In een andere procedure waarin een beroep werd gedaan op de vernietigbaarheid van de uiterste wil, omdat de notaris – zoals ook in het testament vermeld – het testament niet volledig had voorgelezen, terwijl het testament in tegenwoordigheid van getuigen was verleden, oordeelde de Hoge Raad dat een testament niet zonder meer vernietigbaar is indien dat vormvoorschrift is geschonden. Voor vernietigbaarheid is volgens de Hoge Raad 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.⁷⁸ Indien deze lijn wordt doorgetrokken naar het vereiste dat eerst de testateur en vervolgens de notaris het testament ondertekenen onmiddellijk na (volledige of beperkte) voorlezing door de notaris, is niet ondenkbaar dat de Hoge Raad ten aanzien van de schending van dit vormvoorschrift hetzelfde zou kunnen oordelen. In het geval dat de testateur na voorlezing door de notaris via audiovisuele verbinding het eerder per post toegestuurde testament onmiddellijk ondertekent en per koerier opstuurt aan de notaris, die het na ontvangst ook onmiddellijk ondertekent, kan een rechter mogelijk oordelen dat het testament rechtsgeldig is, indien door niet-naleving van het vormvoorschrift geen belang is geschonden dat met dat vormvoorschrift wordt gediend.⁷⁹ Voorts is het niet ondenkbaar dat een beroep

72. Art. 3:39 BW.

73. Aldus Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2018/615. Vgl. ook HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378, waarin de Hoge Raad spreekt van het 'aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt'. In gelijke zin reeds C.H. Beekhuis, *De vormvereisten voor een codicil*, WPNR 1957, afl. 4517, p. 527, die wijst op het steeds meer opkomend streven 'om de vorm door het wezen der zaak te laten vervangen'.

74. Vgl. L.C.A. Verstappen, *Notariële herstelwerkzaamheden in het rechtsverkeer*, in: W.J. Zwalve, L.C.A. Verstappen & J.B. Huizink, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren (preadviezen KNB)*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2003, p. 67. Een pleidooi voor deze visie wordt ook gevonden bij J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

75. Van die laatste nietigheid zou sprake zijn indien de notaris voor de erflater zou tekenen op grond van art. 43 lid 4 derde zin Wna, zoals gesuggereerd door de KNB, terwijl die grondslag zou ontbreken. Zie hiervoor par. 2.2 en voor de suggestie: KNB, *Omgaan met het coronavirus*,

Vraag 7 'Wat doe ik als feitelijke ondertekening van een akte fysiek onmogelijk is?'

76. Zie art. 40 lid 2 onder e jo. lid 4 Wna. Zie over dit arrest en de afzwakking van de sancties ook Kolkman, *Testamentary formalities in the Netherlands*, p. 170 e.v.

77. Zie HR 5 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3665, NJ 2002/410.

78. Zie HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:504, NJ 2016/448. Het testament is overigens later, na cassatie en verwijzing, alsnog vernietigd op de grond dat de wil van de testatrice niet overeenkwam met de inhoud van de uiterste wil. Zie Hof Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2895.

79. Zie voor een andere zienswijze Blokland e.a., *Coronacrisis: nood eist wet!*, par. 4 (p. 10).

op de ongeldigheid van het testament naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht, en ook daarom het testament rechtsgeldig is.⁸⁰ Voor het depot-testament en het noodtestament zijn de vormvereisten ten aanzien van ondertekening minder strikt dan voor het notarieel testament. Hoewel de uiterste wil in het depot-testament nietig is indien de erflater de uiterste wil en/of de akte van bewaargeving niet heeft ondertekend (art. 4:109 lid 1 BW), is de uiterste wil van het depot-testament slechts nietig indien een door een notaris ondertekende akte van bewaargeving ontbreekt. Is echter, in dit laatste geval, de akte van uiterste wil door een notaris ondertekend, dan is de uiterste wil vernietigbaar (art. 4:109 lid 2 BW). Het depot-testament is derhalve in beginsel geldig (zij het vernietigbaar) indien de erflater het aan de notaris ter hand stelt (hetgeen mogelijk per post kan) en de notaris het vervolgens ondertekent; in afwijking van artikel 43 lid 4 Wna is een vrijwel gelijktijdige ondertekening niet vereist. Artikel 4:109 lid 2 BW is van overeenkomstige toepassing op het noodtestament (art. 4:109 lid 3 BW). Ook hier is denkbaar dat de Hoge Raad het testament rechtsgeldig acht ondanks vormfouten.

4 Het teletestament

4.1 Inleiding

Uit het bovenstaande volgt dat het bestaande recht aan de testateur en zijn notaris talrijke mogelijkheden biedt, maar daadwerkelijke aanwezigheid in elkaars nabijheid op het moment van ondertekening lijkt telkens vereist. Zie hier de noodzaak – voor een beperkte categorie testateurs – van een vlotte ingreep door de wetgever. Deze kwam er in de vorm van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid.

Deze Tijdelijke wet is in zeer hoog tempo door het parlement geloodst.⁸¹ Op 8 april 2020 is het wetsvoorstel ingediend, op 16 april 2020 heeft de Tweede Kamer ingestemd, op 21 april 2020 gevolgd door de Eerste Kamer. Het koninklijk besluit met de inwerkingtredingsdatum dateert van 24 april 2020. Opvallend is dat – voor zover hier relevant – het tijdstip van inwerkingtreding is bepaald op 16 maart 2020.⁸² Reden voor deze terugwerkende kracht is dat zij nodig is om de nadelige gevolgen van de vóór de datum van inwerkingtreding reeds afgekondigde en nageleefde maatregelen ter voorkoming van besmettingsgevaar zo veel mogelijk te beperken.⁸³

4.2 Verlijden notariële akte met behulp van audiovisuele hulpmiddelen

Van belang voor de uiterste willen is artikel 26 Tijdelijke wet. Dit artikel bevat in lid 1 een voorziening voor het verlijden van een akte ten overstaan van een notaris, met behulp van audiovisuele middelen:

‘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 4:102 BW, voor de toepassing van artikel 43 lid 4 Wna, de akte verlijden met gebruikmaking van tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen. Hiervan maakt de notaris melding in de akte.’

De Tijdelijke wet maakt het derhalve mogelijk een notariële akte te passeren zonder fysieke aanwezigheid van de comparant, terwijl de wet deze aanwezigheid wel voorschrijft (althans geen volmacht toelaat). De toelichting merkt op dat vanwege de beperkende maatregelen naar aanleiding van de uitbraak van COVID-19, zoals verplichte thuisisolatie en contactverboden, mensen die een testament willen maken, niet in persoon bij de notaris kunnen verschijnen en de akte ten overstaan van de notaris ondertekenen. Bij een testament kan als gezegd geen gebruik worden gemaakt van een volmacht. Voor het maken van een testament in buitengewone omstandigheden, waaronder besmettelijke ziekten, voorziet artikel 4:102 BW in de mogelijkheid van een noodtestament ten overstaan van een andere functionaris, zoals de burgemeester of een officier van de brandweer. Het maken van dit testament, waaraan artikel 4:103 BW bepaalde vormvoorschriften stelt, waaronder de aanwezigheid van twee getuigen, biedt echter geen bruikbaar alternatief bij de huidige beperkende maatregelen, aldus ook de wetgever.⁸⁴

In plaats van verschijning in persoon voor de notaris mag nu worden volstaan met contact via ‘tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen’. Het audiovisuele communicatiemiddel moet voldoen aan de eis dat het de notaris in staat stelt de identiteit van de testateur bij de akte vast te stellen. Ook dient de testateur via het communicatiemiddel direct met de notaris te kunnen communiceren.⁸⁵

Indien van deze audiovisuele communicatiemiddelen is gebruik gemaakt bij het verlijden van de akte, moet de notaris van deze bijzondere wijze van verschijnen melding maken in de akte. Daarbij vermeldt de notaris ook dat ondertekening van de akte niet mogelijk is, vergelijkbaar met de bepaling van artikel 43 lid 4 Wna. Bij het tot stand komen van een akte langs deze wijze dient de notaris uiteraard de gebruikelijke zorgvuldigheid in acht te nemen.⁸⁶

80. Zie ook Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wet!, par. 4 (p. 10). Vgl. ook HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1102, NJ 2018/441.

81. Voluit: de wet van 22 april 2020, houdende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19, Kamerstukken II 2019/20, 35434.

82. Stb. 2020, 124 en 126.

83. Aldus de toelichting in Stb. 2020, 126.

84. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 12 (MvT).

85. Zie art. 26 lid 2 Tijdelijke wet.

86. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 12 (MvT).

4.3 ‘Extra’ vereisten voor een teletestament

Wanneer mag de notaris overgaan tot het passeren op afstand? Met andere woorden, wanneer is voldaan aan de situatie waarvoor artikel 26 Tijdelijke wet is geschreven?

Verhelderend is hier een brief van de Minister voor Rechtsbescherming, in reactie op een amendement dat aan artikel 26 Tijdelijke wet beoogde toe te voegen dat het verlijden van de akte alleen toegestaan is indien de akte ‘geen uitstel kan lijden’. Met het oog op de rechtszekerheid is dit amendement ontraden; het haalde de eindstreep niet. De minister schrijft dat voor de geldigheid van de notariële akte die op grond van artikel 26 Tijdelijke wet wordt verleden, aan enkele ‘extra’ vereisten – of beter: randvoorwaarden – moet worden voldaan.⁸⁷ Betrokken op de uiterste wil gaat het hier om twee eisen: de onmogelijkheid om in persoon te verschijnen en het voldoen van het audiovisuele communicatiemiddel aan de eisen van artikel 26 lid 2 Tijdelijke wet.

Bij die eerste eis springt de vraag in het oog wat ‘onmogelijk’ betekent. Stel, men zou gemakkelijk aannemen dat van onmogelijkheid sprake is. Denk aan het geval waarin de testateur het simpelweg niet aandurft om naar het notaris kantoor te gaan (dan wel de notaris thuis te ontvangen). Is bij deze risicomijdende testateur voldaan aan de eis van ‘onmogelijkheid’? Onzes inziens niet. Met instemming citeren wij Blokland en Stollenwerck:

‘Kortom: telepasseren is een ultimum remedium en het is dus zeker niet de bedoeling dat het door notaris kantoren als marketingtool wordt ingezet in de trant van “Wij maken het u gemakkelijk, blijft u maar lekker veilig thuis”. Het is niet voor niets dat de wetgever deze akten als “hoogstpersoonlijk” heeft gekwalificeerd.’⁸⁸

Ook de minister lijkt deze mening toegedaan. In de genoemde brief merkt hij op dat het aan de notaris is om te beoordelen of het in het concrete geval noodzakelijk is om de akte met toepassing van de in de spoedwet voorziene wijze te passeren. Binnen de verantwoordelijkheid van de notaris ligt de afweging of uitstel mogelijk is of dat andere mogelijkheden bestaan om de akte te passeren. Hierbij valt te denken aan communicatie met een cliënt via het raam van bijvoorbeeld een verpleeghuis waartoe hij geen toegang heeft, of de nodige maatregelen op het kantoor van de notaris, zoals het plaatsen van een plastic scherm of het scheppen van voldoende afstand aan de tafel.⁸⁹ Met andere woorden, liever op een wat ongewone wijze normaal passeren dan op de nieuw geschapen wijze telepasseren.

Dat lijkt ook de visie van de KNB te zijn. Het is volgens de KNB mogelijk om cliënten op kantoor te ontvangen, mits daarbij de adviezen van het RIVM zo goed

mogelijk worden opgevolgd.⁹⁰ Dat heeft er bijvoorbeeld óók toe geleid dat testamenten op de veilige anderhalve meter worden gepasseerd, terwijl de testateur in de auto zit en langs het notaris kantoor rijdt.⁹¹ Voor het verzorgingstehuis afgesloten van de buitenwereld is dit echter geen oplossing. Het is voorts denkbaar dat de notaris een bezoek brengt aan het verzorgingstehuis, met allerlei voorzorgsmaatregelen, zoals een glazen ruit. Dat is voor het notariaat niet alleen veel gevraagd, gelet op mogelijke gezondheidsrisico’s, maar ook tijdrovend.⁹² Kortom, veel is mogelijk, maar niet alles. Voor een kleine groep schrijvende gevallen blijft het noodzakelijk dat er een bijzondere voorziening is in de vorm van een teletestament.

De tweede eis heeft betrekking op de ‘tweezijdige audiovisuele communicatiemiddelen’. Deze moeten voldoen aan de in artikel 26 lid 2 Tijdelijke wet genoemde vereisten, te weten dat zij de notaris in staat stellen de identiteit van partijen bij de akte of door hen gevolmachtigde personen en eventueel andere personen vast te stellen, en dat deze personen via die communicatiemiddelen direct met de notaris kunnen communiceren. De notaris kan dus alleen de akte verlijden als de verbinding goed is en ononderbroken verloopt. Het communicatiemiddel moet rechtstreekse communicatie in beeld en geluid tussen de notaris en de testateur bewerkstelligen. Op die manier kan de notaris zich ervan vergewissen dat de testateur de inhoud van de akte begrijpt en hierbij niet onder invloed van derden staat. Zodoende kan de notaris toepassing geven aan zijn *Belehrungspflicht*.⁹³

Uit de parlementaire stukken – niet uit de wet – lijkt nog een derde eis voort te vloeien: de teletestateur dient zich op Nederlands grondgebied te bevinden.⁹⁴ Dit zou te maken hebben met de territoriale bevoegdheid van de notaris: artikel 13 Wna bepaalt dat het de notaris is toegestaan buiten zijn plaats van vestiging ambtelijke werkzaamheden te verrichten, mits op het grondgebied van Nederland. Naar onze mening zegt dit iets over de plaats waar de *notaris* zich dient te bevinden tijdens het verlijden van de akte.⁹⁵ Wij zien het nut er niet van in dat ook de teletestateur in Nederland moet zijn; iets wat overigens via een beeldverbinding lastig te controleren valt. Op het hoogtepunt van de coronacrisis belandden

87. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 9, p. 1.

88. P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid: de notariële akte – over telepasseren en quasi-comparanten, FTV 2020/3, afl. 11, p. 18.

89. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 9, p. 2.

90. Zie KNB, Omgaan met het coronavirus, Vraag 3 ‘Welke vormvoorschriften moeten worden nageleefd?’

91. Zie www.nrc.nl/nieuws/2020/04/16/van-testament-tot-faillissement-de-notaris-heeft-het-druk-door-corona-a3996976.

92. Zie <https://epn-notaris.nl/blog/skypetestament-als-tijdelijke-oplossing-in-noodgevallen/>. Voor een tegengeluid zie Waaijer, Moedige notarissen in de ure des gevaars.

93. Vgl. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 12-13 (MvT).

94. Aldus Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 6, p. 18 (NV), en het verslag van de plenaire vergadering van dinsdag 21 april 2020, Kamerstukken I 2019/20, 35434.

95. Vgl. ook Van Es, Covid-19 en het notariaat, p. 402 en Blokland & Stollenwerck, De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, p. 18, noot 11. Zie over de vraag wie de akte verlijdt (de notaris, de partij(en) of beide) o.a. C.A. Kraan, De authentieke akte (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 9 en Melis/Waaijer, De Notariswet, par. 6.1 e.v. Zie eveneens, verschenen na het afsluiten van dit artikel: T.F.H. Reijnen, Waar passeert de notaris de akte?, WPNR 2020, afl. 7290, p. 488.

Nederlandse patiënten in Duitse ziekenhuizen. Mits aan alle andere vereisten wordt voldaan, zien wij het bezwaar niet van de in het buitenland verblijvende teletestateur. Hierbij dient bedacht te worden dat het hier om extreme uitzonderingsgevallen gaat; het teletestament is een uiterste redmiddel. Van belang is of het voor de testateur onmogelijk is om in persoon voor de notaris te verschijnen. Het dient onzes inziens dan niet ter zake te doen waar de testateur zich op dat moment bevindt; dat is nu juist inbegrepen in de onmogelijkheid om voor de notaris te verschijnen. Indien de testateur zich in het buitenland bevindt en hij bijvoorbeeld door een reisverbod verhinderd is om naar Nederland af te reizen, is sprake van een onmogelijkheid om voor de notaris te verschijnen en kan de notaris aan de slag met het teletestament.⁹⁶

4.4 Sanctie op het niet-naleven van de extra vereisten

Volgens de wetgever is artikel 26 Tijdelijke wet opgenomen ‘om discussies over de rechtsgeldigheid van notariële akten die via audiovisuele middelen tot stand zijn gekomen, te vermijden’.⁹⁷ De notaris is gebonden aan zijn gebruikelijke zorgplichten bij het verlijden van akten. Hij blijft onverkort civielrechtelijk en tuchtrechtelijk aansprakelijk voor eventuele gebreken in zijn dienstverlening.⁹⁸

Uit artikel 26 Tijdelijke wet blijkt echter niet wat de sanctie is op het passeren van een teletestament, indien niet voldaan is aan de ‘extra’ vereisten. Uit de toelichting en de genoemde brief van de Minister voor Rechtsbescherming volgt impliciet dat dit gevolgen heeft voor de ‘rechtsgeldigheid’ van het testament.⁹⁹ Of dat leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van het teletestament wordt niet expliciet besproken.¹⁰⁰ Indien niet wordt voldaan aan één van de hiervoor genoemde vereisten, zal dat in onze optiek leiden tot nietigheid van het testament. Immers, indien niet is voldaan aan (een van) de twee extra vereisten, is geen sprake van een teletestament, en dient het testament langs de lat van de ‘gewone’ bepalingen te worden beoordeeld. De conclusie dient dan te zijn dat het testament nietig is, omdat de testateur niet heeft ondertekend in bijzijn van de notaris. Daarbij passen twee opmerkingen.

Ten eerste, wij kunnen ons voorstellen dat een rechter enige coulance betracht bij de beoordeling of de testateur daadwerkelijk niet voor de notaris kon verschijnen. Van Es gaat verder en stelt dat de verklaring van de notaris dat de testateur niet in persoon kon verschijnen (zonder meer) voldoende is om de geldigheid van de

akte op dit punt te garanderen.¹⁰¹ Ten tweede, uit de toelichting lijkt te volgen dat de eisen van artikel 26 lid 2 Tijdelijke wet strikt moeten worden geïnterpreteerd. Slechts indien het gebruikte audiovisuele communicatiemiddel de notaris niet in staat stelde om de identiteit van de testateur vast te stellen of de testateur via dat audiovisuele communicatiemiddel niet direct met de notaris heeft kunnen communiceren, is sprake van een nietig teletestament. Mocht echter blijken dat de testateur via het audiovisuele communicatiemiddel direct met de notaris kon communiceren, maar de verbinding op enig moment niet optimaal was of niet ononderbroken heeft verlopen, en de notaris daardoor (bijvoorbeeld) niet heeft kunnen voldoen aan zijn *Belehrungspflicht*, dan lijkt uit de toelichting bij artikel 26 Tijdelijke wet te volgen dat de notaris daardoor niet zijn ‘gebruikelijke zorgvuldigheid’ in acht heeft genomen.¹⁰² In dat geval zou sprake kunnen zijn van een op zich geldig tot stand gekomen teletestament, dat echter wordt bedreigd met de sanctie van vernietigbaarheid, omdat de notaris niet heeft voldaan aan zijn *Belehrungspflicht*.

4.5 Levensduur van het teletestament

De Tijdelijke wet – het woord zegt het al – heeft een beperkte temporele reikwijdte. Volgens artikel 35 lid 3 Tijdelijke wet vervalt de wet op 1 september 2020. Dit tijdstip kan bij koninklijk besluit worden opgeschoven, telkens met maximaal twee maanden.

Dat neemt uiteraard niet weg dat onder de werking van de wet geldig verrichte rechtshandelingen geldig blijven, ook na de vervaldatum van de wet. Een vóór 1 september 2020 gepasseerd teletestament kan zodoende – mocht de testateur zijn benarde situatie overleven – tot in lengte van jaren nog opduiken.¹⁰³ Het teletestament is geen noodtestament in de zin van Boek 4 BW. Dat brengt met zich dat artikel 4:107 BW toepassing mist; noodtestamenten zijn vernietigbaar, indien de erf-later overlijdt meer dan zes maanden nadat voor hem de ‘noodsituatie’ is geëindigd.

Blokland en Stollenwerck uiten kritiek op de niet-toepasselijkheid van een bepaling als artikel 4:107 BW.¹⁰⁴ Zij zouden liever een beperkte geldigheidsduur verbinden aan het teletestament. Daar valt enerzijds wat voor te zeggen, nu degene die in het testament wordt benadeeld wellicht gemakkelijk actie zal ondernemen tegen deze uiterste wil. Voer voor advocaten. Anderszins is sprake van een notarieel (tele)testament. We mogen verwachten dat de notaris in deze bijzondere situatie ook bijzondere nauwgezetheid aan de dag legt. Niet valt dan in te zien waarom dit testament na enige tijd zijn kracht dient te verliezen.

96. Reijnen, Waar passeert de notaris de akte?, p. 489, lijkt zich op een vergelijkbaar standpunt te stellen.

97. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 9, p. 2.

98. Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 9, p. 2.

99. Zie Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 13; Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 9, p. 2.

100. Zie in het kader van het vennootschapsrecht, Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 11.

101. Van Es, Covid-19 en het notariaat, par. 5 (p. 402). Met dien verstande dat de geldige akte volgens Van Es de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris onverlet laat.

102. Zie Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 13.

103. Zie ook Kamerstukken I 2019/20, 35434, verslag plenaire vergadering 21 april 2020.

104. Zie Blokland & Stollenwerck, De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, p. 20. Vgl. ook Blokland e.a., Coronacrisis: nood eist wett!, p. 11.

5 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er onder het bestaande recht diverse mogelijkheden zijn die enige bijzonderheden toelaten bij het maken van een testament, maar zij sluiten niet naadloos aan bij de problematiek waar de coronacrisis ons voor stelt. De gelijktijdige fysieke aanwezigheid van notaris en testateur vormt telkens een onoverkomelijke horde. Bovendien zal – hoe rekkelijk men de vormvoorschriften ook interpreteert – de praktijk niet durven blindvaren op mogelijk gebrekkige testamenten, hoewel jurisprudentie van de Hoge Raad een barmhartige koers laat zien. Er blijft een beperkte categorie ‘noodgevallen’ over waarvoor een wettelijke voorziening zou moeten worden getroffen. Ziehier de noodzaak van artikel 26 van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, het teletestament. Het is de vraag of deze Tijdelijke wet het pad zal effenen voor een bredere toepassing van het teletestament in de toekomst of dat het bij deze coronacrisis zal blijven.