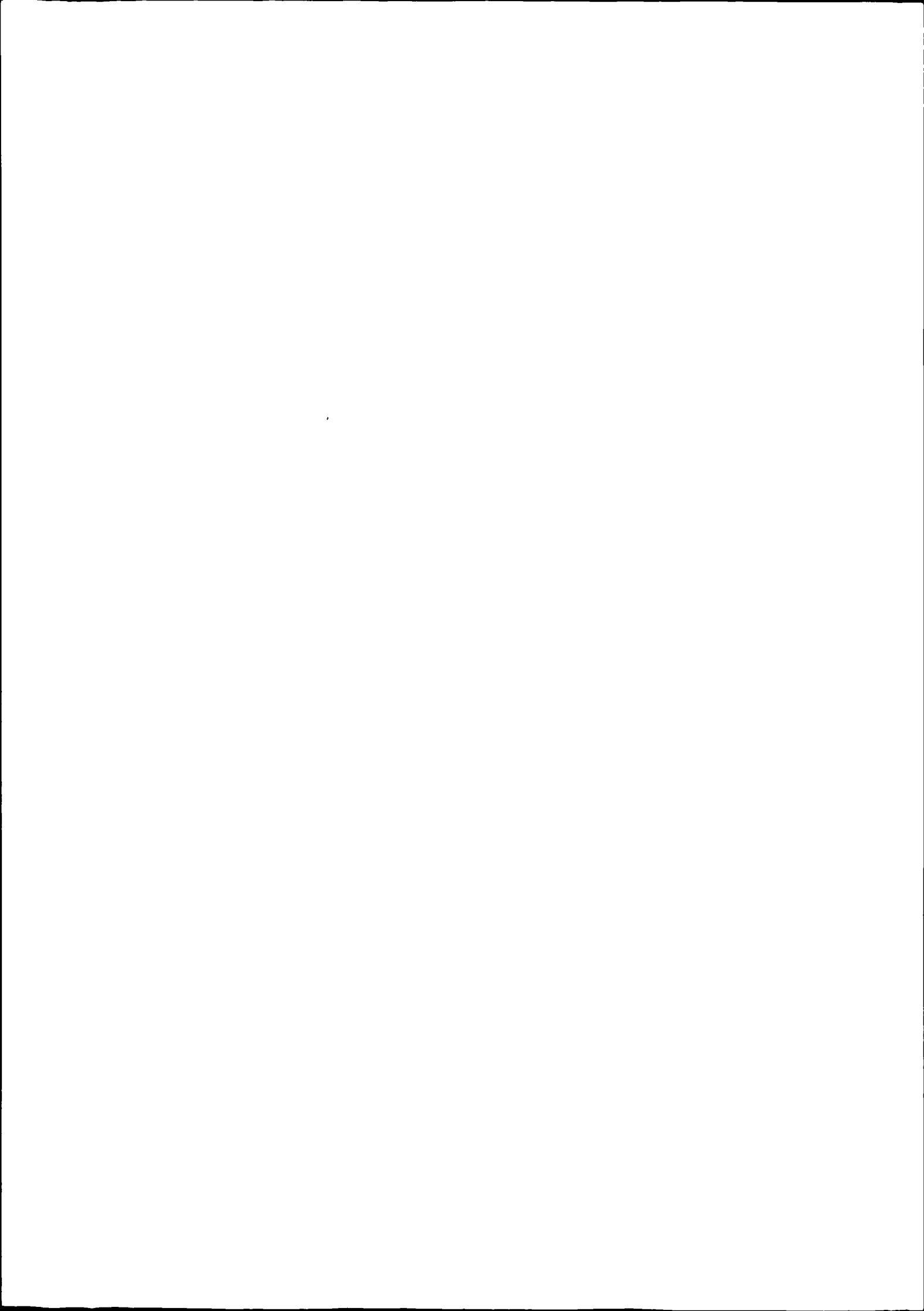


Bernard M.E.M. Schols

Van exécuteur testamentaire  
tot Testamentsvollstrecker tot  
afwikkelingsbewindvoerder

*Zijn ware aard, civiel en fiscaal*

Een onderzoek naar de grondslagen van executele  
als erfrechtelijke verbintenis



**Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker  
tot afwikkelingsbewindvoerder**

*Aan mijn ouders en Lisette*



# Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder

## *Zijn ware aard, civiel en fiscaal*

Een onderzoek naar de grondslagen van executele  
als erfrechtelijke verbintenis

Een wetenschappelijke proeve op het gebied der Rechtsgeleerdheid

### **Proefschrift**

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Radboud Universiteit Nijmegen  
op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. S.C.J.J. Kortmann,  
volgens besluit van het College van Decanen  
in het openbaar te verdedigen op vrijdag 7 december 2007  
om 13.30 uur precies

door

*Bernard Marie Elhsabeth Mathieu Schols*  
geboren op 13 december 1963  
te Heerlen

*Promotor:* Prof. mr. M.J.A. van Mourik

*Manuscriptcommissie:* Prof. mr. A.J.M. Nuytinck  
Prof. mr. S.E. Bartels (Universiteit Utrecht)  
Mr. S. Perrick  
Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh  
Prof. mr. F. Sonneveldt (Universiteit Leiden en  
Universiteit Utrecht)

# DANK

Woar ge ok loept en wat ge ok bint, niemand di zet ow wat  
goed is of slecht, niemand di wet wie verluust of wie wint, ge  
komt op 't end bij ow zelf terecht

(Jack Poels, Blieve loepe)

Aan het schrijven van een proefschrift komt men als het goed is in een mensenleven maar één keer toe. Gevoelsmatig beslaat het ook een mensenleven. Soms komt bij de promovendus zelfs de vraag op, en al helemaal bij een onderwerp als executele, of men ook 'postuum' zou kunnen promoveren. Een promovendus voelt zich dan af en toe ook of hij, zowel letterlijk als figuurlijk, zijn lichaam 'ter beschikking van de wetenschap' heeft gesteld.

Men heeft een aanlooffase, een schrijffase, en een afwerkfase. De tweede fase is de kern, doch fase één en fase drie vergen (geestelijk) het meest van de promovendus. De belangstelling van de omgeving is in iedere fase zeer groot, maar bereikt zijn hoogtepunt in fase drie. Regelmatig krijgt men de vraag: 'Wanneer denk je nu precies klaar te zijn? Nog dit jaar of wat is de planning? Voor de vakantie, toch?' De promovendus maakt er een sport van deze vraag te ontwijken. Hij ontwikkelt een zekere routine en naarmate de grote dag nadert, antwoordt hij zelfs helemaal niet meer. Hem ontbreekt het gewoonweg aan energie. Als het zover is realiseert hij zich wat hij zijn naasten heeft aangedaan.

Als de omgeving die 'nare' vragen overigens niet steeds gesteld zou hebben, zou het voor u liggende boek nooit zijn afgekomen. Omgeving bedankt! Zonder iemand te kort te willen doen, zijn er – om maar eens een dooddoe-ner te gebruiken – altijd mensen die men in het bijzonder wil bedanken.

*De Chef.* Allereerst mijn 'Doktorvater' Martin-Jan van Mourik. Jij was een van die bewuste vragenstellers. Als wij in het geliefde erfrechtelijke kuuroord Bollendorf verbleven, stond steevast op de agenda het punt: 'dissertaties'. Oftewel: 'Jongens, hoe staat het ermee?' Dit was jouw manier om druk op de ketel te houden. Het was een van de (weinige) serieuze agendapunten, die niet aan de bar werden afgedaan. Vergaderen was immers iets voor 'sufferds'. Jij hebt ons ook steeds op het belang van het schrijven van een proefschrift gewezen. Het was een proces waar de jurist door heen moest om een 'ware meester' te worden. Als het zover is, weet men immers pas echt dat men bijna



niets weet en dat het kleine beetje dat men weet, dat men dat ook nog niet eens zeker weet.

Martin-Jan, alle vrijheid heb je mij gelaten om mijn eigen boek te maken, ook al heb ik je lang laten wachten, je *vertrouwen* nam nooit af, mijn dank is groot. Met veel plezier ben ik nog steeds een van 'de jongens' van de 'Chef' en verblijf nog graag met jou op het 'rijdend terras'. In het bijzonder wil ik jou op deze plaats danken voor het bijbrengen van de beginselen der podiumkunst.

*Mijn ouders.* Jullie hele leven heeft in het teken van de kinderen gestaan. Jullie hebben ons op het belang van studie gewezen. Het was heerlijk als jullie weer eens trots waren. Altijd waren jullie er, niets was jullie teveel. Ik durf hier het aantal kilometers (en telefoontikken) niet te noemen, dat vader van 'Spaubeek' naar met name Aken gemaakt heeft, om bij Frau 'Frankenberger' weer Duitse literatuur over 'Testamentsvollstreckung' in ontvangst te nemen, om maar te zwijgen van alle jaren die hij, op de meest gekke plaatsen, achter het 'kopieerapparaat' heeft doorgebracht. Steeds kwam er weer een land bij dat onderzocht moest worden. Ook vader stelde wel eens heel voorzichtig de vraag wanneer het boek nu eindelijk af was. Hij bedoelde dan te zeggen: 'Schiet op, ik wil het nog meemaken. Ik heb niet het eeuwige leven.' Moeders jagen gelukkig nooit iemand op.

Er was er een die nooit van die 'nare' vragen gesteld heeft. Dat had zij niet nodig. Zij heeft zich helemaal weggecijferd, als ik het weer eens in mijn hoofd haalde met mijn Duitse boeken en mijn laptopje enkele weken in Zuid-Limburg als 'kloosterling' te gaan leven, om maar te zwijgen van de vele zomervakanties die we nog moeten inhalen. *Mijn Lies*, bedankt voor je onvoorwaardelijke steun, liefde en niet te vergeten geduld!

*Sterre, Sebastiaan en Lune.* Jullie hebben gelukkig alleen fase drie bewust meegemaakt. Jullie spraken steeds van 'het Boek' als ware het 'de Bijbel'. Papa heeft in ieder geval nu meer tijd om met jullie naar 'het veldje' en naar 'zee' te gaan.

Mijn beste vriend, Wouter, bedankt voor het zijn van de wijze, onder alle omstandigheden, bijstandverlenende 'Waldi' of zoals 'Bemelmans' het zei: 'uw broer mijnheer Burgerhart'.

Tot slot wil ik zeker niet vergeten mijn ('andere') familierechtelijke notariële broeders *Dominique* en *Freek* te bedanken voor ...alles! Maar ook uit het Noorden Geeske Anne Tuinstra en uit het Zuiden Frank Hoens voor alle 'kleine' grote dingen 'er omheen', en niet te vergeten Martin Schoenmaker voor al zijn 'arrestjes'.

Het manuscript is in beginsel afgesloten in juli 2007. Het was immers mooi geweest.

En als het werk voltooid is, geldt weer zoals altijd:

'Kein Alkohol ist auch keine Lösung'  
(die Toten Hosen, Düsseldorf)

Proost!

Nijmegen, juli 2007



# INHOUDSOPGAVE

## Lijst van afkortingen

XXI

### 'Einführung' en probleemstelling

1

1.	Waarom?	1
2.	Wat en hoe	5
3.	En wat in het bijzonder? De erfrechtelijke verbintenis	9
4.	De executeur in fiscalibus	14
5.	Vele wegen leiden naar Duits recht	15
6.	'Executeur-testamentair'. Dekte de vlag de 'romaans-germaanse' lading?	20
7.	Het maatschappelijk 'gevoel'	23
8.	Knelpunten onder het oude erfrecht	25
9.	Soorten 'executeurs'	26
9.1	<i>Executeurs met en zonder beheer, en afwikkelingsbewindvoerders</i>	26
9.2	<i>De executeur zonder beheer</i>	27
9.3	<i>Het basismodel van de wetgever: de beheersexecuteur</i>	28
9.4	<i>De afwikkelingsbewindvoerder</i>	29
10.	'Arten von Testamentsvollstreckung'	30
11.	Het doel heiligt een 'synthese'?	31
12.	De verhouding tussen executele, bewind en vereffening; inleidend	32
13.	Europa in met basisbeginselen voor de erfrechtelijke beheerder. Is ons gras groener?	35
14.	De onderzoeksmethode; een resumé	42

<b>I</b>	<b>DE AARD 'VERGELIJKENDERWIJS'</b>	<b>47</b>
A.	Inleiding	47
B.	De doctrine (oud erfrecht)	48
1.	Klaassen-Eggens-Luijten	48
2.	Pitlo/Van der Burght	49
3.	Asser-Van der Ploeg-Perrick	49
4.	De leer van het eigen zakelijk recht van Eggens en Suijling/ Dubois	50
5.	Kenmerken 'heersende leer': 'sui generis'?	50
6.	'Oude' en 'nieuwe' rechtspraak ter illustratie	51
C.	De Duitse 'Theorienstreit'	52
1.	De reden en de zin van veel theorieën	52
2.	De 'Vertreter' theorieën	54
2.1	<i>Vertegenwoordiger van de erflater</i>	54
2.2	<i>Vertegenwoordiger van de nalatenschap (Organtheorie)</i>	54
2.3	<i>Vertegenwoordiger van de erfgenamen</i>	54
3.	De 'Eigenrechtstheorie'	55
4.	De theorie 'des neutralen Handelns'	55
5.	De 'Treuhandertheorie'	55
6.	De 'Amtstheorie' als heersende leer of als 'vluchttheorie'?	55
7.	De nieuwe Duitse 'sui generis'-leer'	57
8.	De 'entsprechende Anwendung' van de regels van 'Auftrag', § 2218 (1) BGB	58
9.	Een klein 'gebrek' in het Duitse vertegenwoordigingsrecht? Een resume	61
D.	De Belgische kwalificatie als 'mandaat post mortem'	64
1.	De testamentuitvoerder	64
2.	De mandaatgedachte bij Cappon	65
3.	De 'bijzondere lastgeving' als Belgische heersende leer nader bezien	66
4.	Het Belgische mandaat wederom 'sui generis', Hof van Cassatie 28 april 1994 (De Brouwer/De Brouwer)	67
E.	Eens 'sui generis' altijd 'sui generis'?	68
F.	De Zwitserse 'Willensvollstrecker', art 517 en 518 ZGB	69
1	'NBW' is Zwitsers recht?	69
2.	De kater: Die Natur als einer der umstrittensten Punkte. Sui generis?	71
3.	De 'Gleichgültichkeitsuitzondering' van Schoordijk als intermezzo	72
4.	'Common Law' redt Willensvollstrecker van de Germaanse stammenstrijd?	74
4.1	<i>De driemodaliteitenleer van Kunzle</i>	74
4.2	<i>Waar schiet het Zwitserse recht tekort? De leer der 'Gesetzliche Vertretung' Van erflater?</i>	77
G.	Recente Franse erfrechtelijke ontwikkelingen: Vive la France?	80
1.	Een nieuw erfrecht en een nieuwe these	80

2.	De 'déception' van Letellier: 'une institution autonome conférant des droits propres'	82
3.	Heeft het nieuwe 'mandat à effet posthume' voorrang?	84
4.	Art. 812 – 812-7 Code civil (nieuw): private lastgeving over de dood heen	86
5.	Trust à la Française ('La fiducie'). Nog meer Europees vertrouwen in vertrouwen?	89

## II DE AARD IN DE ZIN VAN 'AFDELING 6, TITEL 5' 93

A.	De 'interne' rechtsverhouding (de verbintenisrechtelijke benadering)	93
1.	Een eerste verkenning	93
2.	De aard van de uiterste wilsbeschikking, art. 4:42 BW	95
3.	Gericht of ongericht? Aanvaarding van het aanbod mag pas na het overlijden	97
4.	De 'erfrechtelijke' onherroepelijke 'volmacht'verlening; trans- en postmortaal	107
5.	Overeenkomsten met een erfrechtelijke strekking; de 'quasi-legatenregeling'	109
6.	Het spiegelbeeld: de 'quasi-overeenkomst'	110
6.1	<i>Drie 'partijen', drie willen</i>	110
6.2	<i>De 'oneigenlijke saisine' van Verstappen als 'handreiking'</i>	112
6.3	<i>De 'verbindende eenzijdige belofte' van Cauffman</i>	113
6.4	<i>De vereenvoudigde overeenkomst-constructie</i>	115
6.5	<i>Definitie opdracht</i>	116
6.6	<i>Definitie lastgeving</i>	117
7.	De lakmoesproef van W. Sniijders als bewijs (de 'quasi-executeur')	117
8.	De 'oude' handboeken in de 'rebound'. Een gemiste kans?	119
9.	De gouden erfrechtelijke regel staat in art. 3:77 BW	120
10.	Tussenconclusie I: de interne 'ware aard' is 'quasi-overeenkomst van opdracht/lastgeving'	123
B.	Het 'verband op goederen' (de goederenrechtelijke benadering)	124
1.	De bewindsopdracht van Van der Grinten en van Van Gerven	124
2.	De wetgever en het 'executele-bewind'	127
3.	Executele leidt tot een 'afgescheiden vermogen', art. 60a lid 3 Faillissementswet	129
4.	Art. 3:168 BW als bewindsbouwsteen voor de 'erfrechtelijke beheerder'	132
5.	Tussenconclusie II: executele is een species van 'bewind'	135
C.	De 'externe' rechtsverhouding (wederom verbintenisrechtelijk)	136
1.	De 'vierde' partij	136
2.	Onmiddellijke en/of middellijke vertegenwoordiging?	137
2.1	<i>Huldigt de Nederlandse wetgever de 'Vertretertheorie' of de 'Amsttheorie'?</i>	137
2.2	<i>De private lastgeving is 'dogmatisch voortreffelijk', erfrechtelijk bezien?</i>	141

3.	Tussenconclusie III.A: de executeur is onmiddellijk vertegenwoordiger 'in eigen naam' in de zin van 'eigen recht' (privatieve 'quasi-lastgeving', art. 7:423 BW)	145
4.	Tussenconclusie III.B: de executeur handelt onder omstandigheden voor een nader te noemen rechtsopvolger van zijn erfrechtelijke meester, art. 3:67 BW	149
4.1	<i>Het beginsel van de nader te noemen meester als erfrechtelijke Gleichgultigkeit</i>	149
4.2	<i>Een kwaliteitsrekening van 'vles en bloed' als gevolg van de 'quasi-privatieve lastgeving?'</i>	151
4.2.1	De 'envelop in de gestolen kluis', Hof Den Bosch 31 januari 2006, LJV AW2564	151
4.2.2	Ilse Samoy en de nader te noemen meester	153
4.2.3	Het Belgische zakelijk bewindsrecht als de relativering van 'ProCall'	154
D.	De (gelaagde) aard in concreto getoetst, de boeken 3, 6 en 7 BW	157
1.	Inleiding	157
2.	De 'ABC'-benadering	160
3.	'Boek 7, titel 7' rechtstreeks, analoog of bij wijze van reflex?	161
3.1	<i>'Afdeling 1' Opdracht</i>	161
3.2	<i>'Afdeling 2' Lastgeving</i>	170
4.	'Boek 3, titel 3', Volmacht, rechtstreeks analoog of bij wijze van reflex?	181
E.	Nogmaals: vertegenwoordiging en beheer in de erfrechtelijke twilightzone: transmortaal of postmortaal, 'echte' of quasi-overeenkomst	197

## **BIJZONDER ERFRECHTELIJK DEEL** 199

### **III DE ERFRECHTELIJKE OPDRACHT IN HET ALGEMEEN** 201

A.	Het verlenen en aanvaarden van de opdracht	201
1.	De totstandkoming van de 'quasi-overeenkomst'	201
2.	De 'benoeming' van de executeur	203
2.1	<i>Inleiding</i>	203
2.2	<i>De vorm: niet meer bij codicil</i>	203
2.3	<i>Wie kan erfrechtelijk opdrachtnemer zijn?</i>	205
3.	De wijze van aanvaarding	207
4.	Meer executeurs	211
5.	Assumptie, subrogatie en vervanging door de rechter	213
B.	De rol van de notaris	215
1.	Inleiding	215
2.	De notaris als opdrachtnemer	215
2.1	<i>Vermijdbare fouten</i>	215
2.2	<i>Waar begint het erfrechtelijk vertrouwen?</i>	216
2.2.1	Verboden begunstiging in de uiterste wil	216

2.2.2	Verboden begunstiging in de verklaring van executele	218
2.2.3	'Alles' aanvaarden, ministerieplicht of dienstweigerig?	219
2.3	<i>Verhouding tussen boedelnotaris en executeur</i>	221
2.3.1	Meerdere definities 'boedelnotaris'	221
2.3.2	De executeur kiest	221
2.3.3	En de erfgenamen?	222
2.4	<i>De notaris-executeur is 'betrokken' partij-notaris</i>	224
2.5	<i>De relatie derde-executeur boedelnotaris</i>	226
2.6	<i>Mag een notaris 'vrijwillig' successierechtelijk hoofdelijk aansprakelijk zijn?</i>	228
2.7	<i>De 'Trias Politica' in het erfrecht</i>	228
2.8	<i>De cirkel is weer rond: de Nederlandse notaris-executeur is in wezen 'raadgevende Anwalt'</i>	230
2.9	<i>Tijd voor een KNB werkgroep de 'notaris-executeur'?</i>	231
C.	De invulling van de opdracht	232
1.	Het mystieke bezit en saisine werden Europese 'Verwaltung, possession en beheer'	232
2.	Het beheren van de nalatenschap, art. 3:170 BW	235
3.	Het zorgvuldigheidsbeginsel	237
4.	Stemrecht op aandelen	239
5.	Het voldoen van de schulden van de nalatenschap	241
6.	Testamenteaire lasten	243
6.1	<i>Geen verkrijging, wel een verplichting, art. 4:130 lid 2 BW</i>	243
6.2	<i>De lijkbezorging</i>	244
7.	De legatenexecuteur en 'selbsteintritt'	247
7.1	<i>Een nieuwe 'Technik der Testamentsgestaltung'</i>	247
7.2	<i>'Insichgeschäfte'</i>	248
7.3	<i>De Nederlandse erfrechtelijke 'selbsteintritt'</i>	249
8.	Kennisgevingsverplichtingen, erfrechtelijke boodschapper?	251
8.1	<i>De legataris</i>	251
8.2	<i>De legitimaris en geheimhouding</i>	254
8.3	<i>Alleen inzage in het testament door vertrouwenspersoon</i>	256
9.	De levensverzekering?	257
10.	De auteursrechtelijke vertrouwenspersoon, art. 25 Auteurswet 1912	260
D.	De 'omgeving' waarin de opdracht wordt uitgeoefend	262
1.	De legitieme portie	262
1.1	<i>Inleiding</i>	262
1.2	<i>Het Europese landschap door de bril van een executeur</i>	265
1.2.1	De Belgische reserve (zwaar goederenrechtelijk)	265
1.2.2	De Duitse 'Beschwerung und Beschränkung' ('verbintenisrechtelijk, maar toch')	265
1.2.3	Waar een Willensvollstrecker is, is wellicht een (verbintenisrechtelijke) noodweg?	267
1.2.4	Is de Franse legitieme nog wel Frans (quasi-goederenrechtelijk)?	268



1.3	<i>De zeven zwakke plekken van de (nieuwe) Nederlandse legitieme</i>	269
1.3.1	Minder en meer	269
1.3.2	Goederenrecht werd verbintenis uit de wet; de legitieme als 'een toestand', art. 6:1 BW (de eerste zwakke plek)	271
1.3.3	De schuldenaar bepaalt zelf de wijze van betaling van de verbintenis (de tweede zwakke plek)	274
1.3.4	'Oneigenlijke' nakoming van de verbintenis vaak niet meer te voorkomen; aanvaard is aanvaard (de derde zwakke plek)	278
1.3.5	De gereduceerde omvang van de verbintenis (de vierde zwakke plek)	281
1.3.6	De verbintenis is onder omstandigheden niet opeisbaar, art. 4:82 BW (de vijfde zwakke plek)	282
1.3.7	De verbintenis kan vervallen of verjaren; korte termijnen (de zesde zwakke plek)	287
1.3.8	Notarissen mogen de 'schuldeiser' niet benaderen (de zevende zwakke plek)	290
1.4	<i>De Nederlandse 'erfrechtelijke normen en waarden' geven slechts aanleiding tot verwarring?</i>	293
1.5	<i>Ter illustratie: de 'tijd loopt' in de erfrechtelijke anekdote van 'Joop en Toon'</i>	295
2.	De huwelijksvermogensrechtelijke status van erfflater of erfgenaam	297
3.	Andere wettelijke rechten; vruchtgebruiker als fictief erfgenaam	298
4.	De formele vereffening als beperkende factor?	299
4.1	<i>'Ruimschoots voldoende' als faciliteit</i>	299
4.2	<i>Boedelbeschrijving, ook onderhands?</i>	304
5.	Relatie tot ouderlijke boedelverdeling of wettelijke verdeling	307
6.	Informatieplicht jegens erfgenamen	311
7.	De verklaring van executele als 'Zeugnis'	312
7.1	<i>Derdenbescherming</i>	312
7.2	<i>Het 'echte' Testamentsvollstreckerzeugnis</i>	316
8.	Het instellen van rechtsvorderingen; procesrechtelijke vertegenwoordiging	318
E.	Het einde van de opdracht	319
1.	Verschillende dimensies van afloop	319
2.	Einde van de taak	321
3.	Einde van het beheer; de 'Freigabe'	325
4.	Rekening en verantwoording	329
5.	Kwijting en décharge?	331

#### **IV DE ERFRECHTELIJKE OPDRACHT IN HET BIJZONDER 333**

A.	De tegeldemaking. Kan 'hij' het of kan hij 'het' niet?	333
1.	Inleiding	333

2.	Art. 4:1059 (oud) BW en de 'boedelberedderaar'	335
2.1	<i>Inleiding</i>	335
2.2	<i>Klaver versus de Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Georgius</i>	337
2.3	<i>De notariële tuchtrechtspraak</i>	338
3.	Het doen verkopen van de roerende goederen door de Belgische 'testamentuitvoerder' (art. 1031 BBW)	339
4.	Beschikken 'en l'absence d'héritier réservataire' over 'des immeubles' (art. 1030-1 Cc nieuw)	340
5.	De 'Verfügungsbefugnis' van de Duitse Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB)	340
6.	De Verfügungsmacht van de Zwitserse Willensvollstrecker	343
7.	De bevoegdheid van de beheersexecuteur om goederen van de nalatenschap te gelde te maken (art. 4:147 BW)	344
7.1	<i>'Te gelde maken'</i>	344
7.2	<i>De opeisbare schulden van de nalatenschap</i>	345
7.3	<i>De nakoming van testamentaire lasten, direct en indirect</i>	346
7.4	<i>'Zo veel mogelijk in overleg'</i>	348
7.5	<i>Met of zonder toestemming van de erfgenamen?</i>	351
7.6	<i>Familierechtelijke beperkingen?</i>	351
7.7	<i>De failliete erfgenaam</i>	354
7.8	<i>Wordt het rechtsverkeer inderdaad beschermd?</i>	355
7.9	<i>De 'restcategorie': de bevoegdheid als onderdeel van beheer</i>	360
8.	Nogmaals de tuchtrechter	364
8.1	<i>'Oude' normen, 'nieuwe' normen?</i>	364
8.2	<i>Notaris en interne werking van de toestemming</i>	364
9.	Ingrediënten ten behoeve van de 'comparitie'	369
10.	Art. 4:147 BW overgangsrechtelijk	370
B.	De tegeldemaking in spiegelbeeld: 'zij' kunnen het in ieder geval niet	370
1.	Beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen	370
2.	Het Duitse evenbeeld, § 2211 BGB	372
3.	Niet beschikken, maar ook niet 'verkopen'?	373
4.	Derdenbescherming; art 27 lid 2 Kadasterwet	374
5.	Art. 4:145 BW ook van toepassing in de 'oude' boedels?	375
6.	Art. 4:145 BW en het tuchtrecht	375
C.	De vergoeding van loon en kosten	377
1.	Art. 4:1068 (oud) BW: Een 'onwerkbare' regeling	377
2.	Een redelijk loon in de zin van art. 7:405 lid 2 BW	379
3.	De Belgische 'onbezoldigde vriendendienst' of 'diamant'?	380
3.1	<i>Om niet?</i>	380
3.2	<i>Vergoedingslegaat of zuiver legaat</i>	381
3.3	<i>De kosten van testamentuitvoering, art. 1034 BBW</i>	382
4.	Franse erfrechtelijke 'souvenirs'? Égard aux facultés du dispo sant et aux services rendus	383
5.	De Zwitserse beloning: 'angemessen', 'über alles Mass hinaus' of 'gut bezahlt gewesen'?	384
6.	De Duitse 'Tabellenstreit'	385
6.1	<i>Een 'angemessen' vergoeding</i>	385
6.2	<i>De oude 'Rheinische Tabelle'</i>	386

6.3	<i>De nalatenschap van 'Otto Normalverbraucher'</i>	386
6.4	<i>De tabel 'Möhring'</i>	387
6.5	<i>De tabel 'Eckelskemper'</i>	387
6.6	<i>De tabel 'Tschischgale'</i>	388
6.7	<i>'Berliner Praxis'</i>	388
6.8	<i>De nieuwe 'Rheinische Tabelle' (Deutsche Notarverein 2000)</i>	388
6.9	<i>Bruto-vermogen op de sterfdag</i>	389
6.10	<i>Grote verschillen?</i>	389
6.11	<i>Het 'stappenplan' van Haas en Lieb</i>	390
7.	Beloning of liberaliteit? Het 'zo grote onevenredigheidsbeginsel' van HR 15 december 1905, W 8315	391
8.	Het 'vermogen op diens sterfdag', art. 4:144 lid 2 BW	392
8.1	<i>Van een dynamische naar een statische regeling</i>	392
8.2	<i>Wat is vermogen?</i>	393
8.3	<i>De 1%-regel als instructienorm voor 'bovenmatigheid'? Art. 4:60 letter a BW?</i>	396
8.4	<i>Kantonrechter en onvoorziene omstandigheden</i>	399
9.	Meer executeurs	400
10.	Geen onkostenregeling in afdeling 5.6?	400
11.	Eén halen, twee betalen? Een synthese	401
12.	Executeursloon en legitimaire massa	402
13.	Het loon van de vereffenaar	403
14.	Overgangsrecht: toch nog 'ontvangsten' en 'uitgaven'?	404
15.	Resumé	405

<b>V</b>	<b>UITBREIDING VAN DE OPDRACHT; AFWIKKELINGSBEWIND EN TESTAMENTAIRE LAST</b>	<b>407</b>
A.	Inleiding	407
B.	De wettelijke basis	408
C.	Verzwaarde executele en legitieme	408
D.	De rol van de rechter bij minderjarige deelgenoten	411
1.	Van gesloten tot 'open' stelsel van testamentair bewind	411
2.	Wie handelt in de zin van art. 1:345 BW?	414
3.	Zijn er specifieke (vorm)voorschriften voor de verdeling?	415
4.	Testamentsvollstrecker en Vormundgericht	418
5.	De kantonrechter te Zwolle en de afwikkelingsbewindvoerder	419
E.	Privatieve werking afwikkelingsbewind	421
F.	De 'Teilungsanordnung', § 2048 BGB	424
1.	Teilungsplan, § 2204 BGB	424
2.	Nach den billigen Ermessen eines Dritten en het gesloten stelsel	425
3.	'Auflage en testamentaire last'	426
4.	'Dinglich volziehen'	428
5.	'Reine Teilungsanordnung' of 'mit Auflage'	429
6.	Onzijdig persoon	431
G.	Geoorloofde of ongeoorloofde delegatie?	432
H.	Praktische toepassingen	435

1.	‘Demokratieklausel’	435
2.	Quasi-wettelijke verdeling	437
3.	Vangnet-afwikkelingsbewind	438
4.	De erfrechtelijke scheidsrechter	439
I.	Nieuwe (ongekende) mogelijkheden? De wond is erfrechtelijk reeds gehecht	440
J.	Een ‘happy-end’ op 11 oktober 2006	441
1.	De KNB-jaarvergadering van 2006	441
2.	De eerste trap: de doctrine	442
3.	De tweede trap: de wetgever	445
4.	De derde trap: ‘het testament’ als de bedoeling van erflater	445
5.	De vierde trap: de zorgplicht	446
K.	Een vliegende start op de Antillen	447

## **VI DE OPDRACHT OVERGANGSRECHTELIJK BEZIEN 449**

A.	Overgangsrecht executele	449
1.	Inleiding	449
2.	Art 133 Ow ‘nieuw’	450
3.	De parallelbepaling voor afwikkelingsbewind, art. 134 Ow	452
B.	De ‘kameleonistische boedelredder’ van Rombach als redder in de overgang?	453
1.	Probleemstelling: boedelberedderaar versus legitimaris	453
2.	De wetgever roept de kwalificatievraag op	454
3.	Geen specifieke overgangsregel voor de boedelberedderaar	455
4.	De praktijk: een onder oud erfrecht veel gebruikte clausule	456
5.	De boedelberedderaar in de doctrine	456
	5.1 <i>Literatuur als ‘omstandigheid’</i>	456
	5.2 <i>Klaassen-Eggens-Luijten</i>	457
	5.3 <i>Pitlo/Van der Burght</i>	457
	5.4 <i>Asser-Van der Ploeg-Perrick</i>	457
	5.5 <i>Kasdorp</i>	458
	5.6 <i>Van Mourik</i>	459
	5.7 <i>Heuff</i>	459
6.	Het gedachtegoed van Rombach als ‘omstandigheid’	459
7.	De boedelberedderaar in de jurisprudentie	460
	7.1 <i>De tuchtrechtspraak</i>	460
	7.2 <i>Nogmaals: Hof Amsterdam 8 september 1994, Nf 1995, 700</i>	461
8.	Een analyse met de ‘ondergrens is bovengrens’-regel	462
9.	Het ‘materiële gezichtspunt’	463
10.	Casus I. De ‘kale’ boedelberedderaar	464
11.	Alternatieve praktische oplossing	465
12.	Casus II. De ‘KNB-boedelberedderaar’	466
13.	Casus III. De boedelberedderaar-‘inboedelverdeler’	469
14.	Casus IV. De boedelberedderaar die zonder meer, om welke reden dan ook, goederen te gelde mag maken	469
15.	Nogmaals: de deontologische toets	470
16.	Oude uiterste wilsbeschikkingen wijzigen?	470

<b>VII</b>	<b>DE ERFRECHTELIJKE OPDRACHT IN FISCALIBUS</b>	<b>475</b>
A.	Inleiding	475
1.	De drie civielrechtelijke lagen fiscaal getoetst	475
2.	Erflater leeft ook fiscaal door? Art. 44 AWR	476
3.	Civielrechtelijke vertegenwoordiging is fiscale vertegenwoordiging, art. 3:79 BW?	477
B.	De fiscale status van de executeurbeloning (intern verbintenisrechtelijk)	480
1.	Inleiding	480
1.1	<i>Niet iedere verkrijging krachtens erfrecht levert een successierechtelijk 'voordeel' op</i>	480
1.2	<i>'Spel- en hobbysfeer' of inkomstenbelasting?</i>	481
2.	De Belgische forfaitaire fiscale norm	482
3.	De angemessene Zwitserse beloning	484
4.	De Franse fiscale driedeling van Letellier	484
5.	De 'nieuwe' Duitse fiscale gedachte van het Bundesfinanzhof	485
6.	De Nederlandse fiscale aanpak van de beloning, meer dan honderd jaar terug in de tijd	487
7.	De wet IB 2001 en het 'uitvoeren van een testament'	489
7.1	<i>Het oude Besluit 1941</i>	489
7.2	<i>De nieuwe resolutie van 3 augustus 2004, nr. CPP2004/ 1121M</i>	491
8.	De Successiewet 1956	492
9.	De samenloop inkomstenbelasting en successiebelasting	496
9.1	<i>Nogmaals het besluit van 3 augustus 2004</i>	496
9.2	<i>Hoe zou het – geïnspireerd door het Bundesfinanzhof – ook kunnen?</i>	498
9.3	<i>De Duitse passiefzijde en onze 'nieuwe' schulden van de nalatenschap</i>	500
10.	Duitse estate planningstrategie	502
11.	Resumé	503
12.	De quasi-overeenkomstgedachte in de omzetbelasting	505
12.1	<i>Maakt de executeur-adviseur erfrechtelijke omzet? De Wet OB 1968</i>	505
12.2	<i>De 'Umsatzsteuer'</i>	507
C.	De executeur als vertegenwoordiger (extern verbintenisrechtelijk)	508
1.	De successie-aangifte: fiscale vertegenwoordiging en/of fiscaal 'eigen' recht?	508
2.	Bevoegd doch niet verplicht, art. 74 Belgisch Wetboek der Successierechten	509
3.	De verplichte Duitse Steuererklärung, § 31 (5) ErbStG	510
4.	Bevoegd en soms verplicht tot aangifte, art. 72 SW 1956	513
4.1	<i>Inleiding</i>	513
4.2	<i>Uitbreiding van de vertegenwoordigingsbevoegheid en beperking van de private werking</i>	513

4.3	<i>De woonplaatskeuze in de aangifte successierecht, art 43 SW 1956</i>	517
4.4	<i>De 'Holiday on ice'-arresten</i>	517
4.4.1	HR 7 oktober 2005, BNB 2005/375	517
4.4.2	HR 27 januari 2006, BNB 2006/135	519
4.4.3	De zorgvuldigheidsrichtlijn van HR 16 maart 1994, BNB 1994/179	520
4.4.4	Vermeende tegenstrijdigheid?	520
D.	Wie is 'houder van penningen'? (het bewindsaspect)	522
E.	De hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art. 47 Invorderingswet 1990	522
F.	Overige fiscale regelingen en gedachten	525
1.	De belastingadviseur-executeur, zijn beloning en de 'Raad van Tucht'	525
2.	Het 'pakketje' van de overleden executeur en de opening van de 'gesloten kist', art. 8 en art. 74 SW 1956	527
G.	De 'quasi-wettelijke verdeling' in fiscalibus	528
1.	Inleiding	528
2.	De drie varianten 'quasi-wettelijke verdeling'	528
2.1	<i>Algemeen: eerst de goederenrechtelijke variant buiten toepassing verklaren</i>	528
2.2	<i>De bevoegdheidsvariant</i>	529
2.3	<i>De verplichtende variant</i>	529
2.4	<i>De veiligheidssynthese</i>	530
3.	Fiscale faciliteiten voor wettelijke verdelingachtigen?	531
4.	Defiscalisatie in de inkomstenbelasting, art. 5.4 Wet IB 2001	531
5.	Faciliteiten in de Successiewet 1956 voor de wettelijke verdeling Wettelijke analogie?	533
6.	De 'Teilungsanordnung' in de Duitse 'Erbschaftsteuer'	535
7.	Een 'wertverschiebende' 'quasi-wettelijke verdeling' in de Nederlandse Successiewet	537
7.1	<i>Art. 18 SW 1956 als kapstok</i>	537
7.2	<i>Bevoegdheidsvariant is geen zuiver contractuele verdeling, doch een op een uiterste wilsbeschikking gebaseerde verdeling,</i>	538
7.3	<i>Ook al is beschermingsbewind niet waardedrukkend, een 'onecht' afwikkelingsbewind wel</i>	539
7.4	<i>Achteraf corrigeren als een wilsrecht in de zin van art. 45 en 53 SW 1956. Een ten sterfdage ontstane rechtsverhouding?</i>	540
7.5	<i>Testamenteaire 'wertverschiebende' lasten worden altijd gevolgd</i>	541
8.	HR 2 januari 1903, PW 9536 geldt niet als 'erflater spreekt'	542
H.	Aan het begin van de fiscale erfrechtelijke opdracht	543

## VIII SLOTBESCHOUWING 545

A.	De erfrechtelijke verbintenis als fait accompli	545
B.	De drie 'Principles' van executele	548
C.	Van ware aard naar synchronisatie van Europees erfrechtelijk beheer	550

D	Bijvangst de zes knelpunten verdwenen en de Testamentsvollstrecker voorbij	552
E	Erfrechtelijke goederenrechtelijke geslotenheid en/of verbintenisrechtelijke openheid	554
F	De erfrechtelijke lakmoesproef	555
G	De drietand geldt, met inachtneming van de fiscale persoonlijkheidsrechten en waarborgen voor de heffing, ook in fiscalibus	555
H	Tot besluit De ‘verdrangende Vollmachtlosung’ is geïncorporeerd	556
	<b>Lijst van geraadpleegde en al dan niet aangehaalde literatuur</b>	<b>559</b>
	<b>Trefwoordenregister</b>	<b>595</b>
	<b>Jurisprudentieregister</b>	<b>599</b>
	<b>SUMMARY</b>	<b>605</b>
	<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>613</b>
	<b>SYNTHÈSE</b>	<b>621</b>
	<b>Curriculum vitae</b>	<b>629</b>

# Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
aantek.	aantekening
Abs.	Absatz
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BBW	Belgisch Burgerlijk Wetboek
BCN	Broederschap der Candidaat-Notarissen
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BNB	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak
BS	B.M.E.M. (Bernard) Schols, auteur dezes
BTW	belasting over de toegevoegde waarde
Cc	Code civil
c.s.	cum suis
CTR	Centraal Testamentenregister
EPN	Vereniging van Estate planners in het notariaat
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FBN	Fiscale Berichten voor het Notariaat
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
Fw	Faillissementswet
HEP	Handboek Estate Planning
i.c.	in casu
IW 1990	Invorderingswet 1990
KB	koninklijk besluit
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (Broederschap)
KvT	Kamer van Toezicht
KWEP	Kwartaalbericht Estate planning
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting



NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
obv	ouderlijke boedelverdeling
OM	Ontwerp Meijers
Parl. Gesch.	parlementaire geschiedenis
PW	Periodiek Woordenboek
q q.	qualitate qua
RM	RMThemis
RN	Rechtspraak Notariaat
Rn	randnummer
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
SW 1956	Successiewet 1956
T & C	Tekst en Commentaar
TEP	Tijdschrift Estate planning
TM	Toelichting Meijers
toev.	toevoeging
Trb.	Tractatenblad
TV	Testamentsvollstreckung
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
UvA	Universiteit van Amsterdam
V-N	Vakstudie Nieuws
Vzr	voorzieningenrechter
W	Weekblad voor het recht
WBR	Wet op Belastingen van Rechtsverkeer
Wcerf	Wet conflictenrecht erfopvolging
Wet OB 1968	Wet op de omzetbelasting 1968
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
Wna	Wet op het notarisambt
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Zerb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGB	(Schweizerisches) Zivilgesetzbuch

# ‘EINFÜHRUNG’ EN PROBLEEMSTELLING

De executeur was hier dus het ‘sprekende testament’.

R.W.H. Pitlo, De ontwikkeling der executeele, diss. Leiden (1941), p. 106

## 1. Waaron?

*Aber da die römischen Begriffe für seine Erfassung nicht ausreichten und seine germanistischen Grundgedanken lange verborgen blieben, so ergab sich vielfältiger Streit um sein juristisches Wesen.*<sup>1</sup> Als het juridische mysterie rondom de erfrechtelijke functionaris die achter deze frase schuilgaat al ooit opgelost zou kunnen worden, dan is het naar nieuw Nederlands erfrecht.

Toen ik in het midden van de jaren tachtig op de Nijmeegse notariële woensdag de doctoraalcolleges erfrecht ‘liep’, keek ik uit naar het college over de ‘*executeur-testamentair*’. Al dagen kon ik niet meer slapen. Het onderwerp had iets mystieks.<sup>2</sup> De overledene zou vanuit het hiernamaals door een *vertrouwenspersoon* op aarde vertegenwoordigd worden.<sup>3</sup> De mens wil immers onsterfelijk zijn. Ik herinner mij dat ik grote verwachtingen had van deze *vertrouwenspersoon*.<sup>4</sup> Mijn teleurstelling was echter dienovereenkomstig groot. Deze persoon moest het hebben van zijn deftige Franse titel, maar met zijn

1. RUDOLF HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Neudruck der 5 Auflage, Leipzig 1930, Aalen: Scienta Verlag 1969, p. 799.
2. E.M. MEIJERS, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden: Universitaire pers 1948, p. 80 e.v. schetst de sfeer: ‘Bij de Middeleeuwse executeur testamentair is dit niet anders. Hij is Treuhand, foie-main, maar volgens het recht desniettemin de enige rechthebbende. *Mystieke en sacrale* banden beschermen de uitvoering van de last, *met het recht*.’ (Curs. BS)
3. De executeur-testamentair als medium tussen leven en dood. Is er ook een religieuze aard te ontwaren? Het is niet voor niets dat ook de kerk een duut in het zakje van de ontwikkeling van de executeur heeft gedaan. Overigens deed de executeur ook een financiële duut in het zakje van de kerk, al was het maar simpelweg door zijn tussenkomst bij ‘aflaten’ of andere ‘makingen ad pias causas.’ H.F.W.D. FISCHER, De voorgeschiedenis van het testament in Nederland, Het Testament, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 26 wijst er in deze op dat iedere christen op grond van zijn christenplicht Christus moest aannemen tot mede-erfgenaar naast zijn kinderen.
4. Als juridische leek was mijn beeld slechts gevormd door de executeur-testamentair die we kennen uit ‘speelfilms en romans’. Het is het beeld van ‘poedels, oude dames en bonbons’, B.M.E.M. SCHOLS, Gouden tijden voor de executeur-testamentair!, WPNR (1998) 6327, p. 573-574. Voor de liefhebber merk ik op dat WILLY VANDERSTEEN in 1957 een ‘Suske en Wiske’-album het levenslicht liet zien onder de titel ‘Het sprekende testament’ (aanvankelijk ‘Het taterende testament’). Als men geïnteresseerd is in een roman met een executeur-

bevoegdheden was het somber gesteld, en al helemaal met legitimarissen in zijn nabije erfrechtelijke omgeving, zo begreep ik. Deze teleurstelling heeft mij tijdens mijn studie nooit meer losgelaten. En toen ik eind jaren tachtig als kandidaat-notaris mijn eerste stappen in de notariële praktijk zette, maakte ik dit proces in de vorm van een 'Aha-Erlebnis' nog eens door, zij het aan de andere kant van de tafel. Een deelgenoot in een onverdeeldheid liet zich nog wel eens ontvallen: 'Ja, maar de executeur-testamentair heeft het gezegd' of woorden van gelijke strekking. Daar waar hij in een boedel opdook, leefde bij de juridische leek niet zelden het idee dat dit een 'fait accompli' was en dat men het erven wel (even) kon vergeten. Nog groter werd mijn verbazing toen ik merkte dat zo nu en dan zelfs bij de notarieel geschoolde jurist het idee post gevat had, dat de betreffende vertrouwensman 'zonder meer' vergaande bevoegdheden had. Dit bleek bijvoorbeeld uit het feit dat het toch nog wel eens voorkwam dat 'een verklaring van executele' afgegeven werd zonder de in de boedel aanwezige legitimarissen te laten berusten.

Mijn belevenissen bij de 'zittende magistratuur' leverden overigens ook geen ander beeld op. Zodra 'in en buiten rechte' een executeur opdook, ging dit veelal gepaard met veel juridische mist en zeker niet in de laatste plaats bij uw onderzoeker.

Toen ik na enkele jaren notariële praktijk en veel feitelijk, geestelijk en juridisch geworstel met executeurs, in contact kwam met mijn huidige aspirant 'Doktorvater' op wiens (inmiddels beroemde) lijstje van mogelijke onderwerpen voor een dissertatie de executeur-testamentair om aandacht schreeuwde, kon ik per omgaande aan de slag. Toeval bestaat niet. Extra interessant werd dit onderwerp in het licht van de komst van een nieuw erfrecht. De 'ruwe' probleemstelling was geboren. Zou de komst van het nieuwe erfrecht verbetering brengen in de positie van de executeur(-testamentair)? En hoe denkt men in onze buurlanden, Duitsland en België over de positie van de 'testament uitvoerenden'?<sup>5</sup> Bij deze laatste vraag werd ik wellicht onbewust geïnspireerd door het feit dat ik mijn jonge jaren in Vaals, het zuidelijkste puntje van Nederland, aan de voet van het 'Drielandenpunt', op de grens van drie rechtsculturen, door heb mogen brengen. Om de positie van de executeur te kunnen bepalen, zal men overigens eerst zijn aard dienen te doorgronden.

Het maatschappelijk belang van een goede erfrechtelijke boedelafwikkeling, geplaatst in het licht van de grote onbekendheid die op dit gebied niet alleen bij de leek, maar ook bij de jurist, bleek te bestaan, werd de drijfveer voor mijn onderzoek. Hoe zat het nu echt?

En bij een onderwerp als executele mag zeker niet onvermeld blijven: erfrecht is en blijft emotie. Het erfrecht, zowel civiel als fiscaal, is (een deel van) mijn leven geworden.

Pas met de invoering van het nieuwe erfrecht trok de mist op en sloeg de teleurstelling om in vreugde. 'Vandaag' hoop ik definitief achter de betreffende

→ testamentair, leze men 'De hond was executeur' van de hand van oud-notaris K. ABMA, Haarlem: J.H. Gottmer 1973.

5. Tijdens de zoektocht kwamen er (spontaan) nog twee landen bij: Zwitserland en Frankrijk.

erfrechtelijke teleurstelling een punt te zetten. Onlangs kopte het NRC Handelsblad:<sup>6</sup> 'De erfenis afwikkelen met een "drie sterren-executeur"'. Oud-notaris Schols zou gezegd hebben dat een testament zonder executeur 'een erfrechtelijke onvoldoende' is. In deze dissertatie zal ik trachten deze slogan waar te maken.

Meer dan honderd jaar geleden<sup>7</sup> klonk het overigens niet veel anders: '*un testament sans exécuteurs est nul*'.

Nu mij geen juridische onderzoeken bekend waren, althans niet na de Tweede Wereldoorlog, met als 'Leitmotiv' de aard van executele, werd de uitdaging des te groter. Wel dient vanzelfsprekend<sup>8</sup> gewezen te worden op de dissertatie van Uniken Venema, Trustrecht en Bewind, Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, executele en andere parallelfiguren in het Nederlandse recht (Groningen), Zwolle 1954, die ervoor pleit om executele niet uit het 'Nederlandse trustrecht'<sup>9</sup> te weren:

'daar men aldus ook dit instituut van een steviger theoretisch fundament zou kunnen voorzien, waarop het in grotere gezondheid zou kunnen opbloeien'

Zou het nieuwe vermogensrecht in het algemeen en het nieuwe erfrecht in het bijzonder een steviger theoretisch fundament voor een gezondere executele kunnen bieden?

Eerst terug in de tijd. Naast vele andere dissertaties aan het eind van de negentiende eeuw, kan er wat betreft de belangstelling van de wetenschap voor

6. NRC Handelsblad, 4 juli 2006, p. 14

7. Ontleend aan ROBERT CAILLEMER, *L'execution testamentaire*, These pour le doctorat Lyon (1901), p. 623, die verwijst naar V. WILLIAMS, *Executors*, I, p. 399 En in het Engels, p. 5: 'without an executor, a will is null and void.' Ook wordt op p. 399 opgemerkt dat een testament zonder executeur wel eens tot een '*quasi-intestatus*' bestempeld wordt. Verder verwijst hij op dezelfde pagina naar SWINBURNE, *PI*, sect. 3, pl. 19 die het wel heel treffend zegt. 'The naming or appointment of an executor is said to be the foundation, the substance, the head, and is indeed the true formal cause of the testament, without which a Will is no proper testament, and by the which only the Will is made a testament.' Anders is er slechts sprake van een 'codicille' zo heet het. RWH. PITLO, *De ontwikkeling der Executele*, diss. Leiden 1941, p. 157 leert over de executeur in de 17<sup>e</sup> en 18<sup>e</sup> eeuw 'De executeur was in zulke omstandigheden vrijwel onmisbaar en de notariële stijl eischte toen dan ook in elk testament de aanstelling van een of meer uitvoerders.' Hij merkte dit op in het licht van de 'belangen in de kolonien' en 'afwezige erfgenamen', maar ook gebeurde dit volgens Pitlo 'om zeker te zijn dat hun nalatenschap niet in handen der weeskamers zou vallen'

8. Vanzelfsprekend zal ik, daar waar nodig, ook met de klassieke drie erfrechtelijke handboeken 'in discussie treden', zowel naar oud als naar nieuw erfrecht. 'KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN 1989', ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK 1996, PITLO/VAN DER BURGHT 1997 als naar nieuw erfrecht. 'KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER 2002', ASSER-PERRICK 6B 2005' en 'PITLO/VAN DER BURGHT, EBBEN 2004'

9. Zie p. 291 Het trustrecht als zodanig valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Zie hierover onder meer F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss. Utrecht), Amersfoort SDU 2000, DW. AERTSEN, *De Trust, Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, M. E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, alsmede D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN en H. L. E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999 Dit wil niet zeggen dat de executeur geen trustachtige aspecten zou kennen. Integendeel

de executeur bijvoorbeeld op het proefschrift van A.A. Küller, *De uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, Aantekeningen op artt. 1052 en 1065 BW* (diss. Leiden 1882), P. Somerwil Leiden,<sup>10</sup> gewezen worden. De proefschriften waren overigens in die tijd aan de dunne kant (in casu 48 bladzijden). Een zwaar rechtshistorische inslag heeft het proefschrift van R.W.H. Pitlo, *De ontwikkeling der executeele* (diss. Leiden), Gouda: NV. Drukkerij Joh. Mulder 1941.<sup>11</sup> In het licht van testamentair bewind wordt ook op executele ingegaan in de dissertaties van Van der Ploeg, *Testamentair bewind* (Leiden 1945) en De Boer, *Het bewind* (Utrecht 1982). Breemhaar besteedt in zijn dissertatie 'De uiterste wilsbeschikking' (Groningen 1992) ook aandacht aan de regeling van executele onder het nieuwe erfrecht. Cappon maakt in zijn dissertatie (Amsterdam UvA 1992) over de opkomst van het testament in het Sticht Utrecht enkele interessante rechtshistorische opmerkingen over executele. Recentelijk ging Wilbert Kolkman in zijn dissertatie (Groningen 2006) in op executele in het licht van de 'schulden der nalatenschap'. Wat buitenlandse (Europese) rechtshistorische klassiekers over de 'executeur' betreft, moeten genoemd worden Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, Lyon (1901) en Schultze, *Die Langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau (1895).

Tot slot vermeld ik wat de praktische invalshoek van de problematiek betreft, het preadvies<sup>12</sup> van de KNB/SDU (Den Haag 2006) van Mellema-Kranenburg.<sup>13</sup>

10. W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 56 spreekt zelfs van een ware hausse van dissertaties over executele aan het eind van de negentiende eeuw. Zie ook het overzicht bij R.W.H. PITLO, *De ontwikkeling der executeele*, diss. Leiden 1941, p. 224 en 225 waaruit blijkt dat de 'executeurs' wat betreft aandacht in dissertaties in de eerste helft van de negentiende eeuw ook niet mochten klagen: J.J. BEAUJON, *De possessione executoris testamentarii*, diss. Leiden 1848, P. BRANTSMA, *De executoribus ultimorum voluntatum*, diss. Leiden 1836, J.J. LOKE, *De executoribus testamentariis*, diss. Leiden 1823, M. MEINESZ, *De executoribus testamentorum*, diss. Groningen 1823, A.D. MEIJER, *De executoribus ultimorum voluntatum*, diss. Leiden 1808, G.J. SIEBURG, *De executorum testamentariorum officis*, diss. Leiden 1817 en G.G. van ZUYLEN VAN NIEVELT, *De executoribus testamentariis*, diss. Utrecht 1832.
11. Wat de rechtshistorische aspecten van executele betreft, volsta ik in beginsel met verwijzing naar de dissertatie van R.W.H. PITLO, *Ontwikkeling der executeele*, Leiden 1941. Wel zal uitdrukkelijk genoemd moeten worden de grote rol van de kerk bij de ontwikkeling van het leerstuk executele. Macht en geld gaat nu eenmaal veelal samen. Zie ook HANS RAINER KÜNZLE, *Erbengemeinschaft und Willensvollstrecker*, Festschrift zum Schweizerischen Juristentag, Zürich 2006, p. 159-173, die opmerkt (p. 165): 'Der Willensvollstrecker stammt nicht (wie die Universalsukzession) aus dem römischen Recht, sondern wurde im kanonischen und germanischen Recht ausgebildet.'
12. In het Preadvies van 1955 ten behoeve van de Broederschap der Candidaat-notarissen, Enige grepen uit het nieuwe erfrecht, De boedelafwikkeling in het nieuwe erfrecht, wijdt I. VAN DE VELDE, destijds notaris te Arnhem, enige bladzijden aan de executele onder nieuw erfrecht, p. 94-100. Daarnaast zijn er nog de preadviezen van H.R. RIBBIUS en A.H. LIJDSMAN uit 1912, eveneens ten behoeve van de Broederschap der Candidaat-notarissen, De rechten en verplichtingen van den executeur-testamentair volgens ons bestaand recht en de wenschelijke wijziging daarvan. Voorts zijn er door de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland door R. DEKKERS en A.F. VISSER VAN IJZENDOORN in 1953 preadviezen en een gezamenlijk rapport uitgebracht over uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en vereffenaars van nalatenschappen.
13. Na het afsluiten van het manuscript ontving ik de monografie 'Executele en bewind' van de hand van T.J. MELLEMA-KRANENBURG, Deventer: Kluwer 2007. Haar beschouwingen heb ik derhalve niet meer mee kunnen nemen in deze dissertatie.

## 2. Wat en hoe

Aan de wieg van deze dissertatie hebben, naast mijn bijdrage aan de inmiddels vierde druk van het 'Handboek (Nieuw) Erfrecht', Centrum voor Notarieel Recht Radboud Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 2006 met de hoofdstukken 'Executele, testamentair bewind en vereffening', enkele WPNR-publicaties<sup>14</sup> van mijn hand<sup>15</sup> gestaan met wellicht als 'happy end': Vier sterren voor de driesterrenexecuteur, WPNR (2006) 6690. De aard van executele als zodanig is in deze publicaties nog geen onderwerp van onderzoek geweest.

De ware aard van de tegenspeler van de executeur, de legitimaris, heb ik aan een onderzoek mogen onderwerpen in het preadvies voor de jaarlijkse algemene ledenvergadering van de KNB te Rotterdam op 6 oktober 2006.<sup>16</sup>

14. B.M.E.M. SCHOLS, Gouden tijden voor de executeur-testamentair!, WPNR (1998) 6327, L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374, Het 'legatum per vindicationem' in de gedaante van executeur-testamentair als 'Vermachtisvollstrecker', WPNR (2001) 6436, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung' (I en II, slot), WPNR (2004) 6571 en 6572, Frustreren van rechten van derden of gefrustreerde legitimarissen? Gelaten nalaten! (Reactie), WPNR (2005) 6643, Boedelnotaris en/of betrokken notariële executeur, WPNR (2006) 6672
15. Zie ook B.M.E.M. SCHOLS, De executeur en zijn sterren, *Nieuw Erfrecht* (2001), nr. 5, p. 58-62, Erflater is dood, maar de executeur leeft, *Nieuw Erfrecht* (2001) nr. 5, p. 68 en 72, Executele en estate planning twee handen op een buik, *Kwartaalbericht Estate Planning* (2001), nr. 3, De belastingadviseur als executeur, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, (2002), nr. 6, Plannen voor hierna ... erven en schenken, Een nieuw erfrechtelijk tijdperk: 'Alles kan, alles mag!', *Belastingadviseursdag* Den Haag: SDU uitgevers 2002, Laat de sterren op de executeurspet van moeder maar stralen, *JBN* 2005 nr. 10, De executeur fiscaal, *Fiscaal Praktijkblad* 2006, 6, *EstateTip Review* 2004-02, De 'Mimi-Maxi'-executeur verzoekt inderdaad niets aan de Kantonrechter, Boom Juridische uitgevers Den Haag in samenwerking met ScholsBurgerhartSchols, *EstateTip Review* 2004-30 Wederom een Leidse schijnaanval op de 'driesterrenexecuteur'. Verdeling door de executeur-afwikkelingsbewindvoerder? Huijgen, WPNR (2004) 6587, *EstateTip Review* 2004-31 Enquête ontwikkeling 'driesterrenexecuteur' in de praktijk, *EstateTip Review* 2005-30 Habemus...executeur! Maak een synthese tussen executele en afwikkelingsbewind, *EstateTip Review* 2004-36 Tweemaal goud voor de 'driesterrenexecuteur'! De uitslagen van de enquêtes, *EstateTip Review* 2004-39 Tikt er een tijdbom onder uw ouderlijke boedelverdeling? Maak hem onschadelijk met de 'OBV-plus', *EstateTip Review* 2005-03 Driemaal is scheepsrecht! Met verschijnen van nieuw 'Asserdeel' zaligverklaring van driesterrenexecuteur een feit. *EstateTip Review* 2005-06 Beschikkingsonbevoegdheid staat in de sterren, ook bij een ouderlijke boedelverdeling. 'Freigabe' van de erfrechtelijke wielklem met behulp van de 'EX-SCAN', *EstateTip Review* 2005-18, Het 'broedertwist'-testament. Gebruik het 'meeste stemmen gelden-bewind' oftewel de 'democratieclausule', *EstateTip Review* 2005-26 Een nieuw fenomeen: 'de aanstelling van de Maastrichtse notariële erfrechtelijke beheerder'. Artikel 3:168 BW biedt uitkomst bij het ontstaan van een 'vereffeningsgat', *EstateTip Review* 2006-40, Derde ster in rechte (Rechtbank Den Haag 11 oktober 2006) 'Het staat erflater vrij de door hem benoemde afwikkelingsbewindvoerder een zelfstandige beschikkingsbevoegdheid te geven'. *EstateTip Review* 2006-42, De 'executeur-testamentair' krijgt ook 'postuum' een 'derde ster' (Hof Den Haag 1 november 2006): 'alstoen niet, behoudens' en 'onverminderd legitimaire aanspraken', *EstateTip Review* 2007-01, Sportieve wetenschapsbeoefening! Ook Stollenwerk geeft 'Michelin sterren' aan de executeur-afwikkelingsbewindvoerder (Podium FTV 2006, 52), B.M.E.M. SCHOLS (samen met) F.A.M. SCHOENMAKER, De quasi-wettelijke verdeling in fiscalibus, *Kwartaalbericht Estate Planning* 2004-4, B.M.E.M. SCHOLS, Een erfrechtelijke 'star is born'. Hij kan niet alleen uw testament uitvoeren, vollstreken of executeren, maar ook eigenhandig uw nalatenschap verdelen!, (Belgisch) *Tijdschrift Estate Planning* (TEP) 2005-2, p. 101-125, De 'belangrijkste persoon' is nog veel belangrijker!, (Een reactie op Bennenbroek) Notarislerk november 2005 nr. 1451, p.169-170.
16. B.M.E.M. SCHOLS, De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal, p. 95-171, als onderdeel van het preadvies Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, KNB/

De rode draad van deze dissertatie zal zijn: een onderzoek naar de grondslagen van executele naar nieuw erfrecht of, meer specifiek, naar de *aard* van executele en, nog concreter, naar de positie van de executeur naar nieuw erfrecht. Op twee manieren kan men echter juridisch onderzoek doen. Of een uitputtende beschrijving trachten te geven van alle rechtsvragen die ten aanzien van een bepaalde rechtsfiguur leven. Of trachten de ware aard van een rechtsfiguur te ontrafelen. Voor de laatste route heb ik gekozen. Dit met het doel om vanuit een gedegen theoretische basis voor de rechtsfiguur 'alle' rechtsvragen die zich 'ooit' zouden kunnen voordoen indachtig de 'aard van het beestje' te kunnen oplossen: het trachten te ontwikkelen van een 'algemene receptuur'. Als men de genus kent, kan men bij lancunes in de regeling van de species, steeds op het grotere geheel terugvallen en blijkt het antwoord voor de hand te liggen, al dan niet *'per analogiam'*. Dit geldt al helemaal binnen de vermogensrechtelijke luxe van een gelaagde structuur, waar voor het uitgevlogen erfrechtelijke kind het ouderlijk vermogensrechtelijk huis altijd openstaat. Ouders lijken op alle vragen van het kind een antwoord te hebben. Soms leert ook de ouder nog van het kind ofwel leren wij via de species nog iets over de genus. De eerste onderzoeksrouten op basis van een 'uitputtende beschrijving' leek en bleek overigens oneindig.

Mijn plan van aanpak is 'vergelijkenderwijs' te werk gaan en wel geïnspireerd door de woorden van Schoordijk:<sup>17</sup>

'Gebruikt wordt in mijn bijdrage een methode die ik als enige de juiste acht: het vergelijken van rechtsfiguren. Als altijd komen de contouren van een rechtsfiguur zo het beste uit.'

Internationaal naast nationaal, oud naast nieuw, maar met name ook door plaatsing van het erfrecht in het licht van het algemene vermogensrecht. Ook het overgangsrecht zal niet uit het oog verloren worden. Via het overgangsrecht zal ook kennisname van het oude erfrecht zelfs tientallen jaren na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht belangrijk blijven.

Een zware nadruk is bij dit onderzoek komen te liggen op rechtsvergelijking met het Duitse recht. Zijdelings zal ik, zoals opgemerkt, ook aandacht besteden aan het recht van ons andere buurland: België en, daar waar van belang, aan de Franse exécuteur testamentaire, zeker nu Frankrijk per 1 januari 2007 een nieuw erfrecht heeft ingevoerd.<sup>18</sup> En na lezing van het navolgende 'Voorwort'<sup>19</sup> kon ik vanzelfsprekend mijn (juridische) nieuwsgierigheid niet meer bedwingen:

→ SDU uitgevers Den Haag (2006), onder redactie van B.F.P. LHOËST en N.J.M. SJERPS, met een inleiding van A.L.G.A. STILLE.

17 H.C.F. SCHOORDIJK, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 54.

18. De Loi nr. 2006-728 van 23 juni 2006 'portant réforme des successions et des libéralités' (Journal Officiel 24 juni 2006).

19. Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Referate des Weiterbildungsseminars der Universität St. Gallen vom 30 september 2003, Herausgegeben von HANS RAINER KÜNZLE, Zurich/Basel/Gent: Schulthess Juristische Medien 2004.

'Am 7. September 2003 fand in Zürich ein Seminar der Weiterbildungsstufe der Universität St. Gallen (WBS HSG) zum Thema "Willensvollstreckung – aktuelle Rechtsprobleme" statt. Die grosse Zahl der Teilnehmer und die angeregte Diskussion über die interessanten Beiträge geben Anlass, die Seminarunterlagen einem grosseren Publikum zugänglich zu machen.'

De Zwitserse Willensvollstrecker mocht op de valreep ook nog mee.

Niet alleen het Duitse recht leek Meijers niet onberoerd te laten, ook het Zwitserse recht had een bijzonder plaatsje.<sup>20</sup> Daarnaast behoort de Willensvollstrecker in beginsel eveneens tot de interessante categorie sterke Germaanse 'Vollstreckern'<sup>21</sup> en niet tot de zwakkere Franse tak, terwijl de Zwitserse legitieme weer het karakter toegedicht wordt van 'echtes Noterbrecht' ofwel 'Romaans' van aard is. Een interessante erfrechtelijke mix derhalve.

Niet alleen geografisch is de keuze<sup>22</sup> in eerste instantie bepaald, maar ook door het gegeven dat we met de komst van het nieuwe erfrecht van een Frans getint erfrechtelijk stelsel, naar een tot de Germaanse rechtsfamilie behorend erfrechtelijk stelsel zijn overgegaan. De keuze voor het Belgische recht dat (van oudsher) zeer zwaar op het Franse recht, de Code Civil, leunt, is niet in de laatste plaats geschied vanwege de toegankelijkheid van de taal. Het feit dat het Belgische stelsel niet zo in de schijnwerpers zal staan heeft niet alleen te maken met het gegeven dat wij in beginsel in 2003 het Franse denken in het erfrecht verlaten hebben, maar met name met het feit dat de ontwikkeling van de Belgische 'testamentuitvoerder' in de kinderschoenen staat ten opzichte van de Duitse Testamentsvollstrecker.

Voorts constateer ik dat het goed is om steeds voor ogen te houden dat het 'bij wijze van spreken' nog belangrijker is om de vraag te stellen binnen welke rechtscultuur de bevoegdheden van een executeur uitgeoefend dienen te worden, dan welke die bevoegdheden zijn. Behoort het stelsel tot de Ro-

20. VIOLA J.A. SÜTÖ, Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961) (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1997, p. 239. Ik heb tijdens mijn onderzoek sterk het vermoeden gekregen dat Meijers, naast het feit dat hij oog had voor de Nederlandse testamentenpraktijk rondom het gedrocht 'boedelbedredder', als het grote voorbeeld voor de nieuwe Nederlandse executeur de Willensvollstrecker in het achterhoofd had. Dit neemt niet weg dat de Testamentsvollstrecker uit het BGB als de grotere broer van de Willensvollstrecker eveneens zijn belangstelling had
21. STEPHANIE ADAMS, Interessenskonflikte des Testamentsvollstreckers (diss. Bochum 1996), Frankfurt am Main: Peter Lang 1997, p. 1 (noot 6): 'In kaum einer Rechtsordnung ist dem Testamentsvollstrecker eine so weitgehende Rechtsmacht verliehen wie in der deutschen [...]. Dem ähnlich nur das schweizerische ZGB, Art. 517, 518 [...]. Viel vorsichtiger hingegen das französische – und ihm ähnlich das belgische, niederländische, spanische, portugiesische, italienische und manch südamerikanisches Recht [...].' Zou men buiten de nieuwe Nederlandse executeur gerekend hebben? Overigens zou men wat het goederenrechtelijke karakter van de legitieme betreft het Zwitserse erfrecht als 'Noterbrecht' ook kunnen indelen bij de Franse rechtsfamilie, Art. 522 ZGB. Zie LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, München: Beck 2001, p. 866. Dit is niet onomstreden, zoals hierna zal blijken. Wat 'executele' betreft geldt echter. 'Der Willensvollstrecker entspricht weitgehend dem deutschen Testamentsvollstreckung', FLICK/PILTZ, Der Internationale Erbfall, München: C.H. Beck 1999, p. 206.
22. Zie in dezelfde sfeer R.F.H. MERTENS, Apparementsrecht en de welstandsbepalingen (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1989.



maanse rechtsfamilie (zware goederenrechtelijke legitieme) of tot de Germaanse rechtsfamilie (lichte verbintenisrechtelijke legitieme)?

Hierbij past sinds kort een belangrijke kanttekening. Per 1 januari van dit jaar (2007)<sup>23</sup> is, zoals aangestipt, in Frankrijk een geheel nieuw erfrecht ingevoerd (meer dan 200 artikelen), waarbij onder meer de scherpe kantjes van de goederenrechtelijke legitieme portie zijn gehaald. In zoverre is thans de Belgische legitieme 'Franser' dan de Franse legitieme en staat het Belgische erfrechtelijke stelsel het best model voor de stelsels met een zware goederenrechtelijke legitieme. Geen reden om in het onderhavige onderzoek niet ook kort bij de positie van de Franse 'exécuteur testamentaire' stil te staan. Minstens zo interessant is niet alleen de mogelijkheid dat de erflater in het nieuwe Franse stelsel ook een 'postmortale volmacht' kan verlenen, maar ook dat de Franse wetgever aandacht aan de samenloop van de rechtsfiguren executele en volmacht heeft besteed. Het oude Franse erfrecht stamde overigens uit 1804, uit de tijd van de 'Code Napoleon' en was derhalve net als ons Nederlandse erfrecht dringend aan een herziening toe.

Ten overvloede maak ik (nu reeds) gewag van het feit dat met de komst van het nieuwe erfrecht op het gebied van de legitieme een grote erfrechtelijke volksverhuizing heeft plaatsgevonden. Meijers<sup>24</sup> lichtte reeds een tipje van de sluier op door in de toelichting op zijn Groene Boeken onder meer op te merken dat een van de 'voornaamste' wijzigingen, die in het erfrecht zijn aangebracht, betreft: 'de regeling van de bevoegdheden van de executeur-testamentair als die van een boedelvereffenaar en onverschillig of er al of niet *legitimaris* zijn (artikel 4.4.6.3).'<sup>25</sup>

Tussen de regels door zal ik ook gebruik maken van mijn ervaringen die ik als docent bij het KNB-project nieuw erfrecht onder leiding van promotor Van Mourik heb opgedaan, waar wij het Nederlandse notariaat vele malen in de erfrechtelijke omscholingsbanken voorbij hebben zien trekken.<sup>26</sup>

23. Wet van 23 juni 2006 (Loi No.2006/728). Zie hierover onder meer de Franse notaris (La Wantzenau) EDMOND GRESSER, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1. Januar 2007), Zeitschrift für die Erbrechts- und Steuerpraxis (Zerb), 12, 2006, p. 407-412, alsmede de Franse advocaat (Murnau) PETER KLIMA, Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 10, 2006, p. 440-444.

24. TM, p. 315.

25. Niet iedereen is even blij met de komst van de nieuwe executeur. Oud-notaris K.D. DE LANGE, Gouden tijden voor de executeur?, Nieuw Erfrecht 2006 nr. 3 ziet het zo: 'Er zijn weinig rechtsfiguren die op zo'n onbegrensde steun mogen rekenen als de executele mag ondervinden van Bernard Schols. Je wordt jaloers op de executeur als je ziet hoe zijn beschermheer hem in de watten legt. Meer dan acht jaar lang wordt notarieel Nederland onthaald op ronkende teksten over gouden tijden voor deze krachtige, slagvaardige figuur die het aan niets ontbreekt. Nu leidt een dergelijke buitensporige aanbeveling voor een product bij mij al snel tot wantrouwen: is die nieuwe executeur wel zoveel beter dan de oude? Dat wantrouwen is de basis van deze bijdrage.' A.H.N. STOLLENWERCK, Podium FTV 2006, 52, drukt zich na de welwillende uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 11 oktober 2006, RN 2007, 8 over de executeur-afwikkelingsbewindvoerder anders uit: 'Ik gun de voorstanders van de ruime opvatting graag hun triomf. De rechter heeft zich immers ten gunste van hen uitgesproken.' Eerder, in FTV 2004, 9, liet hij bezorgdere geluiden horen: 'Alleen de Guide de Michelin geeft drie sterren!'

26. De onvergetelijke toertijd met 'de trein als rijdend terras' (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 277.

In dit onderzoek ga ik van de aanname uit dat zowel de ‘executeur-testamentair’ naar oud Nederlands erfrecht, de executeur naar nieuw Nederlands erfrecht, de (Duitse) Testamentsvollstrecker, de (Zwitserse) Willensvollstrecker, de (Belgische) testamentuitvoerder en de (Franse) exécuteur testamentaire een taak hebben bij de afwikkeling van een nalatenschap en/of uitvoering van een uiterste wil. Daar waar van belang voor het onderzoek, wordt de klemtoon gelegd op eventuele typische verschillen of interessante gedachten. Zoals ik nog nader zal toelichten, zal van de buitenlandse ‘executeurs’ de Testamentsvollstrecker de hoofdrol spelen. Wat de titel van deze dissertatie betreft merk ik op dat ik hiermee met name tot uitdrukking heb willen brengen de overgang die met de komst van het nieuwe Nederlandse erfrecht heeft plaatsgevonden van de Franse erfrechtelijke rechtsfamilie naar de Germaanse erfrechtelijke rechtsfamilie, zij het met behoud van een heel eigen Nederlands erfrechtelijk gezicht.

Omdat het bij juridisch onderzoek nu eenmaal om het detail van het geschreven en gesproken woord gaat, heb ik ervoor gekozen om (buitenlandse) schrijvers, maar ook bewindslieden zo veel mogelijk zelf aan het woord te laten komen, zij het bij wijze van citaat.<sup>27</sup>

### 3. En wat in het bijzonder? De erfrechtelijke verbintenis

Wie de civielrechtelijke aard van een rechtsfiguur kent, kan op basis daarvan de *fiscale* vraagstukken, die in het onderhavige onderzoek met name liggen op het vlak van de *beloning* van de executeur, beantwoorden. Het civiele recht geeft, zacht uitgedrukt, maar al te vaak de toegang tot het fiscale recht. Wie de aard kent, komt ook sneller tot een oplossing in vraagstukken met betrekking tot de *beschikkingsbevoegdheid* van de executeur. Wie toegang tot de aard heeft, kan ook gemakkelijker invulling geven aan vragen als: Hoe is de verhouding tussen *kantonrechter* en executeur? Hoe verhouden de familierechtelijke bepalingen van Boek 1 zich tot de executele van Boek 4? Hoe is de verhouding ‘(boedel)notaris’ en executeur? Waar zijn de grenzen van het speelveld voor deze belangrijke erfrechtelijke spelers? Kunnen de functies notaris en executeur tegelijk bekleed worden? Laat de aard van executele uitbreiding van de bevoegdheden toe? En nog concreter, doch slechts ter illustratie van de voorliggende problematiek: Is de executeur aansprakelijk als hij zijn functie niet naar tevredenheid van de erfgenamen uitoefent? Heeft de executeur recht op een voorschot op zijn loon? Heeft hij recht op vergoeding van de in zijn functie gemaakte kosten?, enzovoorts, enzovoorts. In hoeverre moet hij zijn taak ‘persoonlijk’ vervullen? Het rijtje is waarschijnlijk oneindig.

En indien men de ware aard kent, kan men ook de overkoepelende vraag beantwoorden in hoeverre de nieuwe regeling van executele en daarmee de positie van de executeur ‘beter’ is dan die onder het oude erfrecht.

Op deze en aanverwante vraagstukken zal ik in dit onderzoek, indachtig de gevonden aard, een antwoord of een basis voor een antwoord trachten te ge-

27. Dit geldt ook voor de (buitenlandse) wetteksten.

ven. Vele andere vragen zouden vanzelfsprekend nog kunnen worden gesteld en zullen de komende jaren ongetwijfeld in de notariële praktijk dan ook nog worden gesteld. De gevonden aard oftewel 'zijn ware aard' kan als richtsnoer dienen voor de denkrichting waarin de oplossing dient te worden gezocht.

Het onderzoek plaats ik in het licht van wat ik zal aanduiden met de '*erfrechtelijke verbintenis*.' De vraag kan immers gesteld worden in hoeverre wij het erfrecht en daarmee de *executele*, gelet op de ruimte die de in art. 6:1 BW neergelegde '*Quint/Te Poel-regel*'<sup>28</sup> geeft, niet nog meer in het ongekende mogelijkheden biedende verbintenissenrecht zouden moeten onderdompen. Al is het maar als een van de '*variae figurae*' zoals '*quasi ex contractu*'. De '*variae figurae*' kunnen in de woorden van Schoordijk<sup>29</sup> immers niet beperkt worden door de wet. Er is dan ook meer tussen de klassieke bronnen van verbintenis als de wet en de overeenkomst. In de woorden van Laarhoven in haar recente dissertatie over '*samenhangende rechtsverhoudingen*':<sup>30</sup>

'Het verbintenissenrecht wordt steeds vloeiender. Leerstukken lopen in elkaar over, bronnen van verbintenissen schuren tegen elkaar aan of schuiven over elkaar heen en afwegingsfactoren zijn vaak dezelfde in en buiten contract.'

Ook uit executele ontspringen (erfrechtelijke) verbintenissen, zo dienen wij steeds voor ogen te houden.<sup>31</sup> De executeur is verplicht tot het verrichten van arbeid (de afwikkeling van de nalatenschap) en de erflater, althans zijn erfgenamen, zijn eventueel verplicht hem hiervoor een loon te betalen. Indien wij deze 'gecompliceerde' erfrechtelijke verbintenis kunnen doorgronden, kan dat ook ons denken over de 'eenvoudige' erfrechtelijke verbintenissen als het legaat<sup>32</sup> of de testamentaire last verder brengen.

Bij de zoektocht naar de aard van de rechtsfiguur executele dreigde ik, op het pad van de erfrechtelijke vertegenwoordiging, verstrikt te raken in het interessante dogmatische debat tussen juridische grootheden als Schoordijk, Sniijders en Kortmann ('Nijmeegse school')<sup>33</sup> over de (notariële) '*kwaliteitsre-*

28. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

29. H.C.F. SCHOORDIJK, Het rechtsbeginsel 'gij zult een ander niet op het foute been zetten' en zijn reikwijdte, WPNR (2007) 6693, p. 44.

30. M.J. van LAARHOVEN, Samenhang in rechtsverhoudingen (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 5.

31. Een voorproefje van het denken in termen van de '*erfrechtelijke verbintenis*'. Een aspirant-erflater vraagt aan 'zijn' notaris tijdens het passeren van een uiterste wilsbeschikking of hij zijn nalatenschap wil afwickelen. De spanning van het verrichten van een rechtshandeling in het schemergebied van erfrecht en overeenkomstenrecht is voelbaar. De notaris knikt instemmend. Overeenkomst of erfrechtelijke verbintenis? Het kenmerk van wat ik noem de erfrechtelijke verbintenis is dat deze verplichtingen tijdens het leven van erflater nog niet bestaan. Dat neemt niet weg dat deze tijdens leven al kunnen 'sluimeren', zoals bijvoorbeeld bij de legitieme portie het geval is. Men kan de term erfrechtelijke verbintenis ook zien als een verzamelterm, te weten de optelsom van alle verbintenissen die uit de bron: 'erfrecht' kunnen ontstaan. De term heeft ook een symbolische betekenis.

32. Vanzelfsprekend kan ook het legaat wederkerige trekjes hebben in de zin dat er twee prestaties verricht moeten worden. Er wordt immers niet voor niets gesproken van het legaat met sub-legaat.

33. Hierbij wilde ik mijn Nijmeegse afkomst zeker niet 'verloochenen', maar zo nu en dan ging ik even van de gebaande Nijmeegse 'vertegenwoordigings'paden. Achteraf viel dat eigenlijk ook

kening' en de daarmee samenhangende vraagstukken over *middellijke* en *onmiddellijke* vertegenwoordiging. Bij de afbakening van dit 'glibberige' begrip-paar<sup>34</sup> zal, gelet op de blik over de grenzen, (mede)<sup>35</sup> uitgegaan worden van de in de *'Principles of European Contract Law'*<sup>36</sup> neergelegde definities. In Nederland is het klassieke continentale vertegenwoordigingsdenken: de 'orthodoxe opvatting' de heersende leer.<sup>37</sup> Of in de woorden van Asser-Van der Grinten-Kortmann (2004):<sup>38</sup>

'De keuze van de wetgever voor een beperkt vertegenwoordigingsbegrip heeft tot gevolg dat de figuur van de middellijke vertegenwoordiging naar thans geldend recht buiten het terrein van de eigenlijke vertegenwoordiging ligt.'

- wel mee. Een gewaarschuwd man telt altijd voor twee. KORTMANN en VERHAGEN spraken in '(Middellijke) vertegenwoordiging: een terreinafbakening, Vertegenwoordiging en tussenpersonen', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, van 'Ketterijen in de doctrine', p. 9 en stelden zich de vraag of VAN SETTEN, L.D., De commissionair in effecten (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998 en MEIJER, S.Y.Th., Middellijke vertegenwoordiging (diss. VU), Deventer: Kluwer 1999, 'Nieuwe kettens (?)' waren, p. 16. H.J. SNIJDERS spreekt in het licht van de vertegenwoordigingsdiscussies in zijn noot onder HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.) van: 'een ander deel der doctrine waaronder met name grofweg heel juridisch Nijmegen'. Hij meldt dat hij in 'het kamp van zijn naamgenoot' W. Sniijders zit.
34. Het 'in naam handelen' in de zin van art. 3:60 BW betreft een 'heilige koe', aldus H.C.F. SCHOORDIJK, Het 'op naam vereiste' bij de vertegenwoordiging honderd jaar na Schlossman, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2000-3, p. 1070.
35. Zeker nu: 'Enkel Nederland een geheel van met de PECL vergelijkbare voorwaarden (kent) waaraan moet zijn voldaan voor de rechtstreekse band tussen de derde en de principaal.', met een Belgische blik CAROLINE CAUFFMAN, De Principles of European Contract Law, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2001-3, p. 1261. KORTMANN EN VERHAGEN, (Middellijke) vertegenwoordiging: een terreinafbakening, Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, wijzen er op dat de Nederlandse regeling in de lastgevingstitel is neergelegd en via de schakelbepaling van art. 7:424 BW een ruimere werking heeft, terwijl de principes bedoeld zijn voor alle middellijke vertegenwoordigingsverhoudingen bij contracten, p.16.
36. Een recente Nederlandse tekst (aangevulde versie) van deze 'Beginselen van overeenkomstenrecht' van de hand van MATTHIAS E. STORME is opgenomen in het Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2005-4, p. 1181-1241. Interessant voor het onderhavige onderwerp is de analogie-gedachte in Artikel 1:107 PECL: 'Deze beginselen zijn van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten om een overeenkomst te wijzigen of te beëindigen, op eenzijdige beloften en op andere gedragingen die een wil aangeven.' Zie voor de omschrijving van de soorten vertegenwoordiging: Artikel 3:102 BW: (1) Handelt een vertegenwoordiger in de naam van een vertegenwoordigde, dan zijn de regels inzake *onmiddellijke* vertegenwoordiging van toepassing (Afdeling 2) Het is zonder belang of de naam van de vertegenwoordigde genoemd wordt op het tijdstip waarop de vertegenwoordiger handelt dan wel nader te noemen is. (2) Handelt een vertegenwoordiger in opdracht en voor rekening, maar niet in naam van een vertegenwoordigde, of weet de derde er niet van, en heeft hij evenmin reden tot weten, dat de tussenpersoon als vertegenwoordiger handelt, dan zijn de regels inzake *middellijke* vertegenwoordiging van toepassing.' (Curs. BS)
37. Zij het dat de discussies over wat 'echte' vertegenwoordiging is, ons soms aan de 'Duitse Theorienstreit' doen denken, waarover hierna in Hfdst. I.C meer.
38. ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-1, De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004, nr. 6. In nr. 35 wordt opgemerkt: 'De bevoegdheid van de executeur om te vertegenwoordigen zouden wij niet als volmacht willen aanmerken.' Inmiddels lijkt ook Schoordijk zich 'enigszins' neergelegd te hebben bij het klassieke continentale vertegenwoordigingsdenken: 'Als het aan mij ligt dan heeft de engelsrechtelijke figuur van de "undisclosed agency" mijn voorkeur, maar mag niet als geldend recht beschouwd worden. Nederland heeft hiermee een rechtspolitieke keus gemaakt. Voorlopig moeten wij ons daar maar bij neerleggen.', aldus Schoordijk, En de Hoge Raad ploegde voort, WPNR (2006) 6662, p. 308. Dat wil niet zeggen dat men niet de grenzen kan opzoeken binnen wat nog 'heersend' is.

De 'Principles' maken het onderscheid overigens wel, maar gaan bij onmiddellijke vertegenwoordiging, net als Kortmann, uit van het 'in naam vereiste'.

De keuze van de Nederlandse wetgever voor het 'in naam vereiste' wordt in beginsel gerespecteerd en zal als vertrekpunt genomen worden bij het onderzoek naar de vraag hoe de (nieuwe) executeur in dit systeem (indachtig de voorliggende dogma's) kan worden 'ingepast'.<sup>39</sup>

Wat een zijpad leek, werd uiteindelijk de hoofdweg.<sup>40</sup> De hoofdweg van het algemene vermogensrecht. Met deze dissertatie trek ik de stoute schoenen aan en meng ik mij, zij het door de erfrechtelijke bril van de 'executeur', in dit debat. Indien wij de ware aard van de executeur kennen, weten wij wellicht ook wie 'gelijk' heeft? En wellicht, zoals bij juridische disputen vaker het geval is, iedereen. Zijn executele en *vertegenwoordiging* synoniemen? Is de executeur (net als de notaris) een 'kwaliteitsrekening' van vlees en bloed. In hoeverre is de positie van een executeur die 'qualitate qua' boedelgelden onder zich heeft anders dan die van de notaris die 'cliëntgelden' houdt? Bestaat er een erfrechtelijke variant op de 'ProCall-casus'.<sup>41</sup> Zo gaf Hof Den Bosch<sup>42</sup> onlangs een executeur de hint om de boedelgelden niet 'thuis in de kluis' te bewaren, doch te storten op:

'een *nieuw* te openen bankrekening ten name van zijn schoonmoeder (lees: de overledene) of op een eigen bankrekening.' (Toev. en Curs. BS)

Hoe dient dit juridisch 'handen en voeten' gegeven te worden en wat is de (erfrechtelijke) status van deze 'bankrekening'?

Overigens is het ook heel interessant om te zien hoe men zich van Belgische zijde in deze Nederlandse discussie van het 'in naam van'-vereiste heeft geworpen.<sup>43</sup>

39. Dat het inpassen van de executeur in de vertegenwoordigingshokjes niet zo eenvoudig is, blijkt uit de constatering van H.F.W.D FISCHER, De voorgeschiedenis van het testament in Nederland, Het Testament, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 31: 'Daar de *onmiddellijke* vertegenwoordiging (Curs. BS) zowel in het Germaanse als in het middeleeuwse recht ontbrak, kon de schenker in zulke gevallen niet aan een gewonen lasthebber opdragen om namens hem de *traditio* te verrichten; als de schenker de *traditio* niet zelf verrichtte, bleef de schenking dus zonder effect'. Voorts meldt hij onder verwijzing naar SCHULTZE, CAILLEMER en R.W.H. PITLO dat uit deze 'zakelijk gerechtigde tussenpersonen' de executeurs-testamentair zijn ontstaan. Meteen komt de gedachte op dat daar waar vertegenwoordiging 'tekortschiet' om het wezen van de executeur handen en voeten te geven er behoefte is aan het bekleeden van de erfrechtelijke tussenpersoon met (afgeleide fiduciaire) eigendom.

40. Dit is niet synoniem aan de 'snelweg' of de snelste weg.

41. HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (WMK) en wat te denken van de Koren q.q./Tekstra q.q. casus, HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (HJS). Zie hierover uitgebreid A. STENEKER, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

42. Hof Den Bosch, 31 januari 2006, LJN AW2564. Door het Hof werd in de procedure 'verwezen' naar het algemene vermogensrecht art. 3:170 BW (beheer), het nieuw erfrecht art. 4:144 BW (beheer van de executeur) en ook impliciet komt het einde van een volmacht, art. 3:72 BW in het licht van executele aan bod.

43. Recentelijk nog M.E. STORME, *Paritas creditorum*, voorrang en roerende zekerheden (1), als onderdeel van het Belgische preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland 2006, nrs. 259-266, Belgisch Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2006-2. Dit nummer 'verscheen' in mei 2007. Niet onvermeld wil ik laten dat ik

Belangrijk is de constatering dat de wetgever zelf aangegeven heeft dat indien men meer wil weten over de vertegenwoordiging door een executeur men in 'Boek 3' te rade moet gaan en wel in de toelichting op de bepaling die handelt over *analoge* toepassing van de regels van *volmacht* op andere vertegenwoordigingsfiguren, art. 3:78 BW. De minister<sup>44</sup> houdt 'wetenschap en rechtspraak' scherp:

'Of overeenkomstige toepassing van een of meer der *niet* in het onderhavige artikel genoemde bepalingen van deze titel in een geval van vertegenwoordiging uit andere hoofde dan volmacht in aanmerking komt, wordt aan *wetenschap* en rechtspraak overgelaten. *Uitgesloten wordt zij niet.*' (Curs. BS)

Dat de minister daarbij zonder meer ook aan executele dacht, blijkt uit het volgende:

'Wel geldt voor de functies van voogd en curator evenals die van bewindvoerder en *executeur*, de regel dat een onbekwame onbevoegd is om *deze* functies te gaan bekleden.' (Curs. BS)

De (vertegenwoordigings)deuren van Boek 3 staan derhalve ook wijd open voor de executeur. Alles dient echter in de context van de 'eigen' regeling te worden gezien, zo leid ik af.

In de 'afrondingsfase' van mijn onderzoek heb ik nog kennis mogen en kunnen nemen van twee baanbrekende *Europees* privaatrechtelijke dissertaties<sup>45</sup>,

→ dit zie als een verdienste van de Belgische rechtscultuur. Een nummer verschijnt pas als het af is, niet als de 'deadline' verstreken is, hetgeen ik als een compliment bedoel aan dit kwalitatief zeer hoogstaande tijdschrift. Zie voorts E. DIRIX en V. SAGAERT, *De kwaliteitsrekening herbezocht*, Belgisch Tijdschrift Privaatrecht (TPR) 2004-1, p. 263-282.

44. MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 304. Wat het bekleden van de functie van executeur betreft, wordt door de minister nog de navolgende opmerking gemaakt: 'Dit neemt echter niet weg dat overeenkomstige toepassing van artikel 3.3.4, lid 1 zin heeft, indien degene die met de functie eenmaal bekleed is, daarna handlingsonbekwaam wordt en vervolgens nog als vertegenwoordiger handelt voordat hij uit zijn functie ontslagen wordt.' Hier blijkt mijns inziens maar weer eens de 'relativiteit van rechtsverhoudingen'. Wel een eigen regeling, maar toch 'reflexwerking'?

45. CAROLINE CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005. De (co-)promotoren ALAIN VERBEKE en JACQUES HERBOTS vinden er in het voorwoord (ix) geen doekjes om: 'Het voorliggende boek bevat een uitmuntende even actuele als exhaustieve, en daarenboven systematisch geïntegreerde rechtsvergelijkende studie van de verbindende eenzijdige belofte. Men zou zonder chauvinisme van een wereldpremier kunnen gewagen, waaraan Europese rechtsgeleerden en rechtspraktizijnen, zowel *de lege lata* als *de lege ferenda*, hun hart kunnen ophalen.' Overigens telt deze unieke arbeid maar liefst 952 pagina's en 4455 voetnoten! Het werk van ILSE SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging* Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005 met als ondertitel: 'Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening' beslaat ook maar liefst 762 pagina's en 2117 voetnoten. Haar promotor merkt in het voorwoord (vii-xi) op: 'Het is één van haar vele verdiensten dat zij als eerste in ons land aan dit moeilijke en zeer complexe onderwerp een diepgaande en tegelijk vernieuwende wetenschappelijke studie heeft gewijd. [...] Gedreven en met beheerste durf roeit zij tegen de stroom in en bepleit zij als dissident het aanvaarden van rechtstreekse aanspraken tussen de derde-partij en de middellijk vertegenwoordigde. [...] Ilse Samoy levert een voldragen en baanbrekende bijdrage tot de rechtswetenschap af en verschaft de lezer een onomzeilbaar standaardwerk in de materie van de vertegenwoordiging. Met dit proefschrift heeft zij de klassieke grenzen van één van de

te weten *'De verbindende eenzijdige belofte'* van Caroline Cauffman, Leuven (2004) en *'Middellijke vertegenwoordiging'* van Ilse Samoy, Leuven (2005), die de hoofdweg nog meer verbreedden. Op executele als zodanig wordt in deze dissertaties niet ingegaan.

#### 4. De executeur in fiscalibus

In Nederland is, bij mijn weten, nog nooit een studie verricht naar de fiscale positie van de executeur. Reden temeer om dit, enkele jaren na de invoering van het nieuwe erfrecht, alsnog te doen, althans de problematiek in ieder geval mee te nemen.

Wat maakt die executeur fiscaal zo interessant? Niet (alleen) dat hij belastingaangiften doet voor derden en belastingaanslagen betaalt met door hem voor anderen beheerde gelden. Het is de vraag naar de fiscale aard van de beloning. Is het een erfrechtelijke verkrijging? Is het een vergoeding voor werkzaamheden? Is het allebei? Is het een bevoordeling? Van wie wordt de 'beloning' ontvangen? En hoe verhouden deze aspecten zich? Meerdere heffingen komen in beeld. Te denken valt aan de *Successiewet 1956*, de *Wet inkomstenbelasting 2001* en de *Wet op de omzetbelasting 1968*. Is er samenloop van belastingen en zijn er desgewenst tegemoetkomingen?

Het feit dat de executeur gelden van derden onder zich heeft, verschaft hem weer een bijzondere positie in de *Invorderingswet 1990* en het feit dat hij 'vertegenwoordigt' brengt ons ook bij de *Algemene wet inzake rijksbelastingen*. Terzijde merk ik op dat de executeurs en de afwikkelingsbewindvoerders ook nog op grote schaal ingezet worden als bouwstenen om fiscaal geïnspireerde testamenten te dragen. Denk immers aan een variant als de 'quasi-wettelijke verdeling'.

Het interessante fiscale spanningsveld dat rond executele opgeroepen wordt, zit ongetwijfeld in het feit dat de beloning voor arbeid 'zweeft' tussen erfrecht en overeenkomstenrecht en dat de executeur als het ware 'zweeft' tussen 'hemel en aarde' oftewel erflater en erfgenamen. Beide bijzonderheden geven de executeur, maar ook zijn beloning een fiscale status aparte. En, zoals hiervoor reeds aangegeven, om antwoord op de fiscale vragen te kunnen geven, zal eerst zijn civielrechtelijke aard gekend dienen te zijn.

Daarnaast maakt de rechtsfiguur executele fiscaal ook zo bijzonder dat het een taak betreft die vaak (en steeds meer) door professionals verricht wordt, maar net zo vaak ook door personen in wat genoemd wordt de 'spel- en hobby'- en/of 'familiesfeer'. Het feit dat een executeur zowel een familiaal als een zakelijk gezicht kan aannemen, maakt het antwoord op de vraag naar zijn fiscale status er ook niet eenvoudiger op. Daar komt bij dat deze verschillende hoedanigheden (notaris-ondernemer en neefje) ook nog wel eens in één persoon verenigd worden.

→ kernleerstukken uit het Verbintenissenrecht verlegd. Haar werk is in mijn ogen uitmuntend en verbluffend origineel. Het debat over de leer van de vertegenwoordiging krijgt hierdoor een nieuwe impuls en wellicht ook nieuwe bakens.'

Dat wat betreft de fiscale uitdaging als verlengstuk van de civielrechtelijke. Hoe moeten wij de 'gecompliceerde erfrechtelijke verbintenis' fiscaal zien?

## 5. Vele wegen leiden naar Duits recht

Waarom de nadruk op de vergelijking<sup>46</sup> met het Duitse<sup>47</sup> recht? Hier zijn vele redenen voor te bedenken. Ik noem er enkele.

### a. *Het taalargument*

De Duitse bronnen zijn zeer toegankelijk.<sup>48</sup>

### b. *De 'onuitputtelijkheid en de Gründlichkeit'*

De Duitse literatuur op het gebied van het burgerlijk recht is onuitputtelijk te noemen. Met Fokkema<sup>49</sup> moet mij van het hart: 'Bij de Duitsers is het daarentegen meestal zo, dat wat je zelf bedenkt, al een keer eerder door hen is gesignaleerd.'

Dit geldt met name op het gebied van de Testamentsvollstreckung, getuige de in dit boek opgenomen literatuurlijst, waarbij ik opmerk: er is nog veel meer. Als ergens de opmerking de Duitse 'Gründlichkeit' op zijn plaats is dan is dit wel hier.

### c. *(N)BW en BGB*

Meijers was enorm geïnspireerd door het Bürgerliches Gesetzbuch. De Duitse geest waart dan ook in ons Burgerlijk Wetboek rond.<sup>50</sup>

46. D. KOKKINI-IATRIDOU, Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek, Deventer: Kluwer 1988, p. 27 wijst er op dat rechtsvergelijking helpt het 'rechtsprovincialisme' te overwinnen. Mag men een executeur wel 'klakkeloos' met een Testamentsvollstrecker vergelijken? Zie hierover C.J.P. VAN LAER, Het nut van comparatieve begrippen, Een studie omtrent de toepassing van begrippen in de rechtsvergelijking (diss. Maastricht), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1997. Ik ga er vanuit dat executele en afwikkelingsbewind enerzijds en Abwicklungsvollstreckung anderzijds zich goed laten vergelijken. Dit is echter geen doel op zich aangezien het hoofdoel van dit onderzoek de aard van de executeur naar nieuw Nederlands erfrecht is. In het kader van rechtsvergelijking van erfrecht verwijs ik naar MATTHIAS REIMANN, REINHARD ZIMMERMANN (redactie), M.J. DE WAAL, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford: University Press 2006, p. 1071-1098 (erfrecht).
47. H.J. SNIJDERS, Toegang tot buitenlands vermogensrecht, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 10, merkt op: 'Het nieuwe BW is ook sterk beïnvloed door andere rechtsstelsels waaronder vooral het Duitse recht.'
48. Met name voor 'Limburgers'? Hoewel dit wellicht ook van het Frans en het Belgisch gezegd zou kunnen worden?
49. D.C. FOKKEMA, rechtsvergelijkend assistent van het 'Driemanschap' NBW (1954-1961) opgetekend in de dissertatie van E.O.H.P. FLORIJN, Maastricht 1995, Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, p. 214.
50. Zij het dat niet onvermeld mag blijven dat 'it seems that he left for a trip to Switzerland to study the new Swiss law the day after he was appointed to recodify Dutch civil law', B.E. REINHARTZ, Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?, vol. 11.1 Electronic Journal of Comparative Law (May 2007), <<http://www.ejcl.org/111/article111-17.pdf>>, p. 10. En: 'French law is also considered but he



Het denken over een erfrechtelijk stelsel staat en valt voor een groot deel met het systeem van de legitieme portie. Het Duitse erfrecht gaat uit van een verbintenisrechtelijke legitieme, het zogeheten 'Pflichtteil'.<sup>51</sup> In het nieuwe erfrecht is ook gekozen voor een dergelijk systeem. Of met de woorden van een Duitse<sup>52</sup> jurist: 'We hebben in Nederland een legitieme gekregen: "nach deutschem Recht"'. Ons oude recht ging (zoals voorheen het Franse stelsel) uit van een goederenrechtelijke legitieme.

Thans merk ik reeds op dat legitieme en testamentenpraktijk communicerende vaten zijn. Een sterke legitieme, een saaie testamentenpraktijk. Een zwakke legitieme, een interessante testamentenpraktijk, met daarin alle ruimte voor executeurs en bewindvoerders.

Aangezien, wat nog al eens vergeten wordt, het Duitse recht onder omstandigheden toch nog een goederenrechtelijke legitieme kent, hetgeen (vernietigende) gevolgen kan hebben voor de Testamentsvollstrecker, is ons nieuwe erfrecht in feite nog 'Duitsers' dan het Duitse recht.

e. 'Abwicklungsvollstreckung' § 2203 en 2204 BGB.

Onder nieuw erfrecht kregen wij de mogelijkheid om de executeur met een *afwikkelingsbewind* te bekleden. De Duitse wetgever gaat als basismodel van Testamentsvollstreckung uit van 'Abwicklungsvollstreckung'. In de literatuur spreekt men van der 'Regelfall'<sup>53</sup> of 'Regeltypus'.<sup>54</sup> Deze variant zal ik als uitgangspunt voor mijn onderzoek nemen, tenzij anders aangegeven. Juridisch buurten bij het fenomeen Abwicklungsvollstreckung mag en moet in 'the new Dutch Law'.<sup>55</sup> In de woorden van Reinhartz: 'On some occasions we

→ didn't find it as interesting as some other legal systems as the old Dutch law of succession resembled the French Code Civil in many ways. Differences could be found for example in the articles on force heirship which didn't favour the strict rules on the reserve of the French Code Civil which were taken over in Belgian law.' Voor details op dit gebied verwijst zij naar Y.M.E. GREUTER-VREEBURG, De codificatie van het erfrecht 1798-1838, Werken der Stichting tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderlandse recht, nr. 16, Zutphen: De Walburg Pers 1987, in welk werk ik lees (p. 85) 'dat met betrekking tot de legitieme de nieuwe wetgeving zich het verst verwijderd van de Code civil. Dit zegt meer over de rest van het erfrecht dan over de legitieme, want in grote lijnen heeft de commissie, in veel gevallen letterlijk, de Code gevolgd.'

51. B.M.E.M. SCHOLS, De legitieme driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal, preadvies KNB, Knelpunten in het nieuwe erfrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 95-171.
52. REMBERT SÜSS, Handbuch Pflichtteilsrecht, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003, p. 830.
53. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 67, MAYER-BONEFELD-WÄLZHOLZ-WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 16.
54. KARL WINKLER, Der Testamentsvollstrecker, Regensburg/Berlin: Walhalla 2005, p. 73.
55. B.E. REINHARTZ, Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?, vol. 11.1 Electronic Journal of Comparative Law (May 2007), < <http://www.ejcl.org/111/article111-17.pdf> >, p. 13 en 14 In het algemeen is zij de mening toegedaan: 'The outline of the parliamentary history as stated above and the various books and articles in legal journals concerning the new law of succession very rarely mention a solution in foreign legal systems as a basis for the development of certain legal solutions in the new Dutch law.' Zij wijst erop (p. 10) dat vooral Duits recht: '(often German Law in particular) has influenced the legislation in the Netherlands.' zoals bijvoorbeeld op het gebied van (p. 11): 'The position of the executor and the testamentary administrator', met dien verstande dat: 'One special question concerns the ability to divide the estate between the

find that foreign law is used to understand the new legal concepts in our code', waarbij, voor het onderhavige onderzoek niet onbelangrijk, de navolgende twee voorbeelden gegeven worden: de 'legatenexecuteur' (Vermacht-nisvollstrecker)<sup>56</sup> en de quasi-wettelijke verdeling (Teilungsanordnung).<sup>57</sup>

Als men in de Duitse literatuur<sup>58</sup> ten tijde van het oude erfrecht de Nederlandse 'Testamentsvollstrecker' een plaats wilde geven, werd nog wel eens van 'bewindvoerder' gesproken. Hierbij dient men steeds in het achterhoofd te houden dat Testamentsvollstreckung in het Duitse systeem niet alleen een zwaar 'afwikkelingskarakter' heeft,<sup>59</sup> maar ook andere kanten. In het nieuwe erfrecht heeft ons testamentaire bewind ook vele gezichten gekregen en kan men ook niet meer spreken van het testamentair bewind in het algemeen. Men zal de strekking van het bewind uitdrukkelijk in de uiterste wil dienen te vermelden.<sup>60</sup> Bijvoorbeeld: *verdeling* van de nalatenschap. De strekking bepaalt immers de rechtsgevolgen. Het onderscheid tussen executele en afwikkelingsbewind is niet altijd even goed te maken. Zeker als men afwikkelingsbewind ook wel als een uitgebreidere vorm van executele ziet. In dit verband past dan ook de term 'grote of verzwaarde executele'. Het bestuderen van de Duitse Abwicklungsvollstreckung kan het denken over ons art. 4:171 BW, de moederbepaling van het afwikkelingsbewind<sup>61</sup> inspireren, zeker als men zich realiseert dat Testamentsvollstreckung, zowel aspecten van executele als van bewind herbergt. Van der Ploeg heeft zich niet voor niets laten ontvallen over de Testamentsvollstrecker: 'de wettelijke regeling van het testa-

→ heirs without their consent after all debts have been paid.' Zij stelt zich de vraag in hoeverre het verschil in rol van de Nederlandse notaris en het Duitse Nachlassgericht bij de afwikkeling van nalatenschappen nog invloed kan hebben op het functioneren van de 'executeurs' oftewel: 'how far should they be entitled to make decisions about the estate without the consent of the heirs.' Onder verwijzing naar VIOLA J.A. SÜTÓ, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – een reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1997, p. 40-43 en p. 61-63, meldt zij (p.10) dat: 'When one looks at the whole of the parliamentary history of the new law of succession, there are for instance 84 references to *German Law*, 34 to *Swiss law*, 42 to *French Law*, and 6 to *Greek Law*' (Curs. BS) Het Griekse recht werd dan ook niet door mij onderzocht.

56. B.M.E.M. SCHOLS, De executeur-testamentair als 'Vermachtisvollstrecker', WPNR (2001) 6436, p. 231-235.
57. B.M.E.M. SCHOLS, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung', WPNR (2004) 6671, p. 225-232.
58. THUYSBAERT/SIELEMANN, Belgische en Duitse aspecten bij Nederlandse boedelscheidingen, Deventer: Kluwer 1980, p. 120 en ASTRID OFFERGELD, *Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers* (diss. Munster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 199.
59. Overigens spreekt men in een Duitse vertaling van ons oude art. 4:1052 BW van 'Testamentsvollstrecker'. NIEPER/WESTERDIJK, *Niederlandisches Bürgerliches Gesetzbuch*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 202. Interessant is ook de Engelse vertaling voor executeur in de zin van ons nieuwe erfrecht Book 4, Title 5, Section 4: 'Personal representative', aldus IAN SUMMER en HANS WARENDORF, *Inheritance Law Legislation of the Netherlands, A translation of Book 4 of the Dutch Civil, procedural provisions and private international law legislation*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 58. Men heeft terecht aandacht voor de persoonlijke relatie tussen erflater en executeur. Voorts spreekt de term 'representative' boekdelen. Book 4, Title 5, Section 7 ('Testamentair bewind) krijgt het opschrift 'Testamentary Administration' en de bewindvoerder wordt: 'The administrator'. Opvallend is ook dat ook het beheer van de executeur in de zin van art. 4:144 BW als 'administration' wordt gezien.
60. B.M.E.M. SCHOLS, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 486.
61. W.D. KOLKMAN, *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* (2002), nr. 5, p. 63 spreekt terecht van 'boetseerartikel'. In feite heeft de wetgever gezegd: 'Maak zelf maar iets moois. Ik heb in deze afdeling al een voorbeeld gegeven.'

mentair bewind is derhalve *door den met de executeele gelegden band zeer volledig* in het Duitsche recht.<sup>62</sup> Aan rechtsvergelijking is derhalve niet te ontkomen. En waarom zou men? ‘Rechtsvergelijking’ maakt immers niet alleen bescheiden:<sup>63</sup>

‘Rechtsvergleichung ist spannend, ist eine Herausforderung, ein Abenteuer, Rechtsvergleichung macht einfach Spass.’

#### *f. De sterke ‘Rechtsmacht’*

In een prille fase van dit onderzoek was ik dan ook meteen onder de indruk van de navolgende conclusie van een Duitse collega:<sup>64</sup>

‘Ein Vergleich der Testamentsvollstreckung des BGB mit dem Recht der Mitgliedsstaaten der EU sowie der Schweiz, Österreichs und der ehemaligen DDR verdeutlicht, dass trotz aller Ansätze, die Position des Erben zu stärken, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers derzeit nach keiner Rechtsordnung so gross, die den Erben verbleibenden Rechte hingegen so gering wie nach derzeitige deutschem Recht sind.’

Deze uitdagende woorden staan niet op zich. Zo klinkt uit een andere recente Duitse dissertatie hetzelfde optimisme:<sup>65</sup>

‘Bemerkenswert und insbesondere auch konfliktträchtig erscheint bei der Testamentsvollstreckung die Tatsache, dass dem Testamentsvollstrecker in der deutschen Rechtsordnung eine so weitgehende Rechtsmacht verliehen wurde wie in kaum einer anderen.’

De boodschap is begrepen. ‘Nergens ter wereld’ zo’n sterke executeur als in Duitsland. Dat nodigt uit. Het kan immers ook anders. Zo gaf Van der Ploeg<sup>66</sup> in zijn dissertatie het andere uiterste aan:

62. PW. VAN DER PLOEG, Testamentair bewind (diss. Leiden), Amsterdam: De Bezige Bij 1945, p. 97: ‘De “verwaltende Testamentsvollstrecker is “Testamentsvollstrecker””, de bepalingen der executele zijn dus op hem toepasselijk; [...]’

63. UWE KISCHEL, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Vorsicht, Rechtsvergleichung! (10), VII. Und die Moral...’, februari 2005, nr. 1, p. 30.

64. ASTRID OFFERGELD, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers (diss. Munster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 231.

65. CAROLIN LAUER, Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse (diss. Würzburg 1999), p. 3. En voor wie er geen genoeg van kan krijgen, BENGEL/REIMANN, München: Beck 2001, p. 2: ‘Kaum eine andere Rechtsordnung hat dem Testamentsvollstrecker eine derart starke Rechtsposition eingeräumt wie das BGB’. En STEPHANI ADAMS, Interessenkonflikte des Testamentsvollstreckers (diss. Bochum 1996), Frankfurt am Main: Peter Lang 1997, p. 1 (noot 6): ‘In kaum einer Rechtsordnung ist dem Testamentsvollstrecker eine so weitgehende Rechtsmacht verliehen wie in der deutschen [...]. Dem ähnlich nur das schweizerische ZGB, Art. 517, 518 [...]. Viel vorsichtiger hingegen das französische – und ihm ähnlich das belgische, niederländische, spanische, portugiesische, italienische und manch sudamerikanisches Recht [...]’. Nogmaals: Zou men buiten de nieuwe Nederlandse executeur gerekend hebben?

66. PW. VAN DER PLOEG, Testamentair bewind (diss. Leiden), A’dam: De Bezige Bij 1945, p. 45.

‘Voor wien echter kennis neemt van het sloopingsproces van de executeele in het Franse recht van vóór den code en van de regeling der executeele, zoals deze geheel in de lijn van dat sloopingsproces in den code is neergeschreven, is het niet twijfelachtig dat de code afwijzend tegenover het testamentair bewind staat.’

Uw onderzoeker aanvaardt de impliciete uitdaging van de Oosterburen. Zou men niet buiten het nieuwe Nederlandse erfrecht gerekend hebben? Zou onze nieuwe executeur zich niet kunnen ontoppen tot de sterkste executeur van Europa? Om hier zeker van te zijn zullen wij eerst de aard van onze eigen executeur dienen te onderzoeken. Wie zijn ware aard kent, kent zijn sterkte, maar ook zijn zwakheden en kan met het oog daarop maatregelen treffen. Daarnaast zal de omgeving van de executeur onderzocht dienen te worden. De erfrechtelijke cultuur waarbinnen zijn bevoegdheden worden uitgeoefend. Wie zijn de tegenspelers en wat zijn hun bevoegdheden?

Indien men een onderzoek naar executele verricht, mag het rechtssstelsel waar de executeur een zeer sterke positie heeft, vanzelfsprekend niet ontbreken. ‘Germania docet’? Kennisneming van de Duitse ‘Theorienstreit’ om de ware ‘Rechtsnatur’ te ontcijferen is ter verwerving van een goed inzicht in de voorliggende materie onontbeerlijk. Wat de Testamentsvollstrecker verder tot een interessant onderzoeksobject maakt is:<sup>67</sup>

‘den Umstand, dass das Institut mit seinen Wurzeln zugleich in das germanische Sachen-, Schuld- und Erbrecht hineinragt.’

Zou de executeur naar nieuw Nederlands erfrecht eveneens wortels in het *goederenrecht*, het *verbintenissenrecht* als in het *erfrecht* hebben? Het erfrechtelijk lijdend voorwerp via de gelaagde structuur benaderen ligt voor de hand.

### *g. De ‘steuerliche’ belangstelling*

In Duitsland bestaat in tegenstelling tot in Nederland, een warme belangstelling voor de *fiscale* positie van de executeur, en met name voor de fiscale behandeling van zijn beloning. Ook dit hangt ongetwijfeld samen met zijn sterke en dus ook belangrijke positie. Vaak gaat het bij de Duitse executeurbeloningen om ‘grote bedragen’ en derhalve ook om dienovereenkomstig grote fiscale belangen. In Duitsland zijn deze belangen, gelet op hun vele fiscale geschriften, reeds onderkend.<sup>68</sup>

67. ALFRED SCHULTZE, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner 1895, ‘Vorwort’.

68. Er wordt zelfs een Europese dimensie aan gegeven. Zie ANJA VASSEL-KNAUF, EU-Kommission: Die deutschen Vorschriften zur Besteuerung der Leistungen von Testamentsvollstrecker verstossen teilweise gegen EU-Recht, *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis* (Zerb), mei 2006, nr. 5. p. 146-149. Zie bijvoorbeeld ook CHRISTIAN KIRNBERGER, *Die steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckungsvergütung* (diss. Passau), Frankfurt am Main: Peter Lang 1998.

## 6. 'Executeur-testamentair'. Dekt de vlag de 'romaans-germaanse' lading?

Een intermezzo. Welke aanduiding is te prefereren voor iemand die met de 'executele' van een nalatenschap is belast? Onder het oude recht sprak de wetgever in zijn opschrift van de dertiende titel van Boek 4 van 'uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen',<sup>69</sup> terwijl in de testamentenpraktijk gesproken werd en nog steeds gesproken wordt van 'executeur-testamentair'. Ook spreekt de juridische leek in de volksmond graag van 'executeur-testamentair' of siert zich graag met deze gewichtige titel. Onder het oude erfrecht sprak art. 8 van de Successiewet 1956 van 'executeur-testamentair', terwijl art. 72 SW 1956 weer gewag maakte van 'uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen'. De wetgever spreekt in het nieuwe Boek 4 kortweg van 'executeur'. Ook in het Groene Boek van Meijers luidde het opschrift reeds 'executeurs', maar daarbij maak ik de kanttekening dat Meijers in zijn toelichting ook wel eens de term executeur-testamentair liet vallen.<sup>70</sup> In de nieuwe Wet op het notarisambt (Wna) verscheen in art. 20 (althans in eerste instantie) toch weer 'executeur-testamentair'. De wetgever was derhalve inconsequent met het geven van een naam aan deze functionaris uit de boedelpraktijk. Hierin moest verandering komen en de aanpassingswetgeving<sup>71</sup> op grond van het nieuwe erfrecht en schenkingsrecht was dan ook een niet te missen kans, zij het dat over de hele linie de term 'executeur' wordt gebruikt in plaats van de veel charmantere term 'executeur-testamentair', waarover hierna meer. Nu het nieuwe Boek 4 de term executeur hanteert kan de wetgever in ieder geval niet tegengeworpen worden dat hij bij het aanpassen inconsequent te werk is gegaan.<sup>72</sup> Voor zich sprekend in deze is de in het Zwitserse recht gehanteerde term '*Willensvollstrecker*'.

Ook bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 is in de parlementaire geschiedenis het probleem van de terminologie aan de orde geweest.<sup>73</sup> De commissie Erfrecht wees er op dat het niet consequent was dat men in sommige bepalingen in het oude Boek 4<sup>74</sup> sprak van uitvoerder en in andere weer van executeur. De leden van de CDA-fractie wezen er op dat de term executeur meer is ingeburgerd. De minister vond ook dat er sprake moest zijn van consequent gebruik van de termen, maar nu het nieuwe erfrecht toch voor de deur stond, we ook nog wel even konden wachten. Hij had eens moeten weten dat deze overgangssituatie toch nog elf jaar geduurd heeft.

69. De Commissie Erfrecht van de KNB heeft de wetgever behoed voor het inconsequent gebruik van de term 'executeur' (in art. 4:1053) en van de term 'uitvoerder' (in art. 4:1059), Rapport van april 1984 inzake w.o. 17 896, de aanpassingswetgeving in verband met de invoering van de Boeken, 3, 5 en 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, p. 6.

70. TM, p. 315.

71. Zie bijvoorbeeld MvT 27 245, nr. 3, p. 11.

72. B.M.E.M. SCHOLS, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 450.

73. Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, p. 357 en 358.

74. Zie de art. 4:1039 en 4:1059 oud BW.

De tijd zal leren of de leer strenger is dan de praktijk. In navolging van de wetgever – en korthedshalve – zal ik in beginsel overal spreken van ‘executeur’.<sup>75</sup>

De term ‘uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen’ is in zoverre ongelukkig gekozen, dat hier de vlag de lading niet geheel dekt. Er zijn immers voor hem meer taken weggelegd dan alleen het uitvoeren van de uiterste wilsbeschikking.<sup>76</sup> Ook in het geval dat geen andere uiterste wilsbeschikking is gemaakt dan de executeurbenoeming is er genoeg te doen voor de executeur.<sup>77</sup> In zoverre is de term executeur weer gelukkiger gekozen dan de term ‘executeur-testamentair’. Dit was overigens ook de achtergrond voor de uiteindelijk ingreep van de wetgever.<sup>78</sup>

‘Volgens de wet is hun geen andere taak toebedeeld, dan het toezien op het uitvoeren van uiterste wilsbeschikkingen. In de praktijk zijn zij degenen, die de boedel vereffenen, d.w.z. niet alleen de legaten, maar ook de schulden voldoen en voor een en ander zo nodig de goederen verkopen. In verband met deze ruimere taak worden de bedoelde personen in het ontwerp ook niet meer uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, maar kortweg executeurs of *boedelvereffenaars* genoemd.’ (Curs. BS)

Overigens heeft ook zijn Duitse collega<sup>79</sup> ‘der Testamentsvollstrecker’ hetzelfde probleem, ook hier geldt dat hij meer taken heeft dan alleen de ‘Vollstreckung’ van het ‘Testament’. Het Belgisch Burgerlijk Wetboek spreekt in art. 1025 BW van ‘uitvoerders van zijn uiterste wilsbeschikking’, waarbij ik de kanttekening plaats dat de taken van de Belgische ‘executeur’ zeer beperkt zijn.<sup>80</sup>

Als men toch blijft zoeken naar een verdediging van de term ‘executeur-testamentair’ onder het nieuwe recht, zou men hiervoor aansluiting kunnen vinden bij de vorm, de wijze waarop de executeur benoemd wordt. Dit dient immers ‘testamentair’, bij uiterste wilsbeschikking, te geschieden. Wellicht ver gezocht, maar het dient in ieder geval de erfrechtelijke folklore. En rechtshistorisch gezien zijn ‘testament’ en executeur onlosmakelijk aan elkaar verbonden. Gezien deze verwantschap tussen ‘uiterste wil en executele’, kan ook niet aan een beschouwing over de aard van de uiterste wilsbeschikking naar nieuw erfrecht ontkomen worden. Immers:<sup>81</sup>

‘De executeur is niet meegebracht door het testament, maar het testament is voortgekomen uit de executele [...]’

75. RENÉ JUCHLER, *Anfang und Ende der Willensvollstreckung* (diss. Zurich) 1999, p. 19 geeft met betrekking tot de aanverwante termen Vollstrecker en Exekutor een ‘waarschuwing’ af: ‘diese Bezeichnungen tragen jedoch etwas Ultimatives, ja sogar fast Gewalttatiges in sich und erinnern eher ans Betreibungs- denn ans Erbrecht.’

76. MvA I, 3771, nr. 133, p. 58.

77. Vergelijk PITLO/VAN DER BURGHT, *Erfrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1997, p. 251. Zie ook RENÉ JUCHLER, *Anfang und Ende der Willensvollstreckung* (diss. Zurich) 1999, p. 19, die spreekt van de Generalexekutor die als taak heeft: ‘die gesetzliche Erbfolge zu vollziehen.’

78. MvA I, 3771, nr. 133, p. 58.

79. Zie bijvoorbeeld § 2204 BGB.

80. Zo laten op grond van art. 4:1031 (oud) BW de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen de nalatenschap verzegelen, indien er onder de erfgenamen minderjarigen zijn. Dit zou ook kunnen spelen zonder dat er een uiterste wil is die uitgevoerd dient te worden. De praktijk spreekt van testamentuitvoerder.

81. R.W.H. PITLO, *De ontwikkeling der executele* (diss. Leiden) 1941, p. 95.

Zou men hierover nog mogen twijfelen. De 'executeur' van vlees en bloed is de geestelijke vader van het 'testament'.

In de 'Dikke Van Dale' wordt executeur-testamentair<sup>82</sup> weergegeven als uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen. In het juridisch woordenboek van Fockema Andreae's is dit eveneens het geval. Executele wordt aldaar weergegeven als 'bewind' over een nalatenschap, boedel, als executeur-testamentair'. De term executele zal ik in dit onderzoek niet alleen gebruiken ter duiding van het geheel van rechten en verplichtingen van de executeur, zijn 'bewind' over de nalatenschap, maar ook ruimer: als 'de erfrechtelijke toestand' die ontstaat door de benoeming van een executeur. De 'Dikke van Dale' spreekt bij executele van functie, taak van een executeur-testamentair. In de praktijk werd de term van executeur nog al eens gecombineerd met die van boedelbe-redderaar. Men ontkomt dan ook niet aan de vraag of het overgangsrecht zelfs dit erfrechtelijk ontaarde monstrum alsnog een 'aard' heeft gegeven.

Voor wie niet alleen geïnteresseerd is in de aard van het beestje, maar ook in zijn naam volgt hier het 'rijtje van Caillemers'<sup>83</sup> ofwel le nom des exécuteurs testamentaires 'dans toute l'Europe romano-germanique':

'deleemosynarius, wadiator, wadiarius, guadiator, guadiarius, gadium, tutores, spondarius, Vormund, mundibordius, Momper, advocatus, fidejussor, manu-missor, cabecalero, erogator, dispensator, distributor, fideicommissarius, execu-tor, salmann, manufidelis (Treuhand), manutercii, suffragator, legatarius, de-legator, testator, ordinator, Totester, Seelgerähter, Geschäftspfleger.'

Wellicht zegt de naam niets over de inhoud en blijkt het wellicht mee te vallen met de verschillen binnen Europa. De afwikkelingsproblematiek als zodanig zal toch niet veel anders zijn?<sup>84</sup>

82. Enige Googhaanse informatie (augustus 2006): De zoekterm 'executeur-testamentair' le-verde 17.300 treffers op. De term 'executeur'. 391.000, 'executele' slechts 532, 'Testamentsvoll-strecker' 156.000, 'Testamentsvollstreckung' 155.000 en de testamentuitvoerder moet het doen met 302 treffers.

83. ROBERT CAILLEMER, L'exécution testamentaire, Thèse pour le doctorat Lyon 1901, p. 112-127, RUDOLF HUBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Neudruck der 5. Auflage Leipzig (1930), Aalen: Scienta Verlag 1969, p. 797, merkt in een 'uittreksel' van dit rijt-je op 'und wie sie sonst genannt wurden, zur Zeit des Mittelalters in allen Gegenden des Abendlandes [...].'

84. Blijkbaar heeft men in het Noorden de executeur harder nodig dan in het Zuiden. Waarom? Op 3 april 1823 schrijft de Minister van Justitie aan 'den Koning' een memorie waarin ook de gedachten van de 'Kamer' ten aanzien van de bevoegdheden van de executeurs worden be-handeld: 'Vraagpunt 46-51. Omtrent de magt, welke aan testamentaire executeurs moet wor-den toegestaan, loopen de begrippen der Noordelijke en Zuidelijke inwoners zeer uiteen. In de Noordelijke provincien, alwaar de fortuinen grootendeels in roerende kapitalen of han-delshuizen bestaan, alwaar de vereffening en verdeling van nalatenschappen aan veel om-slagtigheid kan onderhevig zijn, is het eene noodzakelijkheid geworden, om de executeuren eene uitgestrekte magt toe te staan, ten einde de deelgenoten voor processen en schaden te beveiligen. Die noodzakelijkheid bestaat wellicht niet zoo dringend in de Zuidelijke Provin-cien, en de Minister gelooft derhalve [...]'. Men koos uiteindelijk een middenweg tussen Noord en Zuid, waarbij het aan erflater overgelaten werd en er derhalve de facto 'regionaal' maatwerk mogelijk was. Kenbaar uit: E.M. MEIJERS, De rechten en verplichtingen van den executeur-testamentair II (Slot), WPNR (1912) 2228, p. 426

## 7. Het maatschappelijk ‘gevoel’

Als men zich ‘inleest’ in de meer rechtshistorische werken<sup>85</sup> over de positie van de executeur door de eeuwen heen, is het gevoel dat als een gemeenschappelijke noemer blijft hangen, althans in ieder geval bij mij, dat er aan de ene kant maatschappelijke behoefte<sup>86</sup> is aan een *persoonlijke* relatie: een vertrouwensrelatie tussen erflater en executeur en aan de andere kant behoefte is om de executeur de broodnodige macht te geven. Dit gebeurt in de vorm van een ‘dual ownership’<sup>87</sup> (erfgenamen én executeur) of zo men wil ‘Treuhandgedachte’ (fiduciaire eigendom) met vanzelfsprekend allerlei varianten hierop, waar de ene keer meer de nadruk ligt op vertegenwoordiging en de andere keer meer op (het afsplitsen van) eigenaarsbevoegdheden.

Niet juridisch gezegd: er lijkt een basale maatschappelijke behoefte te zijn, en wellicht een ‘oergevoel’ om met behulp van ‘*macht op basis van vertrouwen*’ een nalatenschap te mogen en te kunnen afwikkelen, waarbij de ‘(vermoedelijke) wensen’ van de overledene en derhalve primair diens belang centraal staan. Het is zijn vertrouwenspersoon, niet die van de erfgenamen. Het gaat om zijn goede naam bij ‘zijn’ (voormalige) schuldeisers, waaronder bijvoorbeeld ook begrepen ‘zijn begrafenisondernemer’. Niet, althans niet in eerste instantie, om de goede naam van de erfgenamen. Erflater hecht er aan dat zijn schuldeisers keurig<sup>88</sup> voldaan worden, juist op het moment dat hij hier zelf niet meer voor kan zorgdragen. Het belang van erflater gaat in beginsel voor op de belangen van de erfgenamen. Het betreft de afwikkeling van een vermogen in overgang, en wel van de erflater op zijn erfgenamen, en in die ‘volgorde’. Dat neemt niet weg dat de erflater de mogelijkheid heeft om de belangen van de erfgenamen te laten prevaleren of mee te laten wegen. Denk bijvoorbeeld aan toestemmings- of overlegvereisten. Ergens eindigt de invloed van de erflater en eindigt logischerwijs ook de ‘macht’ van de ‘executeur’. Dat is het moment dat hij ‘rekenplichtig’ wordt jegens de ‘nieuwe eigenaar’. Het

85. Zie bijvoorbeeld RUDOLF HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Neudruck der 5. Auflage Leipzig 1930, Aalen: Scienta Verlag 1969, p. 799, die wat de Testamentsvollstreckter betreft en derhalve voor het Duitse recht de Treuhandgedachte sterker laat doorklinken dan de Franse mandaatgedachte.

86. ALFRED SCHULTZE, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner 1895, houdt in zijn ‘Vorwort’ de navolgende interessante beschouwing: ‘Der Gedanke, dem letzten Willen einen nicht durch ein eigenes Interessen beeinflussten, unparteiischen Wächter und Vollzieher zu geben, liegt nicht so fern und hat wohl im Rechtsleben aller Völker, bei denen die Verfügung auf den Todesfall sich eingebürgert hat, in irgend einer Weise Vertretung gefunden. Den vollkommensten Ausdruck für diesen Gedanken, die Form, in welcher er vorwiegend im Recht der modernen Kulturvölker auftritt, hat das Mittelalter im Gestalt der “Testamentsvollstreckung” geschaffen. Diese, im Kern germanisch, aus der germanischen “Treuhand” abgeleitet, hat in kanonischen und in römischen, bei der Romanisirung hinzugetretenen Elementen die zweckdienliche Ergänzung erhalten. Alle drei Rechte haben sich hier einmal ungezwungen und, ohne dass das eine vom anderen beeinträchtigt worden wäre, zusammengefügt.’ Een extra argument om de Testamentsvollstreckung als grondvorm te gebruiken bij de bestudering van de executele.

87. Zie C.Æ. UNIKEN VENEMA, DW. Aertsen, De Trust, Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht, NTBR 2005, 55, p. 329.

88. Een wetgever mag er op vertrouwen dat erflater ‘zijn’ schuldeisers in de ruimste zin des woords in beginsel zal willen voldoen. Iets genuanceerder ligt dit ten aanzien van ‘legitimissen’, zou men denken.



vermogen in overgang moet immers conform de wensen van de erflater ‘afgeleverd’ worden bij de ‘nieuwe’ eigenaren. Kortom, de erflater offreert<sup>89</sup> (en vertrouwt), de executeur aanvaardt (en beschaamt niet) en de erfgenaam wacht (dankbaar) af. Is dat de gedachte?

Ieder zichzelf respecterend rechtsstelsel zal proberen de hierboven geschetste behoeften van erflaters te bevredigen, maar ook, zij het ‘in alle redelijkheid’, diens te bevredigen. Dat het vertrouwen in de executeur de basis is voor de rechtsfiguur executele en dat dit ook niet beschaamd mag worden, blijkt overduidelijk uit de beschouwingen van de meervoudige Strafkamer van Rechtbank Dordrecht van 7 oktober 2006<sup>90</sup> over het fenomeen ‘executeur-boef’, de keerzijde van de erfrechtelijke medaille. Misbruik wordt gestraft:

‘Wanneer bij testament een executeur-testamentair wordt benoemd zijn de erven van de nalatenschap van de overledene *grotendeels afhankelijk* van de werkzaamheden van de executeur-testamentair. Dit betekent dat de *betrouwbaarheid* van deze persoon *boven elke twijfel verheven* dient te zijn. Verdachte heeft dit in hem te stellen vertrouwen op buitengewoon grove wijze beschaamd. Een forse bestraffing is dan ook zeker op zijn plaats.’ (Curs. BS)

Inderdaad. De rechtbank veroordeelde de executeur tot een gevangenisstraf van een jaar.

De werkhypothese is om uit deze ‘macht op basis van *vertrouwen*’ (uit te oefenen in het belang van erflater) een genus als rechtsfiguur te destilleren,<sup>91</sup> die liefst niet alleen zijn wortels in het erfrecht heeft, maar ook breed gedragen wordt, derhalve door het algemene vermogensrecht. Dat is de reden dat ik de term *erfrechtelijke verbintenis*<sup>92</sup> gebruik. Het is het verbintennisrecht<sup>93</sup> dat voor de broodnodige flexibiliteit zou kunnen zorgen in het erfrecht.<sup>94</sup>

89. Aangezien erflater tot het moment van overlijden het vertrouwen nog geruisloos moet kunnen ‘opzeggen’, is hij tot zijn overlijden wat zijn aanbod betreft nog niet ‘mededelingsplichtig’. Soms is bespreking van de werkzaamheden wel wenselijk, zij het op vrijwillige basis.

90. Rechtbank Dordrecht, Notafax 2006, 246. Dat het ‘menens’ was blijkt wel uit een passage uit de strafmotivering: ‘Verdachte heeft zich, in zijn hoedanigheid van executeur-testamentair van een nalatenschap schuldig gemaakt aan verduistering van in totaal bijna 230.000 euro. Verdachte boekte in een periode van slechts enkele maanden forse geldbedragen over vanuit de nalatenschap naar eigen rekeningen of naar rekeningen van familieleden. Verdachte heeft zijn taak misbruikt voor zijn eigen verrijking. Op buitengewoon geraffineerde wijze werden de verrichte transacties verdoezeld voor de erven van de nalatenschap.’

91. Of desnoods en oneerbiedig gezegd (trachten) er op te ‘plakken’

92. In zoverre zou men executele kunnen zien als de *verbinding* tussen ‘leven en dood’.

93. Dat neemt niet weg dat er ook gerechtvaardigde behoefte kan zijn aan goederenrechtelijke bescherming, bijvoorbeeld van de erfgenamen in geval van faillissement van de executeur.

94. Men had reeds meer dan honderd jaar geleden oog voor het feit dat de flexibilisering van het erfrecht uit het ‘Obligationenrecht’ moest komen, zij het met betrekking tot de Duitse Treuhand: ‘Die Romanisierung gab dem Institut im Testament ein einheitliche, erbrechtliche Grundlage. Die langobardische Treuhand war auf dem Boden des Sachenrechts entstanden. Sie hatte dann auch, nicht ohne Schwierigkeit und nur an vereinzelt Stellen, im Obligationenrecht Terrain gewonnen. [...] Jetzt, nach der Romanisierung, galt für sie alle die gleiche Begründungsform, die einseitige testamentarische Anordnung, und es konnte deshalb auch die *obligatorische Seite* der Treuhandkompetenz sich nunmehr *viel freier* und ergiebiger erfalten’ (Curs. BS), aldus ALFRED SCHULTZE, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner 1895, p. 212.

Het gebruik van de woorden erfrechtelijke verbintenis heeft ook een symbolische betekenis. Met de combinatie van deze twee woorden wordt de behoefte geduid om de denkbeeldige<sup>95</sup> muur, die onder het oude erfrecht om Boek 4 stond, af te breken. Hiermee wordt voorzichtig getracht om een brug te slaan tussen twee werelden: erfrecht en algemeen vermogensrecht, met daarbij 'executele' als lijdend voorwerp.

Eerst 'terug' naar het oude erfrecht.

## 8. Knelpunten onder het oude erfrecht

De wet van 1838 gaf in deze niet alleen nagenoeg geen aanwijzingen over de aard, maar was voor de notariële praktijk überhaupt een bron van ergernis. Regeringscommissaris Wiersma<sup>96</sup> draaide dan ook niet om de hete brij heen:

'Dat de regeling van de executele in het geldende wetboek hoogst gebrekkig en onvolledig is, is een feit zo bekend, dat ik het nauwelijks meer durf te noemen.'

Wat de regeling van de executele onder het oude recht betreft, moet mij vooraf van het hart dat de dertiende titel van het oude Burgerlijk Wetboek altijd een zeer rommelige indruk heeft gemaakt. De regeling deed aan als 'slecht vertaald Frans'. De conclusie van de Belgische collega's komt overigens de typering van Wiersma zeer nabij, zij het met betrekking tot hun eigen regeling: 'De huidige wettelijke regeling wordt gekenmerkt door haar beknopt, lacuneus karakter en haar gebrek aan logische ordening, hetgeen aanleiding gaf en geeft tot talloze betwistingen in rechtsleer en uiteenlopende rechtspraak.'<sup>97</sup> Dat de Belgen er ook zo over denken is niet vreemd als men zich realiseert dat onze executeur-testamentair net als de Belgische, van huis uit Franse wortels heeft.

Dat de regeling van de executele onder het oude erfrecht nooit goed uit de verf is gekomen had onder meer de volgende redenen:

a. de gebrekkige en onduidelijke regeling en de wijze waarop daarmee in de praktijk werd omgegaan. Wie wist wat de bevoegdheden van een 'boedelbe-redderaar' waren? Om maar te zwijgen van de juridische duiding van de term 'bezit'. Mocht hij goederen van de nalatenschap zonder medewerking

95. In theorie bestond de muur wellicht na 1992 niet meer, maar dat neemt niet weg dat deze muur 'tussen de oren' van de praktijkjurist nog steeds niet gevallen was. Hetgeen overigens ook gold voor uw onderzoeker. Tijdens zijn onderzoek zag hij hier en daar wel al wat lichtstralen door de spelonken komen. De tijd dat Boek 4 nagenoeg op zichzelf stond ligt nog niet zo heel lang achter ons. Er kunnen zich in de praktijk allerlei vraagstukken voordoen die de erfrechtelijke wetgever of kamergeleerde met al zijn juridische fantasie niet heeft kunnen voorzien. Wie dan de weg weet in de vermogensrechtelijke infrastructuur van het Burgerlijk Wetboek kan steeds teruggrijpen op de algemene spelregels van ons vermogensrecht, al is het maar als steuntje in de rug ofwel als gereedschap voor het opzetten van een op *analogische* leest geschoeide redenering.

96. Parl. Gesch. Vast., p. 828.

97. D. VAN GRUNDERBEECK, *Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen*, in *Commentaar Erfenissen, Schenkingen en Testamenten*, Antwerpen: Kluwer 1997, p. 151.

- van de erfenamen te gelde maken? (Hof Amsterdam 8 september 1995, NJ 1995, 700);
- b. de sterke (*goederenrechtelijke*) positie van de *legitimar*is onder het oude erfrecht (HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 (EMM; Bünker/Amsterdamsche Bank);
  - c. de mogelijkheid om door middel van een *beneficiaire aanvaarding* de positie van de executeur te verzwakken;
  - d. de *privatieve* werking van 'het bezit' was niet gecodificeerd;<sup>98</sup>
  - e. de regeling van de *beloning* van de executeur was 'manipuleerbaar' en onwerkbaar (2,5% en 1,5 % van respectievelijk de ontvangsten en de uitgaven), art. 4:1068 oud BW;
  - f. een *notaris* mocht in zijn eigen akte niet tot executeur benoemd worden, zo werd geleerd.<sup>99</sup> In het verlengde hiervan bestond ook veel onduidelijkheid over de dubbelrol 'executeur-boedelnotaris'.

En nog belangrijker: niemand 'wist' wat de 'ware' aard van executele was. In de doctrine werden wel voorzetten gegeven, doch een uitgesproken mening was er niet. Dagelijks merkt men de naweën hiervan in de praktijk. De onderzoeker weet wat hem te doen staat. Overigens spraken de aanduidingen die de executeur zich onder het oude erfrecht moest laten welgevallen alleen al boekdelen: 'individu zonder enig nut', 'ladder zonder sporten', 'deerlijk gekortwiekte vogel', 'vleugellam' en zelfs 'misbaksel'.<sup>100</sup>

## 9. Soorten 'executeurs'

### 9.1 *Executeurs met en zonder beheer, en afwikkelingsbewindvoerders*

Voor een goed begrip van de werking van de regeling van de executele en om de bevoegdheid van de executeur te kunnen bepalen is het onder het nieuwe erfrecht van groot belang steeds een onderscheid te maken tussen de verschillende soorten executeurs, waarbij ik opmerk dat een afwikkelingsbewindvoerder géén executeur is in de zin van afdeling 4.5.6 BW. Dit neemt niet weg dat in materiële zin de verwantschap in aard groot kan zijn. Beide rechtsfiguren zijn immers geschreven op de afwikkeling van nalatenschappen. Zelfs als dit in materiële zin zo blijkt te zijn, blijft het maken van een onderscheid in formele zin steeds een must, en wel met name in het licht van de regeling van de legitieme portie, waarover hierna in Hfdst. III.D.1 meer.

Indien men in de praktijk in aanraking komt met een executeur is het in ieder geval zaak om zijn bevoegdheden te 'controleren' en de executeur de juiste juridische 'status' te geven, waarbij het overgangsrecht steeds een grote rol speelt. De ene 'executeur' is immers de andere niet, om over de boedelbe-

98. MvA I 3771, nr. 133, p. 68.

99. Bij dit knelpunt speelt ook een rol de invoering van de nieuwe Wet op het notarisambt (Wna) op 1 oktober 1999.

100. Zie respectievelijk ASSER-VAN DER-PLOEG-PERRICK 1996, nr. 554, PITLO/VAN DER BURGHT 1997, p. 255, KASDORP e.a., Deventer: Kluwer 1998, p. 82, MEIJERS, WPNR (1912) 2227.

redderaars nog maar te zwijgen. Er zijn drie categorieën.<sup>101</sup> Over hun taken thans slechts enkele inleidende opmerkingen.

## 9.2 De executeur zonder beheer

Indien men de bevoegdheden die de wetgever aan een executeur toedicht in beginsel te ver vindt gaan en geen enkele ‘financiële inmenging’ van de executeur wenst, dient de testateur in zijn uiterste wilsbeschikking de executeur ‘uit te kleden’ en het beheer over de goederen van de nalatenschap te ontnemen. Vervolgens kan de testateur de executeur bepaalde taken opdragen zoals het verzorgen van de uitvaart of het vernietigen van dagboeken of bepaalde brieven. Zo spreekt men in de praktijk van ‘begrafenisexecuteur’.<sup>102</sup> Deze aan de executeur (eventueel) op te dragen taken kunnen op grond van art. 4:130 BW gegoten worden in de vorm van een op de executeur rustende testamentaire last.

De nieuwe erfrechtelijke techniek is tegenovergesteld aan de techniek van het oude erfrecht. Onder het oude erfrecht moest men de executeur in het testament aankleden met het recht van *bezit* en onder het huidige erfrecht heeft hij het *beheer* van *rechtswege*.

101. In vakjargon worden de executeurs om het onderscheid in kracht te benadrukken nog wel eens van ‘sterren’ voorzien. Zie B.M.E.M. SCHOLS, Van Mourikbundel, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur, Deventer: Kluwer 2000, p. 277-283. De begrafenisexecuteur\* krijgt één ster, de beheersexecuteur\*\* krijgt twee-sterren en de turbo-executeur\*\*\* drie-sterren. De laatste wordt ook wel executeur-afwikkelingsbewindvoerder genoemd. W.D. KOLKMAN, Schulden der nalatenschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 57, noot 226, maakt melding van het feit dat er in het verleden executeurs waren (‘zweckgebundenes Sonderigentum’) waarbij Bernard Schols zelfs sterren te kort zou komen. Zou hij een vier-sterren-executeur in gedachten hebben? Niet iedereen deelt onder nieuw erfrecht sterren uit aan de executeurs, A.H.N. STOLLENWERCK, Alleen de Guide Michelin geeft drie sterren!, Podium FTV oktober 2004, p. 3-5, die opmerkt: ‘Hoe zo’n begrip als driesterren-executeur een eigen leven kan gaan leiden, blijkt uit het feit dat op cursussen wel eens wordt gevraagd waar men in de wet de driesterrenexecuteur kan vinden.’

De ‘drie-sterren-executeur’ is overigens ook reeds opgedoken in een beschikking van de Kantonrechter te Zwolle, 7 juli 2003, NJ Kort 2003, 82. Dit laatste tot ergernis van LUIJTEN en MEIJER, Nieuw Erfrecht jurisprudentieoverzicht april 2004, nr. 2, p. 27 die van het hart moet: ‘dat het gebruik van termen als “executeur-afwikkelingsbewindvoerder” en “driesterren-executeur” beperkt moet blijven tot leerboeken, waarin aan de hand van deze termen – duidelijk – de verschillen tussen mogelijke bevoegdheden van executeurs uitgelegd kunnen worden. Noch in uiterste willen, noch in rechterlijke uitspraken horen deze termen echter thuis, men gebruike daar de wettelijke omschrijvingen.’

Een felle aanval op de bevoegdheden van de ‘drie-sterrenexecuteur’ kwam uit de Leidse hoek. Zie W.G. HUIJGEN, Verdeling door de executeur-afwikkelingsbewindvoerder, WPNR (2004) 6587. Al eerder: W. KLEYN, Wat zijn de mogelijkheden voor een afwikkelingsbewindvoerder om zelf te verdelen?, JBN 2003 nr. 24, p. 3-4. A.H.N. STOLLENWERCK heeft zich blijkens zijn bijdrage in Podium, FTV 2006, 52, ‘Ook de rechter geeft drie sterren’, neergelegd bij de ‘macht’ van een driesterrenexecuteur: ‘Ik gun de voorstanders van de ruime opvatting graag hun triomf. De rechter heeft zich immers ten gunste van hen uitgesproken.’

102. H.F.W.D. FISCHER, De voorgeschiedenis van het testament in Nederland, Het Testament, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 32 meldt over de uitbreiding van de taak van de executeur door de eeuwen heen: ‘in het bijzonder ook waren zij belast met de regeling van de begrafenissen volgens de aanwijzingen van hun opdrachtgever’.

De beheersexecuteur heeft een in de wet uitgewerkt 'kant en klaar'-pakket van bevoegdheden en verplichtingen. Het is van belang zich te realiseren dat ook als erflater in zijn uiterste wil naar de wet verwijst (afdeling 4.5.6) of slechts een executeur benoemt zonder nadere invulling van de bevoegdheden, er nog steeds sprake is van een erflater die de wil heeft om iemand verantwoordelijk te maken voor de afwikkeling van zijn nalatenschap. Niet vaak genoeg kan het gezegd worden. Het is de wil van erflater die de executeur voedt. De wet 'structureert' de *autonomie* van erflater slechts:<sup>103</sup>

'Ob ein Testamentsvollstrecker ernannt wird, hängt allein vom Willen des Erblassers ab; nach ihm bestimmen sich auch seine Befugnisse; die gesetzlichen Vorschriften greifen im wesentlichen nur in Ermangelung und zur Ergänzung der letztwilligen Anordnungen Platz.'

Het nemen van de '*wil*' van erflater als basis voor de regeling is overigens mijns inziens het wezenlijke verschil met andere regelingen rondom 'wettelijke vertegenwoordigers'. Deze worden of door de rechter benoemd (vereffenaar, beschermingsbewind, curatele) en/of het betreft een regeling waar de belanghebbende in beginsel geen nadere invulling aan kan geven (voogdij). Bij executele staat de testeervrijheid<sup>104</sup> voorop.

De beheersexecuteur heeft op grond van art. 4:144 BW drie kerntaken, waar hierna nog nader op ingegaan zal worden:

- a. het beheren van de nalatenschap;
- b. de voldoening van de schulden van de nalatenschap;
- c. de nakoming van de op hem rustende testamentaire lasten.

Deze laatste taak geldt vanzelfsprekend alleen als de erflater in zijn uiterste wil van deze rechtsfiguur gebruik heeft gemaakt, art. 4:130 BW. Via deze route heeft erflater een zeer grote vrijheid.

Het *beheer* van de executeur is *privatief* en berooft de erfgenamen derhalve van hun beheersbevoegdheid. Uit art. 3:170 BW volgt dat de beheersexecuteur bijvoorbeeld zelfstandig de banktegoeden ten name van erflater kan innen. In het verlengde van het privatieve karakter van het beheer bepaalt art. 4:145 BW dat de erfgenamen *niet* meer bevoegd zijn om over de goederen van de nalatenschap te beschikken. Een behoorlijke inbreuk op de rechten van de erfgenamen derhalve. In de praktijk heeft deze nieuwe regel al voor de nodige opschudding en ongelukjes gezorgd.

103. RUDOLF HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Neudruck der 5. Auflage Leipzig 1930, Aalen: Scienta Verlag 1969, p. 799. Hij wijst wel op het feit dat de Testamentsvollstrecker de erfgenamen en de legatarissen voor de vervulling van zijn verplichtingen verantwoording schuldig is.

104. Ook het 'gesloten stelsel' van art. 4:42 BW doet hier niet aan af. Men denke in deze ook aan de enorme uitbreidingsmogelijkheden van de executele op grond van afwikkelingsbewind, art. 4:171 BW en de testamentaire last in de zin van art. 4:130 BW.

Het beheer over de goederen van de nalatenschap is gericht op de verplichting voor de executeur om de *schulden van de nalatenschap* te voldoen, de tweede kerntaak. De schulden van de nalatenschap zijn limitatief opgesomd in art. 4:7 BW. Schulden van de *nalatenschap* is een veel ruimer begrip dan het begrip schulden van de *erflater*. Voor de fiscaliteit is met name van belang dat in letter e van de betreffende bepaling de schulden uit *belastingen* die ter zake van het openvallen van de nalatenschap geheven worden (voor zover zij op de erfgenamen komen te rusten) eveneens als ‘schulden van de nalatenschap’ aangemerkt worden.

Aan de beheerstaak van de executeur heeft de wetgever nog enkele specifieke bevoegdheden en verplichtingen gekoppeld. Ik volsta in deze fase om ze kort te noemen. De executeur heeft het recht om een *boedelnotaris* te benoemen, hij is verplicht om een *boedelbeschrijving* op te maken en de hem *bekende schuldeisers* op te roepen (art. 4:146 BW), hij is in beginsel<sup>105</sup> bevoegd om de goederen van de nalatenschap met het oog op de voldoening van de schulden van de nalatenschap *te gelde te maken* (art. 4:147 BW), de executeur heeft een *informatieplicht* (art. 4:148 BW), hij kan *ontslagen* worden (art. 4:149 BW) en dient over het door hem gevoerde beheer *rekening en verantwoording* af te leggen (art. 4:151 BW).

Op grond van art. 133 Overgangswet wordt een executeur die, in een onder oud erfrecht opgemaakte uiterste wilsbeschikking, bekleed is met het ‘recht van bezit’, onder het nieuwe erfrecht aangemerkt als een beheersexecuteur. Anders dan in de regeling onder het oude erfrecht kan een executeur thans niet meer bij codicil benoemd worden. ‘Oude’ codicillen blijven op grond van art. 127 Overgangswet echter wel geldig.

#### 9.4 De afwikkelingsbewindvoerder

Indien de erflater de bevoegdheden van de executeur, die de wetgever hem in zijn standaardbagage van titel 5 afdeling 6 van Boek 4 BW meegeeft, nog niet ver genoeg vindt gaan, heeft hij, zoals hiervoor opgemerkt, de mogelijkheid om een *afwikkelingsbewind* in te stellen. Dit is geregeld in art. 4:171 BW. Zo kan met behulp van een afwikkelingsbewind bepaald worden dat de executeur-afwikkelingsbewindvoerder de nalatenschap *zelfstandig* mag verdelen *zonder* inmenging van de erfgenamen en/of de rechter. Op de discussies hierover in de doctrine<sup>106</sup> zal hierna in Hfdst. V nog uitgebreid worden ingegaan.

105. De voorheen in art. 72 SW 1956 opgenomen bevoegdheid van de executeur om nalatenschapsgoederen te gelde te kunnen maken om successierechten te kunnen voldoen is thans opgenomen in het wetboek waar deze bevoegdheid thuishoort en wel in art. 4:7 lid 1 letter e juncto 4:147 BW. Op grond van art. 4:147 lid 3 BW kan erflater bepalen dat een executeur voor een tegeldemaking toestemming van de erfgenamen nodig heeft. Op grond van lid 2 van art. 4:147 BW kan erflater de executeur van de in dat lid opgenomen overlegverplichtingen vrijstellen.

106. Zie met name W.G. HUIJGEN, Verdeling door de executeur-afwikkelingsbewindvoerder, WPNR (2004) 6603 en voor de goede afloop B.M.E.M. SCHOLS, Vier sterren voor de driessterrenexecuteur. De afwikkelingsbewindvoerder kan zelfstandig beschikken op grond van de doctrine, de wet, het testament en zijn zorgplicht, WPNR (2006) 6690.

Een voorbeeld van een toepassing van ‘afwikkelingsbewind’ wordt door de wetgever in de parlementaire geschiedenis<sup>107</sup> gegeven en ligt op het vlak van de bedrijfsopvolging:

‘De onder c opgenomen mogelijkheid van onderbewindstelling kan bijvoorbeeld van belang zijn wanneer de erflater *zijn bedrijf* aan twee of meer erfgenamen of legatarissen *nalaat*, en wel niet alleen voor de *leiding* van het bedrijf maar vooral ook ter voorkoming van een *ontijdige verdeling*.’ (Curs. BS)

Dit biedt allerlei perspectieven om te kunnen voldoen aan maatschappelijke behoeften als het voorkomen van familieruzies en de behoefte om de continuïteit van de onderneming te waarborgen.

Men zou ook kunnen stellen dat een beheersexecutele een basispakket boedelafwikkeling inhoudt voor de gemiddelde erflater en met de testamentaire last en het afwikkelingsbewind maatwerk mogelijk is. Veelal zal erflater deze drie rechtsfiguren in de uiterste wil, doen samensmelten tot een (de facto) op maat gesneden regeling. Zo wordt bijvoorbeeld in de notariële praktijk reeds driftig geëxperimenteerd met de ‘quasi-wettelijke verdeling’.

## 10. ‘Arten von Testamentsvollstreckung’

Onder het Duitse recht bestaan verschillende ‘Arten’<sup>108</sup> van Testamentsvollstreckung, vergelijkbaar met de varianten binnen ons ‘testamenteer bewind’. Voor het onderhavige onderzoek naar de aard van de executeur is met name van belang de *Abwicklungsvollstreckung*. Dit is overigens in het Duitse recht de ‘Regelfall’. Tenzij hierna uitdrukkelijk anders vermeld, zal ik steeds uitgaan van deze grondvorm van Testamentsvollstreckung: *Abwicklungsvollstreckung*.

De varianten zijn:

- a. *Abwicklungsvollstreckung* (§ 2203, 2204 BGB);
- b. *Verwaltungsvollstreckung* (§ 2209 (1) (1) BGB);
- c. *Dauervollstreckung* (§ 2209 (1) (2) BGB);
- d. *Vermächtnisvollstreckung* (§ 2223 BGB);
- e. *Nacherbenvollstreckung* (§ 2222 BGB);
- f. *Testamentsvollstreckung mit beschränkten Aufgabenkreis* (§ 2208 BGB).

De termen spreken voor zich. Men denkt bij de varianten d. en e., zelfs met geringe kennis van de Duitse taal, gelijk aan onze ‘legatenexecuteur’ en het ‘tweetraps’ (fideicommissair) bewind. De *Verwaltungsvollstreckung* ziet niet specifiek op de afwikkeling van de nalatenschap, maar op beheer in het licht van ‘bescherming’ van vermogen. Opmerking verdient dat in het verlengde van de *Verwaltungsvollstreckung*, die maar liefst dertig jaar kan duren, de *Dauervollstreckung* een nog langere periode kan beslaan, bijvoorbeeld tot

107 MvA 3771, Parl. Gesch. Boek 4 Vast., p. 872.

108. HANS-HELMUT FENSTERER, *die Testamentsvollstreckung*, Bonn: VSRW 2003, p. 10-19, WOLFGANG ESSER, *die Testamentsvollstreckung*, Deutschen Forums für Erbrecht München, p. 4-10, alsmede MAYER-BONEFELD-WÄLHOLZ-WEIDLICH, *Testamentsvollstreckung*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 14-16.

het overlijden van de betreffende erfgenaam. Variant f. spreekt voor zich en doet aan onze executeur met beheer, dat beperkt is tot een gedeelte van de nalatenschap, denken, maar ongetwijfeld ook aan de ‘begrafenisexecuteur’. Er kan ook nog sprake zijn van een toezichhoudende taak.

## 11. Het doel heiligt een ‘synthese’?

Als het doel van de Testamentsvollstreckung en met name de Abwicklungsvollstreckung wordt onder meer gezien:<sup>109</sup>

‘Vereinfachung der Abwicklung (Erbauseinandersetzung), Vermächtniserfüllung und Verwaltung [...] bei grosserer Anzahl von Beteiligten oder wenn diese nur schwer zu erreichen sind.’

Deze omschrijving brengt ons bij het Nederlandse afwikkelingspaar ‘executele én afwikkelingsbewind’. En anders gezegd: een Abwicklungsvollstrecker is *de iure* wat in ons stelsel *de facto* een executeur-afwikkelingsbewindvoerder is, althans, toont grote verwantschap daarmee. Het verschil zit in het feit dat er bij Abwicklungsvollstreckung sprake is van één rechtsfiguur (juridische synthese) en bij de Nederlandse variant executeur-afwikkelingsbewindvoerder van een combinatie van twee rechtsfiguren executele en afwikkelingsbewind (feitelijke synthese). In deze fase meld ik reeds, voor een goed begrip, dat deze ‘tweedeling’ gezien moet worden in het licht van de (sterkere) positie van de Nederlandse executeur ten opzichte van de legitimaris onder het nieuwe erfrecht.<sup>110</sup> De benoeming van een executeur levert geen inferieure verkrijging op en het instellen van een bewind in beginsel wel. Vandaar (onder meer) het ‘technisch’ belang van de scheiding. Dienen de grote broer en de kleine zus wel gescheiden te blijven? Wordt de testamentenpraktijk in deze echter niet sterker dan de ‘leer’ en zullen de rechtsfiguren executele en afwikkelingsbewind op termijn niet meer los van elkaar gezien kunnen worden?

Net als bij ‘Abwicklungsvollstreckung’ zit de kracht van ‘executele en afwikkelingsbewind’ in het feit dat bij de boedelafwikkeling de ‘macht’ wordt geconcentreerd in handen van één persoon, de *vertrouwensman* van erflater.<sup>111</sup> Met name bij de afwikkeling van een nalatenschap geldt immers ‘zoveel

109. MAYER-BONEFELD-DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2000, p. 5.

110. Derhalve in het licht van andere regels van dwingend recht. Dit speelt niet alleen bij de legitieme portie, maar ook met betrekking tot het einde van de betreffende rechtsfiguur. Zie over de (feitelijke) synthese tussen executele en afwikkelingsbewind B.M.E.M. SCHOLS, L’executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374, p. 745-750.

111. Vgl. PITLO/VAN DER BURGHT, Erfrecht 1997, p. 251. MEIJERS spreekt van het grote praktische voordeel van een eenhoofdige liquidatie door een door de erflater aangewezen vereffenaar; TM, p. 348, Parl. Gesch. Vast., p. 843. Hetgeen overigens niet wil zeggen dat geen overleg hoeft plaats te vinden en dat de executele niet meerhoofdige kan zijn. Sterker nog. Een professionele executele zal vaak meerhoofdige zijn. Zie KLAUS MOLITORIS, Die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker (diss. Regensburg 2004), Aachen: Shaker Verlag 2005



hoofden, zoveel zinnen.' Het doel van executele wordt door de minister<sup>112</sup> mooi verwoord. Hij spreekt van:

'[...] de figuur van de executeur, zoals de erflater zich deze in de praktijk als zijn vertrouwensman denkt en als zodanig aan zijn erfgenamen toevoegt. Men pleegt een executeur aan te stellen om de erfgenamen in het beheer van de nalatenschap te vertegenwoordigen, ter voorkoming van moeilijkheden en wrijvingen die te vrezen zijn als de erfgenamen zelf moeten handelen en samenwerken ten behoeve van een nauwgezette uitvoering van de uiterste wil en een ordelijke voorbereiding van de verdeling van de nalatenschap, tot welke voorbereiding de voldoening van schulden en legaten valt te rekenen, voor zover deze opeisbaar zijn.'

Dat wat betreft de blik van de minister op het handelen door de executeur in de vereffeningfase, als voorbereidende fase op de verdelingsfase bij de boedelafwikkeling.

In de Nederlandse verdelingsfase is de rol van de executeur in beginsel uitgespeeld. In de verdelingsfase is met name<sup>113</sup> de afwikkelingsbewindvoerder aan zet om de 'ontijdige' verdeling te voorkomen. Op de verhouding tussen executele, vereffening volgens de wet en afwikkelingsbewind zal in de volgende paragraaf nog kort ingegaan worden.

## 12. De verhouding tussen executele, bewind en vereffening; inleidend

Inleidend zal ik in deze paragraaf heel summier ingaan op de verhouding tussen executele, bewind en vereffening.

De door de executeur aanvaarde taak eindigt wanneer de nalatenschap overeenkomstig de wet (afd. 6.3) wordt vereffend. De kantonrechter zal alsdan, tenzij er dringende redenen zijn om het niet te doen, geneigd zijn de gewezen executeur, die al vereffenaar in *materiële* zin was, aan te wijzen als vereffenaar in de zin van de wet.<sup>114</sup> De executeur (een vereffenaar in materiële zin) wordt dan getransformeerd in een vereffenaar in formele zin. In zoverre zijn executele en vereffening zeer verwant.

Onder oud recht werd uitdrukkelijk de voorkeur aan de executeur gegeven als curator over de onbeheerde nalatenschap. Art 4:1173 lid 2 (oud) BW luidde als volgt: '(...), benoemt de regtbank bij voorkeur tot curator den gestelden uitvoerder van den uiterste wil, (...).'

112. MvA, 3771 nr. 6, p 99 e.v., Parl. Gesch. Vast, p. 845.

113. Dit neemt niet weg dat een executeur met testamentaire lasten bekleed kan worden om ook in de verdelingsfase een belangrijke rol te spelen. Zie art. 4:130 BW, waarover in Hfdst. V meer.

114. Vgl. MvA 3771, nr. 6, p. 134, waarbij opgemerkt wordt dat de aard en de omvang van de nalatenschap dikwijls wel de benoeming van een deskundige, in het bijzonder uit het notariaat, geraden zal doen zijn. Eerder drukte de minister het zo uit: '(...) dat bij voorkeur notarissen door de rechter als vereffenaars dienen benoemd te worden, (...). Men bedenke bovendien dat het dikwijls aangewezen kan zijn de door erflater benoemde executeur-testamentair of één of meer der erfgenamen tot vereffenaar aan te wijzen.' Kenbaar uit: VAN DE VELDE, praeadvies BCN 1955, p. 36.

Ook de wetgever gaat stilzwijgend uit van een soepele overgang, aangezien art. 4:202 lid 1 sub a BW bepaalt dat, in geval van aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving, *géén* vereffening in de zin van afd. 6.3. plaatsvindt, indien er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de goederen der nalatenschap *ruimschoots toereikend* zijn om alle schulden van de nalatenschap te voldoen. Bij deze voor de executeur belangrijke bepaling zal hierna in Hfdst. III. D.4 nog uitgebreid worden stilgestaan.

In het ontwerp-Meijers was de afdeling vereffening overigens altijd van toepassing als er een executeur benoemd was<sup>115</sup> In de visie van Meijers was de executele een bijzondere vorm van het *normaalttype* vereffening. Een soepele overgang blijkt ook uit art. 4:206 BW: de executeur kan als vereffenaar aangewezen worden.

Vegter<sup>116</sup> merkt op dat indien de nalatenschap solvent is, de vereffeningplicht van de beneficiaire erfgenaam materieel zeer veel gelijkenis vertoont met die van een executeur en dat executele en vereffening in dat geval in het systeem van het Nieuw BW min of meer verwisselbare begrippen zijn

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de door erflater benoemde executeur niet, zoals andere vereffenaars, optreedt in het belang van de schuldeisers van de nalatenschap en van onbekende erfgenamen, maar om de afwikkeling in het belang van de erfgenamen te vergemakkelijken<sup>117</sup>

Men zou kunnen zeggen bij de vereffening staat het publiek belang voorop de voldoening van de schuldeisers en bij executele staat voorop het 'particulier' belang van erflater en afgeleid daarvan het belang van de erfgenamen. Hiermee is niet gezegd dat erflater, 'zijn' executeur en de erfgenamen zich niet het belang van schuldeisers zouden aantrekken dan wel zouden moeten aantrekken. De wetgever gaat er echter vanuit dat als een nalatenschap ('ruimschoots') positief is in beginsel alle schuldeisers van de nalatenschap voldaan kunnen worden.

Zoals opgemerkt kunnen ook aan een bewind afwikkelingsaspecten zitten. De naam zegt het al: een 'afwikkelingsbewind'. Executele zal een legitimaris immers moeten dulden, bewind in beginsel niet<sup>118</sup> Ook de (formele) vereffening op de voet van afd. 6.3 kan een legitimaris niet naast zich neerleggen

Bij de afwikkeling en het beheer van de nalatenschap spelen drie figuren een rol: executele, bewind en vereffening. In de parlementaire geschiedenis wordt aangegeven dat de grens tussen deze drie figuren wordt bepaald door de *duur* van de desbetreffende figuur Executele wordt gekenmerkt door een *kortere* duur. Indien de nalatenschap wegens de bijzondere gesteldheid daar-

115 Art 4 5 3 1 ontwerp-Meijers, Parl Gesch Vast , p 973 Zie ook art 4 5 3 2 lid 2 ontwerp-Meijers, dat de executeur automatisch in vereffenaar transformeerde, als deze kon aantonen dat de nalatenschap ruimschoots voldoende was om de schulden en legaten te voldoen Parl Gesch Vast , p 976

116 J B VEGTER, Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht (diss Leiden), Nieuwkoop 1989 Het formeel onderscheid kan wel belangrijke gevolgen hebben op het gebied van de beschikkingsonbevoegdheid, art 4 211 lid 2 BW

117 MvA, 3771, nr 6, p 99, Parl Gesch Vast , p 844

118 Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr 8, p 66, Parl Gesch Vast , p 836

van een langdurige afwikkeling vergt, is niet de executele maar het bewind de aangewezen figuur.<sup>119</sup> Bij de vraag of men met executele kan volstaan zal de erflater zich derhalve mede laten leiden door de duur dat het beheer van de boedel in beslag zal nemen. Wellicht kiest erflater niet en construeert hij een synthese tussen executele en bewind door een executeur te benoemen en deze met een 'afwikkelingsbewind' te bekleden.<sup>120</sup> Via afwikkelingsbewind kan, naast de temporele uitbreiding, eveneens *uitbreiding* gegeven worden aan de *bevoegdheden* van de executeur, zulks met name op het gebied van de verdeling.<sup>121</sup> Wat de verhouding tussen enerzijds vereffening en anderzijds executele en bewind betreft, dient opgemerkt te worden dat de (formele) vereffening in tegenstelling tot executele en bewind niet ter vrije dispositie van erflater staat. De wet bepaalt wanneer (formele) vereffening plaatsvindt, niet erflater (art. 4:202 e.v. BW).

Het verschil tussen de drie instituten wordt in de parlementaire geschiedenis nader toegelicht door ze te projecteren tegen de achtergrond van de fasen, die we bij de boedelafwikkeling kennen:<sup>122</sup>

*Fase I:* het voldoen van schulden en legaten;

*Fase II:* maatregelen om de boedel 'beter geschikt' te maken voor verdeling;

*Fase III:* de verdeling;

*Fase IV:* Deze fase volgt slechts als de erflater heeft gewild dat er na de verdeling nog een periode zou zijn, gedurende welke het beheer aan de erfgenamen zelf wordt onthouden.

De executeur en de vereffenaar komen niet verder dan fase I. In de verdere fasen treedt slechts de bewindvoerder op.

In fase I wordt nog onderscheiden dat de executeur alleen bevoegd is de schulden en legaten te voldoen die onmiddellijk opeisbaar zijn, dan wel tijdens de executele opeisbaar worden, terwijl de vereffenaar ook alle andere schulden en legaten moet voldoen.

In de praktijk zullen de grenzen van de vier fasen niet zo afgebakend zijn als in de parlementaire geschiedenis gesuggereerd wordt. De executeur en vereffenaar zullen onder omstandigheden ook in fase II opduiken.<sup>123</sup> Zoals opgemerkt, kan erflater ook kiezen voor een synthese tussen executele en bewind, waarmee hij – behoudens de eventuele rechten van legitimarissen – de executeur de bevoegdheid verleent om de grens tussen fase I en fase II te overschrijden, nu echter voorzien van de titel bewindvoerder.

Het is dan ook goed om nu reeds te constateren dat de wetgever de materiële invalshoek laat prevaleren. Indien derhalve erflater in zijn testament spreekt van executeur en executele, maar de bevoegdheden zodanig regelt

119. Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 65, Parl. Gesch.Vast., p. 835.

120. Hieraan zal in Hfdst.V nog afzonderlijk aandacht worden besteed.

121. Ook via testamentaire lasten kunnen op grond van art. 4:130 BW de bevoegdheden van de executeur uitgebreid worden.

122. Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr 8, p 65, Parl. Gesch.Vast., p. 836.

123. Hierbij dient in het achterhoofd gehouden te worden dat indien de taak van de executeur wordt uitgebreid buiten de wettelijke opdracht, de legitimarissen op de loer zullen liggen, zij het dat zij alsdan de nalatenschap in beginsel dienen te verwerpen waardoor zij zich de facto uitschakelen.

dat deze niet meer passen in het systeem van de executele maar in het systeem van het bewind, dan is de wens van erflater inzake duur en bevoegdheden doorslaggevend. De naam van het beestje is niet relevant. Is in materiële zin sprake van bewind, dan geldt ook de regeling inzake bewind.<sup>124</sup> In de woorden van Juchler:<sup>125</sup> ‘Ob der Erblasser in seiner Verfügung von Todes Wegen den Willensvollstrecker als solchen bezeichnet oder ihn Testamentsvollstrecker, Exekutor oder nur Vollstrecker nennt, ist aufgrund des Grundsatzes “*Falsa demonstratio non nocet*” unbeachtlich.’

### 13. Europa in met basisbeginselen voor de erfrechtelijke beheerder. Is ons gras groener?

Indien mocht blijken dat de nieuwe Nederlandse executeur een stevig en vruchtbaar juridisch fundament heeft, zou hij niet alleen een voorbeeldfunctie kunnen hebben voor andere executeurs in Europa, maar zou via deze ook, zij het heel voorzichtig, gekomen kunnen worden tot enige ‘Principles’ voor de *Europese erfrechtelijke beheerder*. Zeker nu (mede) naar zijn ware aard gezocht zal worden ‘over de grenzen heen’. Dat wil niet zeggen dat wij dan niet (meer) van andere stelsels zouden kunnen leren in deze. Integendeel. Niet vergeten mag immers worden dat wij met de komst van het nieuwe erfrecht niet alleen opgeschoven zijn in de richting van onze Oosterburen, maar dat een andere belangrijke Europese speler, te weten *Frankrijk* zijn zeer klassieke erfrechtelijke stelsel uit 1804, zeer recent ook enorm gemoderniseerd<sup>126</sup> heeft, en wel met ingang van 1 januari 2007.<sup>127</sup> Door te moderniseren zal men in de regel eerder dichter naar elkaar toe gaan groeien dan verder van

124. Vergelijk Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr.8, p.67. Zie B.M.E.M SCHOLS, *L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!*, WPNR (1999) 6374. Zie ook de benadering van het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen door T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 37, Deventer: Kluwer 2007, p. 14 die opmerkt dat zowel de verwijzing naar ‘Boek 4’ als de voorwaarde van de wettelijke kwalificatie van een *eenzijdige rechtshandeling* als een uiterste wilsbeschikking te verstaan zijn als *aanwijzingen* dat sprake is van een gesloten systeem. En in par. 2.2.4, p. 38 concludeert hij dat ‘typengebondenheid’ een belangrijke organisatorische functie vervult doordat de wettelijke typen bepalend zijn voor de al dan niet toepasselijkheid van allerlei regimes. F.W.J.M SCHOLS, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 12 merkt op dat het gesloten stelsel voor wat het aanbod (*gerichte rechtshandeling*) bestemd om pas na overlijden aanvaard te worden betreft, geen functie heeft. Op p. 18 wordt de consequente conclusie getrokken dat het aanbod, dat pas na overlijden aanvaard kan worden, *met direct* door het erfrecht wordt getroffen. Dit biedt perspectieven om het gesloten stelsel te ontgaan?

125. RENÉ JUCHLER, *Anfang und Ende der Willensvollstreckung* (diss. Zurich) 1999, p. 43.

126. De Loi nr. 2006-728 van 23 juni 2006 ‘portant réforme des successions et des libéralités’ (Journal Officiel 24 juni 2006).

127. Zie over het nieuwe Franse erfrecht onder meer PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS, *Droit Civil, Les Successions Les Libéralités*, Parijs: Defrenois 2006. JEAN-FRANCOIS SAGAUT, *Le nouveau droit des successions*, Parijs: Editions Dallaz 2006, ALAIN DELFOSSE/JEAN FRANCOIS PENGUËL, *La réforme des successions et des libéralités*, Parijs: Litec 2006, FRANCIS LEFEBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme*, Parijs: Editions Francis Lefebvre 2006. Zie ook PETER KLIMA, *Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich*, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2006, 10, p. 440-444, alsmede PIERRE BECQUÉ, *Une réforme en profondeur: la réforme des successions et des donations en droit français*, *Tijdschrift Estate Planning (TEP)* 2006, 5, p. 366-376.

elkaar af komen te staan, althans zo vermoed ik.<sup>128</sup> Voeg daar aan toe dat beide naties ongetwijfeld, gemerkt of ongemerkt, te rade zullen zijn gegaan bij het imposante 'BGB', zonder bij hun erfrechtelijke modernisering de steeds belangrijker wordende *Angelsaksische* rechtsbeginselen uit het oog te hebben willen verliezen, en enige basisbeginselen zijn geboren of op zijn minst herboren.<sup>129</sup> De van huis uit zo neutrale, en aan de Europese zijlijn staande, *Zwitsers* misstaan, zoals hiervoor reeds opgemerkt, niet bij deze rechtsvergelijkende mijmeringen. Nu het *Belgische* erfrechtelijke systeem borg staat voor de klassieke Romaanse erfrechtelijke rechtsbeginselen oftewel door de ontwikkelingen in Frankrijk als het ware Frans is geworden dan het Franse systeem, kan via dit stelsel ongetwijfeld het goede van het verleden behouden worden. Europa maakt thans een belangrijke erfrechtelijke ontwikkeling door. Deze ontwikkeling is onlangs gesignaleerd door het Europees Economisch en Sociaal Comité:<sup>130</sup>

'In de landen met Romaans/Germaanse rechtsstelsels werden de regelingen betreffende nalatenschap, zowel met als zonder testament, lang gekenmerkt door een *sterk verouderde opvatting* van erfopvolging. Het vermogen van de "cujus" werd geacht om als een soort continuering van zijn bestaan in dat van zijn erfgenamen over te gaan. Tegenwoordig ontwikkelt zich het erfrecht steeds meer in *contractuele richting*. Na *Duitsland* en *Zwitserland* wordt momenteel ook in *Frankrijk* een hervorming doorgevoerd waarbij *de wil van erflater* en erfgenamen veel bepalender is voor de *afwikkeling* van erfenissen, al was het maar om de continuïteit van een onderneming beter te waarborgen.' (Curs. BS)

Meer Europese erfrechtelijke vrijheid betekent meer Europese ruimte voor de executeur. Waar wil ik naar toe?

Een executeur zal in het kader van de nieuwe Europese mobiliteit steeds vaker over de grenzen heen moeten gaan functioneren, zodat de behoefte aan een Europees *certificaat* voor de erfrechtelijke beheerder ook steeds groter zal worden. Indien wij elkaars ware aard kennen in deze, zal het eenvoudiger zijn om spelregels te ontwerpen voor een *Europese* verklaring van executele oftewel erfrechtelijk *beheer*, maar blijkt wellicht ook dat de ware aard helemaal niet zozeer van elkaar verschilt, als men bereid is op dezelfde manier naar de functionaris te kijken, met respect voor de achtergronden van een bepaald stelsel. De execu-

128. Zie ALAIN VERBEKE, Over de Grenzen (Editoriaal), Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2006, 5, p. 329: 'Aldus heeft de Franse wetgever, zoals in Nederland, het erfrecht op een vrij doordachte wijze in zijn geheel geactualiseerd. Dat staat in schril contrast met de conservatieve Belgische houding waar men niets durft te veranderen, en zeker niet op globale wijze.'

129. Zie de imposante studie van T.H.D. STRUYCKEN, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 37, Deventer: Kluwer 2007, p. 795, die op het terrein van het goederenrecht tot de conclusie komt dat de verschillen tussen de rechtsstelsels in Europa in het goederenrecht kleiner zijn dan pleegt te worden aangenomen. Zie ook J.H.A. LOKIN en W.J. ZWALVE, Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 436 die afsluiten met de geveugelde woorden: 'Cela resserre les liens des nations d'avoir les mêmes lois civiles.'

130. Advies Europees Economisch en Sociaal Comité van 26 oktober 2005, Publicatieblad Europese Unie van 3 februari 2006, C 28/1, par. 2.8.2 Degenen die toch nog, zo veel mogelijk, aan de klassieke legitieme willen blijven vasthouden zal daarentegen aanspreken de passage (2.8.3) dat het *zonder motivering onterven* van bepaalde afstammelingen steeds meer omstreden is.

teur zal in het rechtsverkeer steeds vaker gaan opereren als erfrechtelijke 'frontman', zodat het niet verkeerd is via hem een start te maken, hoe klein die ook mag zijn, met het erfrechtelijke harmonisatieproces op het gebied van de *materiële* interne regels: een *erfrechtelijk* ius commune. Er is in ieder geval, als het aan de Académie Internationale de Droit Comparé<sup>131</sup> ligt, nog hoop:

'Ondanks de grote culturele verschillen, is het niet uitgesloten dat er ook in het erfrecht een common core kan worden gevonden in de Europese rechtssystemen, die als basis voor harmonisatie kan dienen. Rechtsvergelijking van erfrecht is kennelijk toch niet een geheel zinloze exercitie.'

Daarnaast bestaat er sinds kort een Europees *Groenboek*<sup>132</sup> op het gebied van het *internationaal privaatrecht* met betrekking tot erfopvolging en testamenten. In beginsel kent thans ieder land zijn 'eigen' internationaal erfrecht. FW.J.M. Schols heeft goede hoop in dezen en merkt op dat wellicht op niet al te lange termijn een nieuwe Europese regeling van internationaal erfrecht dit euvel binnen Europa wegneemt.<sup>133</sup> Men kan de problematiek derhalve op twee manieren benaderen. Men kan 'van binnenuit' de verschillen tussen executeurs wegnemen dan wel van 'bovenaf' via conflictregels de problematiek proberen te beteugelen.

Indien wij bereid zijn nog eens goed naar de materie te kijken, blijkt misschien dat de van oorsprong verschillende wortels van een rechtsfiguur door de eeuwen heen door allerlei codificaties en hervormingen dichter naar elkaar gegroeid zijn dan wij op het eerste gezicht zouden denken. Met enige goede wil ontstaat wellicht door middel van een Europese verklaring van erfrecht een Europese erfrechtelijke symbiose<sup>134</sup> of toegespitst op het onderwerp van onderzoek: een Europese erfrechtelijke beheerder op basis van een grootste gemeenschappelijke deler. Men mag zich dan vervolgens echter niet

131. Congresverslag van het XVIIe vierjaarlijkse congres van de Académie Internationale de Droit Comparé gehouden te Utrecht op 16 juli 2006, *Ars Acqui* (2007) 5, p. 429.

132. De laatste stand van zaken, althans ten tijde van het afronden van dit onderzoek, wordt bij mijn weten weergegeven in de debatten van 15 november 2006 CRE (019) over het verslag (A6-0359/2006) van GIUSEPPE GARGANI, namens de Commissie juridische zaken, met aanbevelingen aan de Commissie betreffende erfopvolging en testamenten (2005/2148 (INI)). Op basis hiervan is op 16 november 2006 door het Europees Parlement een resolutie aangenomen met aanbevelingen, waarin onder meer (in aanbeveling 7) voor de invoering van een Europese verklaring erfrecht gepleit wordt met vermelding daarin van de erfrechtelijke beheerders en hun bevoegdheden. Het Groenboek inzake erfrecht en testamenten van 1 maart 2005 werd op 5 maart 2005 gepresenteerd op basis waarvan een verordening zal worden opgesteld, Q.J. MARCK, De afwikkeling van een nalatenschap met internationale aspecten: het Nederlandse IPR in vogelvlucht, *WPNR* (2006) 6672. Op 26 oktober 2005 gaf het Europees Economisch en Sociaal Comité advies over het Groenboek. Zie ook de brief van de Minister van Justitie (Directie Wetgeving) van 19 december 2005 (kenmerk 5392874/05/06), die na daartoe gemachtigd te zijn door de ministerraad de Tweede Kamer doet toekomen de (concept-)antwoorden van de Nederlandse regering op het Groenboek van de Europese Commissie inzake erfopvolging en testamenten, COM (2005) 65 definitief

133. FW.J.M. SCHOLS, De erfrechtelijke IPR-cautio? Naherberechtiging en 'retorsie' in het internationale erfrecht, *WPNR* (2007) 6703, p. 236.

134. In de Dikke van Dale lees ik: 'Het verschijnsel dat twee ongelijksoortige organismen op of in elkaar leven tot wederzijds voordeel.' Soms ontstaat er wellicht zelfs een erfrechtelijke synthese: 'een verbinding van afzonderlijke elementen tot een nieuw geheel.'

te snel rijk rekenen, aangezien de ware aard van de belangrijkste tegenspeler van deze beheerder: *de legitimaris* ook steeds gekend dient te zijn. Vandaar dat in dit onderzoek niet ontkomen kan worden aan een blik op de rol van een legitimaris in een bepaald erfrechtelijk stelsel. De kracht van executele en de kracht van de 'reserve' zijn immers communicerende vaten. Des te meer testevrijheid, des te minder harmonisatieproblemen. Voor overeenstemming op het niveau van de verklaring van erfrechtelijk beheer zou men in feite (voorlopig) al kunnen volstaan met overeenstemming op niveau van het extern effect van de beheersbevoegdheid.<sup>135</sup>

Wat het (Nederlandse) 'IPR' betreft op het gebied van executele maak ik melding van onze Nederlandse *eenzijdige* conflictregel art. 5 lid 1 Wet conflictenrecht erfopvolging.<sup>136</sup>

'De taak en de bevoegdheden van een *door de erfflater aangewezen vereffenaar* wordt door het Nederlandse recht beheerst indien de erfflater zijn laatste gewone verblijfplaats in Nederland had.' (Curs. BS)

Interessant is de gehanteerde terminologie. Ook erfflater kan blijkbaar een 'vereffenaar' aanwijzen oftewel onder het gehanteerde begrip vereffenaar valt vanuit Nederlandse IPR-optiek ook de *executeur*.<sup>137</sup> Reinhartz<sup>138</sup> merkt op

135. Sterker nog: een verklaring van erfrecht/executele wordt met name afgegeven met het oog op het rechtsverkeer en in het bijzonder met het oog op het 'bankverkeer'.
136. Wet van 4 september 1996, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de erfopvolging alsmede de vereffening en de verdeling van de nalatenschap, mede in verband met de bekrachtiging van het op 1 augustus 1989 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (*Trb.* 1994, 49 *Wet conflictenrecht erfopvolging, Wcerf*). Ook van belang is art. 4 lid 1 Wcerf dat luidt: 'De vereffening van de nalatenschap wordt door het Nederlandse recht beheerst indien de erfflater zijn laatste gewone verblijfplaats in Nederland had. In het bijzonder zijn van toepassing de Nederlandse voorschriften inzake de gehoudenheid van de door het volgens het in artikel 1 genoemde Verdrag toepasselijke recht aangewezen erfgenamen voor de schulden van de erfflater en de voorwaarden waaronder zij hun gehoudenheid kunnen uitsluiten of beperken.' En lid 2: 'De wijze waarop de verdeling van de nalatenschap tot stand wordt gebracht, wordt door het Nederlandse recht beheerst indien de erfflater zijn laatste gewone verblijfplaats in Nederland had, tenzij de deelgenoten gezamenlijk het recht van een ander land aanwijzen. Met de eisen van het goederenrecht van de plaats van ligging der activa wordt rekening gehouden.' Art. 5 lid 2 Wcerf luidt als volgt: 'Onverminderd de bevoegdheid van de voorzieningenrechter in kort geding kan de rechter op vordering van een belanghebbende voorzieningen treffen om te waarborgen dat met betrekking tot de vererving van de in Nederland gelegen bestanddelen van de nalatenschap het volgens het in artikel 1 bedoelde Verdrag toepasselijke recht wordt in acht genomen. Hij kan bevelen dat in verband daarmee zekerheden worden gesteld.' Lid 2 verschaft, blijkens de Memorie van Toelichting, 23 857, nr. 3 de notaris een grond om te weigeren aan een buitenlandse vereffenaar een verklaring van *executele* af te geven.
137. Zie MvT 23 857, nr. 3, p. 5.
138. B.E. REINHARTZ, T & C Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 1118. Men kan zich de vraag stellen hoe zich dit verhoudt tot onze zeer flexibele bepaling art. 4:171 BW. In zoverre zal een buitenlandse functionaris in de regel 'eenvoudig' in te bouwen zijn. Zie ook M.H. TEN WOLDE, Vereffening en verdeling in het Nederlandse internationaal erfrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 50, noot 111 die er onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis (citaat van de minister, MvT 23 857, nr. 3, p. 5) op wijst dat de bepaling nog geen antwoord geeft op de vraag aan welke wettelijke voorschriften de vereffenaar zich heeft te houden als de laatste gewone verblijfplaats van de erfflater zich in het buitenland bevond, terwijl zijn nalatenschap bestanddelen in Nederland bevat. Zie ook de beschouwingen van

dat in de praktijk vaak wordt gekozen om, de naar buitenlands erfrecht benoemde functionaris, in te passen in het Nederlandse systeem en hem vervolgens voor de *in Nederland gelegen goederen* die bevoegdheden te geven die zijn 'Nederlandse counterpart' zou hebben. Het is goed om zich steeds te realiseren dat de buitenlandse autoriteiten zich, met betrekking tot de in het buitenland opengevallen nalatenschappen of de zich aldaar bevindende vermogensbestanddelen, in beginsel niet aan onze 'verkeersregels'<sup>139</sup> op het gebied van de afwikkeling zullen storen. Al zou men zich de iure er wel aan storen, dan is daarmee immers nog niet altijd gezegd dat men dat de facto ook doet.

Hoewel het *Groenboek* inzake erfopvolging en testamenten,<sup>140</sup> zoals opgemerkt, in beginsel slechts de harmonisatie van internationaal privaatrecht<sup>141</sup> betreft en niet de harmonisatie<sup>142</sup> van het materiële erfrecht, vond ik het in ieder geval bemoedigend dat men in de 'vragen' spreekt van de *beheerders van de nalatenschap*<sup>143</sup> en de *Europese* verklaring van erfrecht. Vraag 30 van het Europees Groenboek luidt:

'Moet er een *certificaat* worden ingevoerd waarin de *aanstelling van een beheerder* wordt bevestigd en zijn *bevoegdheden* worden *beschreven*? Welke persoon of instantie moet met het opstellen van dit certificaat worden belast? Wat moet in de inhoud van het certificaat worden opgenomen?' (Curs. BS)

→ I.S. JOPPE, *Vademecum Internationaal Erfrecht*, Deventer. Kluwer 1980, p 105 e v., over de eventuele erkenning van de 'personal representative' waar zij onder meer wijst op een rechtbankvonnis dat leidde tot HR 20 januari 1961, NJ 1964, 381, waarin beslist werd dat een Amerikaanse executor aan de uiterste wil behalve de hoedanigheid van erfgenaam ook de hoedanigheid van executeur ontleende. Joppe wijst op het belang van zekerheidstelling in kwesties als deze. Zie ook over het internationale certificaat van erfrecht J.W.M. DE VOS, *De notariële verklaring van erfrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1975, nr. 383 e.v. waar blijkt (p. 408) dat in deze de introductie van een Common Law-begrip (*administration*) in Civil Law allesbehalve eenvoudig is.

139. ALAIN VERBEKE, *Elfknelpuntentocht voor Nederlanden*, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), april 2002. Indachtig het 'verkeersrecht' van Verbeke mag men echter nooit achter 'het stuur' inslapen en over het hoofd zien dat de bij een andere rechtsorde horende rechters ander recht zullen toepassen of zullen moeten toepassen. In het ene land wordt nu eenmaal links van de weg gereden en in het andere land rechts.
140. COM (2005) 65 definitief. Aan het slot van het document wordt onder 'wetgevende aanpak' opgemerkt: 'Het opstellen van een geheel van communautaire regels betreffende erfopvolging en testamenten zal, geleet op wat voorafgaat, een bijzonder omvangrijk en ingewikkeld project worden.'
141. Het Groenboek bevat de navolgende problematiek: toepasselijk recht, rechterlijke bevoegdheid en erkenning, administratieve maatregelen (verklaring van erfrecht en registratie testamenten). Men spreekt in deze van de 'transnationale erfopvolging'. Er wordt op gewezen dat een aantal bijzondere kwesties onderzocht moeten worden zoals erfovereenkomsten, wettelijke erfdelen en met het oog op de erfopvolging opgerichte *trusts*. Men is van mening dat ondanks het feit dat deze rechtsfiguur in de meeste rechtsstelsels onbekend is, deze niettemin in meerdere lidstaten regelmatig gebruikt wordt.
142. P.VLAS, *Naar een EG-Verordening IPR-Erfrecht?*, WPNR (2003) 6533, p 391.
143. Zie 4.3 van het Groenboek. Hoewel er ook al een Haags Verdrag bestaat inzake het internationale beheer over nalatenschappen van 2 oktober 1973, inwerking getreden op 1 juli 1993. Het betreft het beheer over de 'roerende' nalatenschap. Zie I.S. JOPPE, *Vademecum Internationaal Erfrecht*, Deventer: Kluwer 1980, p. 107 e.v. die in noot 232 wijst op art. 30 van het Verdrag op basis waarvan een verdragsstaat kan verklaren dat hij het certificaat ook voor het beheer van onroerende zaken zal erkennen, wanneer de wet waaraan de certificaathouder zijn bevoegdheden ontleent deze ook bevoegdheid over buitenlandse onroerende zaken geeft.



Ik sluit niet uit dat, door er alleen al aandacht aan te besteden, hiermee indirect al een (kleine) stap gezet is op erfrechtelijk harmonisatiegebied van 'binnenin', zij het op het gebied van het erfrechtelijk beheer.<sup>144</sup> Het antwoord dat de Nederlandse regering geeft, is in ieder geval hoopgevend.<sup>145</sup>

'De eerste vraag wordt bevestigend beantwoord. Het wordt van wezenlijk belang geacht dat duidelijkheid wordt verschaft over de *bevoegdheden* van een *exécuteur*. Naast een verwijzing naar de ter plaatse van de aanwijzing geldende vereisten zou moeten worden voorzien in legitimeringsregels *naar het voorbeeld* van artikel 187, Boek 4 van het *Nederlandse* Burgerlijk wetboek. Uitgangspunt zou dan zijn dat degene die afgaat op de verklaring van erfrecht, te dien aanzien als te *goeder trouw* geldt. Anders is dit indien van die persoon nader onderzoek kan worden gevergd, dat hem de onjuistheid van de verklaring zou hebben doen blijken.' (Curs. BS)

Een krachtige verklaring van executele waar heel Europa op kan vertrouwen, zij het op basis van enige Nederlandse onbescheidenheid. Minstens zo inte-

144. Denk in deze bijvoorbeeld aan vergaande derdenbescherming. De autoriteit die het *Europese* certificaat van *exécutele* afgeeft, is gedwongen zich de vraag te stellen welke bevoegdheden de betreffende *exécuteur* heeft en gaat bewust of onbewust de bevoegdheden van de verschillende Europese functionarissen vergelijken en is daarna waarschijnlijk gedwongen, de gevonden uitkomst met enig soepel juridisch gemoed toe te passen. Zo'n certificaat is immers een erfrechtelijke mal waar niet zomaar alle bevoegdheden van de beheerder zonder slag of stoot in zullen passen. Vergelijken betekent mijns inziens automatisch ook zoeken naar de grootste gemene 'erfrechtelijke' deler, hetgeen vervolgens tot gevolg heeft dat het harmonisatieproces versoepeld wordt en daarmee versneld wordt. Zo spreekt men in 2.4 van het Groenboek, zij het in het kader van rechtskeuze, van 'een zekere soepelheid'. Voorts wil men met de invoering van een Europese verklaring van erfrecht administratieve en praktische belemmeringen wegnemen. Wellicht ben ik te optimistisch, zeker nu P. VLAS, Naar een EG-Verordening IPR-Erfrecht?, WPNR (2003) 6533, p. 393, zich de 'voorraag' stelt wie aan de noodrem trekt van de Europese TGV die vanuit Brussel door het IPR-landschap dendert. De Spaanse Europarlementarier Manuel Medina Ortega is in de hiervoor aangestipte debatten van 15 november 2006 over het verslag van Giuseppe Gargani (A6-0359/2006) blijkbaar ook optimistisch en laat zich met betrekking tot de harmonisatie van het erfrecht ontvallen: 'Dat is iets wat in de toekomst mogelijk rechtgezet zou moeten worden, aangezien het onbegrijpelijk is dat de gevolgen, het juridisch systeem en de rechten van de erfgenamen volledig veranderen als iemand enkele kilometers verderop gaat wonen en afhankelijk zijn van de vraag of iemand in het ene land of het andere land is gevestigd.'
145. Niet alleen blijkt hieruit het vertrouwen in de Europese *exécuteur*, maar ook het verlangen naar de daarmee gepaard gaande bescherming van 'het rechtsverkeer' dat op deze erfrechtelijke vertrouwenspersoon 'vertrouwt'. Brief van de Minister van Justitie (Directie Wetgeving) van 19 december 2005 (kenmerk 5392874/05/06) die, na daartoe gemachtigd te zijn door de ministerraad, de Tweede Kamer doet toekomen de (concept-)antwoorden van de Nederlandse regering op het Groenboek van de Europese Commissie inzake erfopvolging en testamenten, COM (2005) 65 definitief. Ook in het antwoord op vraag 33 naar de rechtsgevolgen van de Europese verklaring van erfrecht wordt door de Minister verwezen naar de derdenbescherming van ons artikel 4:187 BW en overigens aangestipt dat de (Europese) verklaring naar Nederlandse opvatting niet meer dan een *legal opinion* is, die voor toetsing door de rechter vatbaar is. De minister vindt dat de verklaring toegang moet geven tot de boedel. Wat de erkenning van rechtswege betreft van de aanstelling en de bevoegdheden van de beheerders van nalatenschappen (in alle lidstaten) wijst Nederland (vraag 29) op het belang van een uniform concludenrecht. Voor gevallen die aan derde landen zijn aangeknoopt, zou er een regeling van zekerheidsstelling als bedoeld in het Nederlandse art. 5 lid 2 Wcerf moeten komen. De Belgische delegatie merkt in deze onder meer op: 'De macht van een beheerder mag echter ook niet onbeperkt zijn'

ressant is het antwoord van Advocaat-generaal Langemeijer namens de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR):<sup>146</sup>

'[...] Een *internationale* verklaring van *executele* is een zeer nuttig instrument indien voldoende duidelijk is in andere landen welke *bevoegdheden* aan de executeur toekomen, *zults met het oog op derden*. Onderzoek wordt gewenst geacht naar de verschillende rechtstelsels [...]. De NVvR zou totstandkoming van zo'n internationale verklaring van executele bijzonder toejuichen.' (Curs. BS)

Om het effect van de bevoegdheden van een executeur in een bepaald erfrechtelijk stelsel te kennen, zal men, zoals eerder aangestipt, echter eerst zijn *ware aard* dienen te onderzoeken en die van zijn belangrijkste tegenspeler (de legitimatoris) in dat stelsel.<sup>147</sup>

Vervolgens kan invulling gegeven worden aan de kenbaarheid voor derden van de ware aard en de daarmee samenhangende vraag naar derdenbescherming. In navolging van T.H.D. Struycken: 'een functionele benadering volstaat.'<sup>148</sup>

146. F.F. LANGEMEIJER (voorzitter wetenschappelijke commissie), Advies inzake het Groenboek Erfopvolging en testamenten van 30 september 2005. Hij merkt op dat vraag 29 (de erkenning van rechtswege van de aanstelling en bevoegdheden) bevestigend kan worden beantwoord als ook de onderhavige vraag 30 bevestigend beantwoord wordt. Voorts wijst hij op het belang van onderzoek naar de functionarissen die een dergelijke verklaring mogen afgeven. Dit zal overigens in de regel een rechter of een notaris zijn, maar hoeft niet. In Duitsland geeft het Nachlassgericht een Erbschein af met vermelding van de Testamentsvollstrecker § 2364 BGB. In Zwitserland geeft 'die zuständige kantonale Behörde' een Ausweis (eine Bescheinigung) af aan de Willensvollstrecker op basis van 'gewoonterecht', HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht (Habilitationsschrift Zurich) 1998, Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 155 of er vindt een aantekening plaats op de Erbschein (art. 559 ZGB) van de erfgenamen, p. 157. In Frankrijk heeft de 'acte de notoriété' op 3 december 2001 in art. 730-1 Cc een wettelijke basis gekregen. In België werkt men met een verklaring van erfrecht op basis van een (notariele) akte van bekendheid. Zie ook J.W.M. DE VOS, De notariele verklaring van erfrecht (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1975.

147. Interessant in deze is een door Eurobarometer in juli 2006 gehouden enquête waaruit blijkt dat gemiddeld 80 procent van de Europese burgers het nodig acht dat erfopvolgingswensen en testamenten binnen de gehele Europese ruimte worden erkend. Naar deze enquête wordt verwezen door commissaris Franco Frattini in het debat van 15 november 2006 over het verslag van Giuseppe Gargani (A6-0359/2006). Zie ook DANIEL LEHMANN, Die Zukunft des deutschen gemeinschaftlichen Testaments in Europa, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV 2007, 5), p. 196 en 197 die ook naar deze enquête verwijst en in welke bijdrage ook een kort overzicht van de laatste stand van zaken rond het 'Grunbuch zum Erb- und Testamentsrecht' gegeven wordt. Verwacht wordt dat eind 2007 een 'ersten Regelungsvorschlag' komt. Deze concept-verordening zal waarschijnlijk met name 'kollisionsrechtlichen Inhalt' hebben. M.W. HESSELINK, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 10 merkt op dat zelfs voor familierecht, waarvan met name beweerd wordt dat, wegens de sterke band met de nationale cultuur, unificatie ervan niet mogelijk is, recent wetenschappelijk onderzoek aantoont, dat deze stelling niet (meer) juist is. Hij verwijst ter onderbouwing hiervan in noot 31 naar ALAIN VERBEKE en YVES-HENRI LELEU, Harmonization of the Law of Succession in Europe, in: Towards a European Civil Code, Nijmegen en Den Haag/London/Boston 1998, p. 73 e.v.

148. T.H.D. STRUYCKEN, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 37, Kluwer Deventer: Kluwer 2007, p. 538 en 539 die dit opmerkt in het licht van de vraag in hoeverre de Europese regelgever ruimte zal laten voor de invoering van de trust in de vorm van het bewind en tot de conclusie komt dat als de bevoegdheden van de trustee goed zijn afgebakend en ook overigens wordt aangegeven welke

## 14. De onderzoeksmethode; een resumé

Tot zover de 'Einführung en probleemstelling' met een klein Europees voorafje, waarmee getracht werd te illustreren dat het van belang kan zijn om bij het onderzoek naar de positie van de executeur 'over de grenzen heen' te kijken. Extern en intern 'vergelijken' is de rode draad van het onderzoek. Resumerend valt het onderzoek, dat zal worden afgesloten met een samenvatting van de gevonden conclusies, derhalve uiteen in drie delen:

### A. Het algemeen rechtsvergelijkend deel

In dit deel zal onze erfrechtelijke beheerder niet alleen vergeleken worden met de soortgenoten in de *buitenlandse* rechtsstelsels (Duitsland, België, Zwitserland en Frankrijk) maar zal met name ook gekeken worden naar de plaats van de executeur in het Nederlandse *algemene* vermogensrecht.<sup>149</sup> Wie de ware aard van de executeur onderzoekt en denkt in het erfrechtelijke Boek 4 te kunnen blijven, komt bedrogen uit. De ontdekkingsreiziger wacht een lange zoektocht dwars door bijna alle lagen van ons vermogensrecht. Wat de juridische Europese rondreis betreft heb ik (noodgedwongen) proberen te voorkomen de buitenlandse executeurs<sup>150</sup> steeds in ieder detail te behandelen, maar in het bijzonder getracht te kijken naar het wezen van de betreffende rechtsfiguur en de ontwikkelingen aldaar, met betrekking tot de inpassing van zijn aard in het vermogensrechtelijk systeem, in kaart te brengen. Meegenomen werden, zowel in het algemeen als in het bijzonder deel, de belangrijkste verschillen in de positie van de executeur onder het *oude* Nederlandse erfrecht en zijn positie onder het *nieuwe* erfrecht, zulks gericht op de vraag in hoeverre de knelpunten uit het verleden verholpen zijn.

Er vanuit gaande dat de lezer niet altijd alle (buitenlandse) bronnen 'bij de hand' heeft, heb ik deze, daar waar van belang, steeds zo veel mogelijk aangehaald.

→ vermogensrechtelijke rechtsgevolgen toepasselijk moeten of mogen zijn, het om het even is hoe de in te voeren figuur wettssystematisch wordt ingebed, waarbij hij constateert dat wie formeel rechthebbende is geen kerneigenschap behoeft te zijn.

149. Dat het erfrecht (zowel van buiten als van binnen) wel eens als een mandarijnenwetenschap gezien wordt, blijkt bijvoorbeeld uit de beslissing van de redactie van Tekst & Commentaar, Deventer: Kluwer 2007 om in de vierde druk van het deel 'Vermogensrecht' het erfrecht niet meer op te nemen. Dit lijkt een 'erratum'. Het is net een rechtsfiguur als executele die zich bijvoorbeeld perfect leent om bij een inleidend college 'algemeen' vermogensrecht behandeld te worden. Men komt in aanraking met het verbintenisrecht, het goederenrecht en met name het belangrijke fenomeen vertegenwoordiging in al zijn facetten. Kortom, in alle 'lagen' van ons vermogensrecht.
150. Op het (Nederlands) internationaal privaatrecht op het gebied van de vereffening zal ik verder niet ingaan, dat heb ik hiervoor ter bepaling van de gedachten slechts aangestipt. De problematiek die zich bijvoorbeeld in een nalatenschap van een in Duitsland woonachtige Nederlandse erflater die een Duitse neef tot executeur heeft benoemd en een Nederlandse neef tot executeur met de bevoegdheid om de zich in Nederland bevindende nalatenschap in 'bezit' te nemen, kan voordoen, wordt beschreven in IPR-erfrecht-afwikkeling van een in het buitenland opengevallen nalatenschap- afgifte Nederlandse verklaring van erfrecht 'bevoegdheid' Nederlandse notaris, Rechtsvragenrubriek WPNR (2005) 6610, p. 151-152. Zie over 'Internationale Testamentsvollstreckung' ook BENGEL/REIMANN, Handbuch Der Testamentsvollstreckung, Munchen: Verlag C.H. Beck 2001, p. 429-577.

### *B. Het bijzonder erfrechtelijk deel*

De in het eerste algemene deel gevonden (voorlopige) conclusies zullen in het tweede deel, het bijzondere deel, op hun houdbaarheid getoetst worden. Met de gevonden ware aard als denkmodel zal in dit deel de *erfrechtelijke* denkproblemen betreden worden en zullen specifieke erfrechtelijke vraagstukken te lijf worden gegaan, waarbij niet uit te sluiten valt dat bepaalde kwesties reeds in het algemeen deel aangestipt zijn.

### *C. Het bijzonder fiscaal deel*

In dit deel zal getoetst worden in hoeverre de gevonden civielrechtelijke conclusies ook een fiscale weerslag hebben, oftewel kan de executeur zijn ware aard ook in fiscalibus doorzetten?



ALGEMEEN  
RECHTSVERGELIJKEND DEEL



# DE AARD 'VERGELIJKENDERWIJS'

Tussen de echtgenoot die het hem toekomend bestuur overlaat aan de andere echtgenoot, en deze laatste zijn de bepalingen omtrent *opdracht* van overeenkomstige toepassing, met inachtneming van de *aard* van de huwelijksverhouding en de *aard* der goederen.

Art. 1:90 lid 3 BW (Curs. BS)

## A. INLEIDING

Het hoofddoel van deze studie is, zoals hiervoor aangegeven, een onderzoek naar de grondslagen van executele, meer specifiek: naar de *aard* van de rechtsfiguur. Iedere jurist krijgt immers zo nu en dan van de wetgever te horen: 'tenzij de aard der rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet', dan wel soortgelijke frasen.<sup>1</sup>

Wie de ware aard van een rechtsfiguur kent, beschikt ook over de sleutel voor de oplossing van vragen waar de wet, op het eerste gezicht, het antwoord niet op lijkt te geven. De wet van 1838 gaf nagenoeg geen aanwijzingen over de aard van executele.

Eerst zal ik dan ook nagaan hoe de aard van de rechtsfiguur onder oud erfrecht in de doctrine en de rechtspraak getypeerd werd om vervolgens te kijken in hoeverre het nieuwe erfrecht daarin verandering heeft gebracht. De vraag in hoeverre de oude knelpunten zijn opgelost komt dan vanzelf aan de orde. Verslechtering van de regeling was bijna niet mogelijk, zo lijkt het.

Ter bepaling van de gedachte zal eveneens aandacht worden besteed aan 'die *Rechtsnatur*' des Testamentsvollstreckers, alsmede aan de kwalificatie van de Belgische 'testamentuitvoerder'. Ook de Zwitserse Willensvollstrecker en de nieuwe Franse exécuteur testamentaire zullen in de beschouwingen worden meegenomen.

Het eerste onderdeel van de studie zal worden afgesloten met een (of meerdere) conclusie(s) ten aanzien van de aard van de executele onder het nieuwe erfrecht, waarbij ook aandacht besteed zal worden aan de plaats van executele binnen de gelaagde structuur van ons vermogensrecht. Op basis van de (voorlopige) conclusie(s) kan in de volgende hoofdstukken niet alleen een

1. Zie bijvoorbeeld art. 6:216 lid 1 BW en art. 6:261 lid 2 BW. Soms bekruipt de jurist dan ook het gevoel dat hij zelfs niet meer weet of zijn glas half vol of half leeg is.



concretisering en nadere uitwerking plaatsvinden, maar met name ook een toetsing daarvan.

De onduidelijkheid rondom de aard en bevoegdheden van onze executeur is mijns inziens overigens niet in de laatste plaats veroorzaakt door het fenomeen 'boedelbereddeaar' dat in de testamentenpraktijk, meer en meer los van een wettelijke basis, zijn eigen leven ging leiden. Dit maakte het er niet gemakkelijker op om de 'ware' aard van de executeur te herkennen. Ook het in de uiterste wilsbeschikkingen nagenoeg altijd beklede van de executeur met het 'bezit' van de nalatenschap maakte het er niet duidelijker op. Hoe diende dit Franse 'onrustige bezit' juridisch geduid te worden? Aangezien de notariële praktijk tot in lengte van dagen met deze oude, veelal onduidelijke, uiterste wilsbeschikkingen te maken zal blijven krijgen, besteed ik in Hfdst. VI aandacht aan het overgangsrecht. Heeft het overgangsrecht de oude 'ont-aarde' executeurs een nieuwe aard en daarmee een nieuw bestaan gegeven? Een bevestigende beantwoording zou de ontwikkeling van de nieuwe executele in een stroomversnelling kunnen doen komen.

Eerst een blik op de literatuur over de positie van de executeur onder het *oude* erfrecht. Hoe hebben de drie klassieke erfrechtelijke handboeken de executeur neergezet?

## **B. DE DOCTRINE (OUD ERFRECHT)**

### **1. Klaassen-Eggens-Luijten**

Het erfrechtelijk handboek 'Klaassen-Eggens-Luijten'<sup>2</sup> gaat uit van de navolgende definitie van het karakter van executele:

'De executeur is vertegenwoordiger van de erfgenamen krachtens opdracht van de erflater, wiens wil hij heeft uit te voeren onafhankelijk van de wil der erfgenamen, die als de daarbij vertegenwoordigden door die uitvoering worden gebonden.'

Er wordt gewezen op een mogelijke vergelijking met andere personen, zoals de lasthebber, de negotiorum gestor of de testamentaire voogd, doch dat daarbij spoedig veel verschilpunten blijken. Luijten wijst op de volgende verschillen.

De executeur is geen lasthebber van de erflater, omdat de functie van executeur niet gebaseerd is op een overeenkomst. Hij is ook geen lasthebber of negotiorum gestor van de erfgenamen, aangezien zij de opdracht niet kunnen herroepen en de executeur moeten dulden. De taak van een voogd is veel uitgebreider dan die van de executeur.

Gezien deze verschilpunten trekt Luijten de conclusie dat een analogische toepassing van de, voor de genoemde figuren geldende, bepalingen derhalve

2 KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, Erfrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 220 e.v.

slechts mogelijk is voor zover het eigen karakter van de executele dit toelaat. In het oog springt het uitdrukkelijk afwijzen van de gedachte aan een overeenkomst en het afwijzen van lastgeving vanwege de 'onherroepelijkheid'.

## 2. Pitlo/Van der Burght

Van der Burght<sup>3</sup> antwoordt op de vraag wat de rechtspositie van de executeur is:

'Hij is vertegenwoordiger van de erfgenamen, maar heeft tegenover hen een eigen rechtspositie; hij kan zijn bevoegdheid uitoefenen tegen de wil van de erfgenamen in. Zolang nog niemand als erfgenaam heeft aanvaard, treedt de executeur op voor de erfgenamen als zodanig, van wie de identiteit nog niet vaststaat. [ ]. Wij staan hier voor een mengvorm de executeur treedt naar buiten op als vertegenwoordiger van de erfgenamen, tegenover de erfgenamen heeft hij een eigen recht [ . ].

De executeur ontleent zijn bevoegdheid aan de testateur. Een overeenkomst van lastgeving is niet aanwezig, vrijwel alle elementen van een dergelijk contract ontbreken. Lastgeving is herroepelijk; de lasthebber kan opzeggen, art. 7:414 enz. Van zaakwaarneming is geen sprake want er is een opdracht.'

Uiteindelijk komt Van der Burght tot de conclusie dat de vertegenwoordiging van de executeur er een '*sui generis*' is. En ook hij wijst uitdrukkelijk de overeenkomst van lastgeving af, omdat lastgeving 'herroepelijk' is

## 3. Asser-Van der Ploeg-Perrick

In het erfrechtelijk handboek 'Asser-Van der Ploeg-Perrick'<sup>4</sup> lees ik:

'De regeling van de executele is een zo geheel zelfstandige en zo weinig wordt daar gelet op de voorschriften van de lastgeving (herroepelijkheid, bedanken van de lasthebber; geen loon van rechtswege; geen uitsluiting van de bevoegdheid van de lastgever om zelf te handelen, ook al is de volmacht onherroepelijk verleend, enz.) dat men beter doet de executele naast en niet onder de lastgeving te plaatsen.

Evenmin is de uitvoerder een zaakwaarnemer van de erfgenamen. Hij handelt krachtens opdracht, bovendien kan hij zijn taak vervullen, ook tegen de wil van de erfgenamen.[.. ]

Tussen de erfgenamen en de executeur komt geen overeenkomst tot stand, hun onderlinge rechtsverhouding wordt dus niet mede beheerst door Titel 77 (opdracht).

Al is nu de uitvoerder der uiterste wilsbeschikkingen geen lasthebber of zaakwaarnemer, daarom is hij niet minder een vertegenwoordiger, d.w.z. iemand, die bevoegd is rechtshandelingen te verrichten, waardoor hij niet zichzelf, doch een ander verbindt, terwijl hem deze bevoegdheid niet in eigen belang verleend is.'

3 PITLO/VAN DER BURGHT, Erfrecht, Arnhem Gouda Quint 1997, p. 251 e v

4 ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer WE J Tjeenk Willink 1996, p. 492

Ook hier wordt de opdracht in de zin van titel 7.7 (waar ook lastgeving geregeld is) uitdrukkelijk afgewezen om de reden dat er geen sprake is van een overeenkomst. De regeling is zelfs niet *mede* van toepassing. Opvallend is dat ook hier de herroepelijkheid in het licht van lastgeving genoemd wordt. Blijkbaar is ook het ontbreken van privatieve werking bij lastgeving (onder oud erfrecht) een reden om executele niet onder deze rechtsfiguur te (kunnen) scharen. Hier kom ik op terug.

#### 4. De leer van het eigen zakelijk recht van Eggens en Suijling/Dubois

Een andere theorie die over het rechtskarakter van executele ooit naar voren gebracht is, is de leer van 'het eigen zakelijk recht van de executeur'. Deze leer werd aangehangen door Suijling-Dubois:<sup>5</sup>

'Zoo min als de faillissementscurator den failliet vertegenwoordigt, zoo min is ook de executeur-testamentair een vertegenwoordiger van de erven. Beide functionarissen bezitten enkel de bevoegdheid om krachtens hun zakelijk werkend beheersrecht, binnen zekere grenzen, over de onder hun bewind gestelde vermogens te beschikken en ten laste daarvan schulden te vestigen.'

en Eggens:<sup>6</sup>

'Ik stel dus voor bewind en executele onder de zakelijke rechten op te nemen, omdat deze voorstelling doet zien de zakelijke gescheidenheid der rechten deze vertegenwoordigers van die der door hen vertegenwoordigden, en daardoor het inzicht in de wederzijdse posities kan worden verhelderd, mits men niet vervalt in de fout van de vrouw, die katte-ogen had, en meende daarom ook wel van het dak te kunnen springen.'

Executele als zakelijk recht heeft het nooit kunnen halen in verband met ons 'gesloten stelsel' van zakelijke rechten. Ook al is executele dan geen zakelijk recht, dit sluit niet uit dat er toch een goederenrechtelijke lading aan executele kan zitten, waarover hierna in Hfdst. II.B meer. Executele wordt hier in ieder geval in een adem met bewind genoemd. Staat de aandacht voor het 'eigen recht' van de executeur op gespannen voet met de vertegenwoordigingsgedachte?<sup>7</sup>

#### 5. Kenmerken 'heersende leer': 'sui generis'?

Aangezien de moderne erfrechtelijke commentaren ten aanzien van de omschrijving van de aard van executele enigszins op een lijn zitten, kan voor-

5. SUIJLING-DUBOIS, Inleiding tot het Burgerlijk recht 6e stuk (Erfrecht), Haarlem: De erven F Bohn N.V. 1931, nr. 418.

6. J. EGGENS, Vertegenwoordiging, WPNR (1927) 2989.

7. In ieder geval als ik 'SUIJLING-DUBOIS' goed begrijp?

zichtig gesproken worden van een 'heersende leer'. De navolgende kenmerken komen hier in ieder geval in terug:

- a. vertegenwoordiging;
- b. opdracht (doch *géén* overeenkomst);
- c. tegen de wil in van de erfgenamen;
- d. afwijzing van lastgeving en zaakwaarneming.

Deze kenmerken hebben bij Van der Burght in ieder geval tot de conclusie geleid, dat er sprake is van een *vertegenwoordiging 'sui generis'*. Het is een typering die boekdelen spreekt en aangeeft dat de executeur oude stijl een heel eigen karakter had. Hij liet zich in ieder geval niet zomaar in een keurslijf stoppen. Overigens staat Van der Burght ten aanzien van kenmerk c., het handelen tegen de wil in van de erfgenamen, het meest open voor, althans noemt expliciet, het eigen recht van de executeur, waarbij hij echter deze kant van de zaak ook niet wil verabsoluteren, zoals Suijling-Dubois en Eggens doen. Hierna zal uitgebreid ingegaan worden op de vraag in hoeverre vertegenwoordiging en 'eigen recht' zich al dan niet uitsluiten. Het spanningsveld rondom deze termen doet zich in ieder geval reeds gevoelen.

Na de kenmerken van de nieuwe regeling van executele te hebben onderzocht zal ik proberen de gevonden typering te verfijnen en trachten de rechtsfiguur executele een plaats te geven binnen de algemene beginselen van het burgerlijk recht, zoals de 'gelaagde structuur' en de 'schakelbepalingen'. Of is de executeur zonder meer een vreemde eend in het systeem van ons Burgerlijk Wetboek gebleven?

## 6. 'Oude' en 'nieuwe' rechtspraak ter illustratie

Ter illustratie van kenmerk c: 'tegen de wil van de erfgenamen' een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 30 maart 1943, NJ 1943, 857:

'dat de executeur-testamenteair wien het bezit der nalatenschap is toegekend, bij de uitoefening van de hem toevallende taak, zijnde de tenuitvoerlegging van het testament, waartoe in de eerste plaats behoort het uitkeeren der legaten, zelfstandig handelt. Hij behoeft daar niet met de wil der erfgenamen rekening te houden en mag zelfs tegen dien wil ingaan'.

Dat men ook in een andere richting kan denken dan de hierboven aangehaalde opvattingen (kenmerk d.), blijkt uit de benadering van Rechtbank Amsterdam 11 oktober 1929, NJ 1930, 41. Er wordt gesproken van de *lasthebber* van erfgenamen. Deze benadering kan de 'Franse leer' genoemd worden, aangezien in Frankrijk de executeur van origine als lasthebber<sup>8</sup> gezien wordt.

8. PHILIPPE MALAURIE/LAURENTAYNÈS, Droit Civil, Les successions Les Liberalités, Parijs: Defrenois 2006, nr. 507 omschrijven het als de 'nature juridique' van 'les auteurs classiques'.

De rol van vertegenwoordiger (kenmerk a.) wordt bijvoorbeeld benadrukt in een tuchtuitspraak van Hof Amsterdam<sup>9</sup> over een notaris als executeur-testamenteair, tevens boedelberedderaar:

‘Hierbij verdient overigens aantekening, dat anders dan (...), de notaris bij gebreke van boedelvolmachten van alle erven te dier zake toch namens hen kan handelen.

Immers, de notaris is bij codicil door de erflaatster tot executeur-testamenteair, tevens boedelberedderaar benoemd, en kon binnen die taak als vertegenwoordiger van de gezamenlijke erven handelen.’

Dat wat betreft ‘oudere’ oude rechtspraak. Recentelijk, op 9 februari 2005, NJF 2005, 150, wees de rechtbank Assen een vonnis in een zaak waar de benoeming van de executeur onder het oude erfrecht is geschied (1999), de nalatenschap nog onder het oude erfrecht (2000) openviel, maar het vonnis niet alleen gewezen werd terwijl het nieuwe recht al was ingevoerd, maar ook al (zij het zijdelings) naar het nieuwe erfrecht verwezen werd. Zou dit een voorbode zijn? De rechtbank zag het in ieder geval zo:

‘De werkzaamheden als executeur werden immers verricht in *opdracht* van *erflater*, niet in opdracht van mevrouw B.’ (Curs. BS)

Het interessante van deze uitspraak is niet alleen het gebruik van de term ‘opdracht’, maar met name de uitdrukkelijke verwijzing naar *erflater*. Kortom, de executeur krijgt zijn opdracht niet van de erfgenamen, maar van *erflater*. Een gedachte om vast te houden.

Na ter bepaling van de gedachte het oude erfrecht kort onder de loupe te hebben genomen, is het goed om bij de positie van een van de sterkste executeurs van Europa stil te staan. Dit laatste klemt des te meer nu in Duitsland niet alleen al meer dan een eeuw ‘gefilosofeerd’ wordt over de rechtspositie van de Testamentsvollstrecker, maar zelfs een ‘Theorienstreit’ uitbroken is.

## C. DE DUITSE ‘THEORIENSTREIT’

### 1. De reden en de zin van veel theorieën

In het Duitse recht stapelen de theorieën zich over ‘die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers’<sup>10</sup> op, zij het dat men, ondanks de vele theorieën die om de eer strijden, uiteindelijk in beginsel wel tot een heersende leer is kunnen komen.

De reden dat er zoveel theorieën zijn, is ongetwijfeld te danken aan het feit dat de Duitse wetgever zich niet uitgesproken heeft over de aard van de Testamentsvollstreckung en blijkens de parlementaire geschiedenis *‘die Klärung*

9. WPNR (1998) 6336 Ik ga er hierbij van uit dat de uitspraak niet anders geluid zou hebben als er ‘slechts’ sprake was van bezit en de term boedelberedderaar niet expliciet gebruikt zou zijn.

10. ASTRID OFFERGELD, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers (diss. Munster) 1994, Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 51 e.v.

dieser Frage und die nähere Ausgestaltung' aan de wetenschap overliet.<sup>11</sup> Waar hebben wij die frase eerder gehoord?<sup>12</sup>

Schmucker<sup>13</sup> wijst er op dat in eerste instantie – voordat een beroep op de wetenschap werd gedaan – de Testamentsvollstrecker nog als wettelijk vertegenwoordiger van de erfgenamen neergezet werd,<sup>14</sup> hetgeen in tweede instantie bewust achterwege werd gelaten.

Er zijn meerdere 'Vertreter'-theorieën ontwikkeld, er is een 'Eigenrechtstheorie', de theorie 'des neutralen Handelns', de 'Treuhändertheorie' en de 'Amtstheorie'. Niet dat ik overigens de illusie heb volledig te zijn.<sup>15</sup>

De belangrijkste achtergrond voor het ontstaan van deze theorieën is om hiermee vragen van procesrechtelijke aard te kunnen beantwoorden.<sup>16</sup> Een praktisch probleem derhalve. De Testamentsvollstrecker met zijn 'eigen recht' of de Testamentsvollstrecker als vertegenwoordiger van de erfgenamen. Kuchinke<sup>17</sup> geeft echter aan dat de beantwoording van de vele concrete vragen die ontstaan rondom de beheersbevoegdheid van de Testamentsvollstrecker, zoals bijvoorbeeld: Wie is bevoegd om in het economisch verkeer te handelen? of: Zijn de erfgenamen aansprakelijk voor bepaalde door de Testamentsvollstrecker aangegane verbintenissen?, alleen naar tevredenheid en overtuigend kan geschieden op grond van een goed onderbouwde theorie. Wetenschappelijk 'ruziemaken' heeft zin of in de woorden van Lauer:<sup>18</sup>

'(...) erscheint ein Eingehen auf die Kontroverse bedeutsam, als die unterschiedliche Meinungen unterschiedliche Schwerpunkte im Hinblick auf die zu wahren Interessen setzen und eine differenzierte Herleitung des Instituts vornehmen, so dass hieraus möglicherweise verschiedenartige Schlüsse auf Befugnisse und für bestehende Zweifelsfragen gezogen werden können.'

Hoe interessant het wetenschappelijke 'discours' ook is, dit neemt niet weg dat de vraag gesteld dient te worden of hier wellicht een taak voor de wetgever ligt om de *aard* van de rechtspositie van de Testamentsvollstrecker 'met zoveel woorden' in de wet op te nemen. Of zitten de werkelijke problemen dieper?

11. CAROLIN LAUER, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999, p. 257.
12. Dit 'terugtrekken' van de wetgever ten behoeve van wetenschap en rechtspraak is niet ongebruikelijk. Zie bijvoorbeeld Meijers in zijn *Groene Boek over het leerstuk van verknochtheid in het huwelijksvermogensrecht*: 'De uitwerking van dit beginsel kan men aan de rechter overlaten.', *Parl. Gesch. Boek 1 BW*, p. 280.
13. ALEX SCHMUCKER, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002, p. 17.
14. In het eerste ontwerp van § 1903 Abs. 1 BGB. Zie thans § 2212 BGB.
15. In de oudere literatuur komt men nog meer theorieën tegen, te weten: de 'Mandatstheorie', 'Vormundstheorie', de theorie van de 'beschwerten Vermächtnisnehmer', de 'Schiedsrichtertheorie'. Zie hiervoor noot 40 van LANGE/ KUCHINKE, *Erbrecht*, München: Beck 2001, p. 668.
16. WALTER ZIMMERMANN, *Die Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 135.
17. LANGE/KUCHINKE, *Erbrecht*, München: C.H. Beck 2001, p. 669.
18. CAROLIN LAUER, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999, p. 58.

Hierna zal ik ingaan op de verschillende theorieën en kort aangeven wat ze inhouden.

## 2. De ‘Vertreter’theorieën

### 2.1 *Vertegenwoordiger van de erflater*

In deze versie van de ‘Vertretertheorie’ wordt de erflater door de Testamentsvullstrecker vertegenwoordigd. Hier heeft men moeite met het feit dat een overledene geen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen meer is.<sup>19</sup> Bij het instellen van rechtsvorderingen zou de Testamentsvullstrecker zich in deze presenteren als ‘Vertreter des Erblassers’.<sup>20</sup>

### 2.2 *Vertegenwoordiger van de nalatenschap (Organtheorie)*

In deze leer wordt de nalatenschap gezien als een orgaan dat door de Testamentsvullstrecker vertegenwoordigd wordt. De nalatenschap wordt benaderd als was zij zelfstandig drager van rechten en plichten. Deze theorie heeft het niet gered, omdat de nalatenschap nu eenmaal geen rechtspersoon is.<sup>21</sup>

### 2.3 *Vertegenwoordiger van de erfgenamen*

Het volgende moet ons met het oog op de zoektocht naar de aard van de Nederlandse executeur nu al aan het denken zetten. In de Duitse literatuur wordt als belangrijk nadeel, van de Testamentsvullstrecker typeren als *vertegenwoordiger* van de erfgenamen genoemd, dat de erfgenamen achter de rug van de Testamentsvullstrecker *bevoegd blijven om zelf te handelen*.<sup>22</sup> Indien dit zo is, zou dit de doodsteek voor de vertegenwoordigingsbenadering zijn. Op dit belangrijke aspect zal hierna apart worden ingegaan.

In deze leer wordt geprocedeerd als ‘Vertreter des Erben’.<sup>23</sup> Het grote voordeel van deze leer is de duidelijkheid<sup>24</sup> van de verhouding tussen erfgenaam en Testamentsvullstrecker, als er een nieuwe Testamentsvullstrecker aantreedt. Alle handelen van de Testamentsvullstrecker wordt toegerekend aan de achterman, de erfgenaam. Deze is partij en de Testamentsvullstrecker ‘valt er tussen uit’.

19. ASTRID OFFERGELD, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers (diss. Munster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 56.

20. CARSTEN-THOMAS EBENROTH, Erbrecht, Munchen: C H Beck 1992, p. 417.

21. KARL WINKLER, Der Testamentsvollstrecker, Regensburg/Berlin: Walhalla 2005, p. 26, die er op wijst dat in de § 207, 254 en 278 BGB wel van een vertegenwoordiging van de nalatenschap wordt uitgegaan.

22. LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, Munchen: Beck 2001, p. 670.

23. CARSTEN-THOMAS EBENROTH, Erbrecht, Munchen: Beck 1992, p. 417

24. ASTRID OFFERGELD, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers (diss. Munster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 54.

### 3. De 'Eigenrechtstheorie'

De 'Eigenrechtstheorie' beschouwt, zoals de naam al aangeeft, de Testamentsvollstrecker als drager van een *eigen* recht. Dit recht heeft een *fiduciair* karakter, omdat men er vanuit gaat dat de Testamentsvollstrecker naar buiten toe meer macht heeft, dan hij in feite in de interne relatie tot de erfgenamen heeft.<sup>25</sup> Hier wordt derhalve een onderscheid gemaakt tussen de externe en interne bevoegdheden.

### 4. De theorie 'des neutralen Handelns'

In deze leer handelt de Testamentsvollstrecker niet als vertegenwoordiger van de erfgenamen en handelt hij ook niet op eigen naam, doch is zijn handelen 'neutraal'. Het recht kent echter een 'neutraal handelen' niet. Men handelt in het recht of voor zichzelf of voor een ander. Daarom heeft deze theorie, die van een derde mogelijkheid, de neutrale handeling, uitgaat, nooit veel bijval gehad.<sup>26</sup>

### 5. De 'Treuhändertheorie'

De Testamentsvollstrecker wordt in deze leer als een soort van 'trustee' gezien. Deze zienswijze komt in de knoop met het feit dat de Testamentsvollstrecker op deze wijze niet meer in te bouwen is in het systeem van het 'Bürgerliches Gesetzbuch'.<sup>27</sup> De erfgenamen blijven immers eigenaar van het nalatenschapsvermogen, niet de Testamentsvollstrecker. Voorts ontbreekt een 'Trust-akte', de Treuhänderabrede.<sup>28</sup> Toch zien we wel karaktertrekken van de 'Treuhändertheorie' terug bij de hierna te behandelen heersende leer, de 'Amtstheorie'.

### 6. De 'Amtstheorie' als heersende leer of als 'vluchttheorie'?

Onder de vlag van de 'Amtstheorie' wordt opgetreden als '(bijvoorbeeld) Bernd Müller als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Karl Ernst'.<sup>29</sup> De Amtstheorie is in het Duitse recht in beginsel de heersende leer.<sup>30</sup> De Testamentsvollstrecker is drager van een privaatrechtelijk ambt of in de woorden van het 'Bundesgerichtshof':<sup>31</sup>

25. ASTRID OFFERGELD, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, (diss. Munster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 57.

26. CAROLIN LAUER, Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse (diss. Würzburg) 1999, p. 64.

27. LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, München: Beck 2001, p. 672.

28. CAROLIN LAUER, Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse (diss. Würzburg) 1999, p. 67.

29. CARSTEN-THOMAS EBENROTH, Erbrecht, München: C.H. Beck 1992, p. 417.

30. CAROLIN LAUER, Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse (diss. Würzburg) 1999, p. 68.

31. BGH 2 oktober 1957, BGHZ 25, 275 en 279.



‘Der Testamentsvollstrecker ist weder Vertreter des Erblassers noch Vertreter des Erben. Er hat die Stellung eines Treuhänders und ist Inhaber eines privaten Amtes, zu dem er allein durch den Willen des Erblassers berufen ist, auch wenn er von anderer Seite zum Testamentsvollstrecker ernannt worden sein sollte.’

De heersende leer legt de nadruk op het feit dat de Testamentsvollstrecker ‘Inhaber eines Privaten Amtes’ is.

Het woord ‘Amt’ treft men op verschillende plaatsen in de wet aan, te weten in § 2197, 2201, 2202, 2215, 2221, 2224, 2225 en 2226 BGB. De aanhangers van deze leer laten zich met name door de wet leiden.<sup>32</sup> Naarmate ik meer over de ‘Amtstheorie’ lees, des te meer krijg ik het idee dat het een ‘vluchttheorie’ is, een theorie om om de hete brij heen te kunnen draaien, zodat men in het concrete geval nog alle kanten uit kan. Schmucker<sup>33</sup> wijst er overigens dan ook terecht op dat het feit dat de Testamentsvollstrecker een ambt vervult, niet zonder meer met zich brengt dat er geen sprake kan zijn van vertegenwoordiging. Immers een ‘Vormund’ bekleedt ook een ambt, § 1886 BGB, en is toch wettelijk vertegenwoordiger ‘des Mündels’, § 1793 BGB. Een wettelijk vertegenwoordiger hoeft zich niet altijd iets van de wil van de vertegenwoordigde aan te trekken.<sup>34</sup> Hieruit blijkt dat de Duitse erfrechtelijke doctrine tracht aan te tonen dat vertegenwoordiging en eigen recht elkaar niet hoeven uit te sluiten. Men zoekt naar voorbeelden en wie zoekt die zal vinden.

Zeer typerend is de relativering van de Amtstheorie door Lauer<sup>35</sup>, die daarbij wijst op een uitspraak van Schmidt,<sup>36</sup> die erop neerkomt dat de kracht van de ‘Amtstheorie’ alleen gelegen kan zijn in het feit dat ze niet serieus genomen hoeft te worden als ze tot een ongunstige consequentie leidt. Voorts wijst zij op de inconsequentie dat de aanhangers van de leer van de ‘Amtstheorie’ wel allerlei voorschriften op het gebied van de vertegenwoordiging van toepassing verklaard hebben, zoals bijvoorbeeld de ‘Selbsteintritt-regel’ van § 181 BGB. Dit terwijl men de ‘Vertretertheorie’ nu juist afwijst. Blijkbaar ontkomt men in deze niet aan de gedachten van (erfrechtelijke) vertegenwoordiging?

Offergeld houdt het ondanks de heersende ‘Amtstheorie’ erop dat de Testamentsvollstrecker eine Institution ‘sui generis’ blijft.<sup>37</sup> Zo ook Schmucker die wijst op de open definitie van het ‘Bundesgerichtshof’ op grond waarvan de Testamentsvollstrecker ‘die Stellung eines Treuhänders hat und Inhaber ein-

32. CAROLIN LAUER, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999, p. 69.

33. ALEX SCHMUCKER, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Peter Lang Frankfurt am Main: Peter Lang 2002, p. 14.

34. ALEX SCHMUCKER, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002, p. 14 en p. 19. Hij wijst er op dat een voogd wel het hele vermogen beheert, en de Testamentsvollstrecker slechts de nalatenschap.

35. CAROLIN LAUER, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999, p. 70.

36. SCHMIDT, *NJW* 1995, p. 914.

37. ASTRID OFFERGELD, *Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers* (diss. Münster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 72, CAROLIN LAUER, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999, p. 71 volgt wat het resultaat betreft Offergeld.

es privaten Amtes' is. Op grond van deze dubbele definitie wordt zijn inziens "die Eigenart der Testamentsvollstreckung" als Rechtsinstituut *sui generis* duidelijk.<sup>38</sup>

Gezien het veelvoud dat er aan 'leren' is, is de kans groot dat een *'sui generis-leer'* 'de waarheid' uit haar aard het dichtst benadert. Iedere leer heeft immers zijn sterke en zijn zwakke punten.<sup>39</sup> Het voordeel van een *'sui generis-leer'* is dat, zoals de aanduiding reeds aangeeft, het 'van alles wat' is. Maar van 'wat'? En als schot voor de boeg: met *'sui generis'* signaleert men dat er problemen zijn, maar lost men ze nog niet op. In ieder geval is de kracht van de recente Duitse dissertaties dat zij laten zien dat men zich niet te snel gewonnen moet geven bij de zoektocht naar de aard van een rechtsfiguur, ook al moet men (voorlopig)<sup>40</sup> nog blijven zoeken.

## 7. De nieuwe Duitse 'sui generis-leer'

Nu er een duidelijke basis in de Duitse wet ontbreekt, is er veel wetenschappelijk gestoei en bestaan er vele leren. De Duitse discussie leert dan ook dat het wenselijk is dat de wetgever stelling neemt omtrent de rechtspositie van de Testamentsvollstrecker of een soortgelijke rechtsfiguur in onze wetgeving. Aan de andere kant mag het ook geen keurslijf worden. Wat dat betreft is de in recente dissertaties<sup>41</sup> verdedigde leer *'sui generis'* zo gek nog niet. Men kan mij tegenwerpen dat dit ook 'vluchten' is, doch in deze leer noemt men in ieder geval de problematiek rondom het weerbarstige 'beestje' enigszins bij de naam. Men is in ieder geval gewaarschuwd dat met deze rechtsfiguur 'meer aan de hand' is.

Wat er ook van al deze theorieën zij, vaststaat in ieder geval dat de Testamentsvollstrecker zijn functie en zijn taak ontleent aan de *wil* van *erflater*, en niet aan de wil van de erfgenamen.<sup>42</sup> Het is *erflater* die de aftrap neemt, aangezien 'Testamentsvollstreckung' niet van rechtswege ontstaat. Ook al is het een ambt, de bevoegdheden van de Testamentsvollstrecker blijven in de ogen van het Bundesgerichtshof<sup>43</sup> berusten: 'auf dem Willen des Erblassers' en 'kann auch nur dieser ihm in Form der letztwilligen Verfügungen Weisungen für die Führung seines Amtes erteilen (...)'

38. ALEX SCHMUCKER, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002, p. 20.

39. CAROLIN LAUER, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999, p. 71.

40. Ongetwijfeld zal de Duitsers ook het '*Offenheits- of Offenkundigkeitsprinzip*' (het 'in naam van vereiste' dat zich moeilijk lijkt te laten verenigen met het eigen recht) in de weg zitten, zij dat hier uitzonderingen op zijn, P. SMITS en A.H.F.M. WIJERS, *Duits Verbintissenrecht* (Sanders-Instituut), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 109 e.v. Zie art. 3:66 lid 1 BW. Zie voor de 'Schuldrechtsmodernisierung' E.H. HONDIUS, *De Herziening van het Duitse verbintissenrecht*, Nederlands Juristenblad (NJB), augustus 2002, afl. 28, p. 1348-1351.

41. ASTRID OFFERGELD, *Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers* (diss. Munster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995, CAROLIN LAUER, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999 en ALEX SCHMUCKER, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002.

42. WALTER ZIMMERMANN, *Die Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 136.

43. BGH op 2 oktober 1957, BGHZ 25, 275 en 279.

Deze paragraaf sluit ik af met de treffende woorden van Schmucker<sup>44</sup> die zich, zoals gezien, niet zomaar neerlegt bij de ‘Amtstheorie’

‘Die Amtstheorie muss sich hier indes entgegenhalten lassen, dass sich dieses Recht nicht auf hoheitliche Befugnisse oder auf einen staatlichen Verleihungsakt stützt, sondern auf den Regeln des *Privatrechts* und dem *Willen* des *Erblasers* beruht. Aus diesem Grund kann man die Tätigkeit und Stellung des Testamentsvollstrecker nicht als Amt in juristischen Sinne ansehen’ (Curs BS)

Oftewel ondanks de term ‘ambt’, het is de autonome wil van erflater die regeert

Voorzichtig merk ik reeds op dat het er op lijkt dat het, voor een goed functionerende executele, van belang is dat de opdoemende *paradox* ‘eigen recht’ van de executeur en vertegenwoordiging van de uiteindelijk rechthebbenden, te weten de erfgenamen (zo veel mogelijk) gecombineerd kan worden in een rechtsfiguur, waarover hierna meer<sup>45</sup>. Daarnaast is het van belang, binnen deze op het eerste gezicht twee uitersten, steeds voor ogen te blijven houden dat het vertrekpunt voor het invulling geven aan de rechtsfiguur bij *erflater* ligt, en *niet* bij de erfgenamen. Erflater bepaalt de voorwaarden en erflater bepaalt de mate van het vertrouwen, niet de erfgenamen, zelfs al zou sprake zijn van vertegenwoordiging. Ook al bepaalt erflater de ‘spelregels’, dat neemt niet weg dat niemand gehouden is om een executele tegen zijn wil te aanvaarden. Het eenzijdige handelen van erflater geldt derhalve nog niet als een ‘fait accompli’, doch als een ‘uitnodiging’ aan de executeur, waarbij de ‘prijs’ en de invulling van de opdracht in beginsel vaststaan.

## 8. De ‘entsprechende Anwendung’ van de regels van ‘Auftrag’, § 2218 (1) BGB

Van belang is ons in deze fase reeds te realiseren dat bovenstaande Duitse theorieën met name de nadruk leggen op de externe aspecten van de aard van executele de relatie met derden. Een ander aspect van de aard van Testamentsvollstreckung is de interne relatie. De relatie tussen aan de ene kant erflater (en zijn erfgenamen als rechtsopvolgers) en aan de andere kant de Testamentsvollstrecker. Die kant van de medaille lijkt overigens in en door de Theorienstreit onderbelicht te worden. Welke spelregels zijn op die *interne relatie* van toepassing? Tijdens mijn onderzoek viel mijn oog op de navolgende niet onbelangrijke regel.

De Duitse wetgever spreekt duidelijke taal in § 2218 (1) BGB

‘Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664, 666, bis 668, 670, des § 673 Satz 2 und des § 674 entsprechende Anwendung’

44 ALEX SCHMUCKER, Testamentsvollstrecker und Erbe (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main. Peter Lang 2002, p. 20

45 Het nieuwe Nederlandse erfrecht heeft immers meer verdiend dan een ‘sui-generis’ benadering.

Als concreet gevolg van het van *overeenkomstige toepassing zijn* van de regels van 'Auftrag' heeft men een kapstok voor de beantwoording van rechtsvragen met betrekking tot de interne relatie. Let wel: het betreft slechts enkele bepalingen en het betreft de rechtsverhouding met de erfgenamen. De bepalingen handelen respectievelijk over: het beginsel van 'onoverdraagbaarheid', de aansprakelijkheid voor hulpverleners, de informatieplicht en de rekening en verantwoording, de verplichting tot vergoeding van rente, het recht op onkostenvergoeding, het overlijden van de opdrachtnemer en de kennisgeving van het einde van de opdracht.

Schmucker<sup>46</sup> gebruikt het feit van de 'entsprechende Anwendung' overigens ter onderbouwing van zijn kritiek op de 'Amtstheorie', in het bijzonder op de term ambt in juridische zin. Men ontkomt blijkbaar niet aan de privaatrechtelijke regels van 'opdracht' is de gedachte.<sup>47</sup>

De 'entsprechende Anwendung' geeft in ieder geval genoeg stof tot nadenken. Bij de behandeling van § 2218 (1) BGB wordt in de Duitse literatuur, althans in dat licht, de nadruk gelegd op de rechtsbetrekking<sup>48</sup> tussen *erfgenaam* en Testamentsvollstrecker. Niet uit het oog verloren mag worden bij de behandeling van een vraagstuk op het gebied van executele, dat erflater de belangrijkste stempel drukt op deze relatie.

De vraag komt op hoe de regels van 'Erbrecht' zich tot de regels van 'Auftrag' verhouden.

Hierover biedt een recente uitspraak van OLG Karlsruhe<sup>49</sup> van 20 oktober 2005 interessante informatie. Het gaat om een geschil waarbij, voor de beantwoording van een rechtsvraag op het gebied van Testamentsvollstreckung, door de rechter de nadruk wordt gelegd op kwalificatie van de aard van het probleem. Is in deze het leerstuk: *Auskunft und Rechenschaft*' door een Testamentsvollstrecker typisch erfrechtelijk van aard, waardoor men het antwoord in de erfrechtelijke species dient te zoeken? Of dient beantwoording plaats te vinden in het licht van het algemene vermogensrecht omdat het vraagstuk niet 'genuin erfrecht' is?

46. ALEX SCHMUCKER, Testamentsvollstrecker und Erbe (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002, p. 20.

47. Overigens staat ook bij een notaris het feit dat hij een 'openbaar ambtenaar' is, er niet aan in de weg dat hij privaatrechtelijke opdrachten kan aanvaarden.

48. In de Duitse handboeken over Testamentsvollstreckung wordt relatief weinig aandacht besteed aan de verwijzing naar de 'opdracht' en als de problematiek behandeld wordt, kijkt men met name naar de relatie tussen erfgenaam en Testamentsvollstrecker. Ik denk dat op het denken over het leerstuk van de opdracht een te zware hypothese rust van de leer van de 'Amtstheorie'. STAUDINGER/REIMANN 2003, p. 256: 'Zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben besteht ein Schuldverhältnis' [...] En verderop. 'Das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben ist also ein gesetzliches und kein Vertragsverhältnis, insbesondere kein Auftragsverhältnis, [...]'

49. CHRISTIAN BALDUS en ANDREA ROLAND, Rechtsprechung, Verjährungsfrist der Ansprüche des Erben gegen den Testamentsvollstrecker, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, ZEV 2006, 7, p. 317. Na het afsluiten van het manuscript vernam ik dat het Bundesgerichtshof op 18 april 2007, IV ZR 279/05, ZEV 2007, 7 de uitspraak van het OLG Karlsruhe vernietigd heeft, zij het met het navolgende complimentje: 'Von der Prüfung derartiger dogmatischer Feinheiten für jeden einzelnen in Betracht kommenden Anspruch aus dem Buch 5 Erbrecht kann die Dauer der Verjährungsfrist nicht abhängen.' (Curs BS)

In concreto: op aanspraken van de erfgenamen tegen de Testamentsvollstrecker die erfrechtelijk van aard zijn gelden in het Duitse recht de (langere) erfrechtelijke verjaringstermijnen (i.c. 30 jaar), terwijl op de aanspraken die niet typisch erfrechtelijk van aard zijn, zoals opdracht, de algemene vermogensrechtelijke (kortere) verjaringstermijn (i.c. 3 jaar) geldt. In de wet is het begrip 'erfrechtelijke aanspraak' overigens niet gedefinieerd. De gedachte achter de lange termijn is dat het oplossen van erfrechtelijke kwesties nog wel eens een geruime periode in beslag kan nemen, waarbij gedacht moet worden aan de problematiek van een testament dat niet meteen boven water komt, of erfgenamen die nog eerst opgespoord moeten worden, of de onwaardigheid van een erfgenaam die vastgesteld moet worden, etcetera. Van de rechter werd derhalve een gedegen analyse verwacht en die kwam. Wie zweert bij een vermogensrecht met een 'gelaagde structuur' kan hier in ieder geval zijn hart bij ophalen:

'Die durchsetzbarkeit von Ansprüchen des Erben gegen den *Testamentsvollstrecker* kann von derartigen Schwierigkeiten der Ermittlung von Erbverhältnissen nicht betroffen sein.' (Curs. BS)

En het 'Oberlandesgericht' voegt daar aan toe:

'Noch weniger entspricht der Regelung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB Konstellationen, in denen es um *strukturell schuldrechtliche Ansprüche* geht, wie sie im vorliegenden Fall letztlich in Rede stehen.' (Curs. BS)

Is er bij een 'Testamentsvollstreckung' sprake van een in de basis verbintenisrechtelijke relatie? De regeling staat toch in '5. Buch des BGB' (lees: Boek 4 BW)?

'Zwar handelt es sich nicht um ein vertragliches Auftragsverhältnis, sondern nur um eine Rechtsfolgenverweisung auf das Auftragsrechts zur Ausfüllung des Rechtsverhältnisses. Das macht die Ansprüche aus § 2218, 2219 BGB (BS: "Rechnungslegung und Haftung") nicht zu solchen erbrechtlicher Natur, insbesondere nicht allein aufgrund ihrer Ansiedlung im 5. Buch des BGB; ihrem eigentlichen Charakter, ihrer Struktur nach handelt es sich vielmehr um rein schuldrechtliche Ansprüche'.

Ook wordt nog een interessante link naar 'handelingen onder de levenden' gelegd. Het betreft immers:

'Fallkonstellationen, bei denen sich die Beteiligten kennen und wie im Fall einer Geschäftsbesorgung unter Lebenden einschätzen können, ob und welche Rechte aus der Geschäftsführung des Testamentsvollstreckers ggf. gerichtlich geltend zu machen sind. Dazu bedarf es keiner Überlegungsfrist von 30 Jahren.'

De annotatoren wijzen op het principiële belang van de zaak:

'Est steht mithin zu erwarten, dass in absehbarer Zeit die Rechtslage für den Testamentsvollstrecker geklärt sein wird, und zu hoffen, dass der BGH für ver-

wandte Konstellationen Hinweise gibt, anhand derer Wissenschaft und Praxis Orientering uber den Anlanssfall hinaus finden.'

Nog steeds zijn de Oosterburen (na meer dan honderd jaar), gelet op de vele leren, bezig<sup>50</sup> met het trachten te ontrafelen van het geheim van de ware aard van de Testamentsvollstrecker. Zou het ooit lukken of zou het onder het mom van 'sui generis' het best bewaarde erfrechtelijke geheim blijven?

Bovenstaande uitspraak van het Oberlandesgericht leert in ieder geval dat *kwalficatie* van de aard van de 'rondom een executeur' gerezen rechtsvraag van groot belang is. Dat een rechtsfiguur in 'Boek 4 BW' geregeld is, zegt als zodanig nog niets. Er zal (ook) naar het eigenlijke (verbintenisrechtelijke) karakter van de voorliggende vraag gekeken moeten worden.

## 9. Een klein 'gebrek' in het Duitse vertegenwoordigingsrecht? Een resumé

Als 'buitenstaander' maakte zich, bij kennisneming van de vele Duitse theorieën over de aard van de Testamentsvollstreckung, zich de gedachte van mijn meester, dat, nu het vinden van de ware aard na meer dan honderd jaar BGB nog steeds niet gelukt is, niet uitgesloten is dat de Oosterburen er nooit uit zullen komen. Men hangt van huis uit aan de vertegenwoordigingsleren, maar komt daar steeds weer op een dood spoor.<sup>51</sup> Zou de 'Treuhänder'<sup>52</sup> nog steeds in de weg zitten of is dit net de redding? De Testamentsvollstrecker heeft zijn eigen identiteit nog niet gevonden. De navolgende worsteling van een Duits auteur<sup>53</sup> met de *vertegenwoordigingsleer* is dan ook zeer illustratief voor de omvang van het grote erfrechtelijke probleem:

'Dann ist die Stellung des Testamentsvollstreckers schwer zu fassen. Er erhalt seine Weisung vom Erblasser, kann jedoch den Verstorbenen nicht vertreten; vertritt er aber die Erben, so handelt er ob gegen deren Willen und deren Interesse, vor allem wenn er sie hindert, den Nachlass zu Geld zu machen. Man hat deshalb den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses oder der Testamentsvollstreckung angesehen; das wird zwar der Verselbstandigung des Nachlasses gerecht, geht aber über die Rechtsträgerschaft des Erben hinweg und versucht, die Vorzüge der Vertretertheorie zu retten, ohne ein Rechtssubjekt als Vertretenen zu suchen.'

50. In beginsel handelt de kwestie 'slechts' over verjaring van acties tegen de 'Testamentsvollstrecker'.

51. In deze 'leren' wordt in beginsel uitgegaan van de klassieke visie op vertegenwoordiging.

52. RUDOLF HÜBNER, Grundzuge des deutschen Privatrechts, Neudruck der 5. Auflage Leipzig 1930, Aachen: Scientia Verlag 1969, p. 799: 'dass der Testamentsvollstrecker ein Treuhänder im Sinne des germanische Rechts stets gewesen und auch heute noch ist, deshalb nicht ein Vertreter fremden Rechts, sondern ein mit eigenem Recht ausgestatteter Vertrauensmann des Erblassers [...]'. En FISCHER legde eveneens de vinger op de zere plek toen hij opmerkte: 'Daar de onmiddellijke vertegenwoordiging zowel in het Germaanse als het Middeleeuwse recht ontbrak [...]'; De voorgeschiedenis van het testament in Nederland, Het testament, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 32.

53. LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, München: C.H. Beck 2001, p. 669.

Men wil diep in het juridische hart naar (de klassieke) vertegenwoordiging, maar komt dan 'tekort' daar waar het gaat om het handelen tegen de wil van de erfgenamen als 'achterman'. Het deed mij overigens sterk denken aan de Nederlandse discussie inzake het wezen van hypotheekrecht onder het oude Burgerlijk Wetboek: *mandaatsleer of executieleer*?<sup>54</sup> Een sterke Testamentsvullstrecker moet immers tegen de wil van de erfgenamen kunnen handelen. Dat is het wezen van een goede afwikkeling van de nalatenschap. Tegen de wil van de achterman handelen, lijkt daarentegen op het eerste gezicht in strijd met vertegenwoordiging.<sup>55</sup> Schmucker lijkt, zoals gezien, in zijn recente dissertatie in staat te zijn om de vinger op de zere plek te leggen, maar komt 'bij wijze van spreken' uiteindelijk, naast de sui generis-benadering, niet verder<sup>56</sup> dan de verwijzing naar de wettelijke vertegenwoordigers die ook in strijd met de wil van de vertegenwoordigde kunnen handelen. Het dode spoor wordt mijns inziens (mede) veroorzaakt dan wel gestimuleerd door het feit dat het Duitse recht het fenomeen '*verdrängende*'<sup>57</sup> volmacht niet kent. De achterman, de erfgenaam, blijft in geval van vertegenwoordiging in beginsel bevoegd, een uitvloeisel van het klassieke vertegenwoordigingsdenken. Er is bij een executeur nu eenmaal naast de vertegenwoordigingsgedachte grote behoefte aan 'eigen recht'. Het grote voordeel van het wel kunnen aansluiten bij het belangrijke leerstuk van 'klassieke' vertegenwoordiging<sup>58</sup> zou zijn:

'Den Anhangern der Vertretertheorie ist zuzugeben, dass vielfach Vorschriften des materiellen Rechts und des Prozessrechts einfacher von ihr als von der Amtstheorie angewendet werden können.'

Alles zou inderdaad 'einfacher' worden. Is er behoefte aan nieuwe dogma's om tot een eenvoudige en werkbare oplossing in de kwestie vertegenwoordiging op basis van fiducia te komen?

Bestudering van de 'Duitse Theorienstreit' brengt ons in ieder geval het besef dat de klassieke vertegenwoordigingsleren een beetje eigen recht, in de zin van privatieve 'tegen de wil in' werking, te kort komen en de leren van het 'eigen recht' in de ruime zin des woords de toerekenende werking van de ver-

54. Van HR 24 januari 1964, 460 (Viruly/Kindt) tot HR 25 januari 1977, NJ 1977, 362 (Hoge Valksedijk) tot HR 2 juni 1989, NJ 1990, 253 (Christenhusz/Brunsveld). Zie hierover L.GROEF-SEMA, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993, p. 78.

55. Zie over de faillissementscurator en vertegenwoordiging S.C.J.J. KORTMANN, *De curator als partij bij notariële akten* (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 139-144. Zie over de bewindvoerder en vertegenwoordiging, M.B. DE BOER, *Het bewind* (diss. Utrecht) 1982, p. 52-60.

56. Hij baseert zich met name ook op de gedachte dat: 'Keines der bekannten Rechtsinstitute vermag daher die Stellung des Testamentsvollstreckers in all ihren Facetten vollständig zu erklären (p. 20): Hij komt tot zijn sui-generis benadering, omdat het Bundesgerichtshof in feite ook een dubbele definitie geeft: 'Treuhand' en 'Inhaber eines privaten Amtes'. De reden dat hij 'niet verder komt' dan de link te leggen met 'gesetzliche Vertretung' komt door het eenvoudige feit dat er ook niets anders voorhanden is.

57. STAUDINGER/REIMANN 2003, § 2205 Rn 98: 'Das deutsche Recht kennt keine verdrängende Vollmacht'.

58. LANGE/KUCHINKE, *Erbrecht*, München. C.H. Beck 2001, p. 669.

tegenwoordigingsleren missen. Een onoplosbaar dilemma of dwingt dit om een middenpad te gaan bewandelen?

Omdat men er 'niet uitkomt', neemt men zijn vlucht tot de Amtstheorie. Aan de Amtstheorie zit weliswaar een trustachtig vleugje 'Treuhand'<sup>59</sup>, maar deze benadering schiet in zoverre tekort dat een Testamentsvollstrecker geen rechthebbende is van het nalatenschapsvermogen; dat zijn de erfgenamen.

Het vleugje eigen recht binnen de vertegenwoordiging zal waarschijnlijk gehaald moeten worden bij de *Anglo-Amerikaanse* denkers, waar de ontwikkeling rond de 'Vollstreckers' aanverwante rechtsfiguur, trust nu eenmaal vele malen verder is dan in het Duitse en Nederlandse rechtstelsel.

Het vermoeden bestaat dat als een rechtsfiguur als de Testamentsvollstrecker verdergaande bevoegdheden heeft, men de neiging krijgt om bij het onderzoek naar de aard van een rechtsfiguur de nadruk te leggen op de externe relatie, de relatie met derden. Het onderzoek naar de aard in interne zin raakt (bewust of onbewust) dan al snel ondergesneeuwd. Een probleem dat men in de praktijk ook nog wel eens bespeurt. Het minder oog hebben voor de interne relatie wordt in het Duitse recht ook nog eens versterkt door het feit dat abstract gedacht wordt als het gaat om lastgeving en vertegenwoordiging. Lastgeving draagt als zodanig geen (extern) vertegenwoordigingsaspect in zich en ziet alleen op de interne relatie. Vertegenwoordiging daarentegen is in Duitsland afzonderlijk, los van lastgeving en volmacht, in de wet geregeld.<sup>60</sup> Zo zijn in het Franse vertegenwoordigingsdenken lastgeving en vertegenwoordiging bij wijze van spreken wel weer synoniemen.<sup>61</sup> Van deze andere manier van denken dient men zich, bij een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar de aard van executele, rekenschap te geven. Dit onderscheid zou bijvoorbeeld de andere benadering van dezelfde afwikkelingsproblematiek tussen rechtstelsels binnen Europa kunnen verklaren. De een denkt bij 'opdracht/lastgeving' wel aan vertegenwoordiging en de ander niet.

Zo wordt er voorts in het Duitse recht maar weinig aandacht besteed aan de (wettelijke) verwijzing naar regels van opdracht. Ook dit is mijns inziens te verklaren of, oneerbiedig gezegd, af te doen als 'systeemfout' in het Duitse denken, althans toegespitst op de rol van de Testamentsvollstrecker. In de Duitse literatuur wordt bij het denken over de aard van Testamentsvollstreckung in interne zin de nadruk gelegd op het feit dat er eigenlijk geen sprake kan zijn van 'Auftrag', omdat bij opdracht de opdrachtnemer aanwijzingen dient te accepteren van de opdrachtgever. Men gaat er echter ten onrechte steeds vanuit dat in de interne relatie de erfgenamen 'opdrachtgevers' zijn, hetgeen inderdaad in strijd met het wezen van 'executele' is. Dit is de 'denk-

59. F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss. Utrecht, Amersfoort: SDU 2000, p. 209, DW. AERTSEN, *De trust* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 3, R. C. VAN DONGEN, *De Duitse Treuhand in de spiegel van het Haagse Trustverdrag* in: *Vertrouwd met de trust*, Deventer: W.E. J. Teenk Willink 1996, p. 125-166, alsmede J.B. VEGTER, *Een kleine rechtsvergelijking* (II, slot), WPNR (1993) 6104, p. 629-631.

60. ILSE SAMOY, *Middelrijke vertegenwoordiging* (diss. Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 32.

61. ILSE SAMOY, *Middelrijke vertegenwoordiging* (diss. Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 30. Zij spreekt van 'versmelting', p. 29.



fout'. Het is niet de erfgenaam die de 'initiator' van de 'Vollstreckung' is, maar erflater. Er wordt mijns inziens, wat de benadering van de rechtsfiguur opdracht betreft, dan ook te veel vanuit de erfgenamen geredeneerd:<sup>62</sup>

'Ein eigentliches Auftragsverhältnis besteht zwischen TV und Erben gleichwohl nicht, vielmehr ein gesetzliches Schuldverhältnis. Der TV ist nicht als Beauftragter des Erblassers oder Erben anzusehen. Selbst wenn er Rechtsanwalt ist, ist der TV nicht Anwalt der Erben. Demgemäss kann *der Erbe* wohl Wünsche äussern, aber keine Weisungen erteilen.' (Curs. BS)

Het is echter erflater die de 'Weisungen erteilt'.

Het niet doorontwikkelen van 'Auftrag' en Testamentsvollstreckung laat zich, zoals hiervoor reeds aangegeven, mede verklaren uit het feit dat aan de Duitse 'Auftrag' in beginsel geen vertegenwoordigingsaspecten kleven, in de zin dat de vertegenwoordiging als afzonderlijk leerstuk in het BGB geregeld is.

De Duitse erfrechtelijke 'frustraties' rond het vertegenwoordigingsdenken ter invulling van het wezen van de Testamentsvollstrecker, zoals het ontbreken van de 'verdrängende' volmacht en de loskoppeling van lastgeving en vertegenwoordiging, verklaren mijns inziens overigens ook de hang naar volmachten in en 'rondom' de uiterste wil. Men komt ze in de Duitse erfrechtelijke literatuur<sup>63</sup> en in de Duitse uiterste wilsbeschikkingen dan ook aan 'de lopende band' tegen: Postmortale Vollmachten, Generalvollmachten, transmortale Vollmachten en ga zo maar door. Is dit camouflage van erfrechtelijk gemis?

De positie van de Testamentsvollstrecker laat ik thans even rusten. Tijd voor de Belgische testamentuitvoerder als symbool voor de 'Frans-romaanse' invalshoek.

## D. DE BELGISCHE KWALIFICATIE ALS 'MANDAAT POST MORTEM'

### 1. De testamentuitvoerder

Na stilgestaan te hebben bij de rechtspositie van de executeur in ons oude erfrecht en de Duitse theorieën over de rechtspositie van de Testamentsvollstrecker, is het goed om ook stil te staan bij de kwalificatie die in het Belgische recht aan de 'executeur-testamentair' wordt gegeven of zoals hij in het Belgische recht wordt genoemd: de *testamentuitvoerder*.<sup>64</sup>

62. KARL WINKLER, *Der Testamentsvollstrecker*, Regensburg/Berlin: Walhalla 2005, p. 225

63. CHRISTIAN SCHILD, *Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt* (diss. Regensburg), Aachen: Shaker Verlag 1998, p. 207.

64. Afdeling VII van het Belgische Burgerlijk Wetboek draagt het opschrift 'uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen'. ALAIN VERBEKE, *Belgisch testamentair erfrecht*, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), nr. 2002, 1, p. 35 wijst op het belang van het toekennen van het 'bezitsrecht', want bij 'gebrek aan bezitsrecht beperkt de taak van de testamentuitvoerder zich tot het waken over de correcte testamentuitvoering.' Maar ook dan valt het allemaal wel mee met

In het Belgische recht is de heersende leer dat de testamentuitvoering wordt beschouwd als een bijzondere soort van lastgeving.<sup>65</sup> De testamentuitvoerder vertegenwoordigt de ‘wil’ van de overledene. Dit wordt gezien als een wettelijk toegelaten mandaat post-mortem.

## 2. De mandaatgedachte bij Cappon

Deze mandaatgedachte bij executele draagt reeds oude wortels. Cappon<sup>66</sup> heeft hier in zijn dissertatie over de opkomst van het testament in het sticht Utrecht, op gewezen. Bij hem komen we bijvoorbeeld de term ‘mandatum speciale’ tegen als onderdeel van de executeurbenoeming waarbij, via een zogeheten bevoegdheidsclausule, de executeur in de Middeleeuwen beschikingsbevoegdheid werd gegeven over de goederen van de nalatenschap. Het begrip ‘mandatum speciale’ is vertaald met ‘bijzondere opdracht’.<sup>67</sup> Cappon<sup>68</sup> voert ook de visie van Auffroy ten tonele, die in een studie over de ontwikkeling van het testament in Frankrijk tot en met de dertiende eeuw, executele omschreef als een ‘mandat posthume’. De executeur werd beschouwd als een posthume lasthebber. De lastgeving kwam tot stand bij het overlijden van de *erflater*: de *lastgever*. In het testament wordt de executeur bekleed met

→ de kracht van de testamentuitvoerder: ‘Het bezitsrecht is driedubbel beperkt: (1) in de tijd, met name één jaar en een dag na het overlijden; (2) qua goederen, met name enkel de roerende goederen (of een gedeelte daarvan); en (3) qua juridische aard, met name louter feitelijk en precair. Dit laatste betekent dat het bezitsrecht van reservataire erfgenamen of van een algemene legataris die opkomt zonder reservatairen voorgaat’. Desondanks blijft VERBEKE (terecht) optimistisch: ‘Toch raad ik de aanstelling ervan altijd aan. Er is opnieuw de “baat het niet, schaadt het niet” gedachte’. Als voorbeeld daarvan geeft hij (p. 36) het feit dat de rechtspraak aanvaardt dat een testamentuitvoerder een ‘voorlopig bewindvoerder’ in de zin van 488bis IBBW kan vorderen ten aanzien van een erfgenaam die niet in staat is om zijn goederen zelf te beheren. Ook de testamentuitvoerder zelf kan in die functie benoemd worden. Zie over de ‘voorlopig bewindvoerder’ THIERRY DELAHAYE, L’administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003, Les dossiers du journal des tribunaux nr. 45, Brussel: De Boeck & Larcier 2004, p. 40.

65. D. VAN GRUNDERBEECK, *Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen*, in *Commentaar Erfenissen, Schenkingen en Testamenten*, Antwerpen: Kluwer Antwerpen 1997, p. 152. Er wordt op gewezen dat slechts een enkele schrijver, te weten Th. Huc (1901) de testamentuitvoerder beschouwt als een privaatrechtelijke functionaris
66. C.M. CAPPON, *De opkomst van het testament in het Sticht Utrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1992, p. 224 en 245.
67. C.M. CAPPON, *De opkomst van het testament in het Sticht Utrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1992, p. 223. Interessant is ook hetgeen waar FISCHER ons uitdrukkelijk op wijst: ‘Deze nadering tot het “echte” testament is vooral veroorzaakt door de onder VIII beschreven executele, waaronder hier niet alleen is te verstaan de aanstelling van buitenstaanders tot executeuren met overdracht aan hen van de *saisine*, doch ook de aan de erven gedane opdracht tot het uitvoeren van schenkingen na den dood van erflater. Door den tussenschakel der executele toch kwam de beschikking zeer dicht bij een eenzijdige handeling, omdat de begiftigden in den regel bij de aanstelling van executeurs niet aanwezig waren en daarbij geen partij waren, doch veelal eerst na des schenkers dood van diens giften vernamen.’; *De voorgeschiedenis van het testament in Nederland*, Het testament, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 33.
68. C.M. CAPPON, *De opkomst van het testament in het Sticht Utrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1992, p. 245. Zie ook ASSER-HARTKAMP 4-1, *De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 47, waar verwezen wordt naar de vierledige indeling van de Instituten van Justianus: ‘ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio en quasi ex maleficio (I 3,13, 2)’.

zijn bevoegdheden en verplichtingen. Cappon concludeert dat Auffroy bij het ontwikkelen van deze visie mogelijk geïnspireerd werd door het Justiaanse ‘mandatum post obitum’. Een *mandatum post obitum* was een *overeenkomst* van *lastgeving* waarbij de verrichtingen die het doel waren van de *overeenkomst*, pas na het overlijden van een partij dienden te worden uitgevoerd. Een interessante gedachte.

### 3. De ‘bijzondere lastgeving’ als Belgische heersende leer nader bezien

De door Auffroy onderzochte wortels van de Franse testamentenpraktijk, die gevoed zijn door de ‘lastgevingsgedachte’, vinden we terug in het Belgisch erfrecht, zij het dat dit rechtsleer is en niet met zoveel woorden in de afdeling VII over de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen is opgenomen. Zoals hiervoor reeds opgemerkt is het aanmerken van de testamentuitvoering als een bijzondere soort van lastgeving in België de heersende leer.

Storme<sup>69</sup> ziet het als volgt: ‘Bij de testamentuitvoerder is er ook een soort aanbod en aanvaarding, doch niet in de vorm van een overeenkomst, maar van een aanvaarding van de nalatenschap, waardoor men willens nillens aan alle geldige bepalingen is gebonden’. Ook al is er geen sprake van een ‘echte’ overeenkomst, dit neemt mijns inziens niet weg dat het overeenkomstenrecht niet op de betreffende rechtsverhouding zou kunnen worden toegepast, waarover hierna meer.

In de Belgische literatuur<sup>70</sup> wordt op twee belangrijke verschilpunten gewezen ten opzichte van het ‘gemeenrechtelijke mandaat’:

- a. de taak van de testamentuitvoerder begint pas bij het overlijden van de erf-later-lastgever, terwijl het gemeenrechtelijke mandaat dan net ophoudt.
- b. er is geen sprake van een gelijktijdige wilsovereenstemming. De aanvaarding door de testamentuitvoerder geschiedt pas later dan de eenzijdige beschikking van de erflater waarbij hij werd aangesteld. De ‘overeenkomst’ komt derhalve pas tot stand als de testamentuitvoerder de door erflater aangeboden taak aanvaard heeft.

69. MATTHIAS E. STORME, *Vertegenwoordiging, lastgeving, kwaliteitsrekening en aanverwante rechtsfiguren*, Katholieke Universiteit Leuven, notarieel zaken- en contractenrecht (2002-2003), p. 38. Hij ziet de ‘testamentuitvoerder’ als een bijzonder geval van naamloos of neutraal vertegenwoordigen (in het kader van een vereffeningbewind), p. 19. Voorts merkt hij op over de testamentuitvoerder (p. 39): ‘De rechtsverhouding is hier nog iets ingewikkelder dan de vorige (Toev. BS: zekerheidstechnieken). De volmacht aan de testamentuitvoerder wordt namelijk niet bedongen door de begunstigde (legataris), maar door de testator, die dit als het ware van de erfgenaam “bedingt” ten gunste van de legatarissen (de volmacht aan de testamentuitvoerder is hier een modaliteit of zekerheid voor het beding ten gunste van de legatarissen). Er zijn dus een viertal partijen, tenzij de legataris zelf als testamentuitvoerder wordt aangeduid.’

70 D. VAN GRUNDERBEECK, *Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen*, in *Commentaar Erfenissen, Schenkingen en Testamenten*, Antwerpen. Kluwer 1997, p. 152.

In België wordt de testamentuitvoerder, gezien bovenstaande verschillen, dan ook gekwalificeerd als: een mandaat sui generis.<sup>71</sup>

#### 4. **Het Belgische mandaat wederom 'sui generis', Hof van Cassatie 28 april 1994 (De Brouwer/De Brouwer)**

In de Belgische wet wordt net als in de Duitse wetgeving geen expliciete uitspraak gedaan over de aard van de rechtsfiguur 'testamentuitvoering'. Toch is er een nagenoeg eenduidige heersende leer en is er geen strijd tussen allerlei theorieën geweest zoals onder het Duitse recht. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat er zo'n diepe historische wortels zijn voor het 'mandatum speciale', dat er geen expliciete wettelijke basis nodig is om de testamentuitvoerder een plaatsje te geven binnen het Belgisch Burgerlijk Wetboek.<sup>72</sup> Onder het Belgische recht is de testamentuitvoering een bijzondere soort lastgeving oftewel een mandaat sui generis. Dat men desondanks ook in België 'enigszins' in de buurt van het algemene vermogensrecht, te weten de *overeenkomst* van lastgeving, wil blijven, blijkt uit een uitspraak van het Hof van Cassatie van 28 april 1994<sup>73</sup> in de zaak De Brouwer/De Brouwer, die overigens handelde over een procesrechtelijke kwestie:

'[...] dat uit die vaststellingen volgt dat de feiten waarop de dagvaarding, de conclusie en de vordering tot vrijwillige tussenkomst berusten, dezelfde zijn, te weten het *beheer* door eiser van het vermogen van zijn vader *vóór* en *na* diens *overlijden*; dat het zonder belang is dat het "mandaat" van de testamentuitvoerder niet *letterlijk* overeenstemt met de definitie in artikel 1984 van het Burgerlijk Wetboek [...].' (Curs. BS)

En wat staat er 'letterlijk' in artikel 1984 BBW?

'Lastgeving of volmacht is een handeling, waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen. Het contract komt slechts tot stand door de aanneming van de lasthebber.'

Afgezien van de rechtshistorische wortels, bestaat ook in België blijkbaar in de moderne rechtspraak de behoefte om aansluiting te zoeken bij het algeme-

71. D. VAN GRUNDERBEECK, *Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen*, in *Commentaar Erfenissen, Schenkingen en Testamenten*, Antwerpen: Kluwer 1997, p. 153.

72. Ongetwijfeld zal ook een verklaring zijn voor het ontstaan van de vele Duitse theorieën, dat er geen rechtsstelsel is met zo'n sterke 'executeur' als de Duitse Testamentsvollstrecker. Zie de Duitse literatuur (OFFERGELD, LAUER, BENGEL/REIMANN) hierover in de inleiding. De Belgische executeur is daarentegen 'zwak' te noemen. Het feit dat er zonder 'Theorienstreit' een heersende leer aan te geven is met betrekking tot de aard van de Belgische testamentuitvoerder, wil nog niet zeggen dat alles goud is wat er blinkt in de Belgische regeling. D. VAN GRUNDERBEECK, *Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen*, in *Commentaar Erfenissen, Schenkingen en Testamenten*, Antwerpen: Kluwer 1997, p. 151.

73. Er moest rekening en verantwoording afgelegd worden 'niet enkel van de uitvoering van het hem op 30 juli 1970 verleende mandaat, maar ook van zijn *opdracht* als testamentuitvoerder van zijn vader [...]' (Curs. BS) Ook wordt gesproken van het 'beheer' van de testamentuitvoerder.

ne vermogensrecht. En wellicht brengen de woorden 'niet letterlijk' van het Hof van Cassatie ons veel verder dan 'sui generis'. 'Sui generis' betekent immers, zo leert Fockema Andrea's: 'eigenaardige hoedanigheid, niet onder een algemene omschrijving of rangschikking te brengen'.

Voor een niet in de wet uitdrukkelijk geregeld leerstuk als aansprakelijkheid van de testamentuitvoerder wordt overigens in het Belgische recht aangenomen dat de algemene aansprakelijkheidsregels van lastgeving, art. 1991 1992 en 1993 BBW *analogo* moeten worden toegepast.<sup>74</sup>

## E. EENS 'SUI GENERIS' ALTIJD 'SUI GENERIS'?

Bij de poging om tot een omschrijving te komen van de aard van 'executele/Testamentsvollstreckung/testamentuitvoering' springt eruit dat de term 'sui generis' al drie keer gevallen is: bij de behandeling van het 'oude' erfrecht (het meest expliciet Van der Burght), het Duitse recht (Offergeld, Lauer en Schmucker), en het Belgische recht (Van Grunderbeeck). Wat hiermede in ieder geval is gezegd, is dat het beestje 'executele' zich niet eenvoudig laat vangen binnen een kant en klare reeds bestaande rechtsfiguur. Voorts merk ik op dat ondanks de term 'sui generis' toch verband gelegd wordt, dan wel getracht wordt verband te leggen, met een vertegenwoordigingsfiguur. Offergeld spreekt uitdrukkelijk van het *instituut* sui generis.<sup>75</sup> Dit is weer te begrijpen vanuit het feit dat in Duitsland de 'Vertretertheorie' het in beginsel heeft moeten afleggen tegen de 'Amtstheorie'. Van Grunderbeeck gebruikt de term sui generis het meest verrijnd, niet in het licht van vertegenwoordiging in het algemeen, doch in het licht van lastgeving, althans bijzondere lastgeving. Dit heeft mijns inziens te maken met het feit dat indien een 'testamentuitvoerder' minder vergaande bevoegdheden heeft, men ook meer oog krijgt voor de interne relatie van de bij 'executele' betrokken personen en de overeenkomstgedachte wellicht meer komt bovendrijven. Vanzelfsprekend sluiten lastgeving en vertegenwoordiging elkaar niet uit. Het is slechts de vraag op welke kant van de medaille men bij een rechtsfiguur de nadruk wenst te leggen.

Indien men het Duitse recht en het Belgische recht met elkaar in verband brengt is het van belang te blijven zien dat de Duitse Testamentsvollstrecker een veel sterkere positie heeft dan de Belgische collega. Minder bevoegdheden, minder belang en minder wetenschappelijke ruzie zou de (Belgische) gedachte kunnen zijn. Overigens is in de Belgische rechtsleer<sup>76</sup> bijvoorbeeld ook wel eens verdedigd, met betrekking tot aansprakelijkheidskwesties, dat niet de bepalingen van lastgeving van toepassing zijn, maar de artikelen 1382 en 1383 BBW (het leerstuk van misdrijven en oneigenlijke misdrijven), omdat de testamentuitvoerder tegen het belang van de erfgenamen optreedt. In

74. FRANK BUYSENS, *Erfrecht en testament* (HEP 5), Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 233.

75. Zo ook ALEX SCHMUCKER, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002, p. 20, die van 'Rechtsinstitut' spreekt.

76. FRANK BUYSENS, *Erfrecht en testament*, (HEP 5), Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 233.

zoverre blijkt maar weer dat het spanningsveld steeds aanwezig is, al is het maar op de achtergrond.

Onderzocht dient thans te worden in hoeverre executele zich onder ons nieuw erfrecht laat vangen bij een poging om dit bij een bestaande rechtsfiguur onder te brengen. Heeft de wetgever het probleem opgelost door het antwoord op de vraag naar de aard van de rechtsfiguur een basis in de wet te geven, of was dit wellicht niet nodig omdat er zo'n diepe historische wortels ten aanzien van de aard van de rechtsfiguur executele in ons recht aan te geven waren, dat er geen discussie over kon ontstaan? Of heeft het nieuwe vermogensrecht ons in 1992 nieuwe rechtsfiguren gebracht, die beter aansluiten bij de aard van executele, zodat inbedding in het algemene vermogensrecht eenvoudiger is geworden?

Naarmate een 'executeurachtige' meer bevoegdheden krijgt, zal er overigens in de rechtspraktijk ook meer behoefte zijn aan het onderkennen van zijn ware aard om daarmee allerlei vraagstukken rondom het 'mogen en kunnen toepassen' van deze bevoegdheden, te kunnen beantwoorden.

Om maar van zo veel mogelijk Europese markten thuis proberen te zijn, voordat wij ons wagen aan de nieuwe Nederlandse executeur, toch eerst ook nog de vraag hoe de 'Willensvollstrecker' het er vanaf gebracht heeft.

## F. DE ZWITSERSE 'WILLENSVOLLSTRECKER', ART. 517 EN 518 ZGB

### 1. 'NBW' is Zwitsers recht?

Het is een publiek geheim dat Meijers bij de voorbereiding van zijn Groene Boeken, niet alleen veel inspiratie opdeed bij het 'BGB', maar dat hij, onder andere, ook het Zwitserse vermogensrecht tot zich nam. Zo stelt Viola J. Sütő in haar recente dissertatie (2004)<sup>77</sup> 'Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)' in het kader van een eenduidige typering van het NBW de voor zich sprekende vraag: 'Is het Frans? Op zijn zachtst gezegd *nicht ganz*. Evenmin Duits, maar misschien vooral Zwitsers?' De vraag alleen al was voor mij genoeg reden om een blik te werpen op de aard van de Zwitserse 'Willensvollstrecker'. Wat valt meteen op? 'Der fünfter Abschnitt' van het ZGB over de 'Willensvollstrecker' kent slechts twee artikelen:

#### '517 ZGB

(1) Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines Willens *beauftragen*.

77. VIOLA J. SÜTŐ, 'Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)' (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 239. Haar conclusie luidt overigens dat onduidelijke kwalificatie van het BW (althans van het Ontwerp Meijers) in termen van 'Frans', 'Duits', of 'Zwitsers' niet goed mogelijk is.

(2) Dieser *Auftrag* ist ihnen von Amtes wegen mitzuteilen, und sie haben sich binnen 14 Tagen, von dieser Mitteilung an gerechnet, über die *Annahme* des *Auftrages* zu erklären, wobei ihr Stillschweigen als Annahme gilt.

(3) Sie haben Anspruch auf angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit.' (Curs. BS)

En:

'518 ZGB

(1) Die Willensvollstrecker stehen, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters.

(2) Sie haben den *Willen* des *Erblassers* zu *vertreten* und gelten insbesondere als *beauftragt*, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen.

(3) Sind mehrere Willensvollstrecker bestellt, so stehen ihnen diese Befugnisse unter Vorbehalt einer Anordnung des Erblassers gemeinsam zu.' (Curs. BS)

Korte en krachtige teksten en recht op het doel af, is mijn eerste reactie. En de aard van de rechtsfiguur, dan wel aanwijzingen daartoe, staat in de wet: *Auftrag*'. Voorts springt in het oog de verwijzing naar de vertegenwoordigingsgedachte. En niet zomaar vertegenwoordiging. Neen, zelfs expliciete vertegenwoordiging van *erflater*, althans van zijn 'wil'.

Er wordt verwezen naar de regeling omtrent de 'amtlichen Erbschaftsverwalters'. Waar doet ons dat aan denken? Inderdaad aan de aanpak van Meijers.<sup>78</sup> Omdat in zijn ogen de executeur slechts een 'bijzonder geval' was van het algemeen type *vereffenaars*, verwees 'art. 4.4.6.3' destijds voor de invulling van de wijze van beheren en vereffenen van de nalatenschap naar de regels van vereffening volgens de wet. In art. 4.5.3.1 was bepaald dat wanneer de erflater in zijn uiterste wil een executeur heeft benoemd de nalatenschap (volgens de wet) vereffend moest worden. Een vermeldenswaardig kenmerk van het Zwitserse vermogensrecht is ook de gecodificeerde oproep tot *analogie*-denken in art. 7 van de 'Einleitung' van het Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB):

'Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.'

Dit mag wat mij betreft met enige goede wil gelezen worden als: 'het verbintenissenrecht' in de ruimste zin des woords is ook op het erfrecht van toepassing. Anders gezegd (met een Nederlandse bril): men betrachte geen terughoudendheid met het buiten 'Boek 4' treden.

78. TM, p. 348. Ik sluit dan ook niet uit dat MEIJERS (of de voortzetters van het 'NBW-project') de 'Willensvollstrecker' in het achterhoofd had(den). Deze gedachte maakt de bestudering van het Zwitserse recht des te interessanter.

## 2. De kater: Die Natur als einer der umstrittensten Punkte. Sui generis?

Met de rechtsfiguur opdracht en de vertegenwoordigingsgedachte, toegepast op de wil van erflater, zou men verwachten dat men niet te veel beren, in dit verband 'leren', op de weg zou tegenkomen bij de vaststelling van de aard (de Rechtsnatur) van de Willensvollstrecker. De werkelijkheid is echter anders. Het openslaan van een gezaghebbend Zwitsers erfrechtelijk naslagewerk, zij het van oudere datum<sup>79</sup> leert: 'Die Natur der Willensvollstreckung ist im schweizerische Erbrecht einer der umstrittensten Punkte.' Een tegenvalser. Zeker als ik ook hier<sup>80</sup> weer de demotiverende woorden 'sui generis' aantref. En zelfs de opmerking dat er schrijvers zijn: 'die es vermeiden, sich dazu zu äussern.'

Hoe verder op de zoektocht naar de Rechtsnatur? Moeten wij de in 518 (2) ZGB opgenomen mogelijkheid van 'Vertretung' nader bezien? Niet nadat wij eerst de navolgende Zwitserse erfrechtelijke gedachte<sup>81</sup> van Piotet meegenomen hebben:

'Der grosse praktische Unterschied zum gesetzlichen Vertreter, namentlich zum Vormund (der ebenfalls ein privates Amt ausübt), besteht darin, dass der Willensvollstrecker nicht im Namen der Erben und nicht in ihrem Interesse handelt, sondern einzig um den Willen des Erblassers zu entsprechen welcher Wille sich eventuell auf das gesetzliche Erbrecht beruft.'

Een drietrapsraket die ons denken over executeurs kan verscherpen:

- a. 'Vollstreckung' is géén wettelijke vertegenwoordiging;
- b. het belang van erflater staat voorop, *niet* dat van de erfgenamen;
- c. 'Vollstreckers' hebben ook een door de wil van erflater gedragen taak in 'ab intestatus'.

Er is echter meer.<sup>82</sup> Waarom is desondanks vertegenwoordiging en het 'in fremdem Namen' handelen (van de erfgenamen) zo belangrijk? Omdat: 'damit Verpflichtungsgeschäfte für die Erben wirken'

79. PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht IV, 1, Erbrecht Erster Halbband, Basel und Stuttgart: Helbing en Lichtenhahn 1978, p. 153. Zie ook THOMAS HUX, Die Anwendbarkeit des Afragsrecht auf die Willensvollstreckung, die Erbschaftsverwaltung, die Erbschaftsliquidation und die Erbenvertretung (diss. Zurich) 1985, p. 21 die benadrukt dat het bij Willensvollstreckung niet gaat om 'ein Verhältnis, das von Gesetzes wegen entsteht, doch die Bezeichnung des Willensvollstreckers durch den Erblasser von fundamentaler Bedeutung (ist) für die Entstehung des Amtes.' Oftewel: 'Diese Ernennung stellt ein rein privatisches Rechtsgeschäft dar.'

80. PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht IV, 1, Erbrecht Erster Halbband, Basel und Stuttgart: Helbing en Lichtenhahn 1978, p. 153 (noot 3) en p. 154, die verwijst naar de dissertatie van Lob met de constatering dat deze 'die Befugnisse des Willensvollstreckers als ein dingliches Recht sui generis (betrachtet) (von den Art. 517-518 ZGB implizite geschaffen)'. Hier wordt onder meer de 'numerus clausus' van het goederenrecht tegen ingebracht.

81. PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht IV, 1, Erbrecht Erster Halbband, Basel und Stuttgart: Helbing en Lichtenhahn 1978, p. 153.

82. HANS RAINER KÜNZLE, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, in: Der Willensvollstrecker, Jean Nicolas Druey en Peter Breitschmid St. Gallen 2001, p. 21-87, p. 41. Zie ook noot 143.



Een Willensvollstrecker handelt dus nooit op 'eigen naam'? Jawel:<sup>83</sup>

'Soweit der Willensvollstrecker Verfügungen vornimmt und also seine Verfügungsmacht (und nicht seine Vertretungsmacht) benützt, kann er im eigenen Namen handeln und dennoch Wirkungen für die Erbengemeinschaft herbeiführen. [...] Das Handeln im eigenen Namen hat nicht zur Folge, das der Willensvollstrecker Partei ist.'

In 'eigen naam' handelen en toch geen partij. Iemand moet toch partij zijn bij de overeenkomst. Dan is de erfgenaam 'partij' ondanks het 'eigen recht' van de Willensvollstrecker?

Eerst een intermezzo om de Zwitserse gedachtegang te laten bezinken.

### 3. De 'Gleichgültigkeitsuitzondering' van Schoordijk als intermezzo

Met de volgende vraag blijven wij op het vertegenwoordigingspad. Is de 'cruix' van het Zwitserse vertegenwoordigingsdenken onlangs door Schoordijk<sup>84</sup> onthuld? Hij heeft in ieder geval gewezen op het feit dat hetgeen er op het eerste gezicht als 'middellijke vertegenwoordiging' uitziet in feite onmiddellijke ofwel 'echte' vertegenwoordiging kan zijn. Anders gezegd in de vocabulaire van Schoordijk: 'er is meer onmiddellijke vertegenwoordiging dan men denkt.' De sleutel voor een andere kijk op de materie is in zijn ogen te vinden in de '*Gleichgültigkeitsuitzondering*' van art. 32 (2) Obligationenrecht.

Waarom dit intermezzo? Om te zoeken of de uitgangspunten die aan het Zwitserse recht inzake vertegenwoordiging ten grondslag liggen<sup>85</sup> anders zijn dan in het Duitse recht, waardoor er wellicht nog een sprankje hoop is dat aan een 'Theorienstreit' ontkomen zou kunnen worden, ondanks de eerdere koude douche. Zo kent het Duitse recht nog uitdrukkelijker het 'Offenkun-

83. HANS RAINER KÜNZLE, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, in: Der Willensvollstrecker, Jean Nicolas Druoy en Peter Breitschmid St. Gallen 2001, p. 21-87, p. 39. Zie ook noot 140 en 141. Er wordt blijkbaar met betrekking tot het al dan niet op 'eigen naam' handelen een onderscheid gemaakt tussen het aangaan van verplichtingen voor de erfgenamen en het overdragen van de nalatenschapgoederen. Bij de 'verkoop' (aangaan van een verplichting) en 'levering' (goederenrechtelijke beschikkingshandeling) van een nalatenschapsgoed is dit onderscheid niet altijd even goed te maken en lijkt bijvoorbeeld art. 4:147 BW dit onderscheid dan ook niet te maken door een abstract begrip als 'tegeldemaking' te hanteren. Zie in deze ook L. GROEFSEMA, Bevoegd beschikken over andermans goed (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993, p. 80, maar met name ook S.E. BARTELS, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 19-66.

84. H.F.C. SCHOORDIJK, De notariële en andere derdenrekeningen, Deventer: Kluwer 2003, p.43-46.

85. Hierbij maak ik de kanttekening dat ILSE SAMOY, Middellijke vertegenwoordiging (diss. Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 638 opmerkt dat het Duitse recht ook het 'verdecktes Geschäft' kent 'für den, den es angeht' als stilzwijgende afstand van het kenbaarheidsvereiste. Verder geeft zij aan dat de Zwitserse regeling slechts voor 'Bargeschafte' geldt.

digkeitsprincipe<sup>86</sup> (het in naam vereiste). De vertegenwoordigingsleren met betrekking tot de Testamentsvollstrecker hebben het in Duitsland immers niet gered en plaats gemaakt voor de 'Amtstheorie'. De eerste stap in de vertegenwoordigingsrichting is in ieder geval reeds gezet nu de Zwitserse Willensvollstrecker in beginsel een wettelijke basis heeft voor een rol als 'Vertreter' en wel in art. 518 (2) ZGB. Ik breng dan ook graag in herinnering dat in de Duitse literatuur is opgemerkt dat als sprake zou zijn van vertegenwoordiging dit 'vele' problemen rondom de Testamentsvollstrecker zou oplossen.

Schoordijk constateert allereerst dat de hoofdregel van art. 32 lid 1 van het Zwitserse verbintenissenrecht de schijn wekt alsof het vertegenwoordigingsrecht daar niet verschilt van het Nederlands recht, zoals dat door de heersende leer wordt begrepen. Er is echter de 'Gleichgültigkeitsuitzondering' van art. 32 (2) Obligationenrecht:

'Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschluss sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältniss schließen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war mit wem er den Vertrag schliesst.'  
(Curs. BS)

Schoordijk komt, op basis van de in het slot van het tweede lid neergelegde gedachte, tot de conclusie dat deze uitzondering 'aan het op naam vereiste fors afdoet of wellicht beter dwingt tot een heroriëntatie op dit vereiste'. Waar wil ik naar toe? Een gedachte zou kunnen zijn dat naarmate men in een rechtsstelsel meer de bereidheid aantreft om het op naam vereiste los te laten als voorwaarde voor 'echte' vertegenwoordiging, men waarschijnlijk ook eerder bereid is om op het handelen van een aan de executeur verwante rechtsfiguur, zoals de Willensvollstrecker, de (onmiddellijke) vertegenwoordigingsgedachte toe te passen. Dit voorkomt wellicht eerder dat men dient af te zakken tot een 'sui generis'-benadering. Zeker als de wet, zoals in Zwitserland het geval is, al een basis voor de vertegenwoordigingsgedachte geeft voor de betreffende 'Vollstrecker'. Wie daarentegen strak vasthoudt aan het klassieke 'in naam van' vereiste, kan het handelen als vertegenwoordiger en het handelen tegen de wil van de erfgenamen maar moeilijk combineren.

Wie zoekt naar aanknopingspunten, of er in ieder geval voor openstaat, om het 'in eigen naam handelen' onder omstandigheden (ook) te lezen als handelen op basis van een 'eigen recht', een 'eigen hoedanigheid' of bij wijze van spreken met een 'eigen gezicht' kan de 'paradox' van onmiddellijke vertegenwoordiging en de erfgenamen door een 'Vollstrecker' zelfs tegen hun wil als partij te binden, wellicht niet alleen gemakkelijker doorgronden, maar zal er ook, indachtig de benadering van Schoordijk, soepeler mee om kunnen gaan.

Hiermee is echter allesbehalve gezegd dat art. 32 (2) Obligationenrecht het antwoord op alle vragen geeft voor het toepassen van de vertegenwoordigings-

86. P. SMITS en A.H.F.M. WIJERS, Duits Verbintenissenrecht (Sanders-Instituut), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 109 e.v.

leer op de Willensvollstrecker, maar deze van flexibiliteit getuigende uitzondering op het klassieke vertegenwoordigingsdenken zou wel de druppel kunnen zijn om een 'Theorienstreit' te voorkomen. Zeker nu art. 518 ZGB in ieder geval al spreekt van 'vertreten'. En ook als Schoordijk het verkeerd zou zien, geeft de Gleichgültigkeitsuitzondering toch op zijn minst een 'indicatie' dat er flexibel omgesprongen mag worden met het 'in naam vereiste'. En in concreto. In de Zwitserse literatuur<sup>87</sup> wordt aangegeven dat in de praktijk ook aan het 'in naam van vereiste' voldaan is als de Willensvollstrecker handelt als 'Willensvollstrecker im nachlass X'. Men beschouwt het handelen in naam van de nalatenschap als een 'Sammelname' voor de erfgenamen, aangezien de erfgenamen 'wenigstens bestimmbar' zijn. En anders gezegd: we gaan (en moeten) erfrechtelijk soepeler om(gaan) met het 'in naam vereiste' bij vertegenwoordiging, omdat erfgenamen nog wel eens 'zoek zijn'. Schoordijk zou wellicht zeggen een beetje Gleichgültigkeit in het erfrecht mag.

Wat er ook van zij, een executeur moet niet alleen 'in naam van' kunnen handelen in de klassieke betekenis, maar met zijn aan erflater ontleende bevoegdheden ook tegen de wil in van een afwezige dan wel dwarsliggende erfgenaam kunnen handelen. In zoverre vraagt het erfrecht in de regel veel en wellicht ook 'meer' van het leerstuk vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging mag geen afbreuk doen aan het eigen recht van de executeur, en het eigen recht van de executeur ook niet aan de beginselen van vertegenwoordiging. Het een mag niet ten koste van het ander gaan.

#### 4. 'Common Law' redt Willensvollstrecker van de Germaanse stammenstrijd?

##### 4.1 *De driemodaliteitenleer van Künzle*

Zoals bekend<sup>88</sup> tillen de Common Law rechtsfamilies met hun 'undisclosed agency' doctrine niet zo zwaar aan het 'in naam van'-vereiste. Het betreft een Anglo-Amerikaanse vertegenwoordigingsleer die in ons Nederlandse stelsel, maar ook in de Principles of European Contract Law, in beginsel verworpen is. Op het Nederlandse vertegenwoordigingsrecht zal hierna nog uitgebreid ingegaan worden. Nog niet zolang geleden heeft Hans Rainer Künzle bij wijze van 'Habilitationsschrift'<sup>89</sup> belangrijk onderzoek gedaan naar de aard van de Willensvollstrecker en wel door een vergelijking aan te gaan met de Anglo-Amerikaanse executor. Het lijkt erop dat, door het klassieke vertegenwoordigings-

87. HANS RAINER KÜNZLE, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, in: Der Willensvollstrecker, Jean Nicolas Druey en Peter Breitschmid St. Gallen (2001) p. 21-87, p. 54 en met name noot 172 Ook wordt opgemerkt, p 33: 'Die Besonderheit beim handeln des Willensvollstreckers für die Erben(gemeinschaft) liegt nun darin, dass man ausnahmsweise auf die Nennung der einzelnen Erben verzichtet.'

88. D. BUSCH, Middellijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002, p. 156.

89. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, (Habilitationsschrift Zurich) 1998, Zurich. Schulthess Juristische Medien 2000. Niet onbelangrijk om te vermelden is dat KÜNZLE in 1986 is gepromoveerd op 'Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts (OR art.32-40)', Band 8 der St. Galler Studien zum Privat-, Handels und Wirtschaftsrecht (diss. St. Gallen 1986), Bern 1987.

gingsdenken los te laten, een benadering waar Schoordijk zijn levenswerk van gemaakt heeft, de aard van een 'executeur' eerder komt boven drijven. Althans bekwam mij in ieder geval dit gevoel bij bestudering van de interessante geschriften van de Zwitserse rechtsgeleerde Künzle. Wellicht lag het ook aan het 'Gleichgültigkeitsprinzip' van art. 35 (2) Obligationenrecht.

Wat is, naast de ruimere toepassingsmogelijkheden van de onmiddellijke vertegenwoordiging, nog een verschil tussen de Duitse en Zwitserse benadering?

In het Zwitserse erfrecht lijkt een zwaardere nadruk gelegd te worden op het handelen namens *erflater* en dit zelfs met een wettelijke basis. Hierdoor komt de vertegenwoordigingsgedachte en de analogie met de overeenkomst van opdracht beter tot zijn recht. Met de Zwitsers 'Anglo-Amerikaanse bril' van Künzle naar de materie kijken doet wonderen. Zou de moderne Zwitserse rechtsleer de Duitse Theorienstreit, die ook door hen met het oog op de ontwikkeling van de Willensvollstrecker op de voet gevolgd is, definitief de rug toe kunnen keren? Voorts zou ook een rol kunnen spelen, dat de Zwitserse regeling, afgezien van de verwijzing naar de 'vereffening', slechts twee artikelen kent. Dit dwingt<sup>90</sup> immers eerder om via redeneringen per analogiam aansluiting te zoeken bij andere rechtsfiguren. Dit wordt, zoals gezien, zelfs gestimuleerd in de 'Einleitung' van het ZGB. Aan de flexibiliteit zal het derhalve niet liggen. Zo heeft de Zwitserse wetgever, geleet op het feit dat de uitgebreide wettelijke regeling van de zeer verwante Duitse Testamentsvollstrecker onze Oosterburen ook geen soelaas heeft geboden, de 'Einordnung' van de Willensvollstrecker in de wet bewust opengelaten en deze kwestie aan 'der Praxis und Doktrin' overgelaten.<sup>91</sup> Verder wijst Künzle erop (p.81) dat men in de rechtspraak ook niet verder is gekomen dan de conclusie dat 'dass Rechtsverhältniss des Willensvollstreckers zu den Erben "rein privatrechtlicher Natur" ist.' In zijn onderzoek loopt hij de vele (gelet op de verwantschap veelal aan het Duitse recht ontleende) theorieën na (p. 82-120) en lijkt hij zich uiteindelijk bij een '*sui-generis*'-benadering als de in Zwitserland heersende leer neer te leggen (p. 119), althans als 'Leerformel' (p. 134). Sterker nog, wat hem betreft kan zelfs (p.120): 'seine Rechtsnatur offen gelassen werden [...]'. En dan komt het. Er kan volstaan worden met het bepalen van de regels.<sup>92</sup>

'fur die verschiedenen *Modalitäten* seines Handelns.' (Curs. BS).

En vervolgens komt hij, indachtig respectievelijk de Mandaattheorie, de theorie van de gezetliche Vertretung en de Treuhandtheorie, tot de navolgende driedeling:

- a. Innenverhältnis: 'Auftrag', art. 394 e.v. Obligationenrecht;
- b. Aussenverhältnis: 'gesetzliche Vertretung' en Stellvertretung, art. 32 e.v. Obligationenrecht;
- c. En als het om belangen van derden gaat: 'die Regeln der Treuhand'.

90. Wellicht wordt men bij een uitgebreide regeling 'juridisch' lui? Aan de andere kant heeft men slechts enkele artikelen nodig als men de ware aard in de wet vermeldt.

91. Zie HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, (Habilitationsschrift Zürich 1998), Zürich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 81. Hierna zal ik de nummers van de betreffende pagina's in de tekst opnemen.

92. Vanzelfsprekend slechts daar waar de eigen regels over Willensvollstreckung tekortschieten.

Dit is een interessante benadering. Als ik het goed zie, is de gedachte dat men eerst de rechtsvraag analyseert en kwalificeert, hetgeen men bijvoorbeeld ook gewoon is te doen in internationaal-privaatrechtelijke vraagstukken, waarna het (sub)vraagstuk wordt ingedeeld in een van de drie bovenstaande categorieën. De regels van de betreffende categorie brengen ons vervolgens tot het juiste antwoord op de voorliggende vraag. Een gedachte om mee verder te gaan. Waarom?

De structuur van ons recht kent immers vermogensrechtelijk gezien ook verschillende *lagen*. Ook wij zouden bij de beantwoording van de rechtsvraag de executeur 'driedimensionaal', al dan niet bij wijze van analogie, onder het mes kunnen nemen en desgewenst in juridische lagen kunnen fileren. In ieder geval een benadering die uitnodigt om (ook) buiten 'Boek 4' op zoek te gaan.

Daarnaast laat mij niet helemaal los het feit dat Künzle blijkbaar *Common Law*-inspiratie nodig had om tot zijn aanpak te komen, waarbij de *fiduciaire*<sup>93</sup> positie van de Anglo-Amerikaanse executor als personal representative een belangrijke rol speelt (p.131), maar met het toepassen van de regels van de trust in zijn ogen toch nog terughoudend moet worden opgetreden (p. 132). Wat hem betreft hoeft men dan ook niet zover te gaan dat de trust in het Zwitserse recht ingevoerd wordt, maar zou (p.442), als alternatief (voor een weiterentwickelte Ermächtigungstreuhand) volstaan kunnen worden met 'der Ausbau der (lees: Duitse) Dauervollstreckung.' Bij mij komt overigens meteen de gedachte op aan de mogelijke uitbouw (van executele) via ons flexibele testamentair bewind op basis van art. 4:171 BW. De relatie tot derden duidt hij (p. 120) overigens vanuit de modaliteit 'Treuhand', zeer treffend aan als 'für das Verhältnis zu den neben den Erben Begünstigten'. Moeten wij hier denken aan schuldeisers, die in ons rechtstelsel met testamentair bewind buiten de deur gehouden kunnen worden? Hierover hierna meer.

Wat betreft de Treuhand komt Künzle in het licht van de Willensvollstrecker en 'Notwendige Anpassungen' (p.441) tot de volgende gedachte:

'Zu denken ist nicht an den vollberechtigten Treuhänder, sondern an eine reduzierte Stellung des Treuhänders, ein Verwaltungsrecht. Es wurde eine erweiterte Form des Ermächtigungstreuhand genügen.'

Waar schort het dan aan?<sup>94</sup>

'Die Ermächtigungstreuhand enthält nur die Ermächtigung, in eigenem Namen über das Treugut zu verfügen;'

93. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 456 legt de navolgende link: 'Die *Qualifikation des Grundverhältnisses des Willensvollstreckers (Auftrag) und executor (fiduciary relationship)* fuhr in vielen Fragen zu ähnlichen Ergebnissen. Dies überrascht nicht, wird doch das Auftragsrecht im schweizerischen Recht auf Treuhandverhältnisse (fiduzia) angewendet.' Ook wijst hij (p.115) op in de literatuur gebruikte (mijns inziens sprekende) termen als 'Quasi-treuhand' en 'pseudo-fiducies'

94. *Ibidem*, p. 441, noot 179.

Het eeuwige spanningsveld tussen het handelen op eigen naam en 'in naam van' komt dan (weer) in beeld, terwijl der Willensvollstrecker (gelet op de wettelijke basis als 'Vertreter') toch zou moeten opereren in 'fremder Name'.

En hoe verhoudt in het Zwitserse recht het optreden als vertegenwoordiger zich tot de voor een goed funktionerende 'Willensvollstreckung' nu eenmaal, in welk stelsel dan ook, vereiste 'verdrängende' werking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid? Hier zal in de volgende paragraaf, op basis van de invalshoek van de 'gesetzlichen Vertretung', op in worden gegaan.

#### 4.2 *Waar schiet het Zwitserse recht tekort? De leer der 'Gesetzliche Vertretung'. Van erflater?*

In de Zwitserse doctrine<sup>95</sup> wordt de leer dat de Willensvollstrecker een 'wettelijk vertegenwoordiger' is uitdrukkelijk verworpen. Künzle<sup>96</sup> daarentegen omarmt naast de gewone regels van de Stellvertretung, toch ook weer de gesetzliche Vertretung.

Waarom zoekt men zijn heil bij de wet en niet bij vertegenwoordiging op basis van de wil van erflater?

Zelfs degene die krampachtig vast wil houden aan de wet, heeft toch voldoende aan de in § 517 ZGB neergelegde wettelijke basis voor de autonomie van de private wil van erflater (Vertreter des Willen des Erblassers) en hoeft toch niet terug te vallen op de (algemene) klinische gesetzliche Vertretung?

Mijns inziens komt de belangrijkste aap (wederom) uit de mouw als hij (p. 114) verklarenderwijs aangeeft:

'Es ist im Rahmen einer gesetzlichen Vertretung nicht aussergewöhnlich, dass die Fähigkeiten des Vertreters diejenigen des Vertretenen zuruckdrängen, vgl. etwa 407 ff ZGB (Vormund).'

Inderdaad. Aan de behoefte om de achterman (desgewenst) 'zurückzudrängen' wordt niet voldaan. Künzle wijst er op (p. 89) dat bij '(gewillkürten) Stellvertretung' de achterman 'multipliziert wird'. En bij privatieve vertegenwoordiging is alleen maar de vertegenwoordiger aan het woord. Hij heeft als het ware een eigen recht, een recht dat alleen hem ter beschikking staat. Het

95. PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht IV, 1, Erbrecht Erster Halbband, Basel und Stuttgart: Helbing en Lichtenhahn 1978, p. 153. Zie ook THOMAS HUX, Die Anwendbarkeit des Aftragsrecht auf die Willensvollstreckung, die Erbschaftsverwaltung, die Erbschaftsliquidation und die Erbenvertretung (diss. Zurich) 1985, p. 21 die benadrukt dat het bij Willensvollstreckung niet gaat om 'ein Verhältnis, das von Gesetzes wegen entsteht, doch die Bezeichnung des Willensvollstreckers durch den Erblasser von fundamentaler Bedeutung (ist) für die Entstehung des Amtes.' Oftewel: 'Diese Ernennung stellt ein rein privatisches Rechtsgeschäft dar.'

96. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 92 merkt tevens op: 'Zudem muss der Willensvollstrecker die Annahme des Amtes gegenüber der Behörde erklären und erhält von dieser einen Ausweis, was an die Einsetzung eines gesetzlichen Vertreters erinnert.' Ook dit is een belangrijk verschil met het Nederlandse recht waar de aanvaarding van de benoeming vormvrij kan geschieden.

gewenste gevolg (privatieve werking) mag blijkbaar in een rechtsstelsel niet uitzonderlijk, niet 'aussergewöhnlich' zijn. De rechtsfiguur moet enigszins in te bedden zijn in het systeem. In de recente Duitse dissertaties was men kritisch op de heersende leer van de Amtstheorie en had men er op zich vrede mee dat inbedding in een kant en klaar concept niet mogelijk was.

Uiteindelijk zal men dan wel moeten gaan aanleunen tegen bijvoorbeeld de 'gesetzlicher Vertretung'<sup>97</sup> of het gebruiken van meerdere definities naast elkaar en blijft men, waar wij niet meer vreemd van opkijken, steken bij 'sui generis'. Zou dat ons voorland zijn voor het nieuwe erfrecht?

Indien men in een rechtsstelsel de 'verdrängende volmacht' (of last) niet kent, heeft men in ieder geval moeite met het neerzetten van de rechtspositie van de executeur langs de lijnen van vertegenwoordiging op basis van de autonomie van erflater en wordt zelfs uit pure noodzaak op de regeling van de voogdij teruggevallen. Wil men deze klassieke benadering doorbreken, dan kan dit alleen met een rechtsfiguur die vertegenwoordiging en 'eigen recht' combineert en waarbij, anders dan bij voogdij, maatwerk op basis van 'partij'-autonomie mogelijk is. Vrije wil en 'gesetzlich vertreten' staan mijns inziens op gespannen voet. Het is een lapmiddel voor de korte termijn, doch houdt de ontwikkeling van testamentair maatwerk tegen.

Wel hamer ik er aan de ene kant op dat het Zwitserse recht in zoverre verder is dan het Duitse recht dat men in ieder geval een aanknopingspunt voor de aard van de Willensvollstrecker in de wet heeft: opdracht (intern) en vertegenwoordiging (extern), maar aan de andere kant redt men het daarmee alleen ook nog niet. De volgende stap, het privatieve karakter van vertegenwoordiging, lijkt, anders dan bij de klassieke *wettelijke* vertegenwoordiging, te ontbreken. Daarnaast ontbreekt in het Zwitserse, net als in het Duitse recht, de synthese tussen opdracht/lastgeving enerzijds en vertegenwoordiging anderzijds, die nodig is om de externe bevoegdheid van de executeur te kunnen verklaren.<sup>98</sup>

Nagegeven moet het Zwitsers recht worden dat de wet niet tot in ieder detail het fenomeen 'executele' gecodificeerd heeft. De 'Rechtsnatur' aangeven van de executeur of aanknopingspunten daartoe, is mijns inziens het belangrijkste. Dit voorkomt verstarring van een rechtsfiguur. Daar komt, met het oog op de

97. ALEX SCHMUCKER, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002, p. 19. Bij het tegenwicht bieden aan de 'Amtstheorie' haalt hij de voogdij als argument uit de kast om te laten zien dat 'vertegenwoordiging' toch wel te combineren valt met de gedachte aan 'eigen recht en tegen de wil in van'.

98. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 84. Voorts kwam ik ook hier (p.89), net als in het Duitse recht, weer de gedachte tegen dat om 'Auftrag' te kunnen aannemen de erfgenaam aanwijzingen moest kunnen geven aan de 'opdrachtnemer', hetgeen bij Willsvollstreckung niet mogelijk is. Deze gedachte miskent dat men ook bij de executeur een vertegenwoordiger van de erfgenamen is, wat de aanwijzingen betreft, de wil van erflater als uitgangspunt moet nemen.

gewenste flexibiliteit, bij dat het Zwitserse vermogensrecht niet wars is van analogieredeneringen en sterker nog, daar zoals gezien zelfs toe oproept.<sup>99</sup>

Een punt dat toch ook in de Zwitserse literatuur speelt en dat we ook al eerder in de Duitse literatuur zijn tegengekomen, is het feit dat men<sup>100</sup> de gedachte van vertegenwoordiging van *erflater*, een leer die op zich wenselijk is omdat hij mijns inziens het best bij de feitelijke situatie aansluit, alleen al afwijst op basis van het enkele feit dat iemand die overleden is niet meer vertegenwoordigd kan worden.

Deze benadering is, afgezien van het feit dat men het ook zou kunnen omdraaien en stellen dat iemand die overleden is nu net wel vertegenwoordigd moet worden, mijns inziens te kort door de bocht. Allereerst is er de handreiking van de 'saisine' op basis waarvan men de gevolgen van rechtshandelingen van 'erflater' toch ook na dode kan toerekenen aan zijn erfgenamen. Denk bijvoorbeeld, althans wat ons recht betreft, aan de dogmatisch juiste benadering in art. 3:77 BW die met zich brengt dat door het gebruik van een volmacht na overlijden de erfgenamen gebonden worden alsof *erflater* de rechtshandeling zelf verricht heeft. Op dit belangrijke erfrechtelijke vertegenwoordigingsbeginsel kom ik vanzelfsprekend nog uitgebreid terug.

Wel stip ik in dit kader reeds aan dat het antwoord op de vraag hoe een rechtstelsel omgaat met het 'accepteren' van toerekening van vertegenwoordigingshandelingen na overlijden, niet los gezien kan worden van het antwoord op de vraag hoe in het stelsel tegen de 'privé-aansprakelijkheid' van erfgenamen voor 'erfrechtelijke' schulden aangekeken wordt. Kunnen ook schulden aan de erfgenamen toegerekend worden die ontstaan zijn tengevolge van een door *erflater* verleende volmacht die (nog) gebruikt wordt na zijn overlijden? Krijgen deze de belangrijke status 'schulden van *erflater*' en/of 'schulden van de nalatenschap' of hebben deze slechts de status '(privé-)schulden van de *erfgenamen*'. Zoals gezegd, kom ik hier op terug.

Een ander Zwitsers 'probleem' dat wellicht in de weg staat aan het verder ontwikkelen van het denken over de Willensvollstrecker als vertegenwoordiger van *erflater* is het feit dat men in het Zwitserse recht in beginsel niet de onopzegbare<sup>101</sup> opdracht/'last' kent. Anders gezegd: de Willensvollstrecker kan geen vertegenwoordiger van *erflater* zijn, omdat een 'last' in wezen herroepelijk is na overlijden en een 'Willensvollstreckung' nu eenmaal niet. Dit zou op zich voor ons rechtstelsel ook geen probleem hoeven te zijn nu wij de onopzegbare last<sup>102</sup> kennen.

99. Art. 7 Einleitung ZGB: 'Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.'

100. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 87.

101. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 84.

102. Art. 7:422 BW.



## G. RECENTE FRANSE ERFRECHTELIJKE ONTWIKKELINGEN: VIVE LA FRANCE?

### 1. Een nieuw erfrecht en een nieuwe thèse

Niet alleen gelet op het feit dat op 1 januari 2007 ook in Frankrijk een nieuw erfrecht<sup>103</sup> is ingevoerd, maar ook indachtig het verschijnen van een belangwekkend proefschrift<sup>104</sup> van de hand van de Franse notaris François Letellier in 2004, leek het mij aardig om deze ontwikkelingen (nog) mee te nemen op de zoektocht naar de ware aard van executele.

Zelfs al op de achterkant van de kaft van de dissertatie van Letellier is, wat het oude recht betreft, het recht van vóór 2007, over de Franse executeur te lezen:

‘Le régime légal actuel de l’exécution testamentaire n’est pas satisfaisant: incohérences, lacunes et incertitudes sont nombreuses. Une refonte globale des textes apparaît nécessaire pour redonner à cette institution une vigueur pratique.’

Een verzuchting (p. 333) die wij in Europa vaker gehoord hebben: ‘L’exécution testamentaire [...] est une institution qui souffre.’ En een van de slotconclusies<sup>105</sup> van Letellier is dat een belangrijk ‘obstacle’ voor het instituut executele de legitieme portie is: ‘l’existence d’une réserve héréditaire’. Interessant is dat het door Letellier geschetste ideaalbeeld van een executele, het wettelijk kader van onze regeling van executele, zoals wij die aantreffen in art. 4:144 en 4:147 BW, heel nabij komt: (onder meer) het ‘voldoen van de schulden’ en in dit kader wordt de executeur de bevoegdheid verleend om goederen van de nalatenschap te gelde te maken, waaronder begrepen onroerende zaken (p. 334). Ook hij benadrukt (p. 9), en terecht, dat bij een executele de *wil* van *erflater* voorop staat. Die wil ‘est au centre de l’exécution du testament, elle compose la mission de l’exécuteur.’ En deze wil wordt gedragen door vertrouwen: ‘[...] la *confiance* qui existe entre le testateur et son exécuteur, élément central de l’institution’ (p. 12). Letellier heeft overigens een enquête gehouden onder het Franse notariaat (p. 13) waaruit bleek dat (ondanks de mogelijke concurrentie) 63,7% de executeur als een ‘nuttige hulpkracht’ zag en 24 % van mening was dat de executeur een ‘sta in de weg’ is.<sup>106</sup>

Ook wijs ik er op dat, nota bene Frankrijk, thans, na de invoering van hun nieuwe erfrecht, in beginsel ook niet meer behoort tot de Romaanse erfrech-

103. De Loi nr. 2006-728 van 23 juni 2006 ‘portant réforme des successions et des libéralités’ (Journal Officiel 24 juni 2006).

104. FRANCOIS LETELLIER, L’exécution testamentaire, thèse Paris II, Parijs: Defrénois 2004. Dit proefschrift werd bekroond met de ‘Priz de thèse Claude Thibierge Association Rencontres Notariat-Université.’ Hierna zal ik in de tekst het betreffende paginanummer aanhalen.

105. Eveneens op p. 333.

106. De onderzoeker merkte op dat men ook zou hebben kunnen denken dat de notarissen in de persoon van de executeur een concurrent zouden kunnen zien. Van de notarissen zag 1,9 % de executeur als een ‘must’ (indispensable). 10,4 % had geen mening.

telijke stelsels, de stelsels die een legitieme portie kennen die goederenrechtelijk van aard is.<sup>107</sup>

De taken en de bevoegdheden<sup>108</sup> van de nieuwe Franse executeur, hetgeen wellicht te danken is aan de thèse van Letellier, zijn (enigszins)<sup>109</sup> te vergelijken met onze 'beheersexecuteur', zij het dat de Franse legitimaris, ondanks de nieuwe verbintenissenrechtelijke legitieme toch een flinke vinger in de pap houdt. Sprekend is dan ook de 'Duitse' analyse van de nieuwe positie van de Franse executeur.<sup>110</sup>

'Auch wenn die Stellung des Testamentsvollstreckers bei der Ausführung von Vermachtnisanordnungen verbessert worden ist, bleibt dieser jedoch in seiner Rolle in Höhe des frei verfügbaren Teils beschränkt (Art. 1030 Cc).'

Oftewel:<sup>111</sup>

'Le testateur peut habiliter "l'exécuteur testamentaire" à prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession et à le vendre s'il nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de *la quotité disponible*.' (Curs. BS)

107. Q.J. VAN DER MARCK, Nieuw Frans erfrecht met ingang van 1 januari 2007, WPNR (2007) 6699 ziet het als volgt: 'Een belangrijke wijziging houdt in – voortvloeiend uit art. 924 Cc (nieuw) dat indien de erflater de legitieme schendt aan de legitimarissen hun erfdeel niet meer in natura behoeft te worden uitgekeerd, maar zo mogelijk, in geldswaarde kan worden uitbetaald.' Zij het dat hij deze gedachte als volgt nuanceert: 'Alleen in het geval van art. 924-4 Code civil (nieuw) kunnen legitimarissen hun aanspraken in goederen handhaven. Dit artikel geeft aan dat onder omstandigheden de aanspraak in natura tegen derden geldend kan worden gemaakt indien het vermaakte/geschonkene een registergoed betreft en vaststaat dat degene aan wie het registergoed is vermaakt/geschonken niet solvabel is en deze inmiddels het registergoed aan een derde vervreemd heeft.'
- ALAIN VERBEKE, Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2006, 5, p. 329 spreekt in zijn editoriaal 'Over de grenzen' van: 'de veralgemening van de inkorting in waarde.' In het Deutsche Notar Zeitschrift (DNZ) 2007, 2, WIEGAND, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, lees ik over het nieuwe Franse recht: 'Nunmehr sei der Pflichtteil als schuldrechtlicher Anspruch ausgestattet', p. 101. PETER KLIMA Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2006, 10, p. 442 lijkt nog van 'Noterbrecht' uit te gaan, zij het dat hij de term 'Mindesterbrecht' beter vindt en hij ook spreekt van 'teils wesentlichen Änderungen.'
108. Zie Section 7, Des exécuteurs testamentaires, art. 1025-1034 Code civil. Het betreft met name ook een modificatie van rechtspraak. Zie over het nieuwe Franse erfrecht onder meer PHILIPPE MALAURIE/LAURENTAYNÈS, Droit Civil, Les Successions Les Libéralités, Parijs: Defrénois 2006. JEAN-FRANCOIS SAGAUT, Le nouveau droit des successions, Parijs: Editions Dallaz 2006, ALAIN DELFOSSE/JEAN FRANCOIS PENGUEL, La réforme des successions et des libéralités, Parijs: Litec 2006, FRANCIS LEFEBVRE, Les successions et les libéralités après la réforme, Parijs: Editions Francis Lefebvre 2006. Zie ook PETER KLIMA Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2006/10, p. 440-444, alsmede PIERRE BECQUÉ, Une réforme en profondeur: la réforme des successions et des donations en droit français, Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2006/5, p. 366-376.
109. In het Franse recht wordt thans, in art. 1025 Cc, de executeur de bevoegdheid verleend om zelf legaten uit te keren oftewel: 'procéder à l'exécution de ses volontés' Onder omstandigheden kan hij ook 'prendre possession.' Zie art. 1030-2 Cc: 'Lorsque le testament a revêtu la forme authentique.'
110. EDMOND GRESSER, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1 januar 2007), Zeitschrift für die Steuer und Erbrechtspraxis (Zerb) 2006, 12, p. 408.
111. Tekst van art. 1030 Cc nieuw.

Wij herkennen de limiet van het ‘beschikbaar deel’.<sup>112</sup> Hier is al heel veel mee gezegd. Een executeur, welke bevoegdheden hij ook heeft, blijft steeds afhankelijk van het erfrechtelijk klimaat oftewel de bevoegdheden van een legitimaris in het betreffende stelsel. Zelfs in een verbintenisrechtelijk stelsel kunnen de bevoegdheden van een executeur beknot worden en zal de executeur het betreffende stelsel als semi-goederenrechtelijk<sup>113</sup> ervaren. Zo wordt de navolgende uitbreiding van de bevoegdheden van de executeur (verdeling van de verkoopopbrengst van een onroerende zaak onder de erfgenamen/legatarissen) door de wetgever alleen toegestaan als er géén legitimarissen zijn.<sup>114</sup>

*‘En l’absence d’héritier réservataire acceptant, le testateur peut habiliter l’exécuteur testamentaire à disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l’attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires.’*  
(Curs. BS)

Zij het dat het met deze bevoegdheid sowieso wel meevalt. De wetgever sluit de betreffende bepaling immers af met de navolgende mededeling: ‘A peine d’inopposabilité, la vente d’un immeuble de la succession ne peut intervenir qu’après information des héritiers par l’exécuteur testamentaire.’ (Curs. BS)

## 2. De ‘déception’ van Letellier: ‘une institution autonome conférant des droits propres’

Het zal wellicht niet meer verbazen dat het ook Letellier niet lukt om de executeur in te passen in de Franse civielrechtelijke rechtsorde en executele bestempelt als een *autonome* (p. 94), een unieke rechtsfiguur die geen evenbeeld heeft. Sui generis? Wederom een teleurstelling. Het zijn – als ik het goed zie – met name de *fiduciaire* aspecten die in zijn beleving (p. 91) aan executele kleven die inpassing in het Franse stelsel zo moeilijk maken en die hem doen afdrijven van de klassieke ‘mandaatsleer’:

*‘Pourtant, il nous semble que seule cette fiducie permettrait de guérir l’exécution testamentaire de son malaise, en lui donnant une place dans l’ordre juridique.’*

Wat hem in concreto met name van de klassieke Franse doctrine: ‘l’assimilation de l’exécution testamentaire à un mandat’ verwijderd, is onder meer het feit dat een lastgeving in beginsel herroepelijk is (p. 81). Hij vraagt zich af (p. 80) hoe een lasthebber (als vertegenwoordiger) ‘contre eux’, tegen de wil

112. Zie wat ons recht betreft en de overgangsrechtelijke uitlegproblemen die rond deze term kunnen ontstaan onder meer W.D. KOLKMAN, ‘Exit oude legitieme’, Tijdschrift Nieuw Erfrecht, 2003 nr. 5, p. 75-77.

113. Dit deed mij denken aan de oude regeling van art. 4.4.6.3d waarin bepaald was dat de executeur slechts over registergoederen mocht beschikken met toestemming van de legitimarissen of met machtiging van de kantonrechter. Deze bepaling, die een belangrijke inbreuk op de bevoegdheid van de executeur betekend zou hebben, is echter bij de Invoeringswet geschrapt, MvT, nr. 3, p. 62, Parl. Gesch. Inv., p. 2050.

114. Tekst van art. 1030-1 Cc nieuw.

van de erfgenamen in kan handelen. En een vertegenwoordigde kan bij lastgeving de aan de lasthebber verleende bevoegdheden toch ook zelf uit oefenen (p. 83)? Waar hebben wij dit vaker gehoord? Hoe dankbaar moeten wij wel niet zijn met het fenomeen van de (onopzegbare) privatieve last in ons Nederlandse stelsel als wij ook Letellier met deze vragen zien worstelen. Hij kan de vertegenwoordigingsgedachte die aan de lastgeving gekoppeld is, niet inpassen met het oog op het feit dat de erflater overleden is. Hoe kan men een overledene vertegenwoordigen is ook een van zijn vele vragen. Immers: 'Une personne décédée n'est plus un sujet de droit.' Ook hier lijkt ons Nederlandse recht een antwoord op te hebben: art. 3:77 BW, een belangrijk erfrechtelijk houvast dat steeds weer zal opduiken en waarover dan ook hierna meer. Opmerkelijk is dat Letellier aan de ene kant (p. 77) 'erkent' dat een executele net als een overeenkomst van lastgeving gebaseerd is op het 'principe du consensualisme', zij het dat het aanbod vóór overlijden gedaan is en de aanvaarding ná overlijden, maar aan de andere kant de lastgevingsgedachte toch (mede) afwijst omdat deze aanvaarding op een ander later moment (na het overlijden): 'tient à la nature d'acte unilatéral à cause de mort qu'est le testament' maar ook omdat het 'volontarisme en consensualisme' voor iedere overeenkomst geldt en niet exclusief voor 'het mandat'. Hij zet zijn afwijzing vervolgens kracht (p. 78) bij met de navolgende vergelijking, te weten dat men toch ook nog nooit geprobeerd heeft van een *overeenkomst* (met werking post mortem) een *legaat* onder *last* te maken oftewel: 'Jamais n'a tenté de ramener au droit des contrats le legs, le legs avec charge, la fondation *post mortem*.' Nooit? Hoe beter weten wij in ons recht. Art. 4:126 BW heeft onder nieuw erfrecht toch de *quasi*-legaatgedachte gelanceerd. Dit wordt inmiddels als een van de pijlers van ons nieuwe erfrecht ervaren.<sup>115</sup> Ons Nieuw Burgerlijk Wetboek, waarvan mijns inziens nog lang niet alle verborgen luikjes naar hele nieuwe gangenstelsels geopend zijn, nodigt uit tot flexibel denken. Schakelen van overeenkomst naar erfrecht en van erfrecht naar overeenkomst mag en moet.

Letellier geeft de schuld van de 'autonomie' aan de ontstaansgeschiedenis van het instituut (p. 94). In deze rechtsfiguur zijn twee verschillende juridische denkwerelden en tegenovergestelde concepten samengevloeid, zodat: 'il n'en pouvait naître qu'une institution originale, difficilement qualifiable et dont l'analyse reste difficile'. Zijn in ons Burgerlijk Wetboek niet ook allerlei verschillende denkwerelden samengevloeid, waardoor de inpassing van onze executeur eenvoudiger zou moeten zijn? 'Verstopt' in noot 435 lijkt Letellier overigens (een aanzet voor) de 'oplossing' van het mysterie te geven:

'Sans doute la combinaison de l'exécution testamentaire et la fiducie permettrait de résoudre ce malaise, et de donner à cette ancienne institution la modération nécessaire; car la fiducie s'inscrit parfaitement entre mandat et propriété, c'était d'ailleurs la solution au Moyen Age.'

Men moet bij een zoektocht naar de 'ideale' rechtsfiguur oog hebben voor het goede van de verschillende rechtsculturen en dit durven laten samensmelten

115. Zie FW.J.M SCHOLS, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

in een nieuw stelsel, waarbij met name de historische wortels van de rechtsfiguur een belangrijke rol spelen. Zit de oplossing in vertegenwoordiging met een vleugje fiducia? De gevonden figuur moet in ieder geval niet te snel als 'sui generis' worden afgedaan en zeker niet in een vermogensrechtelijk stelsel dat gebaseerd is op een gelaagde structuur. In heel recente Franse literatuur<sup>116</sup> wordt reeds geleerd dat in de nieuwe wet de executeur '*un embryon de fiducia*' is. Maar er is meer. De Fransen hebben ook op andere wijze de 'Common Law'-geest erfrechtelijk binnengelaten.

### 3. Heeft het nieuwe 'mandat à effet posthume' voorrang?

Het nieuwe Franse recht heeft ook een hele nieuwe, dogmatisch zeer interessante, rechtsfiguur gebracht die in het verlengde van executele ligt, waarbij de Franse wetgever oog heeft gehad voor de voorrangsproblematiek die zich tussen executele en deze rechtsfiguur kan voordoen. Ik doel op de nieuwe uitgebreide regeling van het *mandat à effet posthume*, waarover inhoudelijk hierna meer.<sup>117</sup> Bestudering van deze regeling kan ons denken over executele weer een stap verder brengen. Aan de ene kant wordt in Frankrijk het klassieke lastgevingsdenken steeds meer losgelaten, terwijl aan de andere kant onder invloed van het 'Common Law-denken' de deur erfrechtelijk wijd open gezet lijkt te worden voor de lastgeving 'post mortem'. Malaurie<sup>118</sup> verwoordt het niet voor niets als volgt: 'que la loi de 2006 continue à donner au compte-gouttes, lui (lees: de executeur) portant – curieusement – plus de méfiance qu'au mandataire à effet posthume.' Het lijkt of de executeur via een andere rechtsfiguur of wellicht zelfs via zijn ware aard wordt ingehaald.

De auteur<sup>119</sup> wijst op de buitenlandse invloeden: 'Ce mandat introduit dans notre droit un des aspects de la *Common Law* et de la fiducia successorale pratiquée par les droits suisse et allemand bien qu'il ne sont pas une.' Wat is zijn kracht? De nieuwe rechtsfiguur maakt de erfenamen onbevoegd zonder dat de eigendom op de lasthebber overgaat. De wetgever<sup>120</sup> wilde 'repondra (en partie) aux besoins que satisfait la fiducia dans les de pays de droit anglo-saxon, le mandataire jouant le rôle d'un trustee.' De vraag komt op hoe de bevoegdheden van de nieuwe Franse postmortale lasthebber zich verhouden tot de bevoegdheden van de executeur. Zij opereren immers beiden na het overlijden van erflater en kunnen elkaar in het woelige erfrechtelijke vaarwater gaan tegenkomen. Hier is aan gedacht. De executeur is in de regeling ingebed, en wel in art. 812 Cc (nieuw) in de vorm van een 'voorangsregel':

116. PHILIPPE MALAURIE/LAURENTAYNÈS, *Droit Civil, Les Successions Les Libéralités*, Parijs: Defrénois 2006, nr. 507, p. 262, met een nadruk op het 'eigen recht' oftewel 'des pouvoirs propres'.

117. Chapitre VI De l'administration de la succession par un mandataire

118. PHILIPPE MALAURIE/LAURENTAYNÈS, *Droit Civil, Les Successions Les Libéralités*, Parijs: Defrénois 2006, nr. 510, p. 264.

119. PHILIPPE MALAURIE/LAURENTAYNÈS, *Droit Civil, Les Successions Les Libéralités*, Parijs: Defrénois 2006, nr. 168, p. 90. Hij wijst ook op de gevaren van de rechtsfiguur in het licht van het frustreren van de rechten van de legitimarissen.

120. FRANCIS LEFEBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme*, Parijs: Editions Francis Lefebvre 2006, nr. 2410, p. 159.

‘Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d’administrer ou de gérer, *sous réserve des pouvoirs confiés à l’exécuteur testamentaire*, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l’intérêt d’un ou de plusieurs héritiers identifiés. Le mandataire peut être un héritier. Il doit jouir de la pleine capacité civile et ne pas être frappé d’une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral. [...]’ (Curs. BS)

De bevoegdheid van de executeur gaat door wetsduiding nog vóór op de bevoegdheid van postuum lasthebber, maar voor hoe lang nog? De tijd zal het leren. Op zich lijkt deze kunstmatige ingreep noodzakelijk, omdat, zonder deze voorrangregel, de postuum-lasthebber de executeur voor voldongen feiten zou kunnen zetten bij de afwikkeling van de nalatenschap. Dat de ware aard van deze nieuwe Franse rechtsfiguur lastgeving is, blijkt ook, mocht men nog twijfelen, uit het feit dat in art. 812-1-4 Cc (nieuw) medegedeeld wordt dat de postuum-lasthebber onderworpen is aan de artikelen 1984-2010 Cc (de algemene regeling van het mandaat) voor zover deze bepalingen: ‘ne sont pas *incompatibles* avec les dispositions de la présente section.’ De uitvoering van de uiterste wil mag overigens niet opgedragen worden aan de postuum-lasthebber.<sup>121</sup> In zoverre heeft de executeur nog een eigen eiland, zij het niet uit de aard, maar door de voorrangregel.<sup>122</sup> Hier speelt het wezen van de uiterste wil mijns inziens toch nog een belangrijke rol. Het moet immers mogelijk zijn dat de postuum-lasthebber tijdens leven (nog) niet op de hoogte is van de inhoud van de uiterste wil. Van de inhoud van de last is hij wel op de hoogte zullen wij hierna zien.

Wij kunnen van de voorrangsgedachte veel leren met betrekking tot ons eigen recht. Denk aan de executeur die de afwikkelingsbewindvoerder ‘voor’ moet zijn bij bijvoorbeeld de voldoening van de schulden van de nalatenschap. Erflater regelt het verkeer (van erfrechtelijke bevoegdheden) in zijn uiterste wil. Wie gaat vóór wie en op welk moment? De Fransen weten<sup>123</sup> het in ieder geval al, ook al is het maar zoals gezien door wetsduiding: ‘les pouvoirs du mandataire sont subsidiaires de ceux de l’exécuteur testamentaire [...]’. Het is overigens niet geheel uitgesloten dat de ontwikkeling van de ware aard van

121. ALAIN DELFOSSE/JEAN FRANCOIS PENGUEL, *La réforme des successions et des libéralités*, Parijs: Litec 2006, p. 220, noot 27.

122. Met de Nederlandse erfrechtelijke bril op betreft het (wellicht) een overeenkomst van lastgeving totstandgekomen tijdens leven in de zin van art. 4:7 lid 1 letter a, maar die (eventueel) de strekking heeft om pas bij overlijden te worden uitgevoerd in de zin van art. 4:7 lid 1 letter i juncto art. 4:126 BW. In ons stelsel zou art. 4:4 nog een rol kunnen spelen. Wat lid 2 betreft merk ik op dat dit ziet op het verbod op ‘de overeenkomst die iemand *indirect* (“quasi”) in de positie van erfgenaam brengt’, aldus FW.J.M. SCHOLS, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2005, p. 70. Het (*indirect*) in de positie brengen van ‘executeur’ zou ook voorkomen kunnen worden door de overeenkomst te laten zien op concrete vermogensbestanddelen. Wat lid 1 betreft merk ik op dat niet alleen erflater niet belemmerd wordt in zijn bevoegdheid om een executeur te benoemen, maar verder ook niemand belemmerd wordt om een executeur niet te aanvaarden. Zie p. 56 van gemelde dissertatie.

123. FRANCIS LEFEBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme*, Parijs: Editions Francis Lefebvre 2006, nr. 2416, p. 161.

de Franse executele<sup>124</sup> en daarmee wellicht van de erfrechtelijke vrijheden hiermee enigszins op de handrem gezet is, zij het met goede bedoelingen, te weten het voorkomen van een erfrechtelijke botsing van bevoegdheden.

#### 4. **Art. 812 – 812-7 Code civil (nieuw): private lastgeving over de dood heen**

Na reeds naar de interessante nieuwe Franse problematiek van de conflicterende erfrechtelijke bevoegdheden gekeken te hebben, wil ik thans nog inhoudelijk op de nieuwe regeling ingaan. Het betreft mijns inziens niet alleen een regeling waar wij ongetwijfeld nog veel van zullen horen, maar een die met name met het oog op de ontwikkeling van de juridische hersengymnastiek rond het *contractuele* erfrecht erg prikkelend is. Het verbaast niet dat de Fransen<sup>125</sup> het nieuwe fenomeen zelf aankondigen als: 'L'un des apports majeurs de la loi du 23 juin 2006.'

De postume last doet zijn werk waar de algemene overeenkomst van lastgeving uitdooft. In zoverre zijn het communicerende vaten: 'Le mandat posthume prend effet quand le mandat de droit commun s'éteint.'<sup>126</sup> Een principieel verschil met executele is dat de aanvaarding van de postume last reeds tijdens het leven plaatsvindt. Dit verschil maakt een executele tot een executele. Een executele mag en kan<sup>127</sup> immers pas ná het overlijden van erflater aanvaard worden. Wie thans een parallel trekt met bijvoorbeeld de Nederlandse onherroepelijke volmacht met werking na overlijden of nog beter een onopzegbare private last, dient zicht te realiseren dat deze varianten in beginsel verleend dan wel aangegaan worden om er reeds *ante mortem* gebruik van te kunnen maken.

De Franse rechtsfiguur verrijkt op de keper beschouwd ons denken over de driepartijenverhoudingen. Hij wordt immers:<sup>128</sup> 'passé entre deux personnes pour le compte et dans "l'intérêt d'un tiers qui n'en est pas signataire et ne peut en principe s'opposer à son exécution, il prend effet qu'au jour du décès du mandant'. Met de saisine- en vertegenwoordigingsbril is mijns inziens deze op het eerste gezicht ingewikkelde drie-partijenverhouding 'eenvoudig' te verklaren, waarover hierna meer.

Nogmaals: deze Franse rechtsverhouding wordt aangegaan 'ante mortem', maar heeft de strekking om pas 'post mortem' geëffectueerd te worden. Ook een executele wordt weliswaar eerst geëffectueerd ná overlijden, maar deze rechtsverhouding wordt en kan ook pas *aanvaard* worden ná overlijden. Tref-

124 Als de ware Franse aard lastgeving is, zou de lasthebber misschien moeten voorgaan Wellicht zou hier ook moeten gelden wie het eerst komt ('onder de levenden'), wie het eerst maakt?

125. FRANCIS LEFEBVRE, Les successions et les libéralités après la réforme, Parijs: Editions Francis Lefebvre 2006, nr. 2400, p. 159.

126. ALAIN DELFOSSE/JEAN FRANCOIS PENGUET, La réforme des successions et des libéralités, Parijs: Litec 2006, nr. 174, p. 63.

127. Zie voor ons recht art. 4:143 lid 1 BW, waarover hierna meer.

128. ALAIN DELFOSSE/JEAN FRANCOIS PENGUET, La réforme des successions et des libéralités, Parijs: Litec 2006, nr. 174, p. 65.

fend is de typering in de Duitse literatuur van het nieuwe Franse instituut: 'postmortalen Vollmacht zur Nachlassverwaltung'.<sup>129</sup>

Wellicht ten overvloede merk ik op dat de toestemming van de 'erfgenamen' niet vereist is voor de totstandkoming van de overeenkomst.<sup>130</sup>

De postuum-lasthebber kan, net als de executeur, geen beslissingen nemen inzake het aanvaarden dan wel verwerpen van de nalatenschap (Art. 812-1-2 Cc nieuw).

De overeenkomst van postume lastgeving (zowel aanbod als aanvaarding door de lasthebber ('avant le décès')) dient reeds tijdens het leven neergelegd te worden in een notariële akte, 'en la forme authentique' (Art. 812-1-1 Cc nieuw).<sup>131</sup>

De overeenkomst dient op straffe van ongeldigheid gedragen te worden door:<sup>132</sup>

'un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé.' (Curs. BS)

Een Franse notaris in het Duits:<sup>133</sup>

'Bei der Beurkundung einer solchen Vollmacht hat der Notar die schwierige Rolle, das zugrundeliegende Interesse dieser Vollmacht darzulegen.'

Neemt de notaris plaats op de stoel van de rechter?<sup>134</sup> De vergelijking met de gronden als bedoeld in art. 4:75 BW komt bij mij op. Daar is mijns inziens de rol van de notaris een lijdelijke en legt hij (zelfs) geen marginale toetsing aan.

129. EDMOND GRESSER, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1 januar 2007), Zeitschrift für die Steuer und Erbrechtspraxis (Zerb) 2006, 12, p. 410, zij het door een Franse notaris en ook deze merkt op: 'Vorbild diese Vollmacht war offensichtlich der angelsächsische trust.'

130. Zij hoeven tijdens leven hierover vanzelfsprekend ook niet geïnformeerd te worden, zij het dat dit laatste in de Franse literatuur betreurd wordt vanuit de gedachte dat sommige erfgenamen hiernaan aanleiding zullen zien om de geldigheid van de overeenkomst in twijfel te gaan trekken. Zie FRANCIS LEFEBVRE, Les successions et les libéralités après la réforme, Parijs: Editions Francis Lefebvre 2006, nr. 2414, p. 160. Bij mij komt de gedachte op: men wil zich toch ook nog niet 'vastleggen' op wie de erfgenamen zullen zijn?

131. Ik denk niet dat aanbod en aanvaarding in dezelfde (notariële) akte hoeven plaats te vinden. Essentieel is dat de aanvaarding nog tijdens het leven van de lasthebber plaatsheeft. Men kan overigens, op grond van art. 812-1-1 5<sup>e</sup> alinea Cc nieuw de overeenkomst tijdens het leven nog opzeggen zij het dat men hiervan mededeling dient te doen aan de andere partij. De mogelijkheid van 'herroeping' brengt de overeenkomst heel dicht bij een executele, zij het dat men bij een executele hiervan vanzelfsprekend geen mededeling hoeft te doen. Niet alleen niet van de herroeping, maar vanzelfsprekend ook niet van de benoeming. Wat het einde van de overeenkomst ná het overlijden van de nalatenschap betreft verwijs ik naar het bepaalde in Paragraphe 3, De la fin du mandat à effet posthume, art. 812-2 tot en met 812-7 Cc nieuw.

132. Art. 812-1-1 Cc (nieuw).

133. EDMOND GRESSER, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1 januar 2007), Zeitschrift für die Steuer und Erbrechtspraxis (Zerb) 2006, 12, p. 410. Hij drukt het als volgt uit: 'Der Auftrag ist nur wirksam, wenn er durch ein ernsthaftes und ein in Bezug auf die Person eines Erben oder des Nachlasses legitimes Interesse gerechtfertigt ist und dieses genau dargelegt wird.' (Curs. BS)

134. Rapport, Assemblée nationale ou Sénat, Nr. 2850, p. 173: 'Le notaire ne manquera pas d'informer le de cuius de l'éventuelle motivation insuffisante du mandat, sous peine de voir sa responsabilité ultérieurement engagée au titre de son devoir de conseil.' Kenbaar uit:



Ik neem aan dat in het licht van de Franse vakantiehuizen-problematiek 'een authentieke akte' ook een akte van een 'Nederlandse' notaris kan zijn.

De nieuwe mogelijkheid om de rechtsfiguur lastgeving, zij het binnen gemeld kader, te gebruiken als instrument voor het beheer van de nalatenschap, wordt als volgt toegelicht:<sup>135</sup>

'toute personne pourra, à l'avance, donner mandat à une personne de *confiance* de gérer ou d'*administrer* certains biens lorsque les héritiers n'ont pas la capacité de le faire eux-mêmes. Ce mandat aura deux domaines d'application privilégiés la gestion de l'*entreprise* après le décès de l'entrepreneur et, plus généralement, la gestion d'un patrimoine en *présence d'héritiers mineurs* ou atteints d'un handicap.' (Curs. BS)

Kortom, het gaat om het beheer van, zich in de nalatenschap bevindend, ondernemingsvermogen of het beheer van de erfrechtelijke verkrijgingen van minderjarigen of andere personen die in beginsel hun wil niet kunnen bepalen. Als een van de bevoegdheden die verleend kunnen worden, kan gedacht worden aan het betalen van schulden.<sup>136</sup>

Het mandaat duurt, net als de Franse executele (art. 1031 Cc nieuw), in beginsel twee jaar, zij het dat de rechter de last een of meer keer kan verlengen tot een maximale duur van vijf jaar. Overigens mag wel een erfgenaam lasthebber zijn, maar niet de 'boedelnotaris' (le notaire chargé du règlement de la succession).<sup>137</sup>

Hoewel de overeenkomst van lastgeving in beginsel 'gratuit' is, kan er een beloning worden overeengekomen, zij het dat deze niet ten koste van de legitieme mag gaan (art. 812-3Cc nieuw). Wat het 'om niet-karakter' betreft, dat ook voor de Franse executeur geldt, is het wel aardig om te melden dat in de Franse regeling van executele in art. 1033 Cc (nieuw) bepaald is dat een executeur in beginsel 'assume la responsabilité d'un mandataire à titre gratuit.' Des te kleiner de beloning, des te kleiner de verantwoordelijkheden. Een 'Franse' gedachte om in het achterhoofd te houden.

In beginsel legt de postuum-lasthebber ieder jaar rekening en verantwoording af aan de erfgenamen of hun wettelijk vertegenwoordigers (art. 812-7Cc nieuw).

Dit Franse uitstapje sluit ik af met de opmerking dat het van groot belang is de ontwikkeling van het nieuwe 'mandat à effet posthume' op de voet te blijven volgen, aangezien hiermee een Europees fundament gelegd zou kunnen zijn voor de ontwikkeling van een *contractuele* 'executele'.

→ ALAIN DELFOSSE/JEAN FRANCOIS PENGUEL, La réforme des successions et des libéralités, Parijs: Litec 2006, p. 65, noot 12.

135. Extrait du compte rendu du Conseil des ministres du 29/06/05.

136. De gedachte komt op dat de executeur dit ook kan, maar niet in aanwezigheid van legitimarissen, art. 1030-1 Cc (nieuw).

137. Art. 812 Cc (nieuw).

## 5. Trust à la Française ('La fiducie'). Nog meer Europees vertrouwen in vertrouwen?

Het hing in de lucht. De Fransen hebben de smaak te pakken en gaan nog verder. Na afsluiting van deze paragraaf bereikte mij het bericht dat Frankrijk de trust gaat invoeren. Vincent Sagaert<sup>138</sup> wees er met de 'boekdelen' sprekende titel: 'The French can not tame the trust', op dat in Frankrijk op 21 februari 2007 een nieuwe wet in het Staatsblad is verschenen, waarmee weer een verdere stap gezet is in de Angelsaksisering van het Europese vermogensrecht. Het betreft de '*Loi instituant la fiducie*'.<sup>139</sup> Naast de mogelijkheid dat de trust ontstaat door wetsduiding, maakt art. 2012 Cc het mogelijk om een trust te doen ontstaan '*par contrat*'. Een verbintenisrechtelijke benadering van de problematiek. Sagaert wijst er op dat het meest revolutionaire van de wet echter is dat de Franse wetgever afbreuk doet aan de eenheid en ondeelbaarheid binnen het vermogen van de bewindvoerder. Het eigendomsrecht van de goederen is bij de bewindvoerder, zij het ondergebracht in een afzonderlijk vermogen waardoor de goederen gevrijwaard worden van insolventie van de bewindvoerder.

Art. 2011 Cc definieert de Franse trust als volgt:

'La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de [...] présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.'

Wat niet mag is echter (art. 2013 Cc): 'une intention libérale au profit du bénéficiaire'.

Waarom permitteer ik mij toch een klein uitstapje naar de Europese interesse voor 'trustachtigen'? Dit in verband met de wijze woorden van Uniken Venema in de inleiding die opriep om executele niet uit het 'Nederlandse trustrecht' te weren omdat men dan executele van een steviger theoretisch fundament zou kunnen voorzien, waarop het in grotere gezondheid zou kunnen opbloeien.<sup>140</sup> In zoverre is een land met een 'trust-bodem' ook een goede voedingsbodem voor executeurs oftewel bestaat er 'vertrouwen in vertrouwen' en is, zacht uitgedrukt, enige interesse voor deze rechtsfiguur gerechtvaardigd. De contouren van een trust zijn, afgezien van het 'dual ownership' bij nader inzien nog niet eens zo heel verschillend van executele. Zeker niet

138. VINCENT SAGAERT, The French can not tame the trust, NTBR 2007, 5, p. 185.

139. Wet van 19 februari 2007, nr. 2007-211, J.O. nr. 44, 21 februari 2007, p. 3052.

140. C. Æ. UNIKEN VENEMA, Trustrecht en Bewind. Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallel-figures in het Nederlandse recht, diss. Groningen, Zwolle 1954, p. 291. Hij wijst er op (p. 290) dat het 'executorship' werd geïntroduceerd als gevolg van het testament en als zodanig onder jurisdictie van de kerkelijke rechtspraak kwam, waardoor de equity-rechter zich in een latere fase niet meer geroepen voelde ze als 'use of trust' te construeren.

als men naar de betrokken partijen kijkt. Sonneveldt<sup>141</sup> geeft enkele kenmerken van de trust:

*‘Drie partijen zijn bij de constructie betrokken. Naast de zojuist genoemde settlor en trustee staat de beneficiary, degene ten behoeve van wie het trustvermogen beheerd wordt. Door de eenzijdige rechtshandeling wordt de voor continentale juristen gecompliceerde dual ownership in het leven geroepen, een splitsing tussen macht en belang betreffende subjectieve rechten.’* (Curs. BS)

Interessant uit het oogpunt van Nederlands vermogensrecht is de navolgende gedachte van Sonneveldt die het gesplitste eigenaarschap relateert:

*‘Desondanks kan men stellen, dat de rechten van de trustee hoofdzakelijk een verbintenisrechtelijk karakter dragen, terwijl de positie van de beneficiary zakenrechtelijke trekken vertoont.’* (Curs. BS)

En voorts:

*‘Ondanks het feit dat de trustee legal owner wordt, biedt het trustvermogen voor schuldeisers van de trustee geen verhaal; het valt niet in zijn faillissement en blijft buiten zijn nalatenschap. De hoedanigheid van trustee gaat niet op zijn erfgenamen over.’*

Relativerend is ook de recente opmerking van Van Velten<sup>142</sup> dat ‘dual ownership’ weliswaar niet is toegestaan (art. 3:84 lid 3 BW), maar dit begrip toch door de wetgever kan worden geïntroduceerd, zoals bij de invoering van de *kwaliteitsrekening* is gebeurd. Een gedachte om vast te houden. Ook in de Duitse doctrine is onlangs een publicatie verschenen over de relativering van de angst voor ‘dual ownership’ met als rode draad dat lang niet alle trusts ‘gespaltenes Eigentum’ hebben. In het licht van het verband tussen executele en trust voelde ik mij geroepen de navolgende gedachte mee te nemen waar toch ook weer de kwestie dual ownership boven kwam drijven:<sup>143</sup>

*‘Nachlassverwaltung und Trust sind beide Tätigkeiten fiduziarischen Charakters.’*  
(Curs. BS)

141. F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss Utrecht), Amersfoort: SDU 2000, p. 21.

142. A.A. VAN VELTEN, *Boekbespreking, WPNR (2007) 6708*, p. 374.

143. HANS PETER DARAGAN, *Trusts und gespaltenes Eigentum*, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2007, 5, p. 207 e.v. Zie ook de beschouwingen van MEIJERS in zijn *Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire pers 1948, p. 80 over scheiding tussen bevoegdheden en beschermd belang: ‘Het toekennen van een erfrecht aan het minderjarige kind, dat zich in geen potestas bevindt en door een voogd vertegenwoordigd moet worden, is dan gewoonlijk het begin van de scheiding tussen bevoegdheid en beschermd belang. Maar vele op Germaansrechtelijke bodem gevormde rechtstelsels bewijzen hoe tegenstribbelend men zich nog dikwijls, zelfs in dit geval van voogdij, tegen de doorvoering der splitsing heeft getoond.’

## Wat is het probleem dan?

‘Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass die legatees oder devisees kein equitable ownership an den Nachlassgegenständen haben, solange die Nachlassverwaltung andauert, sondern erst dann, wenn der Nachlassverwalter seinen Trustee-Hut aufgesetzt hat.’

Wie vanuit de Nederlandse vermogensrechtelijke optiek een trustachtige bril tracht op te zetten, doet er goed aan om ook de rechtsfiguur privaatieve lastgeving in zijn beschouwingen te betrekken, aangezien de wetgever dit als alternatief van de trust heeft gepresenteerd.<sup>144</sup> Indachtig de woorden van Uniken Venema over ‘het stevige fundament’ zou de executeur zich dan ook niet te ver van de privaatieve last dienen te verwijderen. Aertsen<sup>145</sup> ziet de rechtsfiguur privaatieve lastgeving nog niet echt als een alternatief voor de trust:

‘Het grootste struikelblok is de beëindigingsregeling.’

## Waarom?

‘Mocht de lastgever failliet gaan, dan kan de privaatieve last altijd door de curator in het faillissement van de lastgever worden opgezegd, mits hij hierbij een opzeggingstermijn van één maand in acht neemt (zie art. 7:423 lid 2 BW).’

Reden genoeg om bij de behandeling van de Nederlandse executele nog eens kritisch te kijken naar de mogelijkheden voor een faillissementscurator om een executele te beëindigen in geval van een faillissement van een erfgenaam als rechtsopvolger van erflater. Naar aanleiding van de invoering van de Franse ‘*fiducie*’ waren dit enkele korte gedachten over de vertrouwensband executele, trust en privaatieve lastgeving. Na alle Europese omzwervingen wordt het tijd om de aard van de nieuwe Nederlandse executeur trachten te ontrafelen.

144. MvT 23027, nr. 3, p. 5.

145. DW. AERTSEN, *De Trust, Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en recht deel 29, Deventer: Kluwer 2004, p. 129.



# DE AARD IN DE ZIN VAN 'AFDELING 6, TITEL 5'

Er zijn immers niet-mededelingsplichtige rechtshandelingen die *eenzijdig* zijn wat betreft hun *totstandkoming* en *meerzijdig* wat betreft hun gevolgen [...].

Caroline Cauffman, De verbindende eenzijdige belofte, diss. Leuven (2004), p. 554

## A. DE 'INTERNE' RECHTSVERHOUDING (DE VERBINTENISRECHTELIJKE BENADERING)

### 1. Een eerste verkenning

Nadat ik respectievelijk ingegaan ben op het oude erfrecht, het Duitse erfrecht, het Belgische erfrecht, het Zwitserse en het nog zeer prille Franse erfrecht is het tijd om stil te staan bij de aard van de executeur onder het 'nieuwe' erfrecht, en wel bij *'der Normalfall'*: de *'beheersexecuteur'*, de executeur volgens de basisregeling van 'Afdeling 6, titel 5' van het nieuwe Boek 4.

Welke aanknopingspunten zijn in de modelregeling van de wet te vinden om de aard van de 'beheersexecuteur' vast te stellen?

De volgende elementen zouden, met in het achterhoofd de hiervoor reeds voorbij gekomen (rechtsvergelijkende) gedachten, ons een aanwijzing kunnen geven:

- a. Art. 4:150 BW spreekt van: 'De executeur die zijn *taak*, met het oog waarop hem het beheer was *opgedragen*, heeft volbracht, [...]' De term 'taak' komen we onder meer ook tegen in art. 4:145 BW. In art. 4:146 BW lezen we dat de executeur *belast* is met het beheer van de nalatenschap. In de parlementaire geschiedenis<sup>1</sup> wordt gesproken van de *'wettelijke opdracht'* van de executeur. In het ontwerp Meijers<sup>2</sup> werd, in art. 4.4.6.3 lid 1, zelfs de aard van de beschikking, althans zo leek het, met zoveel woorden in de wet opgenomen: 'Tenzij de *erflater* de executeur een beperktere taak heeft *opgedragen*.'

1. Zie MvA 3771, Parl. Gesch.Vast. Boek 4, p. 846. Voorts wordt in MvA I 3771, Parl. Gesch.Vast. Boek 4, p. 867 verwezen naar het Rapport van de Commissie Erfrecht II, p. 219 waar gesproken wordt van 'een opdracht van erflater'. Zie ook Parl. Gesch.Vast. Boek 4, p. 830
2. Was dit een van zijn 'Zwitserse' gedachten?

- b. In art. 4:145 lid 2 BW doet de wetgever ons de belangrijke mededeling: ‘Gedurende zijn beheer *vertegenwoordigt* hij bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte.’
- c. Art. 4:143 BW bepaalt dat men executeur wordt door *aanvaarding* van zijn benoeming na het overlijden van erflater.
- d. Onder omstandigheden treedt de executeur *in overleg* met de erfgenamen en heeft hij voor bepaalde handelingen, zelfs de *toestemming* van de erfgenamen nodig. Erflater kan blijkens de leden 2 en 3 van art. 147 BW de invloed van de erfgenamen op het handelen van de executeur verzwakken of versterken.  
De autonome wil van erflater is derhalve van belang.
- e. Erflater benoemt de executeur blijkens art. 4:142 BW bij ‘*uiterste wilsbeschikking*’.
- f. Er dient blijkens art. 4:151 BW ‘*rekening en verantwoording*’ afgelegd te worden.
- g. Men kan blijkens art. 4:144 BW de verplichtingen van erflater uitbreiden met testamentaire ‘*lasten*’.
- h. De executeur moet op grond van art. 4:148 BW aan de erfgenamen alle gewenste *inlichtingen* omtrent de uitoefening van zijn *taak* geven.
- i. Art. 4:142 lid 2 BW spreekt net als bij de rechtsfiguur opdracht van ‘*verrichten*’ van ‘*werkzaamheden*’.

Dat wat betreft de modelregeling in ‘enge’ zin.

Voorts meldt art. 4:130 lid 2 BW: ‘Een testamentaire *last* kan ook opgelegd worden aan een executeur’, en wordt er in art. 4:188 BW op gewezen dat in een verklaring van erfrecht vermeld dient te worden, dat al dan niet het beheer van de nalatenschap aan executeurs is *opgedragen*.

Een van de elementen (letter e) is de uiterste wilsbeschikking. Door stil te staan bij de *aard* van de uiterste wilsbeschikking naar nieuw erfrecht kunnen wij wellicht ook meer te weten komen over de aard van executele. Zeker nu in het nieuwe Boek 4 ‘met zoveel woorden’ gecodificeerd is wat een ‘uiterste wilsbeschikking’ is.<sup>3</sup>

Voorts is in de inleiding reeds kort aan de orde geweest dat rechtshistorisch gezien de ontwikkeling van het ‘testament’ en de ontwikkeling van executele hand in hand gegaan zijn en deze rechtsfiguren derhalve onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Reden temeer om het eerst aan het element ‘*uiterste wilsbeschikking*’ aandacht te besteden. Dit betreft immers de belangrijkste inbreng aan de aard van de rechtsverhouding: ‘*de wil*’ van *erflater*.

3. Art. 4:42 BW.

## 2. De aard van de uiterste wilsbeschikking, art. 4:42 BW

In het nieuwe erfrecht treffen we in titel 4 over ‘uiterste willen’ in het eerste artikel, te weten art. 4:42 BW, een omschrijving van de aard van de uiterste wilsbeschikking aan:

‘Een uiterste wilsbeschikking is een *eenzijdige* rechtshandeling waarbij een erf-later een beschikking maakt, die eerst *werkt na zijn* overlijden en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt *aangemerkt*.’ (Curs. BS)

Een heldere ‘definitie’ met drie elementen waaraan cumulatief<sup>4</sup> dient te worden voldaan:

- a. eenzijdige rechtshandeling;
- b. eerst werkend na overlijden;
- c. het ‘gesloten stelsel’.

De woorden ‘eerst *werkend* na’ verdienen in het licht van executele de meeste aandacht. Wat betekent in deze ‘werken’?

Voor executele zouden de woorden ‘die eerst *werkt*<sup>5</sup> na overlijden’ ook vervangen kunnen worden door ‘eerst *aanvaard* kan worden na overlijden.’<sup>6</sup> Waar leid ik dat uit af? Dit blijkt mijns inziens uit de eerste zin van art. 4:143 lid 1 BW, waar onder de aandacht gebracht wordt het feit dat het ‘aanbod’ van erf-later (de benoeming) pas *aanvaard* kan worden *na* zijn overlijden. Dat het niet

4. Men zou ook kunnen verdedigen dat de eerste twee eisen de materiele kenmerken van de uiterste wil zijn en dat zodra voldaan is hieraan, met het leerstuk van ‘conversie’ in de hand, de derde eis slechts de ‘afronding’ is. Er wordt net zolang geperst tot de handeling in een van de erfrechtelijke hokjes past. De rechtshandeling die aan de materiele kenmerken voldoet, wordt door het gesloten stelsel opgeslurpt. Zou dit de gedachte zijn? Ik kom hier op terug. FW J.M. SCHOLS, Quasi-erfrecht met bindende elementen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 stelt in navolging van W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992 ook nog de voorwaarde dat de rechtshandeling ‘ongericht’ dient te zijn. In de door de wetgever gehanteerde definitie is het onderscheid ‘gericht/ongericht’ niet relevant. Van belang is wel steeds goed voor ogen te houden dat een definitie van een uiterste wilsbeschikking in materiele zin, zoals opgenomen in art. 4:42 BW iets anders is dan de rechtshandeling ‘testeren’ ofwel bij ‘uiterste wil beschikken’. Dit laatste zou men kunnen zien als de uiterste wilsbeschikking in ‘formele zin’. Zie ook de benadering van het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen door T.H.D. STRUYCKEN, De numerus clausus in het goederenrecht (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 37, Deventer: Kluwer 2007, p. 14 die opmerkt dat zowel de verwijzing naar ‘Boek 4’ als de voorwaarde van de wettelijke kwalificatie van een *eenzijdige* rechtshandeling als een uiterste wilsbeschikking te verstaan zijn als aanwijzingen dat sprake is van een gesloten systeem. En in par. 2.2.4, p. 38 concludeert hij dat ‘typengebondenheid’ een belangrijke organisatorische functie vervult doordat de wettelijke typen bepalend zijn voor de *al dan niet toepasselijkheid van allerlei regimes*.
5. Het gaat hier om de werking van de eenzijdige *rechtshandeling*. Dit dient onderscheiden te worden van de werking van een *verbintenis*. Een verbintenis kan immers voorwaardelijk zijn in de zin van art. 6:21 BW. De verbintenis bestaat dan wel, doch werkt nog niet. Ingeval van “executele” bestaat er tijdens leven nog geen verbintenis, ook geen voorwaardelijke.
6. Indien het aanbod reeds tijdens het leven *aanvaard* kan worden, is er in beginsel geen sprake meer van een uiterste wilsbeschikking, doch is de basis gelegd voor de eventuele totstandkoming van een overeenkomst.



gaat om een feitelijk niet aanvaarden, maar om een (nog) niet *kunnen* aanvaarden wordt ook door de minister<sup>7</sup> benadrukt.

Waarom is dit van belang? Ter afbakening van de in art. 6:222 BW vermelde variant: 'Een aanbod vervalt niet door de dood [...] van een der partijen.' Dit betreft een eenzijdige rechtshandeling die reeds tijdens het leven aanvaard kan worden. Wat is de strekking van deze bepaling? De wetgever zou een aanbod eenvoudig hebben kunnen laten vervallen door het overlijden van de aanbieder. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de praktische en reële gedachte achter deze bepaling is dat door het enkele (toevallige) overlijden van de ondernemer de door hem of aan hem gedane offertes in het algemeen niet moeten worden beïnvloed.<sup>8</sup>

Anders ligt dit vanzelfsprekend bij een 'offerte' (eenzijdige rechtshandeling) die *eerst* na zijn overlijden aanvaard *mag* (en kan) worden. Hier betreden wij het terrein van de uiterste wilsbeschikking in materiële zin. Overigens wordt wat het herroepelijk aanbod van schenking betreft in art. 7:179 BW afgeweken van het bepaalde in art. 6:222 BW, althans als hoofdregel.

Snijders<sup>9</sup> heeft gewezen op het feit dat verbintenissen pas *ontstaan* als een 'toezegging' *aanvaard* wordt. Ontstaan na overlijden zou dan gelijk te stellen zijn met *eerst werken na overlijden*. Erfflater schept dan weliswaar niet ten laste van zichzelf werkende verbintenissen doch wel ten laste van en in de persoon van zijn rechtsoptvolgers werkende verbintenissen, althans voor zover de 'benoeming' tot executeur wordt aanvaard. Tijdens het leven van erflater heeft de instelling van de 'executele' niet alleen nog geen 'werking', maar is ook de bedoeling dat er nog geen werking *kan* zijn.<sup>10</sup> Aanvaarding tijdens leven was immers niet mogelijk. Dit laatste is essentieel.

7. MvA 3771, nr. 6, p. 97-98, Parl. Gesch. Vast. Boek 4, p. 841: 'dat men niet reeds tijdens het leven van erflater kan aanvaarden.'

8. Aldus MEIJERS in zijn Toelichting, Parl. Gesch. Boek 6, p. 731. W. SNIJDERS, Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (III, slot), WPNR (1999) 6367, p. 606-607, merkt op dat de wederpartij aan de gebondenheid van de erfgenamen vorderingen kan ontlenen, maar dat dit op zich nog niet betekent dat dit ook schulden van de nalatenschap zijn. Gezien de strekking van beneficiaire aanvaarding en indachtig het arrest HR 28 november 1980, NJ 1981, 440 komt hij tot de 'soepele' conclusie dat deze overeenkomst dan toch als schuld van de nalatenschap en zelfs als schuld van erflater die niet met zijn dood teniet is gegaan, zou kunnen kwalificeren waardoor ook van de betreffende rang geprofiteerd zou kunnen worden.

9. Kenbaar uit de dissertatie van CAROLINE CAUFFMAN, De verbindende eenzijdige belofte (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 194 die in noot 897 verwijst naar W. SNIJDERS, Artikelen 3.2.2.15 Nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien in J.A.F. PETERS en M.H. KOBUSSEN (eds.), Bestuursrecht en Nieuw BW, Verslag van de derde themamiddag van de Juristenvereniging voor afgestudeerden in Tilburg, Juvat, op 27 november 1987, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988 (49) p. 61-62. CAUFFMAN spreekt van het nog 'toe te eigenen' vorderingsrecht door aanvaarding. Dan ontstaat pas een werkelijke verbintenis. Zij wijst er op dat Snijders nuanceert tussen verbindende kracht van toezeggingen en tijdstop waarop verbintenissen ontstaan.

10. Zie ook de opmerkingen van ASSER-HARTKAMP 4-II, Algemene leer der overeenkomsten, nr. 150, Deventer: Kluwer 2005, over art. 6:222 BW dat de dood van de aanbieder het aanbod in beginsel niet doet vervallen. Deze gedachte wordt genuanceerd wat betreft de overeenkomst van lastgeving, omdat daarbij het uitgangspunt is dat deze overeenkomst in beginsel komt te vervallen bij het overlijden van de lasthebber of de lastgever, art. 7:422 BW. Van belang is mijns inziens steeds te onderkennen dat art. 6:222 BW handelt over een aanbod dat in beginsel reeds werking *tijdens het leven* van erflater gehad zou kunnen hebben. Dat hij toevallig overleden is vóór de aanvaarding doet niet aan de geldigheid van het aanbod af. De overeenkomst had tot stand kunnen komen voor het overlijden en derhalve niet pas na het overlijden.

Cauffman<sup>11</sup> hanteert, zij het bij een legaat als eenzijdige rechtshandeling, de sprekende term 'uitwerking'. Er is bij een uiterste wilsbeschikking tijdens leven nog geen uitwerking mogelijk.

Dat de benoeming pas werkt na aanvaarding door de executeur, neemt niet weg dat in de periode vanaf het *overlijden* van erflater tot aanvaarding van het 'aanbod' door de executeur niet reeds gesproken kan worden van een 'sluimerende' executele of zo men wil van een 'pre-(quasi)contractuele' fase,<sup>12</sup> waarover hierna meer.

Bij eerste lezing van art. 4:42 BW is duidelijk dat een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling is en een overeenkomst derhalve nooit een uiterste wilsbeschikking kan zijn.<sup>13</sup>

In concreto: een 'benoeming' tot executeur kan niet bij overeenkomst geschieden. Het 'aanbod' van erflater mag (en kan) immers op grond van art. 4:143 BW nog niet gedurende het in leven zijn van erflater aanvaard worden. Hoe verhoudt zich de gedachte van het 'nog niet kunnen aanvaarden' van een rechtshandeling tijdens het leven van de aanbieder met het onderscheid gerichte en ongerichte rechtshandelingen?

### 3. Gericht of ongericht? Aanvaarding van het aanbod mag pas na het overlijden

Voor het onderzoek naar de aard van executele is de vraag of een uiterste wilsbeschikking een *ongerichte* of *gerichte* rechtshandeling is, van groot belang. Immers: 'Tussen eenzijdig gerichte rechtshandelingen en overeenkomsten kan dikwijls geen scherp onderscheid worden gemaakt [...]', aldus Asser-Hartkamp.<sup>14</sup> Anders gezegd: des te gerichter de rechtshandeling des te meer men op het terrein van het *overeenkomstenrecht* komt. De heersende leer beschouwt *het maken van* een uiterste wil als een ongerichte rechtshandeling.<sup>15</sup>

11. CAROLINE CAUFFMAN, De verbindende eenzijdige belofte (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p.185. Verbindende eenzijdige beloften zijn reeds (tijdens het leven) verbindend *zonder* aanvaarding, p. 293. De verbintenis moet het werk ten laste van de belover doen, p. 162.

12. Denk aan art. 4:145 BW.

13. Zie over de definitie van uiterste wilsbeschikking FW.J.M. SCHOLS, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 83, alsmede zijn dissertatie *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 6 e.v. F. Schols hanteert een eigen definitie van uiterste wilsbeschikking (anders dan de wetgever). Dat mag. Zo zijn er ook vele definities over het begrip huwelijksvoorwaarden in omloop. Zie M.J.A. VAN MOURIK en L.C.A. VERSTAPPEN, Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding, Deventer: Kluwer 2006, p. 258 met de mededeling: 'Elke zichzelf respecterende auteur heeft er wel een bedacht.' In deze ook van belang en op dezelfde pagina: 'Veelal geeft men het begrip een materiele inhoud.' Kenmerk van de definitie van F. Schols is overigens dat de uiterste wilsbeschikking een ongerichte rechtshandeling is, hetgeen met zich brengt dat *gerichte* rechtshandelingen niet in de voor uiterste wilsbeschikkingen voorgeschreven vorm hoeven te worden neergelegd.

14. ASSER-HARTKAMP 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 83.

15. Zie ASSER-HARTKAMP 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 83, W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 10, FW.J.M. SCHOLS, *Quasi-erfrecht met bindende ele-*

In de parlementaire geschiedenis<sup>16</sup> wordt op het eerste gezicht ook duidelijke taal gesproken:

‘Naar het oordeel van de ondergetekende behoort voorts de regel van het ontwerp te worden gehandhaafd, dat uiterste wilsbeschikkingen van een onbekwame *nietig* zijn. In het gewijzigd ontwerp vloeit dit voort uit lid 3. Een uiterste wilsbeschikking is, zoals uit art. 4.3.1.2 lid 3 en de *vormvoorschriften* volgt, geen tot een of meer bepaalde personen gerichte rechtshandeling. Zij wordt immers niet tot stand gebracht door een verklaring die tot een bepaalde persoon is gericht en dus ingevolge art. 3.2.4 lid 3 die persoon moet hebben bereikt, wil zij haar werking hebben.’

Tot zover eens. Wel vallen twee dingen op. Ten eerste vindt er een verwijzing plaats naar het ‘nulliteiten’vraagstuk. En ten tweede lijkt de minister het te hebben over het *tot stand brengen* van de uiterste wilsbeschikking, het testeren als zodanig, en de daarvoor geldende *vormvoorschriften*.<sup>17</sup> Dit is heel iets anders dan de vraag naar de materiële kenmerken van de uiterste wilsbeschikking, de aard van de uiterste wilsbeschikking. Men zal eerst<sup>18</sup> een rechtshandeling in materiële zin moeten beoordelen om vervolgens tot het antwoord op de vraag te komen welk vormvoorschrift op de rechtshandeling van toepassing is. Dat is de route.<sup>19</sup>

In de door de wetgever in art. 4:42 lid 1 BW gegeven definitie maken de termen ‘gericht’ of ‘onggericht’ geen deel uit van de aard van de uiterste wilsbeschikking. Logisch als men bedenkt dat anders, door de rechtshandeling een gericht karakter te geven, de vormvoorschriften voor de uiterste wil eenvoudig

→ menten (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 9, JAC HIJMA, Testament als rechtshandeling (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 93 e v.

16. Parl. Gesch. Boek 3, p. 163.

17. C.G. BREEDVELD-DE VOGD, Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 29 e.v. heeft ook oog voor het betreffende onderscheid (materiele rechtshandeling en formele vorm) en merkt op dat de wet voor bepaalde rechtshandelingen een bepaalde vorm heeft voorgeschreven en geeft daarbij het voorbeeld: ‘Een testament wordt opgemaakt bij notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte (art. 4:94 BW).’ Het ‘testament’ is immers slechts het plechtige jasje van de rechtshandeling.

18. Voor het *huwelijksvermogensrecht* hanteert het Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding, M.J.AVAN MOURIK en L.C.A. VERSTAPPEN, Deventer: Kluwer 2006, p. 260 een formele benadering voor het begrip huwelijks voorwaarden: ‘Huwelijks voorwaarden zijn overeenkomsten tussen echtgenoten waarvan de wet voorschrijft dat die slechts bij notariële akte geldig kunnen worden verricht en die indien ze staande huwelijk [ . . . ] Een koppeling aan de vormvoorschriften, doch ook hier zal men net als bij uiterste wilsbeschikkingen eerst antwoord moeten geven op de vraag welke die overeenkomsten zijn alvorens het vormvoorschrift toe te passen en zal men dus ook niet aan een materieel getinte omschrijving ontkomen.’

19. In zijn dubbel pocket Erfrecht/Nieuw erfrecht, Deventer: Kluwer 2002 maakte VAN MOURIK, p. 84 in het deel ‘oud erfrecht’ nog de splitsing rechtskarakter en vorm van de uiterste wilsbeschikking met de terechte mededeling: ‘Het belang van het antwoord is duidelijk: uiterste wilsbeschikkingen zijn *solemnitatis causa* – op straffe van nietigheid – gebonden aan vormvereisten.’ Jammergenoeg is de paragraaf ‘rechtskarakter’ nr. 33 in de nieuw erfrechtelijke drukken verdwenen.

zouden kunnen worden ontgaan. Dit is niet anders voor het aan de betreffende rechtshandeling gekoppeld dwingendrechtelijk gevolg.<sup>20</sup> de *herroepelijkheid*.

Indien men de herroepelijkheid deel uit zou laten maken van de omschrijving in materiële zin van een uiterste wilsbeschikking, zou men de vormvoorschriften eenvoudig kunnen omzeilen door de eenzijdige rechtshandeling onherroepelijk te maken. De herroepelijkheid is 'slechts' het gevolg van de uiterste wilsbeschikking. De wetgever grijpt om dit gevolg te bereiken desnoods in met zijn 'gesloten stelsel'. Past een rechtshandeling (gericht of ongericht) binnen de mal van lid 1, dan verneemt men in lid 2 wat de juridische gevolgen zijn (herroepelijk) en in lid 3 wat men te doen staat, te weten: de gang naar de notaris (vormvoorschrift).<sup>21</sup> De mal geeft aan *welk regime van rechtsregels van toepassing is*, bijvoorbeeld met betrekking tot het *beheer* van de executeur en het *einde* daarvan. Overigens wijst de Belgische auteur Bael in zijn recente bewerking (2006) van zijn dissertatie<sup>22</sup> 'Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen', erop dat indien een verbintenis de eigen nalatenschap betreft en *herroepelijk* is, deze verbintenis in een testament moet worden neergelegd. Dit hangt samen met de in art. 895 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek gegeven regel dat: 'Een testament een akte (is) waarbij de erflater, voor de tijd dat hij niet meer in leven zal zijn, over het geheel of een deel van zijn goederen beschikt, en die hij kan herroepen'. Ik maak deze opmerking om te laten zien dat hieruit (over de Nederlandse grenzen heen) voorzichtig afgeleid zou kunnen worden dat niet alleen de eenzijdigheid, maar ook de herroepelijkheid tot het wezen van de uiterste wil behoort, zij het 'slechts' als dwingend gevolg.<sup>23</sup>

20. Erflater wil niet alleen nog niet gebonden zijn aan zijn vertrouwenspersoon, maar wil hem van de benoeming wellicht ook nog niet in kennis stellen. De benoeming speelt zich in het 'geheim' af en wel door een verklaring bij en aan de notaris. Zie in deze JAC. HIJMA, Testament als rechtshandeling (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 93-108. Ook dit verklaart de ongerichtheid, doch ook Hijma heeft het mijns inziens alleen over *het testeren* als zodanig.

21. Vanzelfsprekend afgezien van het codicil, art. 4:97 BW.

22. JAN BAEL, Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen (diss. Gent 2002), Mechelen: Kluwer 2006, p. 28. Dit werk werd bekroond met de driejaarlijkse prijs van het Antwerps Notariaat 2004. Bael verwijst in deze naar M. PUELINCKX-COENE, Erfrecht, Antwerpen: Kluwer 1996, p. 257, nr. 208. Interessant zijn de gedachten van Bael over de onherroepelijke volmacht, nrs. 1385-1393 met werking bij overlijden. Voor zover de volmacht reeds tijdens het leven van de volmachtgever gebruikt kan worden ziet Bael geen problemen met betrekking tot de geldigheid hiervan. Een *onherroepelijke* volmacht die eerst na overlijden werkt vormt in zijn ogen geen probleem en is geldig voor zover hij gegeven is in het belang van de lasthebber. Hier ziet men mijns inziens het gevaar dat er zou zijn als men de herroepelijkheid deel uit zou laten maken van de definitie van uiterste wilsbeschikkingen. Door de (eenzijdige) rechtshandeling onherroepelijk te maken zou men de vormvoorschriften voor uiterste wilsbeschikkingen (eenvoudig) kunnen ontgaan. In Nederland is door de wetgevingstechniek van art. 4:42 BW de 'onherroepelijkheidsroute' afgesneden. Ook interessant in deze is de bijdrage van BAEL, Een pleidooi voor een fundamenteel andere interpretatie van het verbod van erfovereenkomsten, Over Erven, Liber amicorum Miekien Puelinckx-Coene, Mechelen: Kluwer 2006, p. 17-51, waar hij in noot 46 er op wijst dat het testament eenzijdig moet worden opgemaakt volgt uit art. 968 van het Belgische Burgerlijk Wetboek en dat het eenzijdig karakter van het testament niet met zoveel woorden vermeld staat in art. 895 van het Belgische Burgerlijk Wetboek.

23. Zie KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 110.

Het gesloten stelsel voegt hier aan toe, dat men niet zijn eigen 'mal' mag maken, maar dat men dient te kiezen uit het door de wetgever samengestelde assortiment Dit is geen probleem, omdat er sprake is van een 'ruime keus' en in ieder geval alle erfrechtelijke rechtsfiguren die onder het oude erfrecht mogelijk waren, onder het nieuwe erfrecht in beginsel<sup>24</sup> ook tot stand kunnen worden gebracht, zij het zo nu en dan in een nieuw jasje Via het leerstuk 'conversie'<sup>25</sup> mag er best enig 'hangen en wurgen' plaatsvinden tot 'de wil' binnen de mal past En niet alleen 'mag', want door het gesloten stelsel 'moet' er ook geconverteerd worden en bestaat er een erfrechtelijke conversieplicht Deze plicht zou getypeerd kunnen worden als de *aanzuigende werking* van het gesloten stelsel Hiermee heeft de wetgever erfrechtelijke grip op de betreffende door erflater verrichte rechtshandeling en kan hij desgewenst een dwingend regime opleggen<sup>26</sup> Hiermee is allesbehalve gezegd dat alle vraagstukken die zich rondom de rechtsfiguur kunnen voordoen uitputtend in de wet geregeld zijn Analogieredeneringen mogen en moeten, ondanks de 'geslotenheid' van het erfrechtelijk stelsel. De (met name verbintenismatige) deur naar de andere vermogensrechtelijke Boeken staat nog steeds wijd open

Met enige goede wil past alles, zelfs een (soort) ouderlijke boedelverdeling Conversie tot een enig erfgenaamschap met legaten of zelfs een wettelijke verdeling lijkt immers mogelijk, mits men vanzelfsprekend de juiste vorm in acht genomen heeft Wellicht kan zelfs nog het verlenen van een onherroepelijke 'volmacht' (opgenomen in een testament) geconverteerd worden in een executele<sup>27</sup> Hierover hierna meer

Ook Asser-Hartkamp<sup>27</sup> die enerzijds *het maken van* (!) een uiterste wil als *ongerichte* rechtshandeling bestempelt, heeft er geen enkele moeite mee om een in de basis gerichte handeling als een *aanbod* tot omzetting van een natuurlijke verbintenis bij uiterste wil te 'doen' Geconcludeerd wordt immers

'Het nieuwe erfrecht beschouwt een zodanig aanbod als een legaat [ ]'

Duidelijk Een (voorgenomen) in eerste instantie (eventueel) gerichte handeling wordt (gelet op de vormvoorschriften van uiterste wilsbeschikkingen) 'ten kantore van en in samenspel met de notaris' omgedoopt tot een ongerichte rechtshandeling De handeling ten overstaan van de notaris betreft echter slechts de formele testeerhandeling, hetgeen iets anders is dan het rechtskarakter van de uiterste wilsbeschikking Dit blijkt mijns inziens ook uit de vermogensrechtelijke bijbel 'Algemene Begrippen van het Burgerlijk

24 Zie de kritische beschouwing van A J M NUYTINCK, Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen *weg ermee!*, WPNR (2006) 6683, p 706-709

25 Conversie moet in deze niet gezien worden als een facilititeit, doch als een 'verplichting' In het recente arrest HR 17 november 2006, nrs 41 485 en 41 488, Notafax 2006, 275 wees de Hoge Raad er immers op dat er (pas) geen geldig genotsrecht gevestigd was, indien noch krachtens uitleg noch krachtens *conversie* de bedoelde werking aan de akte kan worden toegeschreven

26 Anders gezegd er mag niet besteld worden buiten de (erfrechtelijke menu)kaart

27 ASSER-HARTKAMP 4-I, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, Deventer Kluwer 2004 nr 83 en ASSER-HARTKAMP, 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer Kluwer 2005, nr 81

Recht<sup>28</sup> van Meijers, als hij behandelt wanneer een verklaring werking heeft en constateert dat in vele gevallen voor werking van de verklaring ontvangst van de verklaring door de wederpartij vereist is:

‘Deze noodzakelijkheid bestaat b.v. voor een opzegging, voor een ingebrekestelling, enz., maar *niet* voor een testament.’ (Curs. BS)

Ik ga er vanuit dat ook Meijers het hier heeft over de rechtshandeling die reeds de testeerplechtigheid bij de notaris ‘gepasseerd’ is en de term ‘testateren’ gebruikt als formele verpakking van de uiterste wil. Uit het feit dat ‘testateren’ in de ogen van Asser-Hartkamp een ongerichte rechtshandeling is, mag derhalve niet worden afgeleid dat een op het eerste gezicht feitelijk dan wel juridisch *gerichte* rechtshandeling niet ook een uiterste wilsbeschikking kan zijn in de zin van art. 4:42 lid 1 BW. Kolkman lijkt hier ook oog voor te hebben als hij schrijft: ‘De vraag duikt dan echter op of het aanbod dat in een uiterste wil is neergelegd niet ook als ongericht moet worden beschouwd gelijk een legaat.’ En hij vervolgens in noot 562 van zijn dissertatie opmerkt: ‘Overigens zou men met Van Mourik, WPNR 6213 (1996), p. 147-150, twijfels kunnen hebben bij het denkbeeld dat uiterste wilsbeschikkingen zoals legaten wel ongerichte rechtshandelingen zijn [...] en uiteindelijk tot de conclusie komt: ‘Ik zou willen aannemen dat het testamentaire aanbod tot koop of schenking heeft te gelden als een legaat.’ Ik leid hier uit af dat een gerichte rechtshandeling als een aanbod tot koop een uiterste wilsbeschikking in materiele zin als bedoeld in art. 4:42 lid 1 BW kan zijn en derhalve voor een geldige totstandkoming het juiste vormvoorschrift in acht genomen dient te worden. De testeerhandeling bestempelen tot een ongerichte rechtshandeling heeft slechts betekenis voor de leer der *nulliteiten*. Dit valt bij mij enerzijds onder de noemer ‘wetgevingstechniek’<sup>29</sup> en hangt anderzijds samen met het besloten karakter van het testeren als zodanig. Verder mag hier mijns inziens niet een al te zware betekenis aan gegeven worden.<sup>30</sup> Erflater kan zelf het besloten karakter opheffen en de inhoud van de rechtshandeling aan belanghebbende medelen, met dien verstande dat het een herroepelijke rechtshandeling betreft die tijdens leven nog niet aanvaard kan worden.

Sprekend is mijns inziens ook – in het licht van de kwestie ‘gericht of ongericht’ – het voorbeeld dat recentelijk door Van Es<sup>31</sup> werd gegeven:

28. E.M. MEIJERS, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers 1948, p. 295.

29. Zie bijvoorbeeld art. 3:56 BW.

30. Dat zo nu en dan zwaar vastgehouden wordt aan de eis van ongerichtheid heeft mijns inziens te maken met het feit dat W. BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992 in zijn dissertatie zwaar gehamerd heeft op de eis van ‘ongerictheid’ als onderdeel van de definitie van uiterste wilsbeschikking. Hij heeft zich daarbij met name laten leiden door het ‘nulliteitsvraagstuk’, p.11. Van belang is het onderscheid uiterste wilsbeschikking in materiele zin en het maken van het testament (het testeren) goed te onderscheiden. Breemhaar beroept zich op de hiervoor in de tekst aangehaalde bron uit de parlementaire geschiedenis, doch hier gaat het over het testeren als zodanig, het feit dat dit een ongerichte rechtshandeling oplevert? Als men dit onderscheid niet maakt, loopt men het risico op het verkeerde been gezet te worden.

31. P.C. VAN ES, *Boekbespreking F.W.J.M. Schols, Quasi-erfrecht* (diss. Nijmegen), NTBR 2006, 53, p. 357

‘Een tot een bepaalde persoon *gericht* aanbod dat in een envelop wordt gedaan met daarop geschreven “te openen na mijn dood” is een uiterste wilsbeschikking.’

Ook Vegter<sup>32</sup> legt, net als Van Es, de klemtoon in deze op het element ‘eerst werken na overlijden’:

‘Als de erflater tijdens zijn leven niet aan het aanbod gebonden is (het aanbod tijdens zijn leven *niet aanvaard kan worden*) en de verplichting uit het aanbod eerst in de personen van de erfgenamen ontstaat, is volgens de wetgever sprake van een legaat. Een beroep op de “*gerichtheid*” van de rechtshandeling overtuigt mij minder als aan de rechtshandeling tijdens het leven van de aanbieder geen rechtsgevolg verbonden is (de verplichting uit het aanbod eerst in de persoon van de erfgenaam ontstaat).’ (Curs. BS)

Zeer interessant in deze is ook de ‘concept’ Memorie van Toelichting (totstandgekomen met medewerking van J. de Boer)<sup>33</sup> op het voorontwerp voor een nieuw Boek 4 (Erfrecht) voor de Nederlandse Antillen van 23 mei 2006, dat ontleend is aan ons nieuwe Boek 4, en waarbij uitgegaan wordt in ‘art.4:42’ van dezelfde tekst als ons art. 4:42 BW. De toelichtende woorden op het materiële vereiste spreken boekdelen:

‘De uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling in die zin, dat voor de geldigheid van de handeling de wilsverklaring van een persoon volgens de wet voldoende is. Ook als de erflater zelf zijn beschikking *afhankelijk* mocht hebben gesteld van de *wilsverklaring van een ander*, blijft de uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling in de hier bedoelde zin. Het typerende van de uiterste wilsbeschikking is dat zij eerst werkt na het overlijden van de gene die de rechtshandeling verricht; *vóór* het overlijden wordt tussen hem en de bij de uiterste wilsbeschikking bevoordeelde door de beschikking *geen enkele rechtsband* geschapen.’ (Curs. BS)

Gericht of ongerichte rechtshandeling maakt derhalve niet uit voor de materiële definitie van uiterste wilsbeschikking.<sup>34</sup> Het wezen is dat er tijdens leven nog geen enkele rechtsband bestaat tussen erflater en ‘bevoordeelde’, lees: aangewezen en ik voeg daar aan toe: ook geen enkele rechtsband *kan* ontstaan. Rechtsband tijdens leven en *vertrouwen* (in de executeur) zijn elkaars tegenpolen. Men zou zelfs kunnen stellen dat een rechtsband een motie van wantrouwen zou zijn. Overigens wil ik u ook niet onthouden de heldere ‘Antilliaanse’ concept-toelichting op de herroepelijkheid van de uiterste wil:

32 J.B. VEGTER, Boekbespreking FW.J.M. Schols, Quasi-erfrecht met bindende elementen, WPNR (2006) 6684, p. 733.

33. Zie Gr.VAN DER BURGH, Nieuw erfrecht in eigen koninkrijk, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), juli-augustus 2006, nr. 32, p. 11-15, alsmede FW.J.M. SCHOLS, Erfrechtelijk chillen op de Antillen, WPNR (2007) 6717, p. 591-597.

34. Aan de ene kant wijst KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 108 er op dat art. 4:42 BW slechts een louter materiele omschrijving van de uiterste wilsbeschikking geeft, terwijl aan de andere kant opgemerkt wordt dat duidelijk is dat de uiterste wilsbeschikking een niet-gerichte rechtshandeling is. Dit laatste wordt opgemerkt in het licht van de ‘nulliteiten’ en ziet waarschijnlijk op het maken van een uiterste wilsbeschikking, niet op de materiele kenmerken.

‘In de definitie is niet meer opgenomen, dat de erflater zijn verklaring herroepelijk moet hebben afgelegd. De herroepelijkheid is in het tweede lid tot een bijzondere voor testamenten geldende regel gemaakt. Mocht dus een erflater in zijn testament zijn beschikking voor onherroepelijk hebben verklaard, dan houdt de akte niet op een testament te zijn; de verklaring van onherroepelijkheid is echter als in strijd met het tweede lid van dit artikel nietig. [...]’

Voorts wil ik aandacht voor het volgende vragen. De beschouwingen die handelen over het gerichte dan wel ongerichte karakter van een uiterste wil richten zich in de regel (bewust dan wel onbewust) op het trio ‘erfstellingen, legaten en lasten’. In dit rijtje kan niet zonder meer ook de executeur worden geplaatst. Bij executele gaat het in materiële zin immers in beginsel niet om een ‘verkrijging’ oftewel het gaat om een rechtshandeling die, afgezien van de beloning, geen vermogensverschuiving<sup>35</sup> teweegbrengt. Executele betreft onder meer het ‘afleveren’ van de erfrechtelijke verkrijging. Dit vraagt dan ook een andere benadering dan de voor gemeld ‘trio’ gebaande paden. De wetgever heeft dan ook extra aandacht gehad in art. 4:143 BW voor de benoeming van een executeur als uiterste wilsbeschikking. Wat maakt die executele zo bijzonder? Dat is het feit dat het bijvoorbeeld niet gebruikelijk is om een erfstelling of een legaat uitgebreid met de gelukkige aspirant-verkrijger te bespreken. Hoe anders ligt dit met een aspirant-executeur. Het succes staat en valt vaak met een goede voorbespreking. Het is echter vanzelfsprekend geen verplichting om de executeur reeds tijdens het leven van de erflater van de benoeming in kennis te stellen. Wellicht is in het licht van de executele het begrippenpaar gericht of ongericht terminologisch ongelukkig. Het begrippenpaar: *mededelingsplichtige*<sup>36</sup> rechtshandeling en *niet-mededelingsplichtige* rechtshandeling zou wellicht duidelijker en toepasselijker zijn in deze.

Men mag de invulling van de opdracht ‘bespreken’ met de executeur, maar men is niet mededelingsplichtig. Daar komt het op neer. Het in de basis ‘geheime’ niet-mededelingsplichtige karakter van de uiterste wilsbeschikking staat met zoveel woorden in de wet en wel in art. 7:177 lid 2 BW dat handelt over de wijze van herroeping van een *schenkingsovereenkomst*. Dit kan eveneens geschieden: ‘bij een *uiterste wilsbeschikking* van de schenker *zonder mededeling* aan de begiftigde.’<sup>37</sup>

35. Ik realiseer mij dat dit bij een legaat met sublegaat (tegen inbreng) ook niet het geval hoeft te zijn, maar het is dan ook niet voor niets dat daarbij de analogie met koop snel naar boven komt. In ieder geval is bij een legaat de benadering anders. Bij een legaat ontstaan de verbin-tenissen op de overlijdensdatum ‘zonder dat een aanvaarding nodig is’, aldus art. 4:201 BW.

36. CAROLINE CAUFFMAN verwijst in haar dissertatie, De verbindende eenzijdige belofte (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 554, naar de Franse doctrine (J. MARTIN DE LA MOTTE, o.c. nr. 229 e.v., p. 214 e.v) en merkt op dat aldaar is geoordeeld dat de dwaling omtrent de persoon bij een rechtshandelingen enkel een rol kan spelen ten aanzien van het testament.

37. Tijdens het leven kan de herroeping geschieden ‘bij een tot de begiftigde gerichte verklaring’ Hierin kan men desgewenst de bevestiging lezen dat de formele plechtigheid als zodanig, het maken van een uiterste wilsbeschikking bij de notaris een ongerichte rechtshandeling is. Ik herhaal: uit het erfrechtelijke schouwspel bij de notaris mag men echter niet afleiden dat een gerichte rechtshandeling niet aan de kenmerken van een uiterste wil zou voldoen als bedoeld in art. 4:42 lid 1 BW en derhalve niet in een notarieel jasje gestoken zou dienen te worden. Het is een kwestie van ‘oorzaak en gevolg’.



Daarnaast is een nuancering op zijn plaats van executele ten opzichte van het legaat in die zin dat in art. 4:201 BW expliciet bepaald is dat een legaat wordt verkregen zonder dat een aanvaarding<sup>38</sup> nodig is. Hoe anders is dit weer bij een executele. In art. 4:143 BW is expliciet bepaald dat men executeur wordt door *aanvaarding* van zijn benoeming. In art. 4:145 BW is in het verlengde daarvan aangegeven dat de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen eindigt indien de executeur zijn benoeming niet aanvaardt. Weliswaar werkt de beschikkingsonbevoegdheid reeds op de overlijdensdatum, maar dit zou men kunnen zien als invulling geven aan de 'pre-(quasi)contractuele fase'. De executeur moet zich in alle vrijheid, zij het zonder te 'dralen', kunnen beraden of hij het door erflater gedane aanbod zal aanvaarden.

Indien een rechtshandeling op grond van art. 4:42 BW eenmaal het predikaat uiterste wilsbeschikking gekregen heeft, krijgt hij in de rechtsleer<sup>39</sup> tevens het technische predikaat ongericht. Met ongericht wordt slechts aangegeven dat een rechtshandeling al werking heeft zonder dat de aanvaarding een must is. Denk bij executele aan art. 4:145 BW. Ook al heeft de executeur het aanbod van erflater nog niet aanvaard, de erfgenamen zijn reeds beschikkingsonbevoegd op overlijdensdatum. De rechtshandeling zou, nu het element, gericht of ongericht, niet in de definitie van de wetgever te vinden is, feitelijk gericht maar in eerste instantie zelfs ook juridisch gericht mogen zijn. Indien de rechtshandeling aan de drie elementen van de definitie van art. 4:42 BW voldoet, grijpt de wetgever in en verleent hij het keurmerk: uiterste wil. Echter: erfrechtelijke noblesse oblige. De dwingende rechtsgevolgen van de materiële beschikking worden door het mechanisme van het gesloten stelsel ingevuld. De wetgever levert zelf het bewijs voor deze redenering en heeft, hoe toepasselijk, de sleutel tot de definitie uiterste wilsbeschikking 'verstopt' in art. 4:143 lid 1 BW eerste zin: 'Men wordt executeur door *aanvaarding* van zijn benoeming *na* het overlijden van erflater.'

Nogmaals: over gerichtheid of ongerichtheid wordt in de materiële omschrijving van de uiterste wilsbeschikking door de wetgever niet gerept. Anders gezegd: de code van art. 4:42 BW is te kraken via art. 4:143 BW. Dit is zeker niet vreemd en zelfs een voor de hand liggende plaats om het 'geheim' te bewaren als men bedenkt dat executele vele elementen uit het *overeenkomstenrecht* met zich draagt, waarover hierna meer. Art. 4:143 BW is dan ook de plaats waar de schreeuw naar materiële afbakening tussen uiterste wilsbeschikking en overeenkomst, het hardst te horen is.

Uit de parlementaire geschiedenis met betrekking tot executele blijkt mijns inziens dat de wetgever zijn eigen definitie niet zonder meer vertrouwde. Hoezo? In eerste instantie maakten, net als onder het oude erfrecht, de woorden (aanvaarding) '*na zijn overlijden*' geen deel uit van art. 4:143 BW. Pas in

38. Vanzelfsprekend kan nog verwerping plaatsvinden.

39. ASSER-HARTKAMP 4-II, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2005, nr. 81.

een latere fase van het wetgevingsproces,<sup>40</sup> zijn deze woorden toegevoegd met de mededeling:

‘hierin [...] ligt opgesloten dat men niet reeds tijdens het leven van de erflater kan aanvaarden.’

Blijkbaar had de door erflater verrichte rechtshandeling alle ingrediënten die nodig zijn voor de totstandkoming van een overeenkomst. Een gerichte eenzijdige rechtshandeling werd en wordt niet uitgesloten. Het nog *niet mogen (en kunnen) aanvaarden* en het daarmee nog niet laten werken van de rechtshandeling is de crux van de ‘definitie’ van uiterste wilsbeschikking van de wetgever. Het gaat mijns inziens, zoals aangegeven, niet om het feitelijk nog niet aanvaarden, maar om het nog niet *mogen (en kunnen) aanvaarden*.

Resumerend: zowel ongerichte als gerichte rechtshandelingen kunnen als uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 4:42 BW worden aangemerkt. Iets anders is dat als de rechtshandeling door de sluis van het vormvoorschrift voor de uiterste wil heen gegaan is, het *testeren als zodanig* in het licht van de ordening met het oog op het nulliteitenvraagstuk en het in de regel gewenste besloten karakter van de handeling, als een ongerichte rechtshandeling gezien wordt. De notaris neemt niet alleen het erfrechtelijk geheim in bewaring, maar zorgt ook zowel formeel als materieel voor de juiste vorm.<sup>41</sup> Men mag het echter niet omdraaien: de rechtshandeling is gericht gesteld en kan niet meer het karakter hebben van een uiterste wil. Nog anders gezegd: de rechtshandeling *hoeft* om werking te hebben de executeur niet te hebben bereikt, maar zou de executeur wel reeds bereikt kunnen hebben, zij het dat aanvaarding van de rechtshandeling in ieder geval pas na het overlijden van de testateur mogelijk is. Heel leerzaam is de navolgende door de minister in de parlementaire geschiedenis<sup>42</sup> gegeven toelichting, waaruit aan de ene kant blijkt dat een (in de basis) gerichte rechtshandeling (het aanbod) toch een uiterste wilsbeschikking is, die uiteindelijk (in resultaat) getransformeerd wordt tot een ongerichte rechtshandeling, in de zin dat er voor de aanvaarding reeds werking van uit kan gaan, zelfs voordat belanghebbende de beschikking heeft ‘bereikt’:

40. MvA, nr. 6, p. 98, Parl. Gesch. Vast., p. 841. De wijziging vond plaats bij het Gewijzigd Ontwerp van Wet, 3771, nr. 7. De Commissie Erfrecht, Rapport II, p. 205 heeft de ‘onzekerheid’ van de minister in de gaten en ‘daagt hem uit’ met de opmerking dat woorden ‘na het overlijden van de erflater’ kunnen vervallen. Volgens de definitie van de uiterste wilsbeschikking werkt immers de benoeming eerst na het overlijden, zo stelt de Commissie. In de Eerste Kamer wordt opgemerkt: ‘Aan een aanvaarding van het executeurschap tijdens het leven van de erflater zou ook zonder deze toevoeging geen waarde kunnen worden gehecht.’ Voorlopig Verslag I 3771, nr. 73a, p. 14, Parl. Gesch. Vast., p. 842. Boekdelen spreekt het venijnige antwoord van de minister: ‘Ondergetekende is het materieel volkomen eens met de commissie dat een dergelijke aanvaarding van het executeurschap niet mogelijk moet zijn. In tegenstelling tot de commissie geeft hij er echter de voorkeur aan dit dan ook te bepalen.’ MvA I 3771, nr. 133, p. 60, Parl. Gesch. Vast., p. 842.

41. De notaris is immers als geen ander bedacht op de ‘aanziugende’ werking van het erfrechtelijk gesloten stelsel.

42. Parl. Gesch. Boek 4 Inv., p. 251.

‘Bij de besproken uiterste wilsbeschikking doet zich iets anders voor. Daar legt de erflater aan een of meer andere personen, in casu zijn erfgenamen, een verplichting op die na zijn overlijden in hun persoon ontstaat en kent hij aan een bij die beschikking aangewezen persoon een met die verplichting corresponderend vorderingsrecht toe. Een verplichting namelijk om het goed voor een bepaalde prijs aan een aangewezen persoon te verschaffen, indien deze verklaart het aanbod te accepteren. Het ontstaan van deze verplichting na het opvallen van de nalatenschap kan niet worden voorkomen door een herroeping van het aanbod; niet meer door erflater omdat hij overleden is, en evenmin door zijn erfgenamen, noch voordat de aangewezen persoon zich in de hem toekomende bedenktijd over acceptatie heeft uitgesproken, noch zelfs voordat deze de beschikking heeft vernomen.’

Voor aanbod kan gelezen worden: het aanbod tot opdracht aan de executeur, met dien verstande dat de wetgever in art. 4:143 BW bij executele de klemtoon heeft gelegd op aanvaarding van de ‘opdracht’ door de executeur, alvorens voor de executeur en de erfgenamen verbintenissen uit de opdracht ontstaan. Steeds dient evenwel voor ogen gehouden te worden dat het initiatief voor deze rechtsverhouding bij *erflater* lag.

Gezien de aard van de vormvoorschriften rond het testeren (in beginsel ten kantore van de notaris achter gesloten deuren) en omwille van de ordening van deze ‘ongrijpbare’<sup>43</sup> handeling misstaat voor de benoeming van de executeur het predikaat ‘ongericht’ niet. In zoverre zou het discussiëren over gericht of ongericht een non-discussie kunnen zijn, zeker als het gaat om het zoeken naar de ware aard van executele. Wel dient mijns inziens vastgehouden te worden dat ook een, in beginsel (feitelijk dan wel juridisch) tot de executeur *gerichte*, rechtshandeling als uiterste wilbeschikking kan worden aangemerkt, hetgeen gevolgen heeft voor de geldigheid van de benoeming bij het niet naleven van de vormvoorschriften voor uiterste wilsbeschikkingen.

Het herroepelijk zijn van de uiterste wil en daarmee ook van de aanwijzing van de *vertrouwenspersoon* oftewel de benoeming van de executeur, vind ik, zoals aangegeven mede tot het wezen van de uiterste wil behoren, zij het als logisch gevolg. Het vertrouwen moet niet alleen (zonder mededelingsplicht) ‘verleend’ kunnen worden, doch ook zonder mededelingsplicht opgezegd kunnen worden. Zo ook de wetgever in art. 4:42 lid 2 BW. Cauffman<sup>44</sup> ziet met betrekking tot de herroepelijkheid terecht ook nog een temporeel aspect:

‘Bij een testamentaire beschikking is de mogelijkheid tot herroeping daarentegen principieel. Het verschil tussen verbindende eenzijdige beloften en testamentaire beschikkingen kan echter worden overbrugd wanneer men inziat dat de zogenaamde herroeping van een testament in feite betrekking heeft op de *periode* vooraleer het *uitwerking* heeft gekregen (d.i. het moment van overlijden

43 Zo zou men zich zelfs de vraag kunnen stellen in hoeverre de door de notaris in de vorm van een ongerichte rechtshandeling ‘verpakte’ testeerhandeling na overlijden van de erflater, na het openbaren van de uiterste wilsbeschikking oftewel het ‘uitpakken’ door de notaris eventueel (weer) de gedaante van een gerichte rechtshandeling aanneemt

44 CAROLINE CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 185.

van de erfflater) en in feite dus een intrekking vormt, dewelke ook bij een verbindende eenzijdige belofte mogelijk is.' (Curs. BS)

Dat de mogelijkheid tot herroeping mede tot het 'wezen' van een uiterste wilsbeschikking behoort, en met name van een executeurbenoeming, wordt in de Zwitserse literatuur<sup>45</sup> als zeer vanzelfsprekend ervaren:

'denn, da die Rechtfertigung des Auftrags an den Willensvollstreckers im Vertrauen des Erblassers zu ihm liegt, ist es ausgeschlossen, dass die Bezeichnung unwiderrufflich ist.' (Curs. BS)

Kort merk ik op dat, indien het aanbod om de toekomstige nalatenschap af te wikkelen of een soortgelijk aanbod wel voor het overlijden aanvaard zou kunnen worden, men zich dan ook nog de vraag zou moeten stellen hoe dit zich zou verhouden tot de in art. 4:4 BW opgenomen verboden om iemand te belemmeren in zijn erfrechtelijke vrijheden en om niet te mogen beschikken over nog niet opengevallen nalatenschappen. Zou 'de overeenkomst' niet de gehele nalatenschap of een evenredig deel daarvan betreffen, komt men aan het verbod van art. 4:4 lid 2 BW niet toe.<sup>46</sup> Art. 4:144 BW spreekt niet over de afwikkeling van de nalatenschap als zodanig, maar over het beheer van de goederen van de nalatenschap. Zou nietigheid voorkomen worden als erfflater 'enkele goederen' uitzondert van het betreffende beheer? Zou het ook nog uitmaken of erfflater spreekt van al mijn goederen minus één of bijvoorbeeld van al mijn registergoederen? Het lijkt er, gelet op de term 'streckende tot' en de geest van het onderscheid van erfstellingen en legaten, wel op. 'Alle minus één' lijkt niet goed te gaan (heeft de strekking van een erfstelling), maar al mijn registergoederen ('legaat') wel.

#### 4. De 'erfrechtelijke' onherroepelijke 'volmacht' verlening; trans- en postmortaal

De vraag naar de aard van de uiterste wilsbeschikking en de vraag naar de aard van executele kruisen elkaar ook op het terrein van het verlenen van een *onherroepelijke* volmacht die eerst *werkt* na het overlijden<sup>47</sup> van de volmacht-

45. PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht IV, 1, Erbrecht Erster Halbband, Basel und Stuttgart: Helbing en Lichtenhahn 1978, p. 153.

46. Zie hierover uitgebreid FW.J.M. SCHOLS, Quasi-erfrecht met bindende elementen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 66-80.

47. Indien een onherroepelijke volmacht deel uitmaakt van een overeenkomst dan komt men aan de vraag of er sprake is van een uiterste wilsbeschikking in beginsel niet toe ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004, nr. 22 wijst er op dat de Hoge Raad tot dusver nimmer beslist heeft dat de rechtshandeling van volmachtverlening eenzijdig kan plaatsvinden. Wel wordt opgemerkt: 'Maakt hij van de volmacht gebruik, dan kan dit tevens beschouwd worden als aanvaarding van de volmachtverlening.' Zie over de onherroepelijke volmacht ook de preadviezen van M.H. BREGSTEIN en A. PRAKKEN, ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen te Deventer 1950, alsmede B.C.M. WAAIJER, Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 113 e.v. In de praktijk worden onherroepelijke volmachten bijvoorbeeld opgenomen met het oog op de uitvoering van verblijvingsbedingen na overlijden of bij 'economische eigendomsoverdrachten'.

gever Ik spreek van volmacht, maar dat neemt niet weg dat als het gaat om verplichtingen die de gevolmachtigde op zich gaat nemen, de betreffende handeling wellicht als een aanbod tot het verlenen van een onherroepelijke *last* gezien kan worden, art 3 74 juncto art 7 422 lid 2 BW Wie 'lastgeving' in de mond neemt, ontkomt immers veelal niet aan het aspect van volmachtverlening Aangezien thans de interne rechtsverhouding tussen erflater (zijn rechtsopvolger) en executeur op de voorgrond staat, blijft het gebruik van de betreffende 'volmacht' in de relatie tot derden oftewel de vertegenwoordigingsbevoegdheid in deze fase in beginsel nog buiten beschouwing

De navolgende interessante passage uit de Duitse literatuur<sup>48</sup> geeft aan dat de juridische afstand tussen 'volmacht' en executele heel klein is

'Bestimmt der Erblasser eine Person, die nach seinem Töd die Stellung eines *unwiderrufbaren Bevollmächtigten* einnehmen soll, so liegt darin *sachlich* die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers Eine Testamentsvollstreckung zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Erbe sie nicht verhindern oder abkurzen kann, und der Erblasser im *Vorfeld* die volle Entscheidungsfreiheit hat' (Curs BS)

In de Nederlandse literatuur, en wel bij Asser-Perrick,<sup>49</sup> heet het

'Een eenzijdig verleende onherroepelijke volmacht die reeds *tijdens het leven* van de volmachtgever van kracht wordt, is niet aan de vorm van de uiterste wil onderworpen (Curs BS)'

Terecht De volmacht werkt niet *eerst* na het overlijden, doch '*transmortaal*' Wat te denken van de door Perrick aangestipte andere variant '*post mortem*' als verlengstuk van een 'testamentaire verdeling'?

'De erflater kan dan bij uiterste wil een onherroepelijke volmacht verlenen aan degene(n) aan wie de goederen zijn toegedeeld om deze goederen te leveren Een dergelijke beschikking wordt niet in Boek 4 geregeld en ook niet in de wet als uiterste wilsbeschikking aangemerkt'

De vraag naar eventuele nietigheid doemt op Is dit echter niet 'gewoon' het instellen van een 'afwikkelingsbewind'<sup>50</sup> Conversie is immers mogelijk Sterker nog, de mal van het 'gesloten stelsel' van uiterste wilsbeschikkingen dwingt daartoe Afhankelijk van de te verrichten handelingen is ook conversie van onherroepelijke volmachten<sup>51</sup> in executele mogelijk, zij het dat bij exe-

48 CHRISTIAN SCHILD, *Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt* (diss Regensburg), Aachen Shaker Verlag 1998, p 207

49 ASSER-PERRICK 6A, *Erfrecht en schenking*, Deventer Kluwer 2002, nr 110

50 Zelfs de privatieve werking kan er 'desnoods' ingelezen worden

51 TJ MELLEMA-KRANENBURG, *De onherroepelijke volmacht in een testament*, JBN 1999 nr 37, p 13 gaat ervan uit dat een onherroepelijke volmacht in een testament (om een leeg af te geven) kan worden opgenomen C A KRAAN, *Testament en onherroepelijk volmacht*, JBN 2001 nr 50, p 15-16 is van mening dat dit niet mogelijk is Ik ga er echter vanuit dat een dergelijke onherroepelijk volmacht onder het nieuwe erfrecht in beginsel geconverteerd zal worden in een 'executele' Kraan ook, zo lijkt het

cutele de *verplichtingen* (in het kader van de boedelafwikkeling) meer op de voorgrond zullen staan dan de bevoegdheden. In zoverre zal de volmachtverlening in een tussenstap, nog geconverteerd dienen te worden in een 'onherroepelijke last', althans een aanbod daartoe.

Dat het verlenen van een 'volmacht' en het benoemen van een executeur (met het recht tot 'inbezitting') op zijn minst in het verlengde van elkaar liggen, bleek ook uit het arrest van Hof Den Bosch van 31 januari 2006.<sup>52</sup>

'Met deze *inbezitting* zijn de in de vorige rechtsoverweging genoemde gebreken (er was geen volmacht resp. deze was geëindigd door de dood) geheeld' (Curs BS)

Volmacht (tijdens leven) aan en executele (na overlijden) ten behoeve van dezelfde persoon sloten derhalve 'geruisloos' op elkaar aan.

Op het gebruik van de 'volmacht' in relatie tot de bevoegdheid van de executeur kom ik in het onderdeel over de 'externe relatie' terug.

## 5. Overeenkomsten met een erfrechtelijke strekking; de 'quasi-legatenregeling'

Hiervoor hebben wij gezien dat een uiterste wilsbeschikking geen overeenkomst is en een overeenkomst geen uiterste wilsbeschikking. Het feit echter dat een overeenkomst geen uiterste wilsbeschikking kan zijn, wil overigens niet zeggen dat onder het nieuwe erfrecht geen rekening gehouden wordt met overeenkomsten die werking hebben bij dode. De beoefenaren van het erfrecht zijn namelijk geconfronteerd met een nieuw fenomeen, de zogenaamde '*quasi-legatenregeling*'.<sup>53</sup> Bepaalde *overeenkomsten* worden voor de toepassing van hetgeen in Boek 4 is bepaald betreffende inkorting en vermindering, aangemerkt als *legaten*.<sup>54</sup>

Het kunnen geen legaten zijn, omdat het overeenkomsten betreft. Vandaar dat men spreekt van quasi-legaten.

Een voorbeeld van een quasi-legaat vinden we in art. 4:126 lid 2 letter a BW:

'Een beding dat een goed van een der partijen onder opschortende voorwaarde of opschortende tijdsbepaling op een ander overgaat of kan overgaan, voor zover het beding wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort, wederkerigheid van het beding geldt niet als tegenprestatie.'

Voor 'beding' kunnen we lezen overeenkomst. Het meest sprekende voorbeeld van een quasi-legaat is het verblijfsbeding ten titel van kanscontract. Het erfrecht houdt de definitie van uiterste wilsbeschikkingen zuiver. De

<sup>52</sup> Hof Den Bosch 31 januari 2006, LJN AW2564

<sup>53</sup> Zie over de quasi-legatenregeling FWM J. SCHOLS, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

<sup>54</sup> Zie ook art. 4:7 lid 1 letter 1 BW.

streep wordt aan de ene kant getrokken bij de eenzijdigheid, terwijl aan de andere kant wel degelijk rekening gehouden wordt met overeenkomsten met een erfrechtelijke strekking. De 'twilight-zone' van het erfrecht.

Deze 'quasi-legatenregeling' deed bij mij de gedachte aan het spiegelbeeld hiervan oproepen. Een eenzijdige rechtshandeling met het karakter van een overeenkomst. Let wel: het wordt géén overeenkomst. Een uiterste wil blijft een eenzijdige rechtshandeling.<sup>55</sup> Dit benadruk ik hierna met de term 'quasi-overeenkomst'.

Meijers wees overigens in zijn 'Algemene begrippen'<sup>56</sup> in een andere context reeds op het bestaan van het fenomeen van 'quasi-rechtshandelingen'. Dit zijn volgens hem 'gedragingen, waarbij na een rechtmatige handeling een rechtsgevolg intreedt, niet omdat de handelende persoon dit gewild heeft, maar omdat het objektieve recht dit redelijk oordeelt'.

Een mooi voorbeeld van de toepassing van de gedachte achter de quasi-rechtshandeling is bijvoorbeeld ook de regeling van makingen onder een opschortende voorwaarde, waarop door de wetgever in art. 4:138 lid 2 BW de bepalingen van vruchtgebruik van titel 8 van Boek 3 BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard, zodat in dat verband ook gesproken wordt van een quasi-vruchtgebruiker en een quasi-bloot-eigenaar. Ook hier geldt: men verkrijgt niet het recht van vruchtgebruik, maar men past slechts de vruchtgebruikregels toe op de rechtsfiguur making onder voorwaarde.

## 6. Het spiegelbeeld: de 'quasi-overeenkomst'

### 6.1 Drie 'partijen', drie willen

Ondanks het feit dat een executeur benoemd wordt bij een eenzijdige rechtshandeling, een uiterste wilsbeschikking (element e, par. A.1), kan ik me niet losmaken van de gedachte dat er elementen aan een executeurbenoeming zitten die doen denken aan een overeenkomst. Een 'overeenkomst', waar drie 'partijen' of drie categorieën personen bij betrokken zijn: erflater, de erfgenamen, en de executeur.

Wie dogmatisch moeite heeft met het begrip 'partij' bij eenzijdige rechtshandelingen, leze: 'quasi-partij'.<sup>57</sup> In plaats van quasi-overeenkomst zou men ook kunnen spreken van een *erfrechtelijke verbintenis*. De bron van de verbintenis is niet de overeenkomst, doch het erfrecht. Een bron waar vele verbintenissen uit voort (kunnen) sprouiten en die zich ten onrechte in de algemeen

55. Zie W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 11.

56. E.M. MEIJERS, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden: Universitaire pers 1948, p. 295.

57. En als dat nog niet helpt, men leze art. 3:56 BW: 'Voor de toepassing van de artikelen 50-55 gelden mede als partij:

- a. in geval van *eenzijdige* tot een of meer bepaalde personen *gerichte* rechtshandelingen: die personen.
- b. in geval van *andere* rechtshandelingen: zij die onmiddellijk belanghebbenden zijn bij de instandhouding van die handeling.' (Curs. BS)

vermogensrechtelijke dogmatiek nog wel eens laat buitensluiten dan wel zich zelf buitensluit.<sup>58</sup>

Drie 'partijen', betekent feitelijk drie willen. Uiteindelijk zal dit, althans in juridische zin, één wil dienen te worden, de wil van erflater. Hij deelt immers de 'opdracht' uit, althans doet het aanbod daartoe. Een aanbod dat echter nog door de opdrachtnemer, te weten de executeur, aanvaard dient te worden, zij het pas, zoals gezien, na overlijden. Wellicht een aanbod tegen de zin van erfgenamen, doch daarmee krijgt een executeur ook bevoegdheden die hij tegen de wil van de erfgenamen kan uitoefenen, zelfs al is hij hun vertegenwoordiger.

De drie willen smelten desondanks uiteindelijk samen tot één wil, aangezien de wil van de executeur (lees: de erflater) uiteindelijk toegerekend wordt aan de erfgenamen. Ontbreekt de goede wil bij de erfgenamen, dan heeft de executeur in beginsel de mogelijkheid om tegen hun wil en indachtig de wil van erflater te opereren.

Terzijde merk ik op dat indien men het heeft over de 'wil' van de erflater, er mijns inziens ook van een wil uitgegaan kan worden als op de vererving het versterferrecht<sup>59</sup> van toepassing is. Ook dan zal een nalatenschap in de ogen van erflater zo soepel mogelijk afgewikkeld dienen te worden. En zelfs al verwijst een erflater in zijn benoeming slechts naar de wet of spreekt hij slechts van executeur zonder nadere invulling aan dit begrip te geven, dan nog is er sprake van een wil. Eenvoudshalve verklaart hij het standaardpakket op de afwikkeling van toepassing. Hij verwijst als het ware naar de 'gemiddelde' wil van de Nederlandse erfslaters. Ook al zijn de rechten en verplichtingen van de executeurs nader in de wet uitgewerkt, het vertrekpunt blijft de wil van *erflater*. Erflater roept in beginsel de bron waaruit de verbintenissen ontstaan (bij zijn overlijden) 'in het leven', de wetgever werkt ze (zo nodig) nader uit. Anders gezegd: erflater is de 'auteur'<sup>60</sup> van de rechtshandeling. Zeer sprekend vind ik in deze dan ook de Zwitserse benaming<sup>61</sup> voor de executeur. Niet Testamentsvollstrecker, doch 'Willens'vollstrecker.

Het devies voor de erfgenaam luidt: 'graag of niet'. De erfgenaam kan zich in beginsel slechts verzetten tegen de wil van erflater, en daarmee de wil van de executeur, door *verwerping*<sup>62</sup> van de nalatenschap.

58. Denk aan legaten, de legitieme portie, testamentaire lasten en andere wettelijke rechten. Ten onrechte worden de erfrechtelijke wetenschappers dan ook als een enclave binnen het algemene vermogensrecht gezien of zien zij zich (ten onrechte) zelf zo?

59. In de woorden van de wetgever: 'de benoeming van een of meer executeurs staat geheel ter discretie van de erflater.'; Parl. Gesch. Vast Boek 4, p. 844.

60. CAROLINE CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005: 'erflater of de auteur van de rechtshandeling.' Deze door haar gehanteerde term geeft mijns inziens perfect aan dat het vertrekpunt voor het ontstaan van de verbintenissen erflater is en niet de erfgenamen. Deze volgen erflater slechts op. Vergelijk art. 6:249 BW.

61. § 517 en 518 ZGB.

62. Aan de 'contantenverklaring' in de zin van art. 4:63 lid 3 BW wordt in beginsel niet toegekomen, omdat een verkrijging onder executele in beginsel geen inferieure verkrijging oplevert, art. 4:72 BW en 4:73 BW.



Resumerend: het invullen van de 'rechten en verplichtingen' van het aanbod tot opdracht gaat uit van erflater. Dit aanbod zal, om (onvoorwaardelijk) te kunnen 'werken', vervolgens *na* het overlijden van erflater, door de executeur aanvaard dienen te worden.

## 6.2 De 'oneigenlijke saisine' van Verstappen als 'handreiking'

Verstappen<sup>63</sup> ziet in zijn dissertatie het aanstellen van een executeur als een rechtsfiguur die ook kan worden beschouwd als een wijze van opvolging onder algemene titel. Hij wijst erop dat men weliswaar geen goederen of schulden verkrijgt, maar dat men wel opvolgt in een onbepaald aantal bevoegdheden ten aanzien van een onbepaald aantal goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen. Nu er geen opvolging is in een vermogen, doch in bevoegdheden, spreekt Verstappen van opvolging onder algemene titel in *oneigenlijke* zin. Dit vertaal ik voor de onderhavige problematiek als *erflater reikt de executeur de hand*' en zo men wil als 'le mort saisit l'exécuteur'.

Indien erflater een executeur benoemt, doet hij dit om, kort gezegd, de afwikkeling van zijn nalatenschap soepel te laten verlopen, en wel zodanig dat daarbij zo veel mogelijk rekening gehouden wordt met zijn wensen. Hij heeft daarbij een bepaalde vertrouwenspersoon in gedachte, de executeur. Een bepaalde persoon krijgt, zij het bij eenzijdige rechtshandeling, de opdracht om de nalatenschap af te wikkelen. Ik gebruik het woord opdracht hier nog als in het spraakgebruik,<sup>64</sup> zonder al te zware juridische lading. Aangezien het slechts om een eenzijdige rechtshandeling gaat, is het beter om te spreken van een aanbod tot opdracht. De opdracht dient om te kunnen werken immers nog aanvaard te worden.

Terug naar de 'oneigenlijke saisine' van Verstappen. Ten aanzien van de overgang van bevoegdheden zou ik nog een tussenstap willen maken. Het aanbod gaat van de erflater van rechtswege over op zijn erfgenamen. Zij hebben de nalatenschap van erflater aanvaard. Zij zijn verplicht<sup>65</sup> de opdracht van erflater door te geven aan de executeur, de vertrouwensman van erflater. Deze dient de opdracht echter nog te aanvaarden. Na aanvaarding van de opdracht is de cirkel rond. Uiteindelijk worden de drie willen, één wil en zit men in het ideaalmodel op één lijn. De wil van erflater wordt (met de 'echte' saisine) de wil van de erfgenaam, de wil van erflater wordt de wil van de executeur (met de *quasi-saisine*) en de wil van de executeur wordt desnoods met de 'harde hand' (van de vertegenwoordiger) de wil van de erfgenaam. Het geheel zie ik, zoals hiervoor aangegeven, als een 'quasi-overeenkomst' tussen erflater en executeur met de erfgenaam in de hoedanigheid van partij als rechtsoptvolger. De *quasi-saisine* is het gevolg van de *quasi-overeenkomst*.

63. L.C.A. VERSTAPPEN, *Opvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996, p. 79.

64. In ASSER/KORTMANN/DE LEEDE/THUNNISSEN, *Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle. W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 28 lees ik dat de term 'opdracht' aansluit bij het spraakgebruik in de sfeer van de dienstverlening en uitmunt in beknoptheid.

65. Ook 'verplicht' in de zin dat als ze de nalatenschap verwerpen met een beroep op de legitieme als bedoeld in art. 4:63 lid 3 BW ('contantenverklaring'), hun verkrijging geïmputeerd wordt. Alleen al om als legitimaris 'nog iets te krijgen' zullen zij waarschijnlijk meewerken aan het 'doorgeven' van het aanbod.

De beheersbevoegdheden van erflater gaan over op de executeur zonder dat er een 'levering' vereist is. Aanvaarding van het erfrechtelijk aanbod door de executeur is voldoende. Bevoegdheden worden als het ware afgesplitst van de eigendom. Deze komt immers door de (echte) saisine bij de erfgenamen terecht.

De quasi-overeenkomstgedachte zou men zelfs kunnen zien als een spiegelbeeld van een ander nieuw erfrechtelijk fenomeen, de *'quasi-legatenregeling'*.

Eenzelfde 'overeenkomst'gedachte leefde reeds bij Küller,<sup>66</sup> toen hij meer dan honderd jaar geleden over executele schreef:

'Men moet dan de executele beschouwen als is het quasi een *contract*, maar dat op zichzelf staat en niet met een ander quasi contract gelijk kan worden gesteld. Het staat naast mandaat op dezelfde wijze als legaat staat naast schenking. Zoals het legaat als het ware is eene schenking krachtens het testament: de erfgenaam heeft het legaat en de executele te erkennen, omdat zij bij het testament zijn bevolen.' (Curs. BS)

Van groot belang is overigens zich bij de combinatie erfrecht en (quasi)-overeenkomst steeds te realiseren dat het erfrecht van 1838 niet van meet af aan (in 1992) in optima forma echt heeft kunnen profiteren van de mooie gelaagde structuur van ons nieuw vermogensrecht. Het heeft immers nog tot 2003 geduurd totdat de voordeuren van Boek 4 in volle omvang opengezet zijn voor de nieuwe frisse, met name verbintenisrechtelijke geestverwante, wind. Met de aanpassingswetgeving NBW stonden zij slechts op een kier.

Klassieke rechtsfiguren als bijvoorbeeld een fidei-commis, de ouderlijke boedelverdeling en curatoren van onbeheerde nalatenschappen waren destijds (in 1992) nu eenmaal nog moeilijk in te passen in de nieuwe 'lagen'. Thans ligt dit voor voorwaardelijke makingen, de wettelijke verdeling, executeurs en vereffenaars vanzelfsprekend veel eenvoudiger. Er is meer licht en een frisse wind in het stoffige erfrechtelijke huis gekomen.

### 6.3 *De 'verbindende eenzijdige belofte' van Cauffman*

Wie sterk hangt aan het klassieke onderscheid eenzijdige rechtshandelingen en meerzijdige rechtshandelingen, leze de reeds aangestipte Europees privaatrechtelijke dissertatie van Caroline Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte*, of de rechtsvergelijkende beschouwingen over het 'Unilateral Contract',<sup>67</sup> van Cornelia Wendel.

66. A. A. KÜLLER, *De uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen*, Aantekeningen op artt. 1052 en 1065 BW, (diss. Leiden), P. Somerwil 1882, p. 23.

67. CORNELIA WENDEL, *Der Unilateral Contract, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen dem englischen und US-amerikanischen Recht und dem deutschen Recht* (diss. Passau 2003), Frankfurt am Main: Peter Lang 2005. Een 'Unilateral Contract' is, aldus de samenvatting op de achterzijde van het boek (vgl. p. 269-272): 'ein spezielles Rechtsinstitut des englischen und US-amerikanischen Rechts: Er ist ein zweiseitiger Vertrag über einen Leistungsaustausch, bei dem sich nur eine der Parteien zur Leistung verpflichtet. Damit scheint er weder in die vertragsrechtliche Dogmatik noch in den Rechtsalltag zu passen.' Zie voor het Nederlandse recht de bijzondere wijze van totstandkoming van de overeenkomst van schenking in art. 7:175 lid 2 BW.

Het recht is nu eenmaal niet zwart-wit en zeker niet (meer) in het 'redelijkheids- en billijkheidsmillennium'. Zo hamert Schoordijk,<sup>68</sup> in een andere context, bijvoorbeeld op het feit dat de grenzen tussen het contractuele en het buitencontractuele denken (anders dan de klassieke rechtsleer gewend is) niet te scherp getrokken dienen te worden. Hij geeft hierbij het (in het licht van aansprakelijkheid) sprekende voorbeeld van iemand die in een winkel over een bananenschil uitglijdt.

Terug naar de 'quasi-overeenkomstgedachte'. Steun hiervoor vind ik (vanuit het Zuiden) ook bij Cauffman<sup>69</sup> als ik lees:

'Er zijn immers niet-mededelingsplichtige rechtshandelingen die eenzijdig zijn wat betreft hun *totstandkoming* en meerzijdig wat betreft hun *gevolgen*.

Hiermee bedoelt men dat een individu soms de bevoegdheid heeft om door een eenzijdige rechtshandeling in te grijpen in de rechtssfeer van een ander. Dit zou het geval zijn voor het testament. Door zijn eenzijdige wilsuiting gecombineerd met de wet draagt de testator vanaf zijn overlijden een aantal rechten en verplichtingen over op de legataris.'

Hiervoor zou men *mutatis mutandis* kunnen lezen de executeurbenoeming. Deze is weliswaar een eenzijdige rechtshandeling wat de *totstandkoming* betreft, doch wat betreft de daaruit voortvloeiende verbintenissen meerzijdig. Zo kan uit een door erflater gestelde *eenzijdige* rechtshandeling een meerzijdige erfrechtelijke verbintenis voortvloeien. Indien een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst van opdracht wordt aanvaard vlak vóór het overlijden van erflater (en zelfs met toepassing van art. 6:222 BW vlak na het overlijden) is er sprake van 'echte' verbintenissen uit wederkerige overeenkomst. Waarom zouden de betreffende regels niet ook op de eenzijdige rechtshandeling met 'meerzijdige' verbintenissen van toepassing zijn? Hoogstens verdient de positie van de schuldeisers rondom de nalatenschap extra aandacht. Dit laatste doet echter niet af aan de interne aard van de opdracht. Het feit dat het moment waarop de binding ontstaat na het overlijden van de erflater gelegen is, staat er niet aan in de weg op de ontstane rechtsverhouding de regels toe te passen, die toepasselijk geweest zouden (kunnen) zijn als de rechtsverhouding nog tijdens het leven van de erflater totstandgekomen was. Dat erflater nog niet gebonden is, hangt samen met het feit dat de relatie tussen erflater en executeur er een is die op vertrouwen gebaseerd is. Juridische binding verdraagt zich in beginsel niet met het 'vertrouwen mortis causa'.

68. H.C.F. SCHOORDIJK, WPNR (2006) 6673, p. 526. 'Vroeger' zou men op een tentamen burgerlijk recht hier wellicht een 'zware' onvoldoende voor krijgen. Thans heet dit, denk ik: 'briljant.' H.C.F. SCHOORDIJK, WPNR (2006) 6654, p. 133 legt de vinger op de zere plek als hij de sprekende vraag stelt: 'Mogen wij de bronnen van verbintenissen zo gescheiden denken als tot dusverre geschiedt?' Anders gezegd en toegespitst op de onderhavige problematiek: 'Wat is het verschil tussen de bron verbintenis uit overeenkomst en de erfrechtelijke verbintenis "quasi-overeenkomst?" Het enkele feit dat de verbintenis op een later moment (na het overlijden) tot standkomt verandert de spelregels als zodanig toch niet?'

69. CAROLINE CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 554.

Interessant is ook de door de wetgever<sup>70</sup> met betrekking tot legaten tegen inbreng geventileerde gedachte, die eveneens naadloos past in de gedachte van het erfrecht als bron van verbintenissen:

'Anders ligt het in het geval, dat artikel 5a beoogt te regelen. Door het legaat ontstaat een verbintenisrechtelijke verhouding, welke op één lijn moet worden gezien met de verbintenisrechtelijke verhouding, die uit een overeenkomst ontstaat. Met het oog op het contractenrecht wordt artikel 6.5.3.11 voorgesteld, waarvan de regeling in artikel 5a met het oog op de daarin geregelde materie wordt herhaald. Er zij op gewezen dat artikel 6.5.3.11 *het begin kan vormen van een rechtsontwikkeling, welke zich thans niet laat voorzien* (Curs. BS).'

Vooral de laatste zin nodigt uit om op het gekozen pad door te gaan. De 'erfrechtelijke verbintenis': een rechtsontwikkeling die zich thans niet laat voorzien?

#### 6.4 De vereenvoudigde overeenkomst-constructie

Als spiegelbeeld van de quasi-overeenkomstgedachte, kan ook als ingrediënt gebruikt worden om de grenzen tussen eenzijdige rechthandelingen en overeenkomsten enigszins te doen vervagen, het door Asser-Hartkamp<sup>71</sup> als 'vereenvoudigde overeenkomst-constructie' aangeduide fenomeen. Hij verwijst hiervoor naar art. 6:160 lid 2 BW, waarin neergelegd is dat een 'kwijtschelding' als aanvaard geldt, wanneer de schuldenaar van het aanbod heeft kennisgenomen en het niet onverwijld heeft afgewezen. Dezelfde systematiek vindt men in art. 7:175 lid 2 BW voor de schenking en in art. 6:5 lid 2 BW voor de omzetting van een natuurlijke verbintenis.

Cauffman<sup>72</sup> wijst er op dat 'merkwaardigerwijs' het Nederlandse art. 7:175 BW 'door bepaalde auteurs' is aangegrepen om erop te wijzen dat het NBW geen verbindende kracht toekent aan eenzijdige beloften en zich integendeel verzet tegen de gedachte dat iemand een recht kan worden opgedrongen. Zij is van mening dat men het NBW niet te letterlijk ('formele lectuur') moet nemen maar voldoende aandacht moet hebben voor hetgeen er feitelijk gebeurt. Een gedachte die mij niet alleen aanspreekt, doch ook noodzakelijk is voor een zo juist mogelijke rechtsvinding. In ieder geval blijkt na bestudering van een bepaling als art. 7:175 BW weer, en in de ogen van Cauffman blijkbaar zonder dat wij het ons steeds realiseren, dat het onderscheid eenzijdige en meerzijdige rechtshandeling onder omstandigheden flinterdun is. Wat mij betreft is er dan ook genoeg reden om, al is het maar ter verbreding van het inzicht en kruisbestuiving met de andere Boeken van ons BW, indachtig art. 6:1 BW, bij executele, maar ook bij legaten, de legitieme portie en andere wettelijke rechten, niet alleen te spreken van, maar ook te denken in termen van *erfrechtelijke verbintenissen*.

70. Parl. Gesch Vast. Boek 4, p.772. Het betreft de toelichting op art. 4:123 BW. Een bepaling over de toepassing van de 'maatstaven van redelijkheid en billijkheid'

71. ASSER-HARTKAMP 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005, nr. 83.

72. CAROLINE CAUFFMAN, De verbindende eenzijdige belofte (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 187.

Wat de herroepelijkheid van een uiterste wil betreft en de overeenkomstgedachte maak ik de kanttekening, dat herroepelijkheid en overeenkomst elkaar niet uitsluiten. Ook een overeenkomst kan herroepelijk zijn. Zie bijvoorbeeld art. 7:177 lid 2 BW.

Thans wil ik tot een nadere invulling komen van de 'quasi-overeenkomst'. Wat is de aard van de overeenkomst? Ik gebruikte hierboven reeds de term opdracht, zij het, zoals gezegd, nog ontdaan van de juridische lading. Een juridische lading die wel in Boek 7 titel 7 BW aan het begrip opdracht wordt gegeven. Dat het niet vreemd is om Boek 7 titel 7 BW open te slaan, geeft onder meer het hiervoor in par. A.1 vermelde element a. (wettelijke opdracht) aan.

De wetgever spreekt van 'opgedragen' en van de 'taak' van de executeur. Hoe luidt de definitie van opdracht in art. 7:400 BW?

## 6.5 Definitie opdracht

De overeenkomst van opdracht is:

'de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.'

Duidelijk. Centraal staat het begrip '*werkzaamheden*'.<sup>73</sup> Dit kunnen zowel *feitelijke* werkzaamheden zijn als *rechtshandelingen*. Indien de hoofdmoot van de opdracht bestaat uit het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de opdrachtgever, dan is de overeenkomst aan te merken als een *gekwalificeerde* opdracht.<sup>74</sup> Deze gekwalificeerde opdracht heet '*lastgeving*' en is geregeld in afdeling 2 van titel 7. Op de overeenkomst van lastgeving zijn ook de algemene bepalingen van opdracht van toepassing.<sup>75</sup> Voor werkzaamheden kan eenvoudig gelezen worden de *afwikkeling* van een *nalatenschap*.

Indien ik terugkijk naar de hiervoor in par. A.1 geselecteerde elementen uit de wettelijke regeling van executele, verdient bijzondere aandacht dat element b. uitgaat van de executeur als *vertegenwoordiger* van de erfgenamen. Ook dit sluit aan. Het element vertegenwoordiging zou de opdracht kunnen kwalificeren tot lastgeving. Let wel: 'quasi-lastgeving'.

Wat zegt de wet over lastgeving?

73. Zie ook art. 4:142 lid 2 BW.

74. ASSER/KORTMANN/DE LEEDE/THUNNISSEN 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 98.

75. ASSER/KORTMANN/DE LEEDE/THUNNISSEN 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 37.

## 6.6 Definitie lastgeving

De overeenkomst van lastgeving wordt in art. 7:414 BW omschreven als:

‘de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten.’

Er zijn drie begrippen op de voorgrond te plaatsen: opdracht, voor rekening van, en rechtshandelingen.

Een executeur heeft blijkens het hiervoor aangestipte element a. een opdracht. Zij het een quasi-opdracht, aangezien het om een eenzijdige rechtshandeling (element e.) gaat die ik onder verwijzing naar de ‘oneigenlijke saisine’ als quasi-overeenkomst kwalificeer.

Voorts verricht een executeur rechtshandelingen, bijvoorbeeld het te gelde maken van nalatenschapsgoederen op grond van art. 4:147 BW. Dit te gelde maken geschiedt als vertegenwoordiger van de erfgenamen en derhalve voor rekening van de erfgenamen.

Een executeur verricht vanzelfsprekend niet alleen maar rechtshandelingen, doch ook feitelijke handelingen, zoals het opruimen van het sterfhuis. Voor het verrichten van feitelijke handelingen door de executeur kan worden teruggevallen op de ‘generalis’ opdracht.

## 7. De lakmoesproef van W. Sniijders als bewijs (de ‘quasi-executeur’)

Voor zover er nog twijfels mochten bestaan over de ‘quasi-overeenkomst’gedachte zijn deze met de WPNR-publicatie<sup>76</sup> van een van de belangrijkste ‘geestelijke vaders’ van ons NBW, W. Sniijders, geheel weggenomen, althans in ieder geval bij mij. Wat was het geval? In het door hem besproken preadvies van de KNB (2003) van de hand van Verstappen, p.138 wordt de situatie beschreven dat een erflater onder nieuw erfrecht een executeur bij codicil benoemt. Een gebrek dat volgens Sniijders niet te helen is. Niet met een vaststellingsovereenkomst, maar ook niet door een notariële akte van de erfgenamen vanwege het bepaalde in art. 4:42 lid 3 BW.

Sniijders gaat ‘op zoek’ en bekijkt op welke wijze de erfgenamen de fout van *erflater* (nietig codicil) nog *contractueel* zouden kunnen repareren. Ook hij hanteert hierbij als het ware een spiegelbeeldbenadering.<sup>77</sup> Vaststellingsovereenkomst en notariële akte zijn helemaal niet nodig. Sniijders wijst een eenvoudiger weg:

76. W. SNIJDEERS, Bekrchtiging en aanverwante rechtsfiguren, WPNR (2003) 6547, p.706. Onduidelijke bepalingen kunnen wel in een bij notariële akte aangegane vaststellingsovereenkomst nader ingevuld worden.

77. Hiermee bedoel ik dat net zoals een overeenkomst erfrechtelijke aspecten kan hebben (‘quasi-legaten’), een eenzijdige rechtshandeling contractuele aspecten kan hebben (‘quasi-overeenkomst’). De term *quasi-executeur* spreekt in deze wat mij betreft in ieder geval boekdelen.

'De erfgenamen kunnen m.i. *contractueel* aan de executeur *dezelfde* bevoegdheden geven als voor hem zouden zijn voortgevloeid uit de art. 4:142-152. Men kan m.i. rechtsgeldig bedingen dat deze bepalingen tussen erfgenamen en *quasi-executeur* van toepassing zullen zijn. De art. 3:168 en 7:414-424 BW bieden daarvoor m.i. voldoende armslag.' (Curs. BS)

## Prachtig.

Indien men met (*privatieve*) lastgeving (art. 7:414-424 BW) een executeur kan boetseren, zij het met de benaming 'quasi-executeur', dan zou bij een 'echte' rechtsgeldige executeurbenoeming toch ook de gedachte aan een 'quasi-overeenkomst' kunnen en moeten opkomen? Sniijders gaat zelfs zo ver dat hij in de betreffende overeenkomst van lastgeving rechtstreeks 'verwijst' naar 'afdeling 6 titel 5' oftewel de artikelen 4:142 tot en met 4:152 BW. Anders gezegd: executele is een 'quasi-overeenkomst' en met de overeenkomst van lastgeving maakt men desgewenst een '*quasi-executeur*'.<sup>78</sup>

Mijns inziens 'verklapt' de oud vice-president van de Hoge Raad hier bewust of onbewust een van de erfrechtelijke geheimen van het NBW.<sup>79</sup> In ieder geval is duidelijk dat de zoektocht naar de aard van executele nog niet op een dood spoor gekomen is. Wat betreft de interne werking van de aard is daar de gedachte aan opdracht en lastgeving en wat betreft de externe aspecten lonkt de *privatieve* werking van de last, waar buitenlandse executeurs en rechtsgeleerden, indachtig de Theorienstreit, met argusogen naar zullen kijken. Wel dient meteen geconstateerd te worden dat deze mooie rechtsfiguur met elementen van het Anglo-amerikaanse undisclosed agency-denken in de algemeen vermogensrechtelijke doctrine tot nu toe een (hele) 'slechte pers'<sup>80</sup> heeft gekregen. Zou deze rechtsfiguur het erfrechtelijk beter gaan doen en, door andere erfrechtelijke invalshoeken, tot nieuwe inzichten doen komen?

Voorts merk ik op dat in de 'andere' door Sniijders aangestipte regeling, te weten art. 3:168 BW verwezen wordt naar de bepalingen over testamentair *be-wind*. Ook dit biedt perspectieven. Deze zullen behandeld worden in het onderdeel waar de goederenrechtelijke aspecten van executele voor het voetlicht gebracht zullen worden, te weten in Hfdst. II.B.

Een andere gedachte die opkomt is, dat Sniijders hier, in weerwil van de 'Nij-meegse school',<sup>81</sup> wellicht aansluiting zoekt bij de revolutionaire gedachte

78. Let wel: in dat geval geldt de helende werking van art. 3:77 BW niet. Erflater herleeft dan niet met alle gevolgen van dien. Hij is dan niet meer de auteur van de rechtshandeling.

79. En wellicht indirect een van de geheimen van een belangrijk leerstuk van ons algemene vermogensrecht: de vertegenwoordiging.

80. De 'slechte pers' wordt met name veroorzaakt door het eindigen van de last ingeval van faillissement van de lastgever en door de vraag of het een vreemde eend in de bijt is, dan wel of deze rechtsfiguur 'dogmatisch voortreffelijk' is. Zie onder meer DW. AERTSEN, *De trust, Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 128-130. De vraag is echter of dit ook speelt bij executele. Interessant is in ieder geval dat deze rechtsfiguur in de parlementaire geschiedenis als een alternatief voor de trust is genoemd, MvT, 23 027, nr. 3, p. 6.

81 A-G VERKADE spreekt in zijn conclusie bij het ProCall-arrest, HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 van 'S.C.J.J. Kortmann en zijn leerlingen.'

van Schoordijk dat een privaat lasthebber (net als de executeur) 'onmiddellijk' zou kunnen vertegenwoordigen. Op deze vraag zal, gezien de aard van de kwestie, ingegaan worden in het onderdeel over de externe (verbintenisrechtelijke) relatie met derden.

Tot slot vermeld ik dat met de gedachten van Sniijders indirect ook de privaatieve lastgeving uit het 'kwade daglicht' wordt gehaald, waarin deze door de rechtsleer is geplaast, dan wel uit dit daglicht zou kunnen worden gehaald. In de erfrechtelijke notariële praktijk wordt bij mijn weten de rechtsfiguur 'privaatieve lastgeving' als ingrediënt voor het creëren van een 'quasi-executele' (nog) niet gebruikt. Ook Verstappen betreurt in gemeld preadvies het ontbreken van de privaatieve werking van een volmacht, maar grijpt niet naar het instituut privaatieve last.

## 8. De 'oude' handboeken in de 'rebound'. Een gemiste kans?

Het nieuwe erfrecht was in de 'nieuwe drukken' van de klassieke drie erfrechtelijke handboeken<sup>82</sup> geen aanleiding voor de klassieke doctrine om de ingenomen standpunten met betrekking tot de aard van executele te wijzigen.

Wat de gedachte van toepassing van het beginsel van *lastgeving* op executele betreft, hebben we in het begin van dit hoofdstuk gezien, bij de behandeling van de doctrine onder het oude erfrecht, dat schrijvers zoals Luijten moeite hadden met deze gedachte en dit dan ook stellig afwezen. Een van de redenen was dat de functie niet gebaseerd was op een overeenkomst. Dit is mijns inziens op te lossen met de 'quasi-lastgevingsgedachte', zoals hierboven behandeld. Het feit dat een der partijen is overleden maakt de aard van de rechtsfiguur en de daaraan verbonden 'spelregels' als zodanig niet anders. Het *moment* waarop en de persoon waarbij de binding ontstaat, maakt de verbintenissen die daaruit voortspuiten ook niet anders. De ware aard van de genus kan intact blijven. Dit heeft alleen consequenties voor de vormvoorschriften of ruimer geformuleerd: de verbintenissen worden gegrepen door de specieswerking van het erfrechtelijk gesloten stelsel. Gesloten wil echter niet zeggen dat er geen aanvulling meer mogelijk is op grond van de regels van de genus.<sup>83</sup> In een speciesregeling is immers veelal alleen het hoognodige geregeld. Voorts bestaan er ook in een gesloten stelsel in de wet allerlei 'ten-zij-tjes' waarmee aangegeven wordt dat testamentair maatwerk mogelijk is.

Een ander probleem volgens Luijten was dat een erfgenaam de opdracht van de executeur niet kon herroepen en derhalve nooit sprake zou kunnen zijn van lastgeving. Dit 'probleem' is echter met de invoering van het 'nieuw'

82. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en Schenking, Deventer: Kluwer 2005, nrs. 506-533, KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: 2002, nrs. 342-391, PITLO/VAN DER BURGHT, EBBEN, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2004, nrs. 431-444.

83. De wettelijke regeling geeft niet het antwoord op 'alle' vragen. Indien de species zwijgt, is het moment aangebroken dat men gebruik maakt van de 'ware aard' van een rechtsfiguur.



Burgerlijk Wetboek geen probleem meer, aangezien blijkens art. 7:422 lid 2 BW de last 'onherroepelijk' kan worden gemaakt.<sup>84</sup>

Ook Van der Burght en Perrick wezen, zoals gezien in het begin van dit hoofdstuk op de herroepelijkheid van de lastgeving als reden dat lastgeving niet aanwezig zou zijn. Perrick wees, zoals gezien, ook op het ontbreken van het privatieve karakter van onherroepelijke volmacht. Ook dit is met het beginsel van privatieve lastgeving ondervangen, aldus art. 7:423 BW.

## 9. De gouden erfrechtelijke regel staat in art. 3:77 BW

Een (erfrechtelijke) bepaling waar zowel in de erfrechtelijke literatuur<sup>85</sup> als in de vertegenwoordigingsdoctrine relatief weinig aandacht aan besteed wordt, en die voor de bepaling van de aard van executele niet over het hoofd gezien mag worden, is art. 3:77 BW. Ondanks dat deze bepaling qua uitwerking vooral betekenis heeft in de relatie tot derden, kleeft aan deze bepaling ook een intern aspect (het aanbod tot of de verlening) zodat ik hem in deze fase van het onderzoek reeds onder de aandacht wil brengen.

In het voorgaande heb ik steeds de nadruk gelegd op het feit dat de 'erfrechtelijke verbintenissen' in haar gevolgen weliswaar de erfgenamen treft, doch dat de erflater de auteur van de rechtshandeling 'uiterste wilsbeschikking' is. De bron van alle uit de executele voortspruitende verbintenissen ontspringt bij erflater. Met dit uitgangspunt in het achterhoofd spreekt de tekst van de bepaling voor zich:

84. Daar komt bij dat de erfgenamen onder omstandigheden het beheer van de executeur kunnen beëindigen, art. 4:150 lid 2 BW.

85. De bepaling is wel gesignaleerd, doch bij mijn weten nog niet in de betekenis van een erfrechtelijk beginsel dat het denken over executele verder kan ontwikkelen. Zie voor aandacht voor de bepaling in de erfrechtelijke literatuur bijvoorbeeld ASSER-PERRICK 6A, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, noot 147, waar ik lees: 'Deze fictie is overbodig [...]' en W.D. KOLKMAN, Schulden der nalatenschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 11 die zich laat ontvallen 'Bijzonder [...]'. L.C.A. VERSTAPPEN, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 459 stipt de bepaling aan in zijn paragraaf 'Overgang vermogen' in het licht van beneficiaire aanvaarding. In het vertegenwoordigingsrecht wordt de bepaling kort behandeld in ASSER-VAN DER GRINTEN I, De Vertegenwoordiging, Zwolle. W.E.J. Tjeenk Wilink 1990, nr. 69 en ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004, nr. 67. Wij mogen overigens nooit vergeten dat het erfrecht voor het NBW-tijdperk nog niet gezegd was met een dergelijke bepaling die erflater bij wijze van fictie voor het vermogensrecht 'in leven laat'. Ook in het Groene boek van Meijers kwam de bepaling niet voor. In de Memorie van Antwoord, Parl. Gesch. Boek 3, p. 303 werd de komst als volgt toegelicht: '[...] is het redelijk dat de rechten en verplichtingen die krachtens een *door de erflater verleende volmacht na diens overlijden in het leven worden geroepen*, aangemerkt worden als *goederen en schulden* der nalatenschap. Erfgenamen kunnen dus, door aanvaarding van de nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving, voorkomen dat zij schulden die een gevolmachtigde van de erflater na diens dood aangaat, ten laste van hun privé-vermogen zouden moeten voldoen.' (Curs. BS) De bepaling heeft derhalve niet alleen effect aan de passiefzijde van de nalatenschap, doch ook aan de actiefzijde. Kortom, erflater leeft voort in de persoon van zijn vertrouwenspersoon de executeur en wel op basis van een erfrechtelijk vertegenwoordigingsbeginsel.

‘Wordt *ondanks de dood* van de volmachtgever krachtens de volmacht een geldige rechtshandeling verricht, dan worden de erfgenamen van de volmachtgever en de wederpartij gebonden *alsof de handeling bij het leven van de volmachtgever was verricht.*’ (Curs. BS)

Ik herschrijf met ‘toestemming’ van de wetgever deze belangrijke erfrechtelijke regel. De minister heeft ons immers opgeroepen<sup>86</sup> om, ook voor executeurs, de grenzen van de analogie op te zoeken met betrekking tot Titel 3.3:

‘Wordt *na het overlijden van erflater* krachtens de *executele* door de *executeur* een geldige rechtshandeling verricht, dan worden de erfgenamen van erflater gebonden *alsof de handeling bij het leven van de erflater was verricht.*’ (Curs. BS)

Een gouden erfrechtelijke regel die niet alleen inzichtelijk maakt dat men het handelen van erflater tot uitgangspunt moet nemen bij beantwoording van de vraag wie de opdrachtnemer is en wie derhalve de ‘instructies’ geeft aan de executeur, maar ook een regel waar voor tal van vraagstukken rondom executele een reflexwerking van uit kan gaan, als die al niet ‘rechtstreeks’ van toepassing is. Ik laat in deze fase nog in het midden of deze regel altijd onverkort van toepassing is op executele, maar de bepaling behelst in ieder geval een gedachte die wij ook bij executele terugzien en in zoverre het denkproces over de aard van executele bevordert. De woorden ‘na het overlijden van erflater’ lijken op het eerste gezicht (in de herschreven tekst) overbodig, maar zijn met dezelfde filosofie opgenomen als de woorden ‘na het overlijden van erflater’ in art. 4:143 BW, waarbij hiervoor uitgebreid is stilgestaan. Baat het niet, dan schaadt het niet was immers de gedachte van de minister.

De door erflater bij de ‘volmacht’ gegeven instructies, gelden niet alleen voor de executeur, maar dienen zoals hiervoor gezien op basis van de quasi-saisine door de erfgenamen opgevolgd te worden. De erfgenamen treden slechts in de voetsporen van de erflater. De aanwezigheid van erflater doet zich binnen de rechtsverhouding nog gevoelen na zijn overlijden. Het is dan ook een bepaling die bijvoorbeeld bij de vraag of een kantonrechter een machtiging als bedoeld in art. 1:345 BW dient te verlenen namens een minderjarige bij een tegeldemaking van een goed door de executeur, tevens een ‘verklarende’ functie heeft. De bepaling verklaart waarom er geen machtiging van de kantonrechter nodig is. Waarom niet? Het is als het ware erflater die verkoopt (althans zijn vertegenwoordiger) en niet de minderjarige en erflater zou in beginsel ook geen machtiging nodig gehad hebben. Iets anders is de vraag in hoeverre de executeur ‘toestemming’ nodig heeft van een wettelijke vertegenwoordiger, maar daarop wordt hierna in Hfdst. IVA uitgebreid teruggeko-

men.

Art. 3:77 BW is een bepaling met bijvoorbeeld ook een belangrijke betekenis voor het leerstuk ‘*schulden van de nalatenschap*’ in het licht van *beneficiaire aanvaarding*. Thans wijs ik reeds op het feit dat indien men er vanuit zou gaan dat het erfrechtelijke vertegenwoordigingsbeginsel, zoals neergelegd in art. 3:77 BW, slechts van toepassing zou zijn op de volmacht, dit grote (en on-

86. MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 304.

wenselijke) gevolgen zou hebben. In dat geval zouden immers de door de executeur op basis van zijn erfrechtelijke vertegenwoordigingsbevoegd aangegane verbintenissen het primaat van schulden van de *erfgenamen* dragen. Een onderschatte categorie erfrechtelijke schulden die niet onder de noemer schulden van erflater en/of schulden van de nalatenschap te brengen zijn. Waarom is dit van belang? Beneficiaire aanvaarding<sup>87</sup> beschermt een erfgenaam immers slechts tegen de categorie schulden van de nalatenschap en *niet* tegen de categorie schulden van de erfgenamen (die zonder toepassing van art. 3:77 BW zouden ontstaan door het handelen van de executeur).<sup>88</sup>

Deze (ongewenste) gedachte was voor de wetgever reden om art. 3:77 BW te ontwerpen, waarbij niet duidelijk is of hierbij aan executele is gedacht. Hier speelt dan ook de door de minister aan de wetenschap verleende huiswerkopdracht tot onderzoek naar mogelijke analoge toepassing in volle omvang. Het is overigens niet uitgesloten dat deze onderschatte erfrechtelijke vertegenwoordigingsregel ('erflater leeft') ook van belang kan zijn voor de verdere ontwikkeling van het fiscale denken rond executeurs en afwikkelingbewindvoerders.

Het is goed om zich te realiseren dat art. 3:77 BW in beginsel ziet op een volmacht die ook reeds tijdens het leven gebruikt zou kunnen en mogen worden. Anders gezegd: met 'uitwerking' tijdens leven. Zou men de volmacht zo formuleren dat er slechts sprake is van uitwerking *na* overlijden, dan zou er, mits neergelegd in de juiste notariële vorm en indachtig de hiervoor gesignaleerde mogelijkheid en verplichting tot 'conversie-denken' op grond van het 'gesloten stelsel', sprake (kunnen) zijn van 'executele'. Dit zegt mijns inziens ook al heel veel over het antwoord op de vraag of deze bepaling zich naar de geest leent voor toepassing op executele.

Op het onderhavige belangrijke erfrechtelijke vertegenwoordigingsbeginsel kom ik terug in het onderdeel met betrekking tot de relatie van de executeur ten opzichte van derden, het onderdeel dat handelt over vertegenwoordiging.

87 M.I.W.E. HILLEN-MUNS, Naschrift WPNR (2007) 6713 suggereert dat art. 3:77 BW blijkens de parlementaire geschiedenis 'slechts' betekenis heeft voor het leerstuk schulden van de nalatenschap en met name voor de gevolgen van beneficiaire aanvaarding. Mijns inziens gaat het echter om een algemeen erfrechtelijk vertegenwoordigingsbeginsel dat geïntroduceerd wordt. Een overledene kan vanzelfsprekend feitelijk niet meer deelnemen aan het rechtsverkeer, maar wel bij wijze van juridische fictie leert art. 3:77 BW Dat is nu net het bijzondere van de bepaling.

88 Of zouden we het handelen van de executeur met een soepel juridisch gemoed kunnen scharen onder de kosten van executele als bedoeld in art. 4:7 lid 1 letter d BW. Bepaalde categorieën 'schulden' houden ondanks het beginsel van art. 3:77 BW vanzelfsprekend hun eigen status in de systematiek van de schulden van de nalatenschap. Denk hierbij met name aan de status 'legaat' in de zin van art. 4:7 lid 1 letter h met alle gevolgen van dien. Men moet art. 3:77 BW derhalve vooral zien als de basis voor een 'nieuw' erfrechtelijk denkpatroon waarmee wij antwoord kunnen geven op de vraag hoe wij het handelen van de executeur dienen te duiden in het erfrechtelijk systeem

## 10. Tussenconclusie I: de interne 'ware aard' is 'quasi-overeenkomst van opdracht/lastgeving'

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat de 'ware' aard van de rechtsfiguur executele onder nieuw erfrecht gezien zou kunnen worden als een 'quasi-overeenkomst van lastgeving'. Aangezien lastgeving een gekwalificeerde opdracht is, kan ook gesproken worden van een 'quasi-overeenkomst van opdracht'. Een executeur kan zowel feitelijke handelingen (opdracht) als rechtshandelingen (lastgeving) verrichten.

Wat kan het belang en wat kunnen de gevolgen hiervan zijn. In zijn algemeenheid is het van belang dat men steeds (rechtstreeks dan wel bij wijze van analogie) in geval van leemtes in de regeling kan terugvallen op een rechtsfiguur waar de wetgever ruime aandacht voor gehad heeft. Het gesloten erfrechtelijk stelsel verzet zich hier niet tegen.<sup>89</sup> Met 'sui generis' alleen kan men in de rechtspraktijk immers geen problemen oplossen.

Men kan bijvoorbeeld de vraag stellen hoe de executeur zijn taak moet vervullen. Wat is de norm? Dit is niet geregeld in de afdeling 4.5.6 over executele. Men zou te rade kunnen gaan bij de norm voor opdracht. Deze vinden we in art. 7:401 BW: 'De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen'.

In voor zich sprekende termen van erfrecht:

'De executeur moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed executeur in acht nemen.' (Curs. BS)

Inderdaad een open deur, doch in het kader van '(erfrechtelijke) normen en waarden' een belangrijke open deur. Ik zou dit als het *zorgvuldigheidsbeginsel* voor executeurs willen bestempelen, waarbij wel reeds op grond van art. 6:2 BW geldt dat schuldeisers en schuldenaren zich jegens elkaar dienen te gedragen overeenkomstig de eisen van *redelijkheid* en *billijkheid*. Wel kan gesteld worden dat een goede executeur 'net iets meer' doet dan wat redelijk en billijk is. Dammingh<sup>90</sup> wijst er op dat met de term 'goed opdrachtnemer' niet een abstracte opdrachtnemer bedoeld wordt die aan een objectieve norm moet voldoen, maar dat de norm van art. 7:401 BW een 'blanketnorm' is. Afhankelijk van de omstandigheden wordt bepaald wat in een concreet geval de verplichting om als een goed opdrachtnemer te handelen, inhoudt. Maatman<sup>91</sup> herinnert er aan dat aan een professionele opdrachtgever die zich laat voorstaan op zijn deskundigheid hogere eisen worden gesteld dan aan een opdrachtnemer die belooft te zullen presteren naar gelang zijn subjectieve vermogen toereikend is.

89. Dit wordt pas anders als het erfrecht een speciesregel kent voor de kwestie

90. J.J. DAMMINGH, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer. Kluwer 2002, p. 80.

91. R.H. MAATMAN, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 108. Treffend is zijn opmerking dat in het burgerlijk recht de positie van de vermogensbeheerder (BS. lees executeur) onderworpen is aan de overeenkomst van lastgeving (en volmacht), p. 9.

Meer in concreto sprekend als een voorbeeld van ‘het te rade gaan’ is wellicht het geval waarin de taak van de executeur voortijdig eindigt, zonder dat hij zijn opdracht heeft volbracht. Heeft hij dan toch recht op zijn loon en zo ja, op het hele loon? Dit is ook niet geregeld in de wet. Men zou ook hier weer de oplossing kunnen zoeken in titel 7.7 BW, alwaar bijvoorbeeld in art. 7:411 BW een uitgebreide regeling is opgenomen over het redelijk loon bij het voortijdige einde van de overeenkomst. Zo kunnen zich allerlei situaties voordoen die in de afdeling over executeurs niet geregeld zijn. Hierna zal ik de betreffende bepalingen in concreto toetsen op de mogelijkheid tot analoge toepassing. Bij de behandeling van de afzonderlijke onderdelen van executele zal ik daar waar van belang op terugkomen. Ongetwijfeld zullen er nog vele rechtsvragen zijn die de wetgever bij het ontwerpen van het nieuwe erfrecht nog niet heeft kunnen bedenken en derhalve ook niet kunnen beantwoorden. Des te groter is dan ook het belang dat er een algemene regeling is van een rechtsfiguur waarbij men voor het oplossen van problemen ‘eenvoudig’ te rade kan gaan. Ik spreek bewust van te rade gaan, aangezien de regeling in beginsel niet rechtstreeks van toepassing is, nu het ‘slechts’ om een quasi-overeenkomst van opdracht/lastgeving gaat. Ons Burgerlijk Wetboek laat echter genoeg ruimte om de regeling bij wijze van analogie toe te kunnen passen.

En anders wijst Van Mourik<sup>92</sup> ons wel de weg:

‘Indien in een regeling het beheer is opgedragen aan een derde, wordt diens positie geregeld in titel 7 van Boek 7 (Opdracht): zie artikel 7:403.’

## **B. HET ‘VERBAND OP GOEDEREN’ (DE GOEDERENRECHTELIJKE BENADERING)**

### **1. De bewindsopdracht van Van der Grinten en van Van Gerven**

Van der Grinten<sup>93</sup> had, met betrekking tot de aard van executele, oog voor een heel andere kant van de medaille:

‘Ook de *executele* met bezit van de nalatenschap kan als *bewind* worden aangemerkt.’ (Curs. BS)

En verderop:

‘Voor executele mag worden aanvaard dat dit – zeer tijdelijke – *bewind* in ieder geval de beschikkingsbevoegdheid van de erfgenamen onverlet laat.’ (Curs. BS)

92. M.J.A. VAN MOURIK, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2006, p. 31.

93. ASSER-VAN DER GRINTEN 2-I, *De vertegenwoordiging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, nr. 141. Ook het verwijzend en verklarend juridisch woordenboek FOCKEMA ANDRAE’S geeft als definitie: ‘bewind over een nalatenschap’. HARTKAMP, *Vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 129 behandelt executele in de paragraaf ‘Met bewind verwante rechtsfiguren’.

De komst van art. 4:145 BW heeft deze visie mijns inziens alleen nog maar versterkt, omdat thans, onder het nieuwe erfrecht, de erfgenamen door de werking van een 'executele' in beginsel *onbevoegd* worden om over de goederen van de nalatenschap te beschikken, terwijl blijkens art. 4:144 BW het beheer over deze goederen eveneens exclusief bij de executeur rust. Van der Grinten kenschetst bewind overigens als 'een verband dat op goederen ligt inhoudende dat de goederen aan het beheer van de rechthebbende zijn onttrokken'.<sup>94</sup> Executele is derhalve wat Van der Grinten betreft bewind, zij het 'zeer tijdelijk'.<sup>95</sup>

De vraag komt op hoe de gedachte aan bewind zich verhoudt tot de rechtsfiguur die in de vorige paragrafen naar boven is komen drijven *opdracht*.

Het antwoord vinden wij in de over de (Belgische) landsgrenzen heen<sup>96</sup> geschreven dissertatie van Walter van Gerven over '*bewindsbevoegdheid*', die als volgt afgesloten wordt:

'Het opzoeken van het eigen bewindsrecht wordt ongetwijfeld bemoeilijkt doordat de bewindsopdracht niet los kan worden gezien van de *algemene opdrachtsfiguur*, die bijgevolg voortdurend in het onderzoek moet worden betrokken. Ook dit ruimer onderzoek meenden we op de koop toe te moeten nemen teneinde de bewindsopdracht van meet aan in haar natuurlijk kader te kunnen situeren.' (Curs. BS)

Bewindsbevoegdheid wordt overigens door Van Gerven<sup>97</sup> als volgt gedefinieerd:

'De aan bepaalde personen toekomende bevoegdheid om ten aanzien van andermans vermogen ofwel tot instandhouding, ofwel tot aanzuivering of *vereffening* van genoemd vermogen, beslissingen te treffen en handelingen te verrichten.' (Curs. BS)

Interessant. Bewind is ook de bevoegdheid om andermans vermogen te vereffenen. En de taak van een executeur is in beginsel 'beheren en vereffenen.'

Let wel: het betreft hier, zowel bij Van Gerven als bij Van der Grinten, een *materiële* benadering van de problematiek, die niet verward mag worden met de vraag: wanneer valt een 'bewindachtige' rechtsfiguur onder de afdeling

94. ASSER-VAN DER GRINTEN 2- I, De vertegenwoordiging, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, nr. 141.

95. Dit is in zoverre niet vreemd als men bedenkt dat wij ook in het Duitse en het Zwitserse recht 'Treuhanderische' aspecten van de 'Vollstreckung' zijn tegengekomen.

96. WALTER VAN GERVEN, Bewindsbevoegdheid, Een rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen (diss. Leuven), Brussel. Établissements Émile Bruylant 1962, p. 413.

97. WALTER VAN GERVEN, Bewindsbevoegdheid, Een rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen (diss. Leuven), Brussel: Établissements Émile Bruylant 1962, p. 395.

'Testamenteair bewind' in de zin van afdeling 4.5.7 van Boek 4? Dit neemt niet weg dat ook voor die afdeling door de wetgever het 'materiële' gezichtspunt<sup>98</sup> gehuldigd wordt, waarbij de regel geldt dat de strekking van het bewind de rechtsgevolgen bepaalt. Hoe verhouden zich in deze dan de regelingen executele en testamentair bewind?

Indien er in het nieuwe Boek 4 geen aparte afdeling executele, te weten afdeling '4.5.6', ontworpen zou zijn, zou een testamentaire regeling waarin aan een persoon de bevoegdheden verleend zouden worden zoals opgesomd in art. 4:144 BW, indachtig de woorden van genoemde rechtsgeleerden, mijns inziens in beginsel te rangschikken zijn onder testamentair bewind. Sterker, de wetgever hanteert zelfs de slogan: 'Bewind is vóór alles beheer.'<sup>99</sup> En in art. 4:144 BW heet het dat de executeur het *beheer* over de goederen van de nalatenschap heeft. Dit had op zich genomen ook geen probleem hoeven te zijn, en men had zelfs voor degenen die, bijvoorbeeld vanwege de historische wortels, vast wilden houden aan de term executele in plaats van 'afwikkelingsbewind', van een executele-bewind kunnen spreken. De term afwikkelingsbewind wordt overigens ook niet in de wet gebruikt.

Hier ziet men weer de aanzuigende werking van het erfrechtelijk gesloten stelsel. Vanuit het materiële gezichtspunt wordt een rechtsfiguur die de kenmerken van bewind heeft opgeslurpt door een species-regeling, in casu de regeling van executele, om hier vervolgens een eigen vermogensrechtelijk regime op te kunnen toepassen.

Waarom is deze splitsing tussen executele en testamentair bewind gemaakt? Om een voor de hand liggende reden. Meijers wilde overduidelijk, een gedachte die door de wetgever tot de zijne is gemaakt, een (nieuwe) executeur creëren die niet in strijd zou zijn met de rechten van legitimarissen. De praktijk moest af van de door de Hoge Raad in het arrest 'Amsterdamsche Bank-Bünker', HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 (EMM) gegeven rechtsregel dat door het bezit van een executeur een verkrijging als 'niet vrij en onbezwaard' had te gelden. Dit kon alleen door oftewel een 'speciesbewind onder de noemer executele' in het nieuwe systeem te creëren, dan wel toe te staan dat hele zware varianten van executele, bijvoorbeeld de varianten waarbij de betreffende executeur zelfs verdelingsbevoegdheden kreeg, zoals bijvoorbeeld de Duitse Testamentsvollstrecker,<sup>100</sup> ook getolereerd dienden te worden door legitimarissen. Dit laatste was echter niet de bedoeling. Ergens moest derhalve de streep getrokken worden, zodat de verzwaarde executele een 'juridisch-technisch' ander gezicht diende te krijgen dan een 'standaard'executele. Daarmee was de geboorte van het 'afwikkelingsbewind' naast of beter gezegd als verlengstuk van executele een feit. Op de problematiek met betrekking tot de legitieme portie zal nog uitgebreid terug gekomen worden. Dat met het arrest uit 1933 de legitimarissen de executeur een gevoelige klap uitgedeeld

98. Vergelijk verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, nr.8, p.67 Zie B.M.E.M. SCHOLS, L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374.

99. Tweede NvW, nr. 9, p. 12, Parl Gesch Inv., p. 2078.

100. § 2048 BGB De Testamentsvollstrecker dient overigens *niet* door legitimarissen geduld te worden. Zowel Testamentsvollstreckung als een Teilungsanordnung geldt als een 'Beschwerung', § 2306 BGB.

hadden, blijkt wel uit de woordkeuze van Van Vrijberghe de Coningh die met betrekking tot het bezit van de executeur sprak van: 'een wettelijk niet geoorloofde *aanranding* van de legitieme.'<sup>101</sup>

Het knippen van, noem het maar de executeur-afwikkelingsbewindvoerder, in twee losse componenten op de menu-kaart van het erfrechtelijk gesloten stelsel, zag, in het licht van de legitieme portie, overigens niet alleen op de verzwaren van de bevoegdheden van een executeur in het algemeen, maar ook op de '*duur*' dat deze bevoegdheden uitgeoefend konden worden.<sup>102</sup>

Daarnaast staat bij executele het persoonlijke karakter<sup>103</sup> meer op de voorgrond dan bij bewind, waar de nadruk ligt op het verband op goederen. Dit persoonlijke karakter vindt men ook terug bij de testamentaire last.<sup>104</sup>

## 2. De wetgever en het 'executele-bewind'

Dat ook de minister<sup>105</sup> vond, dan wel vreesde, dat executele (bij een uitgebreidere taak) in materiële zin bewind was, blijkt wel als hij te kennen geeft:

'Zouden de erfgenamen verplicht zijn zich hierbij neer te leggen, dan zou de executele in feite neerkomen op een onderbewindstelling.'

En, wat lijkt op een waarschuwing aan de 'boedelrechter' om terughoudend om te gaan met zijn mogelijkheid het beheer van de executeur een of meer malen te verlengen als bedoeld in art. 4:150 lid 2 BW:

'Is een erfgenaam die in afwijking van het gevoelen van een of meer zijner mede-erfgenamen tot beëindiging van de beheersbevoegdheid van de executeur wil overgaan, legitimaris dan zal de boedelrechter rekening dienen te houden met het beginsel dat een legitimaris zich bij een door erfflater ingesteld bewind, voor wat zijn legitieme portie betreft, niet behoeft neer te leggen; langdurig beheer door een executeur tegen de wil van de legitimaris zou, zoals hierboven reeds werd opgemerkt, met een bewind sterke gelijkenis vertonen.'

Anders gezegd: het genus zou via het oprekken van de duur van de species wel eens zijn ware gezicht en daarmee zijn aard kunnen laten zien. Het bewind hoefde immers toch maar 'zeer tijdelijk' getolereerd te worden, indachtig de hiervoor aangehaalde woorden van Van der Grinten. Laat de ware aard niet boven komen drijven, is de boodschap aan de boedelrechter.

101. A.W. VAN VRIJBERGHE DE CONINGH, De rechtspositie van den executeur-testamenteir (Slot), WPNR (1944) 3866, p. 77.

102. Zie hierover het Rapport Commissie Erfrecht KNB I (1960), p. 209 waar een onderscheid wordt gemaakt tussen de bevoegdheden in de *breedte* en de bevoegdheden die de *duur* van een executele verlengen. We kunnen dus als het ware de executeur zowel verzwaren in de breedte als in de lengte.

103. Een rechtsfiguur als privatieve lastgeving, 7:423 BW, is niet voor niets geregeld in een verbintenissenrechtelijk gedeelte van ons Burgerlijk Wetboek.

104. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de regeling van de uitvaart. Zie art. 4:130 BW.

105. MvA 3771, nr. 6, Parl. Gesch. Boek 4 Vast., p. 862 en 863. Maar ook: 'Uitbreiding van de taak en bevoegdheden van de executeur, die daarmee in feite een afwikkelingsbewind zou gaan voeren, is met die regeling niet in overeenstemming.', Parl. Gesch. Boek 4 Inv., p. 2058.



In de parlementaire geschiedenis ‘verspreekt’ de Vaste Commissie van Justitie<sup>106</sup> zich en denkt, zo lijkt het, daarbij zelfs aan een synthese tussen de twee componenten:

‘Echter blijft naar de mening van de commissie in deze opvatting het bezwaar bestaan, dat in de gevallen waarin bij testament slechts één executeur is benoemd, deze veelal aan ruimere bevoegdheden behoefte zal hebben dan hem thans door het ontwerp worden toegekend; dit zal ertoe leiden dat in gevallen, waarin dat eigenlijk niet nodig zou zijn, een *executele-bewind* zal worden ingesteld, mogelijk te nadele van de legitimarissen.’ (Curs. BS)

In het Duitse recht bestaat overigens bij de Testamentsvollstrecker reeds een juridische synthese van de twee componenten. Hij heeft bevoegdheden op het gebied van beheer en vereffening, alsook op het vlak van de *verdeling*. Alle bevoegdheden zijn in één variant verenigd en wat de mogelijke duur van het uitoefenen van de bevoegdheden betreft, spreekt de term ‘*Dauervollstreckung*’ boekdelen.

Het bovenstaande neemt niet weg dat er materieel niet toch nog (andere) verschillen tussen executele en bewind zouden zijn in het nieuwe wettelijke systeem dan de omvang en duur van de bevoegdheden van de ‘beheerders’. Met name het volgende verschil in benadering blijft steeds van belang.

Bij de aanduiding bewind legt men meer de nadruk op de *goederen* van de nalatenschap als verband, terwijl bij een executele meer de nadruk ligt op de *persoonlijke* relatie tussen erflater en executeur (de quasi-overeenkomst van opdracht). Een bewind kan immers ook bestaan zonder bewindvoerder en een executele in beginsel niet zonder executeur, waaruit het meer persoonlijke karakter van executele blijkt.<sup>107</sup> Ook dit is niet ‘zwart-wit’, aangezien onder nieuw erfrecht op grond van art. 4:142 lid 1 BW de kantonrechter de bevoegdheid gegeven kan worden om een nieuwe executeur te benoemen wanneer de executeur komt te ontbreken. Dit verschil in de benadering blijkt ook uit het feit dat het opschrift van afdeling 4.5.6 niet spreekt van executele maar van executeurs, terwijl afdeling 4.5.7 niet het opschrift bewindvoerders draagt, doch testamentair bewind. Uit art. 4:145 BW waarin de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen wordt geregeld, blijkt dat executele ook het element ‘verband op goederen’ in zich draagt. Men zou dan ook kunnen stellen dat een executele meerdere *dimensies* heeft, een persoonlijke (*verbintenisrechtelijke*) met betrekking tot de persoon van erflater en een daaraan ondergeschikte ‘zakelijke’ (*goederenrechtelijke*) met betrekking tot het vermogen van erflater. De vergelijking met de leer van de modaliteiten van de Zwitser Künzle komt al ras in beeld. De ene keer staat bij een beantwoording van een rechtsvraag dit element meer op de voorgrond en de andere keer dat. De ene keer de verbintenisrechtelijke relatie van Boek 7 titel 7 BW en de andere

106. Parl. Gesch. Boek 4 Inv., p. 829.

107. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 220 benadrukt dit verschil als volgt: ‘Daarom luidt de titel van dit hoofdstuk ook niet meer, zoals in de vorige druk van dit werk, p. 217 “Executele”, maar “De executeur.” Dit neemt overigens niet weg dat de art. 27 lid 2 Kadasterwet spreekt van: inschrijving van een *executele*. Zie ook art. 4:149 lid 4 BW.’

keer staan weer de door de executeur beheerde goederen van de nalatenschap als zodanig voorop. Dit laatste doet met name van zich spreken bij bijvoorbeeld een faillissement van de executeur. Dan staat het eventuele verhaal op de goederen centraal en niet meer de *vertrouwensrelatie* tussen personen. Die is, als het aan de wetgever ligt, gezien art. 4:149 lid sub c BW, in dat geval dan ook geëindigd.

Gelet op bovenstaande conclusie van Van Gerven in zijn dissertatie kan in deze ook gesteld worden dat tussen de rechtsfiguren bewind en opdracht geen schotten hoeven te staan. De ene keer is een verbintenisrechtelijke benadering van de problematiek geboden, de andere keer weer een goederenrechtelijke.

Als men het vanuit het temporele aspect van executele bekijkt, zou men ook de klemtoon kunnen leggen op het feit dat des te langer de afwikkeling van de nalatenschap duurt, de persoon van de erflater meer op de achtergrond<sup>108</sup> komt te staan en de behoefte aan het opheffen van de onverdeeldheid, het vermogen 'van' erflater meer op de voorgrond<sup>109</sup> komt te staan.

Wie denkt aan de nalatenschap als zodanig in relatie tot 'bewind' ontkomt niet aan een nadere beschouwing van het begrip '*afgescheiden vermogen*'. Recent heeft Steneker<sup>110</sup> dit begrip in het licht van de kwaliteitsrekening nog aan een onderzoek onderworpen. Zijn definitie zal ik als uitgangspunt nemen voor de benadering van executele als 'verband op de goederen' van de nalatenschap.

### **3. Executele leidt tot een 'afgescheiden vermogen', art. 60a lid 3 Faillissementswet**

Steneker geeft in zijn onderzoek aan (p. 127) dat een afgescheiden vermogen twee categorieën van eigenschappen kent. Aan de ene kant: *verhaalsexclusiviteit* en aan de andere kant zijn altijd één of meer van de volgende vier eigenschappen aanwezig:

- a. het afgescheiden vermogen is dienstbaar aan een bepaald doel;
- b. er bestaat een bijzondere beheers- en beschikkingsbevoegdheid tot het vermogen;
- c. alle tot het vermogen behorende goederen behoren toe aan dezelfde mederechthebbenden;
- d. het economisch belang kan bij een ander liggen dan de rechthebbende.

Indien een (of meer) van de vier eigenschappen aanwezig zijn, wordt hiermee de verhaalsexclusiviteit gerechtvaardigd. Wat executele betreft springt het kenmerk sub b., de bijzondere beheers- en beschikkingsbevoegdheid eruit.

108. Zo zal bij de uitvaart vanzelfsprekend de persoonlijke relatie met erflater op de voorgrond staan.

109. Eens zijn immers de erfgenamen, althans wat het 'genot' van de nalatenschap betreft ofte wel in financiële zin, aan de beurt.

110. A. STENEKER, Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

De erfgenamen zijn beschikkingsonbevoegd, art. 4:145 BW, en de executeur heeft de exclusieve beheersbevoegdheid met betrekking tot de goederen van de nalatenschap, art. 4:144 BW. Interessant is met name de situatie waarin er maar één erfgenaam is, aangezien in dat geval niet voldaan is aan het criterium sub c.

Is een executele ook mogelijk indien er geen sprake is van een onverdeelde nalatenschap? In de parlementaire geschiedenis wordt, overigens in het licht van de werking van art. 4:145 BW, met zoveel woorden de situatie genoemd dat er maar één erfgenaam is: 'de enige erfgenaam onder de last van executele [...]'.<sup>111</sup> Dus executele is ook mogelijk als er maar één erfgenaam is. Wie in relatie tot bewind en afgescheiden vermogen aan één erfgenaam denkt, denkt, naast het bepaalde in art. 4:175 BW, aan het arrest van de HR van 11 september 1992, NJ 1992, 730 over testamentair bewind en art. 1066 (oud) BW waarin de Hoge Raad<sup>112</sup> de belangrijke mededeling deed:

'[...] doch aangenomen moet worden dat de verbintenis niettemin in stand blijft wanneer vordering en schuld na de overgang in van elkaar *gescheiden vermogens* vallen. Dit laatste geval doet zich voor, wanneer de overgang plaatsvindt door erfopvolging in een nalatenschap die bij het betreffende *testament onder bewind* is gesteld. Het strookt met de strekking van een dergelijk bewind dat de goederen van de nalatenschap, *afgezonderd van* het overige vermogen van de erfgenaam, van het tijdstip van het overlijden van de erflater af onder *beheer* van de bewindvoerder staan opdat deze dit beheer voert *in plaats van* de rechthebbende, die *niet vrijelijk* over de onder bewind gestelde goederen kan *beschikken*.' (Curs. BS)

Indien men beziet welk criterium de Hoge Raad aanlegt om een afgescheiden vermogen aan te nemen voor een testamentair bewind, is het zeker niet gewaagd om, gelet op het bepaalde in de artikelen 4:144 en 4:145 BW, een nalatenschap met één erfgenaam 'onder verband van' een executele ook als een afgescheiden vermogen aan te merken. Waarom thans, onder het nieuwe recht, zo 'stellig'? Onder het oude erfrecht bestond er geen beschikkingsonbevoegdheidsregel als bedoeld in art. 4:145 BW, althans was deze, denkend aan

111. Parl. Gesch. Boek 4 Vast., p. 850.

112. 'Voorgezeten' door W. SNIJDERS. Wij komen deze rechtsgeleerde, afgezien van zijn grote onvolprezen rol in abstracto bij de totstandkoming van het NBW, in de zoektocht naar de aard van executele in ieder geval in 'concreto' drie keer tegen. Hier in de rol van raadsheer (testamentair bewind en afgescheiden vermogen). In de literatuur, WPNR 6547 (2003), waar hij de ingrediënten 'vrijgeeft' om een 'quasi-executeur' te kleien en hierna in de parlementaire geschiedenis als 'geestelijk vader' van de kwaliteitsrekening. De kans is derhalve groot dat hij de 'code' die bij dit onderzoek gekraakt moet worden in zijn bezit heeft. Ook dit is een reden om hierna een blik op de kwaliteitsrekening te werpen in het licht van de positie van de executeur. Over titel 3.6 (Bewind) zei Snijders in een interview: 'Ook de titel in boek 3 over het bewind is eruit gevlogen, eveneens met de idee dat het een weinig geslaagd stuk was. Het was immers gebaseerd op het idee dat er nu al een regeling moest komen voor wat zich in een toekomstige praktijk misschien zou kunnen voordoen, wat voor een wetgever heel onverstandig is.' MATHIAS STORME, MINEKE DE THEIJE en BRAM DELBECKE, Wouter Snijders: Interview met de vader van het nieuwe vermogensrecht, Pro Memorie, Hilversum: Verloren 2004, p. 130. Ik maak hier uit op dat Snijders vindt dat het recht in de praktijk tot ontwikkeling moet komen, oftewel het 'bewind' in de praktijk gekneed moet worden.

bovenstaande woorden van Van der Grinten, in ieder geval niet gecodificeerd. Ook al zou er geen afgescheiden vermogen in strikte zin zijn dan wel 'de facto'.<sup>113</sup> Het is immers de executeur die de gelden ten titel van exclusief beheer onder zich houdt en die tot taak heeft alleen de *schuldeisers van de nalatenschap* te voldoen, niet de schuldeisers van de erfgenaam.

Hoe kijken de Oosterburen tegen Testamentsvollstreckung en 'Insolvenz' aan. Recentelijk, op 11 mei 2006 werd het Bundesgerichtshof<sup>114</sup> geroepen om over deze problematiek te oordelen. Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter en enig erfgenaam stonden 'tegenover elkaar'. De in deze in acht te nemen rechtsregel luidde als volgt:

'Die Testamentsvollstreckung besteht allerdings auch während des Insolvenzverfahrens fort mit der Folge, dass die Verfügungsbeschränkung des Erben nach § 2211 BGB auch für den Insolvenzverwalter gilt, die Erbengläubiger *keine* Befriedigung aus den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenständen verlangen können [...]' (Curs. BS)

Er moet met 'Verwertung' gewacht worden tot aan het einde van de Testamentsvollstreckung. Tot die tijd is er sprake van een 'Sondermasse' ook al valt de nalatenschap in beginsel in de 'Insolvenzmasse'.

En ook hier geldt weer: zou men geen afgescheiden vermogen willen aannemen bij een executele moet er wel (feitelijk) gewacht worden tot de executeur 'klaar' is en blijft de executeur bevoegd om te handelen. Een faillissementscurator heeft in beginsel niet meer bevoegdheden dan de erfgenaam en de erfgenaam is nu eenmaal in het bijzijn van een executeur beschikkingsonbevoegd met betrekking tot de goederen van de nalatenschap. Ik noem de faillissementscurator, maar een zelfde benadering dient vanzelfsprekend ook op de curator, de voogden of de ouder als wettelijk vertegenwoordiger te worden toegepast. Het is dan ook van belang steeds goed voor ogen te blijven houden dat deze wettelijke vertegenwoordigers niet meer bevoegdheden hebben dan de erfgenamen.

113. Zie S PERRICK, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling* (diss. Nijmegen) 1986, p. 140 en 141, alsmede W. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 231 over uitwinning en beschikkingsonbevoegdheid. Interessant is de constatering van MATTHIAS E. STORME in zijn preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland 2006, *Paritas creditorum*, voorrang en roerende zekerheden (1), *Belgisch Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2006-2, p. 971 en 972 over het verhaal van de 'eigen schulden' op de gemeenschap: 'Men kan dit afleiden uit de regel dat de deelgenoten zelf niet bevoegd zijn om voor eigen rekening over die goederen te beschikken, en hun schuldeisers in beginsel niet meer kunnen dan zichzelf.' Mijns inziens is voor executele de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen op grond van art. 4:145 BW dan ook van doorslaggevende betekenis voor het aannemen van een 'afgescheiden vermogen.'

114. BGH 11 mei 2006, IX ZR 42/05, *FamRZ* 2006, Heft 15. Zie hierover ook MATTHIAS SIEGMANN, *Pflichtteilsansprüche bei Testamentsvollstreckung und Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben*, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2006, 9, alsmede *DNotZ* 2006, 865.

Voor ons is met name interessant dat gewezen wordt op § 2211 BGB ‘de kopie’ van de belangrijke beschikkingsonbevoegdheidsregel van art. 4:145 BW, zij het vanuit de filosofie dat men bereid zou moeten zijn om aan te nemen dat beschikkingsonbevoegdheid in beginsel ook onuitwinbaarheid met zich brengt.<sup>115</sup> Wat het faillissementsrecht betreft merkt ‘Polak’<sup>116</sup> treffend op dat goederen onder bewind ‘soms wel en soms niet’ in het faillissement vallen. Een ‘1066-bewind’ levert gelet op bovenstaand arrest in ieder geval een afgescheiden vermogen op. Er vanuit gaande dat dit arrest ook ingeval van een executele van toepassing is, geldt art. 60a lid 3 van de Faillissementswet:

‘Buiten de gevallen, bedoeld in de vorige leden, blijven de onder bewind staande goederen buiten het faillissement en wordt slechts aan de curator uitgekeerd wat de goederen netto aan vruchten hebben opgebracht.’

Een aanwijzing dat executele een ‘bewindsbevoegdheid’ oplevert vinden wij, zoals hierna zal blijken, ook in het algemene vermogensrecht en wel in titel 3.7 over de gemeenschap.

#### 4. **Art. 3:168 BW als bewindsbouwsteen voor de ‘erfrechtelijke beheerder’**

Wij herinneren ons de ‘hint’ die W. Snijders hiervoor bij de ‘lakmoesproef’ gaf in het kader van de ‘vernietigbare’ executele. Er werd niet alleen een link gelegd met lastgeving om een quasi-executeur mee te creëren, maar er werd ook fijntjes gewezen op art. 3:168 BW als mogelijke grondstof voor een ‘quasi-executele’. Waarom is dit van belang? Art. 3:168 BW verwijst niet naar testamentair bewind in ruime zin, de verzwaarde variant met bepalingen als art. 4:171 BW, maar verwijst naar de (lichtere) bepalingen die op het beheer van een bewindvoerder van toepassing zijn, en die gelet op het bewind als genus ook uit het genus te snijden zijn om het species te kunnen nabootsen. Het was een Maastrichtse kantonrechter die de dogmatische ontboezemingen van Snijders opakte en creatief in zijn beschikking van 13 januari 2005 (zaaknr. 179050)<sup>117</sup> verwerkte in een casus waar een executeur kwam te ontbreken die node gemist kon worden.

De kantonrechter kwam tot het navolgende oordeel:

‘(6) Op grond van de feiten, het verzoek en de daarbij gevoegde bijlagen, alsmede de verklaringen ter terechtzitting, moet er ernstig rekening mee worden gehou-

115. Vergelijk M.J.A. Van MOURIK, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2006, p. 46. In Duitsland is dat voor ‘de zekerheid’ nog eens bepaald in § 2214 BGB.

116. POLAK/PANNEVIS, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 60. Als niet wordt het bewind van art. 1:409 BW (afwezigebewind) en 1:380 BW (provisieel bewind) genoemd. Ik teken daar bij aan dat een executele ook de strekking heeft om net als bij vereffening de nalatenschapschuldeisers te voldoen.

117. Men mag zonder meer spreken van een prachtige erfrechtelijke vondst. Een vondst waarbij het *notariaat* een belangrijke taak krijgt bij het dichten van het ‘*vereffeningsgat*’. In zoverre zou men ook kunnen spreken van een grote notariale ‘*vangst*’, *EstateTip Review* 2005-26, Den Haag: Boom Juridische uitgevers

den dat de executeur zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeheer, dit mede gelet op het feit dat de executeur niet ter mondelinge behandeling is verschenen.

(7) Het vorenstaande levert voldoende gewichtige redenen op om de sub E. verzochte voorlopige voorziening tot schorsing van de executeur toe te wijzen.'

Maar wat nu? Er zou een vacuüm in de boedelafwikkeling kunnen ontstaan. Er waren maar liefst zeventien erfgenamen die de 'vereffeningskar' zouden moeten gaan trekken en dat was geen garantie voor succes. Artikel 3:168 BW zou uitkomst kunnen bieden:

'(1) De deelgenoten kunnen het genot, het gebruik en *het beheer* van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst regelen.

(2) Voor zover een overeenkomst ontbreekt, kan *de kantonrechter* op verzoek van de meest gerede partij een zodanige regeling treffen, zo nodig met *onderbewindstelling* van de goederen. Hij houdt daarbij naar billijkheid rekening zowel met de belangen van partijen als met het algemeen belang.

(3) [...]

(4) [...]

(5) Op een overeenkomstig lid 2 *ingesteld bewind* zijn, voor zover de kantonrechter niet anders heeft bepaald, de artikelen 154, 157 tot en met 166, 168, 172, 173, 174 van Boek 4 van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de kantonrechter de in artikel 159 van Boek 4 bedoelde beloning ook op grond van bijzondere omstandigheden anders kan regelen, alsmede dat hij de in artikel 160 van Boek 4 bedoelde zekerheidstelling te allen tijde kan bevelen. Het kan door een gezamenlijk besluit van de deelgenoten of op verzoek van een hunner door de kantonrechter worden opgeheven.' (curs. BS)

Op basis van dit artikel creëert de kantonrechter de navolgende voorlopige voorzieningen, die wat mij betreft, gelet op de strekking van de oplossing, als een *quasi-executele* betiteld zouden kunnen worden:

‘– De kantonrechter treft voor de duur van dat onderzoek (naar de vraag of de taak van de executeur dient te eindigen door ontslag, toev. en curs. BS) een regeling, gelijk aan de beheersregeling als bedoeld in artikel 3:168 BW. De regeling houdt in, dat een beheerder wordt aangesteld, die *alle goederen van de nalatenschap in beheer krijgt*. Deze beheerder is bevoegd alle goederen tot zich te nemen, daarbij inbegrepen alle bankrekeningen c.q. spaarrekeningen. Onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van de goederen dienstig kunnen zijn, *alsook het aannemen van aan de erfgenamen verschuldigde prestaties*. De executeur dient alle goederen van de nalatenschap die hij onder zich heeft aan de beheerder te overhandigen.

– Deze beheersregeling gaat in op de dag na deze beschikking en is uitvoerbaar bij voorraad.

– De beheerder is *rekening en verantwoording* verschuldigd aan de erfgenamen.

– Als beheerder wordt aangesteld *notaris* mr. [...], te M., die zich bereid verklaard heeft *deze aanstelling te aanvaarden*.

– De kantonrechter zal kort vóór de afloop van de beheersperiode op verzoek van de beheerder *een redelijke vergoeding voor de beheerder* vaststellen, welke vergoeding ten laste komt van de goederen van de nalatenschap.

– Deze voorlopige voorziening eindigt bovendien, nadat op een eventueel verzoek van de erfgenamen of een of meer van hen door de rechtbank een vereffenaar is benoemd als bedoeld in art. 4:204 BW.’ (Curs. BS)

Dit is Maastrichts maatwerk. Op deze wijze *bootst* de kantonrechter bij zijn beschikking de bevoegdheden van een *beheersexecuteur na*. Ik ga er van uit dat deze bevoegdheden dan ook, net als bij executele, *privatief* van aard zijn.<sup>118</sup> Zie art. 4:144 lid 1 BW en art. 4:145 lid 1 BW. Voorts is mijns inziens hiermee tevens bewezen dat executele als een species te fileren is uit de titel testamentair bewind. Daar wordt immers de grondstof vandaan gehaald. De bepalingen die de positie van de legitimaris ondermijnen, zoals art. 4:171 BW zijn in de wet niet van overeenkomstige toepassing verklaard.

Deze variant zou overigens ook dienst kunnen doen als men het verzoek tot benoeming van een vereffenaar door de rechtbank een te zwaar middel vindt.

Resumerend merk ik op dat reeds twee dimensies van executele naar voren gekomen zijn, te weten aan de ene kant als interne verbintenisrechtelijke kant: *opdracht/lastgeving* en aan de andere kant met betrekking tot goederenrechtelijke vraagstukken: *bewind*. Indien men als denkrichting naar de volgende fase meeneemt de verbinding die Schoordijk<sup>119</sup> tussen de tot nu gevonden elementen lastgeving en bewind legt, lijken wij weer een stap verder te komen bij het trachten bloot te leggen van de aard van executele:

‘Zo te bezien valt de *privatieve* lasthebber aan te merken als een *bewindvoerder* te vergelijken met die van 1066 oud BW [...]’ (Curs. BS)

Is de brug tussen de gevonden ‘persoonlijke’ verbintenisrechtelijke dimensie lastgeving en het goederenrechtelijk verband op de nalatenschap (bewind): de ‘exclusiviteit’, de *privatieve* werking van de *lastgeving*? In ieder geval een rechtsfiguur die twee van de tot nu toe gevonden dimensies van executele in zich zou kunnen dragen. Niet vreemd als men bedenkt dat Van Gerven in zijn hiervoor aangestipt rechtsvergelijkend onderzoek ook een verband tussen opdracht (lastgeving) en bewind legde. Ook Van Mourik<sup>120</sup> doet in deze, in het licht van de betekenis van de beheersregeling van art. 3:168 BW nog een interessante duit in het zakje, ‘gelet op de *aard* van de *beheers*overeenkomst’:

‘Ook artikel 7:423 betreffende de *privatieve* last is van overeenkomstige toepassing.’ (Curs. BS)

En ook deze benadering doet weer denken aan de lakmoesproef van W. Snijders in het kader van de bouw van een ‘quasi-executeur.’ En nog interessanter is dat het niet de rechter is die een regeling maakt, maar dat de rechtsver-

118 Hetgeen voor de hand ligt nu het om bewind gaat.

119. H.C.F. SCHOORDIJK, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer. Kluwer 2003, p. 60. Als iemand juridische bruggen kan slaan dan is hij het wel. Zie in deze ook de boekbespreking van B.C.M. WAAIJER in WPNR (2004) 6585, p. 567

120. M.J.A. VAN MOURIK, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2006, p. 21. Interessant is ook dat hij de *privatieve* lastgeving in verband brengt met vertegenwoordiging.

houding waar Van Mourik aan refereert door de partij-autonomie wordt beheerst.

Schoordijk sloeg de brug overigens in het licht van 'kwaliteitsrekeningen'. Reden genoeg om hierna eveneens te bezien of voor de executeur met deze, de laatste jaren zo in de belangstelling staande, rechtsfiguur ook nog een link te leggen is.

## 5. **Tussenconclusie II: executele is een species van 'bewind'**

Uit het bovenstaande blijkt: 'Executele is tevens een "verband op goederen" en is, gelet op de artikelen 4:145 en art. 4:144 BW in de goederenrechtelijke relatie tot derden een species van "bewind"'. Dit bewindsaspect is niet vreemd als men oog heeft voor het feit dat de executeur betrokken is bij de overgang van het vermogen van erflater naar zijn erfgenamen. Het betreft een vermogen waar gedurende de periode van afwikkeling 'een hek' omheen dient te staan. Het bewindsaspect is belangrijk, doch staat bij een executele niet op de voorgrond. Op de voorgrond staat steeds de vertrouwensrelatie tussen erflater en executeur, waar de erfrechtelijke verbintenissen uit voortspuiten. Men denke hierbij meteen aan de rechtsfiguur *privatieve lastgeving*, waarbij ook het verbintenissenrecht op de voorgrond staat, zonder daarbij het bewindsaspect uit het oog te verliezen. Treffend vind ik in dit licht dan ook de benadering van Struycken die constateert dat vermoedelijk moet worden aangenomen dat de *privatieve last*, ondanks dat het een verbintenissenrechtelijke inbreuk betreft, in beginsel ook werking heeft jegens schuldeisers van de rechthebbende die beslag leggen op het goed ten aanzien waarvan de *privatieve last* is verleend en deze last waarschijnlijk ook kan worden tegengeworpen aan zekerheidsgerechtigden die hun recht na verlening van de *privatieve last* hebben verkregen.<sup>121</sup>

Het feit dat ik in deze paragraaf tot de conclusie kom dat executele in materiële zin als bewind aan te merken is, brengt niet met zich dat het ook een testamentair bewind is in de zin van afdeling 4.5.7 BW. Dit is, gelet op bovenvermelde overwegingen in de parlementaire geschiedenis juist *niet* de bedoeling van de wetgever geweest. Bedoeld is dat er sprake is van een species-bewind als bedoeld in afdeling 4.5.6 BW hetgeen een testamentair bewind in de zin van afdeling 4.5.7 BW uitsluit. Deze benadering brengt ook met zich dat de regels van testamentair bewind in beginsel niet per analogiam, doch veelal a contrario 'van toepassing' zullen zijn op executele. Hoogstens zal er enige reflexwerking zijn van 'ongeschreven regels en gedachten' zoals bijvoorbeeld het hiervoor aangehaald arrest over het afgescheiden vermogen. Naarmate de uitkomst van het vraagstuk echter minder consequenties heeft voor de legitimarisch is er meer reflexwerking (en wellicht analogie) toegestaan.

121. T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 37, Deventer: Kluwer 2007, p. 588 noot 306. Hij spreekt van de *privatieve last* als een in theorie verbintenissenrechtelijke inbreuk die niet alleen de rechthebbende zelf treft, maar ook zijn schuldeisers.



Men zou kunnen stellen dat executele als *'erfrechtelijke verbintenis'* in tegenstelling tot de eenvoudigere erfrechtelijke verbintenissen, zoals (sub)legaat (vergelijkbaar met koop en schenking) en de legitieme portie ('onterving' vergelijkbaar met onrechtmatige daad) vanwege het bewindskarakter ook goederenrechtelijke aspecten kent.<sup>122</sup>

In de paragraaf hierna zal de nadruk gelegd worden op de externe relatie van de executeur in de zin van het aangaan van verbintenissen met 'derden'. Hierbij zal het vertegenwoordigingsvraagstuk aan de orde komen.

## **C. DE 'EXTERNE' RECHTSVERHOUDING (WEDEROM VERBINTENISRECHTELIJK)**

### **1. De 'vierde' partij**

Het is goed om voor ogen te blijven houden dat er bij de driepartijenverhouding executele in feite vier 'partijen' betrokken zijn, hoe voor de hand dit wellicht ook lijkt te liggen. Dit is overigens, naast 'het verband op de goederen', de reden dat bij deze rechtsfiguur gesproken kan worden van een erfrechtelijke verbintenis in gecompliceerde zin, zulks ter afbakening van de erfrechtelijke verbintenis in eenvoudige zin zoals het legaat.

Bij drie (quasi-)partijen (en het goederenrechtelijke verband op de goederen van de nalatenschap) hebben wij hiervoor reeds stilgestaan:

- a. de erflater
- b. de erfgenaam
- c. de executeur

Het vergt niet veel van de juridische fantasie om hier een 'driepartijenverhouding' te ontwaren. De interne rechtsverhouding speelt in concreto tussen erfgenaam (als rechtsopvolger) en executeur, doch in abstracto mede gelet op de belangrijke erfrechtelijke bepaling art. 3:77 BW tussen erflater en executeur. Thans komt er een vierde partij bij die in het recht door het leven gaat als de *'wederpartij'*. Wie denkt in termen van 'erfrechtelijke' vertegenwoordiging en kijkt naar de externe relatie, ziet zowel executeur als erfgenaam er 'tussenuit vallen', waarbij het niet onbelangrijk is om wat de toerekening betreft te melden dat erflater overleden is. Dit 'probleem' wordt, zoals gezien gedekt door de 'saisine', waardoor de erfgenamen (alsnog) de partij-status van erflater, als opvolger onder algemene titel, in de schoot valt.

Wie denkt in termen van middellijke vertegenwoordiging ziet nog plaats voor de executeur als 'partij', daar waar hij 'in eigen naam' handelt.

<sup>122</sup> Dit zou men kunnen vergelijken met een rechtsfiguur als de kwalitatieve verplichting, eveneens een meer gecompliceerdere verbintenis, die zich bevindt op de scheidslijn van goederen- en verbintenissenrecht. Zie N.C. VAN OOSTROM-STREEP, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006 die de kwalitatieve verplichting in haar woord vooraf duidt als een juridische 'Barbapapa'

Dit ter inleiding. Het moment lijkt aangebroken om uitgebreider in te gaan op vertegenwoordigingsvraagstukken, en met name op het vraagstuk of een executeur handelt als onmiddellijk dan wel middellijk vertegenwoordiger. Ik sluit niet uit dat de wederpartij (de vierde partij) hierna, zoals gebruikelijk, ook als 'derde' bestempeld zal worden.

Kortmann<sup>123</sup> wijst er op dat een eenvoudige omschrijving van het begrip vertegenwoordiging in het privaatrecht niet te geven is en vervolgt:

'Pogen wij tot een benadering van het begrip te komen Bij vertegenwoordiging hebben wij steeds te doen met een vertegenwoordiger en een vertegenwoordigde De vertegenwoordiger handelt, doch de handeling treft in haar gevolgen de vertegenwoordigde. Het begrip vertegenwoordiging kan worden beperkt tot directe of onmiddellijke vertegenwoordiging'

Het handelen van een vertegenwoordiger kan *een rechtsverhouding* bewerkstelligen, aldus Kortmann, waarbij in zijn ogen als regel nodig zal zijn voor dit 'bewerkstelligen' *een zekere band* tussen vertegenwoordigde en vertegenwoordiger.<sup>124</sup>

Wat betekenen deze gedachten voor het erfrecht en de executeur in het bijzonder?

## 2. Onmiddellijke en/of middellijke vertegenwoordiging?

### 2.1 *Huldigt de Nederlandse wetgever de 'Vertretertheorie' of de 'Amtstheorie'?*

Art. 4:145 lid 2 BW luidt als volgt:

'Gedurende zijn beheer vertegenwoordigt hij (BS de executeur) bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen [...].'

De executeur wordt derhalve, zoals hierboven reeds opgemerkt, als *vertegenwoordiger* van de *erfgenamen* gezien. Zo vanzelfsprekend is dit niet, aangezien in een eerdere versie van art. 4:145 BW, bepaald was dat de executeur vertegenwoordiger van de *nalatenschap* was. De geest van de Duitse theorieën doolde blijkbaar rond.

In de parlementaire geschiedenis lezen wij over deze wijziging:<sup>125</sup>

123 ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, De Vertegenwoordiging, Deventer Kluwer 2004, nr 1, p 1

124 ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, De Vertegenwoordiging, Deventer Kluwer 2004, nr 8, p 7

125 MvA 3771, nr 6, p 134 In die fase waren op executele nog de regels van vereffening toepasselijk zodat voor vereffenaar executeur gelezen dient te worden

‘De in het gewijzigd ontwerp voor lid 2 verkozen formulering, dat een vereffenaar (BS lees *exécuteur*) bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte vertegenwoordigt, acht de ondergetekende juist(er) dan de hier aanvankelijk voorkomende uitdrukking, dat een vereffenaar (BS lees *exécuteur*) de *nalatenschap* in en buiten rechte vertegenwoordigt Volgens beide formuleringen vindt zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid haar begrenzing in zijn taak als beheerder-vereffenaar (BS lees *exécuteur*), maar de nieuwe formulering brengt tot uitdrukking dat de erfgenamen *partij* worden bij de verbintenissen die bij zijn taakvervulling ontstaan Of de erfgenamen niet alleen met de goederen van de nalatenschap maar ook met hun overig vermogen aansprakelijk worden, hangt af van de omstandigheid of zij in het algemeen voor de schulden der nalatenschap met hun gehele vermogen aansprakelijk zijn’ (Curs BS)

Duidelijk wordt hierdoor in ieder geval dat de erfgenamen *partij* worden bij de door de *exécuteur* bij de uitoefening van zijn taak aangegane verbintenissen Voorts wordt een interessante link gelegd met *beneficiaire aanvaarding* Hierbij komt, zoals eerder gesignaleerd, de gedachte aan het in art 3 77 BW erfrechtelijke vertegenwoordigingbeginsel weer op

Wat betekent het feit dat de erfgenamen ‘partij’ worden in termen van middellijke en onmiddellijke vertegenwoordiging?

Allereerst, ter afbakening van dit controversiële begrippenpaar dat niet met zoveel woorden gedefinieerd is in onze wetgeving, maar wel in ‘*The Principles of European Contract Law*’, de aldaar gehanteerde definities <sup>126</sup>

‘Artikel 3 102 Soorten vertegenwoordiging

(1) Handelt een vertegenwoordiger *in de naam van* een vertegenwoordigde, dan zijn de regels inzake *onmiddellijke* vertegenwoordiging van toepassing

(Afdeling 2) Het is zonder belang of de naam van de vertegenwoordigde genoemd wordt op het tijdstip waarop de vertegenwoordiger handelt dan wel nader te noemen is

(2) Handelt een vertegenwoordiger in opdracht en voor rekening, maar *niet* in naam van een vertegenwoordigde, of weet de derde er niet van, en heeft hij evenmin reden tot weten, dat de tussenpersoon als vertegenwoordiger handelt, dan zijn de regels inzake *middellijke* vertegenwoordiging van toepassing (Afdeling 3)’(Curs BS)

Dichter bij huis leert Kortmann<sup>127</sup> over het zijn van *partij* in het licht van vertegenwoordiging

‘In de derde plaats de vraag of de tussenpersoon handelend in eigen naam – en daarmee partij – niettemin een obligatoire binding doet ontstaan tussen de wederpartij en de opdrachtgever [ ] De derde vraag betreft de rechtsgevolgen

126 MATTHIAS E STORME, Beginselen van Europees overeenkomstenrecht aangevulde versie – Nederlandse tekst, Tijdschrift voor Privaatrecht (TEP) 2005-4, p 1181-1241 Zie ook art 3 203 PECL over de nader te noemen vertegenwoordigde (ons art 3 67 BW ‘nader te noemen meester’) Bij de Principles moet er eerst een verzoek gedaan worden om de ‘redelijke termijn’ om de naam te noemen te laten ingaan Dit doet mij aan het Zwitsers ‘Gleichgültigkeitsprinzip’ van SCHOORDIJK denken

127 ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-1, Vertegenwoordiging, Deventer Kluwer 2004, nr 104 in de paragraaf ‘Wie is partij?’

van middellijke vertegenwoordiging. Indien men aanneemt dat het rechtsgevolg is dat ook de opdrachtgever partij wordt en dus een driepartijenovereenkomst tot stand komt, dan zal men niet meer van middellijke vertegenwoordiging kunnen spreken; er is directe vertegenwoordiging. [...]

De heersende leer luidt derhalve: wordt de opdrachtgever partij (lees met een erfrechtelijke bril: de erfgenaam als rechtsopvolger van erflater) dan is sprake van 'directe' vertegenwoordiging, waarbij directe vertegenwoordiging vervangen kan worden door 'onmiddellijke' vertegenwoordiging en onmiddellijke vervangen kan worden door 'echte' vertegenwoordiging. Kortom, de executeur is *onmiddellijk* vertegenwoordiger. De erfgenaam wordt, zij het als rechtsopvolger van erflater in de zin van art. 3:77 BW: *partij*. Hier zal, mede gelet op bovenstaande woorden van de minister over art. 4:145 lid 2 BW, iedereen het over eens zijn. Dit brengt mijns inziens overigens mee dat de executeur in het licht van 'Stolte-Schiphoff'<sup>128</sup> en art. 3:61 lid 2 BW in het kader van zijn taakuitoefening als 'goede executeur' in beginsel ook, zo veel mogelijk, verplicht is aan te geven dat hij handelt 'in naam van de erfgenamen (als rechtsopvolger van erflater)'. Dit is anders voor de testamentair bewindvoerder, aangezien art. 4:172 BW de bewindvoerder uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om 'op *eigen naam*' ten behoeve van de rechthebbende te handelen. Klaassen-Luijten-Meijer sluit met een beroep op de parlementaire geschiedenis<sup>129</sup> niet uit dat de executeur ook als middellijk vertegenwoordiger mag handelen. Of het mag of niet, in de praktijk zal de executeur *de facto* niet altijd kenbaar maken dat hij 'in naam van' handelt, zodat hij in die situaties, gelet op het onderscheidend begrippenpaar van 'The Principles (PECL)' in beginsel als middellijk vertegenwoordiger te gelden heeft. Wat er ook van zij, een 'goed' executeur handelt in ieder geval zo veel mogelijk 'in naam van' is mijn gedachte. Met een notariële bril, bijvoorbeeld in een comparitie van een akte van levering van een onroerende zaak, wordt een en ander mijns inziens als volgt geformuleerd:<sup>130</sup>

'De heer A handelend in zijn hoedanigheid van executeur namens de erfgenamen als rechtsopvolger onder algemene titel van de overleden heer B, zulks in de zin van art. 4:145 lid 2 juncto art. 3:77 BW (analoog).'

Met het oog op deze formulering een kort intermezzo van notarieel-ambachtelijke aard.

Op grond van art. 40 Wna en art. 18 Kadasterwet dienen echter ook de (volledige) gegevens van de erfgenamen als partij, in de akte te worden opge-

128. HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 en zo men wil de 'Kribbebijter'.

129. Parl. Gesch. Boek 3, p. 485 en Tweede nota van wijziging, LV 141, nr. 9, p. 18. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 436, noot 562: 'was de bedoeling van deze bepaling niet de bevoegdheid van de bewindvoerder om op eigen naam te handelen daardoor in de wet op te nemen, maar om duidelijk te maken dat hij deze bevoegdheid had. Zo beschouwd zouden dan ook [...] de executeur de keuze hebben tussen middellijke of onmiddellijke vertegenwoordiging.'

130. Zie ook voor een comparitie met een onherroepelijke volmacht met werking bij overlijden W.M. KLEYN, *Vragen uit de praktijk betreffende uitvoering van een verblijvingsbeding*, JBN 1999, nr. 46. Ook hij ziet, zij het bij de onherroepelijke volmacht, als de 'beste comparitie' een comparitie waarin zowel de 'overledene' als de erfgenamen vermeld worden.

nomen. Vaak zijn deze echter niet of nog niet voorhanden. Dit hoeft geen probleem te zijn.

Het slot van het tweede lid van art. 40 Wna en het slot van het derde lid van art. 18 Kadasterwet kan in deze praktische uitkomst bieden. De notaris mag volstaan met vermelding van de reden van het niet bekend zijn van deze gegevens van een der partijen, in casu die van de erfgenamen. Over art. 18 Kadasterwet leert de parlementaire geschiedenis:<sup>131</sup>

‘Het onder 3° bepaalde brengt mee dat niet met een algemene omschrijving van de aard van de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden volstaan, maar dat moet worden opgegeven uit hoofde van welke volmacht wordt opgetreden of op grond van welke hoedanigheid bijv. als bewindvoerder, als curator, als bestuurslid.’

En voorts, streng doch ruimhartig:

‘De eis dat vermeld wordt waarom een opgave, als bedoeld aan slot van het eerste lid niet mogelijk is, strekt ertoe te waarborgen dat aan het voorschrift dat deze gegevens vermeld worden, zo veel mogelijk de hand wordt gehouden, ook al zal een zodanig opgave niet steeds van alle gegevens mogelijk zijn. De bedoeling is dat de notaris die een of meer gegevens niet kan achterhalen, gedwongen wordt onder ogen te zien dat inderdaad iets wordt weggelaten dat in beginsel vermeld behoort te worden. Daarin ligt besloten dat een vermelding van de redenen van de onmogelijkheid beknopt kan blijven, en bijv. zal kunnen bestaan in de vermelding dat de partij om wie het gaat, met het desbetreffende gegeven onbekend is. Men denke aan een geboorteplaats, of aan door een bewindvoerder of *executeur-testamentair vertegenwoordigde onbekende erfgenaam.*’ (Curs. BS)

Is dit al een voorproefje van erkenning door de ‘Openbare registers’ van enige vorm van ‘eigen recht’ van de executeur dan wel erfrechtelijke ‘Gleichgültigkeit’?

*Resumerend:*

De vertegenwoordigingsproblematiek heeft na de tocht door Europa en kennisneming van de ‘Theorien’ drie vraagpunten opgeworpen.

*Allereerst* of de Nederlandse executeur ‘Vertreter’ is. Die vraag is opgelost. De executeur is *onmiddellijk vertegenwoordiger*, derhalve een ‘echte’ vertegenwoordiger. Afgezien van het bepaalde in art. 4:145 lid 2 BW zou men ook kunnen verdedigen dat het handelen ‘in naam van’ reeds in de verwijzing naar de erfrechtelijke functie: executeur besloten ligt. Ook al wordt de achterman niet met naam en toenaam genoemd. Hierop kom ik hierna bij de gedachte van de ‘nader te noemen meester’ terug.

De *tweede* vraag. Namens ‘wie’ hij handelt was ook reeds opgelost. Hij handelt namens de erfgenamen als rechtsoptolger van *erflater*, met overeenkomstige toepassing van het erfrechtelijke vertegenwoordigingsbeginsel van art. 3:77 BW. Deze regel in combinatie met het saisine-beginsel is ook de reden

131. Parl. Gesch. Kadasterwet, p. 115 en p. 118.

dat art 4 145 lid 2 BW spreekt van ‘erfgenamen’ als resultaat van de opvolging en niet spreekt van erfflater als de bron van de erfrechtelijke verbintenis. Men leze derhalve ‘ter voorkoming van misverstanden’ art 4 145 lid 2 BW met art 3 77 BW ‘bij de hand’.

De *derde* vraag is in hoeverre de beginselen van vertegenwoordiging zich laten combineren met een eigen recht van de executeur dat de erfgenamen onbevoegd maakt te handelen of dat maakt in het verlengde daarvan dat de executeur ook kan handelen tegen de wil van de erfgenamen. In De ‘dringende’ erfrechtelijke behoefte aan ‘verdrangende’ vertegenwoordiging. Dit lijkt ook opgelost te zijn, indachtig de geslaagde lakmoesproef met de quasi-executeur van Snijders. Daaruit bleek immers dat de ware aard het meest recht zou worden gedaan met typering van de gecompliceerde erfrechtelijke verbintenis executele als ‘*quasi-privatieve lastgeving*’ als bedoeld in art 7 423 BW. Hier zou mijns inziens ook afdoende mee aangetoond zijn dat er *geen* sprake is van *wettelijke* vertegenwoordiging, doch vertegenwoordiging op basis van ‘*partij-autonomie*’.

Alleen doemt na beantwoording van deze drie vragen de vertegenwoordigingsparadox weer in volle omvang op, omdat art 7 423 lid 1 BW, indachtig de Principles, zich bedient van de navolgende terminologie. De tekst is door mij eerst ‘erfrechtelijk herschreven’.

‘Indien (*door erfflater*) “*quasi*” is bedongen dat de *executeur* een aan de “*erfgenaam als rechtsopvolger van erfflater*” *krachtens erfrecht* toekomend recht in *eigen naam* en met uitsluiting van de erfgenaam zal uitoefenen, mist deze de bevoegdheid tot deze uitoefening ook jegens derden tot het einde van de *executele*’ (Curs BS).

Het in *eigen naam* vereiste van *middelijke* vertegenwoordiging lijkt definitief roet in het erfrechtelijk eten te hebben gegooid. De executeur geldt immers als onmiddellijk vertegenwoordiger. Met *privatieve lastgeving* zijn wij op een doodlopend pad terechtgekomen, althans zo lijkt het. Het zou ook te mooi geweest zijn om waar te zijn, dat wij het enige stelsel geweest zouden zijn (van de behandelde Europese rechtsstelsels) dat *privatieve werking* en vertegenwoordiging erfrechtelijk zou kunnen combineren.

## 2.2 *De privatieve lastgeving is ‘dogmatisch voortreffelijk’, erfrechtelijk bezien?*

Er is nog hoop. Schoordijk leek (op het eerste gezicht) bij de pakken neer te zijn gaan zitten toen met de invoering van het NBW het Anglo-amerikaanse *undisclosed agency*-denken in de ban is gedaan.<sup>132</sup> Op een cruciale plaats

132 Zie hierover S C J J KORTMANN in de Struycken-bundel, Vertegenwoordiging volgens Struycken, Deventer: Kluwer 1996, p 160. Recentelijk schreef SCHOORDIJK nog in WPNR (2006) 6662, p 308: ‘Als het aan mij ligt dan heeft de engelsrechtelijke figuur van de “undisclosed agency” mijn voorkeur, maar mag niet als geldend recht beschouwd worden. Nederland heeft hier een rechtspolitieke keus gemaakt. Voorlopig moeten wij ons daar maar bij neerleggen.’ Ook hier spreekt berusting van uit. D. BUSCH, Middelijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht, diss. Utrecht, Kluwer Deventer (2002), p 40 neemt het nog voor Schoordijk op: ‘Deze stellingname betekent niet dat bij de totstandko-

heeft Schoordijk<sup>133</sup> echter nog een ijzer in het vuur en gloort er voor de mogelijkheid van een executeur om te aarden als ‘privatief (quasi-) lasthebber’ nog hoop en dat is met betrekking tot de kwestie hoe letterlijk wij de woorden ‘op eigen naam’ dienen te nemen:

‘De woorden op eigen naam in artikel 7:423 kunnen echter nog op een andere en betere wijze begrepen te worden. De wetgever wenst dat een tussenpersoon bij de privatieve last moet kunnen handelen, *zonder dat de achterman zijn beleid kan doorkruisen.*’ (Curs. BS)

Ook al zou Schoordijk het verkeerd zien, dan nog is de verleiding wel heel erg groot om zijn woorden erfrechtelijk te vertalen als: ‘zonder dat de erfgenamen het beleid van de executeur kunnen doorkruisen.’ De wens is echter vaak de vader van de gedachte. Schoordijk maakt het ideaalbeeld compleet als hij constateert:

‘Het gaat te ver te veronderstellen dat de strekking van die woorden zou zijn om eigen recht en vertegenwoordiging als elkaar uitsluitende grootheden te kwalificeren. Zelfs al zou het anders liggen, dan bindt deze opvatting van de wetgever de beoefenaar van wetenschap niet.’

Dat neemt mijns inziens niet weg dat ook aan het ‘*in naam vereiste*’ van de heersende leer, de klassieke vertegenwoordigingsleer van Kortmann (de Nijmeegse school) voldaan dient te worden. Wellicht dat men het gebruik van de erfrechtelijke kreet executeur aan de ene kant kan lezen als ‘in naam van de erfgenamen’ en toch ook in de zin van ‘in eigen hoedanigheid’, met een eigen gezicht, met een eigen verantwoordelijkheid of met een eigen recht. Twee vliegen in een klap: de echte onmiddellijke vertegenwoordiging verklaard en het erfrechtelijk op eigen naam handelen in de zin van art. 7:423 BW. Wellicht mag het van Kortmann vanuit de notarieel erfrechtelijke hoek met enige ‘Schoordijkse Zwitserse Gleichgültigkeit’ bezien worden en is het wellicht ook te zien als een toegestaan handelen voor een *nader te noemen* rechtsopvolger van een *erfrechtelijke* meester in de zin van art. 3:67 BW. De *nader te noemen* meester-gedachte, waarover hierna meer, mag niet te snel aangenomen worden, anders zou de executeur bij het niet (tijdig) kunnen traceren van de erfgenamen zelf gebonden zijn. Of neemt de Staat het dan van hem over?

Voorts meld ik dat wij sinds de dissertatie van Bartels (Utrecht 2004)<sup>134</sup> soepeler mogen omspringen met het ‘in naam vereiste’ bij vertegenwoordiging als het om vervreemdingshandelingen gaan. Waarom is dit zo belangrijk? Bij executele, denk aan de tegeldemaking van een onroerende zaak in het kader van de voldoening van de schulden van de nalatenschap, gaat het veelal om

→ ming van het huidige BW volledig voorbij is gegaan aan de argumenten van onder meer Van Schilfgaarde en Schoordijk. Integendeel. In de artikelen 7:419-421 BW wordt immers uitdrukkelijk rekening gehouden met de contractuele betrokkenheid van de principaal bij de overeenkomst tussen de derde en de tussenpersoon.’

133. H.C.F. SCHOORDIJK, De zogenaamde privatieve last van art. 7:423 BW en aanverwante rechtsfiguren (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 303.

134. S.E. BARTELS, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 57 e.v.

‘vervreemdingshandelingen’ Vervreemden heeft immers minder consequenties dan het aangaan van (blijvende) verplichtingen voor de achterman

‘Asser-Van der Grinten-Kortmann’<sup>135</sup> sluit zich bij deze gedachte, inzake middellijke vertegenwoordiging, van Bartels aan

‘Of de Hoge Raad bij de levering van registergoederen en vorderingen op naam zover zal willen gaan, is onzeker Wij achten de opvatting dat een *tussenpersoon* niet alleen goederen die door bezitsverschaffing worden geleverd, maar ook andere goederen *in eigen naam* kan leveren, *goed verdedigbaar* In ons rechtsstelsel komt het vaker voor dat *een ander dan* de rechthebbende een goed rechtsgeldig kan vervreemden Men denke aan de curator, de executerende hypotheekhouder, pandhouder of beslaglegger Leveringsformaliteiten noch het stelsel van openbaarheid van verkrijging van registergoederen verhinderen een rechtsgeldige levering door deze *met-rechthebbenden*’ (Curs BS)

Wellicht kan ook de executeur, zij het als *onmiddellijk* vertegenwoordiger, in een volgende druk in het rijtje opgenomen worden

Misschien kunnen de gedachten van Bloembergen<sup>136</sup> ook de woorden handelen ‘op eigen naam’ en de koppeling aan middellijke vertegenwoordiging relativeren Hij leidt de materie als volgt in

‘Art 7 423, dat pas in een heel laat stadium van de behandeling van Titel 77 is ingevoegd, is vooral uit theoretisch oogpunt een boeiende bepaling’

En wat ons gelijk aan de erfrechtelijke sferen van het ‘voor de voeten lopen’ doet denken

‘Een private last zou hier nuttig kunnen zijn om te voorkomen dat de – soms wat onzakelijke – kunstenaar de organisatie voor de voeten loopt’

Tot zover niets bijzonders, maar dan komt wat mij betreft de ontknoping van de combinatie onmiddellijke vertegenwoordiger (erfgenaar partij) en het eigen recht van de privatief lasthebber lees in casu de executeur handelt in de op ‘eigen naam’ betekenis Is het uitoefenen van de rechten van een ander wel een regeling van middellijke vertegenwoordiging?

‘Aldus lijkt het erop dat hier gebeurt wat bij gewone middellijke vertegenwoordiging juist niet gebeurt de rechtshandelingen van de op eigen naam handelende tussenpersoon brengen rechtstreeks bepaalde rechtsgevolgen voor de achterman teweeg Het komt mij voor dat zulks niet strijdig is met de vrijheid van een

135 ASSER VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, Vertegenwoordiging, Deventer Kluwer 2004, nr 136

136 A R BLOEMBERGEN, Rechtshandeling en overeenkomst, Deventer Kluwer 1998, p 138 e v De passages over deze materie zijn in de nieuwe druk, BLOEMBERGEN/VAN SCHENDEL, Deventer Kluwer 2004 weer opgenomen Bloembergen duidt mijns inziens de problematiek in nr 124 ook heel treffend aan met ‘Last tot uitoefening van rechten’ De executeur heeft immers de bevoegdheid en daar waar vereist ook de verplichting om de rechten van de erfgenamen uit te oefenen



derde een wederpartij te kiezen, want de derde weet dat het om uitoefening van het recht van een ander gaat.' (Curs. BS)

Daarnaast heeft Snijders<sup>137</sup> de degens gekruist met Kortmann over vertegenwoordigingsvraagstukken, waarbij in het duel de executeur zijdelings ('op notenniveau') wordt genoemd. Weer laat Snijders een schat aan informatie over het rechtskarakter van executele los:

'Anders Kortmann, in: *Vertrouwd met de Trust*, p. 185, die meent dat een uitdrukkelijk in kwaliteit optredende notaris naar Nederlands recht geen vertegenwoordiger kan zijn. Als ik hem goed begrijp, hangt zijn mening samen met het feit dat de notaris bij een generale kwaliteitsrekening niet alleen een privaatieve bevoegdheid tot beheer en beschikking heeft, maar ook de namen niet hoeft te vermelden en de bank daarop geen recht heeft. Maar ons recht kent meer van dergelijke *tussenfiguren*. De faillissementscurator vertegenwoordigt de schuldeisers maar noemt ze niet. De *executeur-testamentair* vertegenwoordigt de erfgenamen, ook als ze *vooralsnog onbekend zijn*. Er zijn ook bewindsvormen waar dit zich voordoet; zie bijvoorbeeld art. 3:259 lid 3 BW. Zo is ook de positie van de aangesloten instelling in de Wet giraal effectenverkeer ten opzichte van het verzamelpot; zie art. 11. Ook dit ligt dicht bij bewind, met name dat van art. 3:168 leden 2 en 5 BW.' (Curs. BS)

De executeur is blijkbaar een 'tussenfiguur'. Anders gezegd: een combinatie tussen vertegenwoordiging en 'eigen recht'. Schoordijk<sup>138</sup> is nog niet tevreden met deze 'toezegging'. De term tussenfiguur zint hem toch niet. Hij vervolgt:

'Anders dan Kortmann en Van der Grinten menen, vormt *vertegenwoordiging* krachtens eigen (*zakelijk*) recht geen anomalie. Niet duidelijk wordt of Snijders zich hierin kan vinden. Ik houd het erop dat dit wel het geval is.' (Curs. BS)

Wie in het licht van de verplichting om op eigen naam te handelen op de valreep nog zijn twijfels mocht krijgen over 'privatieve lastgeving' als ware aard van de executeur, wat de externe relatie betreft, wijs ik nog op de volgende belangrijke bron. Het betreft een passage uit de parlementaire geschiedenis<sup>139</sup> op een plaats waar men de oplossing in eerste instantie niet zou verwachten en wel bij de notariële kwaliteitsrekening van art. 25 Wna, waar overigens ook niet alleen lijkt te gelden dat de notaris op *eigen naam* handelt, maar ook dat de vordering van de gezamenlijk rechthebbenden op de bank een *afgescheiden vermogen* vormt:

'Zoals door Snijders wordt opgemerkt, is bovendien ook niet juist dat artikel (lees:) 25 een dergelijke afwijkende figuur introduceert. Men kan dan ook moeilijk volhouden dat een dergelijk artikel niet in de Nederlandse rechtsontwikkeling past. Daarin is integendeel een reeks verwante figuren te vinden, neerkomende op beheer met privaatieve werking over goederen die aan een of meer anderen toebehoren. Men denke, behalve de Wet giraal effectenverkeer,

137. W. SNIJDERS, *Nog een duit in de zak van de trust*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 102, noot 37.

138. H.C.F. SCHOORDIJK, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 75.

139. Nota naar aanleiding van het nader verslag, nr. 12, p. 26.

ook aan bewind over een gemeenschap (art. 3:168 leden 2 en 5 en art. 3:259 lid 3 BW), aan *executele bij een nalatenschap* met meer erfgenamen en aan *de last met privaatieve werking van art. 7:423 BW*. Ook de figuur van een rekening op naam van een in kwaliteit handelende functionaris, terwijl het betreffende recht aan een of meer anderen toekomt, wordt in de wet meer gehanteerd. [...] (Curs. BS)

Weer komen wij W. Sniijders tegen, die niet alleen een belangrijke rol heeft gespeeld in het voorbereiden van deze regeling (en die het Slis-Stroom-arrest als basis voor de totstandkoming van een notariële kwaliteitsrekening heeft (mee)gewezen), maar die in de bijdrage waarnaar wordt verwezen wederom executele en privaatieve lastgeving in één adem als geestverwanten noemt.<sup>140</sup>

Deze cruciale passage werd door Advocaat-Generaal Bakels nog eens herhaald in de conclusie die vooraf ging aan het belangrijke arrest van de Hoge Raad Koren q.q./Tékstra q.q. van 12 januari 2001, NJ 2002, 371 en is reden genoeg om hierna ook een korte blik te werpen op het fenomeen *kwaliteitsrekening*. Deze nadert blijkbaar ook heel dicht de ware aard van executele en vice versa. Of zou aan dit arrest sinds het ProCall-arrest HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 geen betekenis meer toekomen? Leerzaam en interessant zijn de discussies over deze arresten in ieder geval, waarover hierna meer.

Indien de executeur zijn hoedanigheid niet vermeldt, kan er mijns inziens, indachtig de visie van Kortmann in beginsel geen sprake zijn van onmiddellijke vertegenwoordiging, maar kan hij wel nog steeds als middellijk vertegenwoordiger gezien worden, waardoor de (belangrijke) bepalingen art. 7:420 en art. 7:421 BW op zijn handelen van toepassing zijn.

Als uitgangspunt heb ik, tenzij anders vermeld, in deze paragraaf het verbintenisrechtelijk handelen van de executeur als uitgangspunt genomen. Dit neemt niet weg dat de executeur ook goederenrechtelijke handelingen, zoals leveringshandelingen dient te verrichten en kan verrichten. Hieraan zal in Hfdst. IVA in concreto aandacht besteed worden bij bevoegdheid van de executeur om goederen te gelde te maken.

### **3. Tussenconclusie III.A: de executeur is onmiddellijk vertegenwoordiger 'in eigen naam' in de zin van 'eigen recht' (privaatieve 'quasi-lastgeving', art. 7:423 BW)**

Ook de derde dimensie van de aard van executele is een feit: onmiddellijke vertegenwoordiging. De interne verbintenisrechtelijke dimensie werd gedra-

140. Ook bij de Wet giraal effectenverkeer gaat Sniijders uit van onmiddellijke vertegenwoordiging, W. SNIJJDERS, *Ongeregelheden in het vermogensrecht* (II, slot), WPNR (2005) 6608, p. 96 noot 42. Anders B.F.L.M. SCHIM in zijn recente dissertatie (Nijmegen), *Giraal effectenverkeer en goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 113 en die op p. 116 opmerkt dat (net als in art. 11 Wge) ons burgerlijk recht meer gevallen kent waarin een bevoegdheid wordt toegekend om in eigen naam te beschikken over het recht van een ander. Wat de bevoegdheid van de executeur betreft maak ik hierbij de kanttekening dat de executeur zijn bevoegdheid niet primair aan de wet ontleent, maar aan de autonome wil van erfflater.

gen door de quasi-overeenkomst van opdracht en lastgeving en de goederenrechtelijke dimensie kon gezien worden als bewind.

De reden dat in het nieuwe erfrecht de balans doorslaat in de richting van de vertegenwoordigingsleer is mijns inziens het feit dat ons rechtsstelsel, in tegenstelling tot de andere onderzochte Europese rechtsstelsels in ons 'nieuw' Burgerlijk Wetboek een bijzondere vorm van vertegenwoordiging kennen, te weten de *privatieve* lastgeving. 'Vertegenwoordiging' met een vleugje '*eigen recht*'.

Onderzocht diende nog te worden hoe deze grootheden (vertegenwoordiging en eigen recht) zich tot elkaar verhouden, nu de executeur een onmiddellijk vertegenwoordiger is, en art. 7:423 BW spreekt van 'in eigen naam'. Bij Schoordijk werd inspiratie opgedaan om te komen tot de guldenmiddenweg van Snijders. Met een erfrechtelijke bril gezien, zou Kortmann hetzelfde pad kunnen gaan, mits bereid de hoedanigheid van 'executeur' te lezen als 'in naam van erflater'. Vermelding van de hoedanigheid ofwel handelen q.q. zou dan mijns inziens ook in de strenge leer van Kortmann met zich brengen dat er aan het 'in naam van-vereiste' is voldaan, maar ook aan het in eigen naam-vereiste als men dit met betrekking tot de erfrechtelijke problematiek leest als 'eigen recht' in de zin van 'tegen de wil van'. Daarnaast gebruikt de executeur de facto ook zijn eigen naam, zij het q.q. oftewel in *kwaliteit*.

Ook Schoordijk zal wellicht tevreden zijn met deze constellatie gelet op het feit dat het resultaat onmiddellijke vertegenwoordiging is.

Het in de literatuur<sup>141</sup> als groot nadeel gesignaleerde feit van het eindigen van de *privatieve* last ingeval van faillissement door opzegging door de curator, speelt niet bij executele. Ingeval van een faillissement van de erfgenaam blijft de executeur bevoegd, eindigt zijn *privatieve* last 'ex lege' niet. Zie art. 4:149 BW. Voorts is de executele slechts van 'tijdelijke aard'.

Zoals hierboven beschreven heeft in het Duitse recht de 'Vertretertheorie' geen vaste grond onder de voeten gekregen vanwege het feit dat men in een zuivere vertegenwoordigingsleer bij executele niet uit de voeten kan met de gedachte dat de achterman (lees: de erfgenaam) bevoegd blijft om te handelen en valt men terug op de starre wettelijke vertegenwoordiging.<sup>142</sup> In ons Nederlands stelsel hebben wij hiervoor echter de gedachte van de *privatieve* lastgeving. De achterman wordt onbevoegd, de executeur bevoegd, waardoor de vertegenwoordigingsleer een nieuwe erfrechtelijke dimensie kan krijgen.<sup>143</sup> Vraagstukken van onmiddellijke en middellijke vertegenwoordiging

141. ASSER-KORTMANN-DE LEEDE-THUNNISSEN 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle: WE J. Tjeenk Willink 1994, nr. 170. Zie art. 7:423 lid 2 BW waar de faillissementscurator de bevoegdheid krijgt om de last met inachtneming van een maand op te zeggen. Niet heel negatief zijn C.R. CHRISTIAANS en TH.M. VAN WEICHEM, Artikel 7:423 BW tegen het licht gehouden, WPNR (1995) 6193, p. 587-590 die opmerken dat de werking van artikel 7:423 BW beter in het systeem van het burgerlijk recht zou passen wanneer dit artikel slechts betrekking zou hebben op beheersdaden. Ik maak van de gelegenheid gebruik om op te merken dat executele in art. 4:144 BW in beginsel beperkt wordt tot beheersdaden

142. LANGE/KUCHINCKE, Erbrecht, München: C.H. Beck 2001, p. 672

143. Vergelijk ook de vertegenwoordiging van minderjarigen en onder curatele gestelden, maar ook de vertegenwoordiging van rechtspersonen. Uit het oog mag echter niet verloren worden, dat het hier gaat om vertegenwoordiging op grond van de wet en bij executele op grond

doemen op. Is de figuur van de privatieve lastgeving dogmatisch voortreffelijk of een vreemde eend in de bijt? Dit maakt in zoverre niet uit als men zich realiseert dat dit beginsel voor het leerstuk executele in ieder geval alle problemen die veroorzaakt worden door de vertegenwoordigingsparadox, oplost. En is men bereid om voor 'in eigen naam' te lezen: 'als een eigen recht', met een 'eigen hoedanigheid', 'eigen verantwoordelijkheid' of een 'eigen gezicht' is de regeling 'dogmatisch voortreffelijk' in te passen in het klassieke 'in naam van' denken.

Wat we in ieder geval tot nu toe van de Duitse theorieën geleerd hebben, is dat de 'ware' aard een relatief begrip is als het gaat om executele. Een belangrijk verschil tussen het Duitse recht en onze afdeling 5.6 BW is dat in art. 4:145 BW een belangrijke aanwijzing in de wet is neergelegd (vertegenwoordiging) om tot de ware aard van de rechtsfiguur executele te kunnen komen. Wel hebben wij van de Zwitsers geleerd dat men het met het opnemen van vertegenwoordiging in de wet alleen, ook niet redt. De Anglo-Amerikaanse 'vondst' van privatieve lastgeving, vertegenwoordiging met een vleugje eigen recht, heeft wellicht gemaakt dat de Nederlandse wetgever over 'vertegenwoordiging' heeft durven spreken. In de Duitse rechtsleer is te weinig met de wettelijke verwijzing naar de regels van 'Auftrag' gedaan. Dit heeft ongetwijfeld te maken met het ten onrechte koppelen van de gedachte aan opdracht aan de erfgenamen en niet aan erflater. Voorts heeft het ontbreken van een denken over een wettelijke basis voor de 'verdrängende' volmacht, veroorzaakt dat men na de 'Theorienstreit' op de zoektocht naar de ware aard van de Testamentsvollstrecker, is blijven steken op het niveau 'sui generis'. Alleen als men de ware aard kent, kan het denken over een rechtsfiguur op een hoger plan gebracht worden. Door het flexibele beginsel van de privatieve lastgeving zou een erfrechtelijke 'Theorienstreit' voorkomen kunnen worden in Nederland. Sterker nog. Via het volgen van de executeur op zijn nieuwe vertegenwoordigingspad zou de genus 'privatieve lastgeving' uit zijn juridische slaap kunnen ontwaken en tot 'leven' kunnen komen. Wellicht is er een zodanige kruisbestuiving dat men zich af en toe de vraag moet stellen wie er eerder was 'de erfrechtelijke kip' of 'het vertegenwoordigingsrechtelijk ei'. Leert de executeur ons iets over de diepere betekenis van art. 7:423 BW? Kunnen er via het erfrecht dogmatische vraagstukken op het gebied van het vertegenwoordigingsrecht 'opgelost' worden?

Snijders heeft de proef op de som genomen door na het overlijden van erflater, op de rechtsverhouding tussen de erfgenamen en de vermeende 'executeur' art. 7:423 BW toe te passen. Mijns inziens kwam hiermee, zij het 'in spiegelbeeld', de ware aard van executele bovendrijven. In het verlengde hiervan stel ik de retorisch bedoelde vraag: 'Wat zou er gebeuren als de notaris de privatieve last tot afwikkeling van de nalatenschap in een uiterste wilsbeschikking zou opnemen?'

Ik kan het niet laten om de vraag toch te beantwoorden. Al dan niet met het conversiebeginsel<sup>144</sup> zou dit te gelden hebben als een benoeming van een exe-

→ van de wil van erflater. Er vindt geen benoeming plaats door de rechtbank of door de wetgever. Voorts vindt er ook geen aanvaarding plaats van de opdracht via de rechtbank.

144. Dit volgt uit het in art. 4:42 BW neergelegde erfrechtelijk gesloten stelsel.

cuteur. Zelfs art. 4:145 lid 1 BW zou kunnen worden gemist nu de erfgenamen op grond van art. 7:423 BW al dan niet per analogiam en indachtig de saisine en art. 3:77 BW onbevoegd zouden zijn om te handelen. Met deze benadering kan ook de gedachte aan wettelijke vertegenwoordiging afgewezen worden.

Er is, naast het afwijzen van gesetzliche Vertretung, nog één belangrijk verschil te onderkennen tussen het vinden van de Nederlandse drie dimensies binnen de geïntegreerde structuur en de driemodaliteitenleer van Künzle.

De gevonden lagen:

- a. opdracht/lastgeving
- b. bewind
- c. vertegenwoordiging

zijn samengesmolten in één (overzichtelijke) rechtsfiguur: *privatieve lastgeving* als genus van de gecompliceerde erfrechtelijke verbintenis: executele. Bewind met verbintenisrechtelijke aspecten, waarbij de persoonlijke relatie tussen erflater en executeur niet uit het oog wordt verloren. Aangezien het genus toch ook weer uit verschillende lagen bestaat, kan het genus daar waar nodig als juridische kameleon dienst blijven doen om de term 'sui generis' maar te vermijden. Soms bevindt zich het vraagstuk op het interne verbintenisrechtelijke vlak, soms op de verhouding tot derden in goederenrechtelijke dan wel verbintenisrechtelijke zin. Via de poort van *privatieve lastgeving* kunnen wij naar de verschillende leerstukken uitwaaien. We hoeven, in tegenstelling tot de Zwitsers echter, slechts door één poort. De *privatieve lastgeving* is het bindmiddel van de drie lagen. Niet vergeten in deze mag worden dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat niet alleen dat de *privatieve last* 'in plaats van' bewind is ingevoerd maar ook als Nederlandse variant op de trust.<sup>145</sup> Wie herinnert zich nog de woorden van Uniken Venema in de inleiding dat de executele als onderdeel van het Nederlandse trustrecht behouden moest blijven om zo een gezonde executele te kunnen waarborgen? Met de *privatieve last* als genus en een species regeling in geval van een faillissement van een erfgenaam, moet een erfrechtelijke Theorienstreit zoals elders in Europa, ondanks de slechte start van de rechtsfiguur in de niet-erfrechtelijke juridische literatuur, voorkomen kunnen worden.

De navolgende troostende woorden van Schoordijk<sup>146</sup> zijn waarschijnlijk en hopelijk dan ook niet meer bedoeld voor de generatie die met de onder het nieuwe erfrecht opererende executeurs is opgegroeid:

'Wennen moest onze generatie ook aan de figuur van de *privatieve last* die in 1992 deel van ons recht ging uitmaken.'

145. Zie DW AERTSEN, *De Trust, Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en recht deel 29, Deventer: Kluwer 2004, p. 128 en MvT 23 027, nr. 3, p. 5. De executeur wordt door Aertsens overigens niet behandeld.

146. H.C.F. SCHOORDIJK, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 53.

Ter versterking van de onderbouwing van gedachte dat de executeur, ondanks zijn aard als quasi-privatieve lasthebber, ingedeeld kan worden bij de onmiddellijk vertegenwoordigers wil ik nog stil staan bij twee juridische fenomenen: het beginsel van de nader te noemen meester en de kwaliteitsrekening, zij het met een Belgisch sausje overgoten. Een blik op de kwaliteitsrekening doet overigens ook de band tussen het bewindsaspect van executele en de vertegenwoordigingsgedachte nog beter tot uitdrukking komen.

#### 4. **Tussenconclusie III.B: de executeur handelt onder omstandigheden voor een nader te noemen rechtsopvolger van zijn erfrechtelijke meester, art. 3:67 BW**

##### 4.1 *Het beginsel van de nader te noemen meester als erfrechtelijke Gleichgültigkeit*

De vraag in hoeverre er bij de vertegenwoordiging van erfgenamen niet nog meer aandacht dient te zijn voor het Gleichgültigkeitsprincipe van Schoordijk, blijft zich ook vanuit een andere invalshoek opdringen en wel vanuit de hiervoor reeds kort aangestipte gedachte van de '*nader te noemen meester*' als bedoeld in art. 3:67 BW. Dit omdat wij bij de afwikkeling van een nalatenschap niet alleen van doen hebben met een 'overledene' die überhaupt geen rechtshandelingen meer kan stellen, maar met name vanwege het feit dat na het overlijden niet van meet af aan bekend hoeft te zijn wie zijn *rechtsopvolger* is. Niet zelden dienen erfgenamen na het overlijden nog te worden opgespoord. Een executeur dient echter in het belang van een voortvarende boedelafwikkeling zijn wederpartij reeds aan deze onbekende rechtsopvolger van erflater te kunnen binden. De wederpartij handelt met de executeur en kan in beginsel worden gebonden zonder dat hij in die fase (zonder meer) recht heeft de identiteit van zijn contractspartij te kennen. Niet alleen zou onbekend kunnen zijn wie de erfgenaam is, maar het zou zich ook voor kunnen doen dat de erfgenaam de nalatenschap verwerpt. Desalniettemin blijft de wederpartij aan de met de executeur aangegane overeenkomst gebonden. Gesteld zou kunnen worden dat de executeur door het gebruik, impliciet dan wel expliciet, van de term executeur zich als onmiddellijk vertegenwoordiger van een *nader te noemen* rechtsopvolger van zijn erfrechtelijke *meester* heeft gedragen.

Het nadeel van deze redenering zou kunnen zijn dat de executeur te snel zelf gebonden zou kunnen raken aan de handeling als hij de identiteit van de betreffende erfgenaam niet tijdig kenbaar zou kunnen maken als bedoeld in art. 3:67 lid 2 BW. Hier zouden echter de flexibele woorden 'tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit' uitkomst kunnen bieden. Ook zou gesteld kunnen worden dat de woorden 'redelijke termijn' in art. 3:67 lid 1 voldoende speelruimte bieden voor het erfrecht. Van een erfgenaam die niet gevonden kan worden na opsporingen met doelmatige middelen in de zin van art. 4:150 juncto art. 4:225 lid 1 BW kan immers ook niet de naam genoemd worden. Ook al is er gehandeld 'in zijn naam'. Het sluitstuk van de redenering zou wellicht gevonden kunnen worden in art. 4:226 lid 1 BW waar bepaald is dat als er geen erfgenamen zijn, het niet bekend is of er erfgenamen zijn, of

de erfgenamen niet bereid zijn de goederen in ontvangst te nemen, de executeur deze nadat de vereffening voltooid is aan de Staat afgeeft. Blijkens art. 4:189 BW wordt de Staat niet aansprakelijk voor de schulden.

De schakelbepaling van art. 3:78 BW dwingt ons de vraag te stellen in hoeverre het beginsel van de nader te noemen meester op executele van toepassing is oftewel vertegenwoordiging uit anderen hoofde dan volmacht. Daarnaast heeft toepassing van dit beginsel het voordeel dat dit aansluit bij de gedachte van art. 4:145 lid 2 BW dat de executeur een onmiddellijk vertegenwoordiger is. Iemand die handelt voor een nader te noemen meester handelt 'in naam van'. Dat er enige rek of anders gezegd op zijn minst 'reflexwerking' in het betreffende beginsel zit, kan mijns inziens ook afgeleid worden uit de recente conclusie van A-G Verkade die vooraf ging aan HR 14 april 2006, JOL 2006, 238 (Redaco/Multiwal), waar recht gevonden wordt *in het licht van* art. 3:67 BW. Van grote vindingsrijkheid getuigt, nadat hij de 'Kribbebijter' een voorloper van het Haviltex-arrest genoemd heeft, de volgende passage:

'Ik ontkom er niet aan om bij het bovenstaande te denken aan het alledaagse geval waarbij aspirant-passagier A een taxi-centrale B belt, met het verzoek om (bijv.) "een taxi naar Schiphol om 07.00 uur". Of de taxicentrale een eigen taxi met een eigen werknemer stuurt ( gesteld dat de taxi-centrale die heeft), óf een taxi met een werknemer van een derde onderneming (C) maakt – zo mag men doorgaans aannemen – A niet uit. Als de zich bij A aandienende taxi een taxi is van de A nog niet bekende onderneming C, komt er toch een overeenkomst tussen A en C tot stand, ook al is het niet B die C als de "meester" noemt, maar de chauffeur van C die dat bovendien pas ná de rit doet, wanneer hij als vertegenwoordiger van C de rekening aan A presenteert en daarmee C als de meester aan A bekend maakt. Iets dergelijks zal zich voordoen als de naam van C bekend wordt (bekend moet worden) indien er tijdens de rit iets misgaat, wat tot een claim van A op C of van C op A aanleiding geeft. Ook dit alles lijkt mij "Haviltex-conform", *mede in het licht van art. 3:67 BW*. (Curs. BS)

Zo zal het de wederpartij van de executeur in beginsel niet uitmaken wie de erfgenamen zijn oftewel wie de rechtsopvolger van de erfrechtelijke meester van de executeur is: 'Dit, mede in het licht van art. 3:67 BW.' Ook de Hoge Raad lijkt de materie met soepel juridisch gemoed te benaderen:

'een overeenkomst [...] tussen Multiwal en een door [betrokkene 1] in te schakelen wederpartij is totstandgekomen, *wier identiteit eerst later aan Multiwal bekend zou worden gemaakt, en wel door de vermelding daarvan in de ter zake van de terbeschikkingstelling aan Multiwal te zenden factuur.*' (Curs. BS)

De gedachte dat de Hoge Raad, afgezien van het bepaalde in art. 4:145 lid 2 BW, het gebruik van het erfrechtelijk beladen woord: executeur, als het handelen voor een nader (later) te noemen rechtsopvolger van een erfrechtelijk meester zou kunnen bestempelen, lijkt mij gelet op bovenstaand arrest niet ondenkbeeldig. Net zoals wellicht in de term 'taxi-centrale' besloten ligt dat men voor een nader te noemen meester handelt, die zich pas in latere fase 'zelf' meldt, zo kan in het gebruik van de term 'executeur' besloten liggen dat men een onbekende erfgenaam vertegenwoordigt die pas in een latere fase

gevonden wordt en zich dan ook pas in een latere fase meldt. De wederpartij heeft door de erfrechtelijke lading iets 'gleichgültigs'.<sup>147</sup> Van Schaick<sup>148</sup> ziet, in navolging van het Franse recht, het handelen voor zichzelf of een nader te noemen meester als een vorm van *voorwaardelijke* vertegenwoordiging, waarbij één der contractspartijen vooralsnog onbepaald is. Dankzij 'een voorbehoud' van de *feitelijke* contractspartij (BS lees: executeur) kan een ander alsnog contractspartij worden. Dit voorbehoud zou met een soepel juridisch gemoed gelezen kunnen worden in de titel: executeur.

Het zoeken van aansluiting bij art. 7:423 BW blijft onverminderd van belang, niet alleen gelet op het eventuele *privatieve* karakter van lastgeving, maar ook voor de gevallen waarin de executeur zijn functie niet afdoende kenbaar maakt en men aan de 'nader te noemen meester' en de daarop eventueel te baseren onmiddellijke vertegenwoordiging niet zou toekomen. In dat geval is met name van belang dat aansluiting bij art. 7:420 BW en art. 7:421 BW kan worden gezocht, bij het handelen 'op eigen naam'.

Dat de 'meester' van de executeur niet de erfgenaam is, maar 'erflater' volgt zoals hiervoor gezien uit art. 3:77 BW. Wie het beginsel: 'erflater leeft' combineert met het beginsel: 'van de nader te noemen meester in art. 3:67 BW', spreekt van vertegenwoordiging door de executeur van de nader te noemen rechtsopvolger van de erfrechtelijke meester.

Door het vertegenwoordigingsbeginsel 'nader te noemen meester' kan ook verklaard worden dat de executeur in beginsel geen middellijke vertegenwoordiger is, doch een *onmiddellijke* vertegenwoordiger.<sup>149</sup> De onbevoegdheid van de erfgenamen als bedoeld in art. 4:145 BW kan verklaard worden door het bewindsaspect van *privatieve* lastgeving.

In de volgende paragraaf zal zoals aangekondigd nog een uitstapje gemaakt worden naar het fenomeen 'kwaliteitsrekening' door de bril van executele. Bij het doorgronden van de aard van een kwaliteitsrekening speelt eveneens het beginsel 'nader te noemen meester' een rol, zo leren wij van Belgische zijde.

## 4.2 *Een kwaliteitsrekening van 'vlees en bloed' als gevolg van de 'quasi-privatieve lastgeving?'*

### 4.2.1 De 'envelop in de gestolen kluis', Hof Den Bosch 31 januari 2006, LJN AW2564

Het noemen door Schoordijk van de notariële *kwaliteitsrekening*, de *privatieve* last en het bewind in één adem, 'verplichtte' mij de vraag te stellen in hoeverre de executeur een kwaliteitsrekening van 'vlees en bloed' is oftewel de door een executeur q.q. beheerde rekening bij een bank een soort van

147. Zie over art. 3:67 BW ook J.J. DAMMINGH, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002, p. 186.

148. A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 39.

149. Zoals de 'taxi-centrale' er uiteindelijk tussenuit valt, zo valt ook de executeur er tussenuit en is de erfgenaam partij bij de overeenkomst. Dat is de gedachte.



kwaliteitsrekening is.<sup>150</sup> Als de notaris een kwaliteitsrekening aanhoudt, houdt de erfrechtelijke functionaris executeur dan niet ook een kwaliteitsrekening aan? Voor mij gaf de doorslag in deze het in de inleiding genoemde arrest van Hof Den Bosch van 31 januari 2006, LJN: AW2564, waarin het hof de executeur voorschreef:

‘Wat er ook moge zijn van de gegrondheid van de reden om het geld op te nemen, naar het oordeel van het Hof is deze grond ontoereikend om het bewaren van geld in de kluis thuis te rechtvaardigen. Niet valt in te zien dat dit geld niet gestort had kunnen worden op *een nieuw te openen bankrekening* ten name van zijn *schoonmoeder* (lees: de overledene) of op een *eigen* bankrekening. Terzijde merkt het Hof op dat de stelling van [appellant] dat het geld niet zonder de instemming van alle erfgenamen van de rekening van de erven voldaan kon(den) worden, dus niet ter zake doende is maar tevens afstuit op zijn benoeming tot executeur met bezit.’ (Curs. BS)

De zorgplicht brengt met zich dat de executeur de door hem beheerde gelden in beginsel op een ‘ervenrekening’ stort. Blijkbaar krijgt hij van het Hof ook de ruimte om, zo stel ik mij voor, relatief kleine bedragen, zoals in casu € 6.000 euro op zijn eigen bankrekening te storten. In een envelop in een kluis thuis leggen of in de ‘eigen portemonnee’ bewaren is blijkbaar een stap te ver. Ik neem als uitgangspunt dat de executeur een nieuwe bankrekening opent en dit doet in de hoedanigheid van executeur, derhalve met vermelding van de titel van executeur inzake de afwikkeling van de nalatenschap van ‘erflater’. De namen van de erfgenamen kunnen in die fase vanzelfsprekend nog onbekend zijn.

Wat is de status van deze door de executeur beheerde bankrekening? Uit art. 4:145 BW volgt in ieder geval dat de erfgenamen niet bevoegd zijn gelden van de rekening op te nemen of op welke wijze dan ook over het saldo te beschikken. Op grond van art. 4:144, art. 4:145 lid 2 en art. 3:170 BW heeft de executeur het exclusieve beheer over de bankrekening. In zoverre is de verwantschap met een notariële kwaliteitsrekening een feit.

De hamvraag. Stel de executeur gaat failliet. Aan wie komt het saldo van de betreffende bankrekening toe? Door het *faillissement* van de executeur eindigt op grond van art. 4:149 BW letter c zijn taak. Vervolgens leert art. 4:149 lid 4 BW dat de curator namens de gewezen executeur verplicht blijft te doen wat niet zonder nadeel voor de afwikkeling van de nalatenschap kan worden uitgesteld. De gelden vallen niet in het faillissement van de executeur, doch komen de erfgenamen toe. De executeur was ‘slechts’ beheerder van de rekening en vertegenwoordiger van de erfgenamen. Ook al stond de rekening niet met zoveel woorden ten name van de geïndividualiseerde erfgenaam. Dit volgt uit het gebruik van de term executeur. Wordt de naam executeur niet met zoveel woorden vermeld of worden de gelden op een eigen rekening van

150. A.A. VAN VELTEN, Boekbespreking, WPNR (2007) 6708, p. 374 wees er recentelijk nog op dat *dual ownership* niet is toegestaan (art. 3:84 lid 3 BW), maar dat dit begrip toch door de wetgever kan worden geïntroduceerd, zoals onder meer bij de invoering van de *kwaliteitsrekening*.

de executeur gestort, dan kan op grond van de aard van executele, te weten quasi-lastgeving via de schakelbepaling van art. 7:424 BW het bepaalde in de art. 7:420 BW nog een rol spelen.<sup>151</sup>

#### 4.2.2 Ilse Samoy en de nader te noemen meester

Over de status van kwaliteitsrekening, zijn niet alleen interessante arresten van de Hoge Raad voorhanden, is niet alleen in de literatuur veel gediscussieerd en wordt ook nog steeds veel gediscussieerd, maar zijn ook in België, wederom over de grenzen heen geschreven, zeer leerzame geschriften verschenen. Een eruit springend en de bakens verzettend werk is de recente dissertatie van Ilse Samoy.<sup>152</sup> Zij constateert (nr. 1034) dat verschillende rechtsstelsels de figuur van de *volmaakte* vertegenwoordiging voor een *onbepaalde* vertegenwoordigde kennen. Als voorbeeld hiervan noemt zij de, mijns inziens in Nederland onderbelichte, rechtsfiguur van art. 3:67 BW de *nader te noemen meester*. Bij onbepaalde vertegenwoordiging wordt, als ik het goed zie, in haar ogen afstand gedaan van het *kenbaarheidsvereiste* (nr. 1036) en wel via het beeding van de 'nader te noemen vertegenwoordigde'. Vervolgens zet zij nog een stap en wel naar de *kwaliteitsrekening*:

'Tevens is dit het geval voor een kwaliteitsrekening. Het *niet aanduiden van de identiteit* van de begunstigen bij het openen van de rekening, verhindert niet dat de rekeninghouder als *onmiddellijke* vertegenwoordiger handelt voor rekening van de begunstigen en dat er derdenwerking toekomt aan de interne vertegenwoordiging.' (Curs. BS)

Via de nader te noemen meester van art. 3:67 BW naar de rekeninghouder van een kwaliteitsrekening als onmiddellijk vertegenwoordiger. Een grote (Belgische) stap, maar ook een dogmatisch interessante stap, en zeker in het licht van de zoektocht naar de ware aard van executele. Hiermee zou verklaard kunnen worden dat in geval van faillissement van een executeur het saldo aan de erfgenamen toekomt als de executeur zijn hoedanigheid vermeldt ook al zijn de erfgenamen niet met naam en toenaam genoemd.

Interessant in dit verband is ook de door Samoy gebruikte term vertegenwoordiger in *eigen naam in feitelijke zin* (nr. 1160). Zij wil hiermee aangeven dat op het moment van sluiten van bijvoorbeeld een koop de identiteit van de vertegenwoordigde nog niet kenbaar wordt gemaakt. Dit feitelijk optreden in eigen naam belet in haar visie niet dat de gevolgen van een *onmiddellijke* vertegenwoordiging kunnen intreden. Kortom, ook al noemt de executeur de namen van de erfgenamen niet, doch wel zijn functie, dan verhindert dat niet dat de erfgenamen door onmiddellijke vertegenwoordiging de rechthebbenden van het saldo worden.

151. Zie in deze richting ook E.C.M. WOLFERT, Van Slis-Stroom (1984) tot Cooperatie Beatrixziekenhuis/Procall (2003); het einde van een tijdperk, WPNR (2003) 6541, p. 559-563, die zich in noot 15 afvraagt waarom de Cooperatie geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van art. 7:420 lid 1 BW.

152. ILSE SAMOY, Middellijke vertegenwoordiging (diss. Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, Hoofdstuk VI De kwaliteitsrekening, nrs. 770-801. Samoy benadrukt in noot 1890, p. 611 dat het Nederlandse recht een belangrijke inspiratiebron vormde voor de opstellers van de Principles.

#### 4.2.3 Het Belgische zakelijk bewindsrecht als de relativering van 'ProCall'

Dat de Belgen de Nederlandse discussies rond de kwaliteitsrekening op de voet gevolgd hebben en wij ook hun bespiegelingen vanwege hun relativerende blik vooral moet blijven volgen, bleek mijns inziens overduidelijk uit de bijdrage van Dirix en Sagaert<sup>153</sup> over de kwaliteitsrekening en de impact van het ProCall-arrest<sup>154</sup> in het Liber Amicorum van Marcel Storme:

'In de Nederlandse rechtsleer wordt hierin een omkering van het Slis-Stroom-arrest gezien. Het arrest spoort bij *nader inzien* met de hoger reeds door Van Gerven aangegeven voorwaarden voor de kwaliteitsrekening, nl. dat er een maatschappelijk belang voorhanden is en dat er bepaalde publiciteitsvoorwaarden moeten zijn vervuld. De Hoge Raad oordeelt in casu dat er geen maatschappelijke verantwoording bestaat en dat het gebrek aan publiciteit de belangen van de crediteuren in het gedrang kan brengen. [...] *Dit arrest mag dus niet gelezen worden als een principiële afwijzing van de algemene kwaliteitsrekening.*' (Curs. BS)

Dit betekent, zij het met een (Nederlands) erfrechtelijk sprongetje, voor een executeur dat wil hij van zijn kwaliteit oftewel zijn bijzondere positie in het rechtsverkeer gebruik maken (privatieve vertegenwoordiging), hij aandacht dient te besteden aan het *publiciteitsbeginsel* en duidelijk dient aan te geven dat hij handelt in zijn functie van executeur. Voorts dient er *een maatschappelijk belang* voorhanden te zijn voor de doorbreking van de 'paritas creditorum'. Dit belang kan mijns inziens gelegen zijn in een voorspoedige afwikkeling van de nalatenschap en de bescherming van de schuldeisers van erflater en andere schuldeisers van de nalatenschap. Deze dienen, tot op zekere hoogte, niet de dupe te worden van het feit dat erflater is overleden. De vermoedelijke wens van erflater is dat zijn vertrouwenspersoon eerst zijn 'eigen' schuldeisers, althans die van erflater, voldoet voordat (de schuldeisers van) de erfgenamen aan bod komen. Door zijn (wellicht plotselinge) overlijden was hij immers niet meer in de gelegenheid om het zelf te doen. Vanuit Belgische optiek zou het arrest van 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.), waarin de Hoge Raad de bijzondere notariële kwaliteitsrekening erkent, nog staan als een huis oftewel als 'leading' aangemerkt kunnen wor-

153. E. DIRIX en V. SAGAERT, De kwaliteitsrekening herbezoekt, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2004, nrs. 275 en 278-279.

154. HR 13 juni 2003, NJ 2004, 196 ('ProCall'). Zie hierover onder meer C.R. CHRISTIAANS, ProCall en het einde van de kwaliteitsrekening, Vermogensrechtelijke annotaties 2004, 1, p. 80-90, die in noot 2 opmerkt dat de conclusie van A-G Verkade een goed beeld biedt van de overvloedige hoeveelheid literatuur over de kwaliteitsrekening die de laatste jaren is verschenen. Er wordt overigens nog steeds gediscussieerd over de aard van de kwaliteitsrekening en wat mij betreft zeker niet 'overvloedig'. Zie recent nog E.C.M. WOLFERT, De kwaliteitsrekening met één paar voorwaardelijk belanghebbenden; een dilemma voor de notaris, WPNR (2006) 6687 met reactie van R.J. ABENDROTH, WPNR (2006) 6687, alsmede van L.P. BROEKVELDT, WPNR (2006) 6687, beide reacties met naschrift van E.C.M. WOLFERT in hetzelfde nummer. Zie voorts in deze ook de interessante bijdrage van S.E. BARTELS, Ook bij faillissement van de client is de notaris ten aanzien van de notariële kwaliteitsrekening exclusief bevoegd, WPNR (2006) 6687. Voor de door hem gebezigde titel kan wat mij betreft in het licht van het onderhavige onderzoek mutatis mutandis gelezen worden: 'Ook bij faillissement van de erfgenaam is de executeur ten aanzien van de door hem beheerde (kwaliteits)rekening exclusief bevoegd'.

den met betrekking tot het denken over de 'kwaliteitsrekening' en zou het ProCall-arrest de uitzondering zijn die de hoofdregel alleen maar bevestigt.

Er zijn meer leerzame Belgische geluiden rond het fenomeen kwaliteitsrekening waar te nemen en wel uit de pen van Matthias E. Storme.<sup>155</sup> Mijs inziens kan de door hem gehanteerde benadering zonder meer, zij het mutatis mutandis, ook dienst doen voor de door een executeur geopende bankrekening:

'Een kwaliteitsrekening is per definitie een rekening (die een verbintenisrechtelijke verhouding is) die door de rekeninghouder openlijk *qualitate qua* wordt gehouden (beheerd, d i niet voor eigen rekening), maar voor rekening van een of meer andere personen (of, voor zover het recht dit erkent, een afgezonderd vermogen dat niet aan een persoon zou toebehoren) Openlijk *qualitate qua* betekent met vermelding van de kwaliteit van de opdrachtnemer De rekeninghouder is met de schuldenaar van de vordering (rekeningvoerende instelling) overeengekomen dat hij de rekening houdt voor rekening van derden De rekening staat evenwel niet op naam van de rechthebbende-begunstigde' (Curs BS)

Het verbaast dan ook niet dat Storme (p. 53) de rekeninghouder ziet als een bewindvoerder oftewel een vertegenwoordiger met een zakelijk bewindsrecht, dat hem exclusief het beheer toekent (p. 52 noot 77):

'Volgens de hoger gemaakte ontleding komen dergelijke schuldvorderingen in eigendom toe aan de opdrachtgever, doch bezwaard met een zakelijk werkend bewindsrecht van de vertegenwoordiger Toegepast op de kwaliteitsrekening betekent dit dat de rechthebbende derde eigenaar (of zo er meerdere gerechtigden zijn mede-eigenaar) is van de schuldvordering, maar de rekeninghouder een zakelijk werkend bewindsrecht heeft'

En hij logischerwijs tot de conclusie komt:

'De rechthebbende kan de schuldvordering dan ook revindiceren bij faillissement van de rekeninghouder [ ]'

Interessant voor de executeur-'amateur' is zijn vingerwijziging op p 54.

'Aangezien niet is uit te sluiten dat op de kwaliteitsrekening ook gelden van de rekeninghouder zelf staan, zal de bank waaronder beslag wordt gelegd tegen de beslaglegger wel melding moeten maken van de kwaliteitsrekening, doch ook van het kwaliteitskarakter daarvan, wat inhoudt dat het tegedo in beginsel niet tot het vermogen van de beslagen rekeninghouder hoort'

155 M E STORME, Vertegenwoordiging, lastgeving, kwaliteitsrekening en aanverwante rechtsfiguren, syllabus ten behoeve van het vak notarieel zaken- en contractenrecht, K U Leuven, uitgave 2002-2003, p 47 SCHOORDIJK, De notariële en andere derdenrekeningen, Deventer Kluwer 2003, p 72 is het, als ik het goed zie, weliswaar eens met de benadering van Storme maar verwijt hem dat hij in deze blijft spreken van 'middellijke' vertegenwoordiging Zie ook M E STORME, Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 1998, nr 778 e v

Ik vraag in het verlengde hiervan ook aandacht voor het recente preadvies<sup>156</sup> van Matthias E. Storme (2006) voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland, die als het om door tussenpersonen aangehouden bankrekeningen gaat met daarop de hen toevertrouwde en door hen beheerde gelden, weer de klemtoon legt op het openlijk *qualitate qua* houden van de gelden door de opdrachtnemer/bewindvoerder en het feit dat de identiteit van de opdrachtgever/begunstigde niet hoeft te worden opgegeven, waarbij hij deze wijze van *qualitate qua* handelen duidt als *openlijke middellijke* vertegenwoordiging. Hoe klein is dan toch de stap van *openlijke middellijke* vertegenwoordiging naar *onmiddellijke* vertegenwoordiging. Of past hier alleen, zoals zo vaak in juridische verhandelingen het geval is, de vraag: 'What's in a name?'

De Belgische gedachten over de kwaliteitsrekening, zowel de filosofie van de nader te noemen meester als de gedachte van het zakelijk bewindsrecht, zijn wat mij betreft eenvoudig te transponeren op de Nederlandse kwaliteitsrekening van 'vlees en bloed': de executeur.

Net zoals de Hoge Raad in het ProCall-arrest, advocaten en accountants, naast notarissen, als professionals zag als het ging om het beheer van derdengelden, zo zou men, met enig gevoel voor analogieredeneringen, ook de executeur aan dit rijtje kunnen toevoegen. Ook de executeur is toch een *vertrouwenpersoon* waaraan erflater het (tijdelijke) beheer van zijn gelden heeft toevertrouwd. H.J. Sniijders<sup>157</sup> vraagt, overigens in het Belgisch Tijdschrift voor Privaatrecht, in het licht van de kwaliteitsrekening en 'ProCall' nog aandacht voor het '*Offenkundigheidsprincipe*', hetgeen inhoudt dat iedereen kan en behoort te begrijpen dat de gelden op de rekening niet aan de rekeninghouder toebehoren maar aan bepaalde derden, bijvoorbeeld zijn cliënten. Ik voeg daar aan toe: bijvoorbeeld de door de executeur vertegenwoordigde erfgenamen. Sniijders stelt zich de terechte vraag of de Hoge Raad in het ProCall-arrest zo gemakkelijk om de aanvaarding van de kwaliteitsrekening heen was gegaan als in de *tenaamstelling* van de rekening in alle helderheid was verwoord dat het om gelden van een ander ging en dit gegeven in het cassatiedebat was betrokken. Een gewaarschuwd executeur telt in ieder geval voor twee. Hij vermeldt in de tenaamstelling van de door hem te openen rekening zijn *kwaliteit*. Doet hij dit (ten onrechte) niet, dan kan in beginsel teruggevallen worden op de in art. 7:420 BW opgenomen faciliteit.

De onderhavige paragraaf sluit ik af met de toepasselijke zin waarmee de Belgische Hoogleraar en Raadsheer van het Belgische Hof van Cassatie de be-

156. MATTHIAS E. STORME in zijn preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland 2006, *Paritas creditorum*, voorrang en roerende zekerheden (1), Belgisch Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2006-2, p. 1082 e.v. Dat het bewindsrecht ook een intern aspect kan hebben illustreert de navolgende frase, p. 1084: 'Het bewindsrecht van de tussenpersoon kan beëindigd worden volgens de regels die gelden voor de *interne* verhoudingen. In vele gevallen zal het mandaat van de bewindvoerder niet door de gerechtigden eenzijdig kunnen worden beëindigd, omdat deze niet onvoorwaardelijk gerechtigd is, en er dus meerdere belanghebbenden zijn.'

157. H.J. SNIJDERS, De kwaliteitsrekening nader beschouwd, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 2004-1, p. 612.

spreking<sup>158</sup> van de dissertatie van Steneker over de Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, opende: ‘De kwaliteitsrekening wordt er van verdacht het Trojaanse paard te zijn waarmee de trustfiguur in de omwalling van het BW wordt binnengesmokkeld.’ Ik kan niet nalaten de retorische vraag te stellen of dit niet ook voor de privatieve lastgeving geldt. De executeur bevond zich ook onder oud erfrecht weliswaar reeds binnen de ‘omwalling’, maar kon toen echter nog niet op de dogmatische steun van deze, zij het openlijk, in art. 7:423 BW binnengebrachte, nieuwe bondgenoot rekenen. Via de gelaagde structuur is, na invoering van het nieuwe erfrecht, de verbinding ‘eenvoudig’ te leggen. Verbintenisrechtelijk water stroomt immers ook daar waar het op het eerste gezicht niet gaan kan.

Hierna zullen ter afsluiting van het algemeen deel de gevonden conclusies getoetst worden aan concrete bepalingen van ons algemene vermogensrecht. Daarna komt in het bijzonder deel de betekenis daarvan voor het erfrecht aan bod.

## D. DE (GELAAGDE) AARD IN CONCRETO GETOETST, DE BOEKEN 3, 6 EN 7 BW

### 1. Inleiding

Aangezien executele als schepper van *erfrechtelijke verbintenissen* hiervoor gepositioneerd is als een afgeleide van de overeenkomst van opdracht en van lastgeving, als een ‘quasi-overeenkomst’, ligt het voor de hand om te toetsen in hoeverre de bepalingen van Boek 7 titel 7 BW hierop in concreto van toepassing kunnen zijn. Dit kan vanzelfsprekend met zich brengen dat ook allerlei bepalingen van algemeen vermogenrechtelijke aard, zoals de regels van de Boeken 3 en 6 BW op de ‘quasi-overeenkomst’ van toepassing kunnen zijn. Zo zet een bepaling als art. 6:261 lid 2 BW bijna alle verbintenisrechtelijke deuren wijd open. Het verfrissende verbintenisrechtelijke water stroomt op deze wijze vanzelf naar Boek 4.<sup>159</sup>

‘De bepalingen omtrent wederkerige *overeenkomsten* zijn van overeenkomstige toepassing op *andere rechtsbetrekkingen* die strekken tot het *wederzijds verrichten van prestaties*, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet.’ (Curs. BS)

Een eenvoudig voorbeeld. De executeur levert het (erfrechtelijke) afwikkelingswerk en de erfgenamen als rechtsopvolger van *erflater* betalen hem daarvoor. Twee verbintenissen en twee prestaties. Een interessante bepaling, maar nog interessanter is de toelichting van Meijers in zijn Groene boek.<sup>160</sup> Zo wordt opgemerkt dat lastgeving zonder loon een *onvolkomen* wederkerige overeenkomst is. Dus een executele zonder beloning ook, voeg ik daar aan

158. E. DIRIX, Boekbespreking, WPNR (2006) 6687, p. 792. Wederom een Belgische (relative-rende) kijk op de Nederlandse beladen materie.

159. Zie ook art. 6:279 BW over meerpartijen-overeenkomsten.

160. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 783 e.v.

toe. Maar dan kan de bepaling nog steeds (lees: ondanks de onvolkomenheid) spelen bij 'vergoedingsrechten' leert de toelichting.

Helemaal erfrechtelijk wordt het als ik lees:

'Ook toepassing op rechtsverhoudingen die *niet* uit overeenkomst zijn ontstaan, is niet uitgesloten. Men denke aan de verhouding tussen de erfgenaam en een *legataris* aan wie het recht is opgekomen, een bepaald goed *tegen betaling* van de geldswaarde over te nemen.' (Curs. BS)

Het bestaan van de *erfrechtelijke verbintenis* 'executele' waarop *naar analogie* het overeenkomstenrecht mag worden toegepast, lijkt mij met deze gezaghebbende woorden van Meijers, een feit.<sup>161</sup> En de stap van legaat (tegen betaling) naar executeur (tegen betaling) is immers klein. Een voorbeeld van analoge toepassing van Boek 6 BW zou bijvoorbeeld een beroep op de opschortingsbevoegdheid van art. 6:52 BW kunnen zijn 'indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen.'

Het feit dat de wetgever<sup>162</sup> allesbehalve terughoudend is met analogie, moet door de rechtspraak en wetenschap niet opgevat worden als een (a contrario) aanwijzing om terughoudend te werk te gaan op het gebied van de buitenwettelijke analogie. Het moet een aanmoediging zijn om buiten de gebaande paden te durven treden. Zo heeft W. Snijders<sup>163</sup> opgemerkt dat het nieuwe recht bedoeld is om zich *verder te ontwikkelen* naar gelang van de eisen van de *praktijk* en is Hartkamp<sup>164</sup> van mening dat de rechter in het NBW in staat gesteld is om via de analogische wetstoepassing het wettelijk stelsel *uit te bouwen*. Men mag en moet in een gelaagde structuur toch steeds aansluiting zoeken bij wel in de wet geregelde gevallen?

Heeft de afdeling 'executeurs' geen antwoord, dan heeft de afdeling 'opdracht' dat wellicht wel. Is een regeling bij executele al heel concreet uitgewerkt dan krijgt hij het karakter van species en is er weinig ruimte meer voor analogie, hoogstens voor reflexwerking. Zie hetgeen hierover met betrekking tot de verhouding van executele tot testamentair bewind is opgemerkt. In deze verhouding wordt het genus bewind, althans wat de toepassing van afdeling 4.5.7 BW betreft, willens en wetens overboord gezet door het species executele.

161. Nog niet stellig genoeg vind ik KLEIJN, De bijzondere positie van de legataris bij een legaat tegen inbreng, in Nieuw erfrecht 2003, nr. 5, p. 72-73: 'Daarvoor is veel te zeggen.' Zeer stellig is terecht ASSER-PERRICK, Schenking en erfrecht 6B, Deventer: Kluwer 2005 in nr. 424 en in nr. 442 waar verwezen wordt naar nr. 119.

162. A.S. HARTKAMP, Compendium Vermogensrecht, Deventer: Kluwer 1999, nr. 5 merkt op over schakelbepalingen: 'Deze bepalingen hebben geleid tot een hernieuwde belangstelling voor analogische wetstoepassing, die geenszins is beperkt tot de in de schakelbepalingen aangegeven rechtsregels.' En in zijn monografie, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 23: 'Ook voor het nieuwe BW zal mogen worden aangenomen dat ook andere voorschriften dan de in de "schakelbepaling" genoemde voor analogische toepassing vatbaar zijn.'

163. W. SNIJDERS, Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren, WPNR (2003) 6547, p. 709.

164. A.S. HARTKAMP, Voorwoord Burgerlijk Wetboek, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 5.

Op het gebied van analogie kunnen we zoals gezien ons oor ook te luister leggen bij het Zwitserse vermogensrecht en het is dan waarschijnlijk ook geen toeval dat Künzle met betrekking tot de vraag welke regels van toepassing zijn op de Willensvollstrecker tot zijn flexibele leer van de drie modaliteiten kwam, Hfdst. I.F.4.1.<sup>165</sup> Dit kan immers alleen in een stelsel dat analogie ruim baan geeft.

De wetgever geeft ons in art. 7:424 BW alle ruimte om ook in termen van *lastgeving* te denken bij:

*'andere overeenkomsten* dan lastgeving krachtens welke de ene partij verplicht of bevoegd is voor rekening van de andere partij rechtshandelingen te verrichten, voor zover [...].'

 (Curs. BS)

Hier moet alleen nog de horde 'overeenkomst' genomen worden, maar dat lijkt mij met de gedachte aan de 'quasi-overeenkomst' geen enkel probleem, als men maar steeds weer bereid is om in het concrete geval de aard van de rechtsverhouding in de gaten te houden, zoals het zo mooi heet. Zo lijkt de minister bij een rechtsfiguur als zaakwaarneming ook 'soepel'.<sup>166</sup>

Wat betreft het aspect van de executeur als *vertegenwoordiger* dienen de bepalingen over volmacht in titel 3.3 BW op toepasbaarheid te worden getoetst. Het belang hiervan blijkt wel uit de woorden van Nieskens-Isphording die opmerkt dat de zelfstandige betekenis van de vertegenwoordiging als overkoepelend begrip en van de volmacht als vertegenwoordigingsvorm *bij uitstek* niet uit de wet volgt, maar geleidelijk uit de doctrine en de jurisprudentie naar voren is gekomen en noemt vervolgens het leerstuk van vertegenwoordiging niet alleen een van de belangrijkste onderdelen van het vermogensrecht maar van het gehele privaatrecht.<sup>167</sup> Een opsteker voor de executeur die uit zijn erfrechtelijk isolement wenst te komen.

Wat het *bewinds*aspect van executele betreft kunnen, zoals opgemerkt, de bepalingen uit afdeling 4.5.6 BW als een species van de algemene titel over testamentair bewind afdeling 4.5.7 BW gezien worden, waarbij hierna in Hfdst. V nog aandacht besteed zal worden aan de relatie executele en afwikkelingsbewind.

Van belang is steeds voor ogen te houden dat, hoewel verschillende rechtsfiguren, lastgeving veelal niet alleen gepaard<sup>168</sup> zal gaan met volmacht, maar als het gaat om de verplichting in naam van de lastgever te handelen, dit ook volmacht impliceert.<sup>169</sup>

165. Zij het dat hij zich van het probleem van de 'gesetzliche Vertretung' ook niet helemaal los kon maken.

166. MvA 17 779, nr. 8, p. 11 als reactie op een voorstel van KORTMANN om deze bepaling uit te breiden tot 'rechtsverhoudingen' en niet te beperken tot overeenkomsten. Het bleef bij 'overeenkomst'. Geen probleem, ontwikkelen en uitbouwen mag van HARTKAMP en SNIJDERS zoals hiervoor gezien.

167. B.W.M. NIESKENS-ISPHORDING, *Volmacht* (Boek 3, titel 3 BW), Vijf jaar nieuw Vermogensrecht (NTBR), Deventer: Kluwer 1998, p. 65.

168. ASSER-KORTMANN-THUNNISSEN-DE LEEDE, *Bijzondere overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 172.

169. A.S. HARTKAMP, *Compendium Vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1999, nr. 408.



Wat vertegenwoordiging en Boek 6 betreft verwijs ik – en wel in de sfeer van onrechtmatige daad – ook naar art. 6:172 BW waarin bepaald is dat indien een gedraging van een vertegenwoordiger ter uitoefening van een hem als zodanig toekomende bevoegdheden een fout jegens een derde inhoudt, ook de vertegenwoordigde jegens de derde aansprakelijk is. In de parlementaire geschiedenis<sup>170</sup> is onder meer de ‘*executeur*-testamentair’ als voorbeeld genoemd van een functionaris waarop deze verbintenisrechtelijke regeling van toepassing is. Een executeur is immers, vanuit de erfgenaam bekeken, een ‘niet-onderschikte’ vertegenwoordiger is de gedachte. Hier blijkt weer het belang van het in art. 3:77 BW neergelegde doordachte erfrechtelijke beginsel (‘erflater leeft’).

## 2. De ‘ABC’-benadering

Hoe ga ik te werk?

Bepalingen die (mijns inziens) overeenkomstig (dan wel ‘nagenoeg’ overeenkomstig) van toepassing zijn, zal ik ‘waarderen’ met de kwalificatie A. Bepalingen die niet overeenkomstig van toepassing zijn, maar wel wellicht ‘indirect’, zal ik aanduiden met de term ‘B-bepaling’. Het betreft bepalingen waarvan in ieder geval een reflexwerking<sup>171</sup> zal uit kunnen gaan, terwijl bepalingen die in beginsel niet van toepassing zijn op executele het zullen moeten doen met de kwalificatie: ‘C-bepaling.’ Indien ik ‘ten onrechte’ de A-status aan een bepaling zou verlenen, is hier wellicht wel mee gezegd dat niet uitgesloten is dat van deze bepaling enige reflexwerking zou kunnen uitgaan. Ik sluit overigens niet uit dat zelfs van de C-bepalingen onder omstandigheden enige reflexwerking uit zal kunnen gaan. Het is niet uitgesloten dat bepalingen reeds elders uitgebreid aan bod zijn gekomen. De ‘echte’ A-bepalingen zullen op de executeur ‘herschreven’ worden. Zowel de intern werkende bepalingen als de extern werkende bepalingen, te weten de bepalingen die op vertegenwoordigingsvraagstukken zien, zullen behandeld worden. Het onderscheid intern-extern is niet altijd eenduidig te maken. Wat analogie en reflexwerking betreft stip ik in deze aan het recente arrest van de Hoge Raad<sup>172</sup> van 19 januari 2007, waarin de Hoge Raad aangaf dat, zij het in het licht van een heel ander leerstuk, dat de aard van de vervaltermijn van art. 3:200 BW (terzake van de *laesio enormis*), zich verzette tegen analoge toepassing of *reflexwerking* daarvan buiten het toepassingsgebied van titel 3.7 BW. Onder reflexwerking versta ik in dit verband de ‘inspiratie’ die een rechter bij de betreffende regel kan opdoen om zijn gedachten te bepalen bij het vinden van het recht. Analogie is in zoverre zwaarder dan reflexwerking, omdat bij analogie de gevonden regel (in beginsel) van toepassing is, zij het ‘overeenkomstig’. De term reflexwerking stamt uit de wereld van de ‘algemene voor-

170. Parl. Gesch. Boek 6, p. 732. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld ‘bedriegen’ en ‘ongeoordloofde medediging’ bij het beheer van een onderneming. Zie ook POLAK-WESSELS, Insolventierecht, Bestuur en beheer na faillietverklaring, deel IV, Deventer: Kluwer 2001, par. 4148.

171. Zie recentelijk nog over ‘reflexwerking’ W.M. KLEYN, Reflexwerking van beperkende bepalingen op een actie met onrechtmatige daad, FTV mei 2007 nr. 19.

172. HR 19 januari 2007, Notafax 2007, 21

waarden.<sup>173</sup> Hijma<sup>174</sup> merkt op dat de mogelijkheid van reflexwerking niet mag worden onderschat en er in de literatuur uitgebreide schema's ontworpen zijn, waarin voor verschillende situaties aangegeven wordt of een sterke, een zwakke of in het geheel geen reflexwerking is te verwachten. Dat het een grijs gebied is, blijkt uit het feit dat de Hoge Raad onlangs een variant op analogie leek te hanteren, te weten 'soortgelijke verhouding'.<sup>175</sup>

Het gaat mij bij het 'herschrijven' van de wetteksten om te kijken in hoeverre overeenkomstige toepassing van de betreffende bepalingen op executele haalbaar is oftewel in hoeverre zij met de geest van executele te verenigen zijn, en niet om een proeve van wet in technische zin te ontwerpen. Ik zal eerst naar de 'afdelingen' kijken die in beginsel zien op de interne relatie, te weten opdracht en lastgeving, en daarna naar de bepalingen die zien op de externe relatie met 'derden', te weten 'volmacht'.<sup>176</sup>, waarbij ik nogmaals constateer dat dit onderscheid vanzelfsprekend niet zo zwart-wit te maken is.

### 3. 'Boek 7, titel 7' rechtstreeks, analoog of bij wijze van reflex?

#### 3.1 'Afdeling 1' Opdracht

Bepalingen die elders afzonderlijk behandeld worden, zullen bij wijze van re-sume ook in dit onderdeel opgenomen worden. In deze paragraaf zullen de regels van opdracht getoetst worden.

Art 7:400 BW (Definitie, *herschreven*)

(1) *Executele* is de quasi-overeenkomst van opdracht waarbij de ene 'partij', de executeur, zich jegens de andere 'partij', *erflater* 'verbindt', anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten, inhoudende de *afwikkeling van zijn nalatenschap*.

(2) De artikelen 401-412 zijn, onverminderd artikel 413, van toepassing, tenzij iets anders voortvloeit uit de wet, de inhoud of aard van de overeenkomst van opdracht of van een andere rechtshandeling, of de gewoonte.

Dit is uit de aard een A-bepaling, gelet op het feit dat hierin het wezen van de overeenkomst van opdracht is neergelegd, zij het met de nodige verbintenisrechtelijke flexibiliteit, aangezien in lid 2 met een grote 'tenzij' wordt aange-

173 Zie art. 6:233 sub a BW.

174 JAC HIJMA, C C VAN DAM, WA M VAN SCHENDEL, WL VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 306, waarbij als voorbeeld gegeven wordt 'Wessels/Jongeneel, nr. 449'.

175 Gesignaleerd door B WESSELS, *Toerekening van kennis van een adviseur aan de client* (II, slot), WPNR (2006) 6660, p. 274, waarin hij HR 11 november 2005, V-N 2005/57 20 bespreekt.

176 ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, *De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 35 merkt op 'De bevoegdheid van de executeur tot vertegenwoordiging zouden wij niet als volmacht willen aanmerken'. Op zich juist, zij het dat niet uit het oog verloren mag worden dat art. 3:78 BW het erfrecht, althans de executeur 'doorschakelt' naar de bepalingen van volmacht en dat een volmacht in een uiterste wil getransformeerd zou kunnen worden in een benoeming van een executeur.

geven dat, hoewel in beginsel alle bepalingen van de regeling van opdracht op de rechtsfiguur van toepassing zouden kunnen zijn, er genoeg ruimte is voor (erfrechtelijk) 'maatwerk'. Executele is immers geen overeenkomst, maar een 'quasi-overeenkomst' en kent in afdeling 4.5.6 van BW (ook) eigen speciesbepalingen. Met 'onverminderd' wordt aangegeven dat art. 7:413 BW in beginsel van dwingend recht is, waarover hierna meer.

De diensten die een notaris voor zijn cliënt verricht zijn te scharen onder de overeenkomst van opdracht. Aangezien notaris en afwikkeling van de nalatenschap synoniemen zijn, bewijst dit alleen al dat het verrichten van executeurswerkzaamheden voor erflater onder 'opdracht' te scharen zijn, zij het dat er geen sprake is van een overeenkomst. Wat de kneedbaarheid van de onderhavige regeling betreft verwijs ik naar de parlementaire geschiedenis<sup>177</sup> waar wordt opgemerkt:

'Verwacht mag worden dat de bepalingen van afdeling 7.1, op deze soepele wijze gehanteerd, een redelijk houvast voor normale gevallen kunnen bieden, zonder tot een knellende band voor de praktijk te worden in situaties waarvoor zij minder goed passen.'

Dit brengt mijns inziens met zich dat ook al wordt een bepaling als A-bepaling aangemerkt er nog genoeg ruimte is, om hem in een concrete situatie buiten toepassing te verklaren. In de betreffende toelichting wordt overigens ook het *vermogensbeheer* met zoveel woorden als voorbeeld genoemd van een overeenkomst van opdracht.<sup>178</sup>

Art. 7:401 BW (De norm, *herschreven*)

De *executeur* moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed *executeur* in acht nemen.

Deze bepaling is reeds eerder aan de orde geweest. Aan de ene kant een open deur, maar ondanks de kapstok van art. 6:2 BW wel een belangrijke open deur en daarmee ook een A-bepaling. Deze constatering is met name van belang met het oog op de jurisprudentie,<sup>179</sup> die gewezen is terzake van het onderhavige in acht te nemen '*zorgvuldigvuldigheidsbeginsel*.' Deze is op het uitvoeren van een executele van toepassing. Bij de invulling van de zorgplicht kan de deskundigheid van de executeur vanzelfsprekend een rol spelen, maar ook het 'om niet'-karakter van de werkzaamheden.<sup>180</sup> Zo werd door Hof Amsterdam<sup>181</sup> in het kader van een poging tot het aansprakelijk stellen van een executeur voor de waardedaling van een effectenportefeuille een schadevergoeding afgewezen mede vanwege het feit dat de executeur geen

177. MvT 17 779, nr. 3, p. 3 waar wordt verwezen naar de toelichting op het voorontwerp.

178. Zie bijvoorbeeld R.H. MAATMAN, Het pensioenfonds als vermogensbeheerder (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 97 e.v.

179. Zie bijvoorbeeld over de zorgplicht van een notaris HR 20 december 2002, NJ 2003, 325 en over de zorgplicht van een bank HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192.

180. Zo werd onder het oude recht in art. 7:1838 lid 2 BW hier rekening mee gehouden.

181. Hof Amsterdam 30 juni 2005, NJF 2005, 402. Dit neemt niet weg dat in zijn algemeenheid gezegd het niet onverstandig is als executeur om niet al te lang te wachten met het van de hand doen van effectenportefeuilles of nog concreter gezegd: dan wel deskundigenadvies hierover in te winnen. Een rol zal hierbij overigens ook spelen wat het door erflater gevoerde beleid is. De executeur vertegenwoordigt immers erflater.

beloning toekwam en niet over specifieke kennis op het gebied van aandelen-beheer beschikte.

Art. 7:402 BW (Aanwijzingsbevoegdheid, *gedeeltelijk herschreven*)

(1) De *executeur* is gehouden gevolg te geven aan *door erflater* verleende en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht.

(2) De opdrachtnemer die op redelijke grond niet bereid is de opdracht volgens de hem gegeven aanwijzingen uit te voeren, kan, zo de opdrachtgever hem niettemin aan die aanwijzingen houdt, de overeenkomst opzeggen wegens gewichtige redenen.

Lid 1 kan gezien worden als een A-bepaling mits op de juiste wijze, in het licht van de aard van executele, gelezen en 'herschreven'. Zoals gezien was in het Duitse recht een soortgelijke bepaling de aanleiding om de analogie met 'Auftrag' slechts mondjesmaat toe te passen op de Testamentsvollstreckung, en wel omdat erfgenamen geen aanwijzingen mochten geven. Dit berust mijns inziens op een verkeerde interpretatie van de rechtsfiguur en is derhalve 'gevaarlijk'. Zo gaf Roth<sup>182</sup> onder 'Dogmatische Einordnung' recentelijk nog te kennen:

'Da § 665 BGB in seiner Anwendung von § 2218 I BGB ausgeschlossen ist, ist der Testamentsvollstrecker an etwaige Weisungen der Erben nicht gebunden.'

Accoord, maar ook al was de Duitse zuster-bepaling van art. 7:402 lid 1 BW wel van toepassing, dan moest deze nog steeds gelezen worden vanuit de 'aanjager' van de rechtsverhouding: erflater. Hij is degene die de 'aanwijzingen' geeft in zijn uiterste wilsbeschikking, en wel door middel van een testamentaire last. Aan zijn aanwijzingen is de executeur bij de uitoefening van zijn taak gehouden gevolg te geven.

Daarnaast merk ik op dat het gaat om een regel van regelend recht. De aanwijzingsbevoegdheid is derhalve eenvoudig uit te sluiten voor wat betreft de erfgenamen van de opdrachtgever. Dit staat niet haaks op het wezen van opdracht.

Wat lid 2 betreft kan volstaan worden met de constatering dat het een C-bepaling betreft, aangezien executele een eigen speciesregeling kent van 'opzegging' door de 'opdrachtnemer' en wel in art. 4:149 lid 2, zij het 'ontslag op eigen verzoek' genaamd, waarover hierna meer. Lid 2 is derhalve ook niet herschreven.

Art. 7:403 BW (Informatie en rekening en verantwoording, *herschreven*)

(1) De *executeur* moet de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht en hen *met bekwame spoed en voor zover mogelijk* in kennis stellen van de voltooiing van de opdracht, indien de betreffende *rechtsopvolgers van erflater* daarvan onkundig zijn.

182. WOLFGANG ROTH, *Strategie und Taktik im Erbrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2007, p. 133. Het verbaast dan ook niet dat hij opmerkt dat er bij Testamentsvollstreckung sprake is van een 'gesetzliches Schuldverhältnis sui generis'.

(2) De *executeur* doet aan de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* verantwoording van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten. Heeft hij bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de opdrachtgever gelden uitgegeven of te diens behoefte gelden ontvangen, dan doet hij daarvan rekening.

Naast art. 4:148 BW waar de informatieplicht van de *executeur* is vastgelegd, heeft de onderhavige bepaling wel degelijk, zelfs als A-bepaling, betekenis, omdat art. 4:148 BW als ondergrens inspeelt op een eventuele passieve houding van de *executeur*, terwijl het onderhavige artikel de *executeur* terecht prikkelt om de achterban 'zo veel mogelijk' op de hoogte te houden. Goed beheer betekent nu eenmaal communicatie met de belanghebbenden en is in zoverre een concretisering van het zorgvuldigheidsbeginsel. Tjittes<sup>183</sup> merkt zeer treffend op dat zijn definitie van privaatrecht is: 'het puinruimen bij misgelopen communicatie. Indien de communicatie vooraf door de partijen wordt verbeterd, scheidt dit civiele procedures achteraf.' Goede communicatie door de *executeur* is dan in niet feite niet meer of minder dan het naar voren halen van zijn 'rekening en verantwoording'. De informatieplicht vindt vanzelfsprekend zijn grenzen in de redelijkheid en billijkheid.

Gelet op het feit dat de aard van het erfrecht met zich brengt dat erfgenamen nog al eens onbekend of onvindbaar blijken te zijn, brengt een redelijke wetstoepassing met zich dat de term 'onverwijld' uit de originele tekst in de geschreven tekst uit de aard van de materie afgezwakt is.

Nu art. 4:151 juncto art 4:161 BW een eigen species-regeling kennen voor de rekening en verantwoording is lid 2 in beginsel niet van toepassing op de *executeur* en in zoverre op het eerste gezicht een C-bepaling. De bepaling kan wel gezien worden als een uitvloeisel van het algemene beginsel dat iemand die ten titel van opdracht het vermogen van een ander beheert op grond van zijn mededelingsplicht<sup>184</sup> rekenplichtig is, waardoor het herschrijven 'geen kwaad' kon. De bepalingen zijn in ieder geval niet in strijd met elkaar, zodat 'upgrading' tot B-bepaling oftewel tot een kapstok met reflexwerking gerechtvaardigd is. Voorts kan nog worden gewezen op het feit dat de term verantwoording met zich brengt dat ook aan de orde kan komen waarom een *executeur* een bepaalde beslissing heeft genomen.<sup>185</sup>

Art. 7:404 BW (Persoonlijke uitvoering door de 'feitelijke' *executeur*, *geschreven*)

Indien de *executele* is *ingesteld* met het oog op een persoon die met de *executeur* of in zijn dienst een beroep of een bedrijf uitoefent, is die persoon gehouden de werkzaamheden, nodig voor de uitvoering van de opdracht, zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze

183. R.P.J.L. TJITTES, *Frohliche Wissenschaft* (Redactionele kanttekeningen), *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2007-1.

184. L.L.M. PRINSEN, *Rekenplicht en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 26.

185. Na het afsluiten van het manuscript verscheen hierover een interessant artikel van VON CHRISTINE VOSS, *Entlastung des Testamentsvollstreckers auf Grundlage der Schlussabrechnung nach § 2218 BGB*, *ZEV* 2007, 8, p. 363-365.

onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren; alles onverminderd de aansprakelijkheid van de *exécuteur*.

Ook al staat de persoonlijke vertrouwensrelatie tussen erfflater en exécuteur voorop, dat neemt niet weg dat aan de andere kant in de zakelijke sfeer ook maatschappen of rechtspersonen tot exécuteur kunnen worden benoemd. Denk bijvoorbeeld aan de grote notariskantoor-rechtspersonen en notaris-maatschappen of aan banken.<sup>186</sup> De wet<sup>187</sup> laat, gelet op de negatieve formulering van art. 4:143 BW, immers toe dat een rechtspersoon exécuteur kan zijn. Het persoonlijke karakter van de executele zou hierdoor echter onder druk kunnen komen te staan. De onderhavige A-bepaling heeft oog voor het persoonlijke tintje dat, zoals bij executele het geval is, aan de opdracht kan kleven en geeft daar juridisch vorm aan in die zin dat ook de 'feitelijke' exécuteur naast de exécuteur 'quasi-partij' wordt en daarmee ook aansprakelijk voor het tot een goed einde brengen van de opdracht. Nu in de afdeling executele de onderhavige problematiek niet geregeld is en deze kwestie van groot belang is in de praktijk, verdient de onderhavige bepaling de status A-bepaling. Al is het maar vanuit de gedachte dat men slechts problemen kan oplossen als men het probleem ziet. Dit neemt niet weg dat het persoonlijke karakter van executele steeds in de gaten gehouden moet worden, zeker nu art. 4:142 BW in beginsel slechts een in de plaatsstelling toelaat als hierin voorzien is in de uiterste wilsbeschikking. Dit geldt ook voor de kantonrechter die een exécuteur benoemt. De bevoegdheid hiertoe moet in de uiterste wil zijn opgenomen. Het is derhalve van belang zich bij de formulering van de benoeming van een kantoor, *met het oog op* bijvoorbeeld een bepaalde kandidaat-notaris, tot exécuteur zich van de onderhavige problematiek rekenschap te geven. Uitleg dient met 'man en paard'-bepalingen zo veel mogelijk voorkomen te worden. Aansprakelijkheid van de 'werknemer' kan men, in dachtig art. 7:400 lid 2 BW in de uiterste wilsbeschikking wellicht trachten uit te sluiten.<sup>188</sup>

Naast een recht om 'in de plaats te stellen' kan in de uiterste wilsbeschikking ook aan de exécuteur het recht van assumptie worden verleend. Zowel de onderhavige bepaling als art. 4:142 BW laat ruimte om bepaalde werkzaamheden te delegeren, hetgeen de aansprakelijkheid van de 'formele' exécuteur vanzelfsprekend onverlet laat.

186. In Duitsland heeft het Bundesgerichtshof op 11 november 2004 beslist dat ook 'Banken en Steuerberater' Testamentsvollstrecker mogen zijn, Zerb 2005 nr. 65. In dat licht stelt men zich met het oog op banken thans de vraag in hoeverre het 'Substitutionsverbot' niet overtreden wordt als de medewerkers in plaats van de directie de erfrechtelijke 'klus' klaren. Zie MAYER-BONFELD-WÄLHOLZ-WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 572.

187. MvA 3371, nr. 6, p. 98, Parl. Gesch. Vast., p. 841. ASSER-PERRICK 6B, nr. 510 spreekt in deze van 'uiteraard' kan een rechtspersoon exécuteur zijn en wijst er in noot 215 op dat in de praktijk nogal eens voor kwam de beschikking, dat de maatschap van notarissen en/of advocaten of een maatschap van accountants uit haar midden een exécuteur aanwijst en dat thans in het licht van art. 4:142 lid 1 BW in dat geval de openbare vennootschap ook zelf tot exécuteur benoemd moet worden.

188. ASSER-KORTMANN-THUNNISSEN-DE LEEDE 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 70 spreekt van 'mogelijk' en geeft hierover derhalve geen uitsluit. Hier geldt dan ook: baat het niet, dan schaadt het ook niet.

In de Duitse literatuur<sup>189</sup> kwam ik met het oog op het persoonlijke karakter, het Substitutionsverbod en de eis van het goed beheer de navolgende filosofie tegen:

‘Ein Zweifel kann allerdings nicht aufkommen, wenn die Übertragung einzelner Obliegenheiten auf einen Dritten durch eine letztwillige Anordnung zugelassen [...] ist.’

In de uiterste wilsbeschikking kan men derhalve ook hier trachten maatwerk van te maken. Op zich zijn het verschillende problemen het ‘met het oog op de persoon-vraagstuk’ en de vraag in hoeverre men de werkzaamheden mag delegeren. Deze vraagstukken kunnen echter niet geheel los van elkaar gezien worden. Zie voor de aansprakelijkheid voor het gebruik van ‘hulpverleners’ art. 6:76 BW. De executeur is hiervoor in beginsel, op gelijke wijze als voor eigen gedragingen, aansprakelijk.

Art. 7:405 BW (Beloning, *niet* herschreven)

(1) Indien de overeenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, is de opdrachtgever hem loon verschuldigd.

(2) Indien loon is verschuldigd doch de hoogte niet door partijen is bepaald, is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd.

Deze bepaling is een C-bepaling, omdat art. 4:144 lid 2 BW een (afwijkende) eigen speciesbepaling kent, die hierna in Hfdst. IV.C nog uitgebreid wordt besproken. Interessante reflexgedachten die uit de onderhavige bepalingen zouden kunnen worden gedestilleerd, zijn het feit dat in deze bepaling uitdrukkelijker geregeld is wie de beloning verschuldigd is: de opdrachtgever, waarvoor gelezen kan worden: de erflater en dat indien er een loon verschuldigd is dat dit dan een redelijk loon is, waarmee indirect en heel voorzichtig gezegd is dat de 1%-beloning van art. 4:144 lid 2 BW als redelijk heeft te gelden. Ook bij uitlegkwesties over de executeurbeloning zou de rechter zich kunnen laten leiden door het beginsel van lid 2 dat het verschuldigde loon, tenzij anders bepaald, in ieder geval ‘redelijk’ moet zijn. Voorts zou men in dat kader wellicht ook nog munitie kunnen putten uit de frase ‘het op de gebruikelijke wijze berekende loon’. Men ziet hier dat zelfs van C-bepalingen enige reflexwerking kan uitgaan.

Art. 7:406 BW (Onkosten- en schadevergoedingen, *gedeeltelijk* herschreven)

(1) De *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* moeten aan de executeur de onkosten verbonden aan de uitvoering van de *quasi*-opdracht vergoeden, voor zover deze niet in het loon zijn begrepen.

(2) De opdrachtgever moet de opdrachtnemer de schade vergoeden die deze lijdt ten gevolge van de hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar. Heeft de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf gehandeld, dan geldt de vorige zin slechts, indien dat gevaar de risico's welke de uitoefening van dat beroep of

189. STAUDINGER/REIMANN 2003, § 2218, Rn. 10.

bedrijf naar zijn aard meebrengt, te buiten gaat. Geschiedt de uitoefening van dat beroep of bedrijf anderszins tegen loon, dan is de eerste zin slechts van toepassing indien bij de vaststelling van het loon met het gevaar geen rekening is gehouden.

Lid 1 komt bij de behandeling van de beloning van de executeur aan de orde, waarnaar ik verwijs. Aangezien de onkostenvergoeding van de executeur niet in de afdeling over executele is geregeld en het ontbreken in de uiterste wil van een regeling niet zelden erfrechtelijke strubbelingen veroorzaakt, kan de onderhavige bepaling als A-bepaling aangemerkt worden.<sup>190</sup> Executeurs moeten immers nog al eens 'reizen, schrijven, kopiëren, faxen en telefoneren'.<sup>191</sup> Lid 2 bestempel ik als C-bepaling aangezien het, afgezien van aansprakelijkheden, met het 'bijzonder gevaar' in de boedelpraktijk<sup>192</sup> nog al mee zal vallen.

#### Art. 7:407 BW (Hoofdelijke verbondenheid, *gedeeltelijk herschreven*)

(1) Indien twee of meer personen tezamen een opdracht hebben gegeven, zijn zij hoofdelijk tegenover de opdrachtnemer verbonden.

(2) Indien twee of meer *executeurs* tezamen een opdracht hebben ontvangen, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming.

Ten overvloede merk ik op dat lid 1 zich in het erfrecht niet kan voor doen, aangezien er bij een executele vanzelfsprekend slechts sprake is van *één* erflater. Uit de aard betreft het derhalve een schoolvoorbeeld van een C-bepaling. Het gaat mij te ver om de hoofdelijkheid van lid 1 van de onderhavige bepaling door te trekken naar de hoofdelijke verbondenheid in de zin van het slot van art. 6:6 lid 1 BW en deze ook te laten gelden voor de erfgenamen. Ik voel gelet op de aard van executele, indachtig de quasi-saisine, meer voor analogie met een regeling als art. 4:117 lid 3 BW, waarbij aangesloten wordt bij de omvang van het erfdeel.<sup>193</sup>

De hoofdregel van lid 2 kan als A-bepaling gelden en is derhalve herschreven, zij het dat de uitzondering geconcretiseerd wordt in art. 4:142 lid 2 en lid 3 BW. Erflater, en eventueel de kantonrechter, kan voor maatwerk zorgen, die dan op grond van de 'tenzij' doorwerkt in de aansprakelijkheid. De hoofdregel is niet geregeld in de afdeling executele en ook niet in strijd met de aard van executele.

190. Zie wel art. 4:7 lid 1 letter d BW waar gesproken wordt van de 'kosten' van executele.

191. Zij het dat wij tegenwoordig in het - voor executeurs zeer prettige - e-mailtijdperk leven.

192. Executeurs hoeven nu eenmaal niet 'een brandend warehouse' in om de bezoekers te redden, Nota van Wijziging 17 779, nr. 4, p. 11, waar een voorbeeld van Schoordijk wordt geciteerd.

193. Zie ook W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 209, die de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur benadrukt. Door mij wordt de problematiek benaderd vanuit het niveau van erflater en niet vanuit het niveau van de erfgenaam. Op grond van het quasi-saisine-beginsel kom ik tot dezelfde uitkomst als Kolkman. Zie, naast art. 4:7 lid 1 letter d BW ook art. 3:172 BW waar KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 694, p. 405 zich op beroept.



Art. 7:408 BW (Opzeggingsbevoegdheid, *niet* herschreven)

(1) De opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen.

(2) De opdrachtnemer die de overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, kan, behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst slechts opzeggen, indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt.

(3) Een natuurlijk persoon die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is, onverminderd artikel 406, ter zake van een opzegging geen schadevergoeding verschuldigd.

Gelet op het feit dat art. 4:149 BW een eigen speciesregeling kent voor het einde van de taak van een executeur, onder meer gegoten in de vorm van ontslag, is de onderhavige bepaling een C-bepaling en niet herschreven. Indien men voor lid 1 in de plaats van opzeggen het erfrechtelijk herroepen van een uiterste wilsbeschikking leest, dan kan voor opdrachtgever vanzelfsprekend ook erfflater gelezen worden. Na zijn overlijden heeft erfflater vanzelfsprekend geen 'opzeggingsbevoegdheid' meer. Uit de aard van executele volgt dat de rechtsoptvolgers onder algemene titel van erfflater niet zonder meer met betrekking tot de opdracht van de executeur 'opzeggingsbevoegd' zijn. Zie wat de bevoegdheid om de 'beheersbevoegdheid' van de executeur 'op te zeggen' art. 4:150 BW.

Uit lid 2 volgt dat de executeur in beginsel zijn taak zou moeten volbrengen en hij niet zou kunnen 'opzeggen'. Ook hier is van belang te constateren dat een executeur ook zonder gewichtige reden en zonder dat zijn taak volbracht is, kan 'opzeggen', oftewel erfrechtelijk gezegd op eigen verzoek bij de kantonrechter ontslag kan nemen (art. 4:149 lid 2 BW). De filosofie is immers dat niemand gediend is met een onwillige executeur.<sup>194</sup>

Wie de onopzegbaarheid (of de beperkte opzegbaarheid) die de aard van executele met zich brengt in de gelaagde structuur wil plaatsen, verwijs ik naar de onopzegbare last (in het belang van de lasthebber (executeur), zoals hierna opgenomen in art. 7:422 lid 2 BW.

Art. 7:409 BW (Dood opdrachtnemer, *niet* herschreven)

(1) Indien de opdracht met het oog op een bepaalde persoon is verleend, eindigt zij door zijn dood.

(2) Alsdan zijn diens erfgenamen, indien zij kennis dragen van de erfopvolging en van de opdracht, verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen. Een overeenkomstige verplichting rust op degenen in wier dienst of met wie de opdrachtnemer een beroep of bedrijf uitoefende.

De onderhavige materie is reeds geregeld in een species-bepaling in de afdeling executele te weten art. 4:149 lid 1 letter c en lid 4 BW en is in zoverre een C-bepaling. Wel blijkt ook hier weer dat een opdracht een persoonsgebonden karakter kan hebben en dat indien de opdracht verleend is met het oog op een bepaalde persoon, zoals bij executele in beginsel het geval is, deze opdracht logischerwijs eindigt bij zijn overlijden.

194. Voorlopig Verslag I, nr. 73a, p. 14, Parl. Gesch.Vast., p. 861

Art. 7:410 BW (Dood opdrachtgever, *niet* herschreven)

(1) De dood van de opdrachtgever doet de opdracht slechts eindigen, indien dit uit de overeenkomst voortvloeit, en dan eerst vanaf het tijdstip waarop de opdrachtnemer de dood heeft gekend.

(2) Eindigt de opdracht door de dood van de opdrachtgever, dan is de opdrachtnemer niettemin verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen.

De onderhavige bepaling kan uit de aard niet van overeenkomstige toepassing zijn en is derhalve een C-bepaling, omdat deze uitgaat van een einde van de opdracht bij overlijden van de opdrachtgever, terwijl executele nu juist begint te werken bij het overlijden van opdrachtgever: erflater.

Art. 7:411 BW (Redelijke vaststelling loon bij eerder einde, *herschreven*)

(1) Indien de *quasi*-overeenkomst eindigt voordat de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor zij is verleend, is verstreken, en de verschuldigdheid van loon afhankelijk is van de volbrenging of van het verstrijken van die tijd, heeft de *executeur* recht op een naar redelijkheid vast te stellen deel van het loon. Bij de bepaling hiervan wordt onder meer rekening gehouden met de reeds door de *executeur* verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de opdrachtgever daarvan heeft, en de grond waarop de overeenkomst is geëindigd.

(2) In het in lid 1 bedoelde geval heeft de *executeur* slechts recht op het volle loon, indien het einde van de *quasi*-overeenkomst aan de opdrachtgever is toe te rekenen en de betaling van het volle loon, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijk is. Op het bedrag van het loon worden de besparingen die voor de *executeur* uit de voortijdige beëindiging voortvloeien in mindering gebracht.

Deze bepaling is zonder meer een A-bepaling en kan in de praktijk een belangrijke rol gaan spelen daar waar om welke reden dan ook de *executeur* 'eerder' met zijn werkzaamheden stopt. Ook van het in dit artikel neergelegde beginsel druipt, onverminderd het bepaalde in art. 6:2 BW, de 'redelijkheid' weer af.

In Hfdst. IV.C over de beloning van de *executeur* zal op deze bepaling nog teruggekomen worden. Deze materie is niet geregeld in de afdeling executele en ook niet in strijd met de aard van de executele, waardoor het verleende predikaat niet misstaat.

Art. 7:412 BW (Verjaring vordering afgifte stukken, *herschreven*)

Een rechtsvordering tegen de *executeur* tot afgifte van de stukken die hij ter zake van de opdracht onder zich heeft gekregen, verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop zijn bemoeiingen zijn geëindigd.

Mede gelet op het hierna in art. 7:413 lid 3 BW neergelegde dwingende karakter is het goed om er van uit te gaan dat het een A-bepaling betreft. De materie is niet geregeld in de afdeling van executele, niet in strijd met de aard van executele en betreft een (welkome) aanvulling van de regeling. Hierbij maak ik de kanttekening dat een notaris die *executeur* is, vanzelfsprekend

ook gehouden is aan de eisen die de wet op het notarisambt<sup>195</sup> aan zijn be-  
waarplicht stelt.

Art. 7:413 BW (Dwingend recht, *niet* herschreven)

(1) Van artikel 408 lid 3 kan niet worden afgeweken

(2) Van de artikelen 408 lid 1 en 411 kan niet worden afgeweken ten nadele  
van een opdrachtgever als bedoeld in artikel 408 lid 3.

(3) Van artikel 412 kan slechts op dezelfde voet worden afgeweken als van  
de regels inzake de verjaring van rechtsvorderingen die in titel II van Boek 3  
zijn opgenomen.

Deze bepaling is van dwingend recht en krijgt uit de aard van de regeling de  
status van de bepaling waarnaar in het betreffende lid verwezen wordt.

Art 7:408 lid 3 is een A-bepaling en daarmee lid 1 van art 7:413 BW ook

De artikelen 7:408 lid 1 en art. 7.411 BW zijn A-bepalingen en daarmee lid  
2 van art. 7:413 BW ook. Ik volsta wat lid 3 betreft met een verwijzing naar de  
betreffende regels over de verjaring van rechtsvorderingen. Art. 7.412 BW is  
zoals gezien een A-bepaling.

### 3.2 'Afdeling 2' Lastgeving

Na behandeling van de bepalingen over opdracht, is thans de beurt aan de  
bepalingen van lastgeving, een species van opdracht. Ook hier weer vanuit  
het uitgangspunt dat executele een species is van de quasi-overeenkomst van  
lastgeving.

Art. 7:414 BW (Definitie, *herschreven*)

(1) *Executele* is de *quasi-overeenkomst* van *opdracht/lastgeving* waarbij de  
ene 'partij', de *executeur*, zich jegens de andere 'partij', *erflater*, 'verbindt' voor  
rekening van *zijn rechtsopvolgers onder algemene titel van deze erflater*, een of  
meer rechtshandelingen te verrichten *in het kader van de afwikkeling van zijn  
nalatenschap*

(2) *De executeur* is verplicht *zo veel mogelijk* te handelen in naam van de *erf-  
later en daarmee in naam van zijn rechtsopvolgers onder algemene titel*. Dit kan  
*geschieden door bij zijn handelen zijn kwaliteit. executeur te vermelden.*

Dit is uit de aard een A-bepaling, gelet op het feit dat hierin het wezen van  
de overeenkomst van lastgeving is neergelegd. Lastgeving is een species van  
opdracht en executele is een quasi-overeenkomst van opdracht/lastgeving

Nu in art 4.145 lid 2 BW wordt bevestigd dat de executeur als een (onmid-  
dellijk) vertegenwoordiger dient te worden gezien, brengt dit voor de execu-  
teur in beginsel de verplichting met zich om zo veel mogelijk te handelen 'in  
naam van' en zijn hoedanigheid derhalve ook *kenbaar* te maken door het ge-  
bruik van zijn erfrechtelijke titel. Deze gedachte is tot uitdrukking gebracht  
in het herschreven lid 2. Dit neem niet weg dat ook als een executeur in het  
kader van zijn taak bij wijze van uitzondering 'in eigen naam' handelt, zonder  
vermelding van zijn hoedanigheid, de gevolgen hiervan in beginsel voor re-  
kening van de erfgenamen (kunnen) zijn. Met 'zo veel mogelijk' tracht ik aan  
te geven dat er situaties denkbaar zijn waarin vermelding van hoedanigheid

praktisch niet mogelijk is, al is het maar omdat er wellicht niet altijd 'papier' aan te pas komt. Ook niet uitgesloten is dat de executeur 'vergeet' zijn hoedanigheid te vermelden of dat de vermelding in een bepaalde situatie wellicht 'overdone' is. De woorden 'zo veel mogelijk' zien op de interne relatie erflater/erfgenaam-executeur.

Art. 7:415 BW (Afzonderlijk bevoegd, *herschreven*)

Indien een *executele* met twee of meer *executeurs* is 'aangegaan', is ieder van hen bevoegd zelfstandig te handelen.

Deze bepaling is een A-bepaling. Niet alleen omdat hij nagenoeg overeenkomt<sup>196</sup> met art. 4:142 BW, maar tevens omdat bij lastgeving de nadruk wordt gelegd op de *bevoegdheid* tot het verrichten van *rechtshandelingen*, terwijl bij art. 4:142 BW wordt gesproken over *werkzaamheden*. Dit laatste is te verklaren vanuit het genus: de (quasi-)overeenkomst van opdracht. Op de door de executeur verrichte rechtshandelingen is art. 7:415 BW van toepassing, tenzij erflater anders beschikt heeft. Zie over de gelijkkluidende bepaling inzake volmacht art. 3:65 BW.

Art. 7:416 BW (Selbsteintritt, *herschreven*)

(1) Een *executeur* kan slechts als wederpartij van de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* optreden, indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten.

(2) Een *executeur* die, *bij wijze van uitzondering*, in eigen naam handelt, kan niettemin als wederpartij van de lastgever optreden, indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten.

(3) *Aangenomen dat erflater* handelt als een natuurlijk persoon die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is *desondanks* voor een rechtshandeling waarbij de *executeur* als wederpartij optreedt van de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater géén* schriftelijke toestemming van de *betreffende rechtsopvolgers* vereist, *indien de toestemming van erflater uit zijn uiterste wilsbeschikking blijkt. Bij ontbreken van de toestemming van erflater is op straffe van vernietigbaarheid de schriftelijke toestemming van de betreffende rechtsopvolgers vereist voor bedoelde rechtshandeling.*

(4) De *executeur* die in overeenstemming met de vorige leden als wederpartij van de *rechtsopvolgers van erflater* optreedt, behoudt zijn recht op loon.

Gezien het feit dat een executeur als een (quasi)-lasthebber/vertegenwoordiger aangemerkt kan worden en veelal zelf ook een van de erfgenamen of de legatarissen is, doet zich door deze samenloop van petten, *'selbsteintritt'*, niet zelden voor. In de afdeling 'executele' is anders dan in de afdeling vereffening<sup>197</sup> (art. 4:212 lid 4 BW), geen bepaling over *selbsteintritt* opgenomen, zodat deze bepaling voor de executeur gelet op de aard van de materie als een A-bepaling kan worden aangemerkt. Van belang is zich te realiseren dat de

196. Hetgeen overigens vanwege het 'dubbelop-karakter' ook reden zou kunnen zijn om er een 'C-bepaling' van te maken.

197. Hierbij dienen wij ons – voordat wij a contrario redeneren – steeds rekenschap te geven dat de executele 'van huis uit' onder de vlag van de afdeling vereffening viel.

woorden 'kan slechts' vernietigbaarheid met zich brengt bij overtreding van het verbod.<sup>198</sup> Hierbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat de regeling in beginsel van regelend recht is, zodat erflater de regeling in zijn uiterste wilsbeschikking kan, maar veelal ook zal uitsluiten. Daarnaast zal de inhoud van de rechtshandeling, bijvoorbeeld bij een legaat, in beginsel nauwkeurig vaststaan in de uiterste wilsbeschikking, zodat de uitsluiting slechts geschiedt om het zekere voor het onzekere te nemen. Wel van dwingend recht, op straffe van vernietigbaarheid, is het vormvoorschrift van lid 3 inzake de *schriftelijke* toestemming voor 'selbsteintritt', indien de lastgever een natuurlijk persoon is. Hierbij maak ik de kanttekening dat, er weer van uitgaande dat wij de erflater als de lastgever zien, deze reeds in zijn uiterste wilsbeschikking, eveneens een schriftelijk stuk, 'vooraf'<sup>199</sup> de vereiste toestemming zou kunnen geven. Een andere redenering zou kunnen zijn dat lid 3 niet van toepassing kan zijn omdat de betreffende lastgever is overleden en de last uit de aard van de rechtsverhouding ziet op de situatie na overlijden, de situatie waarvoor erflater de executeur juist het vertrouwen heeft geschonken. De executeur moet immers ook kunnen handelen tegen de wil van de erfgenamen en in de situatie dat de erfgenamen onbekend zijn. Hier kan men weer tegen inbrengen dat hij het vertrouwen niet dient te beschamen en zich sowieso van iedere selbsteintritt onthoudt zonder schriftelijke toestemming van de erfgenamen als de rechtsopvolgers van erflater in de zin van lid 3. Bij een *legaat* aan de executeur is echter uit de aard van de rechtshandeling als het ware de schriftelijke toestemming reeds vooraf in de uiterste wilsbeschikking gegeven.<sup>200</sup> Een gedachte zou ook nog kunnen zijn dat voor zover er in abstracto vooraf afstand wordt gedaan door erflater van de bescherming van lid 3, deze afstand, gelet op het dwingend recht, materieel het karakter krijgt van of zo men wil geconverteerd wordt in een keuzelegaat tegen inbreng van de waarde aan de executeur, waarvoor reeds 'vooraf' (schriftelijke) toestemming is gegeven in concreto.

In de herschreven tekst is er van uitgegaan dat er, anders dan in de originele tekst, *geen* schriftelijke toestemming vereist is in de zin van lid 3, voor zover uit de uiterste wil blijkt dat *erflater* zijn toestemming verleend heeft voor de betreffende handeling. In de praktijk zal men de betreffende toestemming desgewenst zo veel mogelijk vooraf verlenen in de uiterste wilsbeschikking. Indien men er wel vanuit zou gaan dat, anders dan bij een legaat, waar erflater uit de aard van de rechtshandeling, al in de uiterste wilsbeschikking zijn toestemming heeft gegeven, wel de schriftelijke toestemming van alle erfgenamen vereist is, in de zin van lid 3, heeft dit tot consequentie dat de executeur de betreffende selbsteintritt-transactie alleen kan verrichten als alle erfgenamen bekend zijn en hun schriftelijke toestemming verlenen. Wellicht, gelet op de aard van executele, een stap te ver. Deze toestemming kan overigens wel van belang zijn in het kader van het zonder al teveel strubbelingen kunnen afleggen van de rekening en verantwoording door de execu-

198. MvT, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 346.

199. ASSER-KORTMANN-THUNNISSEN-DE LEEDE 5-III, Bijzondere overeenkomsten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994, nr. 110 en MvT 17 779, nr. 3, p. 9 en MvA 17 779, nr. 8, p. 6. In het Duitse recht geldt § 181 BGB een bepaling die dwingender van aard is.

200. Zie over 'selbsteintritt' en executele mijn bijdrage B M.E.M. SCHOLS, WPNR (2001) 6436, Het legatum per vindicationem in de gedaante van executeur-testamentair als 'Vermacht-nisvollstrecker'.

teur aan de betreffende erfgenamen. Maar nogmaals, bij legaten aan de executeur is dit niet aan de orde.

Art. 7:417 BW (Lasthebber wederpartij, *herschreven*)

(1) Een *executeur* mag slechts tevens als lasthebber van de wederpartij optreden, indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen de belangen van de erflater en de andere lastgever is uitgesloten.

(2) *Aangenomen dat erflater handelt als een natuurlijk persoon die een opdracht heeft verstrekt anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf*, is voor de geoorloofdheid van de rechtshandeling waarbij de executeur ook als lasthebber van de wederpartij optreedt, zijn schriftelijke toestemming vereist.

(3) Een *executeur* heeft geen recht op loon jegens een lastgever ten opzichte van wie hij in strijd met het in de vorige leden bepaalde handelt, onverminderd zijn gehoudenheid tot vergoeding van de dientengevolge door die lastgever geleden schade. Van deze bepaling kan niet ten nadele van erflater of de andere lastgever worden afgeweken.

(4) Indien een der lastgevers een persoon is als bedoeld in art. 408 lid 3, en de rechtshandeling strekt tot koop of verkoop dan wel huur of verhuur van een onroerende zaak of een gedeelte daarvan of van een recht waaraan de zaak is onderworpen, heeft de *executeur of de andere lasthebber* geen recht op loon jegens de koper of huurder. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de koper of huurder worden afgeweken, tenzij de rechtshandeling strekt tot huur of verhuur van een tot woonruimte bestemd gedeelte van een zelfstandige woning.

Wat het commentaar op de onderhavige bepaling betreft verwijs ik grotendeels naar het commentaar op het vorige artikel. Ook deze bepaling is geleet op de aard van de materie, en bij gebreke van een regeling in de afdeling executele, een A-bepaling. Men moet zich inderdaad de vraag stellen in hoeverre het door erflater in de executeur gestelde vertrouwen zich verdraagt met het aangaan van een 'lastgevingsrelatie met een 'derde'. Een executeur zou in beginsel géén 'twee heren moeten dienen' bij de afwikkeling van een nalatenschap. Hij heeft slechts één meester en dat is erflater. De sancties van deze bepaling zijn minder streng dan bij het vorige artikel. Lid 1 spreekt van 'mag' en lid 2 gaat uit van schadevergoeding, waaronder begrepen het verval van het recht op beloning.

In de praktijk dient derhalve een executeur die, naast vertegenwoordiger van de erflater tevens optreedt als lasthebber van een legataris bij een akte houdende afgifte legaat, wel, althans naar de letter, erop bedacht te zijn dat hij wellicht zijn boekje te buiten gaat en daarmee zijn recht op loon verbeurt, tenzij hij weer hiervoor, let wel: thans voor het dienen van 'twee heren', 'vooraf' in de uiterste wilsbeschikking toestemming heeft gekregen van erflater. Voor de geldigheid van de rechtshandeling(en) heeft dit in beginsel geen gevolgen. De afgifte van een legaat aan zichzelf is iets anders dan het 'dienen van twee heren'. Wel dient men zich bij een transactie als de afgifte van een legaat, waarbij de executeur tevens optreedt als lasthebber van de legataris (een derde) de vraag te stellen welke schade hierdoor zou kunnen ontstaan en of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid verval van de beloning recht-

vaardigen. Een benadering zou vanzelfsprekend ook kunnen zijn dat een erfflater die een legaat bespreekt, de legataris het zo gemakkelijk mogelijk wil maken en geacht wordt de executeur de toestemming te hebben gegeven om ook als lasthebber op te treden bij de afgifte van het legaat.

Art. 7:418 BW (Lasthebber als direct of indirect belanghebbende, *herschreven*)

(1) Heeft, buiten de gevallen bedoeld in de artikelen 416, 417, *de executeur* direct of indirect belang bij totstandkoming van de rechtshandeling, dan is hij verplicht *de rechtsopvolgers onder algemene titel van erfflater* daarvan in kennis te stellen, tenzij de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten.

(2) Een *executeur* heeft geen recht op loon jegens de lastgever ten opzichte van wie hij in strijd met het in lid 1 bepaalde handelt, onverminderd zijn gehoudenheid tot vergoeding van de dientengevolge door die lastgever geleden schade. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erfflater* worden afgeweken.

Deze bepaling dient gezien te worden als het sluitstuk<sup>201</sup> op de eerdere bepalingen omtrent mogelijke belangenverstrengeling tussen lasthebber en lastgever en is om dezelfde redenen als hiervoor genoemd, uit dien hoofde eveneens een A-bepaling. De afdeling executele kent niet een soortgelijke regeling, die de toepassing van deze bepaling rechtstreeks uitsluit. Ook hier weer wijs ik op het feit dat het in zoverre met deze regel in de praktijk mee zal vallen, omdat de kennisgevingsverplichting van lid 1 *niet* speelt als de inhoud van de rechtshandeling nauwkeurig vaststaat. Dit neemt niet weg dat het met het oog op het afleggen van een soepele rekening en verantwoording verstandig is de erfgenamen zo veel mogelijk inlichtingen te geven met betrekking tot de uitoefening van de taak als executeur, mede in het licht van de informatieplicht op grond van art. 4:148 BW.

Art. 7:419 BW (Omvang schade, *herschreven*)

Indien een *executeur, bij wijze van uitzondering*, in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een derde die in de nakoming van zijn verplichtingen tekortschiet, is de derde binnen de grenzen van hetgeen omtrent zijn verplichting tot schadevergoeding overigens uit wet voortvloeit, jegens de lasthebber mede gehouden tot vergoeding van de schade die de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erfflater* door de tekortkoming hebben geleden.

Ook hier merk ik op dat deze problematiek zich niet snel zal voordoen, vandaar de toevoeging 'bij wijze van uitzondering', omdat de executeur in beginsel bij het verrichten van een rechtshandeling zal aangegeven in welke hoedanigheid hij handelt, te weten als onmiddellijk vertegenwoordiger van de rechtsopvolgers onder algemene titel van erfflater. Doet hij dit niet, dan kan hij als quasi-lasthebber in beginsel terugvallen op de onderhavige regeling. Mede gelet op het feit dat deze problematiek niet bij wijze van species gere-

201. Zie over de ontwikkelingen op het gebied van de tegenstrijdigbelangregeling in het rechtspersonenrecht W. BOSSE, Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang, HR 14 juli 2006 en stand van zaken, JBN 2006 nr. 69.

geld is in de afdeling executele en zich ook met de aard daarvan niet bijt, kan deze regel als A-bepaling gezien worden. De executeur zal op grond van zijn taak ook gebruik dienen te maken van zijn bevoegdheid om ook de schade die de rechtsopvolger van de erflater heeft geleden te vorderen, ook al is hij de overeenkomst op 'eigen naam', zonder vermelding van zijn hoedanigheid aangegaan.

Art. 7:420 BW (Voor overgang vatbare rechten doen overgaan, *herschreven*)

(1) Indien een *executeur, bij wijze van uitzondering*, in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een derde, zijn verplichtingen jegens de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* niet nakomt, in staat van faillissement geraakt, indien ten aanzien hem schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing wordt verklaard, kunnen de *rechtsopvolgers onder algemene titel* de voor overgang vatbare rechten van de executeur jegens de derde door schriftelijke verklaring aan hen beiden zich doen overgaan, behoudens voor zover zij in de onderlinge verhouding tussen *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater en executeur* aan deze laatste toekomen.

(2) Dezelfde bevoegdheid hebben de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* indien de derde zijn verplichtingen tegenover de *executeur* niet nakomt, tenzij deze de *betreffende rechtsopvolger* voldoet alsof de derde zijn verplichtingen was nagekomen.

(3) De *executeur* is in de gevallen in dit artikel bedoeld gehouden de naam van de derde aan de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* op hun verzoek mede te delen.

Deze bepaling kan bijvoorbeeld een rol spelen als de executeur failliet zou gaan en de nalatenschap nog niet helemaal is afgewikkeld. De erfgenamen krijgen via deze bepaling een sterk recht jegens de faillissementscurator.<sup>202</sup> Dit neemt niet weg dat een executeur er in het rechtsverkeer alles aan moet doen om zijn hoedanigheid zo veel mogelijk kenbaar te maken. De strekking van de onderhavige regeling is bescherming van de lastgever tegen allerlei calamiteiten, die zich kunnen voordoen, zoals met name het faillissement van de lasthebber. De door een executeur beheerde gelden en andere vorderingen zouden immers in beginsel in zijn faillissement vallen, waardoor de erfgenamen achter het net zouden kunnen vissen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de executeur na de levering van een goed van de erfgenamen failliet gaat voordat hij de koop-som heeft ontvangen. Aangezien deze problematiek niet geregeld is in de afdeling executele en past bij de aard van executele, dient deze bepaling mijn inziens als A-bepaling te gelden. Als het goed is, zal ook deze situatie zich niet veelvuldig voordoen, omdat zoals opgemerkt de executeur in beginsel verplicht is, om in het belang van de erfgenamen, zijn hoedanigheid zo veel mogelijk te vermelden. De bepaling kan derhalve als een vangnet gezien worden voor de situaties waarin de executeur 'door de omstandigheden' op eigen naam gehandeld heeft. Het hem toekomend loon kan de executeur overigens op grond van het slot van het eerste lid onder zich houden. Dit brengt de rechtsverhouding tussen erfgenaam en executeur met zich mee.<sup>203</sup>

202. Onverlet het bepaalde in art. 3:110 BW.

203. Dit bedrag valt dan vervolgens in het faillissement van de executeur, aangezien hij dit voor zichzelf gaat houden.



Art. 7:421 BW (uitoefenen door derde van de rechten uit de overeenkomst, *herschreven*)

(1) Indien een *exécuteur*, bij wijze van uitzondering, in eigen naam een overeenkomst heeft gesloten met een derde, zijn verplichtingen jegens de derde niet nakomt, in staat van faillissement geraakt of indien ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing wordt verklaard, kan de derde na schriftelijke mededeling aan de *exécuteur* en de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* zijn rechten uit de overeenkomst tegen de *betreffende rechtsopvolgers* uitoefenen, voor zover deze op het tijdstip van de mededeling op overeenkomstige wijze jegens de *exécuteur* gehouden is.

(2) De *exécuteur* is in het geval in dit artikel bedoeld gehouden, de naam van *erflater*, of voor zover bekend, zijn *rechtsopvolgers onder algemene titel*, aan de derde op diens verzoek mede te delen.

Deze bepaling is in zoverre het spiegelbeeld van art. 7:420 BW dat het hier niet gaat om de bescherming van de erfgenamen, rechtsopvolgers van de quasi-lastgever, maar om de derde, degene die met de *exécuteur* heeft gehandeld. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat de *exécuteur* 'op eigen naam' aan de derde bijvoorbeeld inboedel heeft verkocht, de derde de koop-som reeds aan de *exécuteur* heeft betaald, en de *exécuteur* failliet gaat voor hij de goederen kan leveren. Door de onderhavige bepaling kan de derde rechtstreeks de erfgenamen aanspreken en levering van de verkochte zaken vorderen. Er van uitgaande dat de goederen zich nog onder de erfgenamen bevinden. Gelet op het feit dat deze materie niet geregeld is en van groot belang is voor de bescherming van het rechtsverkeer, ga ik er vanuit dat dit ook een A-bepaling is. Let wel: ook hier geldt weer dat als de *exécuteur* zijn hoedanigheid bij de verkoop bekend gemaakt heeft, de onderhavige regeling in beginsel overbodig is, omdat in dat geval de derde op grond van de regels van onmiddellijke vertegenwoordiging de erfgenamen rechtstreeks kan aanspreken.

Art. 7:422 BW (Einde, *niet* *herschreven*)

(1) Lastgeving eindigt, behalve door opzegging overeenkomstig artikel 408, door:

(a) de dood, de ondercuratelestelling, het faillissement van de lastgever, of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, met dien verstande dat de dood of de ondercuratelestelling de overeenkomst doen eindigen op het tijdstip waarop de lasthebber daarvan kennis krijgt;

(b) de dood, de ondercuratelestelling, het faillissement van de lasthebber of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.

(2) Van artikel 408 lid 1 voor zover van toepassing op lastgeving, en van lid 1 onder a kan niet worden afgeweken. Voor zover de overeenkomst strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de lasthebber of van een derde, kan echter worden bepaald dat zij niet door de lastgever kan worden opgezegd, of dat zij niet eindigt door de dood of de ondercuratelestelling van de lastgever. Art. 74 leden 1, tweede zin, 2 en 4 van Boek 3 is van overeenkomstige toepassing.

(3) Eindigt de lastgeving door de dood of de ondercuratelestelling van de lastgever, dan is de lasthebber niettemin verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen.

(4) Eindigt de lastgeving door de dood van de lasthebber, dan zijn diens erfgenamen, indien zij kennis dragen van de erfopvolging en van de lastgeving, verplicht al datgene te doen wat de omstandigheden in het belang van de wederpartij eisen. Een overeenkomstige verplichting rust op degenen in wier dienst of met wie de lasthebber een beroep of bedrijf uitoefenen.

Deze bepaling is een C-bepaling. Waarom? De bepaling is niet van toepassing op executele vanwege het simpele feit dat art. 4:149 BW een geheel eigen species-regeling kent voor het einde van de taak van de executeur. Dit is van groot belang, omdat de onderhavige bepaling als de achilleshiel van de (privatieve) lastgeving kan worden aangemerkt. De lastgeving, ondanks een beding van onopzegbaarheid, is onder meer ook in geval van faillissement van de lastgever op te zeggen.<sup>204</sup> Hierdoor heeft er in de rechtspraak van meet af aan een wantrouwen bestaan jegens deze rechtsfiguur. Executele heeft deze handicap niet, omdat de taak van de executeur en daarmee zijn bevoegdheden niet eindigen bij faillissement van een erfgenaam.

Wel laat deze bepaling, ondanks zijn diskwalificatie, zien dat lastgeving niet zonder meer opzegbaarheid met zich brengt. Ook een last is *onopzegbaar* te maken, mits in het belang van een lasthebber of een derde. Bij een executele is het in belang van de executeur dat 'zijn last' niet zomaar door de erfgenamen kan worden opgezegd. Indien dit anders zou zijn, zou hij voor een onmogelijke opgave geplaatst zijn. Een voorbeeld van een C-bepaling met enige reflexwerking.

Voor de volledigheid merk ik op dat executele blijktens art. 4:149 BW letter d wel eindigt wanneer de nalatenschap overeenkomstig de wet moet worden vereffend. Enige verwantschap met faillissement, althans indachtig het faillissement van erflater als 'quasi-lastgever', kan, zacht uitgedrukt, de wettelijke regeling van vereffening dan ook niet ontzegd worden. Hierbij past wel de kanttekening dat bij een ruimschoots-voldoende 'verklaring' in de zin van art. 4:202 BW men niet aan de formele vereffening en bijgevolg ook niet aan het einde van de executele in de zin van art. 4:149 BW letter d toekomt. Maar dan is er ook geen sprake van een negatieve nalatenschap en erflater (quasi-lastgever) als het ware ook niet failliet. Dit dient dan ook onderscheiden te worden van de situatie dat een erfgenaam failliet is. Een faillissement van de erfgenaam raakt de executeur in beginsel niet.<sup>205</sup>

#### Art. 7:423 BW (Privatieve lastgeving, gedeeltelijk *herschreven*)

(1) Indien *erflater op grond van een quasi-overeenkomst van lastgeving de executeur de bevoegdheid verleent om de aan zijn rechtopvolgers onder algemene titel toekomende rechten als eigen recht* en met uitsluiting van deze *rechtsoptvolgers* uit te oefenen, missen deze *rechtsoptvolgers* de bevoegdheid tot deze uitoe-

204. Zie J.J. VAN HEES, Het einde van de last als gevolg van faillissement, Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Serie Onderneming en recht deel 17, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 175-187.

205. Zij het dat dan een eventueel overleg met de faillissementscurator moet plaatsvinden of in plaats van een toestemming van de erfgenaam de toestemming van de faillissementscurator verkregen moet worden.

fening voor duur van de *quasi-overeenkomst* ook jegens derden. De *onbevoegdheid van de rechtsopvolgers van onder algemene titel van erflater* kan niet worden tegengeworpen aan derden die haar kenden noch behoorden te kennen.

(2) Indien de lasthebber die de uitsluiting bedong, een rechtspersoon is die zich ingevolge zijn statuten ten doel stelt de gezamenlijke belangen van meer lastgevers door de uitoefening van de aan hen toekomende rechten te behartigen, kan in afwijking van artikel 422 lid 2 worden overeengekomen dat de lastgeving niet zal eindigen door opzegging door de lastgever op een termijn die minder dan een jaar bedraagt, noch door diens dood, ondercuratelestelling, faillissement of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Dit beding sluit niet uit dat de overeenkomst op een termijn van tenminste één maand kan worden opgezegd door de erfgenamen van de lastgever of, in geval van diens faillissement of ondercuratelestelling, door de curator dan wel, indien ten aanzien van de lastgever of de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, door de bewindvoerder. Wanneer de nalatenschap van de lastgever ingevolge artikel 13 van Boek 4 wordt verdeeld, komt de bevoegdheid van de erfgenamen, bedoeld in de vorige zin, toe aan zijn echtgenoot of geregistreerd partner.

Vooraf merk ik op dat ik lid 2 van art. 7:423 BW als een C-bepaling zie en wel om dezelfde reden als aangegeven bij het vorige artikel. Het einde van de executele kent een eigen species-regeling in art. 4:149 BW. Dit mag niet afdoen aan het feit dat lid 1 van het onderhavige artikel, de mogelijkheid om lastgeving *privatief* te maken, als het hart, of in ieder geval als een van de hartkammers, van executele gezien kan worden. Een executeur kan zijn taak immers alleen uitoefenen als hij niet gestoord wordt door het optreden van zijn achtermannen, de erfgenamen. Ondanks het feit dat uit art. 4:145 lid 1 BW weliswaar blijkt dat de erfgenamen *onbevoegd* zijn om over de goederen van de nalatenschap te *beschikken*, gaat de onderhavige bepaling nog een stap verder en laat zien dat het private karakter ook betrekking kan hebben op beheershandelingen. Executele kan gezien worden als een verrijnde toepassing van het beginsel van private lastgeving. De basis voor deze nieuwe rechtsfiguur is, zij het geschreven voor overeenkomsten, art. 7:423 lid 1 BW en daarmee een A-bepaling.<sup>206</sup> Illustratief zijn de door de wetgever in de par-

206. Over de private last is veel literatuur verschenen, zij het niet altijd even optimistische geluiden. Zie onder meer: W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Lastgeving*, Deventer: Kluwer 1993, p. 11 e.v., ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, *De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 68, ASSER-KORTMANN-DE LEEDE-THUNNISSEN 5-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 169, J.J.A. DE GROOT, *Private last en economische eigendom (I) en (II slot)*, WPNR (1995) 6180 en 6181, J. SCHÖNAU, WPNR (1995) 6194 *Reactie op De Groot, S.Y.Th. MEYER, Lastgeving met private werking staat buitenspel*, NJB 1995, afl. 8. C.R. CHRISTIAANS, T.H.M. VAN WEICHEM, *Artikel 7:423 BW tegen het licht gehouden*, WPNR (1995) 6193, DW. AERTSEN, *Lastgeving tot verkoop en levering in eigen naam, Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk recht*, deel 7 *Serie Onderneming en recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 453-463 en in dezelfde bundel W.A.K. RANK, *Private last tot hypotheekvestiging: een nieuwe zakelijke zekerheid*, p. 465-479. A.J.F.A. LEIJTEN, *Private lastgeving en trustachtige figuren, Vertrouwd met de trust*, deel 5 *Serie Onderneming en recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 419-436 merkt treffend op. 'Sommige schrijvers lijken daarbij uit het oog te verliezen dat

mentaire geschiedenis gegeven voorbeelden waarvoor deze rechtsfiguur gebruikt kan worden.<sup>207</sup> De verwantschap met executele en de afwikkeling van een nalatenschap spreekt mijns inziens voor zich. De wetgever vond dat het voor de hand lag:<sup>208</sup>

‘Voor [...] een lastgeving betreffende de uitoefening van rechten die men niet aan een ander wil overdragen, maar die men wel door een ander in diens eigen naam wil laten beheren of exploiteren, [...] dat de lastgever zich moet kunnen verbinden voor de duur van de overeenkomst zelf deze rechten niet uit te oefenen teneinde een goed beheer of een goede exploitatie daarvan – vaak ook een belang van de lasthebber zelf – niet te doorkruisen.’ (Curs. BS)

En wat een sprekend voorbeeld betreft:<sup>209</sup>

‘Tenslotte is er evenmin reden waarom de figuur van het artikel niet zou kunnen worden gebezigd in verband met het beheer van effecten, bijv. door een *trustkantoor*.’ (Curs. BS)

Maar men zou haar in de praktijk ook kunnen betrekken op:

‘het beheer van registergoederen.’<sup>210</sup>

Ik realiseer mij, zoals hiervoor reeds aangegeven, dat art. 7:423 lid 1 BW uitgaat van het handelen op ‘eigen naam’. Hieraan hoeft de executeur zich echter dogmatisch niet te storen, omdat de wetgever in art. 4:145 lid 2 BW de knoop doorgemaakt heeft door de executeur te positioneren als een *onmiddellijk* vertegenwoordiger. Niemand twijfelt over het privaatieve karakter van executele onder het nieuwe erfrecht, het is dan ook met name dit *privaatieve* karakter dat gedestilleerd kan worden uit de achter art. 7:423 BW schuilgaande nieuwe rechtsbron. Wie een verklaring nodig heeft voor het onmiddellijke vertegenwoordigingskarakter van de executele kan zijn oor te luister leggen bij art. 3:67 BW, de filosofie van de nader te noemen meester. In een gelaagde structuur mag men immers de rechtsfiguren ‘pellen’. De erfrechtelijke ken-

→ de lastgevingsovereenkomst (dus ook de privaatieve lastgevingsovereenkomst) op dezelfde wijze onherroepelijk kan worden gemaakt als de volmacht.’ En voorts. ‘Bij een onherroepelijke privaatieve lastgeving is opzegging immers onmogelijk, ook in geval van dood of ondercuratelestelling van de lastgever. [...] Een onherroepelijk gemaakte privaatieve last aan een lasthebber als bedoeld in art. 7:423 lid 2 BW kan dus even onopzegbaar worden gemaakt als een bewindsconstructie, behoudens de mogelijkheid van opzegging door een faillissementscurator.’ Zie ook R.G.J. NOWAK, De ‘privaatieve stemvolmacht’ aan certificaathouders in de nieuwe structuurregeling, WPNR (2002) 6491.

207. MvA 17 779, nr. 8, p. 9-11. Interessant in het kader van het onderhavige onderzoek is ook de opmerking van de minister (in het kader van de ‘Buma-Stemra’-problematiek) ‘In beginsel zou daartoe ook de figuur van een *bewind* kunnen dienen, maar nu is besloten de bewindsregeling van titel 3.6 niet tezamen met Boek 3 in te voeren, is het aanzienlijk eenvoudiger hier naar de thans voorgestelde figuur van *een last* op eigen naam te grijpen.’ (Curs. BS)

208. MvA 17 779, nr. 8, p. 8.

209. MvA 17 779, nr. 8, p. 10.

210. Hierbij wordt opgemerkt dat dan inschrijving van het beding krachtens artikel 3:17 lid 1 onder a BW mogelijk zal zijn voor zover het de bevoegdheid van de rechtshabende (de lastgever) om over het goed te beschikken aantast en derhalve in dit opzicht voor de rechtstoestand van het registergoed van belang is.

baarheid van het handelen in naam van als vereiste voor onmiddellijke vertegenwoordiging kan ook gezocht worden in het gebruik van de titel executeur. Hiermee geeft hij aan dat hij handelt 'qualitate qua'. Dit neemt niet weg dat als men beide grondslagen in het licht van het erfrecht combineert, men met Schoordijk in art. 7:423 BW 'eigen naam' als eigen recht zou kunnen lezen, in de betekenis van 'tegen de wil van de erfgenamen' kunnen handelen en toch de rechtsgevolgen van dit handelen voor hun rekening laten komen.

Het A-karakter van de onderhavige bepaling zit niet zozeer in het rechtstreeks van toepassing zijn, maar in de introductie van een nieuwe rechtsfiguur, een nieuw beginsel in het vermogensrecht, dat als kapstok kan dienen voor de ontwikkeling van het denken over executele. Onder het oude recht kon immers aan een last geen privatieve werking worden verleend, HR 29 september 1989, NJ 1990, 307 (Van Spijk-Beeldrecht). Men heeft gezocht naar een tussenfiguur die in plaats van de bewindvoerder in de zin van de (niet ingevoerde) titel 3.6 BW bevoegdheden krijgt met een zekere derdenwerking, terwijl het betreffende recht toch niet aan verhaal van schuldeisers van de lasthebber bloot kwam te staan. Ook hierin herken ik weer de executeur.<sup>211</sup>

Met name is de verhouding van de privatieve werking tot de derdenbescherming van groot belang voor executele, te weten de passage: 'De uitsluiting kan niet worden tegengeworpen aan derden die haar kenden noch behoorden te kennen.' In de parlementaire geschiedenis<sup>212</sup> is de navolgende opmerking gemaakt die mijns inziens ook doorwerkt naar executele:

'Het ligt voor de hand dat derden van een dergelijke uitsluiting evenwel niet de dupe mogen worden, wanneer zij te goeder trouw van de bevoegdheid van de lastgever zijn uitgegaan. Met het oog hierop is een tweede zin opgenomen. De bewijslast ter zake van goede trouw ligt in beginsel bij de derde, zij het dat diens goede trouw vaak verondersteld zal mogen worden.'

Voor het erfrecht en daarmee voor executele is in dit kader van belang op te merken dat art. 4:187 BW de erfrechtelijke goede trouw concretiseert en dat daarbij een verklaring van erfrecht, of zo men wil een verklaring van executele, een centrale rol speelt.<sup>213</sup>

#### Art. 7:424 BW (Schakelbepaling, *herschreven*)

(1) De *herschreven* artikelen 415-423 zijn van overeenkomstige toepassing op de 'quasi-overeenkomst van lastgeving' krachtens welke de executeur verplicht of bevoegd is voor rekening van de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* rechtshandelingen te verrichten, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de *aard van executele* zich daartegen niet verzet.

211. Nota naar aanleiding van het eindverslag, 17 779, nr. 13, p. 3, zij het dat deze passages in het verslag geschreven zijn met het oog op auteursrecht en 'Buma-Stemra'.

212. MvA, 17 779, nr. 8, p. 8.

213. Zie onder meer in het kader van goede trouw, derdenbescherming en onroerende zaken ook art. 3:17, 3:23 en art. 3:24 BW. S.E. BARTELS, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 263 ziet in het kader van de derdenbescherming nog een belangrijke rol weggelegd voor de artikelen 3:36, 3:61 lid 2 en 6:34 BW.

(2) Het vorige lid is niet van toepassing op overeenkomsten tot het vervoeren, doen vervoeren van personen of zaken.

Deze herschreven en hierboven reeds aan de orde geweest zijnde A-bepaling spreekt voor zich. Het is de toegangsdeur voor de *erfrechtelijke verbintenis* executele naar de overeenkomst van lastgeving. Dit laat onverlet het feit dat de lastgeving een species is van het genus opdracht, waardoor ook de bepalingen van opdracht op de erfrechtelijke verbintenis van overeenkomstige toepassing kunnen zijn.

Het lukt mij niet de gedachte te onderdrukken, dat niet alleen de executeur zijn ingrediënten haalt uit het algemene vermogensrecht, maar dat ook het algemene vermogensrecht leert van de met deze ingrediënten gebouwde juridische vertrouwensconstellatie: executele. En met name dat wij de woorden 'op eigen naam' niet al te letterlijk moeten nemen. Deze woorden hoeven niet op gespannen voet te staan met het in art. 4:145 lid 2 BW neergelegde beginsel van onmiddellijke vertegenwoordiging. Had Schoordijk meer bewijs voor de juistheid van zijn stellingen bij de hand dan hij zich realiseerde? Het bewijs bevond zich alleen in een ander boek, het boek van de erfrechtelijke verbintenissen.<sup>214</sup>

#### 4. 'Boek 3, titel 3', Volmacht, rechtstreeks analoog of bij wijze van reflex?

Art. 3:60 BW (Definitie: 'in zijn naam', *herschreven*)

(1) *Executele* is de bevoegdheid die *erflater* verleent aan een ander, de *executeur*, om in naam van zijn *rechtsopvolgers onder algemene titel* rechtshandelingen verrichten.

(2) Waar in deze titel van rechtshandeling wordt gesproken, is daaronder het in ontvangst nemen van een verklaring begrepen.

De onderhavige bepaling is een A-bepaling.<sup>215</sup> Zoals in art. 4:145 lid 2 BW gezien, heeft de executeur te gelden als een *onmiddellijk* vertegenwoordiger van de erfgenamen (althans als rechtsopvolgers onder algemene titel). Aange-

214. Dat de schotten tussen de boeken in ons burgerlijk recht heel poreus zijn en de verbintensrechtelijke beekjes dwars door alle boeken heenstromen geldt zelfs voor het goederenrecht. Dat ik hier en daar wijs op het erfrechtelijk gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen wil niet zeggen dat deze geslotenheid absoluut is. Denk aan de relativiserende werking van de vele 'tenzijties' in de wet, en de vragen waar ook een gesloten stelsel geen antwoorden op heeft. S.E. BARTELS, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 263 drukt het in de slotbeschouwing van zijn dissertatie als volgt uit: 'Het is belangrijk het goederenrecht niet als rigide systeem te zien en het goederenrecht en verbintenissenrecht niet als gescheiden circuits te beschouwen.'

215. S.C.J.J. KORTMANN, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek: het nut van de Nederlandse ervaringen voor België, Napoleons nalatenschap, Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België, Mechelen: Kluwer 2005, p. 360 merkt in de paragraaf 'Onjuiste bepalingen' op dat het niet erg gelukkig is dat de vertegenwoordiging krachtens volmacht in titel 3.3. is geregeld terwijl in afd. 7.7.2 de centrale bepalingen betreffende middellijke vertegenwoordiging zijn opgenomen (art. 7:419-421, 423 en 424). Gezien de nauwe verwantschap van de onmiddellijke en middellijke vertegenwoordiging ware het zijns inziens beter geweest deze te-

zien er geen algemene regeling van vertegenwoordiging bestaat in ons vermogensrecht, wordt al dan niet bij wijze van analogie, waarover hierna meer bij de schakelbepaling van art. 3:78 BW, zo veel mogelijk aangeknoopt bij de onderhavige titel als het gaat om vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur. Uit lid 1 kan worden afgeleid dat de wetgever het handelen 'in naam van' als uitgangspunt neemt voor (onmiddellijke) vertegenwoordiging. Wordt niet in naam van gehandeld dan is er (in de heersende leer) in beginsel ook geen sprake van vertegenwoordiging. Dit neemt niet weg dat er rek kan zitten in hetgeen nog als 'in naam van' te gelden heeft. Zoals hiervoor aangegeven kan met behulp van art. 3:67 BW en enige erfrechtelijke 'Gleichgültigkeit' een brug geslagen worden tussen onmiddellijke en middellijke vertegenwoordiging: de nader te noemen rechtsopvolger van de erfrechtelijke meester.<sup>216</sup> Dat het onderscheid zeker niet zwart wit te noemen is en degene die handelt speelruimte heeft, blijkt mijns inziens treffend uit de navolgende benadering van Van Schaick:<sup>217</sup>

'Het verdient dus enerzijds aanbeveling voorzichtig te zijn met het gebruik van het woord "namens" als men ziet zeker is dat men volmacht heeft, anderzijds dient men zich ervan bewust te zijn, dat het vermijden van het woord "namens" niet uitsluit, dat de rechter oordeelt dat degene die handelde ten behoeve van een ander, heeft gehandeld als diens gevolmachtigde.'

Of wat te denken van Bloembergen/Van Schendel:<sup>218</sup> 'Het vereiste van "in naam van" moeten we vooral niet formeel en letterlijk opvatten.'

Nu een executeur evenwel als onmiddellijk vertegenwoordiger heeft te gelden, dient hij bij de afwikkeling van de nalatenschap mijns inziens niet alleen de 'daad bij het woord' te voegen, maar ook het 'woord bij de daad' te voegen en is hij verplicht zo veel mogelijk te handelen 'in naam van' in de zin van art. 3:60 BW oftewel zijn erfrechtelijke hoedanigheid te vermelden, zijn *qualitate qua*. Ook als hij echter in een concreet geval zijn titel niet zou gebruiken, is nog niet zonder meer gezegd dat er op grond van de feitelijke constellatie géén sprake kan zijn van vertegenwoordiging. Doorslaggevend is immers wat de feitelijke handelende personen over en weer uit elkaar verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden, HR 11 maart 1977, NJ 1977, 52, (Kribbebijter).<sup>219</sup>

Uit lid 2 blijkt dat als een executeur als zodanig een verklaring in ontvangst neemt, hij dit doet namens de erfgenamen en deze erfgenamen in be-

→ zamen te regelen. Hij keert zich overigens in dezelfde paragraaf ook tegen het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW en bestempelt dit als een historische vergissing, p. 361.

216. ILSE SAMOY, Middellijke vertegenwoordiging (diss. Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, nr 1033, noot 2003 wijst ons op het feit dat de 'commandverklaring' in de Franse doctrine wordt gezien als voorwaardelijke (onmiddellijke) vertegenwoordiging

217. A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 4.

218. JAC. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p.106.

219. Dat het onderscheid onmiddellijke en middellijke vertegenwoordiging grijs is, blijkt ook uit de navolgende passage uit de parlementaire geschiedenis. '[...] dat de vraag of de regeling van het nieuwe wetboek, zoals zij voor het geval van handelen van de tussenpersoon in eigen naam wordt uitgewerkt, wellicht toch als bijzondere vorm van vertegenwoordiging kan worden opgevat, uiteindelijk aan de wetenschap moet worden overgelaten.' Nota van Wijziging, Parl. Gesch. Boek 3, p. 259.

ginsel geacht worden van deze verklaring te hebben kennisgenomen. Het begrip rechtshandeling wordt hier, in het licht van vertegenwoordiging, opge-rekt. Nu de executeur in de praktijk veelal als erfrechtelijk aanspreekpunt fungeert, heeft deze regel grote praktische betekenis, die gelet op art. 4:145 lid 2 BW met de aard van executele verenigbaar is.

Art. 3:61 BW (Uitdrukkelijk, stilzwijgend en schijn, *niet* herschreven)

(1) Een volmacht kan uitdrukkelijk of stilzwijgend worden verleend.

(2) Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of een gedraging van die ander heeft aangenomen, en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.

(3) Indien een volgens wet of gebruik openbaar gemaakte volmacht beperkingen bevat, die zo ongebruikelijk zijn dat de wederpartij ze daarin niet behoefde verwachten, kunnen deze haar niet worden tegengeworpen, tenzij zij ze kende.

De onderhavige bepaling is, wat de leden 1 en 3 betreft, een B-bepaling, derhalve niet helemaal rechtstreeks toepasbaar, maar wel met enige reflexwerking. Van belang is immers te constateren dat de benoeming van een executeur bij uiterste wil dient te geschieden en derhalve vormgebonden<sup>220</sup> is, anders dan de volmachtverlening die als hoofdregel vormvrij is en derhalve ook 'stilzwijgend' verleend kan worden. Uit deze bepaling kan wel afgeleid worden, mede in combinatie met het conversie-gedachte van art. 3:42 BW, dat in een uiterste wil niet met zoveel woorden door erflater de term executeur ge-bezigd hoeft te worden om te concluderen dat erflater bedoeld heeft een executeur te benoemen. Interessant in dit kader is het erfrechtelijke arrest HR 23 april 1982, NJ 1983, 240 (Huijten/Van der Heijden) waarin de Hoge Raad van oordeel was dat de verklaring van de echtgenote van erflater dat zij niets met de nalatenschap van doen wilde hebben, in concreto gezien kon worden als een volmacht aan de (overige) erfgenamen om de *nalatenschap af te wikke-len* en de goederen van de nalatenschap te *vervreemden*. Deze gedachte van de stilzwijgende volmacht zou wellicht getransponeerd kunnen worden op de situatie waarin de bevoegdheden van een executeur niet duidelijk zijn en de erfgenamen hem door hun gedragingen stilzwijgend volmacht verlenen.

Lid 2 is niet herschreven, niet omdat het aan deze bepaling ten grondslag liggende vertrouwensbeginsel niet belangrijk zou zijn, integendeel, maar omdat de Hoge Raad in het arrest HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 (Felix/Aruba) heeft laten doorschemeren dat men de tekst van deze bepaling niet te letterlijk moet nemen. Ook als het *niet* om een gedraging of verklaring van de achterman gaat, kunnen op basis van het vertrouwensbeginsel 'feiten en omstandigheden' voor risico en rekening van de achterman komen. In termen van executele: dan hadden de erfgenamen indachtig art. 3:77 BW maar beneficiar moeten aanvaarden of wellicht zelfs moeten verwerpen. Men aanvaardt de nalatenschap in de wetenschap dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid

220. Zie art. 4:142 BW en art 4:94 BW.



van de executeur bindt en voor een derde is niet altijd even doorzichtig wat de grenzen van de beheersbevoegdheid van de executeur zijn.<sup>221</sup>

Aangezien het gebruikelijk is om een executele aan het rechtsverkeer kenbaar te maken via een verklaring van executele, is art. 4:187 lid 1 BW een species die het onderhavige art. 3:61 lid 3 BW uitsluit. De door de notaris in de verklaring van executele getrokken 'conclusie' is in beginsel doorslaggevend, ongebruikelijk of niet. In Asser-Van der Grinten-Kortmann<sup>222</sup> lees ik met betrekking tot lid 3 dat deze bepaling voor de rechtspraktijk beperkte betekenis heeft.

Schoordijk merkt met betrekking tot een kwaliteitsrekening op dat 'depot-gerechtigden' geen schijn wekken en derden echter toch bescherming dienen te genieten omdat de notaris 'apparent authority' heeft.<sup>223</sup> Voor notaris kan mijns inziens in erfrechtelijke sferen gelezen worden de executeur. Ook een *executeur* heeft erfrechtelijke 'apparent authority'.

Art. 3:62 BW (Algemeen, bijzonder en beschikking, *gedeeltelijk* herschreven)

(1) Een algemene volmacht strekt zich slechts uit tot daden van beschikking, indien schriftelijk en ondubbelzinnig is bepaald dat zij zich ook tot die daden uitstrekt. Onder algemene volmacht wordt verstaan de volmacht die alle zaken van de volmachtgever en alle rechtshandelingen omvat, met uitzondering van hetgeen ondubbelzinnig is uitgesloten.

(2) Een bijzondere volmacht die in algemene bewoordingen is verleend, strekt zich slechts uit tot daden van beschikking indien dit ondubbelzinnig is bepaald. Niettemin strekt een *executele* zich uit tot alle daden van beheer en van beschikking die dienstig kunnen zijn tot het bereiken van dit doel.

Het slot van lid 2 betreft een A-bepaling, omdat ook een executele een *bepaald doel* dient, te weten de afwikkeling van de nalatenschap en in het verlengde hiervan ook uit art. 4:145 lid 2 BW overduidelijk blijkt dat in het licht van zijn beheerstaak de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur (nagenoeg) onbeperkt is. De toegevoegde waarde van gemeld slot is dat ook met zoveel woorden de term beschikken genoemd is. De reflexwerking van lid 1 (B-bepaling) gaat met name uit in de richting van art. 4:171 BW en de daarmee gepaard gaande mogelijkheid om de bevoegdheden van een afwikkelingsbewindvoerder nader te omschrijven, hetgeen mutatis mutandis ook geldt voor de op een executeur gelegde testamentaire lasten. Des te ondubbelzinniger getesteerd, des te beter is de hint van de wetgever.<sup>224</sup> Lid 1 is ook

221. A.R. BLOEMBERGEN en W.A.M. VAN SCHENDEL wijzen er in JAC. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A.M. VAN SCHENDEL, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p.125 op dat Schoordijk en met hem de meerderheid van de literatuur het accent willen verschuiven van het toedoen naar het vertrouwen van de wederpartij.

222. ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-1, *De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 49

223. H.C.F. SCHOORDIJK, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 83.

224. Dit blijkt ook uit de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 11 oktober 2006, *EstateTip Review* 2006-40 waar de passerend notaris opgeroepen werd om de bevoegdheden van de afwikkelingsbewindvoerder nader in te kleuren. Was de bevoegdheid om te verdelen ook de bevoegdheid om zelfstandig over de goederen te beschikken? Zie B.M.E.M. SCHOLS, Vier sterren voor de driesterrenexecuteur. De afwikkelingsbewindvoerder kan zelfstandig be-

geen A-bepaling, omdat de bevoegdheden van executeur, onverminderd de op hem rustende testamentaire lasten, als vermoedelijke wil van erflater in de vorm van een erfrechtelijk 'kant en klaar'-pakket in afdeling 4.5.6 (executuele) BW zijn opgenomen.

Art. 3:63 BW (Handelingsonbekwaamheid, *niet* herschreven)

(1) De omstandigheid dat iemand onbekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen voor zichzelf, maakt hem niet onbekwaam tot het optreden als gevolmachtigde.

(2) Wanneer een volmacht door een onbekwaam persoon is verleend, is een krachtens die volmacht door gevolmachtigde verrichte rechtshandeling op gelijke wijze geldig, nietig, of vernietigbaar, als wanneer zij door onbekwame zelf zou zijn verricht.

Deze bepaling is op grond van art. 3:78 BW ook van toepassing op andere vertegenwoordigingsfiguren dan volmacht, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Dit laatste is echter het geval. Blijkens art. 4:143 lid 2 kan immers een handelingsonbekwame geen executeur worden. Art. 4:55 BW kent een eigen regeling voor het maken van een uiterste wilsbeschikking door een onbekwame. De onderhavige bepaling is derhalve een C-bepaling. Ook hier geldt echter weer als zo vaak dat de onderhavige bepaling nog steeds enige reflexwerking kan hebben. Zelfs in de ogen van de wetgever:<sup>225</sup>

'Wel geldt voor de functies van voogd en curator evenals voor die van bewindvoerder en *executeur*, de regel dat een onbekwame onbevoegd is om deze functies te gaan bekleden. Dit neemt echter niet weg dat *overeenkomstige toepassing* van artikel 3:63, lid 1 zin heeft, indien degene die met de functie bekleed is, daarna handelingsonbekwaam wordt en vervolgens nog als vertegenwoordiger handelt voordat hij uit zijn functie ontslagen wordt. [...]' (Curs. BS)

Deze gedachte sluit overigens ook aan bij het bepaalde in art. 4:149 lid 3 BW dat een *gewezen* executeur verplicht blijft te doen wat niet zonder nadeel voor de *afwikkeling van de nalatenschap* kan worden uitgesteld. En van een vertegenwoordiger die verplicht tot iets is, mag ook worden aangenomen dat hij ook de bevoegdheden heeft om die verplichtingen na te komen.

Art. 3:64 BW (Ondervolmacht, *herschreven*)

Tenzij anders is bepaald, is de *executeur* slechts in de navolgende gevallen bevoegd de hem verleende *vertegenwoordigingsbevoegdheid* aan een ander te verlenen:

- a. voor zover de bevoegdheid hiertoe uit de aard der te verrichten rechtshandelingen noodzakelijk voortvloeit of in overeenstemming is met het gebruik;
- b. voor zover de verlening van de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan een andere persoon in het belang van de *rechtsopvolgers onder algemene titel*

→ schicken op grond van de doctrine, de wet, het testament en zijn zorgplicht, WPNR (2006) 6690.

225. MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 304.

van *erflater* noodzakelijk is en deze zelf niet in staat zijn een voorziening te treffen;

- c. voor zover de *executele* goederen betreft, die gelegen zijn buiten het land waarin de *executeur* zijn woonplaats heeft.

Deze bepaling is een A-bepaling en geeft aan waar *erflater* afwijking van het persoonlijke karakter van *executele* (vermoedelijk) geoorloofd vindt. Deze bepaling is van regelend recht en is niet in strijd met het bepaalde in art. 4:142 lid 1 BW inzake de rechten van assumptie en subrogatie. Laatstgenoemde regelingen betreffen de *executele* in het algemeen en de onderhavige bepaling betreft concrete transacties. Een voorbeeld. Het hoogstpersoonlijke karakter van *executele* brengt niet met zich dat een *executeur* niet met het oog op een tegeldemaking van een onroerende zaak een volmacht zou kunnen verlenen aan bijvoorbeeld de medewerkers van een notariskantoor, of de volmacht aan een incassobureau<sup>226,227</sup> of dat een *executeur* 'naar het buitenland zou moeten vliegen.' De *executeur* mag echter niet, anders dan via art. 4:142 lid 1 BW, de *executele* bij wijze van volmacht in zijn geheel aan een ander overdragen. De gedachte achter de onderhavige bepaling is dat een gevolmachtigde gekozen wordt vanwege zijn persoonlijke kwaliteiten.<sup>228</sup> Een gedachte die bij *executele* vanwege de vertrouwensrelatie nog sterker aanwezig is. Gelet op het regelend recht van de onderhavige bepaling zou *erflater* de door de wetgever in dit artikel neergelegde vermoedelijke wil van *erflater* als kapstokgedachte kunnen gebruiken en daar in zijn uiterste wilsbeschikking op kunnen inkleuren.

Niet uit het oog mag worden verloren dat de *executeur* verantwoordelijk blijft voor de daden van de 'ondergevolmachtigde'. Indien een *executeur* een ander in zijn plaats stelt in de zin van art. 4:142 lid 1 BW is geen sprake meer van 'ondervolmacht'.<sup>229</sup> Wellicht kan men stellen dat art. 4:142 BW ziet op 'algehele' substitutie oftewel subrogatie en een ondervolmacht een wijze van 'partiële' substitutie is. Bij de laatste variant blijft de *executeur* gewoon *executeur* en bij de eerste variant is de *executeur* na de 'in de plaatsstelling' *executeur* af.

Art. 3:65 BW (Afzonderlijk bevoegd, *herschreven*)

*Heeft erflater twee of meer executeurs benoemd, dan is ieder van hen bevoegd zelfstandig te handelen, tenzij anders is bepaald.*

Deze bepaling is identiek aan art. 4:142 lid 2 BW en in zoverre zowel A-bepaling als C-bepaling tegelijk. Het A-karakter overheerst mijns inziens echter omdat art. 4:142 BW de nadruk legt op 'werkzaamheden' in het algemeen en de onderhavige bepaling op 'rechtshandelingen'. Volmacht ziet immers in beginsel op rechtshandelingen.<sup>230</sup> De achtergrond van art. 4:142 BW (de hoofdregel: iedere *executeur* is alleen bevoegd) was het bevorderen van een

226. ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004, nr. 34.

227. Art. 3:60 BW.

228. TM, Parl. Gesch Boek 3, p. 271.

229. ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004, nr. 34.

230. Art. 3:60 BW.

vlotte gang van zaken.<sup>231</sup> Een executeur die alleen kan handelen is nu eenmaal slagvaardiger. Voorts wilde men uniformiteit betrachten met de regeling van bewind, thans art. 4:158 BW en de vertegenwoordiging van de naamloze vennootschap, thans art. 2:30 lid 2 BW. Ik voeg daar aan toe: en blijkbaar ook uniformiteit met art. 3:65 BW, zij het wellicht 'avant la lettre'.

Art. 3:66 BW (Grenzen en wiens wil, *herschreven*)

(1) Een door de *executeur* binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* verrichte rechtshandeling treft in haar gevolgen de *betreffende rechtsopvolgers*.

(2) Voor zover het al of niet aanwezig zijn van een wil of van wilsgebreken, alsmede bekendheid of onbekendheid met feiten van belang zijn voor de geldigheid of de gevolgen van de rechtshandeling, komt ter beoordeling daarvan in *beginsel de executeur* in aanmerking.

In lid 1 wordt het wezen van onmiddellijke vertegenwoordiging oftewel het 'er tussenuit vallen van de (bevoegde) vertegenwoordiger' neergelegd en is derhalve onverkort van toepassing op executele. Art. 4:145 lid 2 BW bevestigt de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur. Zou men al twijfelen, quod non, dan neemt art. 3:78 BW iedere twijfel weg door het middel van 'wettelijke analogie' te hanteren en naar art. 3:66 lid 1 BW te verwijzen.

Art. 3:66 lid 2 BW is ook een A-bepaling, zij het via buitenwettelijke analogie. Deze bepaling vloeit voort uit de ware aard van de executeur. De executeur heeft immers een vertegenwoordigingsbevoegdheid met een 'eigen recht'. Hij kan tegen de wil in van de erfgenamen optreden. De erfgenamen zijn onbevoegd en de executeur vertegenwoordigt indachtig de gouden erfrechtelijke regel van art. 3:77 BW de wil van erflater. Bij deze gedachte past het in beginsel niet om rekening te houden met de wil van de erfgenamen. Op grond van de '(quasi)-saisine' zijn de erfgenamen aan de wil van erflater gebonden. Bij lezing van de originele tekst van art. 3:66 lid 2 BW dient hier rekening mee te worden gehouden. Bij deze gedachte past ook niet dat een executeur bij bijvoorbeeld een tegeldemaking van een onroerende zaak machtiging van een kantonrechter als bedoeld in art. 1:345 BW zou moeten hebben. Nog anders gezegd: ook erflater zou in beginsel geen machtiging nodig gehad hebben.

In de onderhavige bepaling is de leer van 'het grootste aandeel' neergelegd. Bij het herschrijven ben ik er van uitgegaan dat de executeur niet 'het grootste aandeel' heeft, maar in beginsel zelfs het 'enige aandeel'. Het is de wil van de executeur (en daarmee de wil van erflater) die bepalend is bij de totstandkoming van een overeenkomst. De wil van een erfgenaam kan wel weer relevant worden als hij toestemming moet geven voor een bepaalde rechtshandeling of als de executeur met hem in overleg treedt. Zie art. 4:147 lid 2 en lid 3 BW. Dit is de reden dat ik in de *herschreven* tekst spreek van 'in beginsel'. In deze situaties komt ook weer een wettelijke vertegenwoordiger van een erfgenaam in beeld en daarmee de kantonrechter.

231. MvA I, 3771, nr. 133, p. 59 en 60, Parl. Gesch.Vast., p. 849.

Art. 3:67 BW (Nader te noemen erfrechtelijke meester, *herschreven*)

(1) De *executeur* die een overeenkomst aangaat in naam van de nader te noemen *rechtsopvolgers onder algemene titel van zijn erfrechtelijke meester*, moet voor zover mogelijk en *desgevraagd* hun naam noemen binnen een redelijke termijn, *zoals in het volgende lid aangegeven*.

(2) Wanneer hij, *desgevraagd* de naam van de rechtsopvolger niet *uiterlijk bij de volbrenging van zijn opdracht of de verdeling van de nalatenschap* noemt, wordt hij *slechts dan geacht de overeenkomst voor zichzelf te hebben aangegaan indien dit uit de overeenkomst voortvloeit*.

Via de ‘nader te noemen meester’-gedachte kan de vertegenwoordigingspositie van de executeur verklaard worden. Deze bepaling is derhalve uit de aard een A-bepaling. Deze bepaling is hiervoor reeds uitgebreid aan bod gekomen. Bij het herschrijven heb ik getracht aan te geven dat de soep echter niet zo heet gegeten wordt als opgediend. Art. 4:145 lid 2 BW bewerkstelligt immers dat de executeur er in beginsel tussen uit valt. In de *herschreven* tekst gebruik ik derhalve termen als ‘desgevraagd’ en ‘voor zover mogelijk’. De nadruk wordt gelegd op het feit dat de executeur zich niet zonder meer zelf bindt. De ‘nader te noemen’ meestergedachte brengt met zich dat de executeur in beginsel verplicht is de titel ‘executeur’ te gebruiken. Hij laat daarmee zien dat hij niet voor zichzelf handelt doch voor een ander, de erfgenaam, zij het als rechtsopvolger van erflater. Een redelijke wetstoepassing brengt met zich dat op ‘enig moment’ (*na* afwikkeling van de nalatenschap) degene met wie de executeur gehandeld heeft, het recht heeft om te weten wie zijn wederpartij is. Voorts merk ik op dat deze bepaling niet alleen uit de aard een A-bepaling is, maar ook op grond van het schakelmechanisme van art. 3:78 BW.

Dat er rek in de onderhavige bepaling zit en als een algemeen beginsel gezien kan worden, kan mijns inziens ook uit de navolgende woorden van Meijers gedestilleerd worden:<sup>232</sup>

‘Juister dan een zodanige voor alle gevallen gelijke termijn te stellen, is het gebruik hier te doen beslissen en bij gebreke van gebruik *een naar billijkheid* te berekenen termijn toe te laten.’

Kortom, geen ‘hard and fast rule’, maar een algemeen beginsel dat maatwerk in een concrete (erfrechtelijke) situatie toestaat.

Dat een executeur niet altijd handelt ‘voor een nader te noemen meester’ blijkt uit de uitspraak van de Rechtbank Dordrecht van 17 oktober 2006, Notafax 2006, 246<sup>233</sup> over het fenomeen ‘executeur-boef’. De rechtbank veroordeelt de betreffende executeur omdat hij in strijd met zijn ware aard zelf als ‘*heer en meester*’ over de onder zijn beheer staande gelden is gaan beschikken. De echte erfrechtelijke ‘heer en meester’ is immers zoals gezien erflater en de

232. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 276.

233. De rechtbank had overigens een forse straf voor de executeur in petto, te weten een gevangenisstraf van een jaar, gelet op het feit dat de erfgenamen grotendeels afhankelijk zijn van de werkzaamheden van de executeur, zodat zijn *betrouwbaarheid boven elke twijfel verheven* moet zijn en hij dit in hem te stellen vertrouwen op buitengewoon grove wijze beschaamd heeft.

erfgenamen zijn zijn 'nader te noemen' rechtsofvolgers. De executeur liet een andere 'ware aard' zien.

Art. 3:68 BW (Selbsteintritt, *herschreven*)

Tenzij anders is bepaald, kan een *executeur* slechts dan als wederpartij van *de rechtsofvolgers onder algemene titel van erflater* optreden, wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen uitgesloten is.

De bepaling is een A-bepaling, gelet op het feit dat deze kwestie: de Selbsteintritt, anders dan in de afdeling formele vereffening, niet geregeld is in de afdeling executele en zich uit de aard van de materie veelvuldig voordoet. Een executeur kan immers (bijvoorbeeld) tevens legataris zijn.<sup>234</sup> De vraag in hoeverre de onderhavige bepaling van rechtstreekse toepassing is, is in zoverre niet van groot belang, omdat de bepaling niet alleen van regelend recht is, maar veelal, zoals bij een legaat het geval is, ook onder de uitzondering valt dat 'de inhoud van de rechtshandeling nauwkeurig vaststaat'. Dwingender en vergaander van aard is echter de selbsteintritt-regeling die is opgenomen bij de overeenkomst lastgeving, zoals hiervoor bij de behandeling van art. 7:417 BW gezien.

Art. 3:69 BW (Bekrachtiging, *niet* *herschreven*)

(1) Wanneer iemand zonder daartoe bevoegd te zijn als gevolmachtigde in naam van een ander heeft gehandeld, kan laatstgenoemde de rechtshandeling bekrachtigen en haar daardoor hetzelfde gevolg verschaffen, als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens volmacht was verricht.

(2) Is voor het verlenen van een volmacht tot de rechtshandeling een bepaalde vorm vereist, dan geldt voor de bekrachtiging hetzelfde vereiste.

(3) Een bekrachtiging heeft geen gevolg, indien op het tijdstip waarop zij geschiedt, de wederpartij reeds heeft te kennen gegeven dat zij de handeling wegens het ontbreken van een volmacht als ongeldig beschouwt, tenzij de wederpartij op het tijdstip dat zij handelde heeft begrepen of onder omstandigheden redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat geen toereikende volmacht was verleend.

(4) Een onmiddellijk belanghebbende kan degene in wiens naam gehandeld is, een redelijke termijn voor de bekrachtiging stellen. Hij hoeft niet met een gedeeltelijke of voorwaardelijke bekrachtiging genoegen te nemen.

(5) Rechten door de volmachtgever vóór de bekrachtiging aan derden verleend, blijven gehandhaafd.

Gelet op het feit dat er vormvoorschriften aan een benoeming tot een executeur verbonden zijn, brengt met zich dat de onderhavige bepaling geen A-bepaling kan zijn en is deze derhalve ook niet *herschreven*. Ik heb mij hier laten leiden door het feit dat Snijders er in WPNR (2003) 6547, p. 706 uitdrukkelijk op wijst dat de benoeming van een executeur *bij codicil* onder nieuw erfrecht *nietig* is en dit een gebrek betreft dat wat hem betreft niet meer te helen is. Niet door een vaststellingsovereenkomst, maar ook niet

234. Zie hierover uitgebreid SCHOLS B.M.E.M, Het legatum per vindicationem in de gedaante van de executeur-testamentair als 'Vermachtisvollstrecker', WPNR (2001) 6436.

door een notariële akte van de erfgenamen, die volgens Snijders vastloopt op 4:42 lid 3 BW. Het is immers erflater (persoonlijk) die de uiterste wil maakt. Hij heeft echter, zoals hiervoor reeds gezien, niet alleen een praktische, maar ook een dogmatisch interessante oplossing:

‘De erfgenamen kunnen m.i. *contractueel* aan de executeur dezelfde bevoegdheden geven als voor hem zouden zijn voortgevloeid uit de art. 4:142-152. Men kan m.i. rechtsgeldig bedingen dat deze bepalingen tussen erfgenamen en *quasi executeur* van toepassing zullen zijn. De art. 3:168 en 7:414-424 bieden daarvoor m.i. voldoende armslag.’ (Curs. BS)

Ik realiseer mij dat de bekrachtiging van art. 3:69 BW niet ziet op het niveau van (de ongeldigheid van) de benoeming van de executeur, maar op het niveau van een reeds door de executeur verrichte ongeldige rechtshandeling, maar dat neemt niet weg dat de door Snijders aangestipte problematiek vergelijkbaar is. Voorts is van belang dat het wezen van de erfrechtelijke verbintenis executele ontspringt bij erflater en niet op het niveau van de erfgenamen. Erfgenamen kunnen geen executeur benoemen en dus ook niet de door hem verrichte rechtshandelingen bekrachtigen als waren zij door erflater in de zin van art. 3:77 BW (bij monde van zijn executeur) verricht. Dit neemt niet weg dat de erfgenamen de rechtshandeling als zodanig zouden kunnen bekrachtigen, maar dan heeft deze rechtshandeling een andere status oftewel dan is deze op het niveau van de erfgenamen verricht. Hierbij haast ik mij wel om de kanttekening te maken dat gelet op het feit dat de executeur in art. 4:145 lid 2 BW (nagenoeg) onbeperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid verleend wordt, er ook niet snel een rechtshandeling van een executeur ongeldig zal zijn. En indien dit wel het geval zou zijn, zou nog gegrepen kunnen worden naar de door Snijders voorgestane oplossing die contractueel van aard is. Het geheel overziende kan de onderhavige bepaling, gelet op de praktische reparatiemogelijkheden, zij het niet met de status van executele, toch als B-bepaling aangemerkt worden. Hier wijk ik op het eerste gezicht af van hetgeen in de schakelbepaling art. 3:78 BW met betrekking tot de werking van de onderhavige bepaling bepaald is, zij het dat in de wet hier de ruimte voor gegeven wordt. Het wezen van executele rechtvaardigt dit. Niet de erfgenamen, maar erflater is aan het woord bij een executele. Dit betekent wel dat daar waar de erfgenamen aan het woord zijn, bijvoorbeeld omdat zij toestemming voor een rechtshandeling dienen te geven, zoals eventueel bij art. 4:147 lid 3 BW zij bij wijze van bekrachtiging deze toestemming achteraf zouden kunnen geven. De vraag blijft of hier wel van bekrachtiging kan worden gesproken, omdat het betreffende toestemmingsvereiste slechts interne werking heeft en de rechtshandeling rechtsgeldig verricht is.

Iets anders dan de genoemde nietigheid van een codicil is overigens de kwestie dat de erfgenamen een onduidelijk testament uitleggen met behulp van een vaststellingsovereenkomst. Dan volstaat blijkens art. 7:901 BW dat de voor het resultaat voorgeschreven vorm in acht wordt genomen.<sup>235</sup>

235. W. SNIJDERS, *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (boekbespreking preadvies KNB 2003), WPNR (2003) 6547, p. 705. Anders L.C.A. VERSTAPPEN in het betreffende preadvies, p. 104.

### Art. 3:70 BW (Instaan, *herschreven*)

Hij die als *executeur* handelt, staat jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van zijn *vertegenwoordigingsbevoegdheid*, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende *vertegenwoordigingsbevoegdheid* ontbreekt of de executeur de inhoud van *zijn bevoegdheid* volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld.

Deze bepaling is via het schakelmechanisme van art. 3:78 BW rechtstreeks van toepassing op andere vertegenwoordigers dan uit hoofde van volmacht. Wel dient vervolgens gekeken te worden of deze bepaling in strijd is met het wezen van de regeling van executele dan wel er in de afdeling 4.5.6 BW een species hiervan is opgenomen. Dit is echter allemaal niet het geval.

In de praktijk zal de wederpartij in de regel afgaan op een verklaring van executele en uit dien hoofde beschermd worden. Een executeur zal ook niet snel, althans wat zijn externe bevoegdheid betreft, onbevoegd zijn. In zoverre zal hij in de regel zijn achterban, de erfgenamen, steeds binden. In de Toelichting Meijers<sup>236</sup> lezen wij dat in aansluiting met het standpunt van de Hoge Raad<sup>237</sup> en het standpunt van de Angelsaksische en Scandinavische landen, voor het navolgende stelsel is gekozen:

‘hij die zich als gevolmachtigde (BS lees: executeur) voordoet, moet instaan voor zijn kwaliteit en dus bij gebreke van die kwaliteit de derde volledig de schade vergoeden, die uit het niet-uitvoeren van die overeenkomst voortvloeit.’

Later is hieraan nog toegevoegd:<sup>238</sup>

‘Daarbij verdient echter nog opmerking dat in het gewijzigd ontwerp duidelijker tot uiting komt dat de hier bedoelde aansprakelijkheid berust op een door hem aangegane verbintenis.’

Kortom, een derde die handelt met een executeur loopt relatief weinig risico in de zin dat de erfgenamen gebonden zijn, als hij bevoegd heeft gehandeld, dan wel indien dit niet geval zou zijn, hij in zijn kwaliteit als pseudo-vertegenwoordiger aansprakelijk is in de zin van art. 3:70 BW. Vergoed dient te worden het zogeheten positieve belang.<sup>239</sup>

### Art. 3:71 BW (Bewijs, *herschreven*)

(1) Verklaringen, door *een executeur* agelegd, kunnen door wederpartij als ongeldig van de hand worden gewezen, indien zij de executeur terstond om bewijs van de *vertegenwoordigingsbevoegdheid* heeft gevraagd, haar niet onverwijld hetzij een geschrift waaruit de bevoegdheid volgt is overgelegd, hetzij de volmacht door de *rechtsopvolgers onder algemene titel is bevestigd*.

236. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 283.

237. HR 4 april 1913, NJ 1913, p. 679 en HR 12 november 1931, NJ 1932, p. 104.

238. MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 283.

239. De wederpartij moet worden gebracht in de toestand die er zou zijn geweest als de rechtshandeling rechtsgeldig totstand zou zijn gekomen, BLOEMBERGEN/VAN SCHENDEL in JAC. HIJMA, C.C. VAN DAM, W.A. M. VAN SCHENDEL, W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p.140. Zie ook HR 28 maart 1997, NJ 1997, 454 (Wisman/Trijber).



(2) Bewijs van *executele* kan niet worden verlangd, indien reeds *de executele* door (een van) de rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater ter kennis van de wederpartij was gebracht, indien zij op een door de wet of gebruik bepaalde wijze was bekendgemaakt, of indien zij voortvloeit uit een aanstelling waarmede de wederpartij bekend is.

Deze bepaling is via art. 3:78 BW van overeenkomstige toepassing verklaard en derhalve ook weer in beginsel een A-bepaling. Het praktische belang van de bepaling is in zoverre niet groot, omdat in de praktijk gewerkt wordt met een verklaring van executele en deze desgevraagd in beginsel eenvoudig overlegd kan worden door de executeur of de erfgenamen. Uit lid 2 blijkt dat indien de wederpartij reeds op de hoogte is van de executele, lid 1 terzijde geschoven wordt.

Art. 3:72 BW (Einde, *niet* herschreven)

Een volmacht eindigt:

- a. door de dood, de ondercuratelestelling, het faillissement van de volmachtgever of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen;
- b. door de dood, de ondercuratelestelling, het faillissement van de gevolmachtigde of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, tenzij anders is bepaald;
- c. door herroeping door de volmachtgever;
- d. door opzegging door de gevolmachtigde.

De onderhavige bepaling is in beginsel niet op executele van toepassing, omdat executele een eigen speciesregeling kent terzake van het einde en wel in art. 4:149 BW. In zoverre is de onderhavige bepaling een C-bepaling. Dit is met name van belang in het licht van het eventuele faillissement van een erfgenaam en het daarmee gepaard gaande dwingende einde van een volmacht, zelfs indien deze onherroepelijk verleend zou zijn.

Art. 3:73 BW (Na de dood, *niet* herschreven)

(1) Niettegenstaande de dood, of de ondercuratelestelling van de volmachtgever blijft de gevolmachtigde bevoegd de rechtshandelingen te verrichten, die nodig zijn voor het beheer van een onderneming.

(2) Niettegenstaande de dood, of de ondercuratelestelling van de volmachtgever blijft de gevolmachtigde bevoegd rechtshandelingen te verrichten, die niet zonder nadeel kunnen worden uitgesteld. Hetzelfde geldt indien de gevolmachtigde de volmacht heeft opgezegd.

(3) De in de vorige leden vermelde bevoegdheid eindigt een jaar na overlijden, de ondercuratelestelling of de opzegging.

Deze bepaling is geen A-bepaling en derhalve niet herschreven, omdat executele uit de aard pas werkt na het overlijden van erflater. Deze bepaling is een C-bepaling. Desondanks kan wel aan deze bepaling enige reflexwerking ontleend worden. Allereerst dat het einde van een volmacht lees: een executele, aan de ene kant niet abrupt is, maar aan de andere kant de nawerking van de betreffende bevoegdheid in beginsel toch niet langer dan een jaar duurt. Er blijkt uit dat het beheer van een onderneming een aparte status

krijgt en dat er in het algemeen ook een soepelere benadering bestaat voor rechtshandelingen die niet zonder nadeel kunnen worden uitgesteld. Deze laatste gedachte vinden wij met zoveel woorden terug in art. 4:149 lid 3 BW. Met betrekking tot het beheer van ondernemingsvermogen zou een uitstralende werking kunnen uitgaan in die zin dat daar de executeur het voordeel van de twijfel krijgt, ook na het einde van de executele. Overigens vinden wij de éénjaartermijn ook terug in art. 4:150 lid 2 letter a BW, zij het niet specifiek geschreven voor het beheer van ondernemingsvermogen.

Art. 3:74 BW (Onherroepelijke volmacht, *niet* herschreven)

(1) Voor zover een volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde, kan worden bepaald dat zij onherroepelijk is, of dat zij niet eindigt door de dood of ondercuratelestelling van de volmachtgever. Eerstgenoemde bepaling sluit, tenzij anders blijkt, de tweede in.

(2) Bevat de volmacht een bepaling als in het vorige lid bedoeld, dan mag de wederpartij aannemen, dat het aldaar voor de geldigheid van die bepaling gestelde vereiste vervuld is, tenzij tegendeel voor haar duidelijk kenbaar is.

(3) Tenzij anders is bepaald, kan de gevolmachtigde een overeenkomstig het eerste lid onherroepelijk verleende volmacht ook buiten de in artikel 64 genoemde gevallen aan een ander verlenen.

(4) De rechtbank kan op verzoek van de volmachtgever, of van een erfgenaam of de curator van de volmachtgever een bepaling als in het eerste lid bedoeld wegens gewichtige redenen wijzigen of buiten werking stellen.

Zoals hiervoor opgemerkt kent executele een eigen speciesregeling met betrekking tot het einde en is art. 3:74 BW derhalve niet op executele van toepassing. Wel leren wij uit de onderhavige bepaling dat er niet alleen vertegenwoordigingsbevoegdheid *over de dood heen* verleend kan worden, maar dat het verlenen van vertegenwoordigingsbevoegdheid ook *onherroepelijk* gemaakt kan worden.

Aangezien de onderhavige bepaling geen A-bepaling is, is hij niet herschreven. Gelet op het feit dat de onderhavige bepaling wel gedragen wordt door een algemeen beginsel waardoor ook de executele gedragen wordt, krijgt de bepaling de B-status. Sterker nog: een in een uiterste wilsbeschikking verleende onherroepelijke volmacht kan, zoals gezien, onder omstandigheden getransformeerd worden in een executele. Ook de gedachte dat een rechter wegens 'gewichtige redenen' vertegenwoordigingsbevoegdheid kan eindigen komen wij bij executele tegen en wel in art. 4:149 lid 2 BW.

Art. 3:75 BW (Teruggave geschriften en aantekening notaris op de minuut, *herschreven*)

(1) Na het einde van de executele moet de executeur desgevorderd geschriften waaruit de vertegenwoordigingsbevoegdheid blijkt zoals (*het afschrift van de verklaring van erfrecht/executele*, teruggeven of toestaan dat de notaris daarop aantekent dat de executele is geëindigd. De notaris die de minuut onder zijn berusting heeft waaruit de executele blijkt, te weten *de uiterste wilsbeschikking of een verklaring van erfrecht/executele* tekent, op verzoek van de rechtsopvolgers onder algemene titel van *erflater* of de executeur het einde van de executele daarop aan.

(2) Wanneer te vrezen is dat een *exécuteur* van zijn *vertegenwoordigingsbevoegdheid* ondanks haar einde gebruik zal maken, kunnen de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erfflater* zich wenden tot de voorzieningenrechter van de rechtbank met het verzoek de wijze van bekendmaking van het einde van de *executele* te bepalen, die ten gevolge zal hebben dat het tegen een ieder kan worden ingeroepen. Tegen een toewijzende beschikking krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.

Deze bepaling is in de notariële praktijk van groot belang, zij het dat bij mijn weten van deze faciliteit nog niet op grote schaal gebruik wordt gemaakt. Hieruit blijkt dat de notaris niet terughoudend hoeft te zijn met het afgeven van een verklaring van *executele* louter op grond van de gedachte dat een *executele* ‘wel eens’ zou kunnen eindigen. De verantwoordelijkheid van het gebruik van de verklaring van *executele* wordt bij de *exécuteur* gelegd. Indien de *executele* geëindigd is, keert de *exécuteur* terug naar de ‘notariële stal’. In de herschreven tekst ben ik ervan uitgegaan dat twee (of meer) ‘minuten’ voor de onderhavige signalering van de ‘Freigabe’<sup>240</sup> in aanmerking komen. Allereerst de bron waaruit de *vertegenwoordigingsbevoegdheid* voortspuit, te weten de uiterste wilsbeschikking, alsmede de op basis hiervan afgegeven verklaring(en) van *erfrecht/executele*. De notaris zal bij de afgifte van de betreffende verklaring van *executele* uitdrukkelijk wijzen op het belang van het onderhavige artikel. Het verdient dan ook geen nadere toelichting dat het een A-bepaling betreft. Meijers<sup>241</sup> spreekt in deze treffend van een bijzondere procedure om het stuk ‘waardeloos’ te maken (ter voorkoming van misbruik in het licht van derdenbescherming). Dat de onderhavige bepaling *erfrechtelijke* betekenis heeft, blijkt ook uit de bemoeienis van de KNB bij het redigeren van de wettekst: ‘als voorbeeld wordt genoemd, dat in een verklaring van *erfrecht* een volmacht is vermeld, waarbij vaak de akte van volmacht bij de notaris berust en de gevormachtigde slechts de verklaring ontvangt.’<sup>242</sup> In de parlementaire geschiedenis<sup>243</sup> is nog opgemerkt dat een op de minuut te plaatsen partijverklaring geen passende figuur zou zijn, zodat volstaan kan worden met een aantekening van de notaris, hetgeen overigens niet met zich brengt dat de notaris van de akte in zijn geheel geen expedities meer zou mogen afgeven. Als de aantekening maar op het betreffende afschrift staat is de gedachte. Van Schaick<sup>244</sup> merkt nog terecht inzake de rol van de notaris op:

240. Deze term is niet alleen Duits *erfrechtelijk* jargon in het kader van het beëindigen van het beheer van de *Testamentsvollstrecker*, WALTER ZIMMERMANN, *Die Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 276, maar kwam ik ook tegen bij A.A.J. SMELT, *Goederen met een negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 157 die er op wees: ‘Onder het Duitse recht mag een goed door de “Verwalter” uit de boedel worden vrijgegeven wanneer de boedel ten aanzien van dit vermogensrecht geen positieve executie-opbrengst te verwachten heeft.’

241. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 295.

242. Voorlopig Verslag, Parl. Gesch. Boek 3, p. 296.

243. Nota van Wijziging, Parl. Gesch. Boek 3, p. 297

244. A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 82 e.v. *Vanzelfsprekend* hoeft hier geen uitgebreid *erfgenamenonderzoek* te worden gedaan. De strekking van de regeling is de ‘spontane signalering’ ter voorkoming dat het rechtsverkeer op het verkeerde been gezet wordt

‘De aantekening op de minuut staat er niet aan in de weg, dat de gewezen gevolmachtigde de ex-volmachtgever met behulp van een reeds eerder verstrekte grosse of expeditie nog aan rechtshandelingen met derden bindt. Naar mijn mening kan dan ook van de notaris verwacht worden of verlangd, dat hij (spontaan) aan de ex-volmachtgever mededeelt, dat en aan wie hij eerder afschriften van de akte heeft verstrekt. De ex-volmachtgever kan zich dan tot deze personen wenden.’

Lid 2 wordt overigens reeds op grond van het schakelmechanisme van art. 3:78 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. De rechter krijgt in deze bepaling alle vrijheid om tot maatwerk te komen en ‘overkill’ te vermijden.

Art. 3:76 BW (Onbekendheid einde executele en derdenbescherming, *herschreven*)

(1) Een oorzaak die de *executele* heeft doen eindigen, kan tegenover een wederpartij die noch van het einde van de volmacht, noch van die oorzaak kennis droeg, slechts worden ingeroepen:

- a. indien het einde van de *executele* of de oorzaak die haar heeft doen eindigen aan de wederpartij was medegedeeld of was bekend gemaakt op wijze die krachtens wet of verkeersopvattingen meebrengt dat de volmachtgever het einde van de *executele* aan de wederpartij kan tegenwerpen;
- b. [...];
- c. indien de aanstelling of tewerkstelling, waaruit de *executele* voortvloeide op een voor derde kenbare wijze was beëindigd;
- d. indien de wederpartij van de *executele* op geen andere wijze had kennis gekregen dan door een verklaring van de *executeur*.

(2) In de gevallen van het vorige lid is de *executeur* die voortgaat op naam van de *rechtsopvolgers onder algemene titel* te handelen, tot schadevergoeding gehouden jegens de wederpartij die van het einde van de *executele* geen kennis droeg. Hij is niet aansprakelijk indien hij wist noch behoorde te weten dat de *executele* was geëindigd.

Deze materie is niet geregeld in de afdeling executele en van groot belang voor het rechtsverkeer. Degene die met een *executeur* handelt, moet er in beginsel op kunnen vertrouwen dat de *executele* (nog) niet geëindigd is. De onderhavige bepaling is een A-bepaling. Niet relevant is hetgeen de wederpartij had kunnen weten, maar hetgeen hij wist. Letter b is niet overgenomen, omdat een *executele* uit de aard pas in werking treedt na het overlijden van erflater. De andere drie situaties had de wederpartij moeten kunnen kennen, is de gedachte. Zie wat letter a betreft art. 3:75 lid 2 BW als een wijze van bekendmaking van het einde. Letter c zou kunnen spelen als een (kandidaat)-notaris geen deel meer uitmaakt van een bepaalde maatschap of niet meer op een bepaald kantoor werkzaam is. Letter d zou kunnen spelen indien de wederpartij niet naar een verklaring van *executele* gevraagd heeft.

Art. 3:77 BW (Vertegenwoordiger van erflater, *herschreven*)

Wordt na de dood van erflater door de *executeur* een geldige rechtshandeling verricht, dan worden de *rechtsopvolgers onder algemene titel van erflater* gebonden alsof handeling bij leven van erflater was verricht.

Dat deze bepaling een A-bepaling is en een zwaar erfrechtelijke dimensie heeft, is reeds eerder uitgebreid toegelicht. Deze bepaling dient ingelezen te worden in art. 4:145 lid 2 BW oftewel de executeur is 'geen' vertegenwoordiger van de erfgenamen, maar van *erflater*.

Art. 3:78 BW (Schakelbepaling vermogensrecht, *niet* herschreven)

Wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht, zijn de artikelen 63, lid 1, 66, lid 1, 67, 69, 70, 71, en 75 lid 2 van overeenkomstige toepassing, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.

Twee benaderingen zijn denkbaar met betrekking tot de onderhavige bepaling. Indien men de nadruk legt op het feit dat de verlening van een volmacht in een uiterste wilsbeschikking door de wet geconverteerd zal worden in een executele, zou de onderhavige bepaling geen toegevoegde waarde hebben voor executele, omdat de executeur dan geen vertegenwoordiger is in de zin van dit artikel oftewel niet een vertegenwoordiger *uit anderen hoofde* dan volmacht. Indien men de bepaling zodanig uitlegt dat een executeur géén vertegenwoordiger is krachtens volmacht in de zin van de onderhavige titel dan heeft de onderhavige bepaling wel betekenis voor executele. De wetgever gaat in de parlementaire geschiedenis<sup>245</sup> van de laatste uitleg uit, hetgeen zou betekenen dat de onderhavige bepaling een A-bepaling zou zijn. De praktische betekenis van het onderscheid is in zoverre niet groot, omdat de wetgever van mening is dat ook de niet genoemde bepalingen voor overeenkomstige toepassing in aanmerking kunnen komen, hetgeen zoals gezien aan 'wetenschap en rechtspraak' wordt overgelaten. Indien niet uitgesloten is dat de niet genoemde bepalingen kunnen worden toegepast, is vanzelfsprekend ook niet uitgesloten dat de wel genoemde analoog kunnen worden toegepast, mocht art. 3:78 BW niet van toepassing zijn op executele vanwege 'het uit anderen hoofde' criterium, quod non. In de woorden van Wessels en Meijer<sup>246</sup> wordt met betrekking tot deze wijze van schakelen dan ook niet voor niets opgemerkt: 'Zij gebeurt met een dusdanig "roept u maar wat-karakter" dat aan deze toelichting weinig waarde kan worden gehecht.' De verdienste is wel dat de wetenschapper en rechter van de wetgever (zij het met de 'nodige' onderbouwing) vrij baan krijgt om wat te 'roepen'. Bij deze.

Art. 3:79 BW (Schakelbepaling buiten het vermogensrecht, *niet* herschreven)

Buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze titel overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

245. MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 304.

246. B. WESSELS en S.Y.Th. MEIJER, Schakelbepalingen en vertegenwoordiging in Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Serie Onderneming en Recht deel 17, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 200. Zij spreken in dit verband van de in de wethistorie bepleite 'reflexwerking' in de zin van een tussenvorm tussen (gewone) analogie en (geschreven) schakelbepaling. Ik ben meer geneigd om de term reflexwerking te gebruiken in de sfeer van 'inspiratie' opdoen bij. Indien de wetenschap of rechtspraak immers 'vindt' dat de betreffende bepaling van (overeenkomstige) toepassing is zonder uitdrukkelijk in de wet genoemd te worden, kan dit ook als buitenwettelijke analogie gezien worden.

Aangezien executele in beginsel vermogensrechtelijk van aard is, kan er vanuit gegaan worden dat de onderhavige bepaling niet van toepassing is op de afdeling executele en derhalve een C-bepaling is. Wel kan deze bepaling een rol spelen op andere terreinen waar de executeur actief is, waarbij met name aan het *belastingrecht* kan worden gedacht.<sup>247</sup>

Nu de executeur toegang heeft tot het algemene vermogensrecht, kan in het hierna opgenomen bijzonder deel een wat structurelere blik geworpen worden op concrete erfrechtelijke vraagstukken.

## **E. NOGMAALS: VERTEGENWOORDIGING EN BEHEER IN DE ERFRECHTELIJKE TWILIGHTZONE: TRANSMORTAAL OF POSTMORTAAL, 'ECHTE' OF QUASI-OVEREENKOMST**

Nadat het er op lijkt dat wij de ware aard van executele hebben gevonden, is het goed om, ter afsluiting van het algemeen deel de verschillende erfrechtelijke beheers- en vertegenwoordigingsvarianten met effect na overlijden, en al dan niet ter afbakening van de erfrechtelijke grenzen, bij wijze van resumé, kort op een rij te zetten.

1. Allereerst is er de variant waarbij reeds beheers- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gevolmachtigde of lasthebber bestaat *tijdens het leven* van de lastgever of volmachtgever met de bijzonderheid dat deze *niet eindigt* door het *overlijden* van de lastgever of volmachtgever. Vergelijk art. 3:74 BW en art. 7:422 lid 2 BW. Hier spreken wij van *transmortale* werking, aangezien reeds tijdens leven van degene die de rechtshandeling verricht van de bij deze rechtshandeling verleende bevoegdheden gebruik kan worden gemaakt. Deze bevoegdheid blijft na overlijden doorlopen.
2. Daarnaast bestaat er de variant waarbij eveneens reeds *tijdens leven binding* ontstaat door een overeenkomst tussen lastgever en lasthebber, maar waarbij de *werking* van de *overeenkomst* uitgesteld is tot na het overlijden van de lastgever: het '*postmortale* mandaat'. Aangezien het hier om een overeenkomst gaat, valt deze figuur niet onder de definitie van uiterste wilsbeschikking zoals opgenomen in art. 4:42 BW. Een dergelijke overeenkomst dient echter steeds getoetst te worden aan de twee in art. 4:4 BW opgenomen erfrechtelijke beginselen:

247. Zie bijvoorbeeld P. VAN DER WAL, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 273 noot 6 die opmerkt: 'De *externe* bevoegdheid van de gevolmachtigde kan echter *verder* reiken op grond van aan de belastingplichtige toerekenbare schijn van volmacht (op grond van diens verklaringen en gedragingen) of de omstandigheid dat de belastingplichtige zich niet steeds jegens de onkundige wederpartij kan beroepen op het einde van de volmacht.' (Curs BS) en M.W.C. FETERIS, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 57 die de conclusie trekt: 'Voor de vertegenwoordiging van lichamen en *erfgenamen* kent de Awb geen afzonderlijke, van het burgerlijk recht afwijkende regeling. Daar gelden dan ook de vertegenwoordigingsregels uit het civiele recht' (Curs BS)

- a. Niemand mag belemmerd worden in zijn erfrechtelijke (beheers- en vertegenwoordigings)vrijheden, art. 4:4 lid 1 BW. Deze regel levert in beginsel geen probleem op, aangezien de lastgever nog steeds *vrij* is om bij uiterste wilsbeschikking een executeur (of testamentair bewindvoerder) te benoemen. Erfrechtelijke bevoegdheden zijn niet in het geding.
- b. Men mag niet contracteren over de nalatenschap als zodanig of een evenredig deel daarvan, art. 4:4 lid 2 BW. Deze regel levert ook geen problemen op zolang het om goederen in *concreto* gaat en niet over de nalatenschap als zodanig. De lasthebber wordt niet in de positie van executeur gebracht. Iets anders is dat er een botsing zou kunnen ontstaan tussen de verschillende ‘erfrechtelijke’ beheersbevoegdheden.

Aangezien deze overeenkomst de strekking heeft om pas bij overlijden te werken, kan een verkrijging op grond van deze overeenkomst onder de *quasi-le-gatenregeling* als bedoeld in art. 4:126 BW vallen.

3. De derde variant is de variant die de rode draad is in het onderhavige onderzoek, te weten het bij *eenzijdige rechtshandeling* met werking na overlijden aanwijzen van een vertrouwenspersoon als erfrechtelijk vertegenwoordiger. Denk hierbij aan het verlenen van een onherroepelijke volmacht, waar de gevolmachtigde eerst na het overlijden van de volmachtgever gebruik van mag maken. Deze rechtshandeling, gericht of ongericht, wordt in beginsel gegrepen door de *aanzuigende werking* van het gesloten stelsel van *uiterste wilsbeschikkingen* en getransformeerd in een executeurbenoeming. Deze rechtshandeling is niet alleen onderhevig aan de vormvoorschriften voor uiterste wilsbeschikkingen, maar valt ook onder het erfrechtelijk regime executele (en/of testamentair bewind). Een ander wellicht nog sprekender voorbeeld, met dezelfde rechtsgevolgen, is het aanbod tot het aangaan van een onopzegbare overeenkomst van privatieve lastgeving, dat eerst na overlijden van de lastgever aanvaard kan worden. Uit art. 4:143 BW dat handelt over de aanvaarding van executele, blijkt mijns inziens overduidelijk dat de wetgever deze eenzijdige rechtshandelingen transformeert in een ‘executele’ (en/of testamentair bewind).

De verbintenissen die uit deze rechtsverhouding ontstaan zijn *erfrechtelijke verbintenissen*, waar het overeenkomstenrecht *analoog* op kan worden toegepast: de *quasi- overeenkomstgedachte* met privatieve *vertegenwoordigingsbevoegdheid*.

Een dwingend gevolg van deze rechtshandelingen is dat zij *herroepelijk* zijn. Aan de erfrechtelijke verbintenis executele zit, zoals gezien, een goederenrechtelijk aspect oftewel een *bewindsaspect*.

Een categorie met een status aparte is het testamentair bewind in de zin van afdeling 4.5.7 BW, dat in een apart hoofdstuk behandeld zal worden, en wel in Hfdst. V. Dit testamentair bewind kan blijkens art. 7:182 BW ook op de overeenkomst van schenking van toepassing worden verklaard.

# BIJZONDER ERFRECHTELIJK DEEL





# DE ERFRECHTELIJKE OPDRACHT IN HET ALGEMEEN

De vraag, of de executeur bij het verrichten van zijn handelingen al of niet de erfgenamen vertegenwoordigt is niet uitsluitend van theoretische waarde; [...]

Asser-Perrick 6B (2005), nr. 520

## A. HET VERLENEN EN AANVAARDEN VAN DE OPDRACHT

### 1. De totstandkoming van de ‘quasi-overeenkomst’

In dit hoofdstuk zal aan de hand van de regeling van executele zoals neergelegd in afdeling 4.5.6 BW de in het eerste deel gevonden ‘quasi-overeenkomst-gedachte’ geconcretiseerd worden. Gelet op het feit dat een executeur bij uiterste wilsbeschikking benoemd wordt, is hiervoor in Hfdst. II. A reeds uitgebreid stilgestaan bij de definitie hiervan. Bij de vraag wie tot executeur benoemd kan worden, zal ik hierna de klemtoon leggen op de rol van de notaris als opdrachtnemer, waarbij ook de vraag aan de orde komt in hoeverre de notaris zich in zijn ‘eigen akte’ tot executeur kan laten benoemen.<sup>1</sup>

Onlangs werd het oordeel van de Notariskamer van Hof Amsterdam nog ingeroepen met betrekking tot de vraag of een kantoorgenoot van de notaris die de betreffende uiterste wilsbeschikking had gepasseerd, kon weigeren de daarin neergelegde benoeming tot executeur, te aanvaarden. Het hof opende in zijn arrest van 5 oktober 2006<sup>2</sup> als volgt:

‘Het staat in het algemeen een executeur vrij zijn benoeming te weigeren.’

1. Ook zal bijvoorbeeld de relatie executeur en ‘boedelnotaris’ aan de orde komen.
2. Hof Amsterdam, 5 oktober 2006, Rechtspraak Notariaat (RN) 2007, 2, waar de redactie terecht opmerkt: ‘Door te wijzen op het feit dat de erflater al voor zijn overlijden bekend was met het feit dat mr. Z zijn benoeming niet zou aanvaarden, laat het hof onnodige onduidelijkheid bestaan over de vraag of opgewekt vertrouwen, zoals Schols in zijn onder “Zie ook” gemelde bijdrage (BS: WPNR (2006) 6672, p. 493) stelt, ertoe zou kunnen leiden dat het de notaris (toch) niet vrij staat om zijn benoeming tot executeur te weigeren.’ Let wel: de ‘binding’ heeft met name een tuchtrechtelijke invalshoek. CHRISTIAN SCHILD, Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt, (diss. Regensburg), Aachen: Shaker Verlag 1998, p. 198, maakt in noot 805 de interessante opmerking: ‘Für Notare kann eine Verpflichtung zur Übernahme des Amtes landesgesetzlich bestimmt werden (§ 200 FGG). Die BNotar enthält keine derartige Bestimmung.’

Maar toch heeft het er de schijn van dat het hof vindt dat, omdat er enige, zij het heel lichte ‘binding’ tussen erflater en de betreffende (kandidaat-)notaris aspirant-executeur bestaat, de quasi-overeenkomst eerst moet worden ‘opgezegd’ door de notaris. Immers:

‘In het onderhavige geval was de erflater er reeds sedert [...] mee bekend dat mr.[...] voornemens was zijn benoeming als zodanig te weigeren. Dit kan de notaris niet worden tegengeworpen.’

Het hof draait weliswaar om de hete brij heen, maar aanvaardt blijkbaar wel dat er tijdens leven reeds signalen kunnen worden afgegeven over de bereidheid om de benoeming al dan niet te aanvaarden. Dit past aan de ene kant goed in de quasi-overeenkomstgedachte, legt men echter de klemtoon op ‘quasi’ dan blijft van belang om in het achterhoofd te houden dat de verplichting om deze erfrechtelijke functie te aanvaarden: ‘dies der Natur der Testamentsvollstreckung als eines Vertrauensamtes widersprechen würde [...]’<sup>3</sup>

Deze gedachte ziet men ook terug in het feit dat een executeur in beginsel te allen tijde, zonder opgaaf van redenen, zijn erfrechtelijke opdracht mag opzeggen. Art. 4:149 lid 2 BW spreekt van ontslag op *eigen verzoek*. Bij de rechtsfiguren ‘opdracht, lastgeving en volmacht’ is de dosis *vertrouwen*<sup>4</sup> die men in een bepaalde persoon heeft sowieso al uit de aard van de regeling groot. Indien hun species, zoals executele immers gezien kan worden, op de periode *na* overlijden betrekking heeft, dan is dit vertrouwen uit de aard van de situatie (erflater is niet meer)<sup>5</sup> nog groter.

Aanbod en aanvaarding van de executele speelt zich af met op de achtergrond erfgenamen die *onbevoegd* zijn om over de goederen van de nalatenschap te *beschikken* (art. 4:145 lid 1 BW). Dit is zelfs het geval als er maar één erfgenaam tot de nalatenschap gerechtigd is.<sup>6</sup> Aan deze belangrijke erfrechtelijke blokkade zal bij de behandeling van de bevoegdheid van de executeur om goederen van de nalatenschap te gelde te maken, aandacht worden besteed.

Onlangs werd voor Hof Den Bosch<sup>7</sup> gesteld, in het kader van een geschil over de vergoeding van de ‘executeurs’werkzaamheden, dat een ‘echte’ overeenkomst tot stand was gekomen tussen de erfgenamen en de executeur-bewindvoerder. Dit was een stap te ver en werd dan ook afgewezen:

‘Het hof stelt voorop dat met de *benoeming* van [A] tot bewindvoerder c.q. *executeur-testamenteair* en *aanvaarding daarvan* door de betrokkene, *niet* een *overeen-*

3. PALANDT-EDENHOFER, BGB, München: C.H. Beck 2006, § 2202 BGB, p. 2310.
4. Zie bijvoorbeeld L.C.A. VERSTAPPEN, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, Hfdst. XIII.2, p. 457.
5. De executeur kan wel nog steeds op grond van art. 3:77 BW ‘echte’ schulden van de nalatenschap aangaan ‘als ware erflater nog in leven’. Zie ASSER-VAN DER GRINTEN-KORTMANN 2-I, De vertegenwoordiging, Deventer: Kluwer 2004, nr. 67. ‘De schuldeisers van vorderingen die ingevolge de rechtshandeling van de vertegenwoordiger zijn ontstaan, hebben eenzelfde rechtspositie als de “echte” schuldeisers van de nalatenschap.’
6. Parl. Gesch. Vast., p. 850.
7. Hof Den Bosch 27 februari 2007, LjN BAO869. In de casus speelde nog een rol dat de bewindvoerder een partnerrelatie was aangegaan met een derde op basis van een dienstverleningsovereenkomst.

komt tot het verrichten van werkzaamheden (door A) met [de erfgenamen] tot stand komt.' (Curs. en toev. BS)

Indien men aansluiting zoekt bij een overeenkomst tot het verrichten van werkzaamheden dient men zich te realiseren dat de (*quasi*)-overeenkomst 'tot stand komt' op het niveau van erflater en niet op het niveau van de erfgenamen, hetgeen betekent dat dan ook de condities ingevuld worden in de uiterste wilsbeschikking van erflater en niet door de erfgenamen. Ik haast mij nogmaals op te merken dat de quasi-overeenkomstgedachte niet met zich brengt dat er een overeenkomst totstand komt, maar dat de regels van overeenkomstenrecht analoog op de rechtsverhouding kunnen worden toegepast.

## 2. De 'benoeming' van de executeur

### 2.1 Inleiding

Vooraf merk ik op dat, indachtig de quasi-overeenkomstgedachte, ik mij kan vinden in de Zwitserse kritiek op term 'benoeming' oftewel 'Ernennung'. Deze term wordt als onjuist ervaren omdat de Willensvollstrecker niet verplicht is om de erfrechtelijke opdracht te aanvaarden.<sup>8</sup> Deze gedachte is onverkort van toepassing op de Nederlandse terminologie. De term benoeming heeft overigens ook iets ambtelijks en doet ons denken aan de Duitse 'Amtstheorie'. Als wij denken in de sfeer van de erfrechtelijke verbintenissen zou in de plaats van de benoeming: het aanbod tot 'opdracht' (dat eerst na overlijden kan worden aanvaard), als wettelijke term niet misstaan. Over een van de wezenlijke elementen van executele: de aanvaarding hierna in par. 3 meer.

### 2.2 De vorm: niet meer bij codicil

Naar oud recht kon een executeur bij codicil (of bij bijzondere notariële akte) benoemd worden (art. 4:982 (oud) en art. 4:1052 (oud) BW). Thans is dit niet meer mogelijk (art. 4:97 BW). Dat is een goede zaak omdat, zeker naar huidige recht, de executeur een belangrijke rol speelt bij de afwikkeling van nalatenschappen. Aan codicillen kleven immers nogal wat nadelen: er kan beïnvloeding plaatsvinden, ze kunnen zoekraken en het bestaan ervan blijkt niet uit het Centraal Testamentenregister. Overigens konden we naar oud recht een bewindvoerder ook niet bij codicil benoemen. In de parlementaire geschiedenis wordt als reden gegeven voor het feit dat een executeursbenoeming niet meer bij codicil mogelijk is, dat op deze wijze voorkomen wordt dat de notaris een verklaring van erfrecht aan de erfgenamen afgeeft, terwijl later blijkt dat de erflater bij codicil een executeur heeft aangesteld.<sup>9</sup>

Het voorstel om in de wet te bepalen dat de executeur uitsluitend bij notariële testament kan worden benoemd, kwam uit de koker van de Commissie

8. HANS RAINER KUNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 153, noot 145 drukt het als volgt uit: 'Da der Willensvollstrecker keine Pflicht zur Übernahme seines Amtes hat, ist der Begriff "Ernennung" eigentlich falsch, aber er hat sich in der Literatur eingebürgert und wird deshalb auch hier verwendet; [...]'

9. Derde NvW, nr. 10, p. 13, Parl. Gesch. Inv., p. 1981.

Erfrecht van de KNB. In haar rapport van augustus 1991 met als opschrift 'schulden der nalatenschap' werd dit voorgesteld in het belang van een goede boedelafwikkeling. Dit gezien het feit dat in het nieuwe recht de executeur met uitsluiting van de erfgenamen bevoegd is te handelen en bovendien de positie van de legitimaris veranderd is. Onder oud recht heeft het notariaat al zo veel mogelijk geanticipeerd op de nieuwe vormvoorschriften. De notaris moet immers in de verklaring van erfrecht opnemen of het beheer van de nalatenschap aan executeurs, bewindvoerders of vereffenaars is opgedragen. Tevens dienen hun bevoegdheden te worden vermeld (art. 4:188 BW). Van belang is derhalve dat executeursbenoemingen in het verleden zo veel mogelijk bij notariële akte geschied zijn.

Dit speelde weliswaar ook onder het oude recht, doch de praktijk stoorde zich er nauwelijks aan, daar er geen voorschrift als art. 4:188 BW was.<sup>10</sup> Overigens blijft op grond van art. 79 en 127 Ow dat 'wat geldig was, geldig' en derhalve ook de executeurbenoeming bij codicil die vóór de inwerkingtreding van het huidige recht heeft plaatsgevonden.

Ook W.G. de Vries wees er in WPNR (1994) 6155 op dat wij onder het oude recht al moesten anticiperen op de vormvoorschriften met betrekking tot de onder het nieuwe recht af te geven verklaring van erfrecht. Bij mijn weten worden er in de praktijk, gelet op het belang van executele, onder nieuw recht in het licht van de nadelen van codicillen, op grote schaal codicillen houdende executeursbenoemingen herroepen, dit ondanks hun overgangsrechtelijke geldigheid.<sup>11</sup>

Interessant in het licht van de quasi-overeenkomstgedachte is dat onder oud erfrecht Van der Ploeg<sup>12</sup> leerde dat een executeursbenoeming ook bij huwelijksvoorwaarden kon geschieden en, als zulks het geval was, deze beschikking hierdoor onherroepelijk was geworden. Hij beriep zich hierbij op een uitspraak van de Rechtbank Haarlem:<sup>13</sup> 'hoezeer niet met name bij de wet genoemd, of daarin opgenomen, ook geacht moet worden te behoren *de opdracht* aan een of meer personen om die regeling (BS: gift van de gehele of gedeeltelijke nalatenschap) te kunnen bewerkstelligen en de *nalatenschap tot eeffenheid te brengen*.'

Wat betreft de vorm van (buitenlandse) testamenten verwijs ik naar een recent onderzoek van Reinhartz en Cappon: Rechtszekerheid en doelmatigheid in het testamentair erfrecht,<sup>14</sup> waar onder meer de twee navolgende belangrijke conclusies getrokken worden:

10. Voorts was het onder het oude recht omstreden of de bevoegdheden van de executeur wel privaat waren. Thans volgt dit (mede) uit art. 4:145 BW.
11. Terzijde merk ik op dat de notaris niet per se een uitgebreide verklaring van erfrecht hoeft af te geven, maar net als onder het oude recht kan volstaan met het 'slechts' afgeven van een zogenoemde 'verklaring van executele'. Hiermee wordt bedoeld de enkele verklaring dat het beheer van de nalatenschap aan de executeur opgedragen is en dat de in de verklaring genoemde persoon executeur is, MvA I, nr. 133, p. 63, Parl. Gesch.Vast., p. 916. Vanzelfsprekend moeten wel gegevens als overlijdensdatum, personalia van erflater etc. opgenomen worden. Onder het oude recht moest, indien er legitimarissen waren, in de verklaring ook nog vermeld worden dat deze in de executele berust hadden.
12. P.W. VAN DER PLOEG, Testamentair bewind (diss. Leiden), Amsterdam: De Bezige Bij 1945, nr. 95: 'Bij huwelijksvoorwaarden', p. 104 e.v.
13. Rechtbank Haarlem 14 februari 1893, W. 6323.
14. B.E. REINHARTZ en C.M. CAPPON, Rechtszekerheid en doelmatigheid in het testamentair erfrecht, De opstelling en afwikkeling van testamenten in Nederland, Frankrijk, België

- a. in het algemeen worden in Nederland notariële testamenten gemaakt;
- b. bij onenigheid over de rechtsgeldigheid van een testament of de inhoud daarvan zal de rechter worden ingeschakeld, maar dit gebeurt in Nederland niet vaak.

### 2.3 *Wie kan erfrechtelijk opdrachtnemer zijn?*

In beginsel kan iedereen executeur worden. Dit is niet vreemd als men bedenkt dat in beginsel ook iedereen opdrachtnemer/lasthebber of gevolmachtigde kan zijn. Toch worden in de regeling van executele enkele personen uitdrukkelijk uitgesloten. De wetgever heeft gekozen voor een negatieve formulering. Executeur kunnen *niet* worden (art. 4:143 lid 2 BW):

- a. handelingsonbekwamen;
- b. degenen van wie één of meer goederen onder een bewind als bedoeld in titel 19 van Boek 1 zijn gesteld;
- c. degenen die in staat van faillissement verkeren of ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard.

Meijers wees er destijds op dat niet met verwijzing naar lastgeving kon worden volstaan, omdat *lasthebber* ook degenen kunnen zijn die niet handelingsbekwaam zijn.<sup>15</sup> Weer een verborgen vingerwijzing naar de quasi-lastgeving?

Uit de negatieve formulering van art. 4:143 lid 2 BW blijkt dat ook rechtspersonen executeur kunnen zijn.<sup>16</sup> Uit art. 4:157 BW waarin ook gekozen is voor een negatieve formulering, doch waar in lid 3 uitdrukkelijk bepaald is dat alleen rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid tot bewindvoerder benoemd kunnen worden, leid ik af dat een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid, de zogenoemde informele vereniging, wel executeur kan zijn.<sup>17</sup> Een gedachte zou kunnen zijn om in deze zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij de regeling van het testamentair bewind, aangezien een executeur ook het beheer van de nalatenschap heeft. Nu de executele echter een eigen regeling kent met betrekking tot de vraag wie executeur kan worden, kies ik

→ en Duitsland mede bezien in historisch perspectief in 'Pro forma?', Opstellen over de rol van formele regels en vormvoorschriften in het privaatrecht, onder redactie van A.F. SALOMONS en G.J.P. DE VRIES, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 236 en 237. Als reden voor de eerste conclusie ('holografen zijn zeldzaam') wordt gegeven: 'Dit heeft naast een inhoudelijke reden (een notarieel testament biedt de zekerheid van grondige voorlichting, deskundigheid bij de formulering ervan en rechtszekerheid, mede vanwege de melding bij het Centraal Testamentenregister en de bewaarregels die gelden voor notariële akten) ook een praktische: een notaris moet naar de rechtbank van het sterfhuys afreizen om de opening van een holograaf te bewerkstelligen.' Wat de Nederlandse afwikkeling betreft merken zij op, p. 237: 'De notaris zal zijn bevindingen neerleggen in een verklaring van erfrecht en eventueel in een verklaring van executele die partijen ook jegens derden legitimeert als respectievelijk beschikkingsbevoegd erfgenaam dan wel als vertegenwoordigingsbevoegd executeur.'

15. TM, p. 348, Parl. Gesch. Vast. 840.

16. MvA, nr. 6, p. 98, Parl. Gesch. Vast., p. 841

17. Anders W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 165, alsmede ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 510. Mijs inziens is, nu een rechtspersoon met een natuurlijk persoon voor het vermogensrecht gelijkgesteld is, de negatieve formulering doorslaggevend voor de positieve beantwoording van de rechtsvraag. Zie Parl. Gesch. Vast., p. 841.

uitdrukkelijk niet voor het analogoö toepassen van de regeling van het testamentair bewind.<sup>18</sup>

Over de benoeming van een *notaris* tot *exécuteur* en de relatie van een *notaris* tot een *exécuteur* zal, zoals opgemerkt, hierna uitgebreid aandacht worden besteed.

Dat het niet altijd vanzelfsprekend is geweest dat 'iedereen' *exécuteur* kan worden blijkt wel uit de constatering van Eggens<sup>19</sup> in 1938 dat een man zijn vrouw wel tot *exécuteur* kan benoemen, doch dat als de betreffende weduwe tijdens de executie zou hertrouwen, de executiele dan zou komen te vervallen. Waarom? In het destijds geldende art. 1053 BW werden 'getrouwde vrouwen' niet tot de executiele toegelaten.

In de Duitse literatuur<sup>20</sup> heeft men een 'checklist' opgesteld van vijf punten waar de 'ideale' *exécuteur* aan zou moeten voldoen. Immers: 'Der Erfolg einer Testamentsvollstreckung hängt wesentlich von der Person des Testamentsvollstreckers ab'. Hierbij heeft men de navolgende persoon (met de navolgende 'kenmerken') in gedachten:

- a. volles Vertrauen des Erblassers;
- b. mensliche Qualifikation, um mit den zu erwartenden persönlichen Schwierigkeiten fertig werden zu können;
- c. ausreichende Kenntnis der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge in seiner Aufgabe;
- d. ein Alter, das die Aufgabenerfüllung während der gesamten Dauer der Testamentsvollstreckung erwarten lässt;
- e. ausreichende Zeit.

Vooral uit de eerste eigenschap blijkt weer uit welke bron de rechtsverhouding ontspringt en op basis waarvan deze dient te worden ingevuld: het *vertrouwen van erflater*.

Ook de minister realiseerde zich dat alles staat en valt met de *persoon* van de *exécuteur*. Toen immers voorgesteld werd om als taakomschrijving van de *exécuteur* in de wet op te nemen 'het bemiddelen, appaiseren en tot elkaar

18. Zie voor de vraag of beroepsbeoefenaars op het gebied van de individuele gezondheidszorg, geestelijk verzorgers, exploitanten en bestuurders van verzorgings- en verplegingsinstellingen of in deze instellingen werkzame personen, tot *exécuteur* of bewindvoerder benoemd kunnen worden B.M.E.M. SCHOLS, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, Hoofdstuk XV, nr. 6, W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 70 merkt op dat art. 4:59 BW slechts geldt voor makingen. Een *exécuteurs*benoeming is geen 'making'. De in art. 4:59 BW genoemde personen kunnen dan ook alleen maar via een uitdrukkelijke wetsbepaling van een *exécuteurs*benoeming uitgesloten worden en niet via het analogoö toepassen van een bepaling. Breemhaar, p. 164 vindt overigens wel dat art. 4:157 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is op de *exécuteur*. Het is ondanks het feit dat ik executiele zie als een species van bewind goed de verschillen in de uitwerking in aparte afdelingen te blijven zien. Het beheer van de bewindvoerder moet door de legitimarissen niet 'geduld' worden, het beheer van de *exécuteur* daarentegen wel.

19. J. EGGENS, Huwelijksgoederenrecht en -erfrecht (J.G. KLAASSEN), Arnhem: Gouda Quint 1938, p. 374. Hij wijst op art. 1029 Cc (oud), waaruit blijkt dat de Fransen destijds al wat liberaler waren in deze. Met toestemming van de man mocht het wel.

20. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: Verlag C.H. Beck 2001, p. 72.

brengen van partijen als er kwesties zijn, en in het algemeen het brengen van de boedel in staat van verdeling’, zag hij hier geen heil in, omdat:<sup>21</sup>

‘het zeer van de door de erflater aangestelde persoon afhangt, of deze voor een zodanige taak de geschikte man is.’

Inderdaad. Erfrechtelijk ‘appaiseren’ lijkt niet voor iedereen te zijn weggelegd.

### 3. De wijze van aanvaarding

Bij de behandeling van de aard van de uiterste wilsbeschikking in het eerste deel is gebleken dat de ziel van een uiterste wilsbeschikking is gelegen in het feit dat deze pas na het overlijden van erflater mag en kan aanvaard worden en ook dan pas werkt in de zin van art. 4:42 BW. Deze gedachte wordt ook bij de quasi-overeenkomst van executele tot uitdrukking gebracht in art. 4:143 lid 1 BW.<sup>22</sup>

‘Men wordt executeur door *aanvaarding* van zijn benoeming *na het overlijden* van erflater.’ (Curs. BS)

Eerder aanvaarden zou van de quasi-overeenkomst een ‘echte’ overeenkomst van privative lastgeving maken<sup>23</sup> en dat zou botsen met het feit dat de wortels van executele gedragen worden door het vertrouwen dat erflater heeft in zijn opdrachtnemer de executeur. Men mag het vertrouwen tijdens leven laten blijken, maar men is niet verplicht daartoe. De mogelijkheid moet blijven bestaan dat de executeur niet op de hoogte is van zijn benoeming en derhalve ook niet van de wellicht op wantrouwen gebaseerde herroeping van de benoeming. Met een ‘hoge’ beloning wordt de kans om aanvaarding door de executeur groter. Dat geldt immers bij ieder aanbod<sup>24</sup> om een overeenkomst tot opdracht aan te gaan en is bij een quasi-overeenkomst niet anders.

Een principieel verschil met de aanvaarding van een legaat is dat de wetgever in art. 4:201 BW er van uitgaat dat een legataris als hoofdregel aanvaardt, totdat het tegendeel blijkt. Dit ligt anders bij een executele. Daar gaat de wetgever niet zonder meer van aanvaarding uit. De verklaring van aanvaarding

21. MvA, nr. 6, p. 101, Parl. Gesch. Vast., p. 846.

22. In de parlementaire geschiedenis wordt door de minister, wellicht ten overvloede, opgemerkt dat hierin ligt opgesloten dat men niet verplicht is zijn benoeming te aanvaarden en dat men niet reeds tijdens het leven van de erflater kan aanvaarden; MvA, nr. 6, p. 98, Parl. Gesch. Vast., p. 841. Onder het oude erfrecht was dit geregeld in art. 4:1068 (oud) BW.

23. Zolang het niet betreft een overeenkomst over de gehele nalatenschap of een evenredig gedeelte daarvan veroorzaakt art. 4:4 lid 2 BW geen problemen. Art. 4:4 lid 1 BW ook niet omdat men nog steeds vrij is om een executeur te benoemen. Zie over deze vraagstukken uitgebreid F.W.J.M. SCHOLS, Quasi-erfrecht met bindende elementen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

24. De Hoge Raad drukt zich in arrest HR 7 april 1978, RvdW 1978, 44 (nog) als volgt uit: ‘Het Hof heeft vastgesteld dat [...] bij testament is *benoemd* tot uitvoerder van haar uiterste wilsbeschikkingen met het recht tot inbezitting van haar nalatenschap en *dat dit recht is uitgeoefend*.’ (Curs. BS)



is een belangrijke component van de executele, waardoor de quasi-overeenkomstgedachte zich heeft kunnen opdringen. In het Duits klinkt het zo<sup>25</sup>

‘Den Vorschriften über den Testamentsvollstreckung ist zu entnehmen, dass das Amt des Vollstreckers [ ] nicht schon mit dem Erbfall beginnt, sondern auf dem *Annahmegrundsatz* aufbaut (§ 2202 I). Der Beginn des Amtes setzt daher *kumulativ* die letztwillige Anordnung der Testamentsvollstreckung, die Ernennung des Vollstreckers sowie die gegenüber dem Nachlassgericht zu erklarende Annahme des Amtes durch den Ernannten voraus (§ 2202 II 1)’ (Curs BS)

In Nederland kennen wij ook de ‘Annahmegrundsatz’. Ik teken hier meteen bij aan dat in ons stelsel de aanvaarding ‘vormvrij’ kan geschieden, terwijl bijvoorbeeld in het Duitse recht de Testamentsvollstrecker zijn verklaring van aanvaarding voor het ‘Nachlassgericht’ aflegt. De verklaring is ‘bedingungsfeindlich’ en ‘unwiderruflich’<sup>26</sup>. Hetzelfde heeft, gelet op de aard van executele, indachtig met name het vertegenwoordigingsaspect, mijns inziens in ons stelsel te gelden. Het rechtsverkeer kan niet met een ‘voorwaardelijke’ executele uit de voeten.

In het Franse recht<sup>27</sup> kan de ‘acceptation’ weliswaar, anders dan in het Duitse recht, stilzwijgend geschieden, maar blijft deze een noodzakelijke voorwaarde, omdat ‘cette mission fait naître a la charge de l’executeur un certain nombre d’obligations, il en devient responsable’. Men voelt bij lezing van de frase de erfrechtelijke verbintenissen na aanvaarding van het aanbod van erfflater al op de executeur drukken. De Belgen<sup>28</sup> draaien niet om de hete brij heen: ‘Het contract komt pas tot stand wanneer de testamentuitvoerder de door de testator aangeboden taak heeft aanvaard’.

De Zwitsers zijn formeler, de benoeming tot executeur wordt de Willensvollstrecker door ‘der zuständigen (kantonalen) Behörde am Wohnort des Erblassers vom Amtes wegen mitgeteilt’<sup>29</sup>. Interessant is dat de Willensvollstrecker (vanaf de mededeling) een termijn van veertien dagen gegund wordt om zich te beraden (Art. 517 Abs. 2 ZGB) ‘wobei ihr Stillschweigen als Annahme gilt’. Naarmate de overheid en meer in het bijzonder de rechterlijke macht meer grip heeft op de boedelafwikkeling, zal de aanvaarding van de opdracht, de quasi-overeenkomst van executele, formeler zijn. Desondanks blijft stilzwijgende aanvaarding tot de mogelijkheden behoren. Het Nederlandse systeem neemt met de centrale rol van het notariaat bij de boedelafwikkeling, in ieder geval wat de afgifte van een verklaring van erfrecht/executele als bedoeld in art. 4:188 BW betreft, een gulden middenweg in. Geen rechter, wel een notaris. Dit wordt mooi verwoord door Hidma in zijn ora-

25 CHRISTIAN SCHILD, *Das unbestzte Testamentsvollstreckeramtsamt* (diss. Regensburg), Aachen: Shaker Verlag 1998, p. 4, en voegt daar aan toe: ‘Der Beginn des Amtes hängt nicht von der Annahme der Erbschaft durch den Erben ab’.

26 MAYER/BONEFELD/WALZHOLZ/WEIDLICH, *Testamentsvollstreckung*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 30.

27 FRANCOIS LETELLIER, *L’execution testamentaire* (these Paris II), Defrenois: Paris 2004, p. 169.

28 VAN GRUNDERBEECK, *Erfenissen, Schenkingen en testamenten*, M. COENE, W. PIN-TENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 152.

29 HANS RAINER KUNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 151, waar gewezen wordt op art. 538 ZGB en art. 517 Abs. 2 ZGB.

tie<sup>30</sup> met de sprekende titel 'Op het kruispunt van notariële en rechterlijke functie':

'Daarom niet getreurd, om de conclusies van een notaris op dit punt kan geen rechter heen: niet om formele redenen, maar vanwege zijn specifieke deskundigheid. In de Memorie van Toelichting op art. 38a Notariswet wordt opgemerkt dat het daarin vermelden van de afstand van het recht op de legitieme of de *weigering van de aanvaarding van een benoeming tot executeur* "niet ongebruikelijk" is. Ik zou menen dat de vermelding van dergelijke feiten voor een haar doel beantwoordende verklaring van erfrecht onmisbaar is. Wellicht verdient het daarbij de voorkeur wanneer de desbetreffende *schriftelijke* verklaring van de legitimaris, c.q. executeur aan de verklaring van erfrecht wordt gehecht. Een wettelijk voorschrift met die strekking zou sporen met andere soortgelijke bepalingen.' (Curs. BS)

Een goede gedachte, maar wellicht is de tijd rijp de iure dan wel de facto om van de aanvaarding of niet-aanvaarding van de executele een *notariële* (proces-verbaal)akte op te maken, waarbij de executeurs met name veel baat zullen hebben van de notariële 'Belehrung'. Wie wijst de executeur bijvoorbeeld op het feit dat als alle erfgenamen zich in het buitenland bevinden de aanvaarding van de opdracht hem verplicht om aangifte voor het successierecht te doen (Art. 72 SW 1956), waarmee de hoofdelijke aansprakelijkheid voor het successierecht een feit is (Art. 47 IW 1990)? Het juiste antwoord is: *de notaris*. Daarnaast is het voor het rechtsverkeer een goede zaak dat (notarieel) vastligt of een executele wel of niet aanvaard is.<sup>31</sup> Men denke wederom aan de beschikkingsonbevoegdheidsregel van art. 4:145 lid 1 BW.

Dat wat het formele aspect van de aanvaarding betreft. In de praktijk wordt de verklaring van aanvaarding of niet aanvaarding aan de verklaring van executele/erfrecht gehecht. Niet zelden wordt deze verklaring in het bijzijn van de notaris met het oog op de 'Belehrung' getekend. De stap naar de notariële akte is mijns inziens dan nog maar klein. Rest de vraag in hoeverre naast de formele benadering nog ruimte is om ook de mogelijkheid van stilzwijgende aanvaarding aan te nemen oftewel de soepele 'Franse' benadering. Mijns inziens kan hierbij aansluiting gezocht worden bij art. 4:192 BW, welke regel ik mij permitteer te herschrijven:

'Een executeur die zich *ondubbelzinnig en zonder voorbehoud* als een aanvaard hebbende executeur *gedraagt, aanvaardt daardoor de executele*, tenzij hij zijn keuze reeds eerder heeft gedaan.'

Het laatste woord in deze is vanzelfsprekend aan de rechter en niet aan de notaris. De laatste zin laat zien dat een eenmaal uitgebrachte keuze onvoor-

30. T.R. HIDMA, Op het kruispunt van notariële en rechterlijke functie, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen op 2 juni 1992, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 28. Zijn bron is MvT 17 896, nr. 3, p. 23. Hij wijst daarbij voor soortgelijke bepalingen op het feit dat de notaris verklaart dat 'hem van het bestaan van de volmacht genoegzaam is gebleken' en op de verklaring van waardeeloosheid van art. 35 Kadasterwet.

31. Om maar te zwijgen van de 'Freigabe': Het vrijgeven van (het beheer over) de goederen van de nalatenschap. Naar ik begreep zijn er al notarissen die de nieuwe smaak te pakken hebben en die een proces-verbaal-akte van 'Freigabe' opmaken.

waardelijk is en niet meer terug te draaien is. Er kan dan ook sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van de executeur indien hij zich na een verklaring van non-aanvaarding toch als executeur presenteert. Interessant voor executele is ook de gedachte van art. 4:190 lid 3 BW: 'De keuze kan alleen onvoorwaardelijk en zonder tijdsbepaling geschieden. Zij kan niet een deel van (het erfdeel, lees:) de executele betreffen [...]'.<sup>32</sup> Dat uit feitelijke handelingen van een notaris al snel kan worden afgeleid dat deze de benoeming tot executeur heeft aanvaard, blijkt uit een uitspraak van de Kamer van Toezicht te Arnhem op 2 maart 2004 waarin wordt geoordeeld dat:<sup>33</sup>

'De notaris de benoeming tot executeur wel degelijk had aanvaard gezien het beleggen van twee besprekingen en telefonisch overleg, alsmede het in ontvangst nemen van de kluisleutel, autopapieren en andere bescheiden, alsmede haar brief waarin zij de functie van executeur neerlegt.'

Een executeur, doet er derhalve goed aan, bij het 'eerste contact' nog een voorbehoud<sup>34</sup> te maken met betrekking tot het al dan niet aanvaarden van zijn 'benoeming', hetgeen mij doet denken aan het klassieke erfrechtelijke 'recht van beraad'.

Een novum onder het nieuwe erfrecht is dat thans uitdrukkelijk bepaald is dat de kantonrechter op verzoek van een belanghebbende een termijn kan stellen, na afloop waarvan de benoeming niet meer kan worden aanvaard.<sup>35</sup> Tegen deze beschikking is geen hogere voorziening toegelaten.<sup>36</sup>

Het is met het oog op het beheer van de nalatenschap een verbetering dat uitdrukkelijk is opgenomen dat een termijn gesteld kan worden voor de aanvaarding van de benoeming. Zo kan immers worden belet 'dat de benoemde persoon de erfgenaam in ongelegenheid brengt door zijn beslissing slepende te houden'.<sup>37</sup> Dit klemt te meer, omdat de bevoegdheid van de executeur pri-

32. Voor een gedeeltelijke aanvaarding moet mijns inziens erflater uitdrukkelijk de bevoegdheid gegeven hebben, zoals hij bijvoorbeeld bij een keuze-legaat doet. Interessant in deze zijn de beschouwingen van WOLFGANG GRUNSKY en ALEXANDRA HOHMANN, *Die Teilbarkeit des Testamentsvollstreckeramtes*, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2005, 2, p. 41 en p. 43, die in deze onder omstandigheden uit willen gaan van een eventuele hypothetische wil van erflater.

33. KvT Arnhem 2 maart 2004, nr. 07.831.1/29. Ongeveer twee maanden na het openvallen van de nalatenschap 'legt de notaris haar functie van executeur neer', omdat geen overeenstemming tussen de familie van erflaterster en haar levensgezel was te bereiken. De notaris stelt dat zij de benoeming tot executeur nooit heeft aanvaard omdat de eerste bespreking reeds in een grimmige sfeer verliep. De notaris kreeg een waarschuwing, omdat de Kamer het optreden van de notaris onduidelijk en tegenstrijdig acht en getuigen van onvoldoende krachtdadig en professioneel optreden.

34. Hetgeen gelet op de aard van de materie al helemaal geldt voor een notaris, zeker na de betreffende uitspraak van de Arnhemse Kamer van Toezicht. Het wordt voor een notaris steeds belangrijker om aan te geven met welke pet hij handelt, partij-notaris, boedelnotaris of executeur?

35. Een belanghebbende is niet alleen een erfgenaam, maar eenieder die een rechtstreeks belang heeft bij de vervulling van de taak van executeur; MvA I, nr. 133, p. 60, Parl. Gesch. Vast., p. 842.

36. Dit wordt in de tweede titel (Van procedures betreffende een nalatenschap of een gemeenschap) van het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld.

37. MvA, nr. 6, p. 98, Parl. Gesch. Vast., p. 841. VISSER VAN IJZENDOORN, *Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en verffenaars van nalatenschappen*, praeadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (1953), p. 13, nam

vatief is. De erfgenamen zijn immers op grond van art. 4:145 lid 1 BW onbevoegd om over de goederen van de nalatenschap te beschikken, ook als de executeur zijn functie nog niet aanvaard heeft. In de Handleiding erfrecht-procedures Kantonrechter, KNB Intranet 30 maart 2004<sup>38</sup> (Advies 16 maart 2004), wordt de kantonrechter ‘aanbevolen’ om een zo kort mogelijke termijn te stellen om de erfgenaam zo snel mogelijk de vrije hand te geven, bijvoorbeeld veertien dagen na betekening door verzoeker van benoeming executeur en beschikking termijnbepaling.

De regel: hij die ‘den last van uitvoerder eener uiterste wilsbeschikking heeft aanvaard is verplicht denzelven te voleindigen’, is in het nieuwe erfrecht niet in dezelfde starheid teruggekeerd (art. 4:1068 (oud)). De kantonrechter kan de executeur op eigen verzoek ontslag verlenen (art. 4:149 lid 2). Wel blijft een gewezen executeur verplicht te doen wat niet zonder nadeel voor de afwikkeling van de nalatenschap kan worden uitgesteld, totdat degene die na hem tot het beheer van de nalatenschap bevoegd is, het beheer heeft aanvaard (art. 4:149 lid 3).

#### 4. Meer executeurs

Ook kan de situatie zich voordoen dat erflater bij uiterste wilsbeschikking een aanbod doet aan *meerdere* opdrachtnemers om zijn nalatenschap af te wikkelen. Hieraan wil ik in de onderhavige paragraaf kort aandacht besteden.

Zijn er twee of meer executeurs benoemd, dan kan ieder van hen alle werkzaamheden *alleen* verrichten. Dit bevordert de slagvaardigheid van de executeur. De erflater kan vanzelfsprekend ook anders bepalen (art. 4:142 lid 2 BW).

Art. 4:1063 (oud) BW bepaalde dat als er twee of meerdere executeurs benoemd waren, zij in beginsel slechts *tezamen* bevoegd waren.<sup>39</sup> De wetgever heeft voor de huidige regeling gekozen om een vlotte gang van zaken te bevorderen. Voorts wilde men uniformiteit betrachten met de regeling van bewind, thans art. 4:158 BW, en de vertegenwoordiging van de naamloze vennootschap, thans art. 2:130 lid 2 BW.<sup>40</sup> In de parlementaire geschiedenis is ‘gefilosofeerd’ over wat de Nederlandse erfslaters als ‘normaal’ zouden beschouwen: tezamen bevoegd of alleen bevoegd? De minister was van mening dat geenszins vaststaat welke van de twee oplossingen de Nederlandse erfslaters als normaal beschouwen, en dat men wellicht het dichtst bij de werkelijk-

→ reeds, als suggestie ter overdenking, in zijn preadvies op om voor de aanvaarding van de benoeming een termijn te stellen.

38. Ook via ‘[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)’ te raadplegen.

39. In het kader van de overgangsrechtelijke uitleg zal men hiermee rekening moeten houden. Zo ook KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 349.

40. MvA I, nr. 133, p. 59, Parl. Gesch. Vast., p. 839. ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en Schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 513 merkt op dat de regel dat indien er twee executeurs worden benoemd ieder van hen alle werkzaamheden alleen kan verrichten, in het algemeen zal afwijken van wat de erflater die meer dan een executeur heeft benoemd, beoogt. Hij wijst er aldaar eveneens op dat als erflater bepaald heeft dat twee of meer executeurs *slechts* tezamen bevoegd zijn, er dan als wil van erflater uit valt af te leiden, dat bij het ontbreken van de één ook de bevoegdheid van de ander wegvalt. Hieruit blijkt maar weer hoe belangrijk het is om in een uiterste wilsbeschikking man en paard te noemen.

heid komt als men de veronderstelling waagt dat de Nederlandse erflater die meer dan één executeur benoemt, geen idee heeft van wat dan verder op dit punt 'normaal' is.<sup>41</sup>

Indien er een meningsverschil bestaat tussen de executeurs, dan beslist de kantonrechter op verzoek van een van hen. Deze kan dan een verdeling van de werkzaamheden vaststellen, dan wel een verdeling van het hen toekomende loon (art. 4:143 lid 3 BW). De term werkzaamheden herinnert ons overigens weer aan de algemene vermogensrechtelijke figuur opdracht.

In de parlementaire geschiedenis<sup>42</sup> lezen we dat aanleiding voor het ingrijpen door de kantonrechter kan zijn een behoefte, voor de dagelijkse beheerswerkzaamheden een algemene verdeling te maken waaromtrent zij niet tot overeenstemming zijn kunnen komen. Een gebrek aan overeenstemming kan ook zien op een verschil van mening over de vraag of het wenselijk is tot een bepaalde handeling over te gaan. Er kan door een verdeling van de werkzaamheden door de kantonrechter ook worden vastgelegd voor wiens verantwoordelijkheid het verrichten, respectievelijk het niet verrichten van de handeling zal zijn. Hiermee wil de wetgever voorkomen dat het beleid van de een door handelingen van de ander kan worden doorkruist. Voorts wordt geconstateerd dat een verdeling van werkzaamheden ook zal kunnen inhouden dat bepaalde handelingen in het vervolg slechts door de executeurs tezamen zullen mogen worden verricht.

De Belgische regeling (art. 1033 BBW) lijkt op onze oude regeling (in beginsel tezamen, alleen bij gebreke van de ander). Zo ook de Franse executeurs die eveneens als hoofdregel (Art. 1026 Cc nieuw) hebben dat 'l'un d'eux peut agir à défaut des autres.' De Zwitserse hoofdregel (Art. 518 Abs. 3 ZGB) gaat niet uit het van het bij-gebreke van-principe, maar heeft als hoofdregel gezamenlijk handelen. Zo ook de Duitsers (in § 2224 BGB) waarbij voor de duidelijkheid opgemerkt wordt: 'Fällt einer von ihnen weg, so führen die Übrigen das Amt allein.' 'Gevoelsmatig' zou er iets te zeggen zijn voor de Zwitsers-Duitse gedachte: 'tezamen, tenzij', ware het niet dat, gelet op de aard van executele, het één lijn trekken met het algemene vermogensrecht dogmatisch mijn voorkeur heeft. Zie art. 3:65 BW en art. 7:415 BW. Wat er ook van zij, het filosoferen over de gewenste hoofdregel zet in ieder geval in het concrete geval aan tot erfrechtelijk maatwerk. In dit licht is dan ook interessant de gedachte:<sup>43</sup>

'Der Erblasser kann überhaupt die Geschäftsverteilung im Innenverhältnis und Aussenverhältnis verschieden regeln.'

Kortom, om het rechtsverkeer niet op het verkeerde been te zetten, is het van groot belang om in de uiterste wilsbeschikking aan te geven of men interne of externe werking van een bepaalde bevoegdheidsbeperking beoogt bij bijvoorbeeld 'meerderheidsbesluit'-regelingen. Bij twijfel zal de derde immers aan alle executeurs de medewerking aan de rechtshandeling vragen. Men kan ook erfrechtelijk ingrijpen door het beheer van bijvoorbeeld het ondernemingsvermogen slechts aan een of slechts aan bepaalde executeurs te ge-

41. MvA I, nr. 133, p. 60, Parl. Gesch. Vast., p. 839.

42. MvA I, nr. 133, p. 60, Parl. Gesch. Vast., p. 840.

43. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C.H. Beck 2001, p. 85.

ven.<sup>44</sup> Mijns inziens hoeven in de verklaring van executele slechts de extern werkende bepalingen opgenomen te worden.

Een pleidooi voor het 'Mehr-Testamentsvollstrecker-Modell' vanwege het 'balance of power-effect' hield Klaus Molitoris<sup>45</sup> in zijn dissertatie, waarin hij er op wees dat 'die Zahl spektakulärer Testamentsvollstreckungsfälle mit mehreren Testamentsvollstreckern in den letzten Jahren stetig zugenommen hat.' Zijn 'Paradebeispiel' waarin 'beter' een gremium aangesteld kan worden, is de casus waarin ondernemingsvermogen naast privé-vermogen vererft.

Wat de aansprakelijkheid voor tekortkomingen betreft, werd in de Toelichting Meijers opgemerkt dat indien voor de erfgenamen een schade ontstaat die aan een tekortkoming van meer dan één verantwoordelijke is te wijten, dat dan de gewone regel omtrent schade door meerdere personen veroorzaakt, van toepassing is.<sup>46</sup>

## 5. Assumptie, subrogatie en vervanging door de rechter

De wetgever heeft duidelijkheid geschapen in de zogeheten kwestie 'assumptie en subrogatie'.<sup>47</sup> Art. 4:142 lid 1 BW bepaalt uitdrukkelijk dat erflater de executeur de bevoegdheid kan toekennen een of meerdere executeurs aan zich toe te voegen (assumptie) of in zijn plaats te stellen (subrogatie). Ook kan erflater een voorwaarde aan zijn benoeming verbinden, bijvoorbeeld dat de primair benoemde zijn functie niet aanvaardt of bijvoorbeeld zijn functie neerlegt.<sup>48</sup>

Belangrijk voor de praktijk is dat erflater de mogelijkheid gegeven wordt om in zijn uiterste wil te bepalen dat wanneer een executeur komt te ontbreken, de *kantonrechter* een nieuwe executeur kan benoemen. Executele staat

44. Dit laatste is het meest zuiver als men erfrechtelijk wil ingrijpen met extern effect. De regeling moet vanzelfsprekend wel werkbaar blijven. Ik spreek van het meest zuiver omdat het beheer van de nalatenschap (met het oog op de voldoening van de schulden van de nalatenschap) de belangrijkste basistaak is van de executeurs en de vertegenwoordigingsbevoegdheid hieraan gekoppeld is. Het rechtsverkeer moet dan ook beschermd worden en derhalve het voordeel van de twijfel krijgen bij onduidelijkheden met betrekking tot bevoegdheidskwesties. De hoofdregel is immers neergelegd in art. 4:145 lid 2 BW en het maatwerk is mogelijk via art. 4:142 lid 2 BW dan wel via het 'opsplitsen' van het beheer.

45. KLAUS MOLITORIS, *Die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker* (diss. Regensburg), Aachen: Shaker Verlag 2004, p. 2 en p. 201. Hij wijst ook op de keerzijde: 'zahlreiche einzukalkulierende Problemfelder', p. 204.

46. TM, p. 347, Parl. Gesch. Vast., p. 834. Meijers vond de regel van art. 4:1063 (oud) BW dat ieder voor het geheel aansprakelijk is verwarrend. Indien hun taak niet beperkt is moet ieder voor alles wat het beheer betreft sowieso al zorgen en op een behoorlijke vervulling toezien was zijn gedachte.

47. Vgl. KLAASSEN-EGGENSEN-LUIJTEN, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 219. Meijers merkt op dat dit (de verlening van de bevoegdheid van assumptie of subrogatie) onder oud recht niet geheel zeker is; T-M, p. 348.

48. MEIJERS was van mening, dat de regeling van art. 4:1052 lid 2 (oud) BW niet opgenomen hoefde te worden, omdat evenmin als bij de erfstelling het bij de executele nodig geoordeeld is te bepalen, dat de erflater een subsidiaire aanwijzing kan doen voor het geval dat de in de eerste plaats aangewezen ontbreekt of weigert de benoeming te aanvaarden, TM, p. 347, Parl. Gesch. Vast., p. 834. Met KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 345 ben ik van mening dat derhalve nog steeds een 'opvolgend' executeur benoemd kan worden door erflater.

en valt met de aanwezigheid van de persoon van de executeur, voor zover er niet door erfflater in de opvolging is voorzien.<sup>49</sup> Zie HR 18 juni 1926, NJ 1926, p. 1132. Een nieuwe bewindvoerder kon daarentegen reeds onder oud recht door de rechter benoemd worden (art. 4:1067 (oud) BW).

Let wel: de kantonrechter heeft deze bevoegdheid bij executele alleen als dit uitdrukkelijk in de uiterste wil is bepaald (art. 4:142 lid 1 BW).<sup>50</sup> De kantonrechter is alsdan bevoegd een vervanger te benoemen op verzoek van een belanghebbende. In de parlementaire geschiedenis is de vraag aan de orde gesteld wie als belanghebbende in de zin van art. 4:142 BW is te beschouwen. De minister heeft hier op geantwoord dat wanneer de erfflater in zijn uiterste wilsbeschikking niet slechts een of meer nader omschreven belanghebbenden, maar in het algemeen ‘belanghebbenden’ bevoegd heeft verklaard, het voor de hand ligt onder ‘belanghebbenden’ te verstaan eenieder die een rechtstreeks belang heeft bij de vervulling van de taak van de executeur. Zijns inziens kunnen hieronder niet alleen de erfgenamen vallen, maar ook anderen die een rechtstreeks belang hebben bij de vereffening van de schulden van de nalatenschap.<sup>51</sup>

De vraag komt op of erfflater ook aan een derde de bevoegdheid mag verlenen om een executeur te benoemen. De wet is in art. 4:142 BW duidelijk en spreekt alleen van een kantonrechter als derde. Ik laat mij, indachtig ons gesloten stelsel en beginselen van ongeoorloofde delegatie, hier door de Zwitsers<sup>52</sup> leiden: ‘Es handelt sich um eine Dritternennung, die – anders als im deutschen Recht – in der Schweiz nicht gesetzlich geregelt, jedoch unzulässig ist, weil sie gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit verstößt.’

Overigens lijkt er bij de instelling van een bewind meer ruimte te zijn om de bevoegdheid om een bewindvoerder aan te wijzen te delegeren. Dit volgt mijns inziens uit art. 4:157 BW waar in beginsel de kantonrechter bevoegd is om een bewindvoerder aan te wijzen, ‘indien de uiterste wil niet voorziet in de regeling van een bewindvoerder.’<sup>53</sup> Asser-Perrick<sup>54</sup> merkt terecht op dat het verschil met executele te sprekend is om deze regeling ook van toepassing te achten op executele.

49. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 220 spreken ‘wilens en wetens’ niet meer van ‘executele’, maar van ‘de executeur’. Dit is mijns inziens, ondanks het persoonlijke karakter van executele, in zoverre te kort door de bocht omdat hiermee het bewindsaspect dat aan executele kleeft niet onderkend wordt. Ik wijs er op dat ook in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk gesproken wordt van ‘executele-bewind’, Parl. Gesch. Vast. Boek 4, p. 829. W.R. MEIJER wijst in haar *Tekst en Toelichting Nieuw Erfrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2004, p. 117 er echter op dat door de bevoegdheid van de kantonrechter om een executeur te benoemen, het *instituut* van de executele op de voorgrond is komen te staan.

50. Zo ook Rechtbank Leeuwarden sector kanton 10 oktober 2003, Notafax 2004, 118.

51. MvA I, nr. 133, p. 59, Parl. Gesch. Vast., p. 839.

52. RENÉ JUCHLER, *Anfang und Ende der Willensvollstreckung* (diss. Zurich) 1999, p. 47

53. De wetgever heeft bewust gekozen voor een subsidiaire wettelijke regeling van de benoeming van de bewindvoerder, omdat het mogelijk is dat de uiterste wilsbeschikking niet of onvolledige in die mogelijkheid voorziet, Tweede NvW, nr. 9, p. 10, Parl. Gesch. Inv., p. 2092.

54. ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 511. Het verschil wordt verklaard uit het oogpunt dat testamentair bewind uit de aard langer duurt dan executele.

## B. DE ROL VAN DE NOTARIS

### 1. Inleiding

In beginsel kan, zoals gezien, iedereen opdrachtnemer of lasthebber zijn in de zin van titel 7.7 BW. Ook kan iedereen gevolmachtigde zijn. Dit alles behoudens de vraagstukken van 'selbsteintritt'. Voor het mogen zijn van testamentair bewindvoerder kent de wet eigen regels. In de praktijk bestaat er aan de ene kant veel behoefte om de notaris tot executeur te vragen, maar bestaat er aan de andere kant een dienovereenkomstige terughoudendheid. Dit is de reden dat ik het onderdeel wie opdrachtnemer kan zijn grotendeels schrijf met het oog op de situatie dat de notaris opdrachtnemer is, dan wel een van de hoofdopdracht afwikkeling van de nalatenschap 'afgeleide' opdracht van de executeur krijgt.

### 2. De notaris als opdrachtnemer

#### 2.1 Vermijdbare fouten

Terwijl ik de eerste woorden van dit onderdeel over de notaris *als* opdrachtnemer aan het papier toevertrouw, valt de herziene zevende druk van de Duitse notariële klassieker *'Vermeidbare Fehler im Notariat'* van de hand van Helmut Weingärtner<sup>55</sup> op de deurmat. Toeval bestaat niet. De inhoudsopgave verraadte meteen dat in het hoofdstuk 'Mitwirkungsverbote' een aparte paragraaf gewijd is aan de: 'Bestellung des Notars oder seines Soziums zum Testamentsvollstrecker.' De notariële Oosterburen willen er niet echt aan, aan de notaris *als* executeur, zo lijkt het. Onafhankelijkheid is immers een groot goed: 'Dieser Gedanke überwiege auch bei den Fällen, in denen der beurkundende Notar als Vertrauter des Testators objektiv am ehesten für das Amt des Testamentsvollstrecker geeignet sein mag.' In ieder geval wordt erkend dat de notaris objectief gezien de geknipte 'man of vrouw' zou zijn voor deze erfrechtelijke opdracht, maar desondanks bestaat er twijfel. In het Handbuch der Testamentsvollstreckung<sup>56</sup> heet het kort en krachtig: 'Die Übernahme einer Testamentsvollstreckung zählt *nicht* zu den Aufgaben der Notare; sie ist keine berufstypische amtliche Tätigkeit.' Als het voor de notaris geen 'berufstypische' bezigheid is, voor wie is het dat dan wel? In hetzelfde handboek lees ik: 'Die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker ist *anwaltliche* Tätigkeit [...] und stellt zudem eine *berufstypische* Tätigkeit dar.' Gezien de in Duitsland voorhanden zijnde enorme 'know-how' op het gebied van de 'testamentenuitvoerders' is het goed om 'ter voorkoming van fouten' deze gedachten in ieder geval in het achterhoofd te houden bij het opstarten van de nog in de kinderschoenen staande Nederlandse notariële discussie over de verhouding tussen (boedel)notaris en executeur. Kort samengevat: het vertrekpunt lijkt de notaris 'zeker niet', de advocaat 'zeer zeker'. In het verlengde hiervan merk ik op

55. HELMUT WEINGÄRTNER, *Vermeidbare Fehler im Notariat*, Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag 2005, p. 52.

56. BENGEL/REIMANN, *Handbuch der Testamentsvollstreckung*, München: C.H. Beck 2001, p. 659.



dat men in Duitsland niet alleen niet zit te springen om de ‘compagnon’ van de ‘beurkundende’ notaris, der Sozius, als executeur, maar dat de wet dit zelfs verbiedt.<sup>57</sup> Maar er is meer. Zo gaf bijvoorbeeld op 16 maart 2006 de Notaris-kamer van Hof Amsterdam<sup>58</sup> de tuchtrechtelijke grenzen van het speelveld voor ‘boedelnotaris’ versus ‘executeur’ haarscherp aan.

Voor een analyse van de verhouding tussen executeur en *boedelnotaris* dient steeds een onderscheid gemaakt te worden tussen de notaris als executeur (de notaris-executeur) en een derde (al dan niet ‘professional’) als executeur. De door mij te hanteren definitie van het begrip ‘boedelnotaris’ zal hierna ontvouwd worden.

## 2.2 *Waar begint het erfrechtelijk vertrouwen?*

### 2.2.1 Verboden begunstiging in de uiterste wil

Wie schrijft over de verhouding ‘notaris-executeur’ en in het verlengde daarvan over de vraag of het wenselijk is dat een notaris de functie van executeur aanvaardt, ontkomt niet aan de voorvraag of de notaris in zijn ‘eigen akte’ tot executeur benoemd mag worden. Het leerstuk van de ‘verboden begunstiging’.

Van huis uit een heet hangijzer zowel in het erfrecht als in de wetgeving op het notarisambt. Nog niet zo heel lang geleden heeft de wetgever in deze kwestie een belangrijke duit in het zakje gedaan. Aanleiding was een oproep van de Amsterdamse notariële hoogleraar Gerver in de ‘Soonsbundel’.<sup>59</sup> Hij zette de kwestie – en met succes – nogmaals op de agenda van de wetgever. Betekenen de woorden ‘ten voordele van’ in art. 22 van de oude Wet op het notarisambt nu: ieder bewijsrechtelijk voordeel (de leer Melis) of iedere materiële bevoordeling krachtens schenking of uiterste wilsbeschikking (de leer Eggens). Nog tijdens het wetgevingsproces gooit de wetgever<sup>60</sup> uitdrukkelijk het roer om en kiest voor de ‘leer Eggens’. Daarmee is de toevoeging in art. 20 Notariswet (Wna) dat de benoeming van een notaris geen verboden begunstiging is, in feite overbodig geworden. Rechtszekerheid geven deze woorden in ieder geval wel. Waaijer draait het om en merkt in de ‘Melis-Waaijer’<sup>61</sup> op dat de toegevoegde zin blijkbaar in de ogen van de wetgever nodig is geweest om de executeursbenoeming toe te staan.

Men zou overigens ook nog kunnen verdedigen dat deze ‘begunstigende woorden’ executele zelfs het elan geven van een wettelijke notariële werkzaamheid, althans in ieder geval de suggestie wekken dat dit wettelijke notariële werkzaamheden zijn.

Een andere toets die nog aangelegd moet worden bij de benoeming van de passerend notaris tot executeur, is het bevoordelingsverbod van art. 4:61 BW.

57. HELMUT WEINGÄRTNER, *Vermeidbare Fehler im Notariat*, Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag 2005, p. 53, waar verwezen wordt naar § 3 Abs. 1 S. 4 Beurkundungsgesetz.

58. Hof Amsterdam, 16 maart 2006, LJN AV 6822.

59. P.H.M. GERVER, ‘Heden verschenen voor mij...’, Arnhem: Gouda Quint 1995, Ne bis in idem, p. 283 e.v. Zie hierover ook H.W. HEYMAN in WPNR (1999) 6363, p. 497.

60. Nota naar aanleiding van het verslag, 23 706, nr. 12, p. 23 e.v, zij het niet in de door Gerver gewenste zin.

61. MELIS/WAAIJER, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2003, p. 166.

Ook hier doen zich geen problemen voor, mede gelet op het arrest van Hof Amsterdam van 26 oktober 1949, NJ 1950, 196 waarbij beslist werd dat 'bevoordeeld' slechts ziet op erfstellingen en legaten, anders gezegd 'makingen', en dat zelfs als de executeur recht op loon heeft, er nog geen sprake is van bevoordeling. Uit de Toelichting Meijers blijkt dat men in deze het oude erfrecht gevolgd heeft.<sup>62</sup> Daarnaast is uit de uitdrukkelijke verwijzing in art. 4:157 lid 2 BW naar de in art. 4:59 BW genoemde personen (artsen etc.) af te leiden dat het verbod alleen ziet op 'makingen'. Zou dit immers anders zijn, dan hoefde ook niet uitdrukkelijk naar deze groep personen verwezen te worden. Het is goed om steeds voor ogen te houden dat een executeur zijn vertrouwen ontleent aan de *erflater* oftewel aan de testateur en *niet* aan de erfgenamen. Erflater wijst aan, niet de erfgenaam.

Een heel andere vraag is of een notaris in zijn eigen akte tot afwikkelingsbewindvoerder benoemd mag worden. Op grond van de wettekst, art. 20 Wna, zou deze vraag op basis van een a contrario redenering, ontkennend beantwoord moeten worden. Bekijkt men de kwestie echter vanuit de gedachte, zoals ook de wetgever lijkt te doen, dat het criterium is 'materiële bevoordeling', dan zou de ruimte gevonden kunnen worden om ook in de eigen akte tot afwikkelingsbewindvoerder benoemd te mogen worden.<sup>63</sup> Stelliger dan Asser-Perrick kan het echter niet gezegd worden: 'De passerende notaris kan als bewindvoerder worden benoemd.'<sup>64</sup>

Of het daarmee ook maatschappelijk wenselijk is dat een notaris zich in zijn eigen akte tot executeur-afwikkelingsbewindvoerder laat benoemen is een vraag van geheel andere orde. Positieve beantwoording van deze vraag staat en valt met de wijze waarop aan de taak van de bewindvoerder invulling is gegeven in de uiterste wil. Weet de erfrechtelijke beheerder waar hij aan toe is in de gegeven omstandigheden of zijn er nog vele open vragen. Een duidelijk richtsnoer voor de afwikkeling doet wonderen.

Terzijde merk ik op dat het een Belgische notaris op grond van artikel 8 Organieke Wet Notariaat verboden is om akten te verlijden waarin hij *partij* is.

62. T-M, p. 326. Zie ook KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 87 en p. 93: 'Het hierna te behandelen art. 4:62 lid 1 is echter met onze opvatting niet te verenigen. Iure constitutu zal derhalve hier moeten worden uitgegaan van voordeel in de zin van economisch voordeel.' En: 'Als verstaande bepaling zal art. 20 WNA de voorrang hebben boven het bepaalde in art. 4:62 lid 1, zodat dit laatste met zijn gerelateerde vernietigbaarheid niet aan de orde zal zijn bij een beschikking ten voordele van de notaris en beperkt blijft tot de getuigen.'

63. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 87: 'Wij achten deze bepaling niet voor analogische toepassing op andere functies vatbaar.' De vraag blijft echter, zoals beschreven, of de mededeling dat de benoeming van een executeur geen verboden begunstiging is überhaupt niet een overbodige mededeling is, waardoor hij ook niet analogisch hoeft te worden toegepast. Deze opvatting lijkt op gespannen voet te staan met de in dit handboek neergelegde visie dat voordeel 'economisch voordeel' is. Zie ook B.M.E.M. SCHOLS, *L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker*, WPNR (1999) 6374, p. 747. Ook ASSER-PERRICK 6B, *Schenking en Erfrecht*, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2005, nr. 510 gaat uit van 'voordeel in economische zin' en wijst op de 'tegenstrijdigheid' in KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER. De onderbouwing luidt als volgt: 'Daarop duidt ook art. 4:62 lid 1 op grond waarvan vernietiging slechts plaatsvindt voor zover deze nodig is tot opheffing van het nadeel van degene die zich op de vernietigingsgrond beroept.' Vervolgens wordt dan ook geconcludeerd dat de mededeling in de tweede zin van art. 20 lid 1 Wet op het notarisambt een overbodige bepaling is.

64. ASSER-PERRICK 6B, *Schenking en Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 540.

In de literatuur<sup>65</sup> is niet alleen de vraag gesteld of men wel partij kan zijn bij een eenzijdige rechtshandeling en of nog van belang is dat men het ‘mandaat’ pas aanvaardt op een later tijdstip, te weten na overlijden, maar ook of er wel sprake is van een voordeel bij de benoeming tot testamentuitvoerder. Dit is in de Belgische praktijk veelal reden genoeg om de testateur aan te raden een afzonderlijk eigenhandig testament te maken.

## 2.2.2 Verboden begunstiging in de verklaring van executele

Een andere brandende vraag in de notariële praktijk – in het verlengde van de problematiek rond de benoeming tot executeur – is de kwestie of de notaris-executeur zijn ‘eigen’ verklaring van executele mag opmaken. Juridisch-technisch is er geen probleem. Een executeursbenoeming is immers geen verboden begunstiging leert art. 20 Wna.<sup>66</sup> Maar toch. Wie wil nu rechter spelen in zijn eigen dossier? De KNB vindt er in het ‘vraag- en antwoordspel’<sup>67</sup> het volgende van:

‘Enerzijds wijst art. 20 Wna in de richting van een bevestigend antwoord. De notaris kan zelf de akte passeren waarin hij tot executeur wordt benoemd en het lijkt dan niet bezwaarlijk dat de notaris de inwerkingtreding van de benoeming na het opvallen van de nalatenschap ook vastlegt. Anderzijds scheidt de notaris met de verklaring van erfrecht een bewijs van eigen bevoegdheid in een nalatenschap waarvan men kan betwijfelen of dit maatschappelijk gezien wel wenselijk is. Het lijkt ons dan ook raadzaam de verklaring van executele door een andere notaris te laten opstellen.’

Deze problematiek doet denken aan de tijd dat een notaris niet in zijn ‘eigen’ testament tot executeur benoemd kon worden en de codicillen als ontsnapingsroute gebruikt werden of het passeren door de geassocieerd notaris als vluchtroute ingezet werd.

Misschien biedt in deze thans het beginsel: ‘Doe jij de mijne dan doe ik de jouwe,’ de praktische uitkomst voor de ‘éénmanskantoren’.

De notaris-executeur ontbreekt het – voorzichtig gezegd – wellicht aan de vereiste ‘onpartijdigheid’ voor het verlijden van zijn eigen verklaring van executele? Daarover hierna meer.

Voor de volledigheid merk ik met betrekking tot het afgeven van een verklaring van executele in de relatie tot derden nog het volgende op. De werkgroep deontologie nieuw erfrecht van de KNB<sup>68</sup> stelt zich op het standpunt dat de notaris die een verklaring van executele afgeeft de erfgenamen hiervan in kennis dient te stellen en hen in algemene termen over hun rechtspositie informeert, ook al wil de executeur niet dat de erfgenamen geïnformeerd worden. Informeren wil overigens niet zeggen wachten met afgeven

65. FRANK BUYSENS, *Erfrecht en testament*, HEP (5), Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 239 en p. 232.

66. Als men deze bepaling al nodig heeft om dit aan te nemen.

67. KNB, *De meest gestelde vragen over het nieuwe erfrecht*, nr. 2, 2003, vraag 8.

68. WPNR (2004) 6585. De werkgroep is van mening dat bij het afgeven van een beheersverklaring of een verklaring van verdeling het onderzoek van gegevens van een erfgenaam bij het GBA volstaat. Het tijdrovendere, duurdere en diepgaande onderzoek bij de Burgerlijke Stand is dan *met* noodzakelijk.

van de beheersverklaring op toestemming van de erfgenamen hiervoor. Het verstrekken van informatie aan de erfgenamen kan ook op een later tijdstip geschieden, mits binnen een redelijke termijn.

### 2.2.3 ‘Alles’ aanvaarden, ministerieplicht of dienstweigering?

Iedere burger, geabstraheerd van het bepaalde in art. 4:143 lid 2 BW (handelingsonbekwaamheid etc.), kan in beginsel tot executeur benoemd worden. Waarom een notaris dan niet? De situatie kan zich zelfs voordoen dat een notaris niet eens van zijn benoeming afweet. Iets anders is of hij zijn aanwijzing tot executeur aanvaardt of moet aanvaarden. Benoemen is één, aanvaarden is twee.

Het staat mijns inziens, hoewel men na het hiervoor behandelde arrest van Hof Amsterdam van 5 oktober 2006, er, althans wat de tuchtrechtelijke dimensie betreft, ook anders over zou kunnen denken, een notaris in beginsel volledig vrij, afgezien van bijzondere omstandigheden of opgewekt vertrouwen, om een executele of afwikkelingsbewind niet te aanvaarden.<sup>69</sup>

Het enkele feit dat een notaris de uiterste wil waarin hij tot executeur benoemd is, gepasseerd heeft, is nog geen reden om te spreken van opgewekt vertrouwen. Gelet op de ‘dubbelrol’ (aspirant-opdrachtnemer en passerend notaris) die hij bij het passeren speelt, doet hij er echter goed aan om te wijzen op de in art. 4:143 lid 1 BW neergelegde filosofie die inhoudt dat hij eerst *na het overlijden* een definitieve beslissing kan nemen inzake de aanvaarding van het ‘aanbod’. Het is zelfs, in deze ‘bijzondere’ situatie wellicht verstandig om van deze ‘Belehrung’ uitdrukkelijk in de akte melding te maken, nu door de dubbelrol van de notaris bij de ‘testeer’handeling op het snijpunt van overeenkomstenrecht en ‘erfrechtelijke verbintenis’ gebalanceerd wordt. Wat de aanvaarding van de rechtshandeling betreft opereert hij als het ware tussen ‘leven en dood.’ Normaal gesproken is de notaris immers bij het passeren van een uiterste wilsbeschikking een onafhankelijke derde, een buitenstaander. Een nadere analyse van de dubbelrol zou kunnen leren dat de besloten ‘ongerichte’ verklaring aan de notaris aspirant-executeur de facto wel een heel ‘gericht’ aanbod is geworden. Een netelige situatie. Men dient er door de setting bij wijze van spreken dan ook voor te waken dat de quasi-overeenkomst geen ‘echte’ overeenkomst wordt. Ondanks de geheimhouding van de notaris, is het ‘geheime’ karakter van de uiterste wilsbeschikking ‘enigszins’ doorbroken. De rechtshandeling heeft de aspirant-executeur immers ‘bereikt’. De spanning die de wetgever bij het formuleren van de belangrijke in art. 4:143 BW neergelegde regel heeft gevoeld (‘aanvaarding (eerst) na het overlijden’), zal de passerend notaris ook voelen. En al helemaal als de aspirant-erflater nogmaals vraagt: ‘U wikkelt mijn nalatenschap toch af, althans “bij leven en welzijn”, ja toch notaris?’

Vanzelfsprekend kan de herroeping van het aanbod nog plaatsvinden, bijvoorbeeld bij een andere notaris.<sup>70</sup>

69. In ieder geval in beginsel civielrechtelijk. Het niet aanvaarden heeft echter ook een tuchtrechtelijke dimensie

70. Voor zover de rechtshandeling een uiterste wilsbeschikking is, is de rechtshandeling vanzelfsprekend te herroepen op grond van art. 4:42 lid 3 BW. Voor zover men inderdaad zo ver zou

De notaris zal zich bij de beslissing om de functie te aanvaarden met name laten leiden door de duidelijkheid van de opdracht in de uiterste wilsbeschikking in de gegeven omstandigheden. Zijn de richtlijnen helder? Moet de effectenportefeuille worden verkocht? Tussen het passeren van het testament en het openvallen van de nalatenschap kan bijvoorbeeld ook nog veel gebeurd zijn, waardoor zijn taak in een heel ander daglicht kan komen te staan. Des te duidelijker zijn taakomschrijving geredigeerd is, des te groter is de kans dat de executeur de opdracht aanvaardt, maar ook de kans dat hij de opdracht tot een goed einde brengt.<sup>71</sup>

Ook al zou men twijfelen over het feit of een notaris vrij is om een executele al dan niet te aanvaarden, zou mijns inziens toch gesteld kunnen worden dat nu de notaris door de overheid tot ondernemer bestempeld is, hij zich bij de aanvaarding van zijn opdracht ook zou mogen laten leiden door de hoogte van de in de uiterste wilsbeschikking opgenomen beloning. Mijns inziens levert een 'te lage' beloning (behoudens bijzondere omstandigheden of opgewekt vertrouwen) voldoende 'gegronde reden' om zijn ministerie te weigeren.

Een ongebruikelijke taak, die sowieso niet 'des notaris' is, of een onuitvoerbare taak, kan ook aanleiding zijn en zelfs de verplichting met zich brengen om zijn functie niet te aanvaarden.<sup>72</sup> Daarnaast kunnen successierechtelijke verplichtingen aanleiding zijn om zich terughoudend op te stellen bij de aanvaarding van de functie van executeur.

Ter bepaling van de gedachten merk ik op dat uit, in 2004 onder notarissen uitgevoerd onderzoek, blijkt dat 72% van de ondervraagde Brabantse notarissen van mening is dat de functie van executeur de notaris op het lijf geschreven is. Uit hetzelfde onderzoek blijkt echter ook dat 44% van de notarissen zich nooit tot executeur laat benoemen.<sup>73</sup>

→ willen gaan dat er een 'echte' overeenkomst totstandgekomen is, dan kan men stellen dat de 'overeenkomst' nog uit de aard op te zeggen oftewel te herroepen is. Denk bijvoorbeeld aan de schenkingsovereenkomst waarbij ook herroepelijkheid bedongen kan worden, art. 7:177 lid 2 BW. Het is mij niet te doen om aan te tonen dat er een 'echte' overeenkomst totstand zou zijn gekomen, maar om het belang van het bepaalde in art. 4:143 BW te laten zien.

In het 'algemeen' deel heb ik immers aangegeven dat daar mijns inziens het geheim van de aard van de uiterste wilsbeschikking verscholen ligt. Men zou ook kunnen stellen dat door de aard van de notariële passeerplechtigheid aan het bepaalde in art. 4:143 BW voldaan is (niet tijdens leven kunnen aanvaarden). Maar nogmaals: het spanningsveld tussen overeenkomst en 'erfrechtelijke verbintenis' zit in de dubbelrol van de notaris die in art. 20 van de wet op het notarisambt uitdrukkelijk wordt toegestaan

71. Zie bijvoorbeeld FW.J.M. SCHOLS, *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Testamentair bewind naar nieuw erfrecht. Theoretische en praktische varia, preadvies KNB (2004), Den Haag: SDU Uitgevers 2004, p. 68, die opmerkt: 'Men kan een benoeming als "kantoorproduct", om het lelijke woord toch maar te gebruiken, op maat snijden. Binnen executele en afwikkelingsbewind kan men immers diverse diensten aanbieden.'

72. De tijd zal het leren? Wensen op het gebied van uitvaartplechtigheden worden immers steeds exotischer.

73. Notariaat Magazine, augustus 2004, nummer 8, afstudeerscriptie notarieel recht KIMM VAN GESTEL., Radboud Universiteit Nijmegen.

## 2.3 Verhouding tussen boedelnotaris en executeur

### 2.3.1 Meerdere definities 'boedelnotaris'

Voorafgaand aan de vraag wat de verhouding is tussen boedelnotaris en executeur, dient eerst het begrip 'boedelnotaris' handen en voeten gegeven te worden. Klaassen-Luijten-Meijer<sup>74</sup> wijst er terecht op dat boedelnotaris een begrip is in het kader van de verdeling van een gemeenschap en dat de door de rechter op grond van art. 677 Rv benoemde notaris ten overstaan van wie de verdeling moet plaatsvinden in het algemeen als boedelnotaris wordt aangeduid. In de voor de notariële praktijk belangwekkende beschouwing van de rechtsfiguur boedelbeschrijving met de sprekende titel: 'De ene notaris is de andere niet', wijst Luijten<sup>75</sup> er nadrukkelijk op dat het noodzakelijk is een duidelijk verschil te onderkennen tussen de figuur van de boedelnotaris en de voor een boedelbeschrijving benoemde notaris. Daarnaast kennen we het begrip 'boedelnotaris' in Boek 4, bijvoorbeeld de op grond van art. 4:146 lid 1 BW door de executeur benoemde boedelnotaris.

Wat betreft de boedelnotaris in Boek 4 had Meijers<sup>76</sup> in zijn Groene Boek reeds een uitgesproken mening: 'de taak van een boedelnotaris is niet die van een vereffenaar (lees:executeur), veeleer die van een "deskundige raadgever"'.<sup>77</sup> Gelet op de strekking van de onderhavige problematiek, neem ik de vrijheid hier aan toe te voegen: 'onpartijdige'. Deze toevoeging maakt dat ik hierna als definitie van boedelnotaris zal hanteren: 'onpartijdige deskundige raadgever'. Ter voorkoming van misverstanden. Onder dit genus valt ook het species 'boedelnotaris als bedoeld in art. 4:146 lid 1 BW'.

De term boedelnotaris dient overigens niet verward te worden, hetgeen in de praktijk maar nog al te vaak gebeurt, met het fenomeen bij de afwikkeling 'betrokken notaris' als bedoeld in art. 4:186 lid 2 BW. Een boedelnotaris is immers wel een betrokken notaris, maar een betrokken notaris hoeft immers nog geen boedelnotaris te zijn.

### 2.3.2 De executeur kiest

De perikelen in de benoemingsfase achter ons latende, kan gesteld worden dat de eerste echte (nieuwe) wettelijke link tussen executeurs en boedelnotarissen gelegd wordt in art. 4:146 lid 1 BW. De executeur die belast is met het beheer van de nalatenschap kan een boedelnotaris aanwijzen. Laat ik dit eens – voor het geval dat de executeur *tevens* de hoedanigheid van *notaris* heeft – anders formuleren: de notaris die belast is met het beheer van de nalatenschap kan een onpartijdige deskundige raadgever aanwijzen. Dit wordt natuurlijk niets. Een notaris die een boedel afwikkelt, zal in beginsel geen

74. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 751.

75. E.A.A. LUIJTEN, De ene notaris is de ander niet, JBN 2006 nr. 13.

76. T-M, p. 355.

77. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 751 voegt hier aan toe: 'leidinggevende'. In relatie tot de executeur dient het begrip 'leidinggevende' echter gerelativeerd te worden, aangezien de leiding in beginsel bij de executeur ligt. Om deze reden laat ik dit element weg uit de te hanteren definitie. Op p. 231 lijkt in bedoeld erfrechtelijke handboek deze nuancering ook gemaakt te worden, nu daar gesproken wordt van 'mede leiding geeft aan de afwikkeling van een nalatenschap.'

behoefte hebben aan een onpartijdige erfrechtelijke 'raadsman'. De wet spreekt ook bewust van 'kan' aanwijzen, het hoeft niet. Een boedelnotaris is geen must.<sup>78</sup> Men zou voorzichtig kunnen zeggen, des te professioneler de executeur des te minder behoefte bij de boedelafwikkeling bestaat aan het aanwijzen van een boedelnotaris. Dit neemt niet weg dat ook een professionele executeur af en toe behoefte kan hebben om zijn oor te luister te leggen bij een onpartijdige deskundige raadgever, oftewel een boedelnotaris. Een boedelnotaris blijft steeds 'boven partijen' staan, ook al heeft hij door de aanwezigheid van een executeur niet de directe leiding. Naarmate de executeur minder deskundig en ervaren is, komt de leiding meer bij de boedelnotaris te liggen. Complementerende en communicerende vaten zou men kunnen zeggen. Daarnaast kan de executeur natuurlijk altijd deelopdrachten verstrekken aan een notaris, zoals het afgeven van een verklaring van executele of het opstellen en verlijden van de akte van verdeling, het verzorgen van de successie-aangifte etc. Hiermee krijgt men overigens nog niet noodzakelijkerwijs de status van boedelnotaris, maar schopt men het in ieder geval al tot bij de afwikkeling 'betrokken' notaris als bedoeld in art. 4:186 lid 2 BW.

### 2.3.3 En de erfgenamen?

Een boedelnotaris heeft de onafhankelijkheid en onpartijdigheid hoog in het vaandel en is er niet alleen voor de (hem aanwijzende) executeur, maar ook voor de erfgenamen; zij het dat de executeur degene is die – in ieder geval in de 'beheer- en vereffeningsfase' – de erfrechtelijke marsroute aangeeft.<sup>79</sup>

Er van uitgaande dat de professionele executeur niet altijd geneigd zal zijn om een boedelnotaris aan te wijzen, komt de vraag op of de erfgenamen dan bij een 'boedelnotaris' deskundige raad gaan inhuren. Ja en neen. De bevoegdheden van een executeur zijn, zoals bekend, *privatief*, waardoor de weg voor de erfgenamen achter de rug van executeur naar *een boedelnotaris*, bijvoorbeeld als bedoeld in art. 4:146 lid 1 BW, in beginsel afgesloten is, althans wat de aanwijzing van deze functionaris betreft. Wat dan wel? De door de *erfgenamen* ingehuurd notaris die het opneemt 'tegen' de executeur en de bekende vragen stelt, zoals 'waar blijft de boedelbeschrijving?', krijgt niet de status van boedelnotaris, maar mijns inziens de status van 'partij-notaris'. Met Heyman<sup>80</sup> ben ik dan ook van mening dat het bij een notarieel partijadviseurschap dus niet primair gaat om het optreden *voor* één partij, maar meer om het optreden *tegen* een andere partij, in casu de executeur. Hiermee is voor mij ook de volgende stap gegeven. De notaris-executeur is géén 'onpartijdige' notaris, maar qualitate qua een 'partij-notaris'. Hij krijgt zijn op-

78. HOLTMAN gebruikt voor zijn bijdrage in de rubriek tuchtpraat van Notariaat Magazine de pakkende kop: 'Notaris en executeur combineert slecht', april 2003, nr. 4, p. 14

79. Onder het oude erfrecht werd er bij gebreke van een wetsbepaling in deze, vanuit gegaan dat een boedelnotaris door de erfgenamen benoemd werd, zelfs als er een executeur benoemd was. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 februari 2004, nr. 180/03, Notariaat Magazine 2004, nr. 4, p. 9, alsmede Hof Amsterdam 16 mei 2002, nr. 1050/01. In deze uitspraken werd ook meegegeven dat de notaris in hoedanigheid van boedelnotaris zich op derden mag verlaten voor het verkrijgen van informatie, terwijl de executeur een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de juistheid van de bij de afwikkeling van de nalatenschap in aanmerking te nemen gegevens. De executeur dient actief te handelen en informatie te vergaren.

80. HW. HEYMAN, 'Heden verschenen voor mij...', Soonsbundel, Ne bis in idem, De positie van de notaris. Onpartijdigheid versus partijadvies, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 293 e.v.

dracht, gelet op art 3 77 BW, van *erflater* en voert deze 'desnoods' ook tegen de wil van de erfgenamen uit Denk hierbij meteen aan taken als het uitkeren van legaten en het uitvoeren van lasten

De 'tegenpartijgedachte' vindt men ook in de toelichting op art 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels<sup>81</sup>

'De notaris en kandidaat-notaris moeten terughoudend zijn bij het aanvaarden van opdrachten die tot een belangenstrijd kunnen voeren Zo kan het onwenselijk zijn dat een op het kantoor van de boedelnotaris werkzame (kandidaat-)notaris als executeur-testamentair optreedt De bevoegdheden van de executeur zijn, met name onder het te verwachten erfrecht, zeer uitgebreid en kunnen *in strijd zijn met* de belangen van de erfgenamen Deze moeten er op kunnen vertrouwen dat de boedelnotaris hun belangen behartigt' (Curs BS)

Aan de laatste zin zou ik, in de geest van bovenstaand betoog, willen toevoegen hun belangen *mede* behartigt De belangen van de executeur worden immers ook door de boedelnotaris behartigd Worden primair de belangen van de erfgenamen behartigd en niet die van de executeur dan is het beter om te spreken van de 'partij-notaris' van de erfgenamen Het zal niet zelden het geval zijn dat deze partij-notaris van de erfgenamen het verzoek krijgt om hen te begeleiden bij een ontslagprocedure tegen de executeur

Het feit dat in de ogen van de wetgever de executeur *privatief* bevoegd is om een boedelnotaris aan te wijzen, neemt niet weg dat er in het 'harmonie-model' situaties denkbaar zijn waarin de executeur en de erfgenamen gezamenlijk hun boedelnotaris uitkiezen Juridisch-technisch gezien is dit echter een bevoegdheid<sup>82</sup> van de executeur Dit laatste brengt mij naar art 18 lid 2 van de Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB van 21 juni 2000, Stcrt 2000, 182 waarin bepaald is dat de notaris die in een nalatenschap als executeur optreedt, *niet* zonder instemming van de erfgenamen als *boedelnotaris* kan optreden U zult begrijpen dat ik van mening ben dat, in ieder geval in de beheers- en vereffeningsfase, deze situatie zich niet snel zal voordoen Een notaris-*executeur* heeft zelf de leiding bij de boedelafwikkeling en is normaliter zijn eigen deskundige raadgever In beginsel zal de notaris-executeur ook *met* de akte van verdeling passeren, tenzij de erfgenamen hem daartoe verzoeken indachtig het bepaalde in art 18 lid 2 van gemelde regels De tafelen afleggen van rekening en verantwoording, vaststelling loon en kwijting en decharge zullen zich dan vanzelfsprekend *niet* in de betreffende akte van verdeling afspelen, maar bijvoorbeeld bij een broeder- of zustersnotaris Bij het schrijven of spreken over een executele wordt steeds een consequent onderscheid gemaakt tussen de beheersfase (vereffening) en de verdelingsfase<sup>83</sup> Dit onderscheid in afwikkelingsfasen zou men in feite ook moeten doortrekken naar het al dan niet aanwijzen van een boedelnotaris in de zin van art 4 146 lid 1 BW De deskundige executeur-professional (bijvoorbeeld een notaris) heeft in tegenstelling tot een 'executeur-amateur' dan wellicht

81 Vademecum Regelgeving Notariaat, p 203

82 Zo ook KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer Kluwer 2002, nr 753

83 Zij het met sterren de begrafenisexecuteur\*, de beheersexecuteur\*\*, de turbo-executeur\*\*\*, B M E M SCHOLS, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur (Van Mourikbundel), Deventer Kluwer 2000, p 277 e v



geen behoefte aan een boedelnotaris in de fase van 'beheer en vereffening', maar heeft dat wellicht wel in de fase van verdeling. Waarom? In beginsel zijn na de beheersfase de bevoegdheden van de executeur uitgewerkt, is de nalatenschap weer aan de erfgenamen en daarmee ontstaat mijns inziens ook weer de bevoegdheid voor hen om een boedelnotaris aan te wijzen. Dit neemt niet weg dat de executeur voorafgaand aan de 'Freigabe' van de nalatenschap, oftewel het einde van zijn beheer in de zin van art. 4:150 BW, nog een (andere) boedelnotaris zou kunnen aanwijzen. Heeft de notaris-executeur de testamentaire executie in de beheers- en vereffeningfase echter met veel succes en naar volle tevredenheid van de erfgenamen afgerond dan zullen deze, indachtig art. 18 lid 2 van de verordening, ongetwijfeld de notaris-executeur verzoeken of hij ook zo vriendelijk zou willen zijn om ook in de verdeelingsfase te opereren. Zij het thans als hun 'boedelnotaris' die bij de totstandkoming van de verdeling zal bemiddelen en bijvoorbeeld ook het verlijden van de akte van verdeling ter hand zal nemen. Ook het spiegelbeeld kan zich voordoen. Indien de executeur zijn beheerstaken beëindigd heeft, staat er mijns inziens, als er door hem nog geen boedelnotaris benoemd is, voor de erfgenamen niets in de weg aan de promotie van 'hun' voormalige partij-notaris (die optrad 'tegen' de executeur) tot boedelnotaris voor de verdeelingsfase. Althans als alle erfgenamen het hier over eens zijn. Vanaf dat moment zal deze ex 'partij'-notaris, gezien zijn van nu af aan te bekleden onpartijdige rol, vanzelfsprekend ook oog moeten hebben voor zaken als: heeft de executeur zijn beloning en zijn onkostenvergoeding wel ontvangen en is de executeur wel (op de juiste wijze) gedéchargeerd? Dit alles neemt niet weg dat er tijdens de boedelafwikkeling onder omstandigheden dusdanige brandhaarden kunnen ontstaan dat het van wijsheid getuigt om bepaalde functies niet te aanvaarden dan wel neer te leggen. Het benoemen van een andere functionaris kan dan wonderen doen.

## 2.4 De notaris-executeur is 'betrokken' partij-notaris

Tot zover: de notaris-executeur is in mijn ogen 'betrokken' partij-notaris. Hetzelfde geldt in beginsel voor de notaris van de 'tegenover' de executeur staande erfgenamen.

Of het fenomeen 'partij-notaris' wenselijk<sup>84</sup> is, is vers twee. Het is, getuige artikel 25 van de Verordening Beroeps- en Gedragsregels, wel een feit waar men niet om heen kan: 'De notaris die naar buiten optreedt als *partij-adviseur* maakt jegens derden tijdig kenbaar dat hij in die hoedanigheid optreedt'.

De notaris-executeur zal zich op grond van het bepaalde in art. 4:186 lid 2 BW in het boedelregister doen inschrijven als bij de afwikkeling 'betrokken' notaris. En in zijn correspondentie zal hij zo veel mogelijk aangeven dat hij handelt in zijn hoedanigheid van executeur en *niet* als boedelnotaris. Wellicht wijst hij de erfgenamen, bij wijze van spreken, zelfs op de mogelijkheid om

84. FW.J.M. SCHOLS wees in de tweede stelling van zijn dissertatie erop dat de term 'partij-notaris' een contradictio in terminis zou moeten zijn, Quasi-erfrecht met bindende elementen (diss Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005. Zie ook FW.J.M. SCHOLS, *Ars Aequi* 54 (2005) 11, p. 930 die opmerkt: 'Een ander punt dat zou kunnen verbazen is dat de notaris ook als *partij-notaris* kan optreden. Dit doet vreemd aan, gelet op het uitgangspunt van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.' En: 'Zal de buitenwereld de "notaris" die gisteren nog partij koos, morgen zien als de onpartijdige en onafhankelijke rots in de juridische branding?'

een andere notaris in de arm te nemen die namens hen optreedt in de hoedanigheid van 'partij-notaris'. Ook deze notaris mijdt in zijn correspondentie de term boedelnotaris. Zeer recentelijk, op 22 maart 2007, heeft de Notariskamer van Hof Amsterdam<sup>85</sup> de touwtjes op dit gebied nog eens aangetrokken:

'Over de klacht met betrekking tot het overschrijden door de notaris van zijn rol als executeur oordeelt het hof als volgt. Hoewel de notaris zich niet uitdrukkelijk heeft geafficheerd als boedelnotaris, maar, naar zijn zeggen, als betrokken notaris, heeft hij op zijn minst de schijn gewekt als boedelnotaris op te treden; daaraan doet niet af dat de notaris zich als zodanig niet in heeft laten schrijven in het boedelregister. Zo heeft de notaris niet slechts zelf een notariële akte van erfrecht verleden met betrekking tot de onderhavige nalatenschap, maar heeft hij ook een vaststellingsovereenkomst opgesteld met het doel om de overeenstemming van de erfgenenamens betreffende de erfrechtelijke positie van klaagster sub 1 vast te leggen bij akte ten overstaan van hem zelf te verlijden. Bovendien is de notaris in de procedure bij de sector kanton van de Rechtbank [...] opgetreden als boedelnotaris. Het hof acht deze handelwijze onjuist aangezien de functie van executeur en die van boedelnotaris op gespannen voet met elkaar kunnen komen te staan. Ook is van toestemming van de erfgenenamens om als boedelnotaris op te treden niet gebleken.'

Nogmaals: daar waar alles gladjes verloopt, zal de notaris-executeur de hele boedelafwikkeling ter hand nemen, waarbij een collega wellicht voor de benodigde akten zoals verklaring van executele of akte van verdeling zorgdraagt. De kunst is echter altijd om ook de omstandigheden te scheppen waarin alles gladjes kán verlopen. Dit begint met 'transparantie van petten' oftewel scheiding van hoedanigheden. In ieder geval gaat het (tegelijkertijd) zijn van (partijdig) notaris-executeur en boedelnotaris (onpartijdig) niet hand in hand. Treffender dan de Antwerpse hoogleraar Puelinckx-Coene c.s.<sup>86</sup> kan het dan ook niet gezegd worden:

'De boedelnotaris is de notaris van geen enkele partij. Sommige notarissen zijn nochtans geneigd om zich op te stellen als de notaris van de partij die hem heeft laten aanstellen. Het is toch evident dat de staat van vereffening niet eerst ter nazicht (en goedkeuring) toegezonden wordt aan "zijn cliënt" en rekening gehouden wordt met diens opmerkingen vooraleer die staat aan alle partijen over te maken. Om het even welk "bevoorrecht contact" met zijn "cliënt" en afzonderlijke bijeenkomsten, waarop niet alle partijen werden uitgenodigd, zijn uit den boze [...]'

Indien een executeur derhalve behoefte heeft aan 'partijdige raad', dient hij dan ook geen boedelnotaris aan te wijzen, maar een partij-notaris.

85. Hof Amsterdam 22 maart 2007, RN 2007, 60. Op dezelfde dag merkte deze Notariskamer, LJN BA2131 in een andere casus waarin een andere notaris in zijn hoedanigheid van boedelnotaris een kluis had geopend buiten aanwezigheid van de erfgenenamens en ook geen volmacht hiertoe had gekregen op: 'Evenals de kamer stelt het hof voorop dat de notaris geen executeur-testamentair, maar boedelnotaris was.' Ik lees hierin dat het niet aan notarissen is om kluisen open te maken, maar aan executeurs. Deze hebben immers een volmacht van erflater.

86. M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR), 2005-2, Overzicht van Rechtspraak, Erfenissen 1996-2004, p. 652.

Een hobbel voor de ‘partijdige’ notaris-executeur zou nog kunnen zijn het bepaalde in art. 9 van de Verordening beroeps- en gedragsregels waarin voorgeschreven wordt dat de notaris die opdracht krijgt tot afwikkeling van een onverdeeldheid niet partijadviseur van de opdrachtgevers kan zijn, maar de belangen moet behartigen van allen die bij de onverdeeldheid betrokken zijn. Ook deze bepaling ziet echter op de boedelnotaris en *niet*<sup>87</sup> op de notaris-executeur, die zijn opdracht niet van de erfgenamen krijgt maar van *erflater*.

Dat de wet in art. 4:145 lid 2 BW spreekt van *vertegenwoordiger* van de erfgenamen dient, gelet op het bepaalde in art. 3:77 BW BW, slechts in het licht gezien te worden van het feit dat het zelfstandig handelen van de executeur uiteindelijk *toegerekend* wordt aan de erfgenamen,<sup>88</sup> die immers rechtsopvolger onder algemene titel van erflater zijn. In deze geest moet met enige goede wil ook het recente arrest van de Notariskamer van Hof Amsterdam van 8 december 2005<sup>89</sup> uitgelegd worden. In dit arrest geeft het hof aan dat uit art. 4:145 lid 2 BW volgt dat de executeur alleen de belangen van de erfgenamen behartigt, hetgeen niet wegneemt dat de executeur de gerechtvaardigde belangen van anderen moet *eerbiedigen* en naar vermogen dient te voorkomen dat deze worden geschonden. Het hof benadrukt dat dit echter iets anders is dan het *behartigen* van de belangen van ‘derden’, te weten in casu de partner met wie erflater had samengewoond ‘met’ een samenlevingscontract, tevens inhoudend een verblijfsbeding. Mijs inziens anders gezegd: een executeur staat met de erfgenamen in een rechtsverhouding en met een *niet-erfgenaam* in beginsel niet. Voor legittimarissen<sup>90</sup> geldt het bepaalde in art. 4:78 BW (informatie) en voor legatarissen het bepaalde in art. 4:119 BW (kennisgeving).

## 2.5 De relatie derde-executeur boedelnotaris

Indien een derde (niet-notaris) executeur is, ligt het – zoals hierboven reeds aangegeven – in eerste instantie aan de derde of er een boedelnotaris aangewezen wordt of niet. Art. 4:146 lid 1 BW draagt deze bevoegdheid met zoveel woorden op aan de executeur. De derde zal zich, als het goed is, mede laten leiden door zijn eigen deskundigheid op het gebied van de boedelafwikkeling.

Dat ook de wetgever van deze filosofie uitgaat blijkt uit de ontkennende beantwoording van de vraag of de aanwijzing van een boedelnotaris door de vereffenaar een verplichting is:<sup>91</sup>

87. In de toelichting van 21 juni 2000 op het betreffende artikel staat dan ook vermeld dat de bepaling onverlet laat dat een notaris die *niet* als boedelnotaris optreedt als *party*-adviseur van een deelgenoot kan optreden, *Vademecum Regelgeving Notariaat*, p. 213.

88. In de woorden van HOLTMAN: ‘Een verschil tussen de executeur en de gevolmachtigde is wel dat de executeur door de erflater is benoemd en de gevolmachtigde door de erfgenamen;’, *Notaris en executeur combineert slecht*, *Notariaat Magazine*, april 2003, nr. 4, p. 14.

89. LJA AU 8187.

90. De werkgroep deontologie nieuw erfrecht KNB gaat er vanuit dat de notaris die zonder toestemming van de erfgenamen de legittimarissen benadert in strijd handelt met zijn geheimhouding, *WPNR* (2004) 6585.

91. *MvA*, 3771, nr. 6, p. 68.

‘De boedel kan van zo eenvoudige aard of geringe omvang zijn, dat aan de bijstand van een boedelnotaris geen dringende behoefte bestaat en het maken van de daaraan verbonden kosten niet gerechtvaardigd zou zijn. Het kan ook zijn dat de deskundigheid van een gerechtelijk benoemde vereffenaar, b.v. een notaris, deze bijstand overbodig maakt. De ondergetekende heeft het echter raadzaam geacht [...] buiten twijfel te stellen dat ook een gerechtelijk benoemde vereffenaar bevoegd is een boedelnotaris aan te wijzen, zo dit niet reeds geschied is, en de werkzaamheden die een boedelnotaris pleegt te verrichten aan deze over te laten.’

Voor vereffenaar kan, gelet op het bepaalde in art. 4:202 BW, vanzelfsprekend ‘executeur’ gelezen worden. De zin: ‘Het kan ook zijn dat de deskundigheid van een gerechtelijk benoemde vereffenaar, b.v. *een notaris* deze bijstand overbodig maakt.’ spreekt dan boekdelen. Als een notaris tot executeur (vereffenaar) benoemd is, is er in de ogen van de wetgever blijkbaar geen ‘deskundige raadgever’ meer nodig. Deze gedachte komt overeen met hetgeen hierboven reeds is opgemerkt over de notaris-executeur.

De bal voor de afwikkeling ligt bij de executeur. De taak van een beheersexecuteur is duidelijk omschreven in de wet, art. 4:144 BW. De taak van een boedelnotaris is het creëren van een eiland van onpartijdigheid. Voor de boedelnotaris is, ondanks het feit dat het beheren en vereffenen van de nalatenschap exclusief door de executeur geschiedt, toch nog een klein rolletje weggelegd in art. 4:146 BW. Allereerst geeft hij op grond van lid 1 kennis van de aanvaarding aan de erfgenamen. Hieruit blijkt ook weer zijn onpartijdigheid. Daarnaast roept de executeur op grond van lid 2 de schuldeisers op om hun vorderingen in te dienen bij de *boedelnotaris*. Wat is hiervan het belang? De aanmelding van een vordering stuit de verjaring. In art. 4:146 lid 2 BW krijgt (het kantoor van) de notaris in feite de rol van ‘postbus’ of van ‘erfrechtelijke griffie’, zo men wil.

Wat de verhouding tussen executeur en boedelnotaris betreft, kan men overigens ook niet heen om de woorden van de Notariskamer van Hof Amsterdam van 16 maart 2006.<sup>92</sup>

‘Het onderzoek in hoger beroep heeft naar het oordeel van het hof niet geleid tot vaststelling van andere feiten, dan wel andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de kamer, waarmee het hof zich verenigt.’

En die beschouwingen en gevolgtrekkingen waren:

‘Met name uit de verwijten die door klaagster onder [...] zijn geformuleerd, blijkt dat klaagster in de veronderstelling verkeerde dat zij de notaris kon aanspreken in de functie van *boedelnotaris*, in welke hoedanigheid hij verantwoordelijk zou zijn geweest voor de *ontrafeling en de afhandeling van de nalatenschap*. Echter in casu was door de erflaterster een *executeur-testamentair* benoemd. Dit betekent dat deze een *centrale positie* inneemt bij de afwikkeling van de nalatenschap. De mate waarin de *notaris dan nog een (adviserende) rol* vervult bij de afwikkeling wordt voornamelijk *door de executeur-testamentair bepaald.*’ (Curs. BS)

92. Hof Amsterdam 16 maart 2006, LJN AV 6822.

De executeur is bij het openvallen van de nalatenschap aan de bal en bepaalt in beginsel zelf wanneer hij hem afgeeft.

## 2.6 *Mag een notaris 'vrijwillig' successierechtelijk hoofdelijk aansprakelijk zijn?*

De vraag komt op of de notaris-executeur ook de successie-aangifte namens de erfgenamen mag tekenen. De tekst van de wet is duidelijk. Art. 72 SW 1956 bepaalt immers: 'Zij (de executeurs) zijn tot het doen van aangifte bevoegd, bijaldien één of meer van de erfgenamen hun woonplaats binnen het Rijk hebben.' Sterker nog, indien alle erfgenamen *buiten* het Rijk wonen, is men zelfs tot het doen van aangifte *verplicht*.

Er is meer aan de hand. Het venijn zit, zoals bekend, in art. 47 van de Invorderingswet 1990: '[...] Executeurs zijn *hoofdelijk aansprakelijk* voor al het door en bij het overlijden van de erflater verschuldigde recht van successie, *tenzij de aangifte niet door hen is gedaan.*'

Een notaris-executeur zal gelet op de dreigende *hoofdelijke aansprakelijkheid* derhalve in beginsel niet snel van zijn bevoegdheid de successie-aangifte te ondertekenen gebruik maken. Soms in 'buitenlandssituaties', is hij daartoe echter zelfs verplicht. Dit zou – in dergelijke situaties – mijns inziens dan ook een reden kunnen zijn om de functie van executeur niet te aanvaarden. Waarom? Art. 23 lid 2 letter c Wna bepaalt immers: 'In ieder geval is het de notaris verboden: [...] zich borg te stellen of anderszins in te staan voor schulden van anderen.'

De risico's zouden echter aanmerkelijk verzacht kunnen worden als de notaris in zijn hoedanigheid van executeur het (privatieve) beheer heeft over voldoende boedelgelden om de successiebelastingen te kunnen voldoen. Wat er ook van de 'successierechtelijke aansprakelijkheden' zij, het is voor de notaris-executeur verstandig om in algemene zin na te gaan in hoeverre het bekleeden van een executeurschap gedekt is door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Voor de 'polissen' van het Duitse notariaat geldt, 'ondanks' hun terughoudendheid om als 'executeur' op te treden, bijvoorbeeld het volgende: 'Nach der Risikobeschreibung zu diesen allgemeinen Versicherungsbedingungen ist im Rahmen des Vertrages die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker mitversichert.'<sup>93</sup>

## 2.7 *De 'Trias Politica' in het erfrecht*

De conclusie die ik trek ten aanzien van de verhouding executeur-(boedel)-notaris is dat met name ook bij de boedelafwikkeling alle 'machten' oftewel hoedanigheden waarin een notaris zou kunnen handelen 'goed gescheiden' dienen te worden gehouden. Gezien het bovenstaande kunnen bij de boedelafwikkeling zich in de relatie notaris 'en/of' executeur de volgende rollen spelen voordoen:

Rol A: De *notaris* is *executeur* en heeft al dan niet (maar waarschijnlijk niet) de behoefte aan de aanwijzing van een boedelnotaris. Wellicht is er pas be-

93. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C.H. Beck 2001, p 664.

hoeft aan een boedelnotaris in de verdelingsfase (*na* beëindiging van de be-  
heer- en vereffeningsfase).

De notaris-executeur handelt als ‘partij-notaris’ van *erflater*, zij het dat zijn handelen wordt toegerekend aan de erfgenamen en hij vanzelfsprekend ook rekening houdt met hun belangen. De notaris-executeur legt immers reke-  
ning en verantwoording af aan de erfgenamen.

De notaris-executeur is ‘betrokken notaris’ als bedoeld in art. 4:186 lid 2  
BW.

Rol B: De erfgenaam heeft eventueel behoefte aan deskundige erfrechtelijke  
raad bij ‘het toezicht’ op de (notaris)executeur. De door de erfgenamen met  
het oog hierop gekozen notaris is géén boedelnotaris, doch *partij-notaris* van  
de erfgenamen. Wellicht verkrijgt deze (in eerste instantie) partij-notaris in  
de verdelingsfase op gezag van de erfgenamen onder omstandigheden alsnog  
de status van ‘boedelnotaris’.

Rol C: De executeur (*een derde*, niet zijnde de notaris) heeft behoefte aan erf-  
rechtelijke raad. Drie wegen staan open. De keuze van een echte ‘partij-nota-  
ris’ niet zijnde betrokken notaris (de ‘*geheime*’<sup>94</sup> notaris), de keuze van een on-  
partijdige *betrokken* notaris die ‘slechts’ een verklaring van executele als erf-  
rechtelijke legitimatie afgeeft of de keuze van een *boedelnotaris* in de zin van  
art. 4:146 lid 1 BW. Of een partij-notaris ook ‘betrokken’ notaris is, hangt af  
van de wil om ‘naar buiten’ toe op te treden dan wel de wens om achter de  
schermen te opereren. Bij het afgeven van een verklaring van executele is in  
ieder geval sprake van een naar buiten treden, waardoor de notaris ‘betrok-  
ken’ raakt als bedoeld in art. 4:186 lid 2 BW.

De notaris die de verdelingsakte passeert, zal, mede gelet op zijn bemidde-  
lende rol, veelal ook de functie van boedelnotaris oftewel onpartijdige des-  
kundige raadgever bekleden, maar dat hoeft op zich niet. Denk bijvoorbeeld  
aan de tenaamstelling van een registergoed. Hij is in ieder geval ‘betrokken’  
notaris. Meijer<sup>95</sup> maakt gewag van de merkwaardige conclusie dat een notaris  
die niet bij de afwikkeling van een nalatenschap is betrokken – doordat hij  
slechts een verklaring van erfrecht heeft gemaakt – zich in het boedelregister  
moet doen inschrijven op grond van art. 4:186 lid 2, doch een notaris die wel  
bij de afwikkeling is betrokken, doch slechts hoeft te letten op de belangen  
van één der erfgenamen, niet inschrijfplichtig is op grond van genoemde be-  
paling. Mijns inziens is de conclusie in zoverre niet merkwaardig, omdat een  
notaris die een verklaring van erfrecht opmaakt over gegevens beschikt die  
van groot belang zijn voor het rechtsverkeer. Denk aan het belang van  
schuldeisers om de schuldenaren te kennen. Wie achter de schermen advi-  
seert hoeft in beginsel niet in de openbaarheid te komen.

94. Zie het arrest van Hof Amsterdam 18 mei 2006, rekestnummer 1106, 05 NOT waarin overwe-  
gingen voorkomen als: ‘De rol van de notaris beperkte zich tot advisering omtrent technische  
aspecten van het Nederlandse erfrecht.’ En. ‘nu de notaris was ingehuurd door de advocaat  
van de executeur en het niet tot de taak van de notaris behoorde om deze stukken op welke  
wijze dan ook aan klagster bekend te maken.’

95. W.R. MEIJER, *Gevolgen van erfopvolging*, Mon. BW B22, Deventer: Kluwer 2005, p. 26

## 2.8 *De cirkel is weer rond: de Nederlandse notaris-executeur is in wezen 'raadgevende Anwalt'*

Nu art. 25 van de Verordening beroeps- en gedragsregels het de Nederlandse notaris mogelijk heeft gemaakt om als partij-notaris op te treden kan hij, in-dachtig hetgeen hierboven in de inleiding in het kader van de 'vermeidbare Fehler' is opgemerkt, net als de 'Anwalt' als executeur optreden.

Om fouten te voorkomen is van grote importantie dat hij bij zijn handelen zijn (partijdige) hoedanigheid duidelijk aangeeft. Een executeur kan uit de aard niet tevens als onpartijdige boedelnotaris handelen. Men is immers in één dossier of (partijdige) 'advocaat' of (onpartijdige) 'rechter'. Nooit allebei tegelijk.

De lezer wil ik in deze de woorden van Puelinckx-Coene c.s.<sup>96</sup> wederom niet onthouden:

'Aangestelde notarissen die toch (omwille van collegialiteit of andere redenen) tussenkomst van een collega aanvaardden, moesten vaak vaststellen dat deze zich dan eerder als advocaat van die partij gedraagt, zodat de aangestelde notaris, die zijn taak naar behoren vervulde en zich als onpartijdig raadsman van elk der partijen opstelde, het verwijt kreeg dat hij het niet kon halen tegen zijn collega ofwel dat hij met hem meeheulde. Er werd toen gepleit voor radicale weigering van een tussenkomst bij dergelijke akten. Wenst een partij beroep te doen op een raadsman bij de verdelingsverrichtingen dan moet zij hiervoor een advocaat inschakelen. Wenst ze toch een notaris als raadgever dan kan dat op eigen kosten, maar die notaris neemt niet deel aan de verdelingsverrichtingen. Het lijkt dan wel logisch dat de aangestelde notaris zijn collega op de hoogte houdt. Maar het lijkt al even logisch dat de notaris-raadgever geen "*cavalier seul*" speelt en initiatieven neemt waar de aangestelde notaris geen weet van heeft en die zijn verrichtingen doorkruisen.'

Ook hier blijkt, zij het vanuit Belgische optiek, dat het zijn van onpartijdig boedelnotaris én partijdig notaris-raadgever niet in een persoon verenigd kan zijn en dat ook van een partijdige notaris-raadgever een bepaalde constructieve houding verwacht mag worden. En wederom geldt: als men bereid is om voor 'advocaat' te lezen partij-notaris, kunnen de onpartijdige notaris en de partij-notaris met de in acht te nemen zorgvuldigheid en tact, wel degelijk in één boedel naast elkaar opereren.

Nu de benoeming van de notaris als executeur met zoveel woorden in art. 20 Wna genoemd is, zou men het vervullen van deze schone erfrechtelijke taak zelfs nog kunnen gaan zien als een wettelijke werkzaamheid oftevel een *berufstypische* bezigheid. Dit kan van belang zijn voor de vraag in hoeverre de uitoefening van de functie van executeur door een notaris onder de geheimhouding valt. Het zal niet verbazen dat de Oosterburen in het verlengde van hetgeen hierboven in de inleiding is opgemerkt hier een uitgesproken mening over hebben:

96. M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR), 2005-2, Overzicht van Rechtspraak, Erfenissen 1996-2004, p. 645.

'Privatgeheimnisse, die der Notar in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker erfährt, unterliegen nicht dem Schutz der §§ 18 BNotO, 203 StGB.'<sup>97</sup>

Rechtbank Assen zag het op 9 februari 2005, NJF 2005, nr.150 in een dossier waarin een kandidaat-notaris executeur was, ook zo:

'De rechter acht de functie van executeur niet zodanig dat de executeur met een wettelijke geheimhouder op een lijn gesteld zou kunnen worden; had de wetgever dit gewild dan zou ongetwijfeld een daartoe strekkende bepaling in de nieuwe wet zijn opgenomen. De rechter is verder van oordeel dat het geen verschil maakt of de executeur tevens (kandidaat-)notaris of bijvoorbeeld arts is. Het executeurschap staat los van het beroep dat de executeur in het dagelijks leven uitoefent.'

Betekent dit dat een cliënt steeds aan de notaris dient te vragen in welke hoedanigheid hij tegenover hem zit? Als notaris of als executeur? Zag de Rechtbank Assen over het hoofd dat de notaris-executeur in art. 20 Wna een wettelijke basis heeft gekregen? Daarnaast geldt het verschoningsrecht toch ook voor de partij-notaris?

Wat betreft het zoeken naar, zacht uitgedrukt, enige verwevenheid tussen de functie van notaris en de functie van executeur, kan wellicht verwezen worden naar de woorden van de minister<sup>98</sup> bij de totstandkoming van art. 20 Wna: 'In de praktijk blijkt in sommige gevallen behoefte te bestaan aan de aanwijzing van de notaris als executeur-testamenteir'.

Ik voeg daar wat verwevenheid tussen de functies betreft aan toe dat in de praktijk vaak gebruik wordt gemaakt van formuleringen als: Ik benoem de 'oudste kandidaat', ten tijde van mijn overlijden, werkzaam op dit kantoor tot executeur.

De logica van de Duitse benadering brengt overigens met zich dat ten aanzien van het 'biechtgeheim' voor de 'Anwalt' weer geldt: 'Mit der Einsetzung eines Rechtsanwalts als Testamentsvollstrecker versichert sich der Erblasser der Rechtskenntnisse und beruflichen Fähigkeiten, aber auch der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts.'<sup>99</sup>

## 2.9 *Tijd voor een KNB werkgroep de 'notaris-executeur'?*

'Alles', het optreden van de notaris-executeur bij de afwikkeling van een nalatenschap, staat en valt met het opereren met één pet. De 'twee pettenleer' (executeur én *boedel*notaris) moet in beginsel vermeden worden.

Ik sluit dit onderdeel af met het gevoel dat de Nederlandse notaris niet alleen 'nur' notaris is, maar ook betrokken 'partijdig' notaris-executeur. Op de werkvloer zijn de grenzen van het tuchtrechtelijk speelveld in deze voor de

97. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C.H. Beck 2001, p. 660.

98. Nota naar aanleiding van het verslag, 23 706, nr. 6, p. 41.

99. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C.H. Beck 2001, p. 657.



notaris niet altijd even duidelijk. Het zou dan ook in het heetst van de erfrechtelijke strijd zeer welkom zijn, dat de KNB een werkgroep in het leven zou roepen met als opdracht het vervaardigen van 'richtlijnen' voor de *notaris-executeur* in de ruimste zin des woords.

En anders doen we het met de uit het arrest van de Notariskamer van Hof Amsterdam op 16 maart 2006<sup>100</sup> te destilleren, niets aan duidelijkheid te wensen overlatende rechtsregel

'De executeur neemt een centrale positie in bij de afwikkeling van de nalatenschap. De mate waarin de notaris naast de executeur nog een (adviserende) rol vervult bij de afwikkeling wordt voornamelijk door laatstgenoemde bepaald.'

Resume. de executeur is de opdrachtnemer van erfflater, niet de boedelnotaris. De boedelnotaris krijgt zijn opdracht van de executeur. Doordat de (notaris-)executeur (de wil van) erfflater vertegenwoordigt, is hij 'partijdig'.

Nadat de benoeming en aanvaarding van de executeur en de rol van de notaris daarbij behandeld is, zal gekeken worden naar de mogelijke invulling van de opdracht.

## C. DE INVULLING VAN DE OPDRACHT

### 1. Het mystieke bezit en saisine werden Europese 'Verwaltung, possession en beheer'

Onder het huidige recht komen we de figuur van de executeur *zonder bezit* in de wet in beginsel niet meer tegen. De executeur wordt immers *van rechtswege* belast met *het beheer* van de nalatenschap, tenzij erfflater anders beschikt heeft (art. 4:144 BW). Onder oud recht was het precies omgekeerd: de executeur had geen '*bezit*'. Indien gewenst, moest hij expliciet door erfflater met het bezit van de nalatenschap gekleed worden (art. 4:1054 oud BW). Dit bezit duurde in beginsel een jaar<sup>101</sup>. Gelet op het feit dat in onder het oude erfrecht opgemaakte uiterste wilsbeschikkingen veelvuldig de term bezit gebruikt zal zijn, kan het van belang zijn hier nog enige aandacht aan te besteden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt overigens dat men inderdaad met de nieuwe regeling heeft willen aansluiten bij de regeling van executeur in de praktijk, waarbij 'standaard' aan de executeur het recht van bezit werd toegekend.<sup>102</sup> Klaassen-Eggens-Luijten<sup>103</sup> wees er op dat het bezit niet het burgerlijk bezit als eigenaar was, noch feitelijk bezit of houderschap.<sup>104</sup>

100 Hof Amsterdam 16 maart 2006, LjN AV 6822. Het betreft een 'bekrachtiging' van de 'beschouwingen en gevolgtrekkingen' van de Kamer van Toezicht.

101 Het Belgisch Burgerlijk Wetboek spreekt in art. 1026 BBW (dwingend) van 'dit bezit kan echter niet langer duren dan *jaar en dag* te rekenen van zijn overlijden'.

102 T-M, p. 347 e.v., MvA I, nr. 133, p. 57 e.v., Parl. Gesch. Vast, p. 831.

103 KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, Erfrecht, Zwolle: WEJ Tjeenk Willink 1989, p. 223. Voorts wordt vermeld dat de heersende leer van mening was dat art. 4:1054 lid 3 oud BW omtrent de duur van het bezit van regeland recht was.

104 Zie over de term bezit in het algemene vermogensrecht E.B. RANK-BERENSCHOT, *Bezit*, Deventer: Kluwer 2001, alsmede art. 3:107 BW.

Het erfrechtelijk bezit was een Franse voorloper van de huidige term 'beheer'<sup>105</sup> als bedoeld in art. 4:144 BW, met dien verstande dat bij het gebruik van de term beheer mijns inziens wellicht toch nog eerder in Duitse richting gedacht dient te worden, en wel aan de term '*Verwaltung*' als bedoeld in § 2205 en 2216 BGB, maar ook aan de bevoegdheid van de Zwitserse Willensvollstrecker om te 'verwalten', art. 518 (2) ZGB. Door de ontwikkeling in de praktijk van het Nederlandse erfrechtelijke fenomeen boedelredder en later boedelberedderaar is de Nederlandse executeur sterker oftewel 'Germaanser' geworden dan de executeur van de Code Civil.<sup>106</sup>

Voor het (Frans-) Belgische recht merkt Van Grunderbeeck<sup>107</sup> op dat het niet gaat om een 'possessio iuris', doch om een 'possessio facti' een feitelijk en precair bezit (pro alieno). Zij merkt op dat de Franse versie van 1026 en 1027 BBW spreekt van 'saisine' en de Nederlandse van 'bezit', terwijl hiermee niet de saisine van de erfgenamen bedoeld is. Zij verkiest het dan ook om de term bezit te gebruiken. In de Franse stelsels is het beheer van de erfrechtelijke uitvoerder beperkt tot de 'mobielier de la succession'.<sup>108</sup> Onroerende zaken (des immeubles)<sup>109</sup> vallen in beginsel niet onder de saisine van de executeur.

In het Franse recht spreekt men, anders dan voorheen, thans echter niet meer van de *saisine* van de *l'exécuteur testamentaire*, maar van 'prendre *possession*' (art. 1030 Cc nieuw). Hetgeen betekent: 'se comporter comme s'il en était propriétaire'.<sup>110</sup> De term *saisine* wordt niet meer gebruikt omdat men er toch vanuit ging dat het gebruik ervan geen erfrechtelijke 'formule sacramentelle' was die door erfflater uitgesproken moest worden.<sup>111</sup> De 'saisine' kon ook uit de 'omstandigheden' worden afgeleid, zoals het gebruik van de woorden: 'avec les pouvoirs les plus étendus'.<sup>112</sup> Dit werd beperkt uitgelegd aangezien er in beginsel niet meer bevoegdheden dan de 'saisine' te vergeven waren. Dit doet ons vanzelfsprekend denken aan de Nederlandse discussie over het gebruik van de term boedelberedderaar, waarover in het overgangsrechtelijke onderdeel meer.

Door mystieke termen als 'bezit en saisine' erfrechtelijk in de ban te doen, wordt in het kader van het ontwerpen van de Europese verklaring van erfrechtelijk beheer als onderdeel van het harmonisatieproces, de materie doorzichtiger en komt men, onverlet de positie van legitimarissen, weer een stap verder. Wij dienen ons immers steeds te realiseren dat de problemen rond

105. Art. 133 Overgangswet sluit hier dan ook niet voor niets bij aan.

106. Zo ook W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 57, waarbij hij terecht wijst op de belangrijke rol van de kerk bij de ontwikkeling van de executele en het niet het Romeinse recht was dat aan de wieg stond van de executele. Wellicht kan men dan ook voorzichtig stellen dat onze executeur al 'Germaanser' was, zodat beheer en *Verwaltung* vlekkeloos in elkaar overlopen.

107. D. VAN GRUNDERBEECK, *Erfenissen, Schenkingen en testamenten*, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 162 e.v.

108. Art. 1030 Cc nieuw.

109. Art. 1030-1 Cc nieuw. Tenzij erfflater dit bepaalt en er geen legitimarissen zijn.

110. ALAIN DELFOSSE en JEAN FRANÇOIS PENIGUEL, *La réforme des successions et des Libéralités*, Parijs: Litec 2006, p. 223, noot 49.

111. FRANCIS LEFEBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme*, Loi du 23 juin 2006, Levallois: Editions Francis Lefebvre 2006, p. 357.

112. FRANÇOIS LETELLIER, *L'exécution testamentaire* (thèse Paris II), Parijs: Defrénois 2004, p. 250.

een overlijden in beginsel overal hetzelfde zijn. De onverdeeldheid zal 'beheerd' en afgewikkeld moeten worden of dat nu in Frankrijk, Duitsland, België, Zwitserland of Nederland is.

Als wij de in de Duitse doctrine gehanteerde definitie van 'Verwaltung' van de Testamentsvollstrecker bekijken, kost het niet veel inlevingsvermogen om deze ook te gebruiken om invulling te geven aan het beheer van de executeur als bedoeld in art. 4:144 BW:<sup>113</sup>

'Darunter versteht man alle Massnahmen zur Erhaltung, Sicherung, Nutzung und Vermehrung des verwalteten Vermögens. Dazu gehört auch das Eingehen von Verpflichtungen (§§ 2206, 2207 BGB) Abschluss von Verträgen, Erwerb von Sachen und Rechten, Verfügung über Nachlassgegenstände, Führen von Rechtsstreitigkeiten, Entgegennahme von Willenserklärungen, Massnahmen tatsächlicher Art (wie Umbau eines Hauses).'

Wie art. 4:144 BW ontleedt, ziet dat erfflater voor maatwerk en speciale 'wensen', niet de ingang van het (Duitse) beheer ten dienste staat, maar de route van de *testamentaire last*. Men denke hierbij meteen aan de regeling van de uitvaart of bij wijze van spreken de verplichtingen die onder het oude recht in de wet aan een executeur opgelegd werden, zoals het 'uitvoeren en staande houden van de uiterste wil'.<sup>114</sup> Wie met een harmonisatiebril naar de materie kijkt, zou reeds de voorzichtige conclusie kunnen trekken dat art. 4:144 BW over de grenzen heen gebruikt zou kunnen worden. In 'onverminderd de testamentaire lasten' kan de Franse mandaatgedachte verwerkt worden (uitvoeren uiterste wil) en in het beheer de bevoegdheid om de goederen te 'verwalten' (waaronder begrepen het verrichten van beschikkingshandelingen). Synchronisatie moet niet moeilijk zijn.

De executeur heeft in beginsel het beheer van de nalatenschap totdat hij de werkzaamheden als zodanig heeft voltooid, art. 4:149 lid 1 onder a BW.

De taak van de executeur wordt in art. 4:144 lid 1 BW in algemene bewoordingen geformuleerd. Deze taak is te splitsen in drie elementen:

- a. de goederen van de nalatenschap *beheren*; en
- b. de *schulden* van de nalatenschap *voldoen*, die tijdens zijn beheer uit die goederen behoren te worden voldaan;
- c. het uitvoeren van testamentaire *lasten*.

In de parlementaire geschiedenis is aan de orde gesteld om ook nog 'in de wet tot uitdrukking te brengen dat tot de taak van een executeur mede behoort het bemiddelen, appaiseren en tot elkaar brengen van partijen als er kwesties zijn, en in het algemeen het brengen van de boedel in staat van verdeling'. De minister zag hier, zoals hiervoor reeds gezien, echter geen heil in 'omdat het te zeer van de door erfflater aangestelde persoon afhangt, of deze voor een zodanige taak de geschikte man is'.<sup>115</sup>

113. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 274.

114. Art. 4:1058 (oud) BW.

115. MvA, nr 6, p 101, Parl. Gesch.Vast., p. 846

De eerste deeltaak – het beheer van de nalatenschap – is vrij abstract.<sup>116</sup> Het voldoen van de schulden van de nalatenschap is concreter.

Het feit dat alle opeisbare schulden en legaten zijn voldaan, brengt niet automatisch mee dat het beheer eindigt. Het beheer kan bijvoorbeeld voortduren, omdat het 'de erfgenamen welkom is'.<sup>117</sup> Deze wettelijke taken zijn in zoverre van regelend recht dat erflater ze kan *beperken* of zelfs uitsluiten.

In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld gegeven de erflater die bepaalt dat de executeur slechts een gedeelte van de nagelaten goederen beheert, of alleen de legaten voldoet en niet de nagelaten schulden of slechts een gedeelte daarvan.<sup>118</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis kunnen we opmaken dat voor zover de erflater de executeur het beheer heeft gelaten, hiervoor de art. 4:145-4:147 BW gelden en dat van die bepalingen *geen* afwijkende beschikking is toegelaten, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld is (zie art. 4:147 lid 2 en 3).<sup>119</sup> Dit zou men ook kunnen beredeneren via de aanzuigende werking van het erfrechtelijk 'gesloten stelsel'. Indien de uiterste wil van erflater in een bepaalde erfrechtelijke categorie wordt ingedeeld, gelden ook de regels van dat regime, tenzij binnen dat regime een andersluidende invulling bij uiterste wilsbeschikking is toegestaan. Des te meer 'tenzijtjes' in de wet, des te minder geslotenheid. Zoals eerder gezien, staat het erflater wel vrij om de bevoegdheden uit te breiden, maar dan niet binnen de regeling van de executele, maar slechts via het instituut van de testamentaire last of het 'afwikkelingsbewind'. Dit heeft weer consequenties voor zijn rechtspositie ten opzichte van legiti-marissen of het einde van de bewindsbevoegdheid.

## 2. Het beheren van de nalatenschap, art. 3:170 BW

De wetgever geeft in zijn regeling van de executele geen definitie van het begrip beheer (art. 4:144). Met onder meer Breemhaar ben ik van mening dat het dan voor de hand ligt bij art. 3:170 BW te rade te gaan.<sup>120</sup> Onlangs heeft

116. Der Testamentsvollstrecker heeft drie hoofdtaken: 'letztwilligen Verfügungen auszuführen', § 2203 BGB, 'die Auseinandersetzung der Miterben zu bewirken', § 2204 en § 2048 BGB en met het oog hierop 'den Nachlass zu verwalten'. Uit de bevoegdheid tot 'Verwaltung' volgt de bevoegdheid om over de goederen van de nalatenschap te 'verfugen', § 2205 BGB. KIPP-COING, Erbrecht, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1990, p. 380 e.v.

117. MvA 3771, nr. 6, p. 101, Parl. Gesch.Vast., p. 846.

118. MvA 3771, nr. 6, p. 100, Parl. Gesch.Vast., p. 846.

119. MvA 3771, nr. 6, p. 100, Parl. Gesch.Vast., p. 846. Dit geldt ook voor de overige bepalingen waarin niet uitdrukkelijk bepaald is dat een afwijkende beschikking mogelijk is. Zie bijv. MvA, nr. 6, p. 104, Parl. Gesch.Vast., p. 863. Zie over het samensmelten van executele en bewind, B.M.E.M. SCHOLS, L'exécuteur testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374.

120. W. BREEMHAAR, De uiterste wilbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 167. Zo ook ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2005, nr. 516, KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht Deventer: Kluwer (2002), nr. 352, PITLO/VAN DER BURGHT, EBBEN, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 350, alsmede W.D. KOLKMAN, Schulden der nalatenschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 65. Breemhaar wijst daarbij op het feit dat een nalatenschap vaak een gemeenschap vormt. Dit neemt mijns inziens daarop niet weg dat art. 3:170 BW ook kan gelden in geval van een enig erfgenaamschap.

Hof Den Bosch in zijn arrest van 31 januari 2006 deze aanknopings bevestigd:<sup>121</sup>

‘De rechtbank heeft dienaangaande juist geoordeeld dat de enveloppe met geld onder beheer van (lees:) de executeur stond (vgl. art. 4:1441 BW). Onder beheer moeten alle handelingen worden begrepen die voor een normale exploitatie van een goed dienstig kunnen zijn, artikel 3:170 BW?’

Aan art. 4:144 BW wordt derhalve invulling gegeven door een hogere vermogensrechtelijke laag, te weten art. 3:170 BW. Dit artikel bepaalt dat onder *beheer* zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van een goed dienstig kunnen zijn, als ook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties. Dit laatste is met name van belang voor het innen van banktegoeden op basis van een verklaring van executele.

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 3:170 BW blijkt dat als daden van beheer ook worden beschouwd die daden van *beschikking*, die door een normale exploitatie van het goed worden gevorderd (lees thans: ‘dienstig kunnen zijn’ aan). Als voorbeeld wordt gegeven dat het beheer van een fabriek of een ander bedrijf ook de verkoop van de in die fabriek of dat bedrijf voortgebrachte goederen omvat, net zoals de verkoop van bedrijfsmiddelen, die door nieuwe moeten worden vervangen. De nadruk wordt gelegd op de economische werkzaamheid, zoals het rentedragend maken van goederen.<sup>122</sup> De woorden ‘dienstig kunnen zijn’ zorgen voor een objectivering. De wederpartij hoeft in het concrete geval niet te onderzoeken of de desbetreffende handeling van de executeur wel dienstig is aan de normale exploitatie van de goederen van de nalatenschap. Van belang is alleen maar of het (redelijkerwijs) dienstig *zou kunnen zijn*. Dit brengt met zich dat de wederpartij in de praktijk in beginsel altijd beschermd is, aangezien iedere *tegeldemaking* van een goed immers dienstig zou kunnen zijn aan de normale exploitatie van dat goed. Zeker als het om een effectenportefeuille gaat. Dit betekent vanzelfsprekend niet dat de executeur misbruik mag maken van deze objectivering.<sup>123</sup> Zie in dit bevoegdheidsvraagstuk ook de ‘soepelheid’ van Asser-Perlick 6B, nr. 524, waar ik mij graag bij aansluit en waarover hierna meer. Daar komt bij dat art. 4:145 lid 2 BW waar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur geregeld is, nagenoeg geen beperking stelt aan de externe bevoegdheid van de executeur. De handeling moet *gedurende*<sup>124</sup> zijn beheer en *in het kader* van de taakvervulling verricht worden. Of iets in het kader van de vervulling van zijn taak verricht wordt kan een derde onmogelijk beoordelen.<sup>125</sup> De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur is *privatief* en de erfgenamen zijn mitsdien gedurende zijn beheer in beginsel *onbe-*

121. Hof Den Bosch 31 januari 2006, LJV AW2564.

122. Parl. Gesch. Boek 3, p. 581.

123. Vgl. W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 167.

124. Zie ook art. 4:149 lid 3 BW waaruit blijkt dat ook een gewezen executeur onder omstandigheden nog bevoegd kan zijn.

125. In ‘theorie’ zou van de derde verlangd kunnen worden dat hij de vraag stelt of de handeling in het kader van zijn executeurstaak verricht wordt. In de praktijk zal dit niet gebeuren. Wel mag verwacht worden dat een derde zich er van gewist of de persoon waarmee hij handelt (beheers)executeur is. Hiervoor heeft de executeur immers een erfrechtelijk legitimatiebewijs: de verklaring van executele.

voegd.<sup>126</sup> Aangezien onder beheer ook valt het aannemen van de aan de nalatenschap verschuldigde prestaties, dient de wederpartij te onderzoeken of er een met het beheer van de nalatenschap belaste executeur is, aangezien hij door diens aanwezigheid in beginsel niet meer aan de erfgenamen bevrijdend kan betalen (art. 6:34 BW).<sup>127</sup>

Onder oud recht was het 'innen van schulden' geregeld in art. 4:1060 (oud) BW. De executeur was inningsbevoegd. Als een legitimaris gerechtigd was in de nalatenschap, kon echter niet meer bevrijdend aan de executeur betaald worden, zelfs niet als deze nog geen beroep gedaan had op zijn legitieme; HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 (EMM; Bünker/Amsterdamsche Bank).

Omdat het voor een executeur van belang is om zich in het rechtsverkeer te legitimeren en aan te tonen dat hij met het beheer van de nalatenschap is belast, kan hij afgifte van een verklaring van executele verlangen. De notaris die een verklaring van executele afgeeft, stelt de erfgenamen hiervan op de hoogte.<sup>128</sup> Dit wil niet zeggen dat hij voor deze afgifte de toestemming van de erfgenamen nodig heeft.

### 3. Het zorgvuldigheidsbeginsel

Concluderend kan worden gesteld dat primair invulling wordt gegeven aan de quasi-overeenkomst tussen erfflater en executeur met een *beheersopdracht*. Op grond van art. 7:401 BW moet de executeur bij zijn beheerswerkzaamheden *de zorg* van een goed opdrachtnemer in acht nemen.<sup>129</sup> Deze zorgplicht is de maatstaf waarnaar een executeur moet handelen. Dat executeurs die zich terdege bewust zijn van de ware aard van executele zelfs een pluimpje in de wacht kunnen slepen van de rechter bleek uit een arrest van Hof Den Haag.<sup>130</sup>

126. Zie het genus privatieve last in art. 7:423 BW. Deze last maakt de lastgever ook onbevoegd. Zie ook MvA I, nr. 133, p. 65, Parl. Gesch. Vast., p. 961.

127. Men bedenke dat indien de nalatenschap deel uitmaakt van een ontbonden huwelijksgemeenschap, de executeur het beheer toekomt tezamen met de langstlevende echtgenoot. Zie hierover HR 18 maart 1994, NJ 1995, 410 (Van Tholen/Nationale Nederlanden;WMK)

128. Werkgroep deontologie nieuw erfrecht KNB, WPNR (2004) 6585.

129. Zie over zorgplichten in het recht uitgebreid de recent verschenen dissertaties van S.B. VAN BAALEN, *Zorgplichten in de effectenhandel* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, die aangeeft op p. 445: 'Civielrechtelijk staat de belegger in een middellijke vertegenwoordigingsrelatie ten opzichte van de beleggingsinstelling. De duurovereenkomst van opdracht en lastgeving vormt de basis van de contractuele duurrelatie, terwijl effectentransacties die daarop volgen evenzeer aangemerkt moeten worden als overeenkomst van opdracht', alsmede T.F.E. TJONG TJIN TAI, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 177 die bijvoorbeeld opmerkt dat bij het handelen van een notaris maatstaven van zorgvuldigheid worden aangelegd die hoger zijn dan gebruikelijk en dat de Hoge Raad deze aanduidt als 'zwaarwegende zorgplichten'. Dit laatste kan doorwerken naar de notaris-executeur.

130. Hof Den Haag 25 mei 2005, LJN AW 7422, waarbij verwezen wordt naar AW 7448. Interessant in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel is ook het arrest van Hof Amsterdam van 30 juni 2005, NJF 2005, 402 waarin het hof overwoog in het kader van onrechtmatig handelen van een executeur wegens nalatigheid bij beheer van een aandelenportefeuille en het eventuele matigen van schadevergoeding. 'Het hof is van oordeel dat appellante in staat was haar eigen belangen goed te behartigen, [de executeur] voor zijn werkzaamheden geen vergoeding ontving en op het terrein van aandelenbeheer geen specifieke deskundigheid be-

‘Het hof is van oordeel dat [...] zijn taak als executeur-testamentair met *de grootste mogelijke zorgvuldigheid* heeft uitgevoerd.’ (Curs. BS)

Zo kan het dus ook. Wat was het geheim van deze executeur bij het vervullen van zijn beheerstaak:

‘Naar het oordeel van het hof volgt uit voormeld overzicht dat [...] alle deelgenoten *ruimschoots* heeft *geinformeerd* over de gang van zaken inzake de executele.’ (Curs. BS)

Maar er is nog meer. Het hof acht het aannemelijk:

‘dat (lees:) de executeur bij de uitoefening van zijn executele zich heeft laten bijstaan door de navolgende *deskundigen*.’ (Curs. BS)

Wie waren in casu de deskundigen? Een notaris, een accountant en een bank. Dat de erfgenamen of hun adviseurs het mogelijk niet eens waren met de door deze deskundigen gegeven adviezen doet aan de uiterste zorgvuldigheid van de executeur niet af. Wanneer is het verstandig om zich bij te laten staan door deze deskundigen:

‘Mede gezien *de omvang* van de onverdeelde boedel acht het hof het door (lees: de executeur) inschakelen van deskundigen zowel op *fiscaal, financieel* en *notarieel* gebied uiterst zorgvuldig.’ (Curs. BS)

De omvang van de nalatenschap is (logischerwijs) een indicatie om bij het beheren van de nalatenschap deskundigheid in te huren. Naast het inhuren van deskundigheid blijft in het kader van de zorgvuldigheid van groot belang dat de executeur:

‘bij de uitvoering van zijn werkzaamheden volledig *transparant* heeft willen werken en naar het oordeel van het hof ook heeft gewerkt.’ (Curs. BS)

Al met al een belangrijk arrest met belangrijke instructies aan executeurs in het kader van de zorgvuldigheidsnorm. In de Duitse literatuur wordt in het kader van de ‘ersten Tätigkeiten’ van de Testamentsvollstrecker het volgende advies meegegeven:<sup>131</sup>

‘Der Testamentsvollstrecker hat grundsätzlich das Nachlassvermögen des Erblassers von seinem Vermögen getrennt zu halten. Zwar besteht ohne weiteres die Möglichkeit, die bereits bestehenden Konten des Erblassers weiterzuführen. Es ist aber bereits aufgrund der besseren Übersicht anzuraten, umgehend ein Nachlasskonto für die Testamentsvollstreckung einzurichten;[.]’

→ zat, alsmede dat aandelenbezit risico meebrengt. Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat het toekennen van schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen leidt.’ Onder omstandigheden een interessante gedachte voor de executeur-‘amateur’.

131. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 379.

De zorgvuldigheid brengt inderdaad met zich dat de executeur ‘vermenging’ zo veel mogelijk voorkomt en dat hij zoals in de casus van Hof Den Bosch van 31 januari 2006 het geval was de boedelgelden niet in huis (in een kluis) bewaart.<sup>132</sup>

Of bij het beheren aan de zorgvuldigheidsnorm voldaan is, zal de komende jaren ongetwijfeld een stroom van arresten gaan opleveren. Het externe aspect zal gelet op het met betrekking tot de vertegenwoordigingsmacht van de executeur in art. 4:145 lid 2 BW bepaalde niet veel problemen opleveren. De druk zal komen te liggen op een goede uitvoering van de (intern werkende) quasi-overeenkomst en de daaruit voortvloeiende plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording. Dat de rechter daarbij de executeur wel eens het voordeel van de twijfel moet geven, omdat beheren in de regel ‘voortvarend handelen’ vereist, illustreert het navolgende arrest van Hof Den Bosch van 7 november 2006.<sup>133</sup>

‘Bij dit oordeel speelt mede een rol dat een kamer in een zorgcentrum op korte tijd moet worden ontruimd voor opvolgende bewoners zodat er in het algemeen *weinig tijd* is voor overleg en onderhandelingen met de erfgenamen.’ (Curs. BS)

Hier heb ik niets meer aan toe te voegen.

In het kader van zijn beheerstaak dient een executeur ook de schulden van de nalatenschap te voldoen. Hierop zal ik hierna in een aparte paragraaf ingaan. Eerst de kwestie of de beheersbevoegdheid ook het stemrecht op aandelen inhoudt.

#### 4. Stemrecht op aandelen

Een vraag die in het kader van de beheersbevoegdheid van de executeur nog al eens gesteld wordt, is de vraag of de executeur bevoegd is om het stemrecht op de tot de nalatenschap behorende aandelen uit te oefenen. Gaat men er, zoals de heersende leer,<sup>134</sup> vanuit dat het uitoefenen van het stemrecht steeds

132. Hof Den Bosch 31 januari 2006, LJN AW 2564. Het hof oordeelde: ‘Niet valt in te zien dat dit geld niet gestort had kunnen worden op een nieuw te openen bankrekening ten name van zijn schoonmoeder (lees: erfllaatster) of op een *eigen* bankrekening.’

133. Hof Den Bosch 7 november 2006, Notafax 2007, 112. Hierbij past de kanttekening dat de geschatte waarde van de inboedel een kleine € 1.000 betrof.

134. VAN DER HEIJDEN-VAN DER GRINTEN, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 201 en nr. 212.

KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 352, ASSERPERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 516 waar de navolgende conclusie wordt getrokken. Dat indien tot de nalatenschap behoort het geheel geplaatste kapitaal van een onroerend goed-vennootschap en de statuten van die vennootschap bepalen dat voor de vervreemding van de onroerende zaken de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist is, de executeur het besluit tot goedkeuring kan nemen. Wat de geldigheid van het besluit betreft, sluit ik mij hier graag bij aan, zij het dat de executeur in het kader van de rekening en verantwoording zijn besluit in de *interne* rechtsverhouding aan zijn achterban dient te verantwoorden. Er wordt in dit laatste handboek ook op gewezen dat een executeur bevoegd en verplicht is om een statutaire aanbiedingsverplichting na te komen. Zie ook Rechtbank Roermond 26 februari 1987, NJ 1988, 249 waarin de rechtbank bepaalt: ‘Deelgenoten vormen een collectiviteit op basis van deelgerechtigdheid. Alleen als zodanig kunnen zij besluiten nemen dan wel beheersdaden – zoals het uitoefene-



een beheershandeling is, ongeacht het besluit waarover gestemd wordt, dan is het antwoord eenvoudig en met deze gedachte reeds gegeven. Men zou het antwoord echter nog kunnen nuanceren indachtig de gevonden ware aard van executele.

Indien de executeur bij het uitbrengen van zijn stem handelt als vertegenwoordiger van de rechtsopvolgers onder algemene titel van erfflater als bedoeld in art. 4:145 lid 2 BW, mag de rechtspersoon en het rechtsverkeer er vanuit gaan dat de stem rechtsgeldig is uitgebracht. Dat wat het externe aspect betreft. Iets anders is weer de vraag of de executeur op grond van de quasi-overeenkomst wellicht overleg had moeten voeren over de wijze waarop de stem wordt uitgebracht. Over zijn 'stemgedrag' zal hij immers rekening en verantwoording moeten afleggen. De problematiek is vergelijkbaar met de problematiek rond een stemovereenkomst. Ook al handelt een aandeelhouder in strijd met een stemovereenkomst, dan nog is de stem in beginsel geldig uitgebracht en pleegt de aandeelhouder 'slechts' wanprestatie.<sup>135</sup>

Maeyer<sup>136</sup> stelt zich op het standpunt dat de privaat lasthebber het stemrecht niet voor rekening van een lastgever *op eigen naam* kan uitoefenen.<sup>137</sup> Gelet op de ware aard van executele merk ik echter op dat een executeur in zijn hoedanigheid van quasi-privatief lasthebber als een onmiddellijk vertegenwoordiger gezien wordt. Zie ook art. 2:13 lid 2 BW waar geregeld is dat het stemrecht van een onbekwame aan zijn wettelijk vertegenwoordiger toekomt. Het privaat karakter van executele maakt mijn inziens de erfgenaam in beginsel onbevoegd om de vergader- en stemrechten uit te oefenen gedurende de executele (art. 4:145 lid 1 BW).<sup>138</sup> Krachtens erfrecht verkregen

→ nen van stemrecht – plegen. Ook de besluitvorming omtrent een handeling als het uitoefenen van stemrecht geschiedt derhalve gezamenlijk. Indien geen andere regeling is getroffen – en daarvan is i.c. niet gebleken – kan derhalve een zodanig besluit niet tot stand komen anders dan met instemming van alle deelgenoten', alsmede A.C.J. VAN HEUSDEN, Uitoefening van stemrecht op aandelen door executeurs-testamentair, WPNR (1950) 4147 die de materie nuanceert: 'Een interim regering of demissionair kabinet zal geen ingrijpende hervormingen op zijn program plaatsen. Evenzo zal de executeur zich onthouden van alle ingrijpende maatregelen die niet noodzakelijk zijn voor directe instandhouding van het beheerde vermogen, hetzij hem uitdrukkelijk in het testament zijn opgedragen.'

135. ASSER-MAEIJER 2-III, De naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 289.
136. ASSER-MAEIJER 2-III, De naamloze en de besloten vennootschap, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 280. Hij wordt bijgevallen door G.VAN SOLINGE, Stemvolmacht aan de pandhouder zonder stemrecht, Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Deventer. W.E.J. Tjeenk Willink 1999, Serie Onderneming en Recht deel 17, p. 126 noot 32. Voor 'de wettelijk erkende bewindvoerders' merkt Maeyer op dat onder de bevoegdheid tot beheer valt het uitoefenen van het vergader- en stemrecht verbonden aan de aandelen die onder het bewind vallen.
137. Anders W.G. HUIJGEN, Economische eigendom van aandelen. het vennootschapsrecht opzij gezet, WPNR (1995) 6166, p. 66 waar hij in noot 17 opmerkt dat uit de parlementaire geschiedenis en art. 7:424 BW blijkt dat de toepassing van de privaatieve lastgeving niet beperkt is tot een bepaald rechtsgebied en derhalve ook in het vennootschapsrecht kan worden toegepast. A.F.J.A. LEIJTEN, Privaatieve lastgeving en trustachtige verhoudingen, Vertrouwd met de Trust, Serie Onderneming en recht deel 5, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 426 wijst erop dat ingevolge art. 2:25 BW alle bepalingen uit Boek 2 BW van dwingend recht zijn, tenzij uitdrukkelijk anders bepaald is.
138. Zo ook W.G. HUIJGEN, Economische eigendom van aandelen: het vennootschapsrecht opzij gezet, WPNR (1995) 6166, p. 66 merkt met betrekking tot de privaatieve last tot het uitoefenen van alle rechten betreffende aandelen op: 'In dat geval is de juridisch eigenaar niet meer bevoegd om bijvoorbeeld zelf het voorkeursrecht bij emissie van aandelen uit te oefenen

aandelen behoren immers tot de goederen van de nalatenschap en vallen derhalve onder zijn beheer. In het licht van het bewindsaspect van executele is nog het volgende van belang. Van der Ploeg is van mening dat een bewindvoerder voor de onder bewind staande aandelen de aandeelhoudersrechten uitoefent, dus ook het stemrecht. Hij benadrukt dat een bewindvoerder niet handelt krachtens eigen recht, doch als vertegenwoordiger van de rechthebende.<sup>139</sup>

## 5. Het voldoen van de schulden van de nalatenschap

Naast het beheren van de nalatenschap, heeft de executeur tot taak de schulden van de nalatenschap te voldoen, die tijdens zijn beheer uit de goederen van de nalatenschap behoren te worden voldaan (art. 4:144 BW). Onder het oude recht was de executeur niet zonder meer bevoegd de schulden van de nalatenschap te voldoen.<sup>140</sup> Het begrip ‘schulden van de nalatenschap’ speelt in het nieuwe erfrecht een belangrijke rol. Ook hier, bij de taak van de executeur.<sup>141</sup> Voor een uitgebreide behandeling van dit fenomeen verwijs ik naar de recente dissertatie van Kolkman.<sup>142</sup> De schulden van de nalatenschap zijn opgesomd in art. 4:7 BW.

Van belang is te constateren dat voor de taak van de executeur de hele lijst van schulden zoals opgenomen in art. 4:7 BW van toepassing is, derhalve het uitgebreide begrip schulden van de nalatenschap. Wel vinden we een beperking in art. 4:144 BW, waar bepaald is dat het moet gaan om ‘schulden die tijdens zijn beheer uit die goederen (de goederen van de nalatenschap) behoren te worden voldaan’. Hiermee wordt bedoeld dat de executeur slechts tot taak heeft de schulden en legaten te voldoen, die bij het openvallen van de nalatenschap *opeisbaar* zijn of gedurende zijn beheer opeisbaar zijn geworden. Deze

→ nen. De economisch eigenaar kan dat doen op eigen naam [...]. Overigens is, indien zo'n privative last is verleend, de juridisch eigenaar der aandelen zelf ook niet meer bevoegd tot het uitbrengen van zijn stem in de algemene vergadering of tot inning van het dividend. Wanneer de economisch eigenaar mededeling doet van zo'n algemene privative last aan de vennootschap dient deze voor de duur van de economisch eigendom steeds het dividend te betalen aan de economisch eigenaar en – mijns inziens – deze uit te nodigen voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Aangezien immers de vennootschap dan op de hoogte is van die privative last kan deze haar steeds worden tegengeworpen.’ Mijns inziens geldt, gelet op de ware aard, *mutatis mutandis* hetzelfde voor executele.

139. P.W. VAN DER PLOEG, Testamentair bewind (diss. Leiden), Amsterdam: De Bezige Bij 1945, p. 187. In noot 2 trekt hij de navolgende interessante conclusie: ‘De aanhangers van de leer van het eigen recht van den bewindvoerder brengt de bepaling van art. 44b K., dat slechts aandeelhouders stemrecht hebben, *in moeilijkheden* Van der Heyden, t.a.p., roept de figuur van den fiduciairen eigendom te hulp, om den bewindvoerder aan het stemrecht *te helpen*, de bewindvoerder is volgens dezen schrijver als *fiduciare* eigenaar van de aandelen te beschouwen. Eggens, t.a.p., noemt den bewindvoerder met betrekking tot de aandelen onder bewind ‘aandeelhouder’. (Curs. BS)

140. Zie ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, W.E.J. Tjeenk Willink. Deventer 1996, nr. 559.

141. Derde NvW, nr. 10, p. 7, Parl. Gesch. Inv., p. 1186. Zie in dit verband over het fenomeen ‘legatenexecuteur’, B.M.E.M. SCHOLS, Het legatum per vindicationem in de gedaante van executeur-testamentair als ‘Vermachtisvollstrecker’, WPNR (2001) 6436.

142. W.D. KOLKMAN, Schulden der nalatenschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

bepanking geldt niet voor de vereffenaar op grond van de wet, aangezien deze ook tot zijn taak moet rekenen de voldoening van *niet* opeisbare schulden.<sup>143</sup>

Voorts komt de vraag op in hoeverre de schulden al dan niet uit het eigen vermogen van de erfgenaam voldaan dienen te worden, aangezien de eis is gesteld: voldoen uit de goederen van de nalatenschap. Breemhaar wijst in dit verband op het geval dat een gelegateerd goed niet tot het vermogen van erflater, maar tot het eigen vermogen van de erfgenaam behoort.<sup>144</sup> Deze schuld is weliswaar een schuld van de nalatenschap, maar dient niet uit de goederen van de nalatenschap te worden voldaan, is zijn gedachte. Deze nuancering speelt met name een rol bij uiterste wilsbeschikkingen waarbij de erfgenamen een inbrengplicht hebben. De gedachte zou kunnen zijn dat de 'nalatenschap' in die zin uitgebreid wordt, dat de inbrengplichtige in het kader van de afwikkeling van de nalatenschap het betreffende goed (de facto) onder het beheer van de executeur dient te brengen.<sup>145</sup> De executeur neemt dan voor de belanghebbenden het sub-legaat in ontvangst.<sup>146</sup> Op grond van art. 4:144 BW heeft de executeur echter alleen het beheer van de goederen van de nalatenschap en daar vallen privé-goederen van erfgenamen of legatarissen in beginsel niet onder.

Schulden van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 BW zijn onder meer de schulden van belastingen die ter zake van het openvallen van de nalatenschap worden geheven, *voor zover zij op de erfgenamen komen te rusten* (art. 4:7 lid 1 sub e BW).

In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat hiervan sprake is in twee gevallen:<sup>147</sup> in de eerste plaats worden de erfgenamen successierecht/recht van overgang verschuldigd over hun eigen verkrijging (art. 5 SW). In de tweede plaats kunnen zij, naar evenredigheid van hun erfdeel, aansprakelijk worden gesteld voor het door en bij het overlijden van erflater door legatarissen verschuldigde recht van successie, alsmede hoofdelijk voor het recht dat door en bij het overlijden van erflater, is verschuldigd door verkrijgers die buiten Nederland wonen, en voor het recht van overgang (art. 46 Invoeringswet 1990). In dit verband is voor de executeur van belang dat de schuld die eventueel voortvloeit uit zijn hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van art 47 Invoeringswet 1990, voor al het door en bij het overlijden van de erflater verschuldigde recht van successie, *niet* een schuld van de nalatenschap is in de zin van art. 4:7 BW.

143. MvA, nr. 6, p. 101, Parl. Gesch. Vast., p. 844.

144. W. BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking* (diss Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 166.

145. Als ik het goed zie, speelt dit bijvoorbeeld bij 'turbo-testamenten'. Zie bijvoorbeeld B.M.E.M. SCHOLS, *Turbotestament. een mislukte erfrechtelijke zeeleewdribbel*, *Belgisch Tijdschrift Estate Planning (TEP)* 2005-2, p. 87-100.

146. Zie over de positie van de sublegataris W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 336 e.v.

147. Derde NvW, nr. 10, p. 8, Parl. Gesch. Inv., p. 1187. Zie hierover ook W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 73 e.v.

## 6. Testamentaire lasten

### 6.1 *Geen verkrijging, wel een verplichting, art. 4:130 lid 2 BW*

De bevoegdheden van de executeur binnen het systeem van de wettelijke regeling van de executele kunnen in beginsel niet worden uitgebreid. Men kan de op de quasi-overeenkomst van lastgeving gebaseerde bevoegdheden van de executeur wel uitbreiden via *testamentaire lasten*. Deze mogelijkheid blijkt expliciet uit de eerste volzin van art. 4:130 lid 2 BW:

‘Een testamentaire last kan ook worden opgelegd aan een executeur’.

Ook art. 4:144 BW maakt hier gewag van:

‘Onverminderd de testamentaire lasten die de erflater aan de executeur mocht hebben opgelegd, heeft deze (...) tot taak (...)’.

Dat het uitbreiden van de bevoegdheden van de executeur via het instituut van de testamentaire lasten moet lopen heeft te maken met het feit dat legitimarissen niet hoeven te dulden dat zij hun legitieme onder bezwaar van een last verkrijgen (art. 4:72 BW en 4:73 BW). Op de uitbreiding van de bevoegdheden via de testamentaire last zal hierna in Hfdst.V. nog ingegaan worden bij de mogelijkheden om de opdracht van de executeur uit te breiden.

De verplichting op grond van de testamentaire last rust niet alleen op de executeur, maar *mede* op de gezamenlijke erfgenamen, tenzij uit haar aard of de uiterste wil iets anders voortvloeit (art. 4:130 lid 2 BW). Erflater doet er verstandig aan om uitdrukkelijk in zijn uiterste wilsbeschikking te bepalen of de desbetreffende last al dan niet mede op de gezamenlijke erfgenamen rust. Bij ‘tenzij uit haar aard iets anders voortvloeit’ zal gedacht moeten worden aan de verplichtingen die uitsluitend door de betrokken executeur persoonlijk verricht kunnen worden.

In de parlementaire geschiedenis wordt het feit dat de verplichting in beginsel ook op de gezamenlijke erfgenamen rust, als volgt toegelicht:<sup>148</sup>

‘Ook de verplichtingen die een erflater bij uiterste wil verklaart op te leggen aan een door hem benoemd executeur, kunnen van zeer verschillende aard zijn. Voor zover zij strekken tot een uitgave in geld of goed beoogt hij gewoonlijk dat deze uitgave door de executeur uit de nalatenschap zal worden bekostigd. Het zal voorts van de aard van de verplichting en de bedoeling van de erflater afhangen, wat er moet geschieden, wanneer een executeur ontbreekt doordat de benoemde persoon is vooroverleden of zijn functie niet aanvaardt, wanneer de executeur (...) defungeert voordat hij de hem opgelegde verplichting heeft vervuld, of wanneer zijn beheer van de nalatenschap eindigt voordat hij de verplichting heeft vervuld. In vele gevallen zal het niet met de bedoeling van erflater stroken dat daarmede de verplichting geheel vervalt.’

148. MvA, nr. 6, p. 87, Parl. Gesch.Vast., p. 781.

Indien erflater de executeur, ter voorkoming van twist tussen de erfgenamen, de last heeft opgelegd om de gehele inboedel of alle registergoederen te verkopen, komt meteen de vraag op in hoeverre de executeur hiertoe bevoegd is. Deze vraag is ook in de parlementaire geschiedenis aan de orde gesteld. De minister is van mening dat de frase in art. 4:144 lid 1 BW 'onverminderd de testamentaire lasten die de erflater aan de executeur mocht hebben opgelegd' voldoende tot uitdrukking brengt, dat aan de executeur alle bevoegdheden toekomen welke hij tot het volvoeren van de last behoeft.<sup>149</sup> De executeur is derhalve bevoegd (en verplicht) tot vervreemding van de desbetreffende zaken over te gaan. Hoe dienen deze bevoegdheden geduid te worden? De erflater heeft immers alleen verplichtingen opgelegd. Mijns inziens kan de betreffende uiterste wilsbeschikking als het instellen van een afwikkelingsbewind gezien worden, waarbij stilzwijgend de bevoegdheden op maat gesneden zijn als bedoeld in art. 4:171 BW. Het belang van deze constatering is dat een verkrijging van een erfgenaam ook als inferieur aangemerkt kan worden, ook als de testamentaire last niet op de erfgenaam rust, doch slechts op de legitimaris. Anders Kraan<sup>150</sup> die er van uitgaat dat een last die niet op de erfgenaam rust jegens hem niet als inferieur aangemerkt kan worden.

Men dient zich bij het uitbreiden van de bevoegdheden van de executeur via testamentaire lasten steeds te realiseren dat de legitimaris tevens erfgenaam of legitimaris tevens legataris in dat geval de nalatenschap of het legaat kan verwerpen, zonder dat de waarde daarvan in mindering op zijn legitieme portie komt (art. 4:72 en 4:73 BW). Dit tast de vervreemdingsbevoegdheid van de executeur echter niet aan, aangezien de legitieme dan slechts een geldaanspraak is en geen recht op goederen.

Een veel voorkomende last die in de praktijk aan de executeur 'boven' op of in de plaats van zijn wettelijke taak zal worden opgelegd, is het regelen van de *lijkbezorging*, waarover in de volgende paragraaf meer.

## 6.2 De lijkbezorging

Onder het beheren van de goederen der nalatenschap valt *niet* de lijkbezorging. Het betreft een '*persoonlijkheidsrecht*' van erflater.<sup>151</sup> Juist is dan ook de navolgende benadering:<sup>152</sup>

'Der Verwaltungsgegenstand ist grundsätzlich der *Nachlass* des Erblassers, so dass [...] das Recht der Bestattung *nicht* in der *Verwaltungsbereich* fallen.' (Curs. BS)

149. MvA I, nr. 133, p. 60, Parl. Gesch. Vast., p. 849.

150. C.A. KRAAN, Boekbespreking Asser-Perrick, Erfrecht en schenking 6B, WPNR (2005) 6646.

151. De Belgen en Fransen spreken van de dimensie 'non patrimoniale'. Zie bijvoorbeeld ook P.H. BLOK, Is er privé-leven na de dood? Nederlands Juristenblad (NJb) 2003, Af. 6.

152. MAYER/BONEFELD/WÄLHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 380.

De Zwitsers zien het, wat beschikkingen over de lijkbezorging betreft, eveneens zo.<sup>153</sup>

‘Das Verfügungsrechts des Erblassers stützt sich *nicht* auf das *Erbrecht*, sondern auf Art. 53 BV, weshalb diese Anordnung auch gegen die Angehörigen durchgesetzt werden kann.’ (Curs. BS)

Hier doet zich het belang van de testamentaire last gevoelen. Regelingen van en rondom de uitvaart vallen niet onder het standaardpakket van de wetgever, doch is uit de aard testamentair maatwerk en binnen het gesloten stelsel is dan het op de schouders van de executeur leggen van een testamentaire last de juiste weg. Dit betekent dan ook dat een erflater die een executeur slechts wil belasten met de regeling van de uitvaart, de executeur het beheer van art. 4:144 BW zal ontnemen.<sup>154</sup>

Zowel de Franse als de Belgische regeling van executele kennen geen speciale bepaling voor het regelen van de uitvaart. Dit zal samenhangen met het feit dat aldaar een van de basistaken van de executeur is het ‘uitvoeren van de uiterste wilsbeschikkingen’ oftewel ‘nomen est omen’.<sup>155</sup>

‘Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk bepaalt, rust op de testamentuitvoerder ook de verplichting zorg te dragen voor de *uitvoering* van de *extrapatrimoniale* beschikkingen die in het testament voorkomen. Voorbeelden hiervan zijn beschikkingen die de testamentuitvoerder opleggen missen voor de testator te laten lezen, *zijn begrafenis op een bepaalde wijze en plaats te regelen*.’ (Curs. BS)

Dacht Meijers (en daarmee de wetgever) bij het regelen van de uitvaart in de ruimste zin des woords ook meteen aan de executeur?<sup>156</sup>

‘Zo b.v. het *doen begraven* of het plaatsen van een grafsteen, het doen lezen van missen, het uitschrijven van een prijsvraag enz. Worden zodanige lasten op een *executeur-testamentair* gelegd, dan kan deze dus de daarvoor gemaakte kosten uit de boedel, bestrijden.’ (Curs. BS)

Hoe dient de testamentaire last die niet rust op de erfgenaam maar op de executeur gezien te worden in het licht van de quasi-overeenkomstgedachte

153. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 189, waarbij ook op het belang van de testamentaire last in deze gewezen wordt: ‘Der Erblasser kann den Willensvollstrecker einsetzen, um eine letztwillig verfügte Auflage über die Art und Weise des *Begrabnisses* (Beerdigung oder Kremation, Kreuz oder Grabstein, Unterhalt des Grabes Errichtung eines Denkmals durchsetzen).’ BV staat voor: ‘Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft van 29 mei 1874 (SR 101).’

154. ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 512 merkt terecht op dat als erflater de executeur het beheer ontneeft, de benoeming alleen zin heeft als de erflater de executeur één of meer lasten oplegt.

155. D. VAN GRUNDERBEECK, *Erfenissen, Schenkingen en testamenten*, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 195, LETELLIER, *L'exécution testamentaire* (these Paris II), Parijs: Defrénois 2004, nr. 306.

156. TM, p. 343 e.v. Parl. Gesch.Vast., p. 779.

van opdracht/lastgeving? Duidelijker kan het mijns inziens niet gezegd worden:

‘Zodanige lasten als b.v. de vernietiging van bepaalde documenten moet hij *na-komen* uit de kracht van *de aanvaarding* van de hem opgedragen taak.’ (Curs. BS)

En wat als hij erfrechtelijke ‘wanprestatie’ pleegt?

‘dan kan [...] dit [...] een grond voor zijn ontzetting uit de executele zijn.’

Onder het oude erfrecht werd door Asser-Van der Ploeg-Perrick<sup>157</sup> ten aanzien van de bevoegdheden van de executeur met betrekking tot de lijkbezorging reeds geleerd:

‘Wanneer de begrafenis of de verassing aan de executeur is *opgedragen* moeten de erfgenamen dit aan hem overlaten.’ (Curs. BS)

Zo ook Beekhuis<sup>158</sup> die zelfs spreekt van ‘een beginsel’ als het om de uitvaart gaat:

‘Maar nog boven de echtgenoot staat de executeur-testamentair die door de overledene is aangesteld om zijn lijkbezorging te regelen, zulks krachtens het beginsel dat de beschikkingen van erflater steeds praevaleren boven de wensen van de nabestaanden. In dat geval hebben alle verwanten, en ook de echtgenoot, te wijken.’

Mijns inziens kan er vanuit gegaan worden dat dit ook nog voor het nieuwe recht geldt.

Als men de verschillende gedachten rond ‘executeur en uitvaart’ naast elkaar zet, ziet men de Europese potentie die de taakomschrijving van Nederlandse executeur in art. 4:144 BW heeft. Via ‘beheer en Verwaltung’ kan met een Duitse bril naar de erfrechtelijke behoeften gekeken worden en via ‘onver-

157. ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, nr. 550, waarvoor verwezen werd naar HR 25 juni 1946, NJ 1946, 503. Onder het nieuwe recht is dit in ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005 herhaald in nr. 514 zonder verwijzing naar dit arrest. Dit kan onder nieuw erfrecht ook verklaard worden vanuit het privaatieve karakter van de executeur.

158. C.H. BEEKHUIS, De erbidiging van de wens, dat het stoffelijk overschot wordt verbrand, Nederlands Juristenblad, 5 november 1955, nr. 38, p. 858, waarbij hij verwijst naar HR 25 juni 1946, NJ 1946, 503, waar de Hoge Raad beslist dat de zeggenschap over het lijk niet berust op het erfrecht, maar op algemene rechtsbeginselen. Zie ook W.G.H.M. VAN DER PUTTEN, Handboek Wet op de lijkbezorging, Lelystad: Koninklijke Vermande 1993, p. 294. Wat de wensen van de overledene betreft vinden deze hun grenzen in de redelijkheid. Art. 18 lid 1 Wet op de lijkbezorging luidt immers als volgt: ‘In de lijkbezorging wordt voorzien door degene, die het in artikel 11 bedoelde verlof aanvraagt, dan wel door degene, die redelijkerwijze geacht kan worden in diens plaats te zijn getreden. De lijkbezorging geschiedt overeenkomstig de wens of de vermoedelijke wens van de overledene, tenzij dat redelijkerwijs niet gevergd kan worden.’ Zie hierover F.M.H. HOENS, Redelijkheid en billijkheid altijd en overal van begunstiging tot as!, EstateTip Review 2007-23, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

minderd de testamentaire lasten' kan met een Franse bril 'uitvoeren van de uiterste wil' naar de problematiek gekeken worden, waarbij ik aantekenen dat ook in het Duitse recht met een 'Auflage' de bevoegdheden van een executeur aangevuld kunnen worden.

De Nederlandse erfrechtelijke beheerder heeft een Europees gezicht.

## 7. De legatenexecuteur en 'selbsteintritt'

### 7.1 Een nieuwe 'Technik der Testamentsgestaltung'

Een executeur heeft niet alleen een band met de legataris als schuldeiser van de nalatenschap, maar is ook zelf naast executeur niet zelden tevens legataris. Twee hoedanigheden in een. Tot een van de vele belangrijke wijzigingen die het nieuwe erfrecht ons gebracht heeft, kan dan ook zonder meer ook het in de testamentenpraktijk inzetten van de 'legaten-executeur'<sup>159</sup> gerekend worden. Deze variant doet ons het verdriet omtrent het verlies van de ouderlijke boedelverdeling<sup>160</sup> spoedig vergeten. Iedere notariële practicus die onder het 'oude' erfrecht wel eens onder 'oorlogsomstandigheden' betrokken is geweest bij de afwikkeling van een vruchtgebruiktestament, weet dat als één van de legatarissen niet wil meewerken aan de afgifte van het vruchtgebruiksgaat, de langstlevende echtgenoot in een netelige positie terechtkomt. De Hoge Raad heeft immers in zijn arrest Verhoeven-Peeters<sup>161</sup> bepaald dat een legaat slechts een verbintenis tot afgifte van het goed scheidt.<sup>162</sup> Het gelegateerde goed moet nog geleverd worden. We kennen niet het legaat met goederenrechtelijke werking. In Duitsland is echter het benoemen van een legaten-executeur een zeer gebruikelijke 'Technik der Testamentsgestaltung':<sup>163</sup>

'Inbesondere beim Grundstücksvermachtnis kann es sich empfehlen, dem Vermächtnisnehmer selbst die zur Vermächtniserfüllung erforderliche Rechtsmacht zu geben, damit er auf die Mitwirkung des Erben nicht angewiesen ist. Instrumente hierzu sind die Einsetzung zum Testamentsvollstrecker [...].'<sup>164</sup>

159. Zie B.M.E.M. SCHOLS, Het 'legatum per vindicationem' in de gedaante van executeur-testamentair als 'Vermächtnisvollstrecker', WPNR (2001) 6436.

160. Zie B.M.E.M. SCHOLS, D.E.J.M. SCHOLS en F.W.J.M. SCHOLS, De moderne ouderlijke boedelverdeling goederenrechtelijk altijd goed?, WPNR (1995) 6199.

161. HR 11 mei 1984, NJ 1985, 374. Anders HR 19 april 1861, W 2268 en 4 maart 1881, W 4622. Zie thans ook het bepaalde in art. 4:201 BW.

162. Zie art. 3:84 BW.

163. GERRIT LANGENFELD, Testamentsgestaltung: Einzeltestament – Ehegattentestament – Unternehmertestament, Köln: O. Schmidt 1998, p. 229.

164. GERRIT LANGENFELD, Testamentsgestaltung: Einzeltestament – Ehegattentestament – Unternehmertestament, Köln: O. Schmidt 1998, p. 229: 'oder die unwiderrufliche Vollmacht auf den Todesfall'. Hieruit blijkt dat in de Duitse praktijk naast het benoemen van een Testamentsvollstrecker veel met volmachten met werking bij overlijden wordt gewerkt. Een volmacht wordt gezien als flankerende maatregel om bevoegdheidsvragen uit de weg te gaan. Er worden niet alleen volmachten verleend door erfflater, maar ook door de erfgenamen op grond van een testamentaire last: 'durch Auflage zur Erteilung einer solchen Vollmacht veranlasst', WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 59. De vraag onder Duits recht is steeds in hoeverre de volmacht (de iure en de facto) 'unwiderruflich' te maken is, p. 56 en 57.



De uit deze gedachte voortvloeiende ‘Formulierungsvorschlag’ luidt als volgt:

*‘Einsetzung des Vermächtnisnehmers zum Testamentsvollstrecker*

Zur Erfüllung des Vermächtnisses wird der Vermächtnisnehmer hiermit unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zum Testamentsvollstrecker eingesetzt. Die Testamentsvollstreckung erlischt mit dem Vermächtnisvollzug und löst keine Ansprüche auf Vergütung oder Auslagenersatz aus.’

Dit is heel bijzonder. Dit legaat heeft *de facto* ‘goederenrechtelijk’ effect.<sup>165</sup> De legataris heeft de afgifte van het legaat immers zelf in de hand.<sup>166</sup> Het doet ons denken aan het gebruik van een onherroepelijke volmacht, zoals bijvoorbeeld gebruikt wordt ter versteviging van de positie van de ‘koper’ bij een ‘economische eigendomsoverdracht.’

## 7.2 *‘Insichgeschäfte’*

Mag dit wel, ‘contracteren’ met jezelf? Deze problematiek is geregeld in § 181 BGB:

‘Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft *ausschliesslich* in der *Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht*.’ (Curs. BS)

In het Duitse recht is, zoals gezien in de heersende leer, Testamentsvollstrecker een ‘Amt’. In hoeverre kan een bepaling uit de titel ‘vertegenwoordiging, volmacht’ op dit ambt van toepassing zijn? Over deze vraag heeft het ‘Bundesgerichtshof’ zich dan ook moeten buigen en beslist dat deze bepaling weliswaar rechtstreekse toepassing mist, doch, aangezien belangenverstrengeling niet uitgesloten is, wel van overeenkomstige toepassing kan zijn.<sup>167</sup>

In beginsel zijn derhalve de zogeheten ‘Insichgeschäfte’ verboden. Echter, § 181 BGB is van regelend recht, zodat, zoals hierboven in de ‘modelclausule’ is gebeurd, het verbod door de erflater eenvoudig uitgesloten kan worden. In het algemeen wordt aangenomen dat erflater ook stilzwijgend toestemming kan geven tot het ‘Insichgeschäft’. Dit zou kunnen worden afgeleid uit het feit dat erflater de ‘Testamentsvollstrecker’ tevens als mede-erfgenaar heeft benoemd.<sup>168</sup> Een interessante gedachte. Voorts is voor het al dan niet van toepassing zijn van het verbod van § 181 BGB van belang of ‘das Rechtsgeschäft

165. Het ‘legatum per vindicationem’.

166. Een en ander doet sterk denken aan het onder nieuw erfrecht niet terugkerend fenomeen van de ouderlijke boedelverdeling met partiele ‘tenzij-clausule’. Zie B.M.E.M. SCHOLS, De voorwaardelijke obv onvoorwaardelijk ofwel de weg naar de vrijheid geopend!, WPNR (1998) 6308.

167. BGHZ 30, 67. Zie hierover ook BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C.H. Beck 2001, p. 58. De gedachte is: ‘Für In-sich-Geschäfte des Testamentsvollstreckers gilt § 181 BGB *nicht unmittelbar*, sondern *nur entsprechend*.’ (Curs. BS)

168. PALANDT/EDENHOFER, München: C.H. Beck 2006, § 2205 BGB, Rn 30.

ausschliesslich<sup>169</sup> in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.' Het louter voldoen aan een verplichting blijft buiten schot. Het staat niet ter discussie dat het afgeven van een legaat, het louter voldoen aan een verplichting is.<sup>170</sup>

Tanck/Kerscher/Krug,<sup>171</sup> een van de vele Duitse zogeheten 'Formularbücher' wijst erop dat ondanks dat het bij een legaat een 'Erfüllung einer Verbindlichkeit' betreft en de problematiek derhalve in beginsel geen roet in het eten gooit, het toch verstandig kan zijn om 'den Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien.' Dit speelt als de Testamentsvollstrecker nog meer taken heeft dan alleen het afgeven van een legaat. Het buiten spel verklaren van de betreffende bepaling verschaft in ieder geval duidelijkheid.

Het fenomeen '*Vermächtnisvollstrecker*' gaat blijkbaar zover dat het afgeven van het legaat zijn enige taak is. Het model spreekt van 'erlischt mit dem Vermächtnisvollzug.' Ook in Nieder<sup>172</sup> lees ik dat de legataris als Testamentsvollstrecker ingezet kan worden om er zeker van te zijn dat het legaat ook afgegeven wordt, waarbij er op gewezen wordt dat dit zijn enige taak kan zijn. Per legaat zou dan ook een Testamentsvollstrecker benoemd kunnen worden, ofte wel zoveel legaten, zoveel 'Testamentsvollstrecker' en nog anders gezegd: iedere legataris 'executeert' zijn eigen legaat.

### 7.3 De Nederlandse erfrechtelijke 'selbsteintritt'

Thans komt aan de orde de vraag in hoeverre het Nederlandse erfrecht mogelijkheden schept voor een '*Vermächtnisvollstrecker*' ofte wel een '*legaten-executeur*'. Een vraag die na raadpleging van de in art. 4:144 BW opgenomen taken van de executeur, eenvoudig beantwoord kan worden.

Een van de taken is de voldoening van de schulden van de nalatenschap. Een van de schulden van de nalatenschap is het uitkeren van de legaten, zo blijkt uit art. 4:7 lid 1 letter h BW. De vreugde rondom deze erfrechtelijke gebeurte wordt tegelijk weer getemperd door het feit dat thans, zij het onder de vigeur van Nederlands recht, weer dezelfde vragen opkomen, die hiervoor reeds naar Duits recht beantwoord zijn. Een executeur is immers een vertegenwoordiger en een quasi-lasthebber. Wij betreden dan het speelveld van de Nederlandse<sup>173</sup> selbsteintritt, te weten art. 3:68 BW en art. 7:416 BW, waarbij

169. "Ausschliesslich" betekent hier: "Die Verbindlichkeit muss durch das Erfüllungsgeschäft glatt, ohne Abweichung von der geschuldeten Leistungen, erfüllt werden." Zie WALTER ZIMMERMANN, *Die Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt 2001, p. 321. Op de volgende pagina lees ik: "Ein ihm gemachtes Vermächtnis kann er (BS: der Testamentsvollstrecker) sich selbst erfüllen. Ein ihm vermachtes Grundstück kann er deshalb beim Notar an sich auflassen und beim Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung herbeiführen."

170. HEINRICH NIEDER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: C.H. Beck 2000, p. 382.

171. MANUEL TANCK, KARL-LUDWIG KERSCHER en WALTER KRUG, *Testamente in der anwaltlichen und notariellen Praxis*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1999, p. 303.

172. HEINRICH NIEDER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: Beck 2000, p. 382.

173. Zie over art 3:68 BW in het algemeen: ASSER-KORTMANN-VAN DER GRINTEN 2-I, *De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 16: 'Deze regel is bevredigend, indien men hem aldus verstaat, dat de gevolmachtigde op de inhoud van de transactie geen invloed ten eigen bate kan uitoefenen.' A.C. VAN SCHAICK, *Volmacht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 44 concludeert dat het verbod van art. 3:68 BW ook buiten toepassing kan blijven als de

de laatste bepaling enigszins strenger is dan de eerste. Deze bepalingen zijn hiervoor in het algemeen deel reeds besproken, waarnaar ik verwijs. De soep wordt echter niet zo heet gegeten als opgediend, omdat art. 3:68 BW van regelen recht is, bij een legaat de inhoud van de rechtshandeling in beginsel nauwkeurig vaststaat ('Erfüllung einer Verbindlichkeit') en op een vereffenaar, anders dan bij een executeur, art. 3:68 BW in art. 4:215 lid 4 wel met zoveel woorden van overeenkomstige toepassing is verklaard.<sup>174</sup>

In de (concept)modellen nieuw erfrecht<sup>175</sup> van de KNB, wordt wat de onderhavige kwestie ook in Nederland betreft het zekere voor het onzekere genomen door bij de executeurbenoeming de navolgende, niets aan duidelijkheid overlatende, bepaling op te nemen:

'De executeur kan ook als wederpartij van zichzelf optreden.'

De 'Vermächtnisvollstrecker' krijgt derhalve ook onder het Nederlandse erfrecht in beginsel vrij baan.<sup>176</sup> De KNB werkgroep deontologie nieuw erfrecht<sup>177</sup> is van mening dat, het feit dat de executeur een vertegenwoordiger is van de erfgenamen, met zich brengt dat voor het passeren een concept van de akte houdende afgifte legaat aan de erfgenamen toegezonden moet worden. Ook artikel 43 Notariswet gaat hiervan uit. Een termijn van twee weken voor het passeren lijkt mij, behoudens bijzondere omstandigheden, redelijk. Deze verplichting voor de executeur zou reeds in de uiterste wil opgenomen kunnen worden.<sup>178</sup> Wel wijs ik er uitdrukkelijk op dat het toezenden van een concept *ter informatie* niet met zich brengt dat de notaris op de 'goedkeuring' van de erfgenamen hoeft te wachten alvorens tot het passeren van de akte over te gaan. Of in de woorden van Adams:<sup>179</sup>

→ belangen van de volmachtgever in de omstandigheden van het geval voldoende zijn veiliggesteld.

174. Dat neemt niet weg dat men de problematiek serieus moet blijven nemen. Zo besliste Hof Amsterdam, 22 maart 2007, Notafax 2007, 95 met betrekking tot een algemeen geformuleerde volmacht dat nu de volmacht niet bepaalde dat een zoon als wederpartij van vader kon optreden, de notaris zich ervan had moeten overtuigen of de levering overeenkwam met de wil van vader, bij gebreke waarvan hij zijn dienst had behoren te weigeren. Door dit na te laten had de notaris het vertrouwen dat het publiek in het notariaat moet kunnen hebben in ernstige mate beschaamd en kreeg de notaris een berisping. Er is een belangrijk verschil met executeute. Daar heeft erflater zijn vertrouwen en daarmee (wellicht) het voordeel van de twijfel gegeven aan de executeur.

175. VAN MOURIK c.s., model 114: De 'beheerseexecuteur'.

176. Ook voor de zogeheten 'legaten tegen inbreng' zie ik in deze geen problemen. In feite is hier sprake van twee op zich staande verplichtingen uit legaat: één legaat van het goed drukkend op de erfgenamen en één *sublegaat* van een geldbedrag drukkend op de legataris. Er is geen sprake van een verkrijging onder ontbindende voorwaarde zoals bij een last. Blijkens art. 4:125 en art. 6:38 BW hoeft de opeisbaarheid van de legaten ook niet aan elkaar gekoppeld te zijn. Indien er geen inbrengverplichting is, kan de legataris zijn 'goede wil' tonen door in de geest van art. 4:122 BW de 'oplegverklaring' af te leggen

177. WPNR (2004) 6585.

178. STEPHANI ADAMS, *Interessenconflikte des Testamentsvollstreckers* (diss. Bochum 1996), Frankfurt am Main: Peter Lang 1997, p. 70.

179. STEPHANI ADAMS, *Interessenconflikte des Testamentsvollstreckers* (diss. Bochum 1996), Frankfurt am Main: Peter Lang 1997, p. 70.

[...] Freilich wäre ein Vollstrecker an einen etwaigen Widerspruch der Erben nicht gebunden.'

En in de woorden van de werkgroep: 'Vinden deze de rechtshandeling onredelijk, dan hebben zij de mogelijkheid een kort geding aan te spannen.' Men mag aan de andere kant niet uit het oog verliezen dat, gelet op het bepaalde in art. 3:77 BW, de executeur als vertegenwoordiger optreedt *namens erflater* en dat de wil van erflater haaks kan staan op die van de erfgenamen. Hillen-Muns<sup>180</sup> merkt dan ook terecht op, zij het over een vereffenaar:

'Hoewel de benoeming van een vereffenaar niets verandert aan het feit dat de erfgenamen partij zijn bij de akte, moet het ervoor worden gehouden dat indien de notaris jegens de op de voet van art. 4:204 lid 1 sub a BW benoemde vereffenaar voldoet aan zijn uit art. 43 Wna voortvloeiende informatieplicht, hij ook jegens de desbetreffende onvindbare dan wel weigerachtige erfgenamen aan die verplichting heeft voldaan. Een andere opvatting zou de effectiviteit van de benoeming van een vereffenaar zeer verminderen hetgeen strijdt met de bedoeling van de wetgever ten aanzien van de vereffeningprocedure. Aan de belangen van de erfgenamen wordt voldoende tegemoetgekomen doordat de vereffenaar rekening en verantwoording is verschuldigd aan de erfgenamen.'

Voor de vereffenaar kan mijns inziens gelezen worden: 'de executeur.'

## 8. Kennisgevingsverplichtingen, erfrechtelijke boodschapper?

### 8.1 *De legataris*

Iedereen hoort wel eens een enkel geluid, zij het niet vaak, waarin weemoed<sup>181</sup> doorklinkt naar de oude erfrechtelijke tijden. De tijden waarin voor de notaris zowel op grond van art. 39 van de oude Wet op het Notarisambt alsmede op grond van art. 4:990 van het oude Burgerlijk Wetboek in de navolgende gevallen een *kennisgevingsverplichting* bestond:

'De notarissen zijn gehouden om in geval van overlijden of afwezigverklaring van de testateur, binnen veertig dagen, nadat zij daarvan kennis dragen, de belanghebbenden te bevestigen, dat de uiterste wilsbeschikkingen van den overledene of afwezige onder hunnen minuten berusten. [...]

aldus het betreffende art. 39 NW.

180. M.I.W.E. HILLEN-MUNS, Verblijvensbeding en onherroepelijke volmacht, WPNR (2007) 6697, p. 137.

181. Zie EstateTip Review 2005-09, De notariële postduif als betrouwbare executeur. Kennisgevingsverplichting uiterste wil geprivatiseerd, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

En in art. 4:990 (oud) BW:

‘De notaris, die onder zijne minuten eenen uitersten wil, van welken aard ook, heeft, moet daarvan na den dood van den erflater, aan de belanghebbende personen kennis geven.’

De erfrechtelijke bal werd overigens vaak aan het rollen gebracht door het bepaalde in art. 4 van de Registratiewet:

‘Uiterste willen [...] moeten door de notaris onder wie zij berusten, ter registratie worden aangeboden binnen een maand na de dag waarop het overlijden [...] te zijner kennis is gekomen, [...]’

De notaris kreeg met het oog hierop in de regel van zijn ‘Inspectie’ bericht, zij het dat dit samenspel de laatste jaren (door automatiseringsproblemen bij het CTR) niet meer zo heel goed liep. De eerste twee verplichtingen bestaan zoals bekend echter niet meer. De Lange<sup>182</sup> ziet dit als een probleem voor het notariaat en concludeert:

‘Het notariaat zou in zijn hemd staan als het twijfelt aan de plicht van de notaris om actief de belanghebbenden in te lichten over de inhoud van het testament. De testateur moet er op kunnen vertrouwen dat de notaris die ambtsplicht niet verwaarloost, ook als de wetgever artikel 4:990 BW uit de wet schrapt.’

Heeft de wetgever het notariaat inderdaad in zijn hemd gezet bij het schrappen van het betreffende artikel? Helemaal niet. De minister heeft het als volgt toegelicht:<sup>183</sup>

‘De notaris die een uiterste wil opmaakt, zal met de erflater bespreken op welke wijze na het overlijden uitvoering zal worden gegeven aan de uiterste wil. Daarbij zal hij de erflater bijvoorbeeld in overweging kunnen geven een *betrouwbare* executeur te benoemen.’ (Curs. BS)

Een visie die ik van harte onderschrijf. Wat zal veelal het resultaat zijn van het oppakken van de tip van de minister? Erflater zal zijn notaris aankijken en terecht constateren dat de *meest betrouwbare* executeur tegenover hem gezeten is.

Hetgeen vooral zal spelen bij bewerkelijke testamenten, zoals testamenten waarin vele legaten zijn opgenomen. Denk hierbij in het bijzonder aan de ‘alleenstaande’ met ‘weinig’ familie. De notaris zal erflater in voorkomende gevallen de indringende vraag stellen wie ervoor zal zorgdragen dat ‘het geld’ op de juiste plaats terecht komt. De testamentaire executie is immers in eerste instantie niet het probleem van erfgenamen en legatarissen, doch in wezen het probleem van de *testateur*. Niet zelden zal de passerend notaris dan ook van de testateur te horen krijgen: ‘U toch?’ Van groot belang is te constateren dat het optreden van de notaris als *kennisgever* aan de belanghebbenden iets

182. K.D. DE LANGE, De plicht van de notaris om, na overlijden van de testateur, belanghebbenden te informeren over de inhoud van het testament, WPNR (2001) 6453, p. 682-684.

183. MvA, 17 141, nr. 111a, p. 3.

anders is dan het zijn van de beheersexecuteur die de nalatenschap afwikkelt. Het een sluit het ander niet uit, maar van belang is dat men zich realiseert op welke wijze artikel 4:990 (oud) BW in het nieuwe erfrecht gestalte heeft gekregen. Dit artikel is via de 'betrouwbare executeur' als het ware geprivatiseerd. Men zou de betreffende vervallen wettelijke regel eenvoudig op maat kunnen snijden en in een concreet geval 'bij uiterste wilsbeschikking' desgewenst weer kunnen invoeren. De ingrediënten hiervoor zijn in Boek 4 BW zonder meer aanwezig. Hoe kan van Boek 4 BW gebruik gemaakt worden om de in het thans vervallen art. 4:990 BW opgenomen *notariële verplichting* in de afwikkelingspraktijk terug te laten keren?

Dit is mogelijk door twee rechtsfiguren aan elkaar te smeden:

1. Erfflater kan op grond van art. 4:130 lid 1 BW een *verplichting* opleggen aan *erfgenamen* en *legatarissen*, zij het dat deze verplichting in het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen als een *testamentaire last* gezien zal worden.
2. Deze testamentaire verplichting dient evenwel te komen rusten op een *onafhankelijke derde*, oftewel op iemand die *niets* uit de nalatenschap verkrijgt. Ook hierin wordt door de wet voorzien en wel, zoals hiervoor gezien, door in lid 2 van art. 4:130 BW uitdrukkelijk te bepalen: 'Een testamentaire last kan ook opgelegd worden aan een executeur.' Voor *executeur* lezen wij in deze – indachtig de woorden van de minister – de passerend *notaris*, welke benoeming overigens geen verboden begunstiging oplevert, aldus artikel 20 van de wet op het notarisambt. Hiermee is nog *niets* gezegd over de vraag wie het *beheer* van de nalatenschap zou moeten hebben, aangezien men een executeur, zoals bijvoorbeeld ook gebeurt bij een executeur die de uitvaart regelt, desgewenst het beheer van de nalatenschap in de zin van art. 4:144 BW kan *ontnemen*.

Anders gezegd: een executeur-kennisgever is *niet* noodzakelijk tevens *beheersexecuteur*. Ook De Lange stipt in zijn hiervoor gemelde bijdrage de mogelijkheid van benoeming van een *onafhankelijke* executeur aan om de problemen die ontstaan door het vervallen van art. 4:990 BW te voorkomen. Men kan een stap verder gaan door voor 'onafhankelijke' te lezen 'notariële' en vervolgens constateren dat hiermee *de facto* art. 4:990 BW *niet* vervallen is. In de uiterste wil zou de geschrapte bepaling art. 4:990 (oud) BW opgenomen kunnen worden, en deze zou als volgt op maat gesneden kunnen worden:

'De notaris die de onderhavige uiterste wil in zijn protocol heeft (en/of de notaris die een verklaring van erfrecht/en of executele op grond van de onderhavige uiterste wil afgeeft), moet daarvan nadat het openvallen van mijn nalatenschap te zijner kennis is gekomen, aan de erfgenamen en legatarissen kennisgeven.

Deze testamentaire verplichting brengt *wel/niet* de bevoegdheid met zich om als *executeur* mijn nalatenschap in *beheer* te nemen.' (Curs. BS)

Wat als de notaris de legatarissen (of erfgenamen) niet kan vinden?  
Men zou kunnen verwijzen naar de slotzin van art. 4:119 BW:

'Is het adres van een legataris (of erfgenaam, BS) hun onbekend gebleven, dan delen zij (lees: de notaris, BS) dit mede aan de kantonrechter, die hun het doen van nasporingen of een bepaalde wijze van oproeping kan gelasten.'

Ten overvloede merk ik op dat op grond van de eerste zin van art. 4:119 BW degenen op wie een legaat rust, alsmede de executeur, reeds sowieso verplicht zijn zorg te dragen dat de legataris zo spoedig mogelijk van het legaat kennis wordt gegeven. Ook hiermee zou men nog een stap verder kunnen gaan en deze wettekst in de uiterste wil, kunnen transformeren in een *testamentaire last*. Zoals bekend, staat op het niet nakomen van een testamentaire last de zeer zware sanctie van het eventueel door de rechter *vervalvenverklaren* van de betreffende erfrechtelijke verkrijging.

De minister heeft zelfs nagedacht over de vraag wie deze erfrechtelijke privatisering gaat 'betalen':

'Maar ook in andere gevallen zal de bewarende notaris veelal niet beschikken over de nodige gegevens om belanghebbenden in kennis te stellen, terwijl van hem redelijkerwijs *niet* gevergd kan worden dat hij ter verkrijging daarvan naspeuringen gaat verrichten. Daarbij valt te bedenken dat de daarmee gemoeide werkzaamheden *buiten de opdracht* van de *erflater* liggen. De daaraan verbonden kosten zullen ook niet zonder meer beschouwd kunnen worden als schulden van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 lid 1, zodat zij niet ten laste van de nalatenschap kunnen worden gebracht.' (Curs. BS)

Anders gezegd: indien erflater, in zijn uiterste wil, wel degelijk de opdracht geeft om de betreffende opsporingen te verrichten zullen deze handelingen van de executeur gelet op het bepaalde in art. 3:77 BW het karakter van schulden van de nalatenschap krijgen.<sup>184</sup>

## 8.2 De legitimaris en geheimhouding

Het spiegelbeeld van de hiervoor beschreven problematiek is de kwestie in hoeverre de executeur de verplichting heeft om de legitimaris te berichten. Ik spreek van spiegelbeeld, aangezien de legataris in de regel als 'bevriende relatie van erflater' aangemerkt kan worden en de (onterfde) legitimaris in beginsel niet. De werkgroep deontologie nieuw erfrecht van de KNB heeft zich op het standpunt gesteld dat de notaris die een legitimaris benadert in beginsel in strijd handelt met zijn geheimhoudingsplicht. De vraag komt dan ook op in hoeverre een *executeur* verplicht is om onterfde legitimarissen op te

184. De schulden van erflater in de zin van art. 7 lid 1 letter a BW juncto art. 3:77 BW kunnen op grond van art. 7 lid 1 letter c (vereffening) en d (executele) BW anders gerangschikt worden. W. D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 209 merkt overigens op dat de erfgenamen door vertegenwoordiging aansprakelijk kunnen worden voor schulden die zich hebben gevormd bij de vervulling van de executeurs-taak. De stap die mijns inziens dan vervolgens nog gemaakt dient te worden is de stap van vertegenwoordiging van erfgenaam naar vertegenwoordiging van erflater. Dit kan met toepassing van het in art. 3:77 BW neergelegde erfrechtelijke beginsel. Zie ook Kolkman op p. 61 waar hij betoogt dat uitvoering van de wil van erflater rechtvaardigt dat de uitgaven van de 'beperkte' executeur tot schulden der nalatenschap leiden. Mijns inziens hoeft deze redenering niet 'gerechtvaardigd' te worden, doch volgt deze rechtstreeks uit de ware aard van executele, als neergelegd in art. 3:77 BW. Zie voor testamentair bewind art. 4:174 lid 1 BW. Na de afwikkeling en verdeling van de nalatenschap is de band met art. 3:77 BW doorgeknipt.

sporen.<sup>185</sup> Onder het nieuwe erfrecht zijn er geen problemen meer die men niet testamentair voor kan zijn. Hoe kan men in de toekomst op eenvoudige wijze van de onderhavige problematiek af zijn? Uiterste wilsbeschikkingen zonder executeurbenoemingen zullen, naar ik aanneem, bijna niet meer voorkomen. Bij de invulling van de *opdracht* van de executeur in geval van een *onterving* van een legitimaris, kan door de notaris met de testateur uitdrukkelijk besproken worden welke *schulden van de nalatenschap* de executeur wel en welke ‘letters’ van art. 4:7 BW hij *niet* uit zichzelf dient te voldoen.

Uit de parlementaire geschiedenis<sup>186</sup> blijkt dat de aan de executeur opgedragen taak in de uiterste wil kan worden *bepert* of *uitgesloten* in de navolgende zin:

‘b.v. door te bepalen dat de executeur slechts een gedeelte der nalatenschapsgoederen zal beheren of alleen legaten, *niet* de nagelaten *schulden* of slechts *een gedeelte* daarvan zal voldoen.’ (Curs. BS)

Deze passage geeft mijns inziens erflater genoeg ruimte om in zijn uiterste wil uitdrukkelijk te bepalen dat legitimarissen (door de executeur) niet opgespoord dienen te worden. Iedereen weet dan waar hij aan toe is, ook de ‘betrokken’ notaris en zeker de *notaris-executeur*. Iets anders is het feit dat een executeur (en de notaris) in het kader van de informatieplicht wel altijd de *erfgenamen* dient op te sporen, en wat de notaris-executeur betreft, op hun rechten en plichten dient te wijzen. De erfgenamen hebben recht op informatie, zij zijn immers van rechtswege de opvolgers in het vermogen van erflater. Nog iets anders is dat een executeur, zolang er nog geen beroep op de legitieme portie is gedaan, de (nog niet bestaande) vordering van de legitimaris niet kan en dus ook nog niet hoeft te voldoen. Er is immers nog geen (opeisbare) ‘schuld van de nalatenschap’ ontstaan. De executeur zal het betreffende gedeelte van de nalatenschap dat met een (verbintenisrechtelijke) ‘legitieme claim’ belast kan worden, nog niet ‘vrijgeven’ en zo mogelijk met de erfgenamen overleggen of het niet verstandig is om de legitimaris op te sporen en hem een redelijke termijn te stellen. Zo niet, dan doet de executeur in het kader van zijn ‘rekenplicht’ er goed aan de erfgenamen op de mogelijke komst van een legitimaris te wijzen en zich voor de potentiële claim van de legitimaris te laten ‘vrijwaren’ bij zijn ‘Freigabe’ van de nalatenschap. Het ‘mooiste’ draaiboek is vanzelfsprekend dat erflater over de ‘opsporingskwestie’ reeds in zijn uiterste wil een uitspraak heeft gedaan. Hij zou bijvoorbeeld ‘analoog’ aan de op de executeur krachtens art. 4:119 BW rustende kennisgevingsverplichting jegens de *legatarissen*, de verplichting op kunnen leggen de legitimaris op te sporen. De (wellicht meer voor de hand liggende) andere kant van de erfrechtelijke medaille zou (kunnen) zijn de executeur, in het kader van de invulling van zijn opdracht, de testamentaire last op te leggen dat hij de onterfde legitimaris ‘nooit en te nimmer’ mag opsporen. Erflaters laatste wil is wet in deze. Zelfs voor de notaris. De wetgever spreekt immers in art. 4:119 BW willens en wetens niet van de legitimaris.

185. Zie over deze kwestie de discussie tussen R.J. HOLTMAN, WPNR (2005) 6627 en B.M.E.M. SCHOLS, Frustreren van rechten van derden of gefrustreerde legitimarissen? Gelaten nalaten!, WPNR (2005) 6643.

186. Parl. Gesch. Vast. Boek 4, p. 846.



Het wordt steeds meer als maatschappelijk gewenst ervaren dat de 'opening' van het testament eerst na de uitvaart geschiedt. Hiervoor was echter onder het oude erfrecht geen wettelijke basis. Met de invoering van het nieuwe erfrecht is dan ook een nieuwe regel ingevoerd en wel in art. 49a Wet op het notarisambt, waarbij aansluiting is gezocht bij art. 16 van de Wet op de Lijkbezorging.<sup>187</sup>

'De erflater kan bij uiterste wilsbeschikking bepalen dat de in artikel 49 eerste lid, bedoelde afschriften, uittreksels en grossen van zijn uiterste wil niet mogen worden uitgegeven noch inzage in zijn uiterste wil mag worden verleend, voor zijn lijk is begraven of verbrand, met dien verstande dat zodanig uitstel niet meer mag bedragen dan vijf dagen na het overlijden van erflater.'

Op grond van deze bepaling krijgt erflater derhalve de bevoegdheid testamentair te bepalen dat zijn uiterste wil eerst na zijn begrafenis zal worden openbaar. Dit artikel 49a Wna hebben we te danken aan een suggestie van de Commissie Erfrecht van de KNB,<sup>188</sup> die bij de wetgever in goede aarde is gevallen. Ik citeer uit het betreffende rapport

'Ieder kent de ruzies die voor de begrafenis of tijdens de begrafenis ontstaan, doordat de testamentaire beschikkingen voor de begrafenis bekend zijn. Een testament behoort niet voor de begrafenis "geopend" te worden. In de huidige praktijk wordt deze norm in het algemeen wel nageleefd, het notariaat wijst erop, dat zolang de overledene boven aarde staat het testament moet blijven rusten. Een wettelijke norm ontbreekt echter. Indien het geest wordt, zal de notaris daarom onmiddellijk na het overlijden de gesloten uiterste wil moeten aanbieden. Hij kan niet weigeren aan de onmiddellijk belanghebbende inzage van het openbaar testament te geven.'

De Commissie sluit af met de treffende opmerking

'Ieder heeft recht op een rustige begrafenis.'

Het bevreemdt dan ook niet dat de executeur als vertrouwenspersoon van erflater, ondanks dat erflater bepaald heeft dat de uiterste wilsbeschikking pas geopend mag worden na de uitvaart, veelal (als enige) toestemming krijgt om het testament reeds voor die tijd in te zien, juist met het oog op deze uitvaart, en wellicht niet alleen met het oog op de uitvaart. Dat neemt niet weg

187 Zie B M E M SCHOLS, De 'verplichte begrafenisclausule', Nieuw Erfrecht 2001 nr. 1, p. 14 die de titel van zijn bijdrage als volgt verklaart: 'Het nieuwe artikel 49a heeft mijns inziens tot gevolg dat iedereen onder het nieuwe erfrecht "verplicht" aanwezig zal zijn op de begrafenis. Het testament is immers nog niet geopend en niemand zal het risico durven te lopen dat hij "onterfd" (!) wordt, omdat hij tot erfgenaam benoemd is onder de ontbindende voorwaarde dat hij *niet* op de begrafenis is geweest.' Overigens dient het notariaat vanzelfsprekend bedacht te zijn op de clausule van art. 49a Wna als vlak na het overlijden het testament wordt opgevraagd. Zeker nu deze clausule gelet op de 'maatschappelijke behoefte' steeds meer gemaakt zal worden.

188 Commissie Erfrecht KNB, Rapport II (1963-1966), p. 155-156.

dat het verstandiger zou zijn dat de erflater de executeur vóór zijn overlijden reeds van de betreffende informatie voorziet. In de Duitse literatuur wordt in het kader van uitvaartregelingen dan ook de navolgende waarschuwing uitgebracht.<sup>189</sup>

‘Kautelarjuristisch betrachtet ist es ungünstig, Bestattungsanordnungen in eine letztwillige Verfügung aufzunehmen, da *regelmässig* die *Eroffnung* der Verfügung *erst nach* erfolgter Bestattung vorgenommen wird.’ (Curs. BS)

Hieruit blijkt dat het goed is de uitvaart reeds vooraf met de vertrouwenspersoon te bespreken, dan wel dat deze op de hoogte is waar de ‘wensen’ op dit gebied zich bevinden.

Wat de inzage in het testament betreft, merk ik op dat, afgezien van het bepaalde in art. 49a Wna, in de parlementaire geschiedenis de vraag aan de orde is geweest of de vereffenaar inzage mag nemen in het testament, bijvoorbeeld om op de hoogte te komen van toegekende legaten. Deze vraag is bevestigend beantwoord.<sup>190</sup>

## 9. De levensverzekering?

Thans een klein uitstapje naar het levensverzekeringsrecht.<sup>191</sup> Zonder daar uitgebreid op in te gaan, doet zich, in het licht van de reikwijdte van de opdracht van de executeur, in de praktijk nog wel eens de vraag voor in hoeverre de executeur bevoegd is om de uitkering van levensverzekering te innen, die naar aanleiding van het overlijden van erflater, wordt uitgekeerd. Het antwoord op deze vraag staat en valt met de op het gebied van de levensverzekering meer dan honderd jaar<sup>192</sup> geldende leer van *het zelfstandig recht*, die er kort gezegd op neerkomt dat de uitkering van levensverzekering verkregen wordt buiten het vermogen van de verzekeringnemer om en niet de nalatenschap passeert. Het betreft derhalve een originair verkregen recht, dat niet verkregen wordt als rechtsopvolger van de verzekeringnemer. Indien de uitkering de nalatenschap niet passeert, betekent dit ook dat de uitkering geen deel uitmaakt van de door de executeur *beheerde goederen van de nalatenschap*. Niet uitgesloten is dat zelfs een begunstiging van ‘de nalatenschap’ als een eigen recht van de erfgenamen gezien wordt.<sup>193</sup>

189. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, *Testamentsvollstreckung*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 380.

190. Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, nr. 8, p. 79, Parl. Gesch Vast., p. 979.

191. Op 1 januari 2006 met de komst van titel 7.17 (Wet van 22 december 2005, Stb. 700) in een nieuw jasje gestoken. Zie hierover uitgebreid het themanummer: Een verzekeringsrecht!, WPNR (2006) 6658, alsmede de artikelenreeks van F.M.H. HOENS, Het notariaat en de invoering van het nieuwe (levens-)verzekeringsrecht opgenomen in *De Notaris* vanaf oktober 2006, nr. 10.

192. HR 27 maart 1888, W 5588. Zie ook art. 6:253 BW.

193. W.M.A. KALKMAN, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 181. Anders ASSER-CLAUSING-WANSINK, Deventer: Kluwer 1998, nr. 421, alsmede S. PERRICK, *Erfrechtelijke aspecten van de sommenverzekering*, WPNR (2006) 6658, p. 220-221. Dit neemt niet weg dat de erflater (verzekeringnemer) niet ook testamentair over de uitkering zou kunnen beschikken. Zie in deze ook 7:967 lid 8 BW over de blanco begunstiging. In dat geval weet men zeker dat de uitkering de nalatenschap passeert. Daar-

Raadpleging van de parlementaire geschiedenis over de bevoegdheid van de executeur om de *goederen van de nalatenschap* te beheren zoals geregeld in art. 4:144 BW, herbergt het gevaar op het verkeerde been gezet te worden.<sup>194</sup>

‘Onder de goederen der nalatenschap *zijn begrepen* uitkeringen – bijvoorbeeld levensverzekeringsuitkeringen – die ten behoeve van de erfgenamen, zonder nadere aanduiding der personen, zijn bedongen; zie artikel 4.1.3a. van het gewijzigd ontwerp.’ (Curs. BS)

Art. 4.1.3a luidde als volgt:

‘Onder de goederen der nalatenschap *zijn begrepen* uitkeringen die ten behoeve van de erfgenamen, zonder nadere aanduiding der personen, zijn bedongen.’

Hiermee werd immers, mede met het oog op executele, bereikt.<sup>195</sup>

‘Ook indien b.v. een werkgever een verzekering heeft gesloten op het leven van de werknemer onder beding van uitkering na diens overlijden aan diens erfgenamen zonder enige aanduiding, derhalve ongeacht welke personen erfgenaam zullen blijken te zijn, vormt de uitkering een *deel der te vereffenen* en te verdelen *nalatenschap* en valt zij eventueel onder het *beheer van de executeur* en onder een door de erflater ingesteld *bewind*.’ (Curs. BS)

Waarom spreek ik van op het verkeerde been zetten?

Bij de Invoeringswet<sup>196</sup> is dit artikel echter komen te vervallen en heeft de executeur geen grip (meer) op uitkeringen die de nalatenschap niet passeren. Er is echter meer. De nieuwe titel 7.17 heeft een nieuwe vorm van bewind geïntroduceerd en wel de mogelijkheid om de uitkering van levensverzekering onder bewind te stellen op grond van art. 7:966 BW lid 1 letter b. Een interessante rechtsfiguur. In de praktijk zal zich ongetwijfeld het fenomeen ‘levensverzekerings-executeur’ gaan ontwikkelen. Dit past niet alleen in de quasi-overeenkomstgedachte, het *bewinds*aspect van executele maar ook in de gedachte dat de executeur als vertegenwoordiger van erflater optreedt en als zijn verlengstuk de uitkering van levensverzekering int en uitkeert aan de (erfgenamen-)begunstigden.

Art. 7:966 lid 3 BW luidt als volgt:

‘Het *bewind* over een recht op *uitkering* heeft *dezelfde rechtsgevolgen* als een bij *uiterste wilsbeschikking* ingesteld bewind, met dien verstande dat:

→ naast kan zich de situatie voordoen dat goederen feitelijk in de nalatenschap worden ingebracht.

194 MvA, Parl. Gesch.Vast., p. 845.

195 MvA, Parl. Gesch.Vast., p. 98

196. Parl. Gesch. Inv., p. 1176. In de nota naar aanleiding van het Eindverslag, nr. 20 wordt opgemerkt dat meer en meer in het verzekeringsrecht de gedachte veld gewonnen heeft dat zodanige bedingen zijn te beschouwen als derdenbedingen die leiden tot een verkrjging als zelfstandig recht, buiten de nalatenschap om. In artikel 7.17.3.4 lid 4 werden deze uitkeringen reeds onttrokken aan het bereik van art. 4.1.3a waardoor het artikel zijn belang grotendeels verloor.

- a de termijnen bedoeld in de artikelen 178, 179 lid 2 en 180 lid 2 van Boek 4 aanvangen op het tijdstip waarop de uitkering of de eerste van een reeks uitkeringen opeisbaar wordt, en
- b het bewind, voor zover het niet in het belang van een ander dan de begunstigde is ingesteld, ook eindigt wanneer de verzekeringnemer en de begunstigde een gemeenschappelijk besluit tot opheffing schriftelijk ter kennis van de bewindvoerder brengen' (Curs BS)

Met een levensverzekeringsbewind kan de facto het beheer van de executeur over de goederen van de nalatenschap uitgebreid worden tot de uitkering van levensverzekering. Ik ga er vanuit dat men als bewindvoerder kan benoemen degene die de in de uiterste wil opgenomen benoeming tot executeur aanvaardt. Dit blijven evenwel twee verschillende functies, zij het dat de facto een synthese kan ontstaan om de boedelafwikkeling te versoepelen

Wie voor 'boedelgevolmachtigde' in de aanbevelingen in het preadvies van Kalkman, nr 5 10<sup>197</sup> mutatis mutandis leest een door erfflater aangewezen 'levensverzekeringsexecuteur-(bewindvoerder)' ziet in deze, bijvoorbeeld bij het aanwijzen van de erfgenamen als begunstigten, dan ook vanzelf nieuwe mogelijkheden

'Een notaris dient in dat kader bij het opstellen van een boedelvolmacht rekening te houden met het feit dat de uitkering uit de levensverzekeringsovereenkomst niet uit de nalatenschap van de verzekeringnemer wordt ontvangen, en dat als het de bedoeling is dat de boedelgevolmachtigde inningsbevoegd dient te zijn, deze bevoegdheid expliciet in de boedelvolmacht wordt opgenomen'

In de literatuur kwam ik een geval tegen waar de Ombudsman Levensverzekering<sup>198</sup> er zonder meer vanuit ging dat, afgezien van inkortingskwesaties op grond van de legitieme portie, de levensverzekeraar de uitkering ten behoeve van de testamentair aangewezen erfgenaam mocht uitkeren aan de executeur. Dit terwijl hij ook aannam dat de uitkering niet krachtens erfrecht, maar krachtens een derdenbeding werd verkregen

In het Duitse recht gaat men er ook van uit dat de uitkering van levensverzekering in beginsel *niet* tot de nalatenschap behoort en derhalve ook niet onder de 'Verwaltung' van de Testamentsvollstrecker valt<sup>199</sup>

'Der Anspruch aus einer Lebensversicherung oder einer Kapitalversicherung auf den Todesfall gehört beim Tod des Versicherungsnehmers nicht zu dessen

197 Zie WM A KALKMAN, Levensverzekering en notariaat, preadvies KNB (1992), Lelystad Koninklijke Vermande 1992, p 95 Voorts merkt hij op dat de 'verklaring van erfrecht' voor het innen van een uitkering uit levensverzekering een rol speelt indien de 'kinderen' of 'de erfgenamen' van de verzekeringnemer begunstigten zijn. De verklaring is dan nodig om vast te stellen wie als begunstigten moeten worden aangemerkt

198 WM A KALKMAN, Levensverzekering en notariaat, preadvies KNB (1992), Lelystad Koninklijke Vermande 1992, p 63

199 WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin Erich Schmidt Verlag 2003, p 274

Nachlass, wenn im Versicherungsvertrag die Versicherung zur Zahlung an einen Bezugsberechtigten verpflichtet wurde.'

In het Nederlandse recht hebben wij, zoals gezien, sinds kort de mogelijkheid om de 'bewindsbevoegdheid' van de executeur uit te breiden tot de overeenkomst van levensverzekering.

Bij de uitkering van levensverzekering staat in artikel 7:966 BW bij het creëren van een verlengstukfunctie voor de executeur met name het bewindsaspect van executele op de voorgrond. In een andere wet, de Auteurswet 1912, waar ook de gedachte aan een 'nevenfunctie' voor de executeur zich opdringt, staat met name de *vertrouwensrelatie* centraal.

## 10. De auteursrechtelijke vertrouwenspersoon, art. 25 Auteurswet 1912

In lid 1 van art. 25 Auteurswet 1912 is bepaald dat een auteur, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, nog de zogenaamde 'persoonlijkheidsrechten' heeft, zoals het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, vernieling of andere aantasting van het werk, dat nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker van het werk of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Wie, afgezien van het bepaalde in art. 3:77 BW, moeite heeft om aan te nemen dat er na het overlijden van erflater nog enige vorm van vertegenwoordiging van erflater plaats kan vinden, doet er goed aan om lid 2 van art. 25 lid Auteurswet 1912 te raadplegen:

'De in het eerste lid genoemde rechten komen, *na het overlijden* van de maker tot aan het vervallen van het auteursrecht, toe aan de door de maker bij uiterste wilsbeschikking *aangewezen*.' (Curs. BS)

Er is meer. De geest van erflater speelt blijkens lid 4 na het overlijden nog steeds een belangrijke rol in het kader van de bevoegdheid om na de overdracht van het auteursrecht nog zodanige wijzigingen in het werk aan te brengen als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaat. Deze bevoegdheid komt echter ook toe aan de auteursrechtelijke vertrouwenspersoon:

'als redelijkerwijs aannemelijk is, dat ook de maker die wijzigingen zou hebben goedgekeurd.'

De gedachte die mij aansprak over de hoedanigheid van deze aangewezen vertrouwenspersoon die na het overlijden van de auteur over de persoonlijkheidsrechten waakt, kwam uit de pen van Creutzberg:<sup>200</sup>

200. A.A. CREUTZBERG, Van auteursrechten en nalatenschappen, WPNR (1988) 5856, p. 30. Zie ook G.A. TUINSTRA, Vererving van auteursrechten: de auteur is dood, leve zijn auteursrecht?, EstateTip Review 2006-28 en Vererving van auteursrechten: wie volgt op in volgrecht? EstateTip Review 2006-31, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

‘Het persoonlijkheidsrecht wordt in dat geval door de aangewezenen uitgeoefend uit naam van de auteur.’ (Curs. BS)

‘Uit naam van’ de overledene uitoefenen van niet overdraagbare rechten. De aangewezenen krijgt, indachtig lid 4 alle *vertrouwen* van erflater, zelfs op het persoonlijke niet vermogensrechtelijke vlak, met als richtsnoer de geest van erflater. De term executeur wordt hier door de wetgever niet gebruikt.<sup>201</sup> Het gaat hier dan ook niet om een executeur in de zin van Boek 4 BW maar om een vertrouwenspersoon met een auteursrechtelijke status aparte. Dit blijkt ook uit art. 4:97 sub 2 BW waar bepaald is dat de aanwijzing<sup>202</sup> bij codicil kan gebeuren. Dit neemt niet weg dat men ook een executeur bij uiterste wilsbeschikking het beheer van de goederen van de nalatenschap kan ontnemen, en een testamentaire last zou kunnen opleggen als bedoeld in art. 4:144 BW.

Asser-Perrick<sup>203</sup> duidt de auteursrechtelijke vertrouwenspersoon aan als bijzondere executeur, als een executeur met een beperkte taak en concludeert vervolgens:

‘Deze executeur is geen vertegenwoordiger, doch handelt krachtens eigen recht.’

Mijns inziens wordt bij het trekken van deze conclusie ten onrechte geworsteld met het vraagstuk vertegenwoordiging *of* eigen recht. De vertrouwenspersoon vertegenwoordigt inderdaad de erfgenamen niet, maar wel (de belangen van) erflater. Dit sluit echter het eigen recht van de executeur niet uit. Met dit laatste (eigen recht) wordt alleen maar aangegeven dat hij tegen de wil van de erfgenamen kan handelen bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden.

Door de drie-‘partijen’verhouding kan eigen recht en vertegenwoordiging nog beter gecombineerd worden. Wat tegen de wil van erfgenamen is, hoeft niet tegen de wil van erflater te zijn.

De problematiek deed mij ook denken aan het oude art. 4:1058 BW waar de executeur gezien werd als een persoon die de geldigheid van de uiterste wil van erflater staande hield. Ook hier stond voor de wetgever het belang en de wensen van erflater voorop en niet primair het belang van de (versterf-)erfgenamen.

In het navolgende onderdeel zal ik onderzoeken in hoeverre de ‘omgeving’ waarin de executeur zijn opdracht dient uit te voeren van invloed is op zijn handelen. Denk hierbij onder meer aan de positie van de *legitimar*s, de spelregels van *huwelijksvermogensrecht* of de verplichte formele *vereffening* in ge-

201. In Frankrijk wordt in art. 121-2 (2) van de Code de la propriété intellectuelle met zoveel woorden gesproken van ‘les exécuteurs testamentaires désignés par l’auteur.’ FRANCOIS LETELLIER, *L’exécution testamentaire*, (thèse Paris II), Parijs: Defrénois 2004, p 206. Zie over de lotgevallen van de erfgenamen van de schilder Francis Picabia (1879-1953) die elkaar meer dan dertig jaar in de rechtszaal treffen P.A.M. VERREST, *L’affaire Picabia*: het eeuwige leven voor morele rechten, *Informatierecht/AMI* april 1998, nr. 4, p. 59-61.

202. Zie ook art. 5 lid 2 van de Wet op de naburige rechten.

203. ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en Schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 527.

val van beneficiaire aanvaarding. Een en ander zal ik concretiseren in het onderdeel waar de vraag behandeld wordt of de executeur bevoegd is om goederen van de nalatenschap te gelde te maken, waar bijvoorbeeld ingegaan zal worden op de positie van de executeur in geval van *faillissement* van een erfgenaam.

## D. DE 'OMGEVING' WAARIN DE OPDRACHT WORDT UITGEOEFEND

### 1. De legitieme portie

#### 1.1 Inleiding

Executele en legitieme zijn communicerende vaten. De meest geduchte tegenspeler van de executeur is dan ook de legitimaris met een *goederenrechtelijke* vernietigingsactie. Dit blijkt onmiskenbaar uit het feit dat de executele zich in Nederland sinds het arrest van de Hoge Raad van HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 (Bünker/Amsterdamsche Bank) in de rechtspraak niet of nauwelijks meer heeft kunnen ontwikkelen, ook al zou erflater de executeur zeer uitgebreide bevoegdheden (kunnen) verlenen.<sup>204</sup> Het definitieve bewijs voor deze stelling werd mijns inziens onlangs geleverd in een belangwekkend arrest van Hof Den Haag van 1 november 2006<sup>205</sup> waar het hof college gaf over de tegenpolen executele en legitieme onder het oude recht:

'Nu de nalatenschap is opgefallen onder vigeur van Boek 4 (oud) BW bestond *alstoen niet* de mogelijkheid dat een executeur tot verdeling van de nalatenschap kon overgaan, *behoudens* in het geval dat hem daartoe bij uiterste wil de bevoegdheid was *toegekend, onverminderd aantasting van dat recht op grond* – hier niet ter zake doende – *legitimaire aanspraken*.' (Curs. BS)

Welke bevoegdheden een executeur ook heeft, een legitimaris met een goederenrechtelijke actie kan deze in beginsel 'vernietigen' oftewel die rechten 'aantasten'. Onder oud erfrecht leerde de Hoge Raad in gemeld arrest Bünker/Amsterdamsche Bank dat een executele met het recht van bezit een zodanige inbreuk maakte op de rechten van legitimarissen dat zij dit niet hoefden te tolereren. De mogelijkheid voor de legitimaris om deze bevoegdheden te vernietigen, was hiermee een feit.

Wil men derhalve conclusies trekken over de kracht van executele in een bepaald erfrechtelijk stelsel, dan zal men ook de ware aard van de legitieme portie in dat stelsel dienen te ontrafelen. Voor de (nieuwe) Nederlandse legitieme heb ik daar, enigszins rechtsvergelijkend met het Duitse recht, een po-

204. Als andere belangrijke reden kan genoemd worden het feit dat de wettelijke regeling, zacht uitgedrukt, niet uitmuntte in duidelijkheid. Het betrof 'slecht vertaald Frans.' Daarnaast droeg de notariële praktijk nog een belangrijk steentje bij aan die onduidelijkheid en wel door het standaardmatig gebruiken in de testamenten van de term 'boedelberedderaar', die zijn bevoegdheden ook nog eens in de 'ruimste zin des woords' mocht gebruiken.

205. Hof Den Haag 1 november 2006, EstateTip Review 2006-42, De 'executeur-testamentair' krijgt ook 'postuum' een 'derde ster' (Hof Den Haag 1 november 2006): 'alstoen niet, behoudens' en 'onverminderd legitimaire aanspraken', Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

ging toe mogen wagen in een preadvies voor de jaarlijkse algemene ledenvergadering van de KNB op 6 oktober 2006 onder de titel: de legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal. Van de belangrijkste conclusies, gelet op de rol van de legitimaris als tegenspeler van de executeur, zal ik hierna verslag doen.<sup>206</sup>

In de literatuur<sup>207</sup> worden de erfrechtelijke stelsels met het oog op de legitieme portie grofweg ingedeeld in het Romaanse (Franse) type en het Germaanse type. Ik maak hier in relatie tot de positie van de executeur respectievelijk van: een goederenrechtelijke legitieme en een verbintenisrechtelijke legitieme. Binnen het *verbintenisrechtelijke* type kan met het oog op executele nog een belangrijke nuance met betrekking tot de kracht van de legitieme worden gemaakt:

- a. executele levert een *inferieure* of een *niet-inferieure* verkrijging op, oftewel laat de verkrijging vrij en onbezwaard of maakt de verkrijging *met* vrij en onbezwaard;<sup>208</sup> en
- b. de legitieme portie is 'direct' *opeisbaar* of *niet* direct opeisbaar (bijvoorbeeld ter bescherming van de langstlevende echtgenoot).

Voorts kan er in het licht van executele nog sprake zijn van een *quasi*-goederenrechtelijk systeem. Dit is het geval als er in het betreffende land in beginsel sprake is van een verbintenisrechtelijk systeem, maar dat aan de legitimarissen in relatie tot de bevoegdheden van de executeur erfrechtelijke inspraak gegeven wordt die dwingend van aard is. Denk hierbij aan het feit dat een executeur onroerende zaken slechts te gelde kan maken met toestemming van de legitimarissen. Zo was in een eerdere fase in art. 4.4.6.3d ontwerp BW opgenomen dat een executeur slechts over registergoederen mocht beschikken met *toestemming* van de *legitimarissen* of met machtiging van de kantonrechter. Deze bepaling, die een belangrijke inbreuk op de bevoegdheid van de executeur betekend zou hebben, is echter bij de Invoeringswet geschrapt.<sup>209</sup>

206. Als onderdeel van het preadvies: 'Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie', met een inleiding door A.L.G.A. STILLE. De redactie bestond uit: B.F.P. LHOËST en N.J.M. SJERPS, Den Haag: SDU Uitgevers 2006.

207. ALAIN VERBEKE, De legitieme ontbloeit of dood? Leve de echtgenoot, Deventer: Kluwer 2002, Ars Notarius CXIII (oratie Universiteit van Tilburg 2000), p. 29, zij het dat hij spreekt van de Germaanse en Scandinavische rechtsfamilie en zich in plaats van 'Franse' van de term Romaanse rechtsfamilie bedient. Verbeke spreekt ten aanzien van onze Nederlandse erfrechtelijke metamorfose dan op vermelde pagina ook zeer treffend van 'echte overlopers'. MONIKA WEHRSTEDT (geb. SIELEMANN), Der Pflichtteilsanspruch im deutschen, französischen und niederländischen Recht, diss. Heerlen 2000, p. 3 wijst op het onderscheid tussen de rechtsfiguur 'Noterbrecht' en de rechtsfiguur 'Pflichtteilsrecht.' In de eerste variant is de legitimaris tot de goederen van de nalatenschap gerechtigd en in de tweede variant heeft de legitimaris slechts een geldaanspraak, een aanspraak in waarde. In de Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie (Common Law) bestaat in beginsel geen legitieme, zij het dat er op 'andere wettelijke rechten'-achtige wijze onderhoudsaanspraken kunnen bestaan.

208. 'Legitima non recipit onus neque gravamen' in de zin van HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 (Bunker/Amsterdamsche Bank).

209. MvT, nr. 3, p. 62, Parl. Gesch. Inv., p. 2050.



Vanuit de gedachte dat aan een *goederenrechtelijk* systeem onlosmakelijk verbonden is het romeinsrechtelijke beginsel<sup>210</sup> *legitima non recipit onus neque gravamen* ga ik hierna er vanuit dat een executele met beheersbevoegdheden in dat systeem inderdaad een inbreuk op de rechten van de legitimaris betekent. Theoretisch hoeft dit niet het geval te zijn.<sup>211</sup> Zo ook de Hoge Raad in zijn gemelde arrest uit 1933 waar gewezen werd op het feit dat niet aannemelijk kan worden gemaakt: 'dat het de bedoeling van den wetgever is geweest om [...] ongeacht het bepaalde bij art. 960 en volgende B.W. ook van de wettelijke erfdeelen van de legitimarissen het bezit aan executeuren toe te kennen.'

Overigens is in de vorige eeuw, en met veel succes, in ons land alle erfrechtelijke energie niet gestoken in de ontwikkeling van de executele, maar in de ontwikkeling van een effectief wapen tegen de krachtige Nederlandse legitimarissen: *de ouderlijke boedelverdeling*.<sup>212</sup>

Thans hebben wij genoeg energie over voor de ontwikkeling van de executeur.

Na een kort buitenlands<sup>213</sup> rondje, zal ik hierna uitgebreid stil staan bij het nieuwe Nederlandse systeem met betrekking tot de legitieme portie. Dit is immers het systeem waar de ware aard van executele de komende (tientallen) jaren al dan niet tot zijn recht zal komen.

210. MONIKA WEHRSTEDT (geb. SIELEMANN), *Der Pflichtteilsanspruch im deutschen, französischen und niederländischen Recht* (diss. Heerlen) 2000, p. 107.
211. Zie over rechtsverwerking in deze J. EGGENS, *De executeur, de legitimaris, de schuldenaar en de goede trouw*, WPNR (1937) 3525 en 3526. Er was overigens geen sprake van nietigheid, maar van vernietigbaarheid. Op de legitieme portie als wilsrecht moest immers nog een beroep worden gedaan. Zeer recent is de definitie van CAROLINE CAUFFMAN: 'Onder wilsrechten (potestatieve rechten, droits potestatif, Gestaltungsrechte, Befugnisse of Rechte des rechtliche Kannens) verstaat men rechten die de houder ervan de bevoegdheid verschaffen om door een eenzijdig optreden (d.i. zonder enige medewerking van een schuldenaar, noch enige tussenkomst van het gerecht) een concrete rechtsverhouding tot stand te brengen, te wijzigen of te beeindigen.', *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 426.
212. Door de geestelijk vader ook wel de 'verzorgingsmaking par excellence' genoemd. Het arrest van de Hoge Raad over de geldigheid van de 'tenzij-clausule', HR 17 januari 1996, BNB 1996, 112c, was de slagroom op de taart. Dit jammer genoeg tot ergernis van de geestelijk vader, E.A.A. LUIJTEN: *De obv si voluero*, WPNR (1998) 6334. Zie ervan de reanimatie door Lujten van de obv ook P.L. NÈVE, *De legitieme portie, Enkele historische beschouwingen*, *Ars Notariatus LXIX*, Deventer: Kluwer 1995, p. 15 die wijst op de preadviezen (BCN 1958) van LUIJTEN en ROMBACH over deze belangwekkende erfrechtelijke rechtsfiguur.
213. C.J.P. VAN LAER, *Het nut van comparatieve begrippen, een studie omtrent de toepassing van begrippen in de rechtsvergelijking* (diss. Maastricht) 1997, wijst er op dat comparatieve begrippen tijdsverspilling binnen het rechtsvergelijkend onderzoek voorkomen. Ook de legitieme portie moet in deze zin aan een analyse geloven, p. 127: 'de wettelijk erfgenaam die zijn wettelijk erfdeel' ('voorbehouden erfdeel', België) niet kan worden onthouden bij testament: 'réservataire' (Frankrijk), 'Pflichtteilsberechtigter' (Duitsland en Zwitserland), 'Noterbe' (Oostenrijk) en 'heredero forzoso' (Spanje). Ingegaan wordt op de problematiek van de constructie van een meertalige juridische thesaurus waarbij synoniemen oftewel corresponderende uitdrukkingen in verschillende rechtstalen vastgelegd worden.

1.2.1 De Belgische reserve (zwaar goederenrechtelijk)

Het is niet mijn bedoeling om uitgebreid aandacht te besteden aan het leerstuk van de legitieme portie in de buitenlandse stelsels, doch slechts enkele tendensen aan te stippen met betrekking tot de regeling in een bepaald land die in het licht van de positie van de executeur van belang zijn.

Wat betreft de Belgische testamentuitvoerder in relatie tot de legitieme kan ik kort zijn. In België heerst een zwaar<sup>214</sup> goederenrechtelijk erfrechtelijk klimaat, zodat aldaar een executeur zich niet of moeilijk verder kan ontwikkelen, ongeacht zijn bevoegdheden.<sup>215</sup> De testamentuitvoerder zal de erfrechtelijke arena met enige 'reserve' dienen te betreden. Verbeke<sup>216</sup> wijst er dan ook op dat het bezitsrecht van de testamentuitvoerder onder meer qua juridische aard beperkt is:

'Dit laatste betekent dat het bezitsrecht van reservataire erfgenamen of van een algemene legataris die opkomt zonder reservatairen voorgaat.'

Aangenomen<sup>217</sup> wordt echter ook dat legitimarissen het bezitsrecht van de executeur op hun legitieme dienen te dulden, doch wel alleen wat de *roerende zaken* betreft. Men is deze mening toegedaan omdat de legitimarissen in art. 1027 BBW het recht hebben om de testamentuitvoerder zijn bezit te ontnemen.<sup>218</sup> Dit kunnen zij doen door aan de testamentuitvoerder aan te bieden een bedrag ter hand te stellen, dat voldoende is om de legaten uit te keren.

Afgezien van de legitieme problematiek staat de Belgische testamentuitvoerder sowieso niet als een krachtige executeur te boek. Hetgeen in een systeem met een zware goederenrechtelijke legitieme ook geen verbazing oproept. De aard van de legitieme bepaalt nu eenmaal de erfrechtelijke cultuur van een land.

1.2.2 De Duitse 'Beschwerung und Beschränkung'  
(‘verbintenisrechtelijk, maar toch’)

Wat het Duitse recht betreft kan ik ook kort zijn, aangezien het Germaanse stelsel de exponent is van de verbintenisrechtelijke legitieme. Vanuit de optiek dat men met een verbintenisrechtelijke legitieme geen bevoegdheden van de executeur kan vernietigen, zou in dit stelsel een goede erfrechtelijke voe-

214. ALAIN VERBEKE, Over de grenzen, (Belgisch) Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2006-5, p. 329 die zijn verontwaardiging uitspreekt over het feit dat men in België het erfrechtelijk systeem niet, of in ieder geval niet op globale wijze durft te veranderen.

215. B.M.E.M. SCHOLS, Een erfrechtelijke 'star is born'. Hij kan niet alleen uw testament uitvoeren, vollstreken of executeren, maar ook eigenhandig uw nalatenschap verdelen!, (Belgisch) Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2005-2, p. 101 -125.

216. Hij voegt aan de beperking van juridische aard toe: 'met name louter feitelijk en precair', ALAIN VERBEKE, Belgisch testamentair Erfrecht, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), 2002, 1, p. 33.

217. VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 164.

218. VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 164.

dingsbodem gelegen moeten zijn voor een krachtige Testamentsvollstrecker, hetgeen in beginsel ook het geval is. In de Duitse literatuur is immers, zoals in de inleiding gezien, te lezen dat de Testamentsvollstrecker een van de sterkste executeurs van de wereld is. Toch plaats ik drie kanttekeningen met betrekking tot het verbintenisrechtelijk erfrechtelijk systeem van het Duitse recht:

- a. Testamentsvollstreckung vormt een 'Beschränkung', oftewel maakt een verkrijging inferieur;
- b. Onder omstandigheden is wel degelijk een goederenrechtelijke vernietigingsactie mogelijk;
- c. De legitieme portie is in beginsel opeisbaar (anders dan in geval van ons art. 4:82 BW).

Ad a. De eerste zin van § 2306 (1) BGB ( Beschränkungen und Beschwerden) luidt als volgt:

'Ist ein Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines *Testamentsvollstreckers* oder eine Teilungsanordnung *beschränkt* oder ist er mit einem Vermächtnis oder eine Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerde als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil *die Hälfte* des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt.'  
(Curs. BS)

In Nederlands erfrechtelijk perspectief: een 'Testamentsvollstrecker' levert, net als een executeur-afwikkelingsbewindvoerder, een *inferieure* verkrijging op. In beginsel is dan een beroep op de 'contantenverklaring' in de zin van art. 4:63 BW mogelijk, zij het dat het moeten volgen van de verbintenisrechtelijke verwerpingsroute in Duitsland ook nog afhankelijk is van de *omvang*<sup>219</sup> van de verkrijging.

Ad b. De verbintenisrechtelijke route hoeft blijkens de tweede zin van § 2306 (1) BGB in beginsel slechts gevolgd te worden in het navolgende geval:

'Ist der hinterlassene Erbteil grosser, so kann der Pflichtteilsberechtignte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtignte von der Beschränkung oder der Beschwerde Kenntnis erlangt.'

Hieruit blijkt dat 'Ausschlagung' met contantenverklaring niet zonder meer een must is. Indien de verkrijging niet de vereiste minimale omvang heeft (groter dan de helft van het versterferfdeel oftewel groter dan de legitieme), geldt de Testamentsvollstreckung 'als nicht angeordnet' zoals hierboven on-

219. MONIKA WEHRSTEDT (geb. SIELEMANN), Der Pflichtteilsanspruch im deutschen, französischen und niederländischen Recht (diss. Heerlen) 2000, p. 108. Zij wijst er op dat de betekenis van § 2306 BGB als volgt is: 'Ist der hinterlassene Erbteil kleiner oder gleich der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so ist die Rechtsfolge in § 2306 Absatz Satz 1 BGB in der Weise geregelt, dass die Beschränkungen und Beschwerden als nicht angeordnet gelten; ist dagegen der hinterlassene Erbteil grosser als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so ist die Rechtsfolge in § 2306 Absatz 1 Satz 2 BGB derart geregelt, dass der Pflichtteilsberechtignte den Pflichtteil verlangen kann, wenn er den Erbteil ausschlägt.'

der a. aangestipt. De Testamentsvollstreckung vervalt vanzelf 'kraft Gesetzes'.<sup>220</sup> Een 'Pflichtteil' met goederenrechtelijke kracht. Men zou bijna de vraag gaan stellen, of de Duitse legitieme wel Duits oftewel verbintenisrechtelijk is. Ik haast mij om te melden dat er plannen zijn om de Duitse legitieme te verzachten.<sup>221</sup>

Ad c. In ons stelsel kan de legitieme portie op grond van het maatschappelijk gewenste *ongestoorde voortleven* van de echtgenoot, geregistreerd partner of 'levensgezel' in beginsel bij uiterste wilsbeschikking niet-opeisbaar verklaard worden, waarover hierna meer. Een Duits equivalent hiervoor bestaat niet. Onze in art. 4:82 BW opgenomen regeling is in Europa uniek. In de praktijk fungeert deze bepaling al als een erfrechtelijk schild waarmee de executeur-afwikkelingsbewindvoerder vrij baan gegeven kan worden.

### 1.2.3 Waar een Willensvollstrecker is, is wellicht een (verbintenisrechtelijke) noodweg?

Künzle<sup>222</sup> stelt zich in het kader van zijn onderzoek naar de Zwitserse Willensvollstrecker onder meer de vraag hoe het gesteld is met de 'Verfügungsfreiheit in sachlicher Hinsicht' en stuit daarbij op de legitieme portie.<sup>223</sup>

'Das schweizerische Erbrecht kennt bedeutende Pflichtteile, welche einerseits auf dem *germanischrechtlichen* Gedanken der Verfangenheit und andererseits auf dem *römischrechtlichen* Verbot pflichtvergessener Verfügungen beruhen.' (Curs. BS)

Concreet betekent dit het volgende (p.22):

'Der Erbe ist durch die Pflichtteile nicht nur in quantitativer Hinsicht, also bezüglich des Erbumfangs, sondern auch in qualitativer Hinsicht, in seiner *Erbenstellung*, geschützt. Diese kann ihm grundsätzlich nicht weggenommen werden.' (Curs. BS)

220. J. MAYER, Handbuch Pflichtteilsrecht, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003, p. 60.

221. HOLGERT SIEBERT, Die wichtigsten Eckpfeiler auf einen Blick, Erbrecht Effektiv 2007, 6. De gedachte achter het nieuwe 'Referentenentwurf' is: 'Die geplante Reform soll dem Spannungsfeld zwischen den beiden erfassungsrechtlich geschützten Interessen der Testierfreiheit des Erblassers auf der einen und der Mindestbeteiligung der Abkommlinge am Nachlass auf der anderen Seite gerecht werden'. Een belangrijke wijziging is onder meer de 'Aufhebung der Differenzierung in § 2306 Abs. 1 BGB' oftewel: 'Jeder pflichtteilsberechtigter Erbe, der Beschränkungen oder Beschwerden unterliegt, soll künftig das Erbe ohne Rücksicht auf seine Höhe ausschlagen und stat seines Erbteils den Pflichtteil verlangen können.' Voorts wordt ook iets gedaan in de sfeer van de 'andere wettelijke rechten' oftewel de 'Honorierung und Ausgleich von Leistungen aufgrund von Familiensolidarität.' Thans ook onafhankelijk van de vraag 'ob er für die Pflegeleistungen auf ein eigenes berufliches Einkommen verzichtet hat.'

222. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht (Habilitationsschrift Zürich 1998), Zürich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 20.

223. Zie art 471 ZGB. Het is niet voor niets dat VERBEKE, De legitieme ontbloom of dood? Leve de echtgenoot, Deventer: Kluwer 2002, Ars Notariatus CXIII (oratie Universiteit van Tilburg 2000), p. 17, noot 81 de Zwitsers indeelt bij de 'verbintenisrechtelijken' en WEHRSTEDT, Der Pflichtteilsanspruch im deutschen, französischen und niederländischen Recht (diss. Heerlen) 2000, p. 5 bij de 'goederenrechtelijken'.

Toch heeft men blijkbaar niet altijd recht op een legitieme portie in de vorm van een erfdeel:

‘Wer bereits Vorempfange im Umfang des Pflichtteils erhalten hat, kann die Erbenstellung nicht mehr geltend machen.’

Wat er ook zij van deze ‘verbintensrechtelijke’ escape, Künzle heeft in zijn Habilitationsschrift de wetgever opgeroepen om ervoor te zorgen dat (p. 464): ‘die Pflichtteile vorsichtig gelockert werden.’ Omdat (p. 429): ‘Versorgungsorientierte Pflichtteile eröffnen dem *Willensvollstrecker*, insbesondere für Dauervollstreckungen, ein grosses Betätigungsfeld.’ Ik houd het er dan ook voorlopig maar op dat het Zwitserse recht, wat de legitieme portie betreft, niet de ideale voedingsbodem heeft om de *Willensvollstrecker* volledig tot zijn recht te laten komen. In ieder geval leeft ook bij Künzle de gedachte dat legitieme portie en executele communicerende erfrechtelijke vaten zijn, oftewel (p. 461) de ‘Haupthindernis in der Erbrechtsordnung’ (in Zwitserland) is het ‘(unflexibelen) Pflichtteil’.

### 1.2.4 Is de Franse legitieme nog wel Frans (quasi-goederenrechtelijk)?

Wat het Franse recht betreft merk ik nogmaals op dat er zich per 1 januari 2007 in Frankrijk op het gebied van de legitieme portie een erfrechtelijke metamorfose heeft voorgedaan. De legitieme portie heeft in beginsel de verbintenisrechtelijke gedaante aangenomen.<sup>224</sup> Voor de executeur heeft dit echter geen vergaande gevolgen omdat, zoals bij de behandeling van de Franse executele, reeds gezien, de Franse legitimaris nog steeds erfrechtelijke inspraak houdt, daar waar het gaat om het functioneren van de executeur. Het nieuwe Franse systeem van de legitieme portie kan in het licht van executele derhalve getypeerd worden als een quasi-goederenrechtelijk stelsel. Van belang blijft in ieder geval de komende jaren de ontwikkeling van het erfrechtelijk ‘mandat posthume’ op de voet te blijven volgen, met name ook in relatie tot de positie van de legitimarissen.

224 QJ. VAN DER MARCK, Nieuw Frans erfrecht met ingang van 1 januari 2007, WPNR (2007) 6699 ziet het als volgt: ‘Een belangrijke wijziging houdt in – voortvloeiend uit art. 924 Cc (nieuw) dat indien de erfflater de legitieme schendt aan de legitimarissen hun erfdeel niet meer in natura behoeft te worden uitgekeerd, maar zo mogelijk, in geldswaarde kan worden uitbetaald.’ Zij het dat hij deze gedachte als volgt nuanceert: ‘Alleen in het geval van art. 924-4 Code civil (nieuw) kunnen legitimarissen hun aanspraken in goederen handhaven. Dit artikel geeft aan dat onder omstandigheden de aanspraak in natura tegen derden geldend kan worden gemaakt indien het vermaakte/geschonkene een registergoed betreft en vaststaat dat degene aan wie het registergoed is vermaakt/geschonken niet solvabel is en deze inmiddels het registergoed aan een derde vervreemd heeft.’ ALAIN VERBEKE, Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2006, 5, p. 329 spreekt in zijn editoriaal ‘Over de grenzen’ van: ‘de veralgemening van de inkorting in waarde.’ In het Deutsche Notar Zeitschrift (DNZ) 2007, 2, WIEGAND, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, lees ik over het nieuwe Franse recht: ‘Nunmehr sei der Pflichtteil als schuldrechtlicher Anspruch ausgestattet, p. 101. PETER KLIMA Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2006, 10, p. 442 lijkt nog van “Noterbrecht” uit te gaan, zij het dat hij de term “Mindesterbecht” beter vindt en hij ook spreekt van “teils wesentlichen Änderungen.”

Op twee fronten heeft de legitimaris in het nieuwe Franse systeem nog een vinger in de pap:

- a. bij de tegeldemaking van goederen is de executeur beperkt tot '*la limite de la quotité disponible*' (art. 1030 Cc nieuw);
- b. bevoegdheden om de verkoopopbrengst te verdelen kan erfflater alleen verlenen 'En "*l'absence d'héritier réservataire*' (art. 1030-1 Cc nieuw).

Voorts moeten wij niet vergeten, dat met een verbintenisrechtelijk systeem van de legitieme nog niet gezegd is dat een legitieme dan ook maar niet-op-eisbaar is.

Levende in een Nederlands stelsel met de facilititeit van art. 4:82 BW (niet-opeisbare legitieme), zou men, verwend als men is, dit ten onrechte bijna als vanzelfsprekend kunnen gaan ervaren.

Tot slot merk ik op dat de legitimaris onder nieuw Frans recht reeds *tijdens leven* afstand kan doen van de mogelijkheid om een vordering tot inkorting in te stellen.<sup>225</sup> In de literatuur<sup>226</sup> spreekt men dan ook van: '*la reconnaissance de certains pactes successoraux*'.

### 1.3 *De zeven zwakke plekken van de (nieuwe) Nederlandse legitieme*

#### 1.3.1 Minder en meer

In het nieuwe erfrecht moeten de bevoegdheden van de executeur niet meer uitgebreid kunnen worden, zo is de gedachte van de wetgever geweest.<sup>227</sup> Perrick spreekt in dit verband van het 'kortwieken' van de executeur.<sup>228</sup> Op het eerste gezicht is dit juist. De executeur wordt gekortwiekt. Echter, ook al kunnen de bevoegdheden niet uitgebreid worden, we moeten er wel rekening mee houden dat de executele thans in een heel ander daglicht is komen te staan. Een daglicht waar men met 'minder' bevoegdheden 'meer' kan, omdat de legitieme nog slechts een geldaanspraak is. De executeur kan op de spullen blijven zitten. Door het invoeren van de legitieme wordt men geen erfgenaam. Voorts geldt de regel 'legitima non recipit onus neque gravamen', die door de Hoge Raad<sup>229</sup> in zijn arrest uit 1933 uit de kast werd gehaald, thans niet meer voor executele. Meijers merkte in zijn noot onder het arrest niet voor niets op: 'Van verschillende zijden is de gevallen beslissing als een ernstige belemmering voor de praktijk gekenschetst en reeds om wetswijziging gevraagd.' En zo geschiedde, zij het zeventig jaar later. In art. 4:72 BW, waar een opsomming van de inbreuken die een legitimaris niet hoeft te dulden

225. ALAIN VERBEKE, Over de grenzen, (Belgisch) Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2006-5, p. 328.

226. PIERRE BECQUÉ, Une réforme en profondeur: la réforme des successions et des donations, (Belgisch) Tijdschrift Estate Planning (TEP) 2006-5, p. 373. Zie art. 929 en 330 Cc nieuw. De notaris heeft bij het 'pacte de famille' een belangrijke rol. Zie ook EDMOND GRESSER, Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1 Januar 2007), Zerb 2006, 12, p. 409.

227. MvT, nr. 3, p. 62, Parl. Gesch. Inv., p. 2050 alsmede Parl. Gesch. Inv., p. 2057.

228. PERRICK, Overige wijzigingen in Boek 4, WPNR (1991) 6018. In ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK 1996, nr. 554, noot 47, wordt opgemerkt dat de taak van de executeur in het NBW uiterst beperkt is en niet verruimd kan worden.

229. HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645.

wordt gegeven, de zogeheten 'zwarte lijst', staat bijvoorbeeld wel bewind genoemd, maar niet executele.<sup>230</sup> Een verkrijging 'bezwaard met executele' is niet meer inferieur, oftewel de wetgever heeft de rechtsregel 'Bünker/Amsterdamsche Bank' buiten werking gesteld. Overigens zijn de facto de bevoegdheden van de executeur wel degelijk uit te breiden. Dit kan immers via een testamentaire last of met een afwikkelingsbewind. Hierbij merk ik vanzelfsprekend wel op dat indien de bevoegdheden van de executeur uitgebreid worden via testamentaire lasten (art. 4:130 lid 2 BW) of via een 'afwikkelingsbewind', deze uitbreidingen wel tot gevolg hebben dat men in het vaarwater van de legitimaris komt.<sup>231</sup> Voor het functioneren van een executeur-afwikkelingsbewindvoerder heeft dit, gelet op de aard van de legitieme, echter in beginsel geen gevolgen, waarover hierna meer.

Nu de legitieme nog slechts een geldaanspraak is, zou het gevoel kunnen opkomen dat er weinig kwaad in geschild zou hebben, als de erflater wel de mogelijkheid gehad zou hebben om de bevoegdheden van de executeur uit te breiden.<sup>232</sup> Bij deze benadering had men dan wellicht wel (net als in het Duitse recht) een executele sec reeds als 'inferieur' moeten bestempelen, dan wel ergens een streep moeten trekken met het oog op de 'inferieure verkrijging'. Een voorbeeld: indien men bij de verdeling van de nalatenschap vertegenwoordigd zou kunnen worden door een executeur, zonder dat deze verkrijging als 'inferieur' bestempeld zou kunnen worden, zou een legitimaris zich tegen deze vertegenwoordigingsmacht, alleen kunnen beschermen door zijn verkrijging te verwerpen. Aangezien het dan een verwerping van een niet-inferieure verkrijging zou betreffen, zou hij erfrechtelijk 'geïmputeerd' worden en de legitieme volledig uitgehold zijn. Verwerpt de legitimaris niet, loopt hij het grote risico dat hij goederen toebedeeld krijgt die hij niet wenst te verkrijgen. Men zou de kwestie ook anders kunnen benaderen en stellen dat de wetgever in feite een (denkbeeldige) streep getrokken heeft door een executeur onder omstandigheden een andere titel te verlenen: afwikkelingsbewindvoerder. In feite is derhalve voor de regeling van de Nederlandse legitieme de 'Testamentsvollstrecker' (de executeur-afwikkelingsbewindvoerder) geknipt in een (niet-inferieure) executeur en een (inferieure) afwikkelingsbewindvoerder. Hiermee is in één adem gezegd dat de Nederlandse executeur in relatie tot de legitimaris sterker is dan zijn (zeer krachtige) Duitse collega. Dit afgezien van de hierna te behandelen andere zwakke(re) plekken van de Nederlandse legitimaris.

230. MvA I, nr. 133, p. 58, Parl. Gesch.Vast., p. 830. De executeur-testamentair nieuwe stijl kunnen we het levenslicht laten zien door middel van drie varianten: De begrafeniseexecuteur, de beheersexecuteur en de turbo-executeur. Men spreekt ook wel van respectievelijk de executeur met één ster, de tweesterren-executeur en de driesterren-executeur. Deze indeling is van groot belang voor de regeling van de legitieme, B.M.E.M. SCHOLS, Van begrafeniseexecuteur tot turbo-executeur (Van Mourik-bundel) Deventer: Kluwer 2000, p. 278.

231. Dat dit in het vaarwater komen van legitimarissen wel meevalt blijkt uit de zogenoemde casus van 'Joop en Toon', B.M.E.M. SCHOLS, Van begrafeniseexecuteur tot turbo-executeur (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 279. Men kan zich immers alleen verzetten tegen inferieure makingen door de nalatenschap te verwerpen en de 'contantverklaring' af te leggen, B.M.E.M. SCHOLS, L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374. In Duits vakjargon spreekt men in dit kader zeer treffend van 'tactische Ausschlagung'.

232. Zo ook S. PERRICK, Overige wijzigingen in Boek 4, WPNR (1991) 6018.

Nogmaals: wil men de positie van een executeur ontrafelen in een bepaald rechtsstelsel, dan dient men de positie van zijn tegenspeler in het erfrechtelijke stelsel te kennen, oftewel de positie van de legitimaris.<sup>233</sup>

Deze positie zal thans, eveneens in vergelijkend perspectief met het algemeen vermogensrecht, aan een onderzoek onderworpen worden, zodat de eventuele zwakke plekken in de nieuwe regeling zichtbaar kunnen worden. Legt men een 'bijzondere' rechtsfiguur, zoals de legitieme portie toch lijkt te zijn, tegen het algemene vermogensrecht aan, dan zal deze ongetwijfeld op enig moment zijn ware aard gaan tonen. Hebben wij van doen met een *erfrechtelijke verbintenis*?

### 1.3.2 Goederenrecht werd verbintenis uit de wet; de legitieme als 'een toestand', art. 6:1 BW (de eerste zwakke plek)

De nieuwe legitieme wordt in de praktijk als zware kost ervaren. De oude goederenrechtelijke regeling met zijn verwoestende krachten was zo vertrouwd. Het erfrecht was zo goed als dood en daarmee de testeervrijheid nihil. Om maar niet de term 'erfrechtelijk nihilisme' te gebruiken. Waar weinig creativiteit mogelijk was, kon dit immers van de rechtsbeoefenaar ook niet worden verwacht.

De navolgende retorische vraag aan de bewindsman<sup>234</sup> geeft de link van de onderhavige problematiek met het algemene vermogensrecht en de eerste verzwakking al duidelijk aan:

'Wil de minister in dit verband ingaan op de door Mellema-Kranenburg, dissertatie Leiden 1988, p. 16 e.v., hieromtrent gegeven beschouwingen, die onder andere – men vergelijk p. 19 – inhouden dat de legitimaris naar NBW is *gedegradeerd* van *zakelijk* gerechtigde tot concurrent *schuldeiser* en dat zijn positie alleen hierdoor al *uitermate is verzwakt* in vergelijking tot het huidige recht?' (Curs. BS)

De spijker werd op zijn kop geslagen. Aan de basis van ons vermogensrecht staat het belangrijke onderscheid tussen goederenrecht en verbintenisrecht. Sterke rechten versus zwakke rechten met het faillissement als lakmoesproef is de klassieke benadering. En wat de legitieme betreft realiseren wij ons iedere dag weer opnieuw: de erfgenaam met zeggenschap uit het oude erfrecht van 1838, werd in 2003 slechts vorderingsgerechtigde tot een *waarde*. Op basis van de onderhavige *goederenrechtelijke* ruimte kan een echtgenote of buurvrouw, vriend of vijand, zoon of dochter, pleegkind of stiefkind, ondernemer of niet-ondernemer, het goede doel of zelfs een 'wildvreemde' (goederenrechtelijk) onaantastbaar tot *enig erfgenaam* benoemd worden. Een beroep op de *verbintenisrechtelijke* legitieme in de zin van art. 4:63 lid 1 BW, veelal ook nog niet eens (direct) opeisbaar, doet daar niets meer aan af. Met deze algemeen vermogensrechtelijke benadering is al heel veel gezegd en de eerste zwakke plek blootgelegd. Verder kan via de *verwerping* van het erfdeel met de mededeling dat men de legitieme portie wenst te ont-

233. Anders gezegd: het zijn de legitimarissen die de erfrechtelijke 'waarden en normen' bepalen.

234. Voorlopig Verslag 17 141, nr. 11 (Zitting 1991-1992) Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1838.



vangen als bedoeld in art 4 63 lid 3 BW (contantenverklaring) een 'ontvrede[n] erfgenaam' tevens legitimaris zich ook *zelf* degraderen van goederenrechtelijke sferen (erfgenaamschap) naar verbintenisrechtelijke sferen (geldvordering) En daarnaast kan de situatie zich voordoen dat de legitimaris wel (voor een te klein breukdeel) erfgenaam is, doch in verbintenisrechtelijke zin een *tekort* op de legitieme *aanvullend* gaat vorderen Een combinatie van goederenrechtelijke aanspraken (erfgenaamschap) naast verbintenisrechtelijke aanspraken (als legitimaris), zo men wil <sup>235</sup>

In het 'klassieke' rijtje van verbintenissen uit de wet zoals de onrechtmatige daad (art 6 162 BW), zaakwaarneming (art 6 198 BW) en onverschuldigde betaling (art 6 203 BW), kan nu, anders dan onder het oude erfrecht, ook de *legitieme portie* voor erflaters met afstammelingen als een *verbintenis uit de wet* gezien worden, waarmee erfrecht en algemeen vermogensrecht nog dichter tegen elkaar aan zijn komen te liggen En wellicht kan de legitieme portie als het erfrechtelijke evenbeeld van een schadevergoedingsactie uit 'onrechtmatige daad'<sup>236</sup> gezien worden, al is het maar ter bepaling van de gedachten Ook Asser-Hartkamp<sup>237</sup> ziet het ruim

'Talrijk zijn de rechtsfeiten waaraan de wet het ontstaan van een verbintenis vastknoopt'

en noemt vervolgens, onder verwijzing naar art 4 80 BW, de '*legitieme*' onder de noemer

'[ ] "toestanden" waaraan door wetsbepalingen verbintenissen worden vastgeknoopt'

De legitieme is derhalve een '*toestand*' Een toestand, zo zou gezegd kunnen worden, die (na een beroep erop) kan ontstaan 'door te *overlijden* met achterlating van *afstammelingen*' en die met een soepel juridisch gemoed al tijdens het leven van de toekomstige erfflater 'latent', oftewel 'voorwaardelijk', aanwezig is, waarover hierna meer

In hoeverre *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid* een beroep op de legitieme portie in een gegeven casus<sup>238</sup> *onaanvaardbaar* is, is aan de rechter en zal de tijd derhalve leren, art 6 2 BW De redelijkheid en billijkheid spelen immers niet alleen bij overeenkomsten, maar bij iedere verbintenis Daarbij maak ik wat de legitieme betreft wel de kanttekening dat de wetgever in het erfrecht niet zelden bewust gekozen heeft voor 'hard en fast rules', waardoor de ruimte voor de toepassing der beginselen van redelijkheid

235 Nog niet zo lang geleden brak VINCENT SAGAERT in zijn oratie (20 mei 2005 Rechtsfaculteit te Leuven) nog een lans voor de nuancering van het klassieke onderscheid goederenrecht en verbintenissenrecht, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR), 2005-3, p 983

236 In art 4 63 lid 1 BW is immers de erfrechtelijke rechtsplicht vastgelegd 'Onterven mag in beginsel niet'

237 ASSER-HARTKAMP 4-1, De verbintenis in het algemeen, Deventer Kluwer 2004, nr 51

238 Zie bijvoorbeeld over een casus onder het oude erfrecht, B M E M SCHOLS, Van de moordende onredelijke legitimaris die het erfdeel van oma niet waardig was, Nieuw Erfrecht, 2002, nr 5, p 62

en billijkheid mijns inziens beperkt(er) is. Uitgesloten is de toepassing hiermee vanzelfsprekend niet.<sup>239</sup>

Ik realiseer mij dat een legitieme portie in de heersende leer<sup>240</sup> als een *wilsrecht* bestempeld wordt. De verplichting, de 'verbintenis' ontstaat pas als er ook daadwerkelijk (na het overlijden) een beroep op wordt gedaan. De wetgever brengt dit in art. 4:80 BW tot uitdrukking met de woorden: 'die daarop aanspraak maakt.' Tot zover niets bijzonders. In het Duitse recht benadrukt men echter dat er in feite reeds *voor* het opvallen van de nalatenschap een *Rechtsverhältnis* zwischen Pflichtteilsberechtigtem und *künftigem* Erblasser<sup>241</sup> bestaat. Een zeer interessante benadering. Deze rechtsverhouding wordt ook wel getypeerd als: 'ein *abstraktes*<sup>242</sup> Pflichtteilsrecht.' Men zou met deze gedachte in het achterhoofd in ons rechtsstelsel kunnen spreken van de legitieme als een '*voorwaardelijke*' verbintenis, die reeds *tijdens het leven* (latent) aanwezig is. Het is echter onzeker dat de toestand: 'met achterlating van afstammelingen' zich voordoet en het is onzeker dat het recht ook daadwerkelijk ingeroepen wordt. Een beroep erop kan vanzelfsprekend pas na het overlijden van de quasi-schuldenaar plaatsvinden. Doordat erfflater (of zijn adviseur) zich echter terdege realiseert dat deze '*voorwaardelijke*' verbintenis niet pas bij overlijden ontstaat, doch, zij het op de achtergrond, tijdens leven van erfflater al 'sluimert', kan men zich alvast beraden over een (eventuele) tactische wijze van betaling van deze erfrechtelijke toekomstige 'schuld'. Vol doet men hem niet dan is er sprake van een soort 'onrechtmatige daad'. Of van 'erfrechtelijke' wanprestatie. De wetgever heeft een schadevergoedingsactie in gedachten in art. 4:63 e.v. BW. De Duitse collega's gaan nog een stap verder in het verbintenisrechtelijk denken over deze 'Plicht' en nemen zelfs aan dat deze reeds tijdens het leven bestaande verbintenis door het overlijden<sup>243</sup> op de erfgenamen overgaat en daarmee een schuld van de erfgenamen wordt. Vergelijk ons art. 4:7 lid 1 letter g BW. Als wij deze bijzondere gedachte doortrekken naar ons recht, zou hiermee ook inzichtelijk kunnen worden gemaakt dat hetgeen de legitimaris als erfgenaam krachtens erfrecht ontvangt op grond van art. 4:71 BW in mindering dient te komen op de legitieme als latente 'schuld van de erfflater'. De erfgenaam (als schuldenaar) betaalt in feite

239. Zie over de grote impact van redelijkheid en billijkheid in ons (huwelijks)vermogensrecht de civielrechtelijke bakens verzettende SCHOORDIJK, Een principiële en leerrijke arrest. Huwelijksvoorwaarden en daaraan contrair gedrag (HR 18 juni 2004), WPNR (2005) 6611. In het redactioneel van *Ars Aequi* 56 (2007) 3 met de voor zich sprekende titel '*By leven een instituut*' werden enkele van zijn slogans opgenomen zoals 'Er staat niet wat er staat' en 'Goed nadenken loont' en werd voorts gewezen op het feit dat in de ogen van Schoordijk de artikelen 6:2 en 6:248 BW een beperkende werking hebben op de intellectuele creativiteit. Zie ook H.C.F. SCHOORDIJK, Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium. Naar een Nederlandse Common Law, oratie Amsterdam 1995 en zijn 'De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context', Mededelingen van de Afdeling Letterkunde KNAW, Nieuwe Reeks, Deel 66, nr. 2, p. 33 waar hij opmerkt over art. 6:2 BW: 'Taalkundig is deze wetsbepaling een monstrem.'

240. G.W. RUPKE, Wilsrechten, diss. Utrecht (1914) en W. SNIJDERS, Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht, WPNR (1999) 6365, 6366 en 6377.

241. KURT SCHELHAMMER, *Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2004, p. 363.

242. HEINRICH NIEDER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: C.H. Beck 2000, p. 85.

243. MATTHIAS RÖSLER, *Erbrechtsberatung*, Köln: Otto Schmidt Verlag 2001, p. 1304.

de legitieme-schuld aan zichzelf (als schuldeiser/legitimaris). Een afstamming kan immers twee hoedanigheden aannemen: erfgenaam én legitimaris.

Dit laatste doet zelfs een beetje denken aan het leerstuk vermenging, art. 6:161 BW. En als men toch met de juridische 'voetjes van de vloer' is, doet de imputatie van de legitieme met de verkrijging krachtens een legaat denken aan verrekening in de zin van art. 6:127 BW. Toch lijkt men aan de andere kant ook enigszins met beide juridische benen op de grond te zijn blijven staan met deze gedachten als ik bij Asser-Hartkamp<sup>244</sup> lees dat vermenging meestal geschiedt 'door erfopvolging: de schuldenaar wordt erfgenaam van de schuldeiser of vice versa.' Zeer toepasselijk vind ik de term 'uitdoven'<sup>245</sup> voor de onderhavige problematiek. De sluimerende legitieme-schuld *dooft uit* als de legitimaris de hoedanigheid van (enig) erfgenaam aanneemt.

Men zou vanuit een verbintenisrechtelijke invalshoek als 'denkmodel', gelardeerd met een vleugje Duits recht, drie fasen rondom de 'toestand' legitieme kunnen onderscheiden:

- a. de fase *vóór* het overlijden van de toekomstige erflater;
- b. de fase *na* het openvallen van de nalatenschap;
- c. de fase dat de legitieme portie daadwerkelijk *ingeroepen* is ('aanspraak' wordt gemaakt).

In fase c. is de toestand 'compleet' oftewel de verbintenis onvoorwaardelijk geworden. In fase a. beraadt aspirant-erflater zich over de te volgen strategie inzake de eventuele 'vrijwillige' voldoening van de schuld en in fase b. is de legitimaris aan zet, waarbij voor hem met name van belang is dat (verval)termijnen beginnen te lopen.

Dat de legitieme reeds tijdens leven van erflater bij wijze van '*lopende rechtsverhouding*' op de achtergrond aanwezig is, zou ook afgeleid kunnen worden uit het feit dat in art. 4:63 lid 1 BW de aandacht wordt gevestigd op een aanspraak 'in weerwil van giften [...] van de erflater.'

Het ontwaren van de ware aard van de legitieme is van groot belang bij het bepalen van de positie van de executeur in een erfrechtelijk stelsel, al is het maar als 'vermogensrechtelijk ezelsbruggetje'. Pas als men de 'eigenaardigheden' van het recht van de (belangrijkste) 'tegenstander' kent en daarmee diens zwakke plekken, kan men immers pas goed beslagen ten ijs komen. Het ontrafelen van de aard van de legitieme maakt het werken met en het denken over de nieuwe regeling een stuk eenvoudiger.

### 1.3.3 De schuldenaar bepaalt zelf de wijze van betaling van de verbintenis (de tweede zwakke plek)

Op grond van het algemene vermogensrecht hoeft de schuldeiser geen goe-nogen te nemen met een andere prestatie dan die hem verschuldigd is, ook

244. ASSER-HARTKAMP 4-1, De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2004, nr. 634.

245. Zie het voorbeeld van CAROLINE CAUFFMAN, De verbindende eenzijdige belofte (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford. Intersentia 2005, p. 810.

al heeft de aangeboden prestatie een gelijke of zelfs een grotere waarde, aldus Asser-Hartkamp.<sup>246</sup> Dit beginsel heeft, door de bril van een erflater, met betrekking tot zijn *latente* schuld jegens een legitimaris, niet veel om het lijf. Hij kan immers, gelet op het bepaalde in art. 4:70 lid 1 BW, de sluimerende legitieme schuld reeds *tijdens het leven* 'voldoen' door het aangaan van een overeenkomst van schenking met de aspirant legitimaris of het doen aan deze van een andere gift, waarbij de regel van art. 7:175 lid 2 BW: 'dat een tot een bepaald persoon gericht schenkingsaanbod als aangenomen geldt, wanneer deze na er van kennis is hebben genomen het niet onverwijld heeft afgewezen' in deze context de *feitelijke*<sup>247</sup> 'eenzijdigheid' van de betalingshandeling lijkt te onderstrepen of op zijn minst kracht lijkt bij te zetten.

Op het eerste gezicht lijkt de voldoening van een schuld door middel van het aangaan van een nieuwe overeenkomst wellicht ver gezocht, ware het niet dat de waarde van het geschonken goed op grond van art. 4:70 lid 1 BW wel degelijk in mindering komt op de legitieme. En soms moeten er ook eens andere paden bewandeld worden dan de reeds gebaande. Met welk betaalmiddel kan erflater de betreffende toekomstige 'schuld' voldoen? Is hij hierin vrij? Zo is, bijvoorbeeld in het algemene vermogensrecht in afdeling 11 van Boek 6 over de verbintenissen tot betaling van een geldsom, in art. 6:112 BW bepaald dat het geld dat ter voldoening van de verbintenis wordt betaald, op het tijdstip van de betaling *gangbaar* moet zijn in het land in 'welks' geld de betaling geschiedt. In art. 4:70 lid 1 BW<sup>248</sup> wordt echter alleen gekeken naar de waarde van het goed en niet naar de aard van het betaalmiddel. Ongetwijfeld zal hier voor de legitimaris als (mogelijk) toekomstige schuldeiser vaak onbewust gelden: 'een gegeven paard, mag men niet in de bek kijken.' Wist de legitimaris veel, dat wat 'leek' op vrijgevigheid in feite al de betaling van een 'voorwaardelijke' verbintenis was? Het beginsel van feitelijke vrijheid van betaalmiddel lijdt enigszins uitzondering daar waar het goed met *bewind* is belast. Hierop is het bepaalde in art. 4:75 lid 4 BW van toepassing.

Erflater kan de wijze van betaling van de latente legitieme haarscherp invullen. Dit alleen al maakt de legitimaris ongelooflijk zwak. Om maar niet te spreken over het feit dat de Duitse legitimaris in tegenstelling tot de Nederlandse als 'gewaarschuwd man' geldt bij het aannemen van een schenking, omdat blijkens § 2315 BGB erflater bij de schenking zal moeten verklaren dat het geschonken goed op de legitieme toegerekend wordt. De (Duitse) legitimaris moet immers de mogelijkheid geboden worden om de schenking met het oog hier op niet te aanvaarden.<sup>249</sup> Weer lijkt een van de zwakke plekken van de legitimaris in het Nederlandse systeem bloot te zijn gelegd.

F. Schols<sup>250</sup> heeft in dit kader in zijn recente dissertatie reeds gewezen op de interessante soepelere Nederlandse variant van de mogelijkheid van het 'Erbverzicht':

246. ASSER-HARTKAMP 4-1, De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2004, nr. 224.

247. Zo ook CAROLINE CAUFFMAN, De verbindende eenzijdige belofte (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 186.

248. Het in het 'erfrechtelijke' land gehanteerde betaalmiddel.

249. KERSCHER/TANCK, Pflichtteilsrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1997, p. 172.

250. FW.J.M. SCHOLS, Quasi-erfrecht met bindende elementen (diss. Nijmegen), Kluwer: Deventer 2005, p. 65 e.v.

‘Ik wijs nog op het bestaan van art. 4:70 BW. Al hetgeen een legitimaris krachtens schenking verkrijgt, wordt in mindering gebracht op zijn legitieme. In die zin kan aan een kind zijn erfdeel/legitieme ook in Nederland tijdens leven worden uitgekeerd, zonder dat een kind bij het overlijden “nogmaals” meedeelt. Daarnaast is van belang dat voor de berekening van de legitieme de waarde ten tijde van de gift als uitgangspunt geldt (art. 4:66 BW). Waardestijgingen blijven buiten beschouwing, zodat de erflater meer ruimte heeft dan onder het oude erfrecht.’

De al te gretige legitimaris wordt derhalve, zonder dat hij er vaak erg in zal hebben, bij het aannemen van een schenking, bij wijze van ‘*Vorempfang*’ (economisch) ‘uitgeboedeld’.

Dezelfde ‘feitelijke’ vrijheid van betaling van de toekomstige schuld aan de legitimaris is, wat de betaling bij uiterste wilsbeschikking betreft, terug te vinden in art. 4:71 BW. Met name is interessant de betaling bij wijze van *legaat*. Ook hier lijkt maatwerk mogelijk. Erflater kiest het betaalmiddel. Hier geldt als hoofdregel: ‘All cards accepted’, zij het dat er blijkens art. 4:72 en 4:73 BW enkele wijzen van betaling op de ‘zwarte lijst’ zijn gezet. Deze wijzen van betaling hoeft de schuldeiser, als erfrechtelijk *niet gangbaar*, niet te dulden. Men denke hierbij aan de veel voorkomende bezwarende beschikkingen als bijvoorbeeld bewind, ‘bloot-eigendom’ of bevoordelingen met een voorwaardelijk karakter. Bekende kost. Wil men de betaling aan de aspirant-legitimaris op maat snijden, dan grijpt men strategisch vanzelfsprekend in beginsel eerder naar het exact af te meten betaalmiddel legaat dan naar de ‘plomme’ erfstelling.

In het Duitse erfrecht waar men in de basis hetzelfde verbintenisrechtelijke systeem heeft met betrekking tot de legitieme hoeft daarentegen de voldoening van de ‘Plicht’ via *een legaat* niet geaccepteerd worden, aldus § 2307 (1) BGB:

‘Ist ein Pflichtteilsberechtigter mit einem Vermächtnisse bedacht, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt.’

Een heel wezenlijk verschil met onze Nederlandse regeling van de legitieme portie. Wij realiseren ons in de praktijk derhalve vaak maar ‘half’ in welke luxe erfrechtelijke cultuur wij thans leven. Anders dan in het Nederlandse systeem staat in Duitsland een ‘kaal’ legaat reeds op de ‘zwarte lijst’ van inferieure makingen. Strategieën door middel van het gebruik van legaten bieden in het Duitse recht derhalve weinig soelaas. In Nederland spreekt men in navolging van Van Mourik dan ook niet voor niets al van ‘boedelbakmethodieken.’<sup>251</sup> De Duitse practicus beschikt niet over dit vlijmscherpe erfrechtelijke betalingsinstrument. De wetgever was immers van mening dat erflater de legitimaris dan iets zou kunnen ‘*aufdrängen*.’<sup>252</sup> En hun angst voor de

251. M.J.A. VAN MOURIK, *Nieuw Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 115: ‘Art. 4:73 BW noem ik (Van Mourik) ook wel “boedelbakartikel”’. Zie Ook M.J.A. VAN MOURIK, *Vergaar, verdeel en heers!*, Mechelen: Kluwer 2006, *Liber Amicorum Afscheid M. Puelinckx-Coene*, p. 469.

252. *Mot. V*, S. 393 ontleend aan Damrau, *Praxiskommentar Erbrecht*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2004, p. 1671.

'boedelbak'methode was meer dan terecht: 'So soll durch ein zweifelhaftes Wohnungsrechtvermächtnis im Tiefparterre (besser Keller) der Pflichtteil nicht gegen den Willen des berechtigten geschmälert werden.'<sup>253</sup> De Duitse wetgever had zelf al de zwakke plek bloot gelegd. Wonen in een 'kelder' is toch zelfs een legitimaris onwaardig. Het feit dat wij onder ons nieuwe systeem dit (in Duitsland zonder meer ongangbare) betaalmiddel erfrechtelijk wel accepteren, moet ons aan het denken zetten.

In het verlengde van de Nederlandse vrijheid van erfrechtelijke betaling van de schuld aan de legitimaris met een legaat vinden wij, op het gebied van *waarderen* van verkrijgingen, een voor de praktijk belangrijke gedachte, zij het neergelegd in § 2307 (1) BGB:

'bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerden [...] ausser betracht.'

Dagelijks klinkt de vraag of deze '*ausser betracht*'-regel ook in ons recht geldt. Waarderen van de erfrechtelijke verkrijging *zonder* 'beschadigingen' als bewind, last, voorwaarde of vruchtgebruik. In ieder geval dient deze gedachte voor de vruchtgebruiken op grond van de wet, te worden toegepast, zoals de wilsrechtenvruchtgebruiken en het vruchtgebruik op grond van de andere wettelijke rechten. Zie immers met zoveel woorden art. 4:6 en art. 4:76 BW.<sup>254</sup> Hoe zit het dan met testamentaire bezwaren? Mijns inziens dient daarbij dezelfde filosofie te worden toegepast. Indien men nu juist ageert *vanwege* een bezwaring, dient de bezwaring zelf niet in de waardering meegenomen worden, zou men kunnen stellen. De legitimaris heeft immers *nominaal* niet te weinig gekregen, maar heeft met bijvoorbeeld vruchtgebruik, bewind of een voorwaarde *bezwaard* verkregen. Een 'a contrario' aanwijzing voor de juistheid van dit vermoeden vind ik bijvoorbeeld in art. 4:74 BW, waar expliciet gesproken wordt van de '*contante waarde*' van een aan een legitimaris gemaakt legaat. Een ander voorbeeld. In art. 4:75 lid 5 BW lees ik:

'Bij de vaststelling van de op de legitieme portie toe te rekenen *waarde*, wordt met het *bewind* slechts rekening gehouden, indien de vermelde grond onjuist is verklaard doch de legitimaris geen gebruik maakt van de hem in lid 3, eerste zin, verleende bevoegdheid.' (Curs. BS)

Ook in geval van niet-opeisbaarheid van de legitieme in art. 4:81 BW en art. 4:82 BW wordt van een nominale waardering van de vordering van de legitimaris uitgegaan, terwijl de op grond van art. 4:84 BW aan de legitimaris te vergoeden 'rente' ook nog eens te verwaarlozen is, zeker gelet op de huidige lage rentestand. Voor de in de praktijk gewenste zekerheid inzake de omvang van de op de legitieme bij aanvaarding van de erfrechtelijke verkrijging te

253. JÖRG MAYER, Handbuch Pflichtteilsrecht, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003 p. 73.

254. Zie ook Parl. Gesch. Boek 4, p. 1276 waar ingegaan wordt op het onderscheid tussen vruchtgebruiken op grond van de wet en *testamentaire* vruchtgebruiken oftewel: 'is een wettelijk recht, zodat de legitimaris niet reeds uit hoofde van zijn aanspraak het hem toekomende van die last kan bevrijden, zoals hij het met testamentair vruchtgebruik zou kunnen doen.' En: 'Dit waardeverschil nu komt voor rekening van de legitimaris; hij mag het niet afwentelen op (andere) erfgenamen [...].'

'imputeren waarde' blijft het echter wachten op het eerste arrest van de Hoge Raad. Het belang hiervan is gelegen in de vraag of de legitimaris naast zijn inferieure verkrijging, ondanks het feit dat hij deze niet verwerpt, nog een *aanvullende* verbintenisrechtelijke actie heeft. Onder omstandigheden zou men bijvoorbeeld kunnen stellen dat de waarde van een voorwaardelijk recht of een bloot-eigendom te verwaarlozen is en dus aanvullend nog een tekort te vorderen valt. Wel dient hierbij aangetekend worden dat ook de 'aanvullende' vordering van de legitimaris op grond van art. 4:82 BW veelal niet-opeisbaar zal zijn. De beruchte 'lood om oud ijzer' gedachte dringt zich al snel op. Voor de praktijk zou, nu de legitieme veelal toch niet opeisbaar is, de Duitse *'ausser betracht'* regel dan ook niet alleen een praktisch zeer werkbaar, maar ook een redelijk uitgangspunt zijn. In ieder geval een gedachte om eens bij bijvoorbeeld 'bloot eigendom' of bij een 'verwachting' over na te denken, zeker nu de achtergrond van de Duitse regel is het vermijden van de 'schwierige Ermittlung des Wertes der Belastungen'.<sup>255</sup>

Het algemene vermogensrecht gaat overigens in art. 6:111 BW uit van betaling van een verbintenis naar het nominale bedrag.

### 1.3.4 'Oneigenlijke' nakoming van de verbintenis vaak niet meer te voorkomen; aanvaard is aanvaard (de derde zwakke plek)

In het verlengde van de vorige zwakke plek en hierna nog te vermelden zwakke plekken kan opgemerkt worden dat in de praktijk vaak blijkt en steeds weer zal gaan blijken dat de legitimaris in abstracto weliswaar een bepaald recht heeft, maar dat hij er in concreto niets *meer* mee kan. Denk aan het hiervoor geschetste geval dat hij reeds tijdens leven schenkingen ontvangen heeft, die op zijn legitieme afgeboekt worden. Denk aan het feit dat hij erfrechtelijke verkrijgingen niet meer kan verwerpen, omdat bijvoorbeeld de driemaandstermijn van art. 4:72 BW verstreken is en er geen sprake is van een bijzondere omstandigheid in de zin van art. 4:77 BW. Ook wordt er vaak door erflater meer dan de legitieme 'betaald', zodat de legitimaris in financiële gewetensnood komt bij eventuele verwerping van de erfrechtelijk 'niet gangbare betaling'. In Duits<sup>256</sup> jargon: erflater moet de legitimaris 'Anreize geben, nicht auszuschlagen'. Men schaaft deze techniek onder: 'Drohung und Verlockung.' Kortom, vaak zal de legitimaris er mee moeten leven dat de betaling ondeugdelijk is of, zoals hierna zal blijken, dat hij (door verval of verjaring) zelfs helemaal niet betaald wordt.

In het Duitse erfrecht spreekt men in het licht van de 'ondeugdelijke betaling' zeer treffend van 'tactische Ausschlagung'<sup>257</sup> als men het over de verwerping met 'Vorbehalt' oftewel contentenverklaring heeft. Ook hier geldt wederom dat het Duitse systeem veel legitimarisvriendelijker is, omdat men

255. JÖRG MAYER, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003, p 78.

256. HANS-JÜRGEN VON DICKHAUTH-HARRACH, *Ärgernis Pflichtteil? Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung im Überblick*, Notar und Rechtsgestaltung, Tradition und Zukunft: Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats/hrsrg. von Rheinische Notarkammer, Köln: Otto Schmidt 1998, p. 210 en 212.

257. Oftewel 'strategisch verwerpen' met een beroep op de legitieme ('contentenverklaring').

ondanks hun in de basis verbintenisrechtelijk systeem, onder omstandigheden goederenrechtelijk mag vernietigen, derhalve *zonder* verwerping. Dit speelt bijvoorbeeld, zoals gezien in geval van een benoeming van een Testamentsvollstrecker. Deze bezwaring wordt, blijkens § 2306 BGB, eenvoudig van het erfdeel verwijderd in goederenrechtelijke zin ‘wenn der ihm hinterlassene Erbteil die *Hälfte* des gesetzlichen Erbteils *nicht* übersteigt.’ Het (kleine) erfgenaamschap blijft overeind. De Duitse ‘Testamentsvollstrecker’ echter niet (anders dan zijn sterke Nederlandse collega: de executeur).<sup>258</sup>

Waar de legitimaris (de categorie: tevens erfgenaam) zich in de praktijk veelal niet bewust van zal zijn, is dat indien hij ‘zich ondubbelzinnig en zonder voorbehoud als een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam *gedraagt*’, hij daardoor ook *de iure* de nalatenschap zuiver aanvaardt (tenzij hij zijn keuze reeds eerder heeft gedaan), art. 4:192 lid 1 BW. Aanvaard is dan aanvaard, het erfdeel wordt ‘verrekend’ of zo men wil ‘vermengd’ met de legitieme in art. 4:71 BW en een beroep op de ‘contantenverklaring’ van art. 4:63 lid 3 BW is niet meer mogelijk. Ik sluit niet uit dat een ‘feitelijke’ aanvaarding eerder regel is dan uitzondering. Dat geldt al helemaal voor de ‘nieuwsgierige inhalige’ legitimaris. En daar komt ook nog eens bij dat in art. 4:190 lid 4 BW uitdrukkelijk bepaald is dat een aanvaarding niet op grond van *dwaling* vernietigd kan worden. Bijna niet te noemen durf ik de regel van art. 4:192 lid 4 BW die inhoudt dat indien een erfgenaam zijn keuze nog niet gedaan heeft en in die situatie een ‘collega’ erfgenaam beneficiair aanvaardt, hij *geacht* wordt ook *beneficiair* te aanvaarden, tenzij hij alsnog de nalatenschap *verwerpt* (‘contantenverklaring’) binnen *drie maanden* nadat hij van die beneficiaire aanvaarding heeft kennis gekregen. Een erfgenaam-legitimaris die een beroep op zijn legitieme wenst te gaan doen in de zin van art. 4:63 lid 3 BW kan hierdoor voor grote verrassingen komen te staan. Voer voor een opzette? Overigens gaat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een executeur niet zover dat hij de erfgenaam zou kunnen binden bij de aanvaarding van de nalatenschap. De bevoegdheid van een erfgenaam om de nalatenschap te aanvaarden of te verwerpen is hoogstpersoonlijk.<sup>259</sup>

Al met al is het derhalve de grote vraag of van het systeem van ‘tactische Ausschlagung’ oftewel het strategisch verwerpen in de Nederlandse boedelpraktijk ooit veel terecht zal gaan komen. Heeft de wetgever zich dit wel gerealiseerd?

258. Ik teken hierbij aan dat er in het wetgevingsproces ook een fase heeft bestaan waarin er nog plannen waren om de goederenrechtelijke vernietigingsmogelijkheid wat bezwaringen als afwikkelingsbewind betreft in stand te laten, art. 4.3.3.8f. Door hier uiteindelijk van af te zien hebben de executeur-afwikkelingsbewindvoerders pas echt vrij baan gekregen, MvT 17 141, nr 3. p.62. Zie B.M.E.M. SCHOLS, De quasi-wettelijke verdeling als ‘Teilungsnordnung (1)’, WPNR (2004) 6571, p. 226. In het Duitse recht wordt der Testamentsvollstrecker als een ‘Beschränkung’ gezien (§ 2306 BGB). In ons recht is de executeur geen ‘bezwaring’, maar de afwikkelingsbewindvoerder wel, art. 4:72 en art 73 BW.

259. Zodra de erfgenaam de nalatenschap aanvaardt, wordt hij geconfronteerd met de executeur die kleef aan het erfdeel. Dat wil niet zeggen dat een executeur nog niet in functie is als nog niemand de nalatenschap aanvaard heeft. In dat geval vertegenwoordigt hij de ‘onbekende erfgenaam’, als nader te noemen rechtsopvolger van de erfrechtelijke meester als bedoeld in art. 3:67 BW.



Ongetwijfeld zal het spiegelbeeld zich ook nog wel eens gaan voordoen. De legitimaris die verwerpt, maar in dat stadium 'vergeet' om een beroep op de 'contantenverklaring' te doen. De regeling is echter 'onverbiddeijk', aangezien de contantenverklaring *bij* de verwerping moet geschieden, aldus art. 4:63 lid 3 BW. Daarnaast wijs ik in het kader van de korte termijnen in het nieuwe erfrecht, die bijna altijd blijken verstreken te zijn, erop dat art. 4:72 BW gewag maakt van verwerpen binnen drie maanden, zij het dat in art. 4:77 BW de kantonrechter op grond van 'bijzondere omstandigheden' een herkansing kan bieden. Luijten en Meijer<sup>260</sup> leggen in de onderhavige problematiek de vinger op de zere plek als zij bij de specialis-regel van art. 4:75 BW inzake het beschermingsbewind de volgende nuancering aanbrenge: 'Van een echte verwerping is geen sprake, daar de legitimaris door de onjuistheid van de grond in te roepen al zijn mogelijkheid te verwerpen heeft verwerkt.' Een prikkelende gedachte.

Onder het Duitse recht lijkt het op dit gebied allemaal wel mee te vallen, maar heeft men wel nog de mogelijkheid van 'Anfechtung der Annahme', §1954-1957 BGB, waarbij de 'Anfechtung der Annahme als Ausschlagung' geldt. Voorts blijkt in het Duitse recht weer een kennisname van de Beschränkung of Beschwerde vereist te zijn om de 'Ausschlagungsfrist' te laten beginnen. Dat er in Duitsland nog wel ruimte is voor 'dwaling en Anfechtung' blijkt uit een uitspraak van het Oberlandesgericht Hamm van 20 september 2005<sup>261</sup> waar de beslissing – voor de dwalende legitimaris die vergeten was om te verwerpen – als volgt werd samengevat:

'Die Fehlvorstellung des mit umfangreichen Vermächtnissen beschwerten Alleinerben, er dürfte die Erbschaft nicht ausschlagen, um sein Pflichtteilsrecht zu erhalten, ist als Inhaltsirrtum [...] zu bewerten, der die Anfechtung der Veräumung der Ausschlagungsfrist begründet.'

Bij ons zouden wellicht de 'bijzondere omstandigheden' van art. 4:77 BW nog soelaas kunnen bieden, maar niet meer indien de legitimaris reeds daden van aanvaarding verricht heeft. Voor een legitimaris die zo veel mogelijk informatie wenst te vergaren is het derhalve van groot belang dat hij steeds informeert op basis van de hem in art. 4:78 BW geboden mogelijkheid. Op grond van deze bepaling kan hij zijn vragen stellen in zijn hoedanigheid van legitimaris.

Niet onvermeld wil ik laten dat de betreffende Duitse legitimaris in de zitting ter bevestiging van zijn dwalen een voorlichtende brochure kon overleggen met de titel: 'WISO – Erben und Vererben', waardoor hij op het verkeerde been gezet was. En wel omdat in het juridisch vlugschrift (ten onrechte) vermeld stond dat hij zijn legitieme ook wel zou krijgen als hij *niet* zou verwerpen. Pas later was hij op het idee gekomen 'kompetenten Rechtsrat einzuholen, der ihm von Notar S. erteilt worden sei und zu der Anfechtungserklärung [...] geführt habe.' Men voelt de Nederlandse ongelukjes op dit gebied al

260. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 577, noot 681.

261. *FamRZ* 2006, Heft 8, p. 578.

aankomen. Wellicht kan onder omstandigheden de 'aanvullende' inkorting nog uitkomst bieden.

### 1.3.5 De gereduceerde omvang van de verbintenis (de vierde zwakke plek)

Hoe groot is de *omvang* van de verbintenis?

Niet onvermeld mag blijven in het verlengde van de 'nur' verbintenisrechtelijke werking van de legitieme, dat ten opzichte van het oude erfrecht<sup>262</sup> het steeds eenvoudig troef is bij het notariële rekenwerk, omdat er op grond van art. 4:64 lid 1 BW altijd gewerkt mag worden met de formule: 'de helft van...'. Van belang is vervolgens te constateren dat blijkens hetzelfde artikel het legitieme breukdeel van het kind bepaald wordt op basis van de 'eerste groep versterfergenamen' als bedoeld in art. 4:10 BW, derhalve met meetelling van een echtgenoot of geregistreerd partner. Hun aanwezigheid heeft derhalve een grote invloed op de omvang van de legitieme portie. Het beruchte art. '963a' (oud) BW keerde immers niet terug. Door het meenemen van de echtgenoot als 'fictief kind' wordt men derhalve bij een beroep op de legitieme vaak meer dan gehalveerd. Een erflater met echtgenoot<sup>263</sup> en twee kinderen heeft een economische 'range' van 5/6<sup>e</sup> gedeelte<sup>264</sup> van de nalatenschap in de zin van art. 4:65 BW om een van zijn twee kinderen te bevoordelen.<sup>265</sup> Dit terwijl een erflater zonder echtgenoot 'slechts' een economische marge heeft van 3/4<sup>e</sup> gedeelte. Hierdoor zou men dan ook op de gedachte kunnen komen de vermogensoverheveling naar de volgende generatie te regelen bij het eerste overlijden en niet pas bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot. Door de loutere aanwezigheid van een echtgenoot worden niet alleen de marges groter, maar beschikt erflater ook nog over het niet-opeisbaarheidsschild van art. 4:82 BW, dat ingezet kan worden om een bevoordelende vermogensoverheveling naar een van de kinderen in gang te zetten waardoor de facto de contante waarde van de legitieme nog kleiner wordt. Over deze aan een legitieme portie wezensvreemde 'vrijeleide' hierna meer. Ik merk op dat de niet-opeisbaarheid van de legitieme derhalve niet alleen doorwerkt in de tweede norm van het door de legitieme te beschermen belang (ten opzichte van 'echtgenoot of levensgezel') maar zelfs gevolgen heeft voor de eerste norm (kinderen ten opzichte van elkaar).<sup>266</sup>

262. Art. 4:960 e.v. oud BW.

263. Of geregistreerd partner, art. 4:8 BW.

264. En maar heft door de verbintenisrechtelijke aard van de legitieme een goederenrechtelijke marge van in beginsel 'honderd procent' (1/1 enig erfgenaam).

265. Dit laat onverlet de andere wettelijke rechten.

266. Zie Bundesverfassungsrecht 19 april 2005, DNotz 2006-60 ('de legitieme blijft') waarin deze twee normen genoemd werden. Dit doorwerken ziet op de situatie waar de tijdelijke niet-opeisbaarheid van de legitieme portie strategisch gebruikt wordt om reeds bij het 'eerste overlijden' het gehele vermogen van de langstlevende in 'bloot eigendom' over te laten gaan naar een van de kinderen, zodat bij het overlijden van de langstlevende de andere legitiemissen hier geen erfrechtelijke grip meer op hebben, aangezien vruchtgebruik nu eenmaal geen deel meer uitmaakt van de legitimaire massa. Vruchtgebruik 'verdamp't' immers bij overlijden.

Het zal niet verbazen dat de Duitse collega's onder het kopje 'Familienrechtliche Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung'<sup>267</sup> over het aantal zielen ook weer een uitgesproken mening hebben: 'Huwten en/of adopteren' met het oog op verminderen van de legitieme is een slecht motief, maar was men het toch al van plan, dan komt het goed uit. Een andere notaris<sup>268</sup> stipt (zelfs) aan dat een 'vrijgezel' niet alleen in het huwelijk kan treden ter halvering van de rechten van het eigen kind, maar in het kader van het 'reduceren' ook nog het kind van de betreffende echtgenoot zou kunnen 'adopteren'. Wellicht allemaal wat erg ver gezocht? Deze enthousiaste aanpak van de materie zal ongetwijfeld ook weer samenhangen met de Duitse Gründlichkeit.

In het nieuwe erfrecht kan ook door de aanwezigheid van *stiefkinderen* de legitieme portie van een 'eigen' kind verkleind worden, art. 4:91 BW. Dit artikel dient echter benaderd te worden vanuit de filosofie dat de wetgever erflater de mogelijkheid wilde geven om stiefkinderen gelijk te stellen met eigen kinderen, maar ook niet meer dan dat.<sup>269</sup>

Voorts worden in tegenstelling tot het oude recht slechts de *in aanmerking te nemen giften* bij de vaststelling van de legitimaire massa als bedoeld in art. 4:65 BW meegenomen. Deze laatste reducering van de omvang van de verbintenis geeft in de praktijk veel vrijheid bij de strategische planning. Tevens wordt voor de waardering van giften als hoofdregel, waarden naar het tijdstip van de *prestatie* aangehouden, art. 4:66 BW. Eveneens een regel om niet te onderschatten. Zeker als het betreft een overdracht van een goed onder voorbehoud van vruchtgebruik (met kwijtschelding van de koopsom in termijnen).

### 1.3.6 De verbintenis is onder omstandigheden niet opeisbaar, art. 4:82 BW (de vijfde zwakke plek)

In het algemene vermogensrecht en wel in art. 6:38 BW, is bepaald dat indien geen termijn voor de nakoming gegeven is, de verbintenis onmiddellijk opeisbaar is. In het erfrecht geldt als hoofdregel voor de legitieme art. 4:81 lid 1 BW (niet opeisbaar voordat zes maanden zijn verstreken). Voor de legitieme geldt hier echter, zoals bekend, een heel bijzondere species, te weten art. 4:82 BW op basis waarvan erflater ten behoeve van echtgenoten, geregistreerd partners en andere levensgezellen een *niet-opeisbaarheid* van de legitieme portie tot het overlijden van de betreffende 'partner' kan creëren. Er geldt in deze, ongeacht de vermogenspositie van de te beschermen 'partner', *ongestoord voortleven*. Het heeft iets tegenstrijdigs en, met alle respect, zelfs iets 'komisch'. Erflater bepaalt zelf of de legitieme portie zijn werk doet of niet. Een Nederlandse legitieme van 'regelend recht'? Wat een maatwerk. Over deze bepaling, met name ook wat het overgangsrecht betreft, is in de praktijk dan ook veel te doen. De Duitse collega's<sup>270</sup> hadden dit binnen Europa zeer

267. ECKHARD WÄLZHOLZ, Gestaltungsmöglichkeiten zur Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen, der Fachanwalt für Erbrecht 2, 2005.

268. HANS JÜRGEN VON DICKHAUTH-HARRACH, Ärgernis Pflichtteil, Notar und Rechtsgestaltung, Tradition und Zukunft, Jubiläum-Festschrift des Rheinischen Notariats, Köln: Otto Schmidt, Rheinische Notarkammer 1998, p. 197.

269. B.C.M. WAAIJER, Handboek Erfrecht, Deventer. Kluwer 2006, p. 390.

270. REMBERT SÜSS, Handbuch Pflichtteilsrecht, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003, p. 831.

bijzondere, de facto de legitieme uitschakelende Nederlandse fenomeen, ook meteen, en wel reeds in januari 2003, in de smiezen:

‘Das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge wird durch das “besondere gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten” weitgehend ausgehöhlt. Der Erblasser kann diese *Begünstigung des Ehegatten noch ausweiten*, indem er die Gestaltungsrechte der Kinder gegenüber dem überlebenden Ehegatten einschränkt oder ganz ausschliesst etc. Darüber hinaus kann der Erblasser seinen Ehegatten zum Erben einsetzen und anordnen, das die Pflichtteilsansprüche der Kinder wie bei Eintritt des besonderen gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten *nicht* vor Ableben des überlebenden Ehegatten *fallig* werden.’ (Curs. BS)

Er wordt vervolgens gesproken van ‘Diese *schwache* Position’, maar de Duitse doctrine heeft daarnaast ook oog voor de mogelijke correctie door de *andere wettelijke rechten* of in hun treffende woordkeus: ‘pflichtteilsähnliche Rechte’. Misschien moeten wij ook meer oog voor deze rechten hebben in de praktijk. Deze in afdeling 2 van titel 3 Boek 4 BW opgenomen regeling is wellicht de ‘echte’ legitieme die benadeling van de kinderen onderling, maar ook richting derden, kan voorkomen.<sup>271</sup> Een legitieme met ‘body’. In de woorden van Verbeke:<sup>272</sup>

‘De legitieme geeft een forfait aan iemand op basis van bloedverwantschap. Geheel anders is het met dwingende vermogensaanspraken die als *lasergerichte raketten* in stelling gebracht kunnen worden om tussen te komen waar nodig. Deze vermogensaanspraken zijn wel gegrond op een verantwoorde grondslag zoals bijdrage of nood aan verzorging en zijn bovendien proportioneel. Er is maar een aanspraak op het vermogen in de mate dat dit nodig is ter realisatie van de genoemde grondslag. De “andere wettelijke rechten” uit het nieuwe erfrecht beantwoorden perfect aan deze grondslag.’

Vooruitlopend op de volgende zwakke plek van de legitieme: ‘de korte termijnen’ merk ik, over het door Verbeke terecht als lasergericht bestempelde fenomeen, op dat de termijnen, waarbinnen deze andere (op de legitieme lijkende) wettelijke rechten moeten worden ingeroepen, echter wel zó kort zijn dat zij, zodra de boedelbehandeling een aanvang neemt, nagenoeg altijd al verstreken zijn. Zie art. 4:37 BW (vervaltermijn van in beginsel negen maanden en een verjaringstermijn van in beginsel een jaar). Dit is in de praktijk een groot knelpunt. Aan een ‘schijnlegitieme’ heeft niemand iets. Termijnen zouden in ieder geval gedurende de minderjarigheid van het betreffende kind *niet* moeten lopen, waarover hierna meer. De andere wettelijke rechten zijn immers toch net bedoeld om de minderjarige (of jong meerderjarige) erfrechtelijk iets – anders dan een fopspeen – toe te stoppen?

271. Ook art. 4:82 BW werkt in beginsel niet jegens de andere wettelijk gerechtigden.

272. ALAIN VERBEKE, Commentaar vanuit Belgische hoek (een schriftelijk interview), Nieuw Erfrecht, december 2002, nr. 6, p. 84.

Een andere brandende kwestie. In de literatuur<sup>273</sup> is de vraag gesteld in hoeverre men door de *wijziging van de inkortingsvolgorde* in combinatie met de clausulering van art. 4:82 BW legitimarissen zou kunnen benadelen. Zelfs met *schenkingen* door erflater tijdens leven aan derden lijkt dit geen probleem. Waaijer<sup>274</sup> schrijft: 'De niet-opeisbaarheid werkt niet alleen ten voordele van de gezamenlijke erfgenamen casu quo de langstlevende echtgenoot, maar ook *ten behoeve van* degenen die *voor inkorting vatbare giften* hebben verkregen.' (Curs. BS).

Dit biedt mogelijkheden. Als men immers 'het beschikbaar deel' achter het schild van art. 4: 82 BW kan *wegschenken*, kan men het vanzelfsprekend ook aan een derde 'vermaken'?

Deze discussie, of de inkortingsvolgorde ten nadele van de legitimariss (en ten voordele van een derde) gewijzigd kan worden, hoeft wat mij betreft hier niet meer overgedaan te worden. Er is genoeg over geschreven.<sup>275</sup> Kan het inderdaad niet, dan zal de legitieme nog al eens volgens de hoofdregel van art. 4:81 BW zes maanden na het overlijden opeisbaar zijn, althans voor zover de making aan de langstlevende als de voldoening aan een natuurlijke verbintenis zou zijn te beschouwen. De 'preciezen' die er vanuit gaan dat het niet mogelijk is om de inkortingsvolgorde te wijzigen, blijken vaak ook de 'rekkelijken' te zijn, in die zin dat ze vervolgens naar een praktische oplossing moeten en willen zoeken, om de legitieme ten behoeve of zo men wil 'ten laste' van de langstlevende niet opeisbaar te maken. Dat siert hen.<sup>276</sup> De vraag blijft echter of deze visie juist is.

De discussie speelt niet alleen voor de nieuwe testamenten, maar met name ook voor het ten 'laste-criterium' in art. 129 Overgangswet voor de 'oude' testamenten. Het probleem is daar vaak nog groter, omdat hier geldt 'uit het oog, uit het hart'. Gelukkig is de Minister terzake van dit probleem de praktijk te hulp geschoten door bij de behandeling van het overgangsrecht te verklaren dat 'ook' bij de onderhavige inkortingsproblemen een beroep gedaan

273. Zie bijvoorbeeld C.A. KRAAN en J.P. SCHMAL, De positie van de legitimariss bij wijziging van de inkortingsvolgorde, WPNR (2003) 6558, p. 927-929. PERRICK, Boekbespreking, valt hen bij in WPNR (2007) 6707.

274. B.C.M. WAAIJER, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 358.

275. Zie zoal B.M.E.M. SCHOLS en FW.J.M. SCHOLS, De klappen van de erfrechtelijke zweep, Nieuw Erfrecht, 2002, 3. P. BLOKLAND, Een erfrechtelijke processie van Echternach: het (oude) vruchtgebruiktestament in het nieuwe erfrecht, JBN 2003, nr. 14. W. BURGERHART, B.M.E.M. SCHOLS en FW.J.M. SCHOLS, Nogmaals: Ten laste van wie komt die 'lastige' legitieme, JBN 2003, nr. 33, C.A. KRAAN en J.P. SCHMAL, De positie van de legitimariss bij wijziging van de inkortingsvolgorde, WPNR (2003) 6558 en EstateTip Review 2004-12 Legitieme, inkortingsvolgorde en 'langstlevendetestamenten', Wat staat ons te doen? Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

276. Zie C.A. KRAAN en J.P. SCHMAL, WPNR (2004) 6580. Hun uiteindelijk soepele benadering van de materie met een soort indirecte draagplicht zou bestempeld kunnen worden als: 'de leer van de voorlopige onopeisbaarheid', EstateTip Review 2004-18, Inkortingsproblematiek blijkt voor de 'langstlevendepraktijk een storm in een glas water te zijn', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, PERRICK, Boekbespreking, WPNR (2007) 6707 valt hen bij. Ook soepel W.R. MEIJER, 'Time-out in het nieuwe erfrecht', Ars Notariatus 124, Kluwer: Deventer 2004, p. 32 en p. 49 e.v. Zie hierover EstateTip Review 2005-05, 'Oude testamenten', legitieme en inkortende broers en zusters. Met welke argumenten houdt u de legitimariss in zijn hok?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

kan worden op de betalingsregeling van art. 4:5 BW.<sup>277</sup> Daarnaast heeft Meijer<sup>278</sup> aangegeven dat de soep (overgangsrechtelijk) niet zo heet gegeten wordt als opgediend. En hebben Kraan<sup>279</sup> c.s. de praktijkvriendelijke leer van de ‘voorlopige onopeisbaarheid’ geïntroduceerd. De legitieme is pas op-eisbaar als de langstlevende uitkeert. De praktijk redt zich wel. Maar ook hier geldt, zoals zo vaak in het erfrechtelijke métier: ‘baat het niet (een wijziging van de inkortingsvolgorde), dan schaadt het ook niet’.

Erfrechtelijke knelpunten nodigen uit om toch maar weer een blik over de grens te nemen. Inderdaad verhelderend. Meteen valt op dat in de Duitse literatuur met betrekking tot het vraagstuk ‘wijziging van de inkortingsvolgorde’, die Anordnung der ‘Umverteilung’ genaamd, steeds weer gehamerd wordt op het onderscheid: *Aussenverhältnis* en *Innenverhältnis*. De erfgenamen gezamenlijk zijn de externe schuldenaren van de legitimaris oftewel *aansprakelijk* voor de legitieme, hetgeen uitdrukkelijk onderscheiden wordt van de *draagplicht* voor de legitieme in de onderlinge relatie van verkrijgers. Hoofdregel: dragen naar rato van verkrijging, met dien verstande dat blijkens § 2324 BGB erflater ‘*kann abweichen*’, waarbij aangegeven<sup>280</sup> wordt dat hij ‘bij wijze van spreken’ deze last op één erfgenaam alleen kan laten drukken. Erflater kan uitdrukkelijk niet in de externe relatie schuldeiser-schuldenaar inbreken, maar ‘im Innenverhältnis’ des te meer.

Dat onze Nederlandse benadering overduidelijk op de gedachte *Aussen-Innen*’ gebaseerd is, blijkt overduidelijk uit de toelichting bij de Bezemwet.<sup>281</sup> Dat de wijziging van de inkortingsvolgorde in de Duitse notariële testamentenpraktijk zeer serieus wordt genomen blijkt wel uit de navolgende in een van de praktijkboeken opgenomen waarschuwing:<sup>282</sup>

‘Ist jedoch aus einem notariellen Testament die nach § 2324 BGB getroffene Umverteilung der Pflichtteilslast nicht eindeutig zu erkennen und erwächst einem Nachlassbeteiligten hieraus ein Nachteil, so kann hierfür evtl. der Notar in der Haftung genommen werden (RG WarnR 1939 Nr 63)’.

Voor een vertaalslag van de boodschap naar de Nederlandse testamentenpraktijk verwijs ik naar W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, Hoe schiet ik tekort door het niet wijzigen van de volgorde van inkorting?!, WPNR (2004) 6580.

277. Zie hierover B.M.E.M. SCHOLS en F.W.J.M. SCHOLS, De erfrechtelijke klappen van de zweep, Nieuw Erfrecht, 2002, 3.

278. W.R. MEIJER, ‘Time-out in het nieuwe erfrecht’, *Ars Notariatus* 124, Kluwer: Deventer 2004, p. 32 en p. 49 e.v. Zie hierover *EstateTip Review* 2005-05, ‘Oude testamenten’, legitieme en inkortende broers en zusters. Met welke argumenten houdt u de legitimaris in zijn hok?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

279. Zie C.A. KRAAN en J.P. SCHMAL, WPNR (2004) 6580. Hun uiteindelijk soepele benadering van de materie met een soort indirecte draagplicht zou bestempeld kunnen worden als: ‘de leer van de voorlopige onopeisbaarheid’, *EstateTip Review* 2004-18, Inkortingsproblematiek blijkt voor de ‘langstlevendepraktijk een storm in een glas water te zijn’, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

280. DAMRAU, RIEDEL/LENZ, *Praxiskommentar Erbrecht*, Angelbachtal. Zerb Verlag 2004, p. 1802.

281. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1934.

282. DAMRAU, RIEDEL/LENZ, *Praxiskommentar Erbrecht*, Angelbachtal. Zerb Verlag 2004, p. 1802.

Nog een enkele opmerking over de wijziging van de inkortingsvolgorde. Of de making de voldoening aan een natuurlijke verbintenis betreft kan op grond van art. 4:87 lid 2 BW belangrijke gevolgen hebben. Het lijkt mij dan ook niet te ver gezocht om in de uiterste wil, met het oog op het bepaalde in het slot van art. 4:87 lid 2 BW, aandacht te besteden aan de vraag of een van de beschikkingen is gemaakt *ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis*. En zo ja, dan biedt desondanks de wijziging van de inkortingsvolgorde nog soelaas voor maatwerk. Deze mogelijkheid is, blijkens de parlementaire geschiedenis, immers niet beperkt tot de 'gewone' makingen, maar strekt zich desgewenst ook nog uit tot de makingen die het karakter hebben van voldoening aan een natuurlijke verbintenis. Gezien het belang voor de testamentenpraktijk, de hele passage:<sup>283</sup>

'Voorts is [...] toegevoegd dat, *tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit*, een making die te beschouwen is als voldoening aan een natuurlijke verbintenis van de erflater, pas na de andere makingen voor inkorting in aanmerking komt; "[...]. Hiermede komt tevens tot uitdrukking dat ook deze makingen voor inkorting vatbaar zijn [...].'"(Curs. BS)

Tot slot wijs ik nog op de eenzijdige erfrechtelijke, op het algemene vermogensrecht geïnspireerde, *schuldoverneming* van artikel 4:87 lid 6 BW, waarbij geen toestemming van de legitimaris vereist is als bedoeld in art. 6:155 BW.<sup>284</sup> Niet-opeisbaarheid van de legitieme door interne wijziging van de draagplicht heeft nu eenmaal ook een extern trekje. Zonder aanvullende regel, zoals art. 4:87 lid 6 BW zou de vordering ten laste komen van de erfgenamen op wie het legaat rustte, terwijl zij ook aan de verplichtingen uit het legaat volledig hebben moeten voldoen.<sup>285</sup> Met een erfrechtelijk automatisme als specialis op art. 6:155 BW is goed te leven, nu de erfgenamen (terecht) verlost moesten worden van hun aansprakelijkheid voor de legitieme. Komt de legitieme ten laste van een ander dan de te beschermen partner, dan geldt weer de hoofdregel en dient aansprakelijkheid en draagplicht weer scherp onderscheiden te worden. De langstlevende dient voor de bescherming wel een prijs te betalen: privé-aansprakelijkheid voor de schuld aan de legitimaris. Dit doet denken aan een vruchtgebruik tegen 'opoffering' oftewel in casu 'tegen inbreng van de draagplicht' van de legitieme. Dat de erfgenamen van de langstlevende echtgenoten en 'levensgezellen' er wijs aan doen om 'standaardmatig' beneficiair te aanvaarden behoeft geen betoog.

Aan de betreffende aansprakelijkheid komt men niet toe als erflater heeft aangegeven dat de langstlevende niet draagplichtig is voor de legitieme.

283. Parl. Gesch Vast. Boek 4, p. 497.

284. Kritischer KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 594 die spreken van een 'rechtsdogmatisch gezien wonderlijke capriool'. Ook bij de 'saisine' als bedoeld in art. 4:182 BW hoeft er echter door de schuldeiser geen toestemming in de zin van art. 6:155 BW gegeven te worden zou mijn gedachte zijn. Zie over contractoverneming G.VAN RIJSSEN, Contractoverneming (diss. Groningen) 2006, p. 122 die opmerkt dat de 'toestemming' bij de schuldoverneming in veel gevallen een onnodig vergaande bescherming van de schuldeiser is

285. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1946 Zo ook F.R. SALOMONS, WPNR (2005) 6619, p. 342

### 1.3.7 De verbintenis kan vervallen of verjaren; korte termijnen (de zesde zwakke plek)

De minister heeft het niet zo op 'inkorting' zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis:<sup>286</sup>

'De inkorting, die de begiftigde tot terugbetaling verplicht, artikel 4:90 lid 1 BW, dient [...] tot zo weinig mogelijk gevallen beperkt te blijven.'

Beperken tot 'zo weinig mogelijk gevallen' stemt een legitimaris niet erg gunstig. De minister lijkt partij te kiezen en in ieder geval niet voor de legitimaris. Het verbaast dan ook niet dat de 'moderne' legitieme portie kan vervallen of verjaren. Dat dit niet vanzelfsprekend is, blijkt wel uit het feit dat onder het oude recht de verjaring van de legitieme niet geregeld was. Wat het verval betreft, geldt in het nieuwe recht zelfs een termijn van 'uiterlijk vijf jaar na het overlijden' of na het verstrijken van een door belanghebbende gestelde redelijke termijn, aldus art. 4:85 lid 1 BW. Deze termijn is keihard en maakt deel uit van de aan het nieuwe erfrecht ten grondslag liggende filosofie van de 'hard- en fast rules'. 'Hard' omdat de soepele verlengingsmogelijkheid door de kantonrechter van art. 4:77 BW hier, op deze vijfjaarstermijn, *niet* van toepassing is.

Ter illustratie een voorbeeld dat zich in de praktijk ongetwijfeld nog wel eens zal gaan voordoen. De legitimaris heeft het vermoeden dat door zijn vader substantieel geschonken is. Hij heeft echter geen flauw idee aan wie. Op grond van art. 4:90 lid 3 BW zal hij toch binnen vijf jaren na het overlijden de 'verklaring van inkorting' dienen uit te brengen? Tot wie moet hij zich richten? Kennen de erfgenamen<sup>287</sup> de 'onbekende' begiftigde? Een regeling als in art. 29 SW 1956 met betrekking tot onzekerheid rondom de verkrijger ontbreekt in het civiele recht. Misschien kan de fiscus zich nog iets van de schenking herinneren? Ik zie hier in beginsel ook geen taak voor de *exécuteur* nu de verklaring blijkens art. 4:90 lid 1 BW uitdrukkelijk aan de begiftigde dient te worden uitgebracht.

De verjaringstermijn van een ingeroepen legitieme is blijkens art. 3:306 BW twintig jaar. De vervaltermijn in beginsel vijf jaar, te rekenen vanaf overlijdensdatum. Dit onderscheid is met name van belang als erflater in zijn testament een zinspeling op de rechten van de legitimaris maakt. Zou de verwijzing hierdoor het karakter van legaat krijgen, dan is de wettelijke vervaltermijn van art. 4:85 BW niet meer van toepassing, maar wordt het legaat door de spelregels van de verjaring beheerst.<sup>288</sup>

Asser-Hartkamp<sup>289</sup> geeft kort en krachtig aan dat er twee essentiële verschillen zijn tussen 'verjaring en verval':

286. MvT, 17 141, Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1864.

287. Of de 'boedelnotaris'?

288. Zie hierover B.M.E.M. SCHOLS, Legaat of legitimaire plicht, vraag het aan het 'Oberlandesgericht?', WPNR (2003), 6551, p. 791-793.

289. ASSER-HARTKAMP 4-I, De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2004, nr. 686.



'In de eerste plaats doet verjaring de rechtsvordering tenietgaan, verval de bevoegdheid zelf Ten tweede is voor het tenietgaan der rechtsvordering bij verjaring nodig dat de schuldenaar een beroep doet op de verjaring, terwijl door het verstrijken van een vervaltermijn het recht van rechtswege tenietgaat'

Gezien het feit dat de verjaringstermijn van de legitieme blijkens art 3 306 BW twintig jaar is, zal hier in de praktijk niet snel aan toegekomen worden, omdat een legitiemaris die ervoor zorgdraagt dat hij er binnen vijf jaar 'bij is', er in de regel ook wel voor zorg zal dragen dat hij er binnen twintig jaar 'bij is'

Wie vijf jaar kort vindt, kan al helemaal zijn borst nat maken bij kennisneming van de in art 4 85 lid 2 BW 'weggemoffelde' regel

'Indien *negen maanden* na het overlijden van de erflater niet vaststaat in hoeverre diens echtgenoot aanspraak zal maken op de vestiging van een vruchtgebruik krachtens artikel 30, vervalt het deel van de vordering dat ten laste van de echtgenoot zou komen, tenzij de legitiemaris binnen die termijn aan de echtgenoot heeft verklaard dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen'

Negen maanden is kort Een schrale troost bevindt zich echter in de staart

'Artikel 77 is op deze termijn van overeenkomstige toepassing'

Verlenging op grond van *byzondere omstandigheden* (zelfs na het verstrijken van de termijn) is derhalve nog mogelijk

In het Duitse recht kiest men voor een heel andere route dan de 'hard en fast'-regel zoals neergelegd in de vijfjaarstermijn van art 4 85 BW Zij het dat ook de Duitse auteurs in deze van mening zijn 'Die relativ kurze Verjährungsfrist dient dazu, eine rasche Klärung und eine schnelle, eindgültige Abwicklung es Nachlasses herbeizuführen'<sup>290</sup> Zij lijken nog een stap verder te gaan met het uitdunnen van de rechten van de legitiemarissen, aangezien zij een *driejaarstermijn* hanteren voor een beroep op de legitieme Schijn bedriegt echter In de Duitse regeling wordt op aangeven van de wetgever namelijk uitgegaan van '*kennisneming*', en wel van een '*doppelte*' kennisneming Zowel dient kennisneming van *het overlijden* van erflater plaatsgevonden te hebben, als van de betreffende *uterste wilsbeschikking en/of schenking* Hierbij wordt echter als maximumtermijn van 'verjaring' gehanteerd dertig jaar na het overlijden van erflater<sup>291</sup> Door de (wettelijk) vereiste 'dubbele' kennisneming is de positie van de Duitse legitiemaris vele malen beter dan die van de Nederlandse Een vijfjaarstermijn is nog wel 'strategisch uit te zitten' Voor een termijn van dertig jaar ligt dit vanzelfsprekend anders De Nederlandse wetgever heeft echter allesbehalve gekozen voor de dubbele kennisneming, maar voor 'hard and fast rules' Hoewel Meijers<sup>292</sup> over de hele linie nog een

290 KERSCHER/TANCK, Pflichtteilsrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn Deutscher, Anwaltverlag 1997, p 215

291 § 195 BGB

292 TM, p 163 en 165, Parl Gesch Boek 4 Vast, p 439 en p 531 e v, waar gehamerd werd op de rechtszekerheid en in dit licht geconstateerd werd dat de kennisneming geruime tijd kon uitblijven Deze kennisneming is dan ook uiteindelijk komen te vervallen

legitimarisvriendelijke oplossing, met Duitse trekjes voorstond oftewel: 'De keuze, die een legitimaris volgens de vorige leden toekomt, moet door hem worden gedaan binnen drie maanden nadat hij kennis draagt van de beschikking en van het feit, dat deze inbreuk maakt op zijn wettelijk erfdeel'. En: 'Een vordering tot inkorting vervalt in ieder geval drie jaren nadat de legitimaris van een inbreuk op zijn wettelijk erfdeel heeft kennisgedragen.' (Curs. BS)

Degenen die niet voor zichzelf op kunnen komen, zoals *minderjarigen*, die het moeten hebben van hun wettelijk vertegenwoordiger, kunnen bij het bereiken van de meerderjarige leeftijd bedrogen uitkomen. 'Hard and fast' blijkt niet altijd 'hard maar toch fair' te zijn. De vervaltermijn om een beroep te doen op de legitieme is wellicht verstreken. Daar komt bij dat zij niet zelden een tegenstrijdig belang zullen hebben met hun wettelijk vertegenwoordiger. De legitieme zal immers vaak ten laste komen van laatstgenoemde. Mij spreekt dan ook enorm aan de door de Duitse wetgever gekozen oplossing voor deze netelige kwestie. Het spel moet immers sportief gespeeld worden.<sup>293</sup> Tijdens de minderjarigheid loopt geen 'verjaring' tussen ouders en kinderen, § 207 (1) 2 BGB en wat de verhouding tussen minderjarigen en derden betreft, treedt de verjaring in beginsel niet eerder in dan na het verstrijken van zes maanden na het bereiken van de *meerderjarige* leeftijd, § 210 BGB. Deze benadering missen wij in ons nieuwe Nederlandse erfrecht, zowel bij de legitieme als bij de andere wettelijke rechten. Door het ontbreken van een bepaling van gemelde strekking, verbaast het niet dat 'zo nu en dan' een notaris in erfrechtelijke gewetensnood komt. De bescherming van minderjarigen is echter niet aan de notaris(ondernemer), maar aan de wetgever, waarover in de volgende paragraaf meer.

In de praktijk zal ook vaak geen beroep gedaan worden op de legitieme uit onwetendheid. En al helemaal als de vordering nog niet opeisbaar zou zijn op grond van het bepaalde in art. 4:82 BW. Tijdens 'het wachten' is, zacht gezegd, de kans groot dat de vijfjaarstermijn verstrijkt. De werkgroep deontologie nieuw erfrecht<sup>294</sup> merkt dan ook op dat als compensatie voor het feit dat de ontferde legitimaris niet door de notaris wordt benaderd, in de media meer aandacht dient te worden gegeven aan de positie van de legitimaris. Met de werkgroep ben ik dan ook verder van mening: 'Het ware gewenst dat de wetgever actie onderneemt om personae miserabiles die legitimaris zijn te beschermen.' De werkgroep had hierbij de casus voor ogen dat de overblijvende ouder, die het gezag heeft over het vermogen van de minderjarige legitimaris, tot enig erfgenaam is benoemd, waarbij vervolgens gesignaleerd en geconcludeerd wordt dat de kans dat in een dergelijke situatie een beroep op de legitieme wordt gedaan, nihil is. De wetgever doet er overigens wijs aan om de 'Duitse oplossing' voor minderjarigen over te nemen. Tijdens minderjarigheid dienen de termijnen met betrekking tot de legitieme portie (en de andere wettelijke rechten) van rechtswege 'gestuit' te worden.

293. Afgezien dat hier de onrechtmatige daad uitkomst zou kunnen bieden en het feit dat een wettelijk vertegenwoordiger in beginsel ook op enig moment 'rekening en verantwoording' zal moeten afleggen.

294. R.L. ALBERS-DINGEMANS, Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap, WPNR (2004) 6585, p. 559-565.

### 1.3.8 Notarissen mogen de ‘schuldeiser’ niet benaderen (de zevende zwakke plek)

Spoedig na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht bleek de meest brandende deontologische vraag te zijn: ‘Moet en/of mag de notaris de (ont-erfde) legitimarissen nieuwe stijl in hun hoedanigheid van schuldeiser van de nalatenschap benaderen bij het afgeven van een verklaring van erfrecht als bedoeld in art. 4:188 BW als de “opdrachtgever” dit niet wil?’ De ‘gebroeders Schols’ hebben aan de vooravond van de inwerkingtreding van het nieuwe recht door middel van een bijdrage<sup>295</sup> in het WPNR de knuppel in het notariële hoenderhok gegooid, zij het schoorvoetend. Hun doel was de ‘brede maatschappelijke erfrechtelijke’ discussie aan te zwengelen. De opdracht aan de notaris was in hun ogen doorslaggevend. Werd alleen om een verklaring van erfrecht gevraagd dan betekende dit dat de legitimarissen niet benaderd hoefden te worden. Kreeg de notaris opdracht tot volledige boedelbehandeling, dan moesten ‘vanzelfsprekend’ ook de legitimarissen benaderd worden, was hun gedachte. In die fase durfden zij nog geen stap verder te gaan. Het land was desondanks toch al in rep en roer. Was dit nu het nieuwe erfrecht? Reden genoeg voor de KNB om een *werkgroep deontologie erfrecht* in te stellen. De werkgroep ging voortvarend te werk en kwam al snel met een rapport in de vorm van een artikel in het WPNR.<sup>296</sup> De werkgroep zette de navolgende principiële stap die als een rode draad door de bevindingen loopt:

‘Het zal misschien dan ook menigeen verrassen dat de werkgroep tot de conclusie is gekomen dat het soort opdracht geen verschil maakt voor de invulling van de taak van de notaris.’

Moet het wel of mag het nu niet? De werkgroep:

‘In het voormelde artikel van de gebroeders Schols werd geconcludeerd dat de notaris niet de plicht heeft een legitimaris te traceren en te informeren, als hem wordt verzocht een verklaring van erfrecht af te geven. De werkgroep onderschrijft deze conclusie.’

En vervolgens werd er nog een schepje bovenop gedaan:

‘Zou de notaris tegen de wil van de opdrachtgever toch de legitimaris op de hoogte stellen, dan schendt hij daarmee zijn beroepsgeheim.’

Krachtige en duidelijke taal. Het hoge woord was eruit. Het notariële ‘biechtgeheim’ mocht niet geschonden worden. Dat is immers heilig.<sup>297</sup> Het bestuur van de KNB voegt in een naschrift aan het ‘rapport’ van de commissie het volgende toe:

295. B.M.E.M. SCHOLS en FW.J.M. SCHOLS, Krijgt de legitimaris bericht?, WPNR (2002) 6513, p. 825-827.

296. R.L. ALBERS-DINGEMANS, Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap, WPNR (2004) 6585, p. 559-565.

297. Behalve als het om successierecht gaat? Zie R.J. HOLTMAN, Meldingsplicht jegens de fiscus, WPNR (2006) 6666 over het arrest van de Notariskamer van het Hof Amsterdam van 24 november 2005, LJN AU 7278, p. 387-392.

‘Het artikel is onder auspiciën van het bestuur tot stand gekomen Dit betekent niet dat de standpunten zoals verwoord in het artikel geen ruimte bieden voor discussie of verdere ontwikkeling Wel wordt met het artikel beoogd houvast te bieden aan diegenen in de notariële praktijk die zich met erfrecht bezighouden en worden geconfronteerd met de vraag hoe een notaris kan, mag of moet handelen in bepaalde gevallen ’

Als de moderne (ondernemende) notaris ergens behoefte aan heeft dan is dat inderdaad aan ‘houvast’ Over het benaderen van de legitimaris kwam toch nog enige discussie, zij het mondjesmaat Deontologisch zwaargewicht Holtman<sup>298</sup> wees er vervolgens terecht op dat er in deze kwestie niet verzuimd moest worden een onderscheid te maken tussen het *civielrechtelijke* vraagstuk en het *tuchtrechtelijke* vraagstuk Uiteindelijk kon hij zich vinden in de gedachte dat een notaris die een verklaring van erfrecht afgeeft niets frustreert De legitieme blijft de legitieme of de verklaring nu afgegeven wordt of niet, of de onroerende zaak uit de boedel nu verkocht wordt of niet Notarissen hebben onmiskenbaar een zorgplicht naar derden, maar hier valt mijns inziens niets te ‘zorgen’ Het is de wetgever die het recht van de legitimaris na vijf jaar frustreert, niet de notaris Een onrechtmatige daad of wanprestatie van de erfgenaam is evenmin aan de orde en de inhoud van een verklaring van erfrecht is slechts ‘constaterend’ van aard en niet ‘rechtsscheppend’, zoals bijvoorbeeld een akte van levering, waarbij (voorkeurs)rechten van derden daadwerkelijk gefrustreerd worden De legitimaris heeft slechts recht op een ‘soortzaak’ geld En zelfs als er wel sprake zou zijn van frustreren van rechten van derden, heeft de notaris nog steeds een geheimhoudingsplicht en eventueel een opschortingsplicht, geen opsporingsplicht Zo besliste de Rechtbank Arnhem op 14 december 2005,<sup>299</sup> indachtig de rechtsregel<sup>300</sup> ‘*Tilburgse hypotheekbank*’, over een schending van een voorkeursrecht van ‘V’ ‘Weliswaar mocht de notaris door zijn *geheimhoudingsplicht* geen contact met V opnemen, maar hij had van de bij de te passeren akte betrokken partijen wel om een bewijs van V’s instemming moeten vragen, en bij gebreke hiervan zijn ministerie weigeren’ En wat is mijns inziens het verschil tussen een legitimaris (geldvordering) en een voorkeursrecht waardoor iemand (V) een woning voor een bepaald bedrag kan terugkopen ‘Immers, bij het verlijden van de akte werden de belangen van V *rechtstreeks* aangetast’ (Curs BS), aldus diezelfde rechtbank

En bij het afgeven van een verklaring van erfrecht worden daarentegen ‘niemands’ rechten rechtstreeks aangetast In ieder geval niet die van een legitimaris Derhalve in casu ook geen opschortingsplicht met betrekking tot de afgifte van een verklaring van erfrecht

Wat er ook van zij Wil men een systeem met inhoud en de notaris wel de ruimte geven om in actie te mogen komen, dan is er maar een oplossing en dat is dat de wetgever niet alleen het Duitse systeem van ‘*doppelte kennisne-*

298 R J HOLTMAN, Tweede reactie op ‘Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een Nalatenschap’ van de Werkgroep deontologie nieuw erfrecht in WPNR (2004) 6585, p 543-544

299 Notafax 2006, 40

300 HR 15 september 1995, NJ 1996, 629

*ming* (of een daarop gebaseerde filosofie) overneemt, maar ook de Duitse gedachte dat in geval van een *minderderjarige* legitimaris de vervaltermijn voor het inroepen van de legitieme 'gestuit' is tot het bereiken van de meerderjarigheid.

De actie: 'Red de legitimaris', is echter niet aan de notaris en dient vooral ook niet *over* de rug van de notaris, maar ook niet over de rug van de *executeur*, de vertrouwenspersoon van erflater, gespeeld te worden. Besluit men om de legitimaris aan zijn lot over te laten, dan is het mijns inziens wenselijk om zowel de rechtspraktijk als de legitimaris zelf 'voorgoed' van de *schijn*legitieme te verlossen. Een flankerende maatregel zou alsdan kunnen zijn nog meer inhoud te geven aan de 'echte' legitieme, te weten 'de andere wettelijke rechten'.

Deontologische benaderingskwesaties rondom de legitieme portie kunnen mijns inziens voorkomen worden met het geven van duidelijke testamentaire instructies aan de *executeur*: 'Legitimarissen hoeven (en mogen) niet te worden opgespoord'.<sup>301</sup>Onder het opschrift<sup>302</sup> 'Diskretion im Erbfall', lees ik dat zelfs een instructie mogelijk is in de geest van: 'Der Erblasser kann auch [...] den Testamentsvollstrecker anweisen, bestimmte Auskünfte nicht zu erteilen.'

Laten we het door het bestuur onderschreven standpunt van de werkgroep koesteren. Dit is voorsnog in ieder geval een voor de praktijk werkbare leidraad. In het voorwoord van het preadvies van de KNB (2006), Nieuw Erfrecht in de praktijk, sluit Stille zich in beginsel bij het standpunt van de werkgroep aan dat er geen traceerplicht van legitimarissen is voor de notaris, maar vraagt zich wel af welk geheim de notaris schendt als hij de legitimaris op de hoogte stelt van zijn status. Hij merkt daarbij op dat het overlijden van erflater geen geheim is. Dat is op zich juist, maar daar kan tegenovergesteld worden dat het wel een geheim is dat de erfgenamen zich op het kantoor van de betreffende notaris gemeld hebben voor de boedelafwikkeling.

Van groot belang met het oog op het onderhavige vraagstuk is dat de notaris die een verklaring van erfrecht of executele afgeeft, zich als *betrokken notaris* als bedoeld in art. 4:186 lid 2 BW in het boedelregister laat inschrijven. De legitimaris zou immers schade kunnen lijden als hij bijvoorbeeld het adres<sup>303</sup> van de *executeur* niet zou kunnen achterhalen.

Aan alle kanten is, zoals gezien, onder het nieuwe erfrecht de positie van de *legitimaris* ten opzichte van de *executeur* verslechterd. Ook de kantonrechter

301. B.M.E.M. SCHOLS, Frustreren van rechten van derden of gefrustreerde legitimarissen? Gelaten nalaten!, Reactie op "Tweede reactie op "Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap van de Werkgroep deontologie nieuw erfrecht van R.J. HOLTMAN in WPNR (2005) 6627", WPNR 6643, p. 888-890, met naschrift van HOLTMAN: 'Maar een bewuste keus van de wetgever met een hoog "zieligheidsgehalte" alleen leidt niet tot een verplichting van de notaris om onderfde legitimarissen op te sporen.'

302. Erbrecht Effektiv 4, 2006, p. 72 onder verwijzing naar KEILBACH, FamRZ 96, 1191.

303. Art. 49b Wet op het notarisambt.

Zwolle laat daar in haar beschikking van 25 april 2005 geen enkele twijfel meer over bestaan.<sup>304</sup>

‘bij dat testament heeft hij haar tot enig erfgenaam benoemd en verzoeker in niet voor misverstand vatbare termen onterfd. Daarbij heeft hij zijn oprechte spijt geuit dat hij diens aanspraak op de legitieme niet kon voorkomen [...]’

Zo. En tot *executeur* werd de zoon van de vriendin van vader benoemd, hetgeen eveneens de erfrechtelijke sfeer reeds aangeeft. Kon de onterfde zoon in zijn hoedanigheid van legitimaris eventueel een verzoek indienen tot *ontslag* van de betreffende *executeur* krachtens art. 4:149 BW?

‘Nu verzoeker is onterfd doch aanspraak lijkt te maken op zijn legitieme portie, is hij als legitimaris/niet-erfgenaam eveneens schuldeiser van de nalatenschap, echter voor dit deel van zijn vordering met de *laagste voorrangspositie*. Het voldoen van die schulden behoort ingevolge art. 4:144 lid 1 tot de taken van de *executeur*. De vraag is of verzoeker die “slechts” schuldeiser is en geen erfgenaam, het recht heeft ontslag van de *executeur* te verlangen. Dat antwoord moet ontkenkend luiden: deze schuldeiser behoort niet tot de in art. 4:149 lid 2 BW genoemde personen die ontslag van de *executeur* kunnen vragen. In zoverre is verzoeker in zijn verzoek niet ontvankelijk.’ (Curs. BS)

Een belangrijke uitspraak die de eerste zwakke plek in relatie tot executiele bevestiging. Goederenrechtelijke aanspraak werd ‘slechts’ verbintenis uit de wet.<sup>305</sup> Het is immers niet aan de legitimaris om de *executeur* te ‘ontslaan’.

#### 1.4 De Nederlandse ‘erfrechtelijke normen en waarden’ geven slechts aanleiding tot verwarring?

Hiervoor werd een poging gedaan om de zwakke plekken van de nieuwe regeling van de legitieme portie bloot te leggen. Er is gebleken dat de *executeur* vertoeft in het ideale erfrechtelijke klimaat. Zelfs in een beter klimaat dan zijn sterke Duitse collega de Testamentsvollstrecker. Bij wijze van spreken zou zelfs de afschaffing van de legitieme zijn positie nagenoeg niet versterken. De navolgende zeven zwakke plekken in de regeling zijn immers ontmaskerd:

- a. goederenrecht werd *verbintenis uit de wet*;
- b. de schuldenaar bepaalt zelf de wijze van betaling van de verbintenis;
- c. ‘oneigenlijke’ nakoming van de verbintenis vaak niet meer te voorkomen;
- d. de omvang van de verbintenis is gereduceerd;
- e. de verbintenis is onder omstandigheden *niet opeisbaar*;

304. Rechtbank Zwolle 25 april 2005, Notafax 2005, 99. Uit de beschikking blijkt ook dat het van belang kan zijn dat als men in rechte aangesproken wordt als *executeur* en men dit niet weerspreekt men geacht zou kunnen worden de functie te hebben aanvaard. Een mislag is mijns inziens de opmerking in de beschikking dat de figuren *executeur* en een vereffenaar ook naast elkaar kunnen bestaan op grond van art. 4:206 BW.

305. De legitimaris rest eventueel de route van art. 4:78 BW. Aanspraak maken op ‘inzage en een afschrift van alle bescheiden’ en de met het beheer van de nalatenschap belaste *executeur* doen oproepen de deugdelijkheid van de boedelbeschrijving onder ede te bevestigen.

- f. de verbintenis kan vervallen of verjaren (korte termijnen);
- g. notarissen mogen de 'schuldeiser' niet benaderen.

Het erfrecht is met het door de wetgever openzetten van de deuren voor het verbintennisrecht, net zoals ons hoogste rechtscollege dat het laatste decennium in het huwelijksvermogensrecht<sup>306</sup> heeft gedaan, in 2003 nieuw leven ingeblazen. De gewijzigde aard van de legitieme portie geeft erflaters en daarmee de notariële praktijk vele nieuwe mogelijkheden. Creatief zijn mag weer. Goederenrecht wordt immers al snel als star ervaren, terwijl het verbintennisrecht daarentegen blijft bruisen. Schoordijk zou ongetwijfeld zeggen:<sup>307</sup> 'blijf werken aan een grotere, ook voor de notariële praktijk zo belangrijke kennis van het verbintennisrecht.'

De vraag of een heel eigen Boek 4 met instandhouding van een erfrechtelijk eiland, in de 21<sup>e</sup> eeuw, nog wel gerechtvaardigd is, is wellicht na bijna vijf jaar nieuw erfrecht misplaatst en thans nog te revolutionair van aard. Zou een 'executeur' zich niet kunnen redden met de Boeken 3 en 6 BW? Ik zal mij geëisd houden.

Wat is dan die nieuwe 'ware aard' van de legitieme portie?

Mijn gedachte zou, gelet op de zeven zwakke plekken die zijn komen bovendien, resumerend de navolgende zijn.

Het gaat om niet meer dan een *verbintenis* uit de *wet* tot betaling van een (reeds tijdens het leven van erflater *sluimerende voorwaardelijke*) 'relatief kleine' (veelal tot het overlijden van de langstlevende *niet-opeisbare*) geldschuld. Aangezien de legitieme een wilsrecht betreft, dient er ook daadwerkelijk aanspraak op gemaakt te worden.

Eerder 'betalen' mag (door middel van een gift), soms ook met een 'ongangbaar' of onder omstandigheden zelfs 'ondeugdelijk' betaalmiddel, gelet op het feit dat de vervaltermijnen meer dan eens blijken verstreken te zijn.

Nu gebleken is dat de nieuwe Nederlandse legitieme portie niet heel veel inhoud heeft, is de stap naar afschaffing mijns inziens eenvoudig te zetten. Indien men immers met een legitieme portie erfrechtelijke normen en waarden wil creëren, dient men de legitieme ook inhoud te geven. Normen en waarden die geen inhoud blijken te hebben, geven in de praktijk slechts aanleiding tot verwarring. Verwarring kan in ieder geval al zo veel mogelijk voorkomen worden als erflater zich in zijn uiterste wilsbeschikking tegenover zijn vertrouwenspersoon de *executeur* uitspreekt over de vraag wat hij van hem verwacht in relatie tot de voldoening van de (latente) schuld van de legitimaris: zwijgen of opsporen?

306. Denk aan arresten als 'Vossen-Swinkels', Hoge Raad 7 april 1995, NJ 1996, 486 of 'Rensing-Polak I', HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617 of 'het onderling overeenstemmend gedrag' in Hoge Raad 18 juni 2004, NJ 2004, 399.

307. H.C.F. SCHOORDIJK, De zogenaamde privateve last van art. 7:423 BW en aanverwante rechtsfiguren (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 307.

Aangezien een executele als zodanig, anders dan in Duitsland, niet als inferieur geldt, is het onderzoek naar de kracht van de Nederlandse legitieme met name van belang voor de positie van de executeur-*afwikkelingsbewindvoerder*. Ter illustratie van de problematiek en als bewijs dat een (zuiver) verbintenisrechtelijk systeem van de legitieme portie het handelen van een (zelfs inferieure) executeur, in beginsel niet zal belemmeren, en al helemaal niet als de legitieme portie ook nog niet-opeisbaar is, hierna een klein uitstapje naar de beleveniswereld van 'Joop en Toon', wellicht ook de maatschappelijke beleving?

### 1.5 *Ter illustratie: de 'tijd loopt' in de erfrechtelijke anekdote van 'Joop en Toon'*

De navolgende casus<sup>308</sup> wordt door mij al bijna tien jaar in het (notariële) onderwijs gebruikt om de verhouding tussen legitimaris en executeur-afwikkelingsbewindvoerder inzichtelijk te maken. Als eerbetoon aan 'Joop en Toon' verdient hij dan ook een plaats in mijn dissertatie, en wel ter afsluiting van de bepaling van de positie van de legitimaris. Uit deze erfrechtelijke anekdote blijkt meteen de kracht van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder en de zwakte van de nieuwe Nederlandse legitimaris.

*Er was eens...*

Vader overlijdt als weduwnaar na zijn oudste zoon Toon tot 'driesterren'-executeur (executeur-afwikkelingsbewindvoerder) te hebben benoemd. Toon heeft nog een broer, Joop genaamd, een echte pechvogel, alsmede een zus, Clothilda. Vader is niet van het ab intestaat erfrecht afgeweken. Joop, Toon en Clothilda zijn ieder voor één derde gedeelte erfgenaam. Joop vindt het maar niets dat zijn broer in de rol van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder als 'zijn' vertegenwoordiger aan de verdeling van de nalatenschap mag meewerken oftewel de touwtjes in handen heeft. Clothilda is 'de lieve zus' en maakt derhalve geen problemen. Ze respecteert vaders laatste wil. Joop laat zich (hij is een pechvogel) voorlichten door een jurist die nog niet helemaal ingewijd is in de geheimen van het nieuwe Nederlandse erfrecht. 'Dit hoef jij niet te dulden, Joop', krijgt hij te horen. 'Een afwikkelingsbewind is in strijd met jouw rechten als legitimaris, het staat zelfs in de parlementaire geschiedenis, Joop. Bel je broer Toon maar op en zeg maar dat ik dat gezegd heb.' Zo gezegd, zo gedaan en Joop belt zijn broer Toon de executeur-afwikkelingsbewindvoerder op.

*Toon: 'Met Toon'.*

*Joop: 'Dag Toon met Joop hier. Ik ben net naar een jurist geweest en die zei dat ik als legitimaris jou als executeur-afwikkelingsbewindvoerder niet hoefde te dulden. Dat stond zelfs in de parlementaire geschiedenis.'*

*Toon: 'Dat klopt! (Toon is wel bij een jurist geweest die ingewijd is in de geheimen van het nieuwe erfrecht). Ha, ha, ha, ja, dat klopt, ha, ha, ha, de tijd loopt. Over drie maanden spreken we elkaar nog wel, ha, ha, ha.'* Toon legt op.

Joop snapt er niets meer van. De tijd loopt? Over drie maanden spreken we elkaar nog wel? Wat is er aan de hand? Wat bedoelde Toon?

308. B.M.E.M. SCHOLS, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur (Van Mourikbundel), Deventer. Kluwer 2000, p. 278.



De jurist had Joop vergeten te vertellen dat onder het nieuwe recht de techniek van verzet tegen inferieure verkrijgingen is: het *verwerpen* van het erfdeel in combinatie met een beroep doen op de legitieme portie, art. 4:63 lid 3 BW. Ook wel de *contantenverklaring* genaamd of zoals onze Oosterburen het zeggen de 'tactische Ausschlagung'. En om niet geïmputeerd te worden (de envelop blijft vol) dient de verwerping binnen *drie maanden* na het overlijden van vader te geschieden, art. 4:72 BW. Zie voor een eventuele verlenging van de termijn art. 4:77 BW.

Toon blijft als executeur-afwikkelingsbewindvoerder in geval van verwerping door Joop stevig in het zadel zitten aan de verdelingstafel. En Joop? Joop zet zichzelf buitenspel, hij boedelt zichzelf uit. Hij stond erbij en keek ernaar.<sup>309</sup>

Joop moet kiezen uit twee kwaden: verwerpen en daarmee zijn goederenrechtelijke jas aan de kapstok hangen en vertrekken óf blijven en Toon als *afwikkelingsbewindvoerder* dulden.

Dat het voorbeeld, om de erfrechtelijke gewetensnood van de legitimaris aan te geven, niet eenvoudig genoeg gekozen kan worden, blijkt niet alleen uit de Duitse terminologie die voor de onderhavige problematiek gehanteerd wordt: 'taktischen Ausschlagung' maar ook uit het feit dat in de literatuur de regeling van de contantenverklaring van § 2306 BGB als 'die schwierigste Vorschrift des BGB' aangemerkt wordt.<sup>310</sup> Aan de Joop en Toon-problematiek komt men alleen toe als men executele als een inferieure verkrijging aanmerkt. Aangezien een executeur met de beheersopdracht geen inferieure verkrijging oplevert, is in het voorbeeld bewust gekozen voor een executeur-*afwikkelingsbewindvoerder* die blijkens art. 4:72 BW en art. 4:73 BW wel een inferieure verkrijging oplevert. Een niet-inferieure verkrijging zou geïmputeerd worden, waardoor de legitieme portie 'nihil' zou kunnen worden.

Nog spectaculairder wordt het – wat het terugdringen van de invloed van de legitimaris betreft – als vader ook nog een echtgenoot of een levensgezel in de zin van art. 4:82 BW achtergelaten zou hebben. In dat geval zou de legitieme portie op basis van het beginsel 'ongestoord voortleven' van de langstlevende de facto nagenoeg uitgeschakeld kunnen worden. Een beroep op de legitieme zou in dit geval het karakter dragen van een kamikaze-actie. Men ruilt alsdan niet alleen een goederenrechtelijke aanspraak in voor een verbintenissenrechtelijke aanspraak, een geldvordering, maar ook nog eens voor een tijdens het leven van de partner *niet-opeisbare* aanspraak.

Deze mogelijkheid wordt daarenboven niet slechts gedragen door een verzorgingscriterium, maar door het criterium dat een langstlevende partner *zonder meer ongestoord moet kunnen voortleven*. Het zal dan ook niet verbazen dat het schild van de langstlevendenbescherming in de praktijk nog wel eens gebruikt wordt om inferieure afwikkelingsbewindvoerders vrij baan te geven. Met deze nieuwe erfrechtelijke onschendbaarheid is de stap naar definitieve afschaffing van de legitieme portie toch niet meer groot?<sup>311</sup>

309. Bedankt en tot ziens Joop oftewel Joop wordt in jargon 'erfrechtelijk vacuüm gezogen'.

310. J. MAYER, Handbuch Pflichtteilsrecht, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003, p. 49.

311. Het ziet er naar uit dat op de Antillen en in Suriname deze stap gezet zal gaan worden.

Wat de verhouding van de executeur tot de legitimaris betreft, merk ik ook op dat, nu de legitieme portie, in art. 4:7 lid 1 letter g BW als schuld van de nalatenschap wordt aangemerkt, de executeur hierdoor zelfs bevoegdheden krijgt richting legitimaris. Op grond van art. 4:144 BW is de executeur bevoegd de schulden van de nalatenschap te voldoen en op grond van art. 4:147 BW is hij zelfs bevoegd om goederen van de nalatenschap te gelde te maken om de legitieme portie uit te kunnen keren. Overigens is een legitimaris, zoals gezien, ook niet bevoegd om het ontslag van een executeur te verzoeken in de zin van art. 4:149 BW.

Kortom, een groot deel van de nieuwe mogelijkheden van de (verzwaarde) executeur zijn terug te voeren op de nieuwe erfrechtelijke cultuur (verbintenisrechtelijke, veelal niet-opeisbare legitieme) en niet alleen op de uitbreiding van de bevoegdheden van executeurs.

Indien de juiste erfrechtelijke voedingsbodem derhalve ontbreekt, heeft het weinig zin om een sterke executeur-afwikkelingsbewindvoerder als juridisch produkt te exporteren naar een land met een inkortende *goederenrechtelijke* legitimaris.

## 2. De huwelijksvermogensrechtelijke status van erflater of erfgenaam

Thans aandacht voor de executeur in relatie tot het huwelijksvermogensrecht.

Aangezien de executeur, door de werking van art. 3:77 BW, handelt op het niveau van erflater en niet op het niveau van de erfgenaam, deert hem de status van het *huwelijksgoederenregime* van een *erfgenaam* in beginsel niet. Ook de rechtsopvolger van een erfgenaam is aan de (quasi-overeenkomst) executele gebonden en ook de rechtsopvolgers van een erfgenaam zijn onbevoegd als bedoeld in art. 4:145 lid 1 BW. De executeur ontleent zijn rechten rechtstreeks aan erflater en niet aan de erfgenaam, hoezeer art. 4:145 lid 2 BW ons ook op het verkeerde been lijkt te zetten. Ook hier komt naast de quasi-overeenkomstgedachte en het bewindsaspect van executele, art. 3:77 BW weer naar voren.<sup>312</sup> In de Duitse doctrine wordt het, althans wat het resultaat betreft, ook zo gezien:<sup>313</sup>

‘Wenn ein Miterbe aufgrund des ehelichen Güterrechts Beschränkungen unterliegt (§ 1365 BGB), gilt dies für den Testamentsvollstrecker nicht.’

312. Een stap te ver is wellicht art. 1:102 BW de aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden in het geding te brengen. Dat dit niet helemaal uitgesloten is, blijkt uit de beschouwingen van L.C.A. VERSTAPPEN, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 1996, p. 499 waar hij andere verplichtingen dan geldschulden behandelt. Volgt men de goederenrechtelijke werking van het bewindsaspect dan kan op die grond derdenwerking van de executele aangenomen worden. Men kan ook stellen dat door de goederenrechtelijke werking ‘alle’ in dit kader ‘achtervrouwen en achtermannen’ automatisch onbevoegd worden en het handelen van de executeur moeten dulden

313. WALTER ZIMMERMANN, *Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 301.

Nu de executeur zijn rechten ontleent aan erflater en hij deze rechten alleen heeft met betrekking tot de goederen die zich in de nalatenschap bevinden, is de huwelijksvermogensrechtelijke status van het vermogen van *erflater* wel van groot belang. Het huwelijksgoederenregime van erflater bepaalt immers de omvang van de nalatenschap. Hieruit vloeit voort dat in dezen de verdeling van de huwelijksgemeenschap van belang is, aangezien eerst door de verdeling van de huwelijksgemeenschap komt vast te staan welke goederen zich in de nalatenschap bevinden en derhalve onder het beheer van de executeur komen te staan.<sup>314</sup> In de door het overlijden ontbonden huwelijksgemeenschap is de *echtgenoot* van erflater deelgenoot. Zolang de ontbonden huwelijksgemeenschap nog onverdeeld is en de nalatenschap daarvan deel uitmaakt, komt de executeur het beheer toe tezamen met de langstlevende echtgenoot.<sup>315</sup> Deze echtgenoot kan onder omstandigheden derhalve een belangrijke tegenspeler van de executeur worden. Dit valt in de praktijk echter in zoverre mee, omdat de langstlevende echtgenoot veelal ook tot executeur is benoemd en deze derhalve met twee petten op kan handelen. Een huwelijksvermogensrechtelijke en een erfrechtelijke. In dat licht spreekt dan ook, getransformeerd naar het Nederlandse recht de navolgende passage voor zich:<sup>316</sup>

‘Der Willensvollstrecker kann schon vor der dem Abschluss der güterrechtlichen Teilung *zusammen* mit dem überlebenden Ehegatten über gemeinschaftlichen Eigentum (wie eine Liegenschaft) verfügen, bzw. der überlebende Ehegatten kann *alleine* verfügen, wenn er als Willensvollstrecker eingesetzt wird.’  
(Curs. BS)

Naast de eventuele twee petten van de langstlevende echtgenoot wijs ik ook op het bepaalde in art. 4:213 BW waarin geregeld is dat de rechtbank ook een vereffenaar van de ontbonden huwelijksgemeenschap kan benoemen. Executele kent een dergelijke faciliteit niet.

Een echtgenoot kan in het licht van executele nog op grond van een andere erfrechtelijke regeling een belangrijke tegenspeler zijn van de executeur, en wel op grond van de andere wettelijke rechten.

### 3. **Andere wettelijke rechten; vruchtgebruiker als fictief erfgenaam**

In art. 4:152 BW is geregeld dat voor de toepassing van de afdeling executele de echtgenoot van de erflater die een vruchtgebruik heeft krachtens de ‘andere wettelijke rechten’ als een erfgenaam wordt aangemerkt. Een bepaling die door haar plaats het gevaar in zich bergt over het hoofd te worden gezien. Veelal zal de echtgenoot reeds ‘echt’ erfgenaam zijn, in welk geval de fictie geen functie heeft. Ook wordt in art. 4:152 BW uitdrukkelijk bepaald dat de

314. Zie voor deze belangrijke regel bijvoorbeeld HR 8 februari 1995, BNB 1995, 105 in het licht van art. 10 SW 1956.

315. Art. 3:170 BW en HR 18 maart 1994, NJ 1995, 410 (Van Tholen/Nationale Nederlanden)

316. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 272.

bevoegdheden van art. 4:150 leden 2 en 3 BW mede aan die echtgenoot-‘fictief erfgenaam’ toekomen.

Interessant in het kader van de verhouding executele en andere wettelijke rechten is de vraag of de uit art. 4:29 lid 2 BW voortvloeiende beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen met betrekking tot de woning die onder de klem van het vruchtgebruik van art. 4:29 lid 1 BW zou kunnen komen te vallen, ook gevolgen heeft voor de positie van de executeur, nu de wet hem in art. 4:145 lid 2 BW ‘op het eerste gezicht’ aanmerkt als vertegenwoordiger van de erfgenamen. Ook deze vraag dient, net als alle andere kwesties, opgelost te worden op basis van de ware aard van de executeur. De executeur ontleent, gelet op het bepaalde in art. 3:77 BW zijn bevoegdheid aan erflater<sup>317</sup> en niet aan de erfgenamen. De situatie zou zich immers ook kunnen voordoen dat een executeur de betreffende onroerende zaak nodig heeft om bijvoorbeeld de successiebelasting te kunnen voldoen.<sup>318</sup> Dat neemt niet weg dat de executeur bij de vervulling van zijn opdracht in het licht van de rangorde van schuldeisers rekening zal moeten houden met de belangen van de echtgenoot als schuldeiser op basis van de andere wettelijke rechten.

## 4. De formele vereffening als beperkende factor?

### 4.1 ‘Ruimschoots voldoende’ als facilititeit

Vegter<sup>319</sup> wijst er op dat het de grote verdienste is van het notariaat dat de wetgever zich het uitgangspunt: zo weinig mogelijk overheidsbemoeienis bij de afwikkeling van nalatenschappen kan veroorloven. Executeurs zullen, vanzelfsprekend samen met het notariaat, deze juiste gedachte moeten blijven waarmaken.

Een op het eerste gezicht fatale bepaling voor de positie van de executeur is echter art. 4:149 lid 1 letter d BW<sup>320</sup> waaruit blijkt dat de taak van een executeur eindigt wanneer de nalatenschap overeenkomstig de derde afdeling van de zesde titel moet worden vereffend. In afdeling 4.6.3 geeft de wetgever echter een belangrijk signaal af met betrekking tot de positie van de executeur onder het nieuwe erfrecht. Art. 4:202 BW lid 1 sub a BW koppelt im-

317. In een eerdere fase toen de ware aard van de onderzochte rechtsfiguur nog niet helemaal onderkend werd, werd in de ‘derde druk’ door B.M.E.M. SCHOLS, Handboek Nieuw Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 458 noot 45 nog geleerd dat de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen ook de bevoegdheid van de executeur zou inperken.

318. Daarnaast kan uit art. 4:29 lid 1 BW opgemaakt worden dat de betreffende goederen sowieso uitgewonnen kunnen worden voor de in art. 7 lid 1 letters a tot en met f genoemde schulden. Zie ook art. 4:215 lid 2 BW voor de vereffenaar.

319. J.B. VEGTER, Erfopvolging, vereffening en zuivere aanvaarding in het nieuwe erfrecht, WPNR (1996) 6229. In zijn dissertatie, Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht, Leiden 1989, p. 173 schrijft hij over het nieuwe recht: ‘Het nieuw BW brengt in het te volgen systeem van vereffening grote verbeteringen.’

320. Wie het verband legt met privative lastgeving realiseert zich dat de wetgever in art. 7:422 BW de privative last onder meer laat eindigen in geval van faillissement van de lastgever. De vereffening zou men immers ook kunnen zien als het ‘faillissement van de nalatenschap’. Op de regeling van vereffening als zodanig zal ik niet ingaan. Alleen de raakvlakken van executele met formele vereffening zullen besproken worden. Op art. 4:150 lid 4 juncto art. 4:225 en art. 4:226 BW zal hierna bij uitbreiding van de opdracht van executele in Hfdst. V. ingegaan worden.

mers aan de aanwezigheid van *executeurs* in beginsel een *vrijstelling* van de formele vereffeningplicht in geval van *beneficiaire aanvaarding* door een van de erfgenamen. Althans wanneer:

‘er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten<sup>321</sup> bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de goederen der nalatenschap *ruimschoots toereikend* zijn om alle schulden der nalatenschap te voldoen; geschillen dienaangaande worden door de kantonrechter beslist.’ (Curs. BS)

Het criterium ‘ruimschoots toereikend’ springt meteen in het oog en geeft in de praktijk dan nog wel eens onnodig aanleiding tot discussie.<sup>322</sup> Dat het ‘aantonen’ slechts een globale eerste inventarisatie of wellicht ‘indruk’ betreft van de executeur blijkt mijns inziens ook uit art. 4:146 lid 2 BW, waar opgenomen is dat de executeur met bekwame spoed een boedelbeschrijving met inbegrip van een *voorlopige* staat van de schulden van de nalatenschap moet opmaken. Dat de rechterlijke macht terecht soepel omgaat met het *aantonen* dat aan dit criterium voldaan is, blijkt onder meer uit, bij mijn weten de eerste beschikking van een kantonrechter op dit gebied, waarin door een notaris een ontheffingsverzoek gedaan werd. De kantonrechter antwoordde ‘gebelgd’.<sup>323</sup>

‘In het onderhavige geval *is er evenwel reeds op een andere grond vrijstelling van bedoelde vereffeningverplichting volgens de wet, nu er immers een executeur is met de bevoegdheden als bedoeld in art. 4:202 lid 1 BW en de nalatenschapsgoederen, blijkens taxatierapporten en vermogensoverzicht ruimschoots voldoende zijn om de schulden van de nalatenschap te voldoen.*’ (Curs. BS)

De kantonrechter bedoelt waarschijnlijk: ‘Vraag het mij niet’, zolang er geen geschil dienaangaande<sup>324</sup> is en de executeur op basis van de door hem opgestelde (voorlopige) boedelbeschrijving uitstraalt dat er genoeg is voor iedereen. Kortom, de vrijstelling geldt van *rechtswege*, tenzij. De zorgplicht van de executeur ligt ten grondslag aan het manen tot bekwame spoed in art. 4:146 lid 2 BW met het oog op het in kaart brengen van het saldo van de nalatenschap. De wetgever gaat er in art. 4:144 BW vanuit dat het de vermoedelijke wens van erflater is dat de executeur in beginsel alle schulden van de nalatenschap voldoet. In zoverre zullen bij een solvabele nalatenschap de schuldeisers voldaan worden en is er geen reden voor ‘overheidsbemoeienis’ met de boedelopwikkeling, ondanks de beneficiaire aanvaarding. Dat de wetgever uitgaat van een executeur die zich behoorlijk van zijn taak zal kwijten, blijkt ook uit art. 4:203 lid 1 letter b BW waar gesproken wordt van een reden om een vereffenaar te benoemen: ‘wanneer hij die met het beheer van de nala-

321. W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 290 merkt terecht op dat de vermelding van “legaten” overbodig is gezien art. 4:7 lid 1 BW. Het is zijns inziens wellicht een overblijfsel van het onder oud recht dikwijls gebezigde begrippenpaar “schulden en legaten”.

322. Zie ook B.M.E.M. SCHOLS, De ‘belangrijkste persoon’ is nog veel belangrijker!, Een reactie op de bijdrage van BENNENBROEK, in *Notarisklerk* 1449, november 2005, nr. 1451.

323. Rechtbank Zwolle 7 juli 2003, NJ Kort 2003, 82.

324. De geschillen dienaangaande worden door de kantonrechter beslist zonder dat tegen zijn beschikking een andere hogere voorziening mogelijk is dan cassatie in belang der wet, art. 676a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

tenschap is belast in ernstige mate in zijn verplichtingen tekortschiet'. Ook hier blijkt weer de zorgplicht op grond van de quasi-overeenkomst gedachte.

De term 'ruimschoots'<sup>325</sup> dient mijns inziens uitgelegd te worden als 'niet-kantje boord'. Een percentage is echter niet te noemen.<sup>326</sup> In art. 4:203 lid 1 onder b BW lijkt de wetgever het criterium ruimschoots overigens zelf ook niet meer belangrijk te vinden en alleen nog maar de situatie voor ogen te hebben dat de schulden de baten blijken te overtreffen.

Onder het oude recht was de beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap door een erfgenaam de achilleshiel van de executeur. Dit is een wetgever, die in zijn nieuwe erfrechtelijke stelsel de executeur een krachtige positie wil geven, dan ook een doorn in het oog, zo blijkt wel uit de parlementaire geschiedenis:<sup>327</sup>

'Andere leden maakten de opmerking dat in onderdeel a de gedachte is neergelegd, dat men *niet* een executeur "*er uit moet kunnen werken*" door een beneficiaire aanvaarding; deze gedachte kwam aan de leden juist voor.' (Curs. BS)

Al eerder had Meijers<sup>328</sup> met betrekking tot de beneficiaire aanvaarding opgemerkt:

'deze mag niet een middel worden om zich van een executeur te ontdoen.'

Het is van belang dat de toetsende kantonrechter<sup>329</sup> zich door dit aan de wet ten grondslag liggende beginsel laat leiden, waardoor de uitzondering in feite de hoofdregel kan worden.

Deze belangrijke 'hoofdregel' is, naast de andere voordelen die een executeur biedt, in de praktijk (logischerwijs) een steeds belangrijkere reden aan het worden om in een uiterste wilsbeschikking 'standaardmatig' een executeur te benoemen. Zeker nu er door het notariaat ook steeds meer<sup>330</sup> 'stan-

325. Dikke van Dale: 'In ruime mate, in meer dan voldoende hoeveelheid.'

326. A.H.N. STOLLENWERCK, Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, vereffening van de nalatenschap, KNB preadvies (2006), Den Haag: SDU Uitgevers, p. 216. Er wordt nog al eens in de praktijk opgemerkt dat de formaliteiten van een lichte vereffening niet zoveel om het lijf hebben, althans in beginsel niet anders zijn dan bij executiele. Dit klopt, en is ook de gedachte van de wetgever, MvA I, nr. 133, p. 64, Parl. Gesch. Vast., p. 946, ware het niet dat dan (in geval van formele vereffening) wel de beschikkingsonbevoegdheidsregel van art. 4:211 lid 2 BW in verbinding met art. 4:195 BW en art. 4:198 BW onder omstandigheden tot vervelende consequenties zou kunnen leiden. Denk met name aan de positie van een langstlevende echtgenoot op grond van een ouderlijke boedelverdeling zonder dat deze eveneens de status 'executeur' heeft. W.D. KOLKMAN, Schulden der nalatenschap (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 293 spreekt in dit kader treffend van 'horribile dictu'.

327. Verslag van het mondeling overleg tevens eindverslag, 3771, nr 8, p. 78-79, Parl. Gesch. Vast., p. 975.

328. TM, p. 356, Parl. Gesch. Vast., p. 973.

329. Zoals onlangs dan bijvoorbeeld ook gebeurde door Rechtbank Arnhem sector kanton 27 juli 2006, Notafax 2006, 186. Zie ook Hof Arnhem 19 juni 2007, Notafax 2007, 170.

330. Denk bijvoorbeeld aan het opvallen van de nalatenschap van de langstlevende echtgenoot (de 'tweede' nalatenschap) die op grond van een ouderlijke boedelverdeling uit het verleden de vorderingen wegens overbedeling, althans haar rechtsopvolgers onder algemene titel, dient uit te keren aan de kinderen, veelal vermeerderd met 'huizenhoge' rentes. Er is vanzelfsprekend niet gezegd dat alle erfgenamen bij het 'eerste overlijden' ook de erfgenamen

daardmatig' geadviseerd wordt aan erfgenamen om een nalatenschap beneficiair te aanvaarden.<sup>331</sup> In de parlementaire geschiedenis<sup>332</sup> wordt gewezen op het feit dat de praktijk leert dat in de gevallen waarin een executeur is benoemd, de nalatenschap meestal volkomen solvabel is. Wij moeten overigens steeds in het achterhoofd houden, als executele en vereffeningsvraagstukken opdoemen, dat Meijers er vanuit ging dat executele een bijzondere vorm was van het normaaltype vereffening. De afdeling vereffening was altijd van toepassing als een executeur benoemd was.<sup>333</sup> Uiteindelijk heeft de executeur een eigen afdeling gekregen in Boek 4 die niet meer gekoppeld is aan de formele vereffening. Dat neemt niet weg dat men niet af en toe zijn oor te luister kan leggen bij de regels van formele vereffening, zij het dat men dan steeds als vertrekpunt moet nemen dat de executeur primair de vertrouwenspersoon is van erflater en de vereffenaar primair degene is die de belangen van de schuldeisers dient. Sterker nog, degene is die in de parlementaire geschiedenis genoemd wordt de *vertrouwensman* van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>334</sup>

Ook hier blijkt dat de door de wetgever gekozen vertegenwoordigingsgedachte in art. 4:211 lid 2 BW, te weten de vereffenaar vertegenwoordigt de erfgenamen, slechts functioneel van aard is. De vereffenaar heeft gelet op de aard van de regeling in eerste instantie de belangen van de schuldeisers op het oog. Dezelfde filosofie ziet men in art. 4:145 lid 2 BW bij executele terug. De executeur vertegenwoordigt de erfgenamen, maar via art. 3:77 BW en de strekking van de regeling, *erflater*. De erfgenamen zijn 'slechts' de rechtsopvolgers van erflater, degenen aan wie het handelen van de executeur uitein-

→ bij het overlijden van de langstlevende zijn. Er wordt naar nieuw erfrecht immers nog al eens 'onterfd', al dan niet om fiscale redenen. Denk hierbij ook aan een (onbekende) koopovereenkomst met uitgestelde levering of het fenomeen van de 'papieren schenkingen' of borgstellingen. Het gaat vaak om in beginsel 'positieve' nalatenschappen, waarbij men zich vooraf wenst te beschermen tegen een situatie als beschreven. Zie ook het arrest van de Notariskamer van het Hof Amsterdam van 19 oktober 2006, Notafax 2006, 262, waar een kandidaat-notaris een waarschuwing kreeg omdat hij een erfgenaam niet nadrukkelijk genoeg had gewezen op gevolgen van zuivere aanvaarding. Door de 'standaardmatige' beneficiaire aanvaarding zou men in beginsel moeten gaan vereffenen, hetgeen echter eenvoudig voorkomen kan worden door de 'standaardmatige' benoeming van een executeur, al dan niet met de tussenstap van de kantonrechter als bedoeld in art. 4:142 BW.

331 Zelfs de Fransen, die van huis uit het beginsel 'le mort saisit le vif' hanteren, nemen in hun nieuwe stelsel van 1 januari 2007 de erfgenamen onder omstandigheden in bescherming tegen (grote) 'onbekende' schuldeisers, art. 786 (2) Cc nieuw: 'Toutefois, il peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale, qu'il avait motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquiescement de cette dette aurait pur effet d'obérer gravement son patrimoine personnel.' Ook interessant dat men niet zonder meer aansprakelijk is voor de voldoening van geldlegaten, art. 785 (2) Cc nieuw: 'Il n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes.' Zolang dit in ons erfrechtelijk stelsel niet het geval is, zal de behoefte om 'standaardmatig' executeurs te benoemen met het oog op een soepele beneficiaire aanvaarding ongetwijfeld groot blijven.

332. MvA, nr. 6, p. 99. Parl. Gesch. Vast., p. 845.

333. Art. 4.5.3.1. Ontwerp-Meijers. De Commissie Erfrecht, Rapport I 1960, p. 91 was onder meer bang dat door ongewijzigde handhaving van de ontworpen regeling vele testateurs ervan weerhouden zouden kunnen worden 'een overigens nuttige executeurbenoeming' te doen. Zie ook art. 4.5.3.2 lid 2 ontwerp-Meijers, dat de executeur automatisch in vereffenaar transformeerde, als deze kon aantonen dat de nalatenschap ruimschoots voldoende was om de schulden en de legaten te voldoen, Parl. Gesch. Vast., p. 976.

334. MvA 3771, nr. 6, Parl. Gesch. Boek 4 Vast., p. 844.

delijk toegerekend moet worden. Het belangrijkste verschil is dat de executeur door erfflater benoemd wordt (favor testamenti) en de vereffenaar door de rechter.<sup>335</sup>

Een andere reden dat er soepel mag worden omgegaan met het 'van rechtswege' toepassen van de vrijstelling, is de meldingsplicht van art. 4:199 lid 2 BW. Indien mocht blijken dat er een verkeerde inschatting omtrent het saldo van de nalatenschap is gemaakt, rust op de executeur als (materiële) 'vereffenaar' een belangrijke erfrechtelijke meldingsplicht, waardoor de kantonrechter de mogelijkheid heeft te wijzen op de mogelijkheid om (alsnog) een vereffenaar te benoemen.<sup>336</sup> Dit om aansprakelijkheid in de zin van art. 4:184 lid 2 letter d BW te voorkomen.

Bij de aanvaarding van zijn functie zal de notaris in het kader van zijn 'Belehrung'<sup>337</sup> de executeur met name op deze bepaling wijzen.

De handelingen die een executeur, ondanks het einde van zijn taak, toch verricht mocht hebben, zullen in de praktijk met het oog op het 'geldigheidsvraagstuk'<sup>338</sup> overigens sowieso niet snel problemen opleveren, aangezien ook een *gewezen* executeur op grond van art. 4:149 lid 3 BW verplicht blijft en daarmee bevoegd te doen wat niet zonder nadeel voor de afwikkeling van de nalatenschap kan worden uitgesteld, totdat degene die na hem tot het beheer van de nalatenschap bevoegd is, dit heeft aanvaard. En als ultimum remedium zou de gedachte kunnen opkomen aan het leerstuk van 'zaakwaarneming' van art. 6:198 BW in verbinding met art. 6:201 BW, zij het dat dit op gespannen voet zou kunnen staan met de quasi-overeenkomstgedachte, aangezien zaakwaarneming gebaseerd is op de gedachte dat er geen rechtsverhouding bestaat.<sup>339</sup>

Voorts wijs ik nog op het bepaalde in art. 4:150 lid 4 BW waar ook de wetgever er vanuit gaat dat niet altijd bekend zal zijn wie de erfgenamen zullen zijn, hoe zij de nalatenschap zullen aanvaarden, en dat de executeur toch al een aanvang maakt met zijn vereffeningswerkzaamheden. Zie ook art. 4:204 lid 1 sub a BW waar de wetgever wederom de aanwezigheid van een executeur op waarde schat en de executeur voor laat gaan op de benoeming van een vereffenaar. De wetgever heeft bewust ervoor gekozen niet alleen te spreken

335. Afgezien van de situatie als bedoeld in art. 4:195 lid 1 BW waar de erfgenamen de vereffenaar zijn. Op grond van art. 4:142 BW kan ook de kantonrechter een (vervangende) executeur benoemen, maar dan gaat het initiatief nog steeds van erfflater uit.

336. Dit kan ook de executeur zijn. Door de benoeming van een vereffenaar eindigt de taak van executeur op grond van art. 4:149 lid 1 letter d BW.

337. Denk met name ook aan de eventuele hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van art. 47 Invoeringswet 1990.

338. W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 290 noot 81 lijkt zich onnodig zorgen te maken in de situatie dat het saldo onder nul schiet, zij het dat hij terecht soepel omspringt met het leerstuk van derdenbescherming.

339. ASSER-HARTKAMP 4-III, *Verbindenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 297 ziet wel mogelijkheden voor zaakwaarneming in het geval dat iemand de hoedanigheid van lasthebber of gevolmachtigde heeft, maar niet de bevoegdheid heeft om een bepaalde handeling te stellen. In dat geval is de rechtsverhouding overigens nog niet geeïndigd. Merk op dat de zaakwaarnemer blijkens art. 6:201 BW in beginsel in naam van de belanghebbende handelt, terwijl niet vereist is dat hij weet wie de belanghebbende is. Ook weer een vorm van 'Gleichgultigkeit'?



van het onbeheerd laten van de nalatenschap, omdat de nalatenschap ook onbevoegd in beheer zou kunnen zijn genomen. Vandaar de toevoeging: 'niet door een executeur wordt beheerd.'<sup>340</sup>

Ook onder het oude recht waren raakvlakken tussen executele en vereffening en wel in art. 4:1081 lid 2 (oud) BW, waar in het kader van het niet nakomen van zekerheidstelling de mogelijkheid opgenomen was dat de kantonrechter 'een of meer vereffenaars' kon benoemen. De wet bepaalde dat regels van executele ('de dertiende titel') zo veel mogelijk van overeenkomstige toepassing waren op deze vereffenaars.

Uit art. 4:206 BW lid 2 blijkt dat de wetgever bij de benoeming van een vereffenaar ook de executeur tot de gegadigden rekent. Onder het oude recht stond de voorkeur voor de executeur als curator voor de onbeheerde nalatenschap uitdrukkelijk in de wet. Art. 4:1173 lid 2 (oud) BW luidde: '[...], benoemt de regtbank bij voorkeur tot curator den gestelden uitvoerder van den uiterste wil, [...]'. Dat de executeurs onder het nieuwe erfrecht nog steeds een warm plaatsje hebben, blijkt uit de navolgende woorden van de minister:<sup>341</sup>

'Men bedenke bovendien dat het dikwijls aangewezen kan zijn de door erflater benoemde executeur-testamentair of een of meer erfgenamen tot vereffenaar aan te wijzen.'

Op grond van art. 4:206 lid 1 BW dient de executeur in ieder geval opgeroepen te worden bij de benoeming van een vereffenaar.

Het zal niet verbazen dat ik de onderhavige paragraaf over de vereffening afsluit met de navolgende gedachte. De executeurs-vrijstelling van art. 4:202 BW moet in verband gebracht worden met de faciliteit van *beneficataire aanvaarding*, die in de praktijk steeds meer als een must, 'voor het geval dat', gezien zal gaan worden. Deze verbinding maakt dat het notariaat zal adviseren om bij uiterste wilsbeschikking 'altijd' een executeur te benoemen, zulks met uitgebreide subsidiaire regelingen. Deze gedachte doet zelfs opgeld bij een *wettelijke verdeling*, zo blijkt uit het slot van lid 3 van art. 4:202 BW.

## 4.2 Boedelbeschrijving, ook onderhands?

Zowel voor een *executeur*<sup>342</sup> als voor een vereffenaar is het opmaken van een *boedelbeschrijving* (waarin de schulden der nalatenschap in de vorm van een voorlopige staat zijn opgenomen) niet alleen een belangrijke taak (art. 4:146 lid 2 BW en art. 4:211 lid 3 BW), maar ook een taak die met *bekwame spoed*

340. MvA, nr. 6, p. 131, Parl. Gesch.Vast., p. 983.

341. Kenbaar uit: VAN DE VELDE, Praeadvies BCN 1955, p. 53. Ook de notarissen hebben een warm plaatsje: '[...] dat bij voorkeur notarissen als vereffenaars door de rechter dienen benoemd worden, [...].'

342. In deze paragraaf sta ik zowel stil bij de boedelbeschrijving van de (materiele vereffenaar) executeur als bij de boedelbeschrijving van de (formele) vereffenaar. Een formele vereffenaar voldoet in tegenstelling tot de executeur ook de niet-opeisbare schulden.

vervuld dient te worden.<sup>343</sup> Dit is immers het vertrekpunt voor de ‘vereffening.’ De Duitsers hebben een lange ervaring op dit gebied.<sup>344</sup>

‘Das Nachlassverzeichnis ist die Grundlage für eine ordnungsmässige Amtsführung und Abwicklung der Testamentsvollstreckung.’

Een goede aftrap is het halve werk. Men ziet deze verplichting<sup>345</sup> zelfs als ‘Selbstschutz.’

Erflater kan daarom zowel in ons recht als in het Duitse recht<sup>346</sup> de executeur daarvan dan ook niet vrijstellen. Bij beheren<sup>347</sup> hoort ‘beschrijven’.

Voor de praktijk is interessant dat art 4:211 lid 3 BW uitdrukkelijk spreekt van een *onderhandse* of een notariële boedelbeschrijving. In art. 4:146 lid 2 BW wordt voor de executeur geen verwijzing naar de vorm gemaakt.

Wat is de achtergrond van de toevoeging ‘onderhandse’ in art. 4:211 lid 3 BW?

De keuze voor de mogelijkheid van een onderhandse boedelbeschrijving wordt in de parlementaire geschiedenis gerechtvaardigd door de omstandigheid dat het, in geval van beneficiaire aanvaarding mogelijk moet zijn de kosten zo laag mogelijk te houden. De vraag of de boedel de kosten van een notariële boedelbeschrijving kan dragen, heeft de wetgever niet tot maatstaf willen maken aan de hand waarvan de geldigheid van de boedelbeschrijving beoordeeld moet worden.<sup>348</sup> De praktijk zal zijn weg hier wel in vinden, maar het belangrijkste is dat er voor de kleinere boedels, een filosofie die ook ten grondslag ligt aan art. 4:16 BW, in ieder geval een soepele escape mogelijk is. De quasi-overeenkomst zal naar redelijkheid en billijkheid uitgevoerd moeten worden. Een notariële boedelbeschrijving kan ‘overdone’ zijn.

343. Met ‘bekwame spoed’ wordt aangegeven dat betrokkene een ruimere tijd krijgt toegemeten dan bij het gebruik van de term ‘onverwijld’. Er is nog ruimte voor enig beraad of enig onderzoek., Parl. Gesch. Boek 3, p. 162. Hof Den Bosch besliste op 20 maart 2001, NJ 2002, 67 dat binnen bekwame tijd in de zin van art. 7:23 BW een termijn van ongeveer twee maanden moet worden verstaan. Thans is deze termijn bij consumentenkoop in de wet geregeld. § 2215 (1) BGB spreekt van ‘unverzüglich’.

344. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 49.

345. § 2219 BGB. Zie ook art. 1031 BBW, 1029 Cc nieuw en art. 490, 553 en 580 ZGB. ‘Ieder’ rechtsstelsel ervaart de ‘Inventaraufname’ of ‘l’inventaire du succession’ door de erfrechtelijke beheerder als vanzelfsprekend. Onder oud recht was in art. 4:1057 BW bepaald. ‘Zij moeten eene boedelbeschrijving doen opmaken van de goederen der nalatenschap in tegenwoordigheid, of na bij behoorlijk exploit gedane oproeping der erfgenamen welke zich binnen het koninkrijk bevinden.’

346. § 2220 BGB.

347. Indien er geen ‘tenzigtje’ is opgenomen in de regeling van afdeling 4.5.6 kan men hier alleen van afwijken door de executeur het beheer te ontnemen oftewel: ‘voor zover de erflater de executeur het beheer heeft gelaten, gelden hiervoor de artikelen 4.4.6.3a-4.4.6.3d’, MvA, nr. 6, p. 98 e.v. Parl. Gesch. Vast. p. 846. Onder oud recht was dit met zoveel woorden in art. 4:1065 BW bepaald.

348. MvA, nr. 12, p. 63, Parl. Gesch. Inv, p. 2156.

Anders dan in art. 674 Rv hoeven blijkens art. 4:146 BW ook niet de 'schulden' worden opgenomen, maar slechts een *voorlopige* staat. Hieruit blijkt mijns inziens ook duidelijk de speciesgedachte.

Het feit dat de argumenten voor de onderhandse boedelbeschrijving (kostenbesparing) net zo goed ook bij een executele kunnen spelen en het 'voorlopige' karakter van de beschrijving, zijn voor mij reden om de onderhandse vorm van art. 4:211 lid 3 BW ook analoog toe te passen op de boedelbeschrijving die de executeur maakt en die daarmee nog meer het specieskarakter van art. 4:146 BW ten opzichte van art. 671 e.v. Rv bevestigt. Ook niet uit het oog verloren mag worden dat Meijers de executeur als een vereffenaar zag. Asser-Perrick<sup>349</sup> volgt een kortere redenering en stelt zich op het standpunt dat nu de executeur de enige partij is bij de akte de boedelbeschrijving, ook in het geval dat een erfgenaam het vrije beheer mist, een boedelbeschrijving onderhands kan plaatsvinden. Ook in deze redenering met hetzelfde resultaat als hierboven kan ik mij vinden.<sup>350</sup>

Wat de positie van de legitimaris betreft bevat art 4:78 lid 2 BW nog een belangrijke waarborg. Op zijn verzoek kan onder meer de executeur opgeroepen worden om de deugdelijkheid van de boedelbeschrijving in tegenwoordigheid van de verzoeker onder ede te bevestigen.

In het verlengde van het opmaken van de boedelbeschrijving moet de executeur de hem bekende schuldeisers oproepen<sup>351</sup> tot indiening van hun vorderingen bij de boedelnotaris of, indien deze ontbreekt, bij een van de executeurs. Van belang is dat de aanmelding van een vordering de verjaring stuit. Voor de oproeping van schuldeisers zijn geen vormvoorschriften gegeven. In art. 4:119 BW is onder meer geregeld hoe de executeur moet handelen als hij het adres van een schuldeiser niet weet.<sup>352</sup> De notaris die een verklaring van

349. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 524. In noot 255 wordt erop gewezen dat indien de executeur vóór de beschrijving de goederen in zijn macht had of het huis waarin deze zich bevinden heeft bewoond op grond van art. 674 Rv een eed voorgeschreven is in geval van een notariële beschrijving. T.R. HIDMA, T & C Rv, Deventer: Kluwer 2005, Art. 674 Rv, Aantek 1 geeft aan dat men van mening kan verschillen wie 'partij' is bij een boedelbeschrijving. In art.4:1057 oud BW werd de aanwezigheid van de erfgenamen wel degelijk op prijs gesteld en zo bepaalt § 2215 (3) BGB bijvoorbeeld dat de erfgenaam kan verlangen dat hij bij het opmaken van de boedelbeschrijving 'zuzegogen' wordt.

350. Men zou kunnen stellen dat deze uit het beheer voortvloeiende verplichting alleen iets is tussen erfflater en executeur bij de aanvang van zijn beheer en dat daarom de erfgenamen daar niet bij aanwezig hoeven te zijn, niet te verwarren met het feit dat zij recht hebben op een afschrift van de boedelbeschrijving. Interessant is de vraag die ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 523 stelt met betrekking tot het eventuele recht van de executeur om inzage of afschrift van bescheiden te vorderen in de zin van art. 843a Rv aangaande een rechtsbetrekking waarbij zijn rechtsvoorganger partij was. Is de executeur een rechtsopvolger? Via de redenering dat de executeur vertegenwoordiger is van erfflater zou hij reeds op grond van de quasi-saisine een eigen recht hebben en hoeft hij zich niet als vertegenwoordiger van de erfgenamen (als rechtsopvolgers) te presenteren.

351. Art. 4:146 lid 2 BW.

352. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 523 en KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 359 zijn van mening dat art. 4:119 BW, althans voor zover de schuldeiser bekend is en het adres onbekend is, niet alleen ten aanzien van legatarissen geldt, maar ten aanzien van alle schuldeisers.

executele heeft afgegeven, dient zich als ‘betrokken notaris’ in het boedelregister in te schrijven in de zin van art. 4:186 lid 2 BW, zodat er ook een mogelijkheid bestaat dat de niet aangeschreven schuldeisers het adres van de executeur kunnen achterhalen.

Het niet voldoen aan de verplichting tot boedelbeschrijving kan een gewichtige reden zijn tot ontslag, art 4:149 BW. Dit is immers een belangrijke verplichting van de zijde van de executeur en ‘opzegging’ bij ‘toerekenbare tekortkoming’ past dan ook in de quasi-overeenkomstgedachte. Dat de verplichting tot boedelbeschrijving een van de belangrijkste verplichtingen van de executeur is, blijkt uit de benadering van de Rechtbank Zutphen<sup>353</sup> in een ontslagprocedure. Als ‘bewijs’ dat de executeur zich wel degelijk met de nalatenschap heeft beziggehouden wordt opgemerkt: ‘Zo is onder meer de boedelbeschrijving uitgevoerd.’ Op 8 juli 1998 besliste Hof Den Bosch dat ook notarissen die hun benoeming tot executeur hebben aanvaard, verplicht zijn een boedelbeschrijving te doen opmaken van de goederen van de nalatenschap, en onder omstandigheden daartoe te veroordelen zijn in de zin van art. 3:296 BW.<sup>354</sup>

## 5. Relatie tot ouderlijke boedelverdeling of wettelijke verdeling

De vraag<sup>355</sup> kan in het kader van een blik op de omgeving van de executeur gesteld worden wat nog de betekenis van een executeurbenoeming zou kunnen zijn in combinatie met een ouderlijke boedelverdeling of een wettelijke verdeling.

Het antwoord op deze vraag zou ik als volgt willen verwoorden:

a. Wellicht heeft de langstlevende nog geen afstand gedaan van de bevoegdheid tot ongedaanmaking van de wettelijke verdeling of nog geen keuze uitgebracht omtrent het al dan niet aanvaarden van de nalatenschap. De langstlevende zou in dat geval in de hoedanigheid van executeur al bepaalde handelingen kunnen verrichten zonder dat deze hem of haar wellicht als erfgenaam aangerekend zouden kunnen worden als daad van aanvaarding of uit-

353. Rechtbank Zutphen 4 februari 2003, Notafax 2003, 27. Er werd onder meer gesteld dat er sprake was van verwaarlozing van de taken als executeur.

354. Hof Den Bosch 8 juli 1998, Kort Geding 1998, nr. 1495.

355. Zie bijvoorbeeld E. VAN DEN BRINK-BAGGERMAN, preadvies KNB (2006), Verklaring van erfrecht; (beneficiair) aanvaarden en verwerpen, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p 293 die concludeert: ‘Bij de “standaard” ouderlijke boedelverdeling en wettelijke verdeling speelt de executeur praktisch gezien geen rol, aangezien geen sprake is van een onverdeeldheid die beheerd moet worden.’ Zie ook Hof Arnhem 19 juni 2007, Notafax 2007, 170, zij het dat dit een casus betrof waar de langstlevende echtgenoot tevens executeur was. Ook van belang in deze is Rechtbank Haarlem 13 september 2006, LJN AY8287 waaruit blijkt: ‘Nu partijen de nalatenschap van hun vader beneficiar hebben aanvaard, moet die worden vereffend met in achtneming van de bepalingen van titel 6, afdeling van boek 4 BW – dat (grotendeels) een dwingendrechtelijke regeling betreft – en kan de rechtbank niet overgaan tot de door elk van partijen gevorderde verdeling als bedoeld in artikel 4:227 juncto 3:185 BW (verdeling door de rechter).’

gelegd zouden kunnen worden als een afstanddoening van het recht op ongedaanmaking.

Er kan reeds een verklaring van executele worden afgegeven.

En in het verlengde hiervan het volgende. Het wetsvoorstel erfrecht van de KNB (gedragen door Luijten/Van Mourik en de Commissie Erfrecht), WPNR (1993) 6096 ging in eerste instantie zelfs uit van een benoeming *ex lege* van de langstlevende echtgenoot als executeur in geval van een wettelijke verdeling. In art. 3 lid 3 van het betreffende wetsvoorstel werd bepaald:

‘Gedurende de tijd dat de echtgenoot de bevoegdheid heeft als bedoeld in het eerste lid van dit artikel is de echtgenoot van erflater van *rechtswege executeur* die het *beheer* van de nalatenschap heeft, tenzij erflater een ander tot executeur heeft benoemd.’ (Curs. BS)

En in de toelichting op het betreffende wetsvoorstel:

‘Zolang de langstlevende zich niet verklaard heeft, is de langstlevende echtgenoot van rechtswege executeur-testamenteair met beheer. Deze executele eindigt van rechtswege drie maanden na het overvallen der nalatenschap.’

Eveneens mag niet onvermeld blijven dat aan deze executeur *van rechtswege*, in lid 4 van art. 3 van het betreffende wetsvoorstel onder meer de beschikingsbevoegdheid als bedoeld in art. 4:147 lid 1 BW verleend werd alsmede de bevoegdheid om de erfgenamen te vertegenwoordigen als bedoeld in art. 4:145 lid 2 BW, zulks *ondanks* het feit dat de langstlevende op grond van de wettelijke verdeling reeds enig rechthebbende was. Ook al heeft deze regeling niet de eindstreep gehaald, de gedachte aan een combinatie van hoedanigheden was blijkbaar zo gek nog niet. In ieder geval blijkt hier duidelijk uit dat een *executeur* ook bestaansrecht heeft als er *géén onverdeeldheid* is.

b. Voorts wijs ik op art. 72 SW 1956 waarin de executeur de bevoegdheid verleend wordt om de aangifte voor het successierecht te verzorgen.

c. In het buitenland heeft men nog al eens moeite met Nederlandse hybride erfrechtelijke fenomenen als wettelijke verdeling en ouderlijke boedelverdeling. Een executeur daarentegen kan in het buitenland veelal als graag geziene gast aan de erfrechtelijke dis aanschuiven.

d. Voor hetgeen hiervoor onder a. tot en met c. werd vermeld zal men wellicht nog niet warm lopen. Waar men wel warm, of koud, van zal worden, zou ik zo denken, is de eventuele beschikkingsonbevoegdheid van de langstlevende, *ondanks* de werking van een ouderlijke boedelverdeling of een wettelijke verdeling, en wel op grond van art. 4:145 BW en art. 4:211 lid 2 BW.<sup>356</sup>

Voorts kan men inspiratie opdoen bij de reeds onder oud erfrecht door Van Mourik<sup>357</sup> uitgesproken woorden:

356. De problematiek wordt versterkt als een derde, niet zijnde de langstlevende, tot executeur benoemd is.

357. M.J.A. VAN MOURIK, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 217.

‘Boeiend is de vraag op welke wijze een beneficiaire afwikkeling plaatsvindt in geval van een ouderlijke boedelverdeling. De verdeling van de nalatenschap is dan reeds voltooid. [...] En in de verhouding echtgenoot (ouder-)kinderen brengt dit dan met zich dat de aan de ouder toegedeelde vermogensbestanddelen vooralsnog een afgescheiden vermogen vormen [...]’

Bij een afgescheiden vermogen misstaat de beschikkingsonbevoegdheidsregel van art. 4:145 lid 1 BW en art. 4:211 lid 2 BW niet. In JBN 2004 nr. 71 lees ik echter op p. 14:

‘Het komt mij dan ook vreemd voor om de echtgenoot, die van rechtswege *eigenaar* van alle tot de nalatenschap behorende goederen is geworden, in de akte van levering ook als *executeur* te laten optreden.’ (curs. BS)

En in het schema op p. 15 van de betreffende praktijkhandleiding:

‘In testament echtgenoot tot *executeur* (met bezit) benoemd naast obv of wettelijke verdeling: echtgenoot *hoeft niet* in hoedanigheid van *executeur* te leveren.’ (curs. BS)

Een gevaarlijke gedachte? Indien een van de erfgenamen (bij minderjarigen op grond van de fictie in art. 4:193 lid 2 BW ‘van rechtswege’) *beneficiair aanvaard* heeft, zou de langstlevende ondanks de werking van de *ouderlijke boedelverdeling beschikkingsonbevoegd* kunnen zijn geworden op grond van het bepaalde in art. 4:211 lid 2 BW. Zij kan in dat geval de betreffende (onroerende) zaak slechts overdragen met medewerking van de *vereffenaar* of machtiging van de kantonrechter. Vereffenaars in een ‘groep 1-casus’ zijn de langstlevende samen met de kinderen op grond van art. 4:195 BW, waarbij ook het bepaalde in art. 4:198 BW van belang is (gezamenlijk uitoefenen bevoegdheden). Overigens geldt op grond van het bepaalde in art. 4:202 lid 3 BW hetzelfde voor de *wettelijke verdeling* indien het de *langstlevende* is die de nalatenschap *beneficiair aanvaard* heeft.

Van belang is ook dat niemand minder dan de kantonrechters de notariële praktijk reeds gewaarschuwd hebben voor deze problematiek en wel in hun ‘*Handleiding erfrechtprocedures kantonrechter*’ (KNB-Intranet, 30 maart 2004), p. 66:

‘indien erflater in zijn testament ouderlijke boedelverdeling heeft bepaald en na 1 januari 2003 overlijdt onder achterlating van een of meer minderjarigen als erfgenaam, dan dient hun wettelijk vertegenwoordiger beneficiair te aanvaarden. De wetgever heeft voor dit geval geen uitzondering gemaakt op de verplichting tot vereffening [...] hetgeen gevolg heeft voor de *beschikkingsonbevoegdheid* van de langstlevende.’ (curs. BS)

Vanzelfsprekend kan ook beneficiaire aanvaarding aan de orde zijn bij meerderjarigen.

De beschikkingsonbevoegdheid van de langstlevende zou derhalve ondanks de werking van de ouderlijke boedelverdeling een feit kunnen zijn. Zo ook het ‘KNB vraag- en antwoordspel nieuw erfrecht’, deel 5, nr. 2.

Welke hoedanigheid beschermt de langstlevende echtgenoot echter tegen beschikkingsonbevoegdheid? Inderdaad: de hoedanigheid van *'ruimschootsvoldoende' executeur*, als bedoeld in art. 4:202 lid 1 letter a BW, voorkomt de toepassing van het voor de praktijk zo griezelige art. 4:211 lid 2 BW. Mijns inziens ligt het dan ook wel degelijk voor de hand en is het op zijn minst aanbevelenswaardig in de comparitie de functie van executeur te vermelden, ook al is de langstlevende eigenaar.

Reden genoeg overigens om aan alle oude *obv's* *zonder* executeurs de langstlevende alsnog als executeur te benoemen.<sup>358</sup> Een en ander levert ook genoeg reden op om 'zelfs' bij een wettelijke verdeling de langstlevende tot executeur te benoemen, ook al is het 'kant en klaar-versterferrecht'. Art. 4:202 lid 3 BW redt de zaak slechts als de kinderen beneficiair aanvaarden en niet als de langstlevende de nalatenschap beneficiair aanvaardt. Onder omstandigheden kan ook het ontheffingsverzoek als bedoeld in art. 4:202 lid 2 BW soelaas bieden. Anders gezegd: ook bij een wettelijke verdeling past een executeur.

Mag men stellen dat er geen probleem is omdat de betreffende executeurbenoeming de toepassing van het bepaalde in art. 4:211 lid 2 BW voorkomt? Ik zie ook dan niet in waarom de 'tweeling' van de betreffende bepaling, te weten art. 4:145 lid 1 BW, niet van toepassing zou zijn. Het optreden van de langstlevende als executeur is derhalve niet onbelangrijk.

Het is te kort door de bocht te constateren dat met de verdeling alle beheerstaken geëindigd zijn. Ondanks de verdeling kan er nog een vereffeningstaak zijn waar door de executeur rekening en verantwoording voor afgelegd moet worden. Dat vereffening (beheer) en verdeling ('eigendom') twee verschillende grootheden zijn, blijkt ook uit art. 4:203 lid 1 letter b BW en art. 4:204 lid 1 letter b BW waarin bepaald is dat een 'te snelle verdeling' aanleiding kan zijn om een vereffenaar te benoemen. Een ouderlijke boedelverdeling en een wettelijke verdeling zijn in zoverre bijzondere erfrechtelijke rechtsfiguren dat de verdeling aan de vereffening voorafgaat. Op het eerste gezicht de 'verkeerde' volgorde, maar de schuldeisers dienen toch voldaan te worden. En dat is nu net het terrein van executeurs en vereffenaars.

Hetgeen ik hiervoor opgemerkt heb met betrekking tot de ouderlijke boedelverdeling en wettelijke verdeling geldt in beginsel ook voor de rol van de executeur in geval van het ontbreken van een onverdeeldheid tengevolge van een *enig erfgenaamschap*.

Over het vraagstuk samenloop ouderlijke boedelverdeling en executele heeft Hof Den Haag onlangs<sup>359</sup> moeten oordelen. Dat ook bij een ouderlijke boedelverdeling het einde van de taak van de executeur en het einde van diens

358. Tot executeurbenoemingen met het oog op voorkoming van de vereffeningproblematiek werd reeds eerder een oproep gedaan, onder meer door W.G. HUIJGEN in JBN 2003 nr. 59.

359. Hof Den Haag 6 december 2006, Rekestnummer 1070-H-05. In deze kwestie oordeelde het hof ook over enkele procesrechtelijke vraagstukken inzake dagvaarding of verzoekschrift.

beheer verschillende grootheden zijn blijkt uit de navolgende overweging van het hof:

‘niet alleen de taak van de executeur is geëindigd in april 2003, maar, [...] ook het beheer van de executeur is geëindigd door *het afwikkelen van de ouderlijke boedelverdeling*.’ (Curs. BS)

Uit dit arrest blijkt dat er wel degelijk een taak is voor een executeur bij een ouderlijke boedelverdeling. Het betrof overigens een langstlevende echtgenoot die op grond van een ouderlijke boedelverdeling eigenaar van de goederen van de nalatenschap was geworden. In het onderhavige geschil zag het hof wel een taak voor de executeur, doch slechts een beperkte: ‘Deze werkzaamheden (BS: *boedelbeschrijving* opmaken en *aangifte* voor het recht van successie doen) waren naar het oordeel van het hof in de onderhavige zaak voldoende voor het volbrengen van de taken van de executeur.’

Hier zou ik in andere gevallen aan toe willen voegen: ‘de verplichting tot voldoening van de (opeisbare) schulden van de nalatenschap,’ ondanks dat de voldoening daarvan in beginsel voor rekening komt van de langstlevende op grond van de ouderlijke boedelverdeling of wettelijke verdeling of enig erfgenaamschap. Denk hierbij met name aan het uitkeren van de legaten. Interessant is te zien hoe volgens het hof de ‘Freigabe’ ten behoeve van zichzelf, in de vorm van ‘vestzak-broekzak’ plaatsvindt: ‘Ingevolge art. 4:150 BW is derhalve het beheer geëindigd door het aan [de langstlevende echtgenoot] als verkrijger van alle goederen ter beschikking stellen van de goederen.’ Ik lees hierin dat de executeur kennis geeft aan zichzelf en de goederen na verkrijging ter beschikking stelt aan zichzelf. Nog interessanter is de vraag aan wie de executeur bij een ouderlijke boedelverdeling rekening en verantwoording dient af te leggen van het door hem gevoerde beheer. Volgens het hof ook aan zichzelf, gelet op art. 4:151 BW (degene die na hem tot het beheer bevoegd is), aangezien de langstlevende als gevolg van de ouderlijke boedelverdeling enig eigenaar is van de goederen welke tot de nalatenschap behoren en derhalve *na de afwikkeling* als enige tot het beheer daarvan bevoegd is. Een belangrijk arrest waaruit blijkt dat er wel degelijk, hoe klein in een concrete casus dan ook, voor de executeur een rol is weggelegd als door de aard van de rechtsfiguur de onverdeeldheid bij het opvallen van de nalatenschap reeds is opgeheven.

## 6. Informatieplicht jegens erfgenamen

De positie van de erfgenamen ten opzichte van de executeur en omgekeerd, is reeds op meerdere plaatsen aan de orde geweest. Kort wil ik hier nog stilstaan bij de rechten van de erfgenamen op informatie.

Op grond van art. 4:148 BW dient een executeur aan een erfgenaam alle door deze gewenste inlichtingen omtrent de uitoefening van zijn taak geven. Hof Den Haag<sup>360</sup> heeft deze inlichtingenplicht in een casus waarin een exe-

360. Hof Den Haag 6 december 2006, Rekestnummer 1070-H-05. De door het hof gehanteerde strenge leer kan ik niet uit de parlementaire geschiedenis destilleren.



cuteur op grond van een ouderlijke boedelverdeling tevens gerechtigd was tot alle goederen van de nalatenschap, zeer beperkt uitgelegd:

‘Uit de Parlementaire Geschiedenis op het – niet andersluidende – artikel 4.4.6.4 (ontwerp) leidt het hof af dat de wetgever heeft bedoeld te regelen dat de inlichtingenplicht van de executeur alleen geldt “*tijdens zijn beheer*”, derhalve gedurende de periode dat de executeur belast is met het beheer van de nalatenschap. Naar het oordeel van het hof betekent dit dat de erfgenamen ook *alleen gedurende deze periode* aanspraak kunnen maken op inlichtingen op de voet van art. 4:148 BW.’ (Curs. BS)

Als uitgangspunt kan ik mij hierin vinden. De aard van de quasi-overeenkomst en het bepaalde in art. 4:149 lid 3 met betrekking tot de gewezen executeur brengt mijns inziens onder omstandigheden in het kader van zijn *nazorgplicht* met zich dat ook een gewezen executeur desgevraagd informatie dient te geven, zij het alles ‘in redelijkheid’. Dit laatste blijkt ook uit een uitspraak van de kantonrechter te Haarlem van 2 mei 2005 en 13 juni 2005<sup>361</sup> waar de vraag aan de orde kwam of een executeur gehouden is stukken te verstrekken aan de dochter van de overledene over de afgelopen vijf jaar.

‘Het door verzoekster zelf gedane verzoek om afgifte van alle administratie over een periode van vijf jaar was *onredelijk*. Vooruitlopend op deze procedure is niet *concreet* aangegeven *welke* stukken aan verzoekster zouden moeten worden verstrekt en *waarom*.’ (Curs. BS)

Wel informeren, doch met inachtneming van de *redelijkheid en billijkheid*.

De schuldeisers kunnen in beginsel geen beroep doen op art.4:148 BW.<sup>362</sup> In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op de mogelijkheid voor de executeur om zich te legitimeren.

## 7. De verklaring van executele als ‘Zeugnis’

### 7.1 Derdenbescherming

Een blik op de verklaring van erfrecht voor executeurs oftewel de verklaring van executele.

Asser-Perrick<sup>363</sup> schetst de sfeer op het gebied van dit belangrijke erfrechtelijke gevoelsvlak:

361. Kantonrechter Haarlem 2 mei 2005 en 13 juni 2005, *Praktijkvids* (2005), Afl. 18, nr. 142.

362. MvA 3771, nr. 6, *Parl. Gesch. Vast. p. 858 e.v.* Een mede-erfgenaam kan zelfstandig inlichtingen vragen.

363. ASSER-PERRICK 6A, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2002, nr 422. Het werk wordt in nr.423 zeer toepasselijk afgesloten met de frase: ‘Wij benijden de formaliteiten-dwang niet, die aan administration, probate, Erbschein en homologatie van de uiterste wil is verbonden.’ Ik voeg daar aan toe: de kans is dan ook groot dat art. 4.187 BW in combinatie met de kracht van de erfrechtelijke beheerder een voorbeeldfunctie krijgt in Europa.

‘Iedere notaris ervaart geregeld de zorg en onrust bij de weduwe, dat zij niet over de giro- en bankrekening kan beschikken. Een ereplicht voor de notaris zo spoedig mogelijk de verklaring van erfrecht af te geven.’

Snelheid kan door de notaris met name bereikt worden door een verklaring van *executele* af te geven, een species van de klassieke verklaring van erfrecht. De executeur zal om in het rechtsverkeer te kunnen functioneren in het bezit gesteld dienen te worden van een ‘certificaat’ ter legitimatie. Een notariële verklaring waaruit zijn erfrechtelijke bevoegdheden blijken. Dit is geregeld in art. 4:188 BW, waarin de wetgever een ‘pas op’ heeft verwerkt als het gaat om de positie van de executeur. Dit houdt verband met de beschikkingsonbevoegdheidsregel van art. 4:145 lid 1 BW: een (beheers-)executele maakt de erfgenamen in het rechtsverkeer onbevoegd. Deze bepaling is de oorzaak geweest dat in de praktijk steeds minder ‘klassieke’ verklaringen van erfrecht worden afgegeven en steeds meer verklaringen van executele dan wel gecombineerde verklaringen. Meijers gaf in zijn Groene Boeken<sup>364</sup> reeds het eerste signaal af op dit terrein:

‘Een notaris die een zodanige verklaring afgeeft, dient niet uitsluitend zich ervan te overtuigen, wie erfgenaam is, maar moet bovendien nagaan of de erflater een *executeur* of een bewindvoerder benoemd heeft, of de rechter een vereffenaar. De notaris die te lichtvaardig een verklaring afgeeft, wordt jegens hen, die daardoor benadeeld zijn, tot schadevergoeding gehouden.’ (Curs. BS)

Met een zodanige verklaring bedoelde Meijers: ‘een verklaring wie tot inning van de vordering der nalatenschap bevoegd is’. Het rechtsverkeer, en met name de banken, zijn in de regel dan ook alleen geïnteresseerd in de vraag aan wie bevrijdend betaald kan worden, al dan niet met toepassing van een beschermingsregel. Voor ‘derden’ is derhalve van de drie aspecten van executele in beginsel slechts het vertegenwoordigingsaspect van belang. In de interne verhouding, wil een derde, ook uit het oogpunt van (‘zijn’) derdenbescherming, zo min mogelijk treden. De minister<sup>365</sup> wees er nog op dat de vermelding van de executeur niet alleen van belang was in het kader van de inningsbevoegdheid, maar ook voor andere doeleinden zoals vervreemding door de executeurs met beheer. Gerefereerd werd ook hier weer aan de onbevoegdheid van de erfgenamen door executele. Wat het criterium ‘schulden van de nalatenschap’ en derdenbescherming betreft, orakelt Asser-Perrick<sup>366</sup> de voor zich sprekende woorden: ‘Hoe kan een derde dit beoordelen?’

Aan de verklaring van executele besteedt de wetgever aandacht in letter d van lid 1 art. 4:188 BW:

‘dat *al dan niet* het beheer van de nalatenschap aan executeurs of [...] is *opgedragen*, met vermelding van hun bevoegdheden; of’

364. TM, p. 352. Parl. Gesch. Vast., p. 909.

365. MvA, p. 113-115, Parl. Gesch. Vast. p. 910 e.v.

366. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 471.

## De (gecombineerde) variant onder e:

‘dat een of meer in de verklaring genoemde personen *executeur* zijn.’

Dat ook een ‘nur’-verklaring van executele<sup>367</sup> mag worden afgegeven blijkt uit het woord ‘of’ als verbinding tussen letter d en letter e. Hiermee wordt bedoeld, naast de gebruikelijke gegevens van personalia erflater, overlijden en uiterste wilsbeschikking, de enkele verklaring dat het beheer van de nalatenschap aan de executeur is opgedragen en dat de in de verklaring genoemde persoon executeur is. Uit de tekst van art. 4:188 lid 1 letter d BW blijkt weer de gedachte van de wetgever aan een (quasi-)overeenkomst van opdracht die ontspruit bij erflater en niet bij de erfgenamen (‘is opgedragen’). Hieruit vloeit voort dat in de verklaring van executele dient te worden vermeld dat de opdracht door de executeur aanvaard is.

Het scharnierpunt in de verklaring van executele is de beheersbevoegdheid, aangezien de wetgever daaraan in art. 4:145 lid 2 BW met het oog op de vervulling van zijn taak de zo belangrijke vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gekoppeld:

‘Gedurende zijn beheer *vertegenwoordigt* hij bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte.’

En zijn taak is blijkens art 4:144 BW nu eenmaal het beheren van de nalatenschap. En voor het rechtsverkeer is het bepaalde in art. 3:170 BW over de inningsbevoegdheid van de executeur onontbeerlijk:

‘Onder beheer zijn begrepen, [...], alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties.’

Het externe beeld wordt compleet met een blik op art. 4:187 BW waarin het rechtsverkeer (terecht) behoorlijk in bescherming wordt genomen en wel op basis van de drie navolgende regels.

- a. Hij die is afgegaan op de in een verklaring van erfrecht (executele) vermelde feiten, geldt te dezen als goeder touw.
- b. Een schuldenaar die, afgaande op de in een verklaring van erfrecht (executele) vermelde feiten, heeft betaald aan iemand die niet bevoegd was de betaling te ontvangen, kan aan degene aan wie betaald moest worden, tegenwerpen dat hij bevrijdend heeft betaald.
- c. Tenzij van degene die op de verklaring is afgegaan, op grond van bijzondere omstandigheden, een nader onderzoek kon worden gevergd, dat hem de onjuistheid van de verklaring zou hebben doen blijken.

Wie denkt aan vertegenwoordiging denkt meteen aan derdenbescherming. De wetgever regelt dan ook eerst de gevolgen van een van de belangrijkste

367. MvA, p.113-115, Parl. Gesch.Vast. p.916. Men zou zelfs kunnen stellen dat een klassieke verklaring van erfrecht een *negatieve* verklaring van executele is.

notariele documenten voor het rechtsverkeer en dan pas de inhoud<sup>368</sup> Men herkent in de tweede beschermingsregel een concretisering van art 6 34 BW<sup>369</sup> De 'redelijke gronden' van dat artikel is het betalen aan de in de notariële verklaring genoemde personen<sup>370</sup>

Aan welke bijzondere omstandigheden kunnen wij denken? Bijvoorbeeld dat de wederpartij op de hoogte is van een codicil waarin een executeur is benoemd, terwijl de notaris niet op de hoogte is van het bestaan van het codicil Als het aan Asser-Perrick ligt 'Lid 3 van art 4 187 BW is overbodig'<sup>371</sup>

De voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle<sup>372</sup> heeft voor de notariële praktijk en de kracht van een verklaring van executele een belangrijke uitspraak gedaan Een notaris wilde blijkbaar niet aan de 'moderne' verklaring van executele, althans niet nadat de erfgenamen eerst een boedelvolmacht hadden getekend De rechter stak er een stokje voor

'Voor de door ( ) gewenste ontvangst van een verklaring van erfrecht is medewerking door [lees de erfgenamen] bestaande uit ondertekening van de bedoelde boedelvolmacht derhalve niet noodzakelijk Het ondertekenen van de boedelvolmacht door [lees de erfgenamen] is *evenmin* nodig om ( ) in de gelegenheid te stellen *de nalatenschap overeenkomstig haar taak als executeur te laten beheren* Ingevolge artikel 4 144 BW is ( ) als executeur *reeds* bevoegd *al die maatregelen* te nemen die voor het beheer van de nalatenschap noodzakelijk zijn' (Curs BS)

Een belangrijke steun in de rug voor de executeur Hij hoeft niet te wachten tot bekend is wie de erfgenamen zijn, en op welke wijze zij de nalatenschap aanvaarden De werkgroep deontologie nieuw erfrecht van de KNB<sup>373</sup> heeft zich op het standpunt gesteld dat een notaris die een verklaring van executele afgeeft de erfgenamen hiervan in kennis dient te stellen Dat wil niet zeggen dat de verklaring van executele niet meteen afgegeven kan worden als de erfgenamen nog niet bekend zijn

Deze paragraaf over erfrechtelijke derdenbescherming sluit ik af met de woorden van Schoordijk die mijns inziens, althans indien wij deze mogen transponeren naar de positie van de executeur in het rechtsverkeer, zijn relatief tot derden derhalve, de sfeer bepaalt

368 Kritisch over deze volgorde KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer Kluwer 2002, nr 742

369 L C A VERSTAPPEN, Handboek Erfrecht, Deventer Kluwer 2006, p 499 wijst er op dat in vergelijking tot art 3 24 BW art 4 187 BW minder zware eisen stelt ASSER-PERRICK 6A, Erfrecht en schenking, Deventer Kluwer 2002, nr 422 constateert dat op de door de notaris getrokken conclusie art 3 25 BW niet van toepassing is

370 Vroeger art 1422 BW, MvA, p 113-115, Parl Gesch Vast p 911

371 ASSER-PERRICK 6A, Erfrecht en schenking, Deventer Kluwer 2002, nr 422 'Ook zonder lid 3 van art 4 187 BW zou degene die op grond van omstandigheden wist of behoorde te weten, dat de vermelde feiten en de conclusies onjuist zijn, zich niet als te goeder trouw kunnen beschouwen' Daar sluit ik mij bij aan

372 Rechtbank Zwolle (voorzieningenrechter) 12 oktober 2006, NJF 2007, 164, Notafax 2007, 164

373 Zie WPNR (2004) 6585

‘Een mens is niet aan zijn woord gebonden, omdat hij het zo gewild heeft, maar omdat de maatschappij binnen grenzen eist dat men op het woord van een ander moet kunnen vertrouwen als een rots.’<sup>374</sup>

Kortom, vertaald naar executele, de maatschappij moet in beginsel op het woord van de executeur en de verklaring van executele kunnen vertrouwen. Het rechtsverkeer moet niet ‘achteraf’ met verrassingen geconfronteerd kunnen worden, omdat de erfgenamen het niet eens blijken te zijn met het beleid van de executeur. Hoe wordt in het Duitse recht hierover gedacht?

## 7.2 *Het ‘echte’ Testamentsvollstreckerzeugnis*

Aangezien het Duitse recht reeds sinds lange tijd een wettelijke basis heeft voor de ‘verklaring van executele’ is het goed om daar kennis van te nemen. Vooraf is het van belang te zien dat ook in het Duitse recht in het kader van de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen op grond van de zusterbepaling van art. 4:145 BW, te weten § 2211 BGB, door de wetgever ‘gewaarschuwd’ wordt dat ook in de ‘Erbschein’ melding gemaakt dient te worden van de benoeming van een Testamentsvollstrecker. Heeft de Testamentsvollstrecker behoefte aan een eigen ‘Testamentsvollstreckerzeugnis’ dan geldt § 2368 BGB waaruit onder meer blijkt:

‘Ist der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt [...], so ist dies in dem Zeugnis anzugeben.’

Van deze gedachte kunnen wij veel leren. Hieruit blijkt dat het rechtsverkeer in beginsel er van uit mag gaan<sup>375</sup> dat als de Testamentsvollstrecker het beheer van de nalatenschap heeft, hij ook alle bevoegdheden heeft die de wet daar aankoppelt. Zo deed zich in rechte bijvoorbeeld de vraag voor of de passage: ‘Der Erblasser hat angeordnet, dass die Testamentsvollstreckung beschränkt ist auf die Abwicklung des Nachlasses’, wel geoorloofd was. Het Oberlandesgericht Hamm<sup>376</sup> vond in ieder geval van niet en geeft college over de achtergrond van de bepaling. Leerzaam voor het Nederlandse rechtsverkeer:

‘Aus dieser Bestimmung folgt der *allgemeine Grundsatz*, dass alle vom Erblasser angeordneten *Abweichungen* von den in §§ 2203 bis 2206 BGB niedergelegten Befugnissen des Testamentsvollstreckers, die für den *rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Dritten bedeutsam sind*, im Zeugnis vermerkt werden müssen.’ (Curs. BS)

De betreffende passage van erfflater waarin waarschijnlijk een Testamentsvollstrecker volgens de wet bedoeld was, was wellicht voor meerdere uitleg vatbaar, terwijl het rechtsverkeer zonder meer op de verklaring moet kunnen af-

374. H.C.F. SCHOORDIJK, ‘De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context’, Mededelingen van de Afdeling Letterkunde KNAW, Nieuwe Reeks, Deel 66, nr. 2, p. 26. Voor ‘mens’ kan men wellicht lezen ‘erfgenaam (tegen zijn wil) vertegenwoordigd door de executeur’.

375. Zie voor (vergaande) derdenbescherming § 2365 BGB en § 2366 BGB.

376. OLG Hamm 23 maart 2004, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2004, 7, p. 288.

gaan in die zin dat de Testamentsvollstrecker 'mit einer genau umrissenen Verfügungsbefugnis' benoemd is, aldus het Oberlandesgericht.

Indachtig het feit dat ook het Nederlandse rechtsverkeer slechts geïnteresseerd zal zijn in het externe aspect van de vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van de quasi-overeenkomst, is er veel voor te zeggen in een verklaring van executele 'slechts' de vertegenwoordigingsbevoegdheid op te nemen in de zin van art. 4:145 lid 2 BW. Aangezien het beheer in de zin van art. 3:170 BW de centrale term is, dient vanzelfsprekend wel in de verklaring van executele aangegeven te worden of bepaalde goederen van de nalatenschap van het beheer van de executeur zijn uitgesloten.

Intern werkende beperkingen zouden in dezen dan niet opgenomen dienen te worden. Een gedachte zou kunnen zijn dat de notaris 'twee' verklaringen van executele afgeeft: een uitgebreide met ook de intern werkende bepalingen van de quasi-overeenkomst ten behoeve van een juiste 'Belehrung' van de executeur en een extern werkende verklaring die bestaat uit een uittreksel van de uitgebreide verklaring van executele. Het uittreksel heeft dan de legitimerende functie van een 'erfrechtelijke bankpas', waarbij het de verantwoordelijkheid is van de executeur wanneer hij zijn bankpas gebruikt en niet de verantwoordelijkheid van het rechtsverkeer.

In de Duitse handboeken heet het in ieder geval:<sup>377</sup>

'Nicht aufzunehmen sind nur interne Beschränkungen.'

Hetgeen, blijkens § 2216 (2) BGB niet wegneemt dat de aanwijzingen van erflater in de uiterste wilsbeschikking niet opgevolgd zouden moeten worden.<sup>378</sup> Tekend is dat men deze aanwijzingen in de literatuur<sup>379</sup> de 'interne Verwaltungsanordnungen' noemt.

De praktijk zal hier wel zijn weg vinden, zij het dat vanuit het vertegenwoordigingsrechtelijk aspect van executele bekeken, mijns inziens een verklaring van executele niet 'vervuild' zou moeten worden met *intern werkende* bepalingen. Ik realiseer mij dat de notaris ook rekening zal moeten houden met de aan zijn ambt verbonden tuchtrechtelijke aspecten, doch dat zou mijns inziens moeten liggen op het vlak van de Belehrung van de *executeur* bij de aanvaarding van zijn benoeming en *niet* op het vlak van Belehrung van het *rechtsverkeer*.<sup>380</sup> Daar komt bij dat een begrip als 'de voldoening van de schulden van de nalatenschap' in het rechtsverkeer te ondoorzichtig is. Het

377. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 38.

378. Hier is weer in te lezen dat erflater de aanwijzingen geeft en niet de erfgenamen.

379. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C. H. Beck 2001, p. 99. ASSER-PERRICK (6B), Erfrecht en schenking, Deventer. Kluwer 2005, nr. 524 constateert treffend voor de 'Nederlandse' executeur. 'In de terminologie van het rechtspersonenrecht: op de uit de wet voortvloeiende beperkingen kan door of tegen derden geen beroep worden gedaan. In weer andere bewoordingen: deze beperkingen hebben uitsluitend interne werking.'

380. Kortom, er moet in de praktijk, in goed overleg tussen notariaat en banken, gekomen kunnen worden tot een 'standaardmodel' van de verklaring van executele als 'erfrechtelijke bankpas'. Nu de wet op dit punt, in art. 3:170 BW in verbinding met art. 4:144 en art. 4:145 lid 2 BW, heel duidelijk is, zou dit zonder meer mogelijk moeten kunnen zijn.

opnemen daarvan in het (extern werkende) uittreksel van de verklaring van executele voegt als zodanig dan ook niets toe, en is, in de geest van de aangestipte uitspraak van het Oberlandesgericht Hamm wellicht zelfs verwarrend te noemen.<sup>381</sup>

## 8. Het instellen van rechtsvorderingen; procesrechtelijke vertegenwoordiging

In het verlengde van de beheersbevoegdheid van de executeur komt de vraag op in hoeverre de executeur bevoegd is om namens de ervengemeenschap een rechtsvordering in te stellen. De bevoegdheid tot het procederen is in beginsel geregeld in het slot van art. 3:171 BW, waarin immers op het terrein van 'het instellen van rechtsvorderingen en het indienen van verzoekschriften ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak ten behoeve van de gemeenschap' bepaald is:<sup>382</sup>

[...] Een regeling die het beheer toekent aan een of meer deelgenoten, sluit, tenzij zij anders bepaalt, *deze* bevoegdheid voor de anderen uit.' (Curs. BS)

In art. 4:144 BW wordt het beheer exclusief toegekend aan de executeur, terwijl art. 4:145 lid 2 BW spreekt van 'in en buiten rechte' vertegenwoordigen. De in art. 3:171 BW neergelegde benadering sluit aan bij de privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur. Voor het oude recht heeft de Hoge Raad in HR 7 april 1978, NJ 1978, 624 beslist dat de dagvaarding in beginsel aan de executeur kon worden uitgebracht.<sup>383</sup> Annotator Kleijn leest in het arrest van de Hoge Raad dat het voor de hand ligt dat het exploit zowel kon worden uitgebracht aan de erfgenamen als aan de executeur. Hij leest dit in de woorden: 'dat zij de appeldagvaarding *konden* uitbrengen aan de executeur.' Blijkbaar geen privatieve bevoegdheden van de executeur onder oud recht, anders dan onder huidig recht.<sup>384</sup>

In het Duitse recht wordt onderscheid gemaakt tussen '*Aktivprozesse*' (§ 2212 BGB) en '*Passivprozesse*' (§ 2213 BGB). Het instellen van rechtsvorderingen met betrekking tot de goederen die onder 'Verwaltung' van de Testa-

381. Dat neemt niet weg dat het van groot belang is de executeur op deze interne beperking te wijzen en dat art. 4:188 BW gewag maakt van 'hun bevoegdheden'. Dit slaat mijns inziens op een beperking van de beheersbevoegdheid in een uiterste wijsbeschikking in die zin dat een executeur bijvoorbeeld wel het beheer over de tot de nalatenschap behorende bankrekeningen heeft, maar bijvoorbeeld niet over de onroerende zaken.

382. De hoofdregel van art. 3:171 BW is dat ieder van de deelgenoten hiertoe bevoegd is. Zie HR 8 september 2000, NJ 2001, 604 waarin de Hoge Raad leerde dat art. 3:171 BW de mogelijkheid biedt dat een deelgenoot op eigen naam een rechtsvordering instelt ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak ten behoeve van de gemeenschap en deze bepaling derhalve slechts ziet op vorderingen tegen *derden* en niet op rechtsvorderingen tegen een andere deelgenoot die op de voet van art. 3:184 en 3:185 BW bij de verdeling van de gemeenschap aan de orde kunnen komen.

383. Het betrof een kwestie waarop art. 4:1060 oud BW van toepassing was. 'De uitvoerders die het bezit van de nalatenschap hebben zijn bevoegd om, zelfs in regten, de schulden in te vorderen welke, gedurende dat bezit, vervallen en opeisbaar zijn.' Let wel: het was niet duidelijk of dit een privatieve bevoegdheid van de executeur betrof.

384. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 353, noot 467 wijst er op dat de schuldeisers zich thans *moeten* richten tot de executeur.

mentsvullstrecker staan, komt exclusief aan hem toe. Het instellen van vorderingen tegen de nalatenschap ligt echter genuanceerder. Deze kunnen in het Duitse recht zowel tegen de erfgenamen als de executeur ingesteld worden. Dit onderscheid wordt in ons recht in art. 4.145 lid 2 BW echter niet gemaakt. Rechtbank Rotterdam<sup>385</sup> heeft over beide kanten van de medaille voor de praktijk belangrijke taal gesproken:

‘De rechtbank is van oordeel dat, *gezien de strekking van de wet*, het tweede lid van art 4 145 BW, zo gelezen dient te worden dat aan de executeur een *exclusieve* bevoegdheid toekomt om in rechte op te treden ter zake het beheer van de nalatenschap, hetgeen met zich brengt dat een *erfgenaar onbevoegd* is zelfstandig in rechte op te treden, *of dit nu is als eiser of als gedaagde*. Gezien de wetsgeschiedenis is het doel van art 4 145 BW immers dat een executeur slagvaardig op kan treden zonder daarbij door een erfgenaar te worden gehinderd. Indien een erfgenaar wel bevoegd zou zijn als gedaagde in rechte op te treden zou aan dat doel voorbij worden gegaan’ (Curs BS)

Gelet op het belang van de materie is het goed dat de rechter de privatieve werking van executele ook heeft bevestigd op procesrechtelijk gebied.

Een procesrechtelijke bepaling met betrekking tot executele vinden wij nog in art. 53b Rv waarin bepaald is dat bij een *betekening* ten aanzien van de *gezamenlijke erfgenamen* van een overledene vermelding van hun namen en woonplaats onder meer achterwege kan blijven indien deze geschiedt aan de persoon of de woonplaats van de *executeur*. Een praktische bepaling voor een schuldeiser van de nalatenschap.<sup>386</sup>

In art. 660 Rv. is geregeld dat een executeur bevoegd is om verlof tot verzegeling te verzoeken van de nalatenschap. Hij dient dan zijn bevoegdheid en een voldoende ernstig belang bij de verzegeling summierlijk aan de rechter aan nemelijk te maken

## **E. HET EINDE VAN DE OPDRACHT**

### **1. Verschillende dimensies van afloop**

Aan alles komt een eind, zelfs aan de aan een executeur verleende erfrechtelijke opdracht.

Het einde van de quasi-overeenkomst oftewel het einde van de executele heeft echter verschillende dimensies:

385 Rechtbank Rotterdam 22 maart 2006, NJF 2006, 583

386 In het licht van formele vereffening wijs ik nog op art 4 223 lid 2 BW waarin geregeld is dat een vonnis waarbij een vordering tegen een vereffenaar is vastgesteld ook op de persoonlijke goederen van een erfgenaar die met zijn gehele vermogen aansprakelijk is, alleen ten uitvoer kan worden gelegd indien deze in het geding partij is geweest. Zie over vertegenwoordiging in het procesrecht WH ASSER, Partij-vertegenwoordigers in het civiele proces, p 487-503 in Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Serie Onderneming en recht deel 17, Deventer WE J Tjeenk Willink 1999. Zie ook art 358 lid 3 Rv en met name de laatste zin ‘Hetzelfde geldt in zaken betreffende executele en vereffening van een nalatenschap’



- a. het einde van de *taak* (de opdracht) van de executeur;
- b. het einde van het *beheer* van de executeur;
- c. het einde van de vertegenwoordigings*macht* van de executeur.

Men zou in het onderscheid weer het overeenkomstenkarakter (a.), het bewindskarakter (b.) en het vertegenwoordigingskarakter (c.) terug kunnen zien, hetgeen bij elkaar gehouden wordt door de filosofie van de privatieve lastgeving.<sup>387</sup> In zoverre is dit onderscheid ook niet steeds wiskundig in te vullen, doch heeft dit met name het karakter van een juridisch denkmodel.

Het is van groot belang om dit onderscheid aan het eind van de rit van een executele steeds te maken, althans 'zo veel mogelijk'. Allereerst heeft niet iedere executeur zonder meer het beheer van de nalatenschap. Voorts is niet gezegd dat het einde van de taak van een bepaalde executeur ook het einde van een executele betekent. Na het overlijden van een executeur kan bijvoorbeeld een nieuwe executeur de betreffende erfrechtelijke opdracht aanvaarden. En daar komt bij dat het einde van de taak sowieso niet automatisch het verval van de beheersbevoegdheid betekent, waaruit voortvloeit de regel dat ook een gewezen executeur nog beheersverplichtingen kan hebben, aldus art. 4:149 lid 3 BW en daarmee nog vertegenwoordigings*macht* kan hebben.<sup>388</sup>

In beginsel kan dan ook gezegd worden dat een *executele* pas geëindigd is als zowel de taak van iedere ('potentiële') executeur geëindigd is, als het beheer door degene die na de executeur(s) (een niet-executeur derhalve) tot het beheer van de nalatenschap bevoegd is, aanvaard is.

Daarnaast kan zich ook nog de situatie voordoen dat een executele in beginsel geëindigd is, doch door een kantonrechter 'heropend' wordt in de zin van art. 4:142 lid 1 laatste zin BW. Ik teken hierbij aan dat naar de letter van de regeling zich heropening niet kan voordoen, omdat de wet spreekt van een vervanger. In de praktijk zal zich echter deze situatie in 'bijzondere omstandigheden' ongetwijfeld gaan voordoen.

Waarom is dit onderscheid van groot belang?<sup>389</sup> Dit hangt samen met de beschikkingsonbevoegdheidsregel van art. 4:145 lid 1 BW die gekoppeld is aan het beheer van de executeur. Ik ga er vanuit dat als een executele in beginsel geëindigd is, de erfgenamen na aanvaarding van het beheer weer beschikkingsonbevoegd geworden zijn, ook al mocht een kantonrechter de executele 'ooit' weer heropenen in de zin van art. 4:142 BW. Pas na heropening worden de erfgenamen in beginsel weer beschikkingsonbevoegd. Ik leid dit ook af uit de eerste zin van art. 4:145 lid 1 BW waar gesproken wordt van: 'is een executeur benoemd, die tot taak heeft [...]'. Zolang de kantonrechter niet van zijn bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, is er immers niemand benoemd. Niet te verwarren met de situatie dat bijvoorbeeld de primair benoemde executeur is overleden en de kantonrechter 'op korte termijn' een nieuwe execu-

387. Waarbij desgewenst via het beginsel van de 'nader te noemen rechtsopvolger van de erfrechtelijke meester' van middellijke vertegenwoordiging tot onmiddellijke vertegenwoordiging gekomen kan worden.

388. Zie art. 3:73 BW.

389. Omdat men in het notariaat op dit gebied geen enkel risico wenst te lopen, pleegt men netjes aan de executeur te vragen of hij 'klaar is of nog nadruppelt'.

teur gaat benoemen. Dan waren de erfgenamen onbevoegd en blijven zij (voorlopig) onbevoegd in de zin van art. 4:145 lid 1 BW.

Meijer<sup>390</sup> merkt dan ook terecht op dat de wet geen bepaling bevat over het einde van de *executele*, maar wel over het einde van de taak (art. 4:149 BW) en over het einde van het beheer (art. 4:150 BW).

Indien wij de verschillende dimensies rond *het einde* van executele bekijken, blijkt, zoals aangestipt, ook daar weer uit dat executele uit verschillende lagen opgebouwd is. Het einde van de overeenkomst (de taak), het einde van de bewindsbevoegdheid (het beheer) en het einde van de vertegenwoordigingsbevoegdheid in de zin van art. 4:149 lid 3 BW.

Uit art. 4:149 lid 1 letter a BW blijkt dat men ook nog een onderscheid zou kunnen maken tussen het voltooiën<sup>391</sup> van de taak in de zin van de 'totale' afwikkelingsopdracht (de werkzaamheden als zodanig) en de taak van een executeur in concreto wiens taak bijvoorbeeld geëindigd is omdat bijvoorbeeld een of meer van zijn goederen onder bewind gesteld zijn in de zin van art. 4:149 lid 1 letter c BW. Wellicht is dan ook zuiverder om in dat geval te spreken van het einde van zijn *hoedanigheid*, net zoals de wetgever in art. 4:149 lid 4 BW doet.<sup>392</sup>

## 2. Einde van de taak

In art. 4:149 lid 1 BW is vermeld wanneer de taak van een executeur eindigt:

- a. wanneer hij zijn werkzaamheden als zodanig heeft voltooid;
- b. door tijdverloop, indien hij voor een bepaalde tijd was benoemd;
- c. door zijn dood,<sup>393</sup>
  - faillietverklaring of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen,

390. W.R. MEIJER, *Tekst en Toelichting Nieuw Erfrecht*, Den Haag: SDU Uitgevers 2004, p. 121. Op p. 122 constateert zij dat bij het einde van de *executele* de taak van de executeur eindigt en ook zijn beheer van de boedel eindigt. Einde executele is mijns inziens dan ook de 'optelsom' van einde taak en einde beheer. ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 528 maakt nog de navolgende nuance: 'De executeur wiens taak is geëindigd, dient wel de goederen ter beschikking van de voortzettende en/of opvolgende executeur die het beheer van de nalatenschap heeft aanvaard, te stellen.' Mijns inziens kan dit 'vertaald' worden als juridisch kan de quasi-overeenkomst en daarmee de beheersbevoegdheid in beginsel geëindigd zijn, maar dat wil nog niet zeggen dat ook feitelijk het beheer door de gewezen executeur is 'overgedragen'. Vgl. wederom art. 4:149 lid 3 BW. Bij KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 374 lees ik met betrekking tot de beheersbevoegdheid van de executeur: 'zij eindigt nimmer van rechtswege.' Wellicht wordt met nimmer bedoeld op de feitelijke situatie.

391. Dit lijkt ook te volgen uit art. 4:150 lid 1 BW waar gesproken wordt over 'heeft volbracht' en 'is bevoegd zijn beheer te beëindigen.' Zo ook ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2005 nr. 528. In deze situatie houdt hij derhalve de hoedanigheid van executeur tot de 'Freigabe'.

392. W. BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 172 merkt op: 'Het eindigen van de *hoedanigheid* van executeur wordt door de wet aangeduid als het eindigen van de *taak* van executeur.' (Curs. BS)

393. Zie voor de interessante vraag of indien een bij een juridische fusie betrokken verdwijnende rechtspersoon executeur is, de verkrijgende rechtspersoon vervolgens executeur wordt ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 528. Het antwoord luidt indachtig het 'overlijden' van de verdwijnende rechtspersoon in beginsel ontkennend.

- ondercuratelestelling,
  - door de instelling van een bewind als bedoeld in titel 19 van Boek 1 over een of meer van zijn goederen;
- d. wanneer de nalatenschap overeenkomstig de derde afdeling van de vijfde titel moet worden vereffend;
- e. in de bij de uiterste wil bepaalde gevallen;
- f. door ontslag dat de kantonrechter hem met ingang van een bepaalde dag verleent.

In art. 4:149 lid 2 BW wordt het verlenen van *ontslag* nader uitgewerkt. Het ontslag wordt de executeur verleend, hetzij op eigen verzoek, hetzij om gewichtige redenen, zulks op verzoek van een mede-executeur of een erfgenaam, of van het openbaar ministerie dan wel ambtshalve. Hangende het onderzoek kan de kantonrechter voorlopige voorzieningen treffen en de executeur schorsen. Tegen deze voorlopige voorzieningen van en de schorsing door de kantonrechter staat geen rechtsmiddel open.<sup>394</sup> Van belang is te constateren dat de executeur ook zonder gewichtige redenen de kantonrechter om ontslag kan verzoeken. Met een onwillige executeur is immers niemand gediend.<sup>395</sup>

De minister heeft als voorbeeld van een gewichtige reden tot ontslag gegeven het in ernstige mate tekort schieten in de vervulling van zijn taak.<sup>396</sup> Hof Den Bosch oordeelde in zijn arrest van 21 november 2006<sup>397</sup> dat ook een bij *de erfgenenamen* bestaand ernstig *wantrouwen* jegens de executeur reden kan zijn voor ontslag. Hoewel ik met het hof van mening ben dat men het begrip gewichtige reden niet te eng moet uitleggen, plaats ik toch een kanttekening bij het arrest op basis van het feit dat de quasi-overeenkomstgedachte wordt gedragen door het *vertrouwen* van *erflater* en niet door het vertrouwen van de erfgenenamen.<sup>398</sup> Op dit vlak kunnen wij, zoals zo vaak, leren van onze Ooster-

394. Dit wordt in de tweede titel (Van procedures betreffende een nalatenschap of een gemeenschap) van het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld.

395. VV I, nr. 73a, p. 14, Parl. Gesch.Vast., p. 861.

396. MvA, nr. 6, p. 103, Parl. Gesch.Vast. p. 860.

397. Hof Den Bosch 21 november 2006, LJN AZ4506. Zie ook over het ontslag van een executeur wegens gewichtige redenen Rechtbank Leeuwarden, sector kanton 6 februari 2007, Notafax 2007, 37 waar ook sprake was van 'een diep wantrouwen' en het wegvallen van de 'persoonlijke vertrouwensrelatie.', met dien verstande dat de executeur al 'ruim veertien jaar' liep. Mede gelet op de leeftijd van de erfgenenamen vond de kantonrechter het van belang dat de boedel thans binnen afzienbare tijd werd afgewikkeld en het zou niet ondenkbaar zijn dat de verdere afwikkeling van de nalatenschap nog geruime tijd in beslag zou nemen als de betreffende executeur zijn taak als executeur zou voortzetten. Van de overige erfgenenamen kon in redelijkheid niet worden gevergd dat de afwikkeling van de nalatenschap verder zou worden vertraagd. Zie voorts Notafax 2004, 18.

398. WALTER ZIMMERMANN, *Die Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 534 zegt in het kader van 'Feindschaft mit dem Erben' en de gewichtige reden tot ontslag: 'Der Testamentsvollstrecker leitet sein Amt aus dem Vertrauen des Erblassers her, nicht aus dem zu den Erben.'

buren. En wel van de uitspraak van Oberlandesgericht Bayern van 15 september 2004.<sup>399</sup>

‘An eine Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen berechtigten Misstrauens ist ein strenger Maßstab anzulegen; die Beteiligten dürfen nicht in die Lage versetzt werden, einen ihnen möglicherweise lästigen Testamentsvollstrecker durch eigenes feindseliges Verhalten oder aus einem für sich genommen unbedeutenden Anlass aus dem Amt zu drängen.’

Oftewel de executeur moet er niet zomaar uitgewerkt kunnen worden. Maar met name is mijns inziens van groot belang zich in deze, met het betreffende Oberlandesgericht, steeds te realiseren:

‘[...] das Amt des Testamentsvollstreckers (setzt) *kein Vertrauensverhältnis* zu den Erben oder den sonstigen durch die Testamentsvollstreckung betroffenen Bet. Voraus.’

Dat wil vanzelfsprekend niet zeggen dat hij zich helemaal niets van de belangen van de erfgenamen aan zou moeten trekken:

‘Der Testamentsvollstrecker muss unabhängig von diesen (de erfgenamen) den Willen des Erblassers ausführen, wengleich er sich im Rahmen des ihm zustehenden Verwaltungsermessens nicht grundlos über die Interessen und Vorstellungen der Erben und anderer Bet. Hinwegsetzen darf.’

Mijns inziens heeft het Oberlandesgericht derhalve meer gevoel voor de vraag wie de aanjager van de onderhavige erfrechtelijke driepartijenverhouding is dan Hof Den Bosch.<sup>400</sup> Het criterium voor ontslag is immers in beide zaken hetzelfde: ‘ein wichtiger Grund’.<sup>401</sup> Duidelijker dan Zimmermann<sup>402</sup> kan niemand het echter meer zeggen: ‘Der Erbe muss es sich gefallen lassen, dass der Erblassers seinen Intimfeind zum Testamentsvollstrecker ernannt hat’, terwijl het Hof Den Bosch de klemtoon legt op ‘de persoonlijke vertrouwensrelatie tussen de erfgenamen en de executeur, nodig voor een goede uitvoering van de executele.’

De redactie van Rechtspraak Familierecht<sup>403</sup> merkt in haar ‘wenk’ naar aanleiding van het arrest van Hof Den Bosch op:

399. BayOblg 15 september 2004, FamRZ, Heft 11, p. 935 en 937. Ook treffend is gedachte: ‘[...] ein nicht nur auf subjektiven Gefühlsmomenten, sondern auf Tatsachen beruhendes Misstrauen [...]’.

400. Dat neemt niet weg dat de uiteindelijke beslissing van het hof terecht is, maar die wordt mijns inziens met name gedragen door de ‘bijzondere omstandigheden’ van het geval. Zo ook in het hiervoor aangestipte geval van Rechtbank Leeuwarden, sector kanton 6 februari 2007, Notafax 2007, 37 waar de executele reeds ‘ruim veertien’ jaar liep. Een standaardvoorbeeld van ‘wantrouwen plus’?

401. § 2227 BGB.

402. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 534.

403. RFR 2007, 23 p. 116.

‘Het hof schetst in deze uitspraak een competentieprofiel van de executeur: hij moet in staat zijn wantrouwen bij (mede-)erfgenamen weg te nemen of op zijn minst binnen aanvaardbare grenzen te kanaliseren. Het hof verwijt de executeur in deze zaak met name dat zij door haar opstelling het wantrouwen van de erfgenamen verder heeft aangewakkerd, zie rov. 4.5.5: “Het hof is niet kunnen blijken dat A. gedurende de toch al lang lopende executele op enigerlei wijze inzicht heeft gegeven in de wijze waarop zij de nalatenschap beheert en afwikkelt of een begin heeft gemaakt met een verantwoording daarover.” Het hof beperkt aldus de kracht van de executele: de executeur kan zijn macht verliezen indien hij niet enigszins tegemoetkomt aan protesterende erfgenamen.’

Het is mijns inziens geen kwestie van de ‘kracht van executele’ beperken en ‘macht verliezen’, maar een toetsing van de zorgplicht die een goede uitoefening van een executele nu eenmaal met zich brengt. Een goede executeur communiceert en informeert, en al helemaal in het huidige ‘e-mailtijdperk’.<sup>404</sup> Zo ook Luijten en Meijer die opmerken dat het wantrouwen het beste kan worden weggenomen door *ongevraagd* en onder omstandigheden zelfs *onverplicht* opening van zaken te geven en met de erfgenamen te overleggen.<sup>405</sup> Wantrouwen *sec* is mijns inziens geen reden voor ontslag, wantrouwen ‘*plus*’ eventueel wel. Zo werden in de Bossche casus blijkbaar geen inlichtingen gegeven over de inhoud van een ‘koffertje’, de inhoud van ‘de kluis’ en werd door de executeur aan de notaris opdracht gegeven om haar een bedrag uit te keren van meer dan 1 miljoen euro. Voorts zouden er voor het overlijden al grote geldbedragen door de executeur zijn toegeëigend.

In de parlementaire geschiedenis is de vraag aan de orde gesteld of erflater kan bepalen dat de erfgenamen de bevoegdheid hebben een executeur af te zetten. Deze vraag werd op grond van art. 4:149 lid 1 sub *e* BW bevestigend beantwoord. Hierbij werd wel terecht opgemerkt dat men zich kan afvragen of in de praktijk aan een dergelijke mogelijkheid veel behoefte bestaat en of een executeur bereid zal zijn onder zodanige voorwaarden zijn benoeming te aanvaarden, dan wel zijn taak op vruchtbare wijze zal kunnen volbrengen.<sup>406</sup> Dit staat in beginsel haaks op de kracht van de executele, te weten dat de macht bij de boedelafwikkeling wordt geconcentreerd in handen van één persoon.

Ook al eindigt de taak van de executeur, als gewezen executeur blijft hij verplicht te doen wat niet zonder nadeel voor de afwikkeling van de nalatenschap kan worden uitgesteld, totdat degene die na hem tot het beheer van de nalatenschap bevoegd is, dit heeft aanvaard, art. 4:149 lid 3 BW. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een door de rechter benoemde vereffenaar.

Eindigt de hoedanigheid van executeur door diens faillissement of ondercuratelestelling, dan rust deze verplichting op de curator, indien deze van de executele kennis draagt. Indien de hoedanigheid van executeur eindigt door het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsre-

404. Zie ook art. 4:148 BW.

405. E.A.A. LUIJTEN en W.R. MEIJER, Ontslag van de executeur wegens gewichtige redenen, Tijdschrift Erfrecht 2007, nr. 1.

406. MvA, nr. 12, p. 55, Parl. Gesch. Inv., p. 2072.

geling natuurlijke personen of de onder bewindstelling van een of meer van zijn goederen, dan geldt hetzelfde voor de in die gevallen optredende bewindvoerder, art. 4:149 lid 4 BW. Let wel: de goederen van de nalatenschap vallen vanzelfsprekend niet in het faillissement van de executeur, hij is immers 'slechts' vertegenwoordiger.

Eindigt de hoedanigheid van executeur door diens dood, dan zijn diens erfgenamen verplicht, indien zij van de executele kennis dragen, het overlijden van de executeur mede te delen aan de erfgenamen van degene die hem heeft benoemd. Ik neem aan dat de erfgenamen van de executeur ook wel aan deze 'fatsoensnorm' zouden voldoen, als dit niet met zoveel woorden in de wet geregeld zou zijn. De verplichtingen met betrekking tot de executele gaan in ieder geval niet over op de erfgenamen van de executeur. Hier blijkt weer de vertrouwensrelatie tussen erflater en executeur.

De praktijk is dat het bijna niet aan te geven is wanneer de executeur zijn taak heeft volbracht. De executele eindigt de facto veelal in onderling overleg tussen executeur en erfgenamen.<sup>407</sup> Dit laatste past goed bij de quasi-overeenkomstgedachte, althans wat betreft de afwikkeling van de door erflater in het leven geroepen rechtsverhouding.

Indien de taak van de executeur is geëindigd, vervalt hiermee, zoals hierboven reeds aangestipt niet automatisch het beheer van de executeur.<sup>408</sup> Op het einde van het beheer zal ik in de volgende paragraaf ingaan.

### 3. Einde van het beheer; de 'Freigabe'

Een executeur die zijn taak, met het oog waarop hem het beheer was opgedragen, heeft volbracht, is *bevoegd* zijn beheer te beëindigen door de goederen ter beschikking van de erfgenamen te stellen (art. 4:150 lid 1 BW).

In de parlementaire geschiedenis is de vraag gesteld hoe het ter beschikking stellen van de goederen door de executeur aan de erfgenamen in zijn werk gaat. Hierop is geantwoord dat men zich los moet maken van de gedachte aan een 'saisine', een bezit of reële overdracht en veeleer moet denken aan een eenvoudige kennisgeving door de executeur aan de erfgenamen, dat hij zijn taak als geëindigd beschouwt. Hier werd nog aan toegevoegd dat het ter beschikking stellen een feitelijke zaak is, welke men het beste aan de praktijk overlaat.<sup>409</sup> Ook hier geldt zoals zo vaak 'Germania docet' en zal ook de Minister ongetwijfeld de Duitse Freigabe-praktijk als 'model' in gedachte gehad hebben. Van belang in de onderhavige materie blijft dat men zich steeds realiseert dat het beheer van een executeur *niet* van rechtswege eindigt, zelfs al is zijn taak voltooid. De executeur dient de goederen van de nalatenschap eerst '*ter beschikking van*' de rechthebbenden '*te stellen*' om hen weer *beschikkingsbe-*

407. Vgl. VISSER VAN IJZENDOORN, Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en vereffenaars van nalatenschappen, praeadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1953, p. 12.

408. Zo ook ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer. Kluwer 2005, nr. 528.

409. Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, nr. 8, p. 69, Parl. Gesch.Vast., p. 864.

voegd te maken. Het ligt dan ook zeer voor de hand in deze te rade te gaan bij de Duitse collega's en te kijken hoe zij met de beschikkingsonbevoegdheidsregel van § 2211 (1) BGB omgaan, die voor de erfgenamen geldt als een 'Testamentsvollstrecker' is benoemd.

In Duitsland wordt het probleem opgelost met een door de Testamentsvollstrecker te ondertekenen 'Freigabe-erklärung'.<sup>410</sup> Bijvoorbeeld met betrekking tot een zich in de nalatenschap bevindende onroerende zaak:

'Formulierungsvorschlag:

Freigabe-erklärung bezüglich eines Grundstücks:

Als alleiniger Testamentsvollstrecker des Nachlasses des am ... verstorbenen...  
gebe ich folgendes Grundstück von der Testamentsvollstreckung frei und überlasse es der freien Verfügung der Erben:

(omschrijving onroerende zaak)

Dieser Grundbesitz wird zur Erfüllung der Aufgaben der Testamentsvollstreckung nicht mehr benötigt. [...].'

Helder en praktisch. Gelet op de overeenkomst tussen de Duitse en Nederlandse beschikkingsonbevoegdheidsregel (art. 4:145 BW) en de woorden van de minister, is de kans groot dat de 'Freigabe-erklärung' erfrechtelijke usance gaat worden of wellicht al is. De rechtszekerheid wordt hiermee zonder meer gediend. De wetgever heeft deze problematiek niet voor niets willens en wetens aan de rechtspraktijk overgelaten.

Een zware (notariële) verantwoordelijkheid omdat de Freigabe<sup>411</sup> 'zakelijke werking' heeft.

Veelal zal het initiatief uitgaan van de erfgenamen en zullen zij de executeur vragen of hij bereid is van zijn bevoegdheid tot 'Freigabe' gebruik te maken. In de Duitse literatuur<sup>412</sup> wordt treffend gesproken van het '*Herausgabever-*

410. J. MAYER, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2000, p. 160. Zie in deze eveneens de modellen opgenomen bij BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C.H. Beck 2001, p. 337 en 338, waarbij een interessante variant is de 'Freigabe gegen Sicherheitsleistung' (§ 2217 (2) BGB) en wat te denken van de 'Umwandlung von Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum' door de Testamentsvollstrecker.

411. Op grond van § 2214 BGB kunnen de privé-schuldeisers van een erfgenaam verhaal zoeken op de *vrijgegeven* goederen. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 519 merkt op dat art. 4:145 lid 1 BW er niet aan in de weg staat dat personele schuldeisers van een erfgenaam zijn aandeel in de goederen uitwinnen; [...]. Vanuit de optiek van de gedachte van het niet 'vrijgeven' en het bewindskarakter van executele kan ik mij niet in deze benadering vinden. Men zou niet alleen kunnen stellen dat het afgescheiden vermogen uit de aard der rechtsverhouding volgt, maar ook dat art. 4:145 lid 1 BW een bijzondere blokkadereguleering is die de strekking heeft dat derden op geen enkele wijze in het vaarwater van de executeur mogen komen bij de vervulling van zijn taak. Hoe kan de vertegenwoordiger van erflater de nalatenschap afwikkelen als de schuldeisers van de erfgenamen hem steeds voor de voeten lopen? Als de erfgenamen moeten wachten, moeten hun schuldeisers toch ook wachten?

412. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 317. Zie ook § 2217 (2) BGB: 'dem Erben auf Verlangen'. KARL-HEINZ MÜSCHLER, Die Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker,

langen' van de erfgenamen en in het verlengde hiervan van 'Herausgabepflicht' en 'Herausgaberecht'. Ondanks het in beginsel blijkens art. 4:150 lid 1 BW schijnbaar eenzijdige karakter van het 'vrijgeven': het (feitelijk) ter beschikkingstellen,<sup>413</sup> lijkt het er in art. 4:150 lid 4 BW op dat toch een aanvaardingsverklaring van de erfgenamen nodig is. In zoverre zal er in beginsel altijd een samenspel zijn tussen executeur en erfgenamen. Dit past ook bij de quasi-overeenkomstgedachte. Zelfs als de erfgenamen de beheersbevoegdheid van de executeur beëindigen, zal er de facto nog steeds een feitelijke terbeschikkingstelling van de goederen moeten plaatsvinden.<sup>414</sup> Een goed beheer kan met zich brengen dat de executeur verplicht is zijn beheer te beëindigen en van de hem in art. 4:150 BW gegeven bevoegdheid gebruik maakt.

Indien niet alle erfgenamen bekend zijn of niet alle erfgenamen bereid zijn de goederen in ontvangst te nemen, dan zijn art. 4:225 en 4:226 BW van overeenkomstige toepassing, waarover hierna in Hfdst V. meer.

Als de executeur zijn taak heeft volbracht, brengt dit, zoals reeds opgemerkt, nog niet automatisch met zich dat ook het beheer over de nalatenschap eindigt. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat een automatisch verval van de beheersbevoegdheid tot *rechtsonzekerheid* zou kunnen leiden, in het bijzonder in het geval wanneer niet spoedig precies vaststaat welke opeisbare schulden de erflater heeft nagelaten. Voorts wordt gewezen op het feit dat het ook kan zijn dat het de erfgenamen *welkom* is dat de executeur het beheer nog enige tijd voortzet, *zonder* dat het duidelijk is of de erfgenamen de executeur daartoe, stilzwijgend, volmacht hebben gegeven, waarbij uitdrukkelijk geconstateerd wordt dat een volmacht eigen beheersdaden van de erfgenamen niet zou uitsluiten.<sup>415</sup> Hier blijkt wederom uit dat executele als het erfrechtelijke evenbeeld van *privatieve lastgeving* gezien kan worden.

Ook als de executeur zijn taak *niet* heeft volbracht of zijn taak wel heeft volbracht en zijn beheer niet heeft beëindigd op grond van lid 1 van art. 4:150 BW, zijn er gevallen waarin de erfgenamen het zelf in de hand hebben of ze de bevoegdheid van een executeur tot beheer al dan niet laten voortduren, art. 4:150 leden 2 en 3 BW.

→ Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 1996, 11, p.401-406 die spreekt van: 'Der Freigabeanspruch des Erben' en komt tot de mijns inziens ook voor het Nederlandse recht toepasselijke conclusie: 'Die Freigabe ist ein dinglicher Vertrag, gerichtet auf Schaffung eines freien Verfügungsrechts des Erben.'

413. Zie S. PERRICK, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 141 die over het 'afgeven' in art. 4:226 BW opmerkt dat daar uiteraard niet onder moet worden verstaan de juridische levering van de nalatenschapsgoederen, omdat de erfgenaam daar reeds eigenaar van was. Zijns inziens moet daaronder worden verstaan de mededeling van de vereffenaar aan de erfgenaam dat de vereffening is voltooid met als gevolg, dat de erfgenaam weer zelfstandig bevoegd is om over de goederen van de nalatenschap te beschikken en dat de schuldeiser van een erfgenaam bevoegd is zijn vordering op de goederen van de nalatenschap ten uitvoer te leggen. Mijns inziens is deze filosofie ook op executele van toepassing vanwege *het bewindskarakter* van het beheer van de executeur. Op grond van art. 4:150 lid 4 BW is art. 4:225 en art. 4:226 BW van overeenkomstige toepassing.

414. Al dan niet met behulp van de 'sterke arm.'

415. MvA, 3771, nr. 6, p. 101, Parl. Gesch. Vast, p. 846.



Wanneer *alle* erfgenamen het hierover eens zijn, kunnen zij de bevoegdheid van een executeur tot beheer beëindigen:

a. na voldoening van de schulden der nalatenschap en nakoming der lasten, waarvan de afwikkeling reeds tot zijn taak behoort of nog binnen het jaar na het overlijden van de erflater tot zijn taak zou kunnen gaan behoren.

In lid 3 van art. 4:150 is in verband hiermee bepaald dat wanneer de erfgenamen de nodige middelen voor genoemde afwikkeling ter beschikking van de executeur stellen, zij zijn beheersbevoegdheid voor het overige kunnen beëindigen;

b. wanneer *een jaar en zes maanden* is verlopen sedert een of meer der executeurs de nalatenschap in beheer hebben kunnen nemen.

De kantonrechter kan deze termijn, ook na het verstrijken daarvan, op verzoek van een executeur een of meer malen verlengen. Tegen deze beschikking is geen hogere voorziening toegelaten.<sup>416</sup>

De termijn van een jaar en zes maanden begint niet meteen na het overlijden te lopen, maar nadat de executeur de nalatenschap in beheer heeft kunnen nemen.

In eerste instantie was een termijn van een jaar opgenomen. Bij Amendement Van Rijckevorsel, 3771, nr. 16, p. 2, is de duur van deze termijn verlengd tot een jaar en zes maanden.<sup>417</sup> Als toelichting werd hierbij gegeven dat de praktijk leert, dat het dikwijls, ook bij niet ingewikkelde of omvangrijke nalatenschappen, reeds een jaar kan duren voor de definitieve aanslagen in de inkomsten- en vermogensbelasting, alsmede de aanslag successierecht – met de voldoening waarvan de executeur is belast – ontvangen zijn.<sup>418</sup>

De sub a. en b. genoemde bevoegdheden komen mede toe aan de echtgenoot van de erflater die een recht van vruchtgebruik heeft krachtens de andere wettelijke rechten. Überhaupt wordt voor de regeling van de executele genoemde echtgenoot als een erfgenaam aangemerkt (art. 4:152 BW).

Het is van belang hier te constateren dat de erfgenamen deze bevoegdheid ook hebben, al zou de erflater een langduriger beheer van de nalatenschap door de executeur hebben gewild.<sup>419</sup> Indien erflater een *'afwikkelingsbewind'* heeft ingesteld, dan hebben de erfgenamen *niet* de bevoegdheid om dit bewind op te heffen op grond van art. 4:150 BW.<sup>420</sup> Dit artikel is slechts geschreven voor de executele. Voor het einde van het *'afwikkelingsbewind'* geldt art. 4:180 BW waarin bepaald is: dat het *'afwikkelingsbewind'* eindigt wanneer het gemeenschappelijk belang vervalt, en tevens dat het kan worden opgezegd, wanneer vijf jaren na het overlijden van erflater zijn verstreken (zie ook art. 4:181 BW).

416. Dit wordt in de tweede titel (Van procedures betreffende een nalatenschap of een gemeenschap) van het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld.

417. Derde NvW, nr. 22, p. 1, Parl. Gesch. Inv., p. 865.

418. Zie over het bezit van *'een jaar en dag'*, A.S. DE BLÉCOURT, H.F.W.D. FISCHER, Kort begrip van het oud-vaderlands-recht, Groningen 1967, onder meer p. 376-377. Zie voor oud recht art. 4:1054 lid 2 BW.

419. MvA, nr. 6, p. 104, Parl. Gesch. Vast., p. 862.

420. Legitimarissen kunnen wel een beroep doen op hun legitieme, art. 4.72, 4.73 en 4.75 BW.

Art. 4:1055 (oud) BW bepaalde dat indien alle erfgenamen het daaromtrent eens zijn, zij het bezit van de executeur konden doen ophouden, mits zij de executeur in staat stelden tot afgifte van de legaten. De Commissie Erfrecht wees erop dat van deze mogelijkheid de executeur buiten de deur te zetten, uiterst zelden gebruik wordt gemaakt en geeft daar drie redenen voor:<sup>421</sup>

- a. de onbekendheid van de erfgenamen met de mogelijkheid;
- b. *alle* erfgenamen moeten het eens zijn, zodat wanneer een van hen executeur is, deze het gebruikmaken van de mogelijkheid om het bezit op te heffen zou kunnen tegenhouden;
- c. men acht het onbehoorlijk op deze wijze tegen de executeur op te treden en tegen de bedoeling van erflater in te gaan.

Door de Commissie Erfrecht werd opgemerkt dat art. 4:150 lid 3 BW voortbouwde op art. 4:1055 (oud) BW. In zoverre zijn de redenen waarom van deze regeling in de praktijk uiterst zelden gebruik wordt gemaakt nog relevant.

#### 4. Rekening en verantwoording

Een executeur wiens bevoegdheid tot beheer van de nalatenschap is geëindigd, is verplicht aan degene die na hem tot het beheer bevoegd is, rekening en verantwoording af te leggen, op de wijze als voor bewindvoerders is bepaald (art. 4:151 BW). Dezelfde schakelbepaling vinden we terug bij de vereffening (art. 4:207 BW).

Gelet op het schakelmechanisme dient stil gestaan te worden bij de wijze waarop bewindvoerders rekening en verantwoording dienen af te leggen. Dit is geregeld in art. 4:161 BW. Deze regeling kent andere verantwoordingstijdstippen dan die voor de executeur gelden. De rekenplicht van de executeur ontstaat in beginsel pas bij het einde van het beheer. De relatie tussen art. 4:150 en 4:151 BW is dat zodra de *beheers*bevoegdheid van de executeur is geëindigd, hij verplicht is rekening en verantwoording af te leggen.<sup>422</sup>

In lid 1 van art. 4:161 BW wordt wat de rekening en verantwoording betreft rekening gehouden met wie de bewindvoeder benoemd heeft. Dit geldt derhalve ook voor de executeur. Indien de kantonrechter de executeur benoemd heeft, legt deze rekening en verantwoording *af ten overstaan van* de kantonrechter. Uit de parlementaire geschiedenis<sup>423</sup> leren wij dat hiermee tot uitdrukking wordt gebracht dat rekening en verantwoording afgelegd wordt aan de rechthebbende of belanghebbende in het bijzin van, dan wel met afschrift, aan de kantonrechter.

Indien de rechthebbende of een belanghebbende *niet in staat* is tot het opnemen van de rekening en verantwoording, of het *onzeker* is wie de rechthebbende of belanghebbende is, wordt de rekening en verantwoording *aan* de kantonrechter afgelegd, tenzij de uiterste wil iets anders bepaalt. Goedkeuring van deze rekening en verantwoording belet niet dat de rechthebbende

421. Rapport Commissie Erfrecht KNB II, 1963-1966, p. 219.

422. MvA, nr. 12, p. 55, Parl. Gesch. Inv., p. 2073.

423. Tweede NvW, nr. 9, p. 11, Parl. Gesch. Inv., p. 2104.

na het einde van het bewind nogmaals over dezelfde tijdsruimte rekening en verantwoording vraagt, voor zover dit niet onredelijk is, art. 4:161 lid 2 BW.

Lid 4 van art. 4:161 BW bepaalt dat voor *het overige* het bepaalde aangaande de voorgdijrekening in de paragrafen 10 en 11 van afd. 6 van titel 14 van Boek 1 overeenkomstige toepassing vindt. Niet geheel duidelijk<sup>424</sup> is waar na het 'schakelen' de specialis-regel nog werking heeft in het licht van de op uitgeschakelde bepalingen 'voortbouwende regelingen'. Zijn die dan hiermee ook definitief uitgeschakeld? Mijns inziens is een belangrijke bepaling<sup>425</sup> die overeind blijft en waar weer naar een ander wetboek geschakeld wordt, art. 1:374 lid 3 BW:<sup>426</sup>

'Blijft een der partijen in gebreke tot deze aflegging van rekening en verantwoording mede te werken, dan zijn de artikelen 771 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing.'

Hiermee heeft de executeur in ieder geval toegang tot de rechter indien een erfgenaam niet meewerkt. Acht men deze bepaling niet op grond van art. 4:151 juncto art. 4:161 BW rechtstreeks van toepassing, dan lijkt deze, mede gelet op het belang van de regeling, bij wijze van (buitenwettelijke) analogie<sup>427</sup> van toepassing. Prinsen<sup>428</sup> merkt op dat de regeling van de artikelen 771 e.v. Rv. een *restfunctie* vervult, omdat bij de huidige stand van zaken vooral uit overwegingen van doelmatigheid andere acties tot vergelijkbare resultaten kunnen en dienen te leiden. Dit past mijns inziens ook in de quasi-overeenkomstgedachte. Uit de aard<sup>429</sup> van de overeenkomst van opdracht, zie art. 7:403 lid 2 BW, kan men reeds de verplichting tot rekening en verantwoording als een algemeen beginsel aannemen, mede gelet op het bepaalde in art. 6:2 lid 1 BW.<sup>430</sup>

424. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en Schenking, Deventer. Kluwer 2005, nr.547 en KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr 431.
425. Interessant is ook de in art. 1:377 BW neergelegde regel dat een vordering terzake van het voorgdijbewind verjaart 5 jaar na de dag waarop de voorgdij is geëindigd.
426. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en Schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr.547, noot 322 vindt echter de betekenis van art. 1:374 lid 3 BW duister nu art. 771 e.v. Rechtsvordering een regeling inhoudt omtrent de dagvaarding van personen, die onbekend of afwezig zijn, tot het opnemen en goedkeuren van de rekening en verantwoording. Het verhelderende is mijns inziens net dat men in geval van weigerachtige erfgenamen toegang tot de rechter heeft.
427. Zie T.J. MELLEMA-KRANENBURG, Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, Preadvies KNB (2006), Executele en bewind, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 189.
428. L.L.M. PRINSEN, Rekenplicht en aansprakelijkheid, diss. Tilburg, Schoordijk Instituut, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 68.
429. Dit verklaart mijns inziens ook dat de regel van art. 4:1063 (oud) BW over aansprakelijkheid over het gevoerde beheer niet meer is opgenomen.
430. Een 'slechts' gevolmachtigde is in beginsel niet verplicht tot het afleggen van rekening en verantwoording. Zie onder meer Rechtbank Arnhem 1 november 2006, Notafax 2006, 298, waar gesproken wordt van vaste rechtspraak, en Hof Den Haag, 2 augustus 2006, Notafax 2006, 298. Het hof legde het navolgende criterium aan. Er moet een rechtsverhouding bestaan of hebben bestaan krachtens welke de een jegens de ander verplicht is zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen, waarbij geldt dat een rechtsverhouding die een dergelijke verantwoordingsplicht impliceert kan voortvloeien uit de wet of uit een contractuele relatie alsmede uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Er werd overigens

Uit de parlementaire geschiedenis kunnen we opmaken dat voor zover de erfflater de executeur het beheer heeft gelaten, hiervoor de art. 4:145-147 BW gelden en dat van die bepalingen géén afwijkende beschikking<sup>431</sup> is toegelaten, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld is (art. 4: 147 lid 2 en 3 BW).<sup>432</sup> Erfflater kan in het verlengde van deze systematiek de executeur dan ook niet via deze route één vrijstelling verlenen van de verplichting tot rekening en verantwoording. Ook dit past weer in de gedachte van de aanzuigende werking van het erfrechtelijk gesloten stelsel. Voorts blijkt ook uit de dwingende formulering van lid 1 en lid 3 van art. 4:161 BW dat erfflater hem geen vrijstelling van deze verplichting kan verlenen.<sup>433</sup>

## 5. Kwijting en décharge?

Dat men er als executeur niet zonder meer wakker van hoeft te liggen dat een erfgenaam geen kwijting en décharge wenst te verlenen, blijkt uit een ongepubliceerde uitspraak<sup>434</sup> van de rechtbank Den Haag van 17 augustus 2005 waarin de erfgenamen werden veroordeeld 'om binnen 14 dagen na de datum van betekening van het vonnis décharge te verlenen voor de rekening en verantwoording voor de verdeling zoals opgemaakt door de notaris.' In een recente dissertatie over de Entlastung (de décharge) van de Testamentsvollstrecker concludeert en waarschuwt Bonefeld:<sup>435</sup>

'In der Praxis kommt es hingegen nicht selten zu Streit zwischen den von der Testamentsvollstreckung Betroffenen und dem Testamentsvollstrecker selbst. [...] Nach Beendigung sämtlicher Geschäfte im Rahmen einer Testamentsvollstreckung steht der Testamentsvollstrecker vor dem Problem, wie er seine Testa-

→ ook rekening gehouden met het feit dat erfflater tijdens leven geen rekening en verantwoording gevraagd had voor bepaalde opnames. Dit lag anders met opnames na het overlijden, daarvoor moest wel aan de executeur rekening en verantwoording afgelegd worden. In HR 13 mei 2005, Notafax 2005, 129 bevestigt de Hoge Raad niet alleen dat in de concrete casus de volmachtverlening geen rechtsverhouding heeft geschapen op grond waarvan men zich over de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid moet verantwoorden, maar oordeelt ook dat zo'n rechtsverhouding *ook niet nadien* ontstaan is. Rechtbank Zwolle-Lelystad 18 januari 2006, Notafax 2006, 118 laat zien dat er een nuance is tussen 'verantwoordingsplicht' aan de volmachtgever en de verplichting tot rekening en verantwoording. Indien er na het overlijden geen opnamen zijn gedaan is er zelfs geen verantwoordingsplicht aan de erfgenamen, laat staan een verplichting tot rekening en verantwoording.

431. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 533 wijst er op dat naast de rekening en verantwoording betreffende de ontvangsten en uitgaven de verantwoording van zijn beleid staat en dat hem hierbij een ruime armslag moet worden gegeven en dat dit slechts marginaal kan worden getoetst.

432. MvA, nr. 6, p. 100, Parl. Gesch.Vast., p. 846.

433. Vgl. W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 183. Art. 4:1065 oud BW bepaalde: 'Elke bepaling, waarbij de erfflater bevolen heeft dat de uitvoerder zijns uitersten wils van het opmaken eener boedelbeschrijving, of van het afleggen van rekening en verantwoording, zal zijn ontheven, is van rechtswege nietig.' Dit lijkt ook thans nog een algemeen vermogensrechtelijk beginsel.

434. Rechtbank Den Haag 17 augustus 2005 (niet gepubliceerd), zaaknummers: 219342 en 227927, rolnummers: 04-1228 en 04-2996 Het betrof een notaris-executeur.

435. MICHAEL BONEFELD, Die Entlastung des Testamentsvollstreckers (diss. Hamburg) 2004, 'Einleitung'. Als definitie van Entlastung van de Testamentsvollstrecker geeft hij, p. 180: 'die Billigung einer in der Vergangenheit liegenden Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker.'

mentsvollstreckung beenden kann, ohne in der Zukunft vermeintlichen Haftungsansprüchen der Erben ausgesetzt zu sein'

Reden genoeg om in ons stelsel de uitspraak van de Rechtbank Den Haag te koesteren over de 'vervangende Entlastung' Bonefeld komt immers (p.185) tot de conclusie: 'Dem Testamentsvollstrecker ist kein Anspruch auf Entlastung zuzubilligen.' Hoe gaat een en ander in de praktijk dan in zijn werk? 'Es handelt sich um nicht judizierbare psychologische Tatbestände.'

Prinsen lijkt in zijn dissertatie<sup>436</sup> in het midden te laten of er een recht is op 'kwijting en decharge'

'Beheersbevoegheid impliceert als regel een zekere vrijheid ("freies Ermessen") Over de wijze waarop daarvan gebruik is gemaakt, dient aan de belanghebbende rekening en verantwoording te worden afgelegd Wordt de verleende bevoegdheid ook bij uitleg van het daartoe behorende "freies Ermessen" niet overschreden, dan vrijwaart een deugdelijke verantwoording de rekenplichtige in het algemeen van aansprakelijkheid jegens de belanghebbende in hun interne rechtsbetrekking De daartoe door de rekenplichtige bijgehouden administratie is voor het verkrijgen van kwijting (decharge) van groot belang'

Als ik het goed zie is (vrijwillige) decharge iets waar men op hoopt, niet iets waar men zonder meer recht op heeft, maar dat 'spontaan' verdiend zal moeten worden <sup>437</sup> Een onvrijwillige decharge kan men proberen via de rechter af te dwingen, zoals hiervoor gezien in de ongepubliceerde uitspraak van Rechtbank Den Haag Men zou via de quasi-overeenkomstgedachte wellicht ook nog kunnen terugvallen op art. 6:48 BW waar in het algemeen de kwijteplicht is geregeld voor het nakomen van verbintenissen, zij het dat daar gesproken wordt van 'tenzij uit overeenkomst, gewoonte of billijkheid anders voortvloeit'

436 L L M PRINSEN, Rekenplicht en aansprakelijkheid (diss Tilburg), Schoordijk Instituut, Zwolle WE J Tjeenk Willink 1995, p 187

437 Interessant voor de executeur in deze is wellicht de gedachte aan het 'retentierecht' Zie ASSER-KORTMANN-DE LEEDE-THUNNISSEN 5-III, Zwolle WE J Tjeenk Willink 1994, nr 67, p 53 waar te lezen is 'De opdrachtnemer mag het retentierecht uitoefenen voor vorderingen die hun grond vinden in de opdracht [ ] Hieronder vallen niet alleen het aan de opdrachtnemer toekomende loon, maar bijvoorbeeld ook [ ]' Dit staat en valt mijns inziens ook met de presentatie van een en ander ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht, Deventer Kluwer, nr 533 stelt dan ook (onder verwijzing naar Rechtbank Arnhem 27 april 1939, NJ 1940, 570) dat het de executeur niet toegestaan is aan de afgifte van de goederen der nalatenschap en aan het doen van rekening en verantwoording de voorwaarde te verbinden, dat hem eerst decharge voor zijn beheer wordt verleend

# DE ERFRECHTELIJKE OPDRACHT IN HET BIJZONDER

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich zwar bemüht, 'Klarheit in ein dunkles Institut' (die Testamentsvollstreckung) zu bringen. Mot. V. 236. Dieses Bemühen des Gesetzgebers ist aber nur partiell gelungen.

Wolfgang Reimann, Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftsrechtspraxis (1998), p. 5.

## A. DE TEGELDEMAKING. KAN 'HIJ' HET OF KAN HIJ 'HET' NIET?

### 1. Inleiding

Met in het achterhoofd steeds de *drie* vermogensrechtelijke *lagen* die, bij de zoektocht naar de ware aard van executele, in het eerste deel zichtbaar geworden zijn, wordt thans onderzocht in hoeverre een executeur bevoegd is om goederen van de nalatenschap te gelde te maken. Een bepaald executelevraagstuk dient steeds 'juridisch geschild' te worden, oftewel er dient gekeken te worden in welke laag het vraagstuk thuishoort. Veelal is met het stellen van deze vraag het antwoord reeds gegeven of in ieder geval binnen handbereik, althans dat is de hypothese.

Nogmaals de gevonden lagen oftewel de grondslag van de erfrechtelijke drietand executele:

- a. opdracht/lastgeving (verbintenisrechtelijk intern);
- b. vertegenwoordiger ('volmacht') van *erflater* (verbintenisrechtelijk extern);
- c. (privatief) verband op goederen (bewind als goederenrechtelijk aspect).

De wanden tussen het erfrecht en algemene vermogensrecht zijn heel poreus. Het is in het verlengde daarvan van belang steeds voor ogen te houden dat tussen de drie lagen géén schotten staan, maar, dat deze lagen met elkaar in verbinding staan of eenvoudig in verbinding met elkaar te brengen zijn. Denk aan de combinatie lastgeving en volmacht ('a-b'), denk aan het privatieve (bewinds)karakter van lastgeving ('a-c') en denk aan de relatie tussen bewind en vertegenwoordiging ('b-c'). Executele is systematisch opgebouwd uit (deze) verschillende componenten. Hoe kan het ook anders bij een driepartijen-verhouding<sup>1</sup> in een gelaagde structuur. Het bindmiddel van deze drie rechtsfiguren is het fenomeen privatieve lastgeving. Deze nieuwe juridische variant heeft immers kenmerken van alledrie de categorieën, zonder dat

1. Indien men de 'echte derde' meetelt, betreft het zelfs een vierpartijen-verhouding.

deze rechtsfiguur afgedaan mag worden als een regeling 'sui generis'. Het is het algemeen vermogensrechtelijk genus dat het erfrechtelijk species executele instandhoudt.

De meest gecompliceerde kwestie in het licht van executele is mijns inziens de vraag naar de bevoegdheid van de executeur om zelfstandig goederen van de nalatenschap te gelde te maken. De ideale uitdaging voor de toetsing van de gevonden aard.<sup>2</sup>

Zowel dogmatisch als voor de rechtspraak is het onderwerp of de executeur bevoegd is om goederen van de nalatenschap, en met name registergoederen, te gelde te maken, een vraagstuk van grote importantie. Het betreft een kwestie waarop in het verleden door rechtspraak en theorie echter nog nooit een eenduidig antwoord is gegeven en dat door de praktijk ontlopen werd. Niet in de laatste plaats, omdat het mysterie van zijn erfrechtelijke aard nog niet onthuld was. Het notariaat werkte in voorkomende gevallen eenvoudigweg met volmachtverlening door de erfgenamen aan de executeur en ging zo veelal het vraagstuk uit de weg. Het feit dat een notaris nu eenmaal het zekere voor het onzekere neemt en de erfgenamen in de regel liet 'meetekenen'<sup>3</sup> zal ook de reden zijn dat er, afgezien van enkele tuchtrechtelijke beslissingen, zo weinig jurisprudentie is ten aanzien van deze voor de praktijk zo belangrijke vraag naar de grenzen van de bevoegdheid van een executeur om goederen te gelde te maken. Een grote rol hierin heeft ook gespeeld dat legitimarissen niet in het 'bezit' van een executeur hoefden te berusten.<sup>4</sup> Al zou de executeur bij uiterste wilsbeschikking de bevoegdheid verleend kunnen worden om zelfstandig over de goederen van de nalatenschap te kunnen beschikken, dan nog hoefden legitimarissen zich hierbij niet neer te leggen en konden zij deze bevoegdheid (vormvrij) vernietigen met een beroep op hun legitieme. De executeur was daardoor in ieder geval niet meer zelfstandig bevoegd om over de goederen van de nalatenschap te beschikken, zodat hij terug bij af was. In de woorden van Hof Den Haag:<sup>5</sup> 'onverminderd aantasting van dat recht op grond van [...] legitimaire aanspraken'. De vraag naar de kracht van executele moet dan ook in beginsel niet (alleen) beantwoord worden op basis van de mogelijkheden van erflater om een executeur uitgebreide bevoegdhe-

2. Recentelijk werd de Willensvollstrecker, ondanks erkenning van de 'modaliteiten-leer van Kunzle' ten onrechte toch nog neergezet als een 'privatrechtliches Institut sui generis'; GIAN SANDRO GENNA, Willenvollstreckung durch Banken in der Schweiz, Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb), 2006, 9, p. 296-301. Ik maak hierbij de kanttekening dat het Zwitserse recht de moederfiguur 'privatueve lastgeving' niet kent, waardoor de drie modaliteiten niet aan elkaar geklonken kunnen worden.
3. Bij zijn bespreking van de eerste druk van het Handboek (Nieuw) Erfrecht, VAN MOURIK C.S., WPNR (1999) 6361 merkt HEUFF, op basis van zijn jarenlange ervaring in de boedelpraktijk, op dat de erfgenamen meer dan eens een ruime boedelvolmacht aan de executeur afgaven. Hierbij maak ik wel de kanttekening dat de executeur bij gebruik daarvan dan 'slechts' als gevolmachtigde en niet als executeur handelde, althans niet op het niveau van vertegenwoordiger van erflater. In zoverre kwam de executeur zelf niet goed uit de verf. Voorts wees hij op het feit dat de legitimarissen meestal bereid waren om te berusten in het bezit van de executeur. Iemand die bereid is om te berusten, wil in de regel ook wel een volmacht tekenen zou ik denken.
4. HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 (Bunker-Amsterdamsche Bank).
5. Hof Den Haag, 1 november 2006, EstateTip Review 2006-42, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

den te geven, maar moet met name beantwoord worden op grond van het antwoord op de vraag in welk erfrechtelijk klimaat deze bevoegdheden uitgeoefend worden. Bestaat er wat de legitieme portie betreft een goederenrechtelijk klimaat of een verbintenisrechtelijk klimaat? Nu met de invoering van het nieuwe erfrecht de aard van de legitieme portie, zoals gezien, een gedaantewisseling heeft ondergaan, van een goederenrechtelijk naar verbintenisrechtelijk karakter, is het onderhavige vraagstuk in een ander daglicht komen te staan en kan het op ieders warme belangstelling rekenen. Daar komt bij dat de bevoegdheid van een executeur om goederen te gelde te maken in het nieuwe erfrecht duidelijker<sup>6</sup> omschreven en beter afgebakend<sup>7</sup> is.

Ter bepaling van de gedachten eerst 'hoe het vroeger was' en enige rechtsvergelijking met de ons omringende landen.

Aandacht voor het oude erfrecht blijft in deze niet alleen overgangsrechtelijk van belang, maar ook voor de vraag in hoeverre onder het oude erfrecht gewezen tuchtrecht een rol speelt voor het notariële handelen onder het nieuwe recht.

## 2. Art. 4:1059 (oud) BW en de 'boedelberedderaar'

### 2.1 Inleiding

Onder oud erfrecht was de bevoegdheid van de executeur om goederen van de nalatenschap te gelde te maken geregeld in art. 4:1059 (oud) BW lid 1:

'Indien de vereischte penningen niet voorhanden zijn tot het uitkeeren der legaten, hebben de uitvoerders de bevoegdheid om de goederen des boedels, in het openbaar, en volgens de gebruiken ter plaatse, te doen verkopen; alles ten ware de erfgenamen mogten goedvinden om het noodige voorschot van penningen te doen. Voor de verkoop van registergoederen behoeven de uitvoerders de toestemming der erfgenamen of bij gebreke daarvan, de machtiging van de kantonrechter.'

Lid 2 vervolgde met de mededeling:

'Die verkoop zal ook onder de hand kunnen geschieden, indien alle erfgenamen het daaromtrent eens zijn geworden, behoudens de bepalingen ten opzichte van minderjarigen en onder curatele gestelde personen.'

Van belang in deze was ook het in art. 4:1061(oud) BW opgenomen verbod:

'Zij hebben geene bevoegdheid om de goederen der nalatenschap te verkoopen, ten einde dezelve in staat van verdeling te brengen'.

6. Onder het oude erfrecht bekwam de juridische lezer nog wel eens het gevoel dat hij met slecht vertaald 'Frans' van doen had.
7. Er is in de wet een duidelijke afbakening tussen de afdeling executele en de afdeling testamentair (afwikkelings)bewind, hetgeen van belang is voor het vraagstuk in hoeverre het mogelijk is om bij uiterste wilsbeschikking de bevoegdheden van de executeur uit te breiden.



In de Successiewet 1956, zoals die onder het oude erfrecht gold werd de bevoegdheid van de executeur uitgebreid door in art. 72 SW te bepalen dat:

‘In de gevallen, bij de artikelen (...) 1059 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek voorzien, hebben de erfgenamen en de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen met betrekking tot het recht van successie dezelfde rechten onder dezelfde voorwaarden, als bij die artikelen ten opzichte van de legaten zijn toegekend en gesteld.’

In het kader van de begripsbepaling trekt de onder het oude erfrecht gehanteerde term ‘verkopen’<sup>8</sup> meteen de aandacht. Deze term zorgt nog al eens voor verwarring. Bij het eerste college burgerlijk recht krijgt men reeds te horen dat ‘men’ wel degelijk het huis van zijn buurman kan verkopen. Verbintenisrechtelijk zijn er in beginsel geen belemmeringen.<sup>9</sup> De overeenkomst is geldig. De verkoper komt pas in de problemen als hij het huis gaat leveren. Hij is geen eigenaar en de buurman is *niet* gebonden aan de overeenkomst. Als in het kader van executele echter gesproken wordt over de verkoopbevoegdheid van de executeur, wordt daarmee bedoeld op de positieve beantwoording van de vraag in hoeverre de executeur de erfgenamen kan *binden* aan een overeenkomst tot levering van een goed. In het nieuwe erfrecht spreekt men echter niet meer van verkoopbevoegdheid,<sup>10</sup> maar over het ‘te gelde maken’, zij het om een andere reden, waarover hierna meer. Stollenwerck had als puntje van kritiek op de inmiddels befaamde uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 11 oktober 2006 over de beschikkingsbevoegdheid van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder (onder nieuw erfrecht) dat de rechtbank ‘ten onrechte’ sprak van verkoopbevoegdheid.<sup>11</sup> Men zou echter met de term vrede kunnen hebben als men hier aan toe zou voegen of erin zou lezen ‘vertegenwoordigingsbevoegd’ tot verkopen.

Ik merk op dat men aan art. 4:1059 (oud) BW en de daarmee samenhangende vraag of de executeur tot verkoop bevoegd is, pas toekwam, als de executeur bekleed was met het ‘bezit’ van de nalatenschap.<sup>12</sup>

8. Zie ook art. 3:268 BW waar de hypotheekhouder in geval van verzuim van de schuldenaar het recht krijgt om het goed ‘te doen verkopen’.
9. GROEFSEMA, Bevoegd beschikken over andermans recht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993, p. 14 ‘Om over een bepaald recht te kunnen beschikken, moet men beschikkingsbevoegd zijn. [...] Hetzelfde huis voor een tweede maal verkopen is echter wel mogelijk’.
10. In de literatuur over het oude erfrecht spreekt men steeds ‘slechts’ van verkoopbevoegdheid van de executeur en niet over beschikkingsbevoegdheid. Ik ga er vanuit dat als aangenomen werd dat de executeur ‘verkoop’bevoegd was, hij ook beschikkingsbevoegd werd geacht. Dit met het oog op het redigeren van de comparitie van de akte van levering. Zo merkt KLAASSEN-EGGENSEN-LUIJTEN, Erfrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 229 op dat men mag aannemen, dat de executeur ingeval van ontvangst van betaling van een door hypotheek gedekte vordering ook bevoegd is toestemming tot doorhaling der hypothecaire inschrijving te geven, al is hem die bevoegdheid niet uitdrukkelijk door de wet toegekend; het toestemmen tot de doorhaling is immers een accessoir van het ontvangen van de betaling en het geven van de kwijting daarvoor. Deze redenering van Luijten zou men mijns inziens naar analogie kunnen toepassen op verkoopbevoegdheid van de executeur en zijn beschikkingsbevoegdheid. De wettelijke terminologie was waarschijnlijk nog ‘besmet’ met invloeden uit het Franse rechtsstelsel, waar de verbintenis onmiddellijk de eigendom doet overgaan, GROEFSEMA, Bevoegd beschikken over andermans recht (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993, p. 14.
11. A.H.N. STOLLENWERCK, Ook de rechter geeft drie sterren!, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), december 2006, nr 52.
12. KLAASSEN-EGGENSEN-LUIJTEN Erfrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 227.

De aangehaalde wettelijke bepalingen zijn in beginsel duidelijk. Het waarom van de verkoop was van groot belang. Ging het om de uitkering van legaten mogelijk te maken dan wel de betaling van successierecht, dan was de executeur bevoegd. De voldoening van *andere* schulden werd niet gekwalificeerd als reden om tot tegeldemaking over te gaan. Wat de verkoop van registergoederen betreft door de executeur, bepaalde de wet dat in beginsel de toestemming van de erfgenamen nodig was. Duidelijk. De executeur kon geen registergoederen te gelde maken zonder toestemming van de erfgenamen. Van waar dan die problemen in de registergoederenpraktijk? Dit lag in beginsel niet aan de wet, doch aan een mystiek notarieel gebruik in de testamentenpraktijk. Nagenoeg iedere executeur werd bij zijn benoeming tevens bekleed met de alles behalve duidelijke titel: 'boedelberedderaar'. Een aanduiding waarmee men poogde de bevoegdheid van de executeur om goederen te gelde te maken uit te breiden. Maar waar lagen de grenzen? Rombach heeft in zijn zeer lezenswaardige bijdrage over de kameleonistische boedelberedderaar de hand aan de uitbreiding van deze grenzen proberen te houden.<sup>13</sup> Dat er grenzen waren aan de verkoopbevoegdheid van de executeur-boedelberedderaar illustreert de navolgende civielrechtelijke uitspraak van Hof Amsterdam van 8 september 1994, NJ 1995, 700 (Klaver versus De Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Georgius), een van de zeer weinige civielrechtelijke uitspraken op dit gebied.

## 2.2 *Klaver versus de Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Georgius*

Dit hofarrest is tevens illustratief voor de wijze van gebruik in de testamentenpraktijk van de term boedelberedderaar. In de casus van gemeld arrest van Hof Amsterdam van 8 september 1994 staan tegenover elkaar de heer Klaver en De Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Georgius. Erflater Scholten heeft de Parochie van de Heilige Georgius tot zijn 'enige en algehele' erfgenaam benoemd. In hetzelfde testament werd de voormalig kerkmeester, de heer Borst, tot 'executeur-testamentair-boedelberedderaar' benoemd. In de nalatenschap bevond zich onder meer een onroerende zaak. Deze onroerende zaak werd door Borst qualitate qua verkocht aan Klaver. Het kerkbestuur weigert de akte van levering te tekenen. Klaver vordert dat de parochie wordt veroordeeld tot levering.

Hoe zag de 'boedelberedderaarsclausule' er in casu uit?

De executeur werd het bezit van de nalatenschap verleend, en hij werd voorts tot *beredderaar van de nalatenschap* benoemd waarbij hem toegekend werd de meest uitvoerige macht, in het bijzonder om de boedel tot een staat van effenheid en deelbaarheid te brengen, te liquideren en af te rekenen. Of zoals het hof het samenvat: 'De executeur heeft dus alle bevoegdheden die nodig zijn om de nalatenschap te vereffenen.' Het hof merkt daar bij op dat Klaver (koper) niet bestrijdt dat de executeur zijn bevoegdheid slechts heeft voor de vereffening van de boedel en in het bijzonder ook voor de uitkering van de legaten. Het geschil spitst zich in het arrest toe op de vraag of deze be-

13. ROMBACH, De kameleonistische 'boedelberedderaar, redder uit de notariële boedelafwikkelingsnood, WPNR (1978) 5458.

voegdheidsbeperking *extern* of slechts *intern* werkt. Het eerste was volgens het hof het geval. De beperkingen werkten (onder het oude recht) *extern*.

Asser-Van der Ploeg-Perrick<sup>14</sup> doet dit arrest overigens af als: 'Anders': (...), en gaat er vanuit dat de testamentaire bevoegdheidsbeperkingen slechts interne werking hebben.

### 2.3 De notariële tuchtrechtspraak

In de notariële tuchtrechtspraak komt de positie van de executeur vaker aan de orde dan in de civielrechtelijke rechtspraak. Vooraf merk ik op dat dit niet in de laatste plaats zal liggen aan de onduidelijkheid die het gebruik van de term 'boedelberedderaar' met zich brengt.

Hof Amsterdam, thans tuchtrechtelijk aan zet, geeft 'college' en brengt de heersende leer, althans wat het oude erfrecht betreft, in kaart:<sup>15</sup>

'Volgens de heersende opvattingen is een executeur-testamentair, tevens boedelberedderaar, uitsluitend bevoegd goederen behorende tot een nalatenschap zonder toestemming van de erven te verkopen in het geval dat uit de opbrengst een legaat dan wel een schuld van de nalatenschap moet worden voldaan en in het geval dat een behoorlijk beheer van de nalatenschap de verkoop dringend vereist. Hiervan is in het onderhavige geval evenwel niet, althans onvoldoende gebleken.'

Voor de tuchtrechter is derhalve van doorslaggevend belang de reden van tegeldemaking, waarbij twee redenen door de beugel kunnen: 'een behoorlijk beheer vereist de verkoop dringend' of uit de opbrengst moet een 'schuld van de nalatenschap' worden voldaan.

Tuchtrechtelijk gezien zou de notaris er derhalve goed aan doen<sup>16</sup> de executeur in de akte van levering (en nog liever in de koopakte) te laten verklaren wat de ('geldige') reden van verkoop is. Voor de praktijk is ook van belang dat het hof in casu vond dat de vrees dat de boedel schade zou lijden als gevolg van inbraak, diefstal en kraken geen dringende reden was voor verkoop. De notaris had de goederen immers kunnen laten opslaan.<sup>17</sup> Hier ging het derhalve om de vraag of aan de reden 'dat een behoorlijk beheer de verkoop dringend vereist' voldaan werd. Van belang is te constateren dat het in de onderhavige casus een notaris betrof die tot executeur benoemd was. Indien een 'derde' tot executeur benoemd zou zijn en een notaris gevraagd zou worden

14. ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, *Erfrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer, 1996, p. 500, noot 81b.

15. Hof Amsterdam 12 maart 1998, WPNR (1998) 6336.

16. Wel merk ik hierbij op dat deze uitspraak gewezen is onder het oude erfrecht en dat het om een executeur-boedelberedderaar ging. Hierna bij de behandeling van het nieuwe erfrecht, zal ik ingaan op de vraag in hoeverre deze tuchtrechtelijke norm van Hof Amsterdam ook nog geldt voor het nieuwe erfrecht.

17. HOLTMAN maakt zich in JBN 1999 nr 8: 'Het is fout, het klopt niet, het is niet juist of het deugt niet', erg druk over deze uitspraak en constateert dat de notaris het in de ogen van het hof absoluut altijd fout doet. In casu valt het mijns inziens wel mee, aangezien het hof ook constateert dat de notaris bij gebreke van boedelvollmachten van alle erven *te dier zake* (ik neem aan de opslag van de inboedel) toch namens hen kan handelen. Het hof: 'Immers de notaris is bij codicil door erflaterster tot executeur-testamentair benoemd en kon binnen die taak als vertegenwoordiger van de gezamenlijk erven handelen.'

om de akte van levering te passeren, is de vraag gerechtvaardigd of alsdan ten aanzien van de passerend notaris de door Hof Amsterdam gestelde norm in volle omvang ook voor de passerend notaris zou gelden, waarover in Hfdst VI meer

Op de problematiek met betrekking tot de boedelberedderaar zal in het overgangsrechtelijk gedeelte apart ingegaan worden. Dit mede gezien het belang van de materie voor de oplossing van de overgangsrechtelijke vraagstukken die zich ongetwijfeld voorlopig zullen blijven voordoen gezien de onduidelijkheid die er onder oud erfrecht over het fenomeen 'boedelberedderaar' bestond.

Na de behandeling van de tuchtrechtspraak over de bevoegdheid van de 'executeur-boedelberedderaar' om goederen te vervreemden een kort intermezzo over de Belgische 'testamentuitvoerder' en andere buitenlandse executeurs

### 3. **Het doen verkopen van de roerende goederen door de Belgische 'testamentuitvoerder' (art. 1031 BBW)**

De bevoegdheid van de Belgische 'testamentuitvoerder' om goederen van de nalatenschap te gelde te maken is geregeld in art. 1031 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek. Op grond van dit artikel is hij slechts bevoegd de *roerende zaken te doen* 'verkopen', indien het vereiste geld om legaten uit te keren niet in de boedel voorhanden is.<sup>18</sup>

In tegenstelling tot onze executeur onder oud erfrecht is hij hiertoe ook bevoegd indien hem het recht van bezit *met* is toegekend. De Belgische rechtsleer neemt dit aan, omdat in de betreffende bepaling geen onderscheid wordt gemaakt tussen de executeur met en zonder bezit.<sup>19</sup>

Wat betekent *doen* verkopen? Dit betekent dat de testamentuitvoerder *met* zelf bevoegd is om de roerende goederen te gelde te maken, ook niet op grond van een testamentaire bepaling.<sup>20</sup> De erfgenamen moeten hun toestemming verlenen. Doen zij dit niet dan moet de testamentuitvoerder aan de rechtbank vragen om de 'verkoop' te bevelen.<sup>21</sup>

Het is echter heersende leer dat erflater kan bepalen dat de testamentuitvoerder ook *onroerende zaken* kan *doen* verkopen.<sup>22</sup> In beginsel zal het moeten

18 Zie FRANK BUYSENS, Handboek Estate Planning (HEP), Deel 5, Vermogensplanning met effect na overlijden. Erfrecht en Testament, Testamentuitvoerder/Taak, Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 226.

19 VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 196.

20 VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 196.

21 VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 196.

22 VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 202. Zij wijst in noot 4 op dezelfde pagina op een oude uitspraak van 1850 dat dit alleen kan als er geen legitimerissen zijn.

gaan om een verkoop met het oog op het uitkeren van legaten. Verbeke<sup>23</sup> wijst er op dat het bezitsrecht van de testamentuitvoerder, onder meer qua juridische aard, beperkt is, hetgeen zijns inziens betekent dat het bezitsrecht van reservataire erfgenamen of van een algemene legataris die opkomt zonder reservataire, voorgaat. Aangenomen wordt daarentegen echter ook dat Belgische legitimarissen het bezitsrecht van de executeur op hun legitieme dienen te dulden, doch wel alleen wat de *roerende zaken* betreft. Men is deze mening toegedaan omdat de legitimarissen in art. 1027 BBW het recht hebben om de testamentuitvoerder zijn bezit te ontnemen.<sup>24</sup> Dit kunnen zij doen door aan de testamentuitvoerder aan te bieden een bedrag ter hand te stellen dat voldoende is om de legaten uit te keren.

Wederom mag in algemene zin niet uit het oog verloren worden dat de erfrechtelijke voedingsbodem wat de positie van legitimarissen betreft en daarmee de positie van 'executeurs', niet te vergelijken is met het nieuwe Nederlandse erfrechtelijke klimaat. De Belgen hebben immers een goederenrechtelijke 'reserve'.<sup>25</sup> Daarnaast gaat het in beginsel slechts, zoals gezien, om een *doen* verkopen en om *roerende* zaken. De verkoopbevoegdheden van de Belgische 'testamentuitvoerder' verdienen derhalve zeker niet het predikaat: 'uitgebreid'.

#### **4. Beschikken 'en l'absence d'héritier réservataire' over 'des immeubles' (art. 1030-1 Cc nieuw)**

Zoals hiervoor reeds gezien, kan de nieuwe Franse executeur weliswaar door erfflater beschikkingsbevoegdheid worden verleend om over onroerende zaken te beschikken in het kader van 'payer les dettes,' zij het echter alleen als er geen legitimarissen zijn en alleen 'qu'après information des héritiers' (art. 1030-1 Cc nieuw).<sup>26</sup> Gesteld kan worden dat op het onderdeel 'beschikkingsbevoegdheid' de positie van de nieuwe Franse executeur ook niet sterk te noemen is.

#### **5. De 'Verfügungsbefugnis' van de Duitse Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB)**

Hoe is het gesteld met de bevoegdheid van de Duitse collega van de executeur om goederen te gelde te maken?

Het Duitse recht kent geen specifieke bepaling over het te gelde maken van nalatenschapsgoederen door de Testamentsvollstrecker, wel een algemene be-

23. Hij voegt aan de beperking van juridische aard toe: 'met name louter feitelijk en precair', ALAIN VERBEKE, Belgisch testamentair erfrecht, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), 2002, 1, p. 33.

24. VAN GRUNDERBEECK 1997, p. 164.

25. Zie B.M.E.M. SCHOLS, (Belgisch) Tijdschrift voor Estate Planning (TEP), juni 2005. Een erfrechtelijke 'star is born'. Hij kan niet alleen uitvoeren, vollstreken en executeren, maar ook de nalatenschap zelfstandig verdelen!

26. Zie bijvoorbeeld PHILIPPE MALAURIE/LAURENTAYNES, Les successions les libéralités, Parijs: Defrénois 2006, p. 264.

paling over 'beheren (verwalten) en beschikken (Verfügen)'.<sup>27</sup> In § 2205 BGB lezen wij:

'Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.'

In de dissertatie van Thomas Thöne wordt over deze beschikkingsbevoegdheid van de 'Testamentsvollstrecker'<sup>28</sup> krachtige taal gesproken:

'Die Verfügungsmacht des Vollstreckers ist kaum begrenzt.'

Leerzaam voor het functioneren van de executeur in ons recht is zijn toelichting op het betreffende artikel:

'Entsprechend dem Verhältnis von Verwaltung und Auseinandersetzung ist die Beziehung zwischen Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Vollstreckers eine Mittel-Zweck-Relation: Um die Verwaltungsaufgaben erfüllen zu können, wird ihm ergänzend die Verfügungsbefugnis über den Nachlass erteilt.'

Wie vervolgens denkt dat dit bevoegdheidsbeperkingen met zich zou kunnen brengen heeft het mis:

'Für die wirksamkeit der Verfügung kommt es weder darauf an, ob der Verwaltungszweck erreicht wird, noch ob die Grundsätze einer ordnungsmässige Verwaltung eingehalten werden.'

Is de door de Testamentsvollstrecker in dat geval verrichte 'levering' dan niet onaantastbaar geschied, oftewel rechtsunwirsam? Neen:

'Die Erben können Verfügungen, die dem zuwiderlaufen, nur mittels einer Klage auf Einhaltung der Amtspflichten und *Schadenersatzansprüchen* begegnen, §§ 2216, 2219 BGB.' (Curs. BS)

Derhalve slechts *interne* aansprakelijkheid van de executeur als bij de beoordeling van de transactie zou blijken dat er geen sprake was van 'behoorlijk beheer',<sup>29</sup> zonder dat de overdracht<sup>30</sup> als zodanig op losse schroeven komt te staan. Indien de Testamentsvollstrecker tot beschikkinghandelingen in de

27. Vanzelfsprekend kunnen deze begrippen niet 'één op één' getransformeerd worden van het ene rechtsstelsel naar het andere. Vergelijk P. SMITS, AH.F.M. WIJERS, Duits verbintenisrecht, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 13. Vergelijk KOKKINI-IATRIDOU e.a. Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek, Deventer: Kluwer 1988, p. 91.

28. THOMAS THÖNE, die Verwaltung des Testamentsvollstreckers (diss. Freiburg) 1999, p. 79. Verfügen (beschikken) omschrijft hij als: 'Wie üblich umfasst er Rechtsgeschäfte, die unmittelbar darauf gerichtet sind, auf ein bestehendes Recht einzuwirken, es zu verändern, zu übertragen oder aufzuheben.'

29. 'Ordnungsmässige Verwaltung'.

30. Zie § 2206 (1) 2 BGB.

zin van § 205 BGB bevoegd is, wordt hij overigens ook bevoegd geacht om de overeenkomst tot beschikking aan te gaan.

De vertegenwoordigings*macht* van de Testamentsvollstrecker is onbeperkt en er zijn derhalve in beginsel geen *externe* beperkingen.

Een belangrijk aandachtspunt in het Duitse recht blijft wel het verbod van 'unentgeltlichkeit'<sup>31</sup>, waarmee bedoeld wordt dat van de Testamentsvollstrecker in beginsel verlangd wordt dat de vervreemding onder 'bezwarende titel' plaatsvindt. Dit verbod heeft immers 'zakelijke werking', zij het dat ook dit in zoverre weer meevalt, aangezien slechts sprake is van 'unentgeltlichkeit' indien de Testamentsvollstrecker:<sup>32</sup>

'das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung kannte oder bei ordnungsgemässer Verwaltung zumindest hätte erkennen müssen.'

Een subjectief criterium met enige 'speelruimte' derhalve, waarbij de beleving van de verkrijger in beginsel niet relevant is. Een Testamentsvollstrecker, maar vanzelfsprekend ook een executeur, doet er overigens goed aan om bij een voorgenomen tegeldemaking voor een 'taxatierapport' zorg te dragen met het oog op zijn verplichting om rekening en verantwoording af te leggen over het door hem gevoerde beheer.

Voorts geldt voor de Testamentsvollstrecker op grond van § 181 BGB in beginsel het verbod van 'Selbsteintritt', zij het dat hij hiervan door erflater bevrijd kan worden.<sup>33</sup>

De Testamentsvollstrecker hoeft geen rekening te houden met familierechtelijke<sup>34</sup> beperkingen. Waarom niet? De reden hiervoor<sup>35</sup> is dat zoals gezien:

'der Testamentsvollstrecker sein recht vom Erblasser, nicht vom Erben ableitet.'

Dit doet ons denken aan het bepaalde in art. 3:77 BW, oftewel de executeur vertegenwoordigt *erflater*. Art. 4:145 lid 2 BW bevestigt (slechts) dat zijn rechtsopvolgers onder algemene titel gebonden worden. Zoals gezien, is in het Duitse recht ook het onderscheid externe en interne bevoegdheid van belang.

Thans een korte blik op de bevoegdheden van de Zwitserse Willensvollstrecker.

31. Door F. SIELEMANN in Belgische en Duitse aspecten bij Nederlandse boedelscheidingen, Deventer: Kluwer 1980, p.119, vertaald als 'onder bezwarende titel'.

32. KARL WINKLER, Der Testamentsvollstrecker, Regensburg/Berlin: Walhalla 2005, p. 109 e.v.

33. Voor de relativering van het 'selbsteintritt'-verbod verwijs ik naar B.M.E.M. SCHOLS, Het legatum per vindicationem in de gedaante van de executeur-testamentair als 'Vermachtisvollstrecker', WPNR (2001) 6436.

34. BENDEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München: C.H. Beck 2001, p 157

35. STAUDINGER/REIMANN 2003, § 2205 BGB, Rn. 79.

## 6. De Verfügungsmacht van de Zwitserse Willensvollstrecker

De Zwitserse Willensvollstrecker bezit een zeer vergaande vertegenwoordigingsmacht als het gaat om goederen van de nalatenschap te gelde te maken, waarbij het geen toeval zal zijn dat men erg hangt aan het onderscheid externe en interne vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het onderscheid 'kunnen' en 'mogen'. Künzle<sup>36</sup> draait er niet omheen:

'Die (externe) Verfügungsmacht des Willensvollstreckers umfasst *alle* Verfügungen, welche die *Aufgabe* des Willensvollstreckers mit sich bringen kann. Gutgläubige Dritte müssen sich Beschränkungen der Verfügungsbefugnis nicht entgegenhalten lassen.'

Oftewel het doel heiligt alle middelen.

Hij baseert zich hierbij op een ongepubliceerde uitspraak van het Schweizerisches Bundesgerichts van 20 oktober 1983 (C.149/83):

'Darauf, dass der Willensvollstrecker in Überschreitung der ihm testamentarisch eingeräumten Befugnisse und gegen den Willen einzelner Erben gehandelt hat, kann es ... im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten aus Gründen der Rechtssicherheit und infolge der besonderen Stellung des Willensvollstreckers, die ihm auch dingliche Verfügungsmacht zuerkennt ...nicht ankommen.'

De onderliggende boodschap is duidelijk: het rechtsverkeer mag niet door een executeur op het verkeerde been gezet worden en moet derhalve beschermd worden, ook als de executeur zijn 'interne' bevoegdheid overschrijdt. En met deze interne bevoegdheid valt het wel mee:<sup>37</sup>

'Die (interne) Vertretungsbefugnis des Willensvollstreckers, sein Dürfen, ist (eng) auf die letztwillig angeordneten oder im konkreten Fall notwendigen Geschäfte beschränkt.'

Een logisch gevolg is vervolgens dat:

'Überschreitet der Willensvollstreckers die Vertretungsbefugnis oder misbraucht er die Vertretungsmacht kann dies gutgläubigen Dritten (ähnlich wie nach Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR) nicht entgegengehalten werden, aber er wird gegenüber den Erben schadenersatzpflichtig.'

36. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 247. Het betreffende 'arrest' haalt hij in noot 422 aan. Hetzelfde wordt op p. 255 opgemerkt over de (externe) Vertretungsmacht.

37. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 257.



Kortom, de rechtshandeling is geldig, maar de 'executeur' wordt schadelijktig bij overschrijding van zijn interne bevoegdheid. Het rechtsverkeer wordt in ieder geval niet gehinderd.

Thans een analyse van de bevoegdheden van de beheersexecuteur.

## 7. **De bevoegdheid van de beheersexecuteur om goederen van de nalatenschap te gelde te maken (art. 4:147 BW)**

### 7.1 *'Te gelde maken'*

De executeur met de wettelijke opdracht van art. 4:144 BW, te weten: (kort gezegd), beheren, voldoening van de schulden van de nalatenschap en de nakoming van de op hem rustende lasten, wordt in art. 4:147 BW met zoveel woorden de bevoegdheid verleend om onder omstandigheden de goederen van de nalatenschap *'te gelde te maken'*.

Allereerst aandacht voor het door de wetgever gebruikte begrip 'te gelde te maken'.

In het ontwerp van wet,<sup>38</sup> alsmede in het Groene Boek van Meijers<sup>39</sup> werden in art. 4.5.3.10 termen gebruikt als 'onderhands verkocht', 'verkopen' en 'verkoop'. In het wetgevingsproces werd echter de betreffende bepaling gewijzigd en werd 'verkopen' gewijzigd in 'te gelde maken'. Deze wijziging wordt in de Memorie van Antwoord<sup>40</sup> als volgt toegelicht:

'Het (artikel, toev. BS) spreekt thans van te gelde maken en niet slechts van verkopen. Onder eerstgenoemde uitdrukking is ook begrepen het opzeggen en incasseren van een tot de beleggingen uitstaande vordering, bijvoorbeeld een rentetragende hypothecaire vordering met behoorlijk onderpand.'

Er is derhalve bewust gekozen voor een ruimere term dan 'verkopen', waarbij ik uit het gebruik van de term 'slechts', opmaak dat de term te gelde maken mede de verkoopbevoegdheid omvat. Ook bij Broomhaar lees ik:<sup>41</sup>

'Zo zijn de erfgenamen bijvoorbeeld gebonden aan de door de executeur bevoegdelijk aangegane koopovereenkomst in het kader van de tegeldemaking van de goederen van de nalatenschap. Overlijdt de executeur vóór het plaatsvinden van de overdracht, dan geschiedt de vervreemding van het goed aan de koper door de erfgenamen zelf.'

Voorts ga ik er vanuit dat onder te gelde maken mede de *beschikkingsbevoegdheid* valt. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het in de titel 'gemeenschap' opgenomen art 3:174 BW waar ook het begrip 'te gelde maken' wordt gehanteerd. In

38. Ontwerp van wet, 3771 nr. 2, p. 12. Destijds was de 'verkoopbevoegdheid' van de executeur geregeld in de afdeling 'vereffening'.

39. TM, p. 173 en 359.

40. MvA, 3371, nr.

41. W. BROOMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 168.

de toelichting<sup>42</sup> op de wijziging van 'bevelen' in 'machtigen'<sup>43</sup> in gemeld artikel lees ik immers:

'daardoor komt tot uitdrukking dat de beschikking van de boedelrechter de deelgenoot die het goed te gelde wil maken, jegens derden beschikkingsbevoegd maakt.'

Een argument dat te gelde maken ook beschikkingsbevoegdheid voor de executeur inhoudt, is ook te ontlenen aan de ontwerpbeplanning 4.4.6.3d. Hierin was opgenomen dat een executeur slechts over registergoederen mocht '*beschikken*' met toestemming van de legitimarissen of met machtiging van de kantonrechter. Deze bepaling, die een belangrijke inbreuk op de bevoegdheid van de executeur betekend zou hebben, is echter bij de Invoeringswet<sup>44</sup> geschrapt.

Een andere vraag die opkomt bij de bepaling van de grenzen van het begrip tegeldemaking is of hier ook het vestigen van een hypotheekrecht of een pandrecht door een executeur onder zou kunnen vallen in de situatie dat de lening aangegaan wordt met het oogmerk om de successierechten te kunnen voldoen. Met behulp van het adagium 'wie het meerdere kan, kan ook het mindere', kan mijns inziens deze vraag bevestigend beantwoord worden. De condities van de geldlening kunnen hierbij wel van belang zijn. Is de lening bijvoorbeeld boetevrij af te lossen door de erfgenamen?

## 7.2 *De opeisbare schulden van de nalatenschap*

Wanneer is een executeur zelfstandig bevoegd om de door hem beheerde goederen van de nalatenschap te gelde te maken?

Hij is hiertoe op grond van art. 4:147 lid 1 BW bevoegd '*voor zover dit nodig is voor de tot zijn taak behorende voldoening van schulden van de nalatenschap*'.

In art. 4:144 BW lezen wij dat het moet gaan om de schulden die *tijdens zijn beheer* van de goederen van de nalatenschap *uit die goederen* behoren te worden voldaan. Tijdens zijn beheer moet in dit kader gelezen worden als de *opeisbare* schulden of de gedurende zijn beheer opeisbaar wordende schulden. Dit in tegenstelling tot de in art. 4:215 BW opgenomen parallelbevoegdheid van de vereffenaar die ook bevoegd is om te handelen als het gaat om *niet-opeisbare* schulden.<sup>45</sup> De schulden van de nalatenschap zijn opgesomd in art. 4:7 BW. Voor de regeling van executele is van belang te constateren dat het om 'alle letters' gaat, te weten a tot en met i. Wat de taak van de executeur betreft, is geen enkele schuld van de nalatenschap uitgesloten. Voorts is de eis gesteld dat de schuld uit de goederen van de nalatenschap dient te worden voldaan. Stel het geval dat een gelegateerd goed *niet* tot het vermogen van erflater behoort, doch tot het eigen vermogen van de erfgenaam. Deze schuld

42. Parl. Gesch. 3, p. 596.

43. Het aangaan van de geldlening door de executeur als vertegenwoordiger van de erfgenamen zou dan als een beheershandeling in de zin van art. 4:144 lid 1 BW aangemerkt moeten worden.

44. MvT, 17 141, nr. 3, p. 62.

45. MvA 3771, nr. 6, p. 101.

is weliswaar een schuld van de nalatenschap, doch dient niet uit de goederen van de nalatenschap voldaan te worden.<sup>46</sup>

In de praktijk zullen ongetwijfeld de belangrijkste twee 'schulden van de nalatenschap' zijn die aanleiding zijn om onroerende zaken te verkopen in de zin van art. 4:147 lid 1 BW de successierechten (letter e) en de schulden uit legaten (letter h). De bevoegdheid om goederen te gelde te maken ter voldoening van de successierechten was onder het oude erfrecht geregeld in art. 72 SW. Deze bevoegdheid is bij de invoering van het nieuwe erfrecht terecht overgeheveld naar Boek 4 BW waar hij, gelet op de civielrechtelijke aard van de materie, thuishoort.

### 7.3 *De nakoming van testamentaire lasten, direct en indirect*

Naast de voldoening van de schulden van de nalatenschap spreekt art. 4:147 lid 1 BW als geldige grond voor tegeldemaking door de executeur ook over de 'nakoming der hem opgelegde lasten'.<sup>47</sup>

Deze frase heeft een 'bijzondere' voorgeschiedenis. Bij de invoering van het nieuwe erfrecht was deze toevoeging<sup>48</sup> door een fout in het wetgevingsproces nog niet verwerkt. Later is bij herstelwet van 5 februari 2004, Stb. 2004, 50 dit alsnog gerepareerd.

De toevoeging brengt met zich dat de executeur ook goederen van de nalatenschap kan verkopen om zo aan liquide middelen te komen omdat hij een last, zoals bijvoorbeeld het oprichten van een standbeeld, moet (laten) uitvoeren. Dit moet onderscheiden worden van een andere verkoopbevoegdheid van de executeur en wel de bevoegdheid die uitdrukkelijk als testamentaire last in de uiterste wilsbeschikking is opgenomen. Het betreft dan niet een tegeldemaking met het oog op nakoming van testamentaire lasten in de zin van art. 4:147 lid 1 BW, maar tegeldemaking als onderdeel van de in art. 4:144 lid 1 BW opgenomen algemene taken van de executeur. Een van die taken is 'de nakoming van de testamentaire last die de erflater aan de executeur mocht hebben opgelegd.'

Het gaat bij art. 4:144 lid 1 BW om een rechtstreekse uitvoering van een testamentaire last door een executeur, terwijl bij art. 4:147 lid 1 BW de tegeldemaking zelf niet het uitvoeren van een last is, doch de tegeldemaking noodzakelijk is teneinde liquide middelen te verwerven om een testamentaire last te kunnen uitvoeren. Art. 4:144 BW ziet op de directe uitvoering van een last door de executeur en art. 4:147 BW op de indirecte uitvoering van een last door de executeur.

Een volgende vraag die opkomt, is in hoeverre de executeur bevoegd is om zelfstandig als vertegenwoordiger van de erfgenamen de op hem rustende testamentaire lasten uit te voeren.

Vooraf zij opgemerkt dat de testamentaire last die opgelegd is aan een executeur op grond van art. 4:130 lid 2 BW in beginsel, mede op de gezamenlijk

46. W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 166.

47. Zie art. 4:130 lid 2 BW. Voor de regeling van de tegeldemaking in art. 4:147 BW wordt derhalve de facto de voldoening aan een testamentaire last gelijkgesteld aan de voldoening van een schuld van de nalatenschap.

48. Derde Nota van wijziging, 17 141, nr. 10, p. 4, alsmede noot bij art. 4:147 lid 1 BW, Stb. 2002, 430.

erfgenamen rust en zijn zij, afgezien van het privaatieve karakter van executele, uit dien hoofde ook verplicht tot uitvoering van de testamentaire last, met alle gevolgen van dien.

In het wetgevingsproces<sup>49</sup> is aan de regering de volgende kwestie voorgelegd. Stel in een uiterste wilsbeschikking is de navolgende testamentaire last opgenomen:

'Ik draag mijn executeur op al mijn onroerende goederen te verkopen.'

Kan de executeur dan op basis van deze opdracht zelfstandig de onroerende zaken te gelde maken? Valt deze bevoegdheid onder de zinsnede opgenomen in art. 4:144 BW 'onverminderd de testamentaire lasten die de executeur aan de erfflater mocht hebben opgelegd' en wordt met deze zinsnede voldoende tot uitdrukking gebracht dat aan de executeur alle bevoegdheden toekomen, welke hij tot het volvoeren van de last behoeft? Het antwoord hierop was zeer duidelijk:

'Ondergetekende zou hierop bevestigend willen antwoorden, mede onder verwijzing naar [...]'

Ook bij Breemhaar<sup>50</sup> lees ik dat als de executeur bijvoorbeeld de last is opgelegd om alle onroerende goederen van de nalatenschap te gelde te maken, het vorenstaande betekent dat hij bevoegd is om de betreffende goederen te vervreemden.

Meijer<sup>51</sup> merkt in het verlengde hiervan op dat men de executeur ook de last kan opleggen de nalatenschap volledig te liquideren of zelfs de last om de verdeling tot stand te brengen.

De bevoegdheid om de erfgenamen te kunnen vertegenwoordigen bij de uitvoering van de testamentaire last, ontleent de executeur aan het bepaalde in 4:145 lid 2 BW. Huijgen<sup>52</sup> komt, ondanks de heldere wettekst en duidelijke parlementaire geschiedenis tot een heel ander oordeel.

Terzijde merk ik in het licht van de regeling van de legitieme portie op dat het uitbreiden van de bevoegdheden van de executeur, via testamentaire lasten of afwikkelingsbewind, leidt tot een inferieure verkrijging die de erfgenamen-legitimarissen niet hoeven te dulden (art. 4:72 en 4:73 BW). Hetgeen overigens de executeur niet deert omdat door het 'inferieure karakter' zijn vervreemdingsbevoegdheid niet aangetast wordt. Erfgenamen kunnen immers zich alleen verzetten tegen het inferieure karakter door middel van verwerping met 'contantenverklaring' (art. 4:63 lid 3 BW).

49. MvA I, 3771, nr. 133, p. 60 en Voorlopig verslag I, 3771, nr. 73a, p. 14.

50. W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 166, waarbij hij naar dezelfde bron uit de wetsgeschiedenis verwijst.

51. W.R. MEIJER, Tekst en Toelichting Nieuw Erfrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2004, p. 118 onder verwijzing naar MvA 3771, nr. 6, p. 101. Zie ook B.M.E.M. SCHOLS, De quasi-wettelijke verdeling als Teilungsanordnung, WPNR (2004) 6571 en 6572.

52. W.G. HUIJGEN, Verdeling door de executeur-bewindvoerder, WPNR (2004) 6587.

Indien erflater wenst dat de executeur in het geheel geen bevoegdheid heeft om goederen van de nalatenschap te gelde te maken, dient hij de executeur de bevoegdheid om de nalatenschap in beheer te nemen, te ontnemen. Dit heeft te maken met het feit dat de in art. 4:147 BW opgenomen bevoegdheid onlosmakelijk verbonden is met de beheersbevoegdheid. Wel kan erflater bepalen dat de executeur slechts de nalatenschap gedeeltelijk in beheer mag nemen, waardoor hij bereikt dat bepaalde goederen niet onder het beheer van de executeur vallen en deze laatste derhalve ook niet bevoegd is om deze goederen te gelde te maken.

Op basis van de leden 2 ('zo veel mogelijk in overleg') en 3 ('toestemming') van art. 4:147 BW kunnen de bevoegdheden van de executeur tot tegeldemaking gewijzigd worden, waarover in de volgende paragrafen meer. Nogmaals merk ik op dat bij het analyseren van de bevoegdheden van de executeur steeds acht geslagen dient te worden op het onderscheid tussen *externe* vertegenwoordigingsbevoegdheid en bevoegdheden die slechts een *interne* dimensie hebben.<sup>53</sup>

#### 7.4 'Zo veel mogelijk in overleg'

In lid 2 van art. 4:147 BW lezen wij dat de executeur omtrent de keuze van de te gelde te maken goederen en de wijze van tegeldemaking 'zo veel mogelijk in overleg' met de erfgenamen treedt.<sup>54</sup> Op het eerste gezicht doen de woorden 'zo veel mogelijk' in een wettekst vreemd aan. Wat is de strekking van deze woorden? Wat heeft de wetgever hiermee willen bereiken?

Vooraf wijs ik op een bepaling in het Duitse recht te weten § 2206 BGB<sup>55</sup> die de Testamentsvollstrecker bij de uitoefening van zijn functie beschermt tegen aansprakelijkheidstelling door de erfgenamen wegens verwaarlozing van zijn verplichtingen, (§ 2219 BGB), in die zin dat de Testamentsvollstrecker het recht heeft om vooraf aan de erfgenamen toestemming te vragen voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling, zodat getoetst kan worden of er in de ogen van de erfgenamen wel sprake is van 'ordnungsmässigen Verwaltung' oftewel 'behoorlijk beheer'.

In dit licht moet mijns inziens ook de overlegverplichting in art. 4:147 lid 2 BW gelezen worden. De wetgever geeft de executeur 'de hint' dat hij er wijs aan doet 'zo veel mogelijk in overleg' te treden met de erfgenamen. Eens komt immers de tijd dat hij op grond van art. 4:151 BW *rekening en verantwoording* moet afleggen over het door hem gevoerde beheer.

53. Zie S. PERRICK, Bespreking preadvies Nieuw Erfrecht in de praktijk (KNB 2006), WPNR 2006, 6678 die terecht opmerkt: 'Een potentiële koper behoeft zich niet te verdiepen in de vraag of het gaat om een verkoop die nodig is voor de voldoening van de schulden van de nalatenschap. Voor de potentiële koper geldt in termen van het rechtspersonenrecht, zie Asser-Perrick 6, nr. 524: op uit de wet en de uiterste wil voortvloeiende beperkingen kan door of tegen derden geen beroep worden gedaan.' In Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 529 sluit ik mij bij deze gedachte aan.

54. In tegenstelling tot de machtiging op basis van art. 4:147 lid 3 BW staat op grond van art. 676a Rv tegen de beschikking van de kantonrechter op grond van art. 4:147 lid 2 BW geen andere voorziening dan cassatie in belang der wet open.

55. STAUDINGER/REIMANN 2003, § 2206 BGB, Rn 14.

De Commissie Erfrecht van de KNB was in haar rapport<sup>56</sup> erg sceptisch over het bewuste lid 2, hetgeen de wetgever aan het denken gezet heeft

‘Tegen dit voorschrift heeft de Commissie overwegend bezwaren. De executeur moet kunnen handelen zonder tijdrovend overleg. De ervaring leert dat indien men met erfgenamen moet gaan overleggen omtrent een deel der effecten, men zeer moeilijk tot een resultaat komt. Er zijn boedels die voor een overgroot deel uit effecten bestaan en die voor meer dan de helft moeten worden gelijkverdeeld voor de betaling van successierechten. Bij een dalende of weifelende markt kan elke dag van dralen tot grote verliezen leiden. De successierechten zijn nu eenmaal gefixeerd op de koers per sterfdag. Ook hier geldt wat de Commissie reeds meermalen heeft uitgesproken: de erflater heeft aan de executeur zijn *vertrouwen* gegeven. Hij is de man die het moet “doen”. Doch wie kan “doen” als hij voor elke stap vooraf de instemming van alle erfgenamen en vruchtgebruikers onder algemene titel moet vragen? Het moge zo zijn dat formeel gesproken de executeur niet een toestemming behoeft, in de praktijk zal het vereiste van voorafgaand overleg veelal neerkomen op een toestemming.’ (Curs BS)

Wat was de reactie van de zijde van de minister hierop?

De minister was snel overtuigd<sup>57</sup> en in art. 4:147 lid 2 BW werd opgenomen: *‘Tenzij de erflater anders heeft beschikt’*. Voor zover mij bekend, wordt in de testamentenpraktijk, indachtig de woorden van de Commissie Erfrecht, van deze toevoeging op grote schaal gebruik gemaakt en iedere overlegverplichting voor de executeur bijna ‘standaard’ uitgesloten. Dit neemt overigens niet weg dat een ‘verstandig’ executeur er wijs aan doet bij de grote transacties zo veel mogelijk te overleggen met zijn achterban. Dit ‘vrijwillig’ overleg doet echter niets af aan zijn bevoegdheden, waarover hierna meer.

Indien de overlegverplichtingen in de zin van lid 2 niet bij uiterste wilsbeschikking uitgesloten zijn, hoe dienen de woorden *‘zo veel mogelijk’* dan gelezen te worden?

In de parlementaire geschiedenis werd benadrukt dat in art. 4:147 lid 2 BW geen toestemming voorgeschreven is, maar slechts een in overleg treden en dan nog slechts voor zo veel mogelijk. De minister heeft aangegeven dat er omstandigheden<sup>58</sup> (*‘periculum in mora’*) kunnen zijn dat de overlegverplichting niet geldt.

Hij noemt drie voorbeelden van deze omstandigheden. Hiermee heeft de notariale praktijk in ieder geval enig houvast. Als ‘omstandigheden’ zouden in de ogen van de minister kunnen worden aangemerkt

- a talrijke erfgenamen,
- b in het buitenland wonende erfgenamen,
- c erfgenamen-rechtspersonen met een veelhoofdig bestuur

Deze omstandigheden nemen mijns inziens niet weg dat de executeur, bijvoorbeeld in het sub a genoemde geval, niet zal proberen om in ieder geval (althans binnen de tijd die hij heeft tot hij zich qualitate qua onvoorwaardelijk moet binden in het kader van de tegeldemaking) ‘zo veel mogelijk’ erfgena-

56 Rapport Commissie Erfrecht KNB II, 1963-1966,

57 MvA I, 3771, nr 133, p 59 en MvT 17 141, nr 3, p 6

58 MvA I, 3771, nr 133, p 58 en 59

men te benaderen, al is het maar per 'e-mail'. Aan het rijtje van de minister zou nog kunnen toegevoegd worden dat indien er sprake is van een 'spoedgeval' de executeur ook niet hoeft te overleggen.<sup>59</sup> Voorts kan als 'omstandigheid' ook gedacht worden aan de beschikking van de Rechtbank Zwolle<sup>60</sup> (sector Kanton) de dato 31 maart 2005 waarin geoordeeld werd dat een curator die tevens executeur was in de nalatenschap waarin de curandus erfgenaam was en waarmee geen overleg in de zin van art. 4:147 lid 2 BW mogelijk was, niet met de curandus hoefde te overleggen, nu de wet niet voorschrijft dat in zo'n geval vervangend overleg met de toezichthoudende kantonrechter noodzakelijk is. Hier werd door de kantonrechter nog uitdrukkelijk aan toegevoegd dat het gegeven dat de executeur tevens curator is van zijn zus die ook erfgename in de nalatenschap is het niet anders maakt. Er werd door de kantonrechter niet bepaald dat er een bijzonder curator benoemd moest worden. Gezien de woorden 'zo veel mogelijk' overleg is dit oordeel niet onbegrijpelijk.

Zeer verhelderend in deze is overigens de mededeling van de minister dat het bij lid 2 'alleen gaat om een *obligatoire* verplichting tot overleg, niet om een onbevoegdheid tot beschikking zonder overleg.' Ondanks het feit dat lid 2 spreekt van erfgenamen, geldt de overlegverplichting vanzelfsprekend niet alleen bij een pluraliteit van erfgenamen, maar ook indien er maar één erfgenaam is.<sup>61</sup> Op het eerste gezicht doen de woorden 'zo veel mogelijk' wellicht wat vreemd, niet erg juridisch, aan. Bekijkt men echter deze woorden vanuit de intern verbintenisrechtelijke (ware) aard van executele, dan zijn ze volstrekt duidelijk. Zij zien niet op de externe onbevoegdheid, maar herinneren de executeur eraan dat hij 'ooit' nog eens rekening en verantwoording dient af te leggen aan de erfgenamen over het door hem gevoerde beheer. Overleg tijdens de rit over het gevoerde beleid, is vanzelfsprekend altijd verstandig, zij het slechts 'zo veel als in redelijkheid' mogelijk. Deze gedachte staat los van het (externe) bevoegdheidsvraagstuk, welk dient te worden benaderd vanuit art. 4:145 lid 2 BW.

Gesteld dat bij één van de erfgenamen bezwaar mocht bestaan tegen een voorgenomen tegeldemaking, dan stelt de executeur de betreffende erfgenaam in de gelegenheid de beslissing van de kantonrechter in te roepen.

Voorts mag niet uit het oog verloren worden dat de executeur reeds op grond van het bepaalde in art. 4:148 BW verplicht is de erfgenamen omtrent de uitoefening van zijn taak alle door hen gewenste inlichtingen te geven.

Wat betreft de tegeldemaking door de executeur van uitgerekend die goederen van de nalatenschap die een schuldeiser van de nalatenschap te vorderen heeft, ben ik met Asser-Perrick<sup>62</sup> van mening dat deze goederen met analoge toepassing van art. 4:215 lid 1 BW zo veel mogelijk in de laatste plaats te gelde moeten worden gemaakt. In het verlengde hiervan wijs ik op lid 4 van art. 4:147 BW waarin bepaald is dat de ten aanzien van erfgenamen bepaalde overlegverplichting van lid 2 en het hierna te behandelen toestemmingsver-

59. Zo ook W.R. MEIJER, Tekst en Toelichting Nieuw Erfrecht, Den Haag: SDU uitgevers 2004, p. 120.

60. Rechtbank Zwolle (sector Kanton) 31 maart 2005, Notafax 2005, 75. De kantonrechter verklaarde de verzoeker in zijn verzoek tot verlening van machtiging aan de executeur niet ontvankelijk. Als vervolg hierop Rechtbank Zwolle (sector Kanton) 2 december 2005, Notafax 2006, 23.

61. MvA I 3771, nr. 133, p. 58 en 59.

62. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en Schenking, Deventer: Kluwer 2005, p. 117.

eiste van lid 3 eveneens geldt ten aanzien van hen aan wie het vruchtgebruik van de nalatenschap of van een aandeel daarin is vermaakt. Deze legataris kan immers ook als schuldeiser van de nalatenschap aangemerkt worden (art. 4:7 lid 1 letter h BW). Voorts is van belang het bepaalde in art. 4:152 BW waar de vruchtgebruiker op basis van de andere wettelijke rechten, voor de afdeling executele als erfgenaam aangemerkt wordt. Ook deze andere wettelijke rechten hebben het karakter van schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 letter f BW).

### 7.5 *Met of zonder toestemming van de erfgenamen?*

Indien erflater de executeur 'aan banden' wil leggen, geeft lid 3 van art. 4:147 BW hem de mogelijkheid om te bepalen dat hij de 'toestemming' van de erfgenamen nodig heeft voor de tegeldemaking. Een zwaardere democratische dimensie dan overleg. De erflater kan ook bepalen dat hij maar de toestemming van bijvoorbeeld één erfgenaam (niet zijnde de executeur) nodig heeft of bijvoorbeeld slechts de meerderheid van de erfgenamen. Door de kantonrechter kan vervangende 'toestemming' verleend worden.

Deze mogelijkheid van vervangende machtiging zou met name een praktische rol kunnen spelen in het geval niet meteen duidelijk is wie de erfgenamen zijn of hoeveel erfgenamen er zijn. Indien erflater wenst dat de executeur in het geheel niet over bepaalde goederen kan beschikken, doet hij er goed aan om te bepalen dat de betreffende goederen niet onder het beheer van de executeur vallen. Ten aanzien van die goederen heeft het bepaalde in art. 4:147 BW dan geen werking, nu deze bevoegdheid gekoppeld is aan de beheersbevoegdheid van de executeur.

Ook ten aanzien van de toepassing van lid 3 is voor de praktijk zeer verhelderend dat uit de wetsgeschiedenis blijkt<sup>63</sup> dat dit toestemmingsvereiste 'uit oogpunt van rechtszekerheid' en 'voorkomen van stroefheid door voorzichtigheid' ook slechts *interne*, oftewel *obligatoire* werking heeft. Voor ik in ga op de bescherming van het rechtsverkeer, stel ik aan de orde in hoeverre er familierechtelijke beperkingen bestaan ten aanzien van het optreden van de executeur in het kader van het tegeldemaken. Hier komt eveneens de ware aard van executele bovendrijven.

### 7.6 *Familierechtelijke beperkingen?*

Een ander vraagstuk dat zich bij het onderhavige problematiek voordoet, is hoe de bevoegdheid van de executeur zich verhoudt tot *familierechtelijke* beperkingen, zoals het bepaalde in art. 1:345 BW, gesteld dat er bijvoorbeeld een *minderjarige* in de nalatenschap gerechtigd is.

Het antwoord op deze vraag staat en valt met het antwoord op de vraag aan wie de executeur zijn bevoegdheden ontleent. Ook hier geldt 'Germania docet'. Reden<sup>64</sup> voor het feit dat geen rechterlijke machtiging (vergelijkbaar met art. 1:345 BW) aan de Testamentsvollstrecker verleend hoeft te worden is:

63. NvW, 3771, nr. 9, p. 28

64. ALBRECHT RIEBEL, *Freiheit und Bindung der Testamentsvollstrecker* (diss. Tübingen) 1999, p. 25 en 26.



‘dass der Testamentsvollstrecker für den minderjährigen Erben nicht deshalb handele, weil dieser minderjährig, sondern nur deshalb weil er Erbe sei.’

En nog duidelijker:

‘weil der Testamentsvollstrecker nicht als gesetzlicher Vertreter des Mündels handelt, sondern als vom Erblasser beauftragter (Nachlass)Vermögensverwalter.’

Het Bundesgerichtshof heeft uitdrukkelijk beslist dat er geen ‘familien- oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in de zin van § 1821 BGB’, het zusje van ons artikel 1:345 BW, nodig is als de Testamentsvollstrecker optreedt. Dit omdat de wettelijk vertegenwoordiger zelf niet aan handelen toekomt.<sup>65</sup> Ik voeg daar vanuit de ‘ware aard’ aan toe: de executeur ontleent – inachtig het bepaalde in art. 3:77 BW – zijn bevoegdheden aan erflater.

Ook in Asser-Perrick<sup>66</sup> wordt aangenomen dat een executeur geen kantonrechtelijke machtiging nodig heeft in geval hij een minderjarige vertegenwoordigt. Terecht wordt opgemerkt dat dit wel het geval is als de executeur toestemming nodig heeft van de erfgenamen als bedoeld in art. 4:147 lid 3 BW. Bij het verlenen van de toestemming wordt de minderjarige wel vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger die vervolgens bij deze handeling de machtiging van de kantonrechter nodig heeft.

Ook kan in deze gewezen worden op het feit dat het Notarieel Juridisch Bureau van de KNB eveneens het standpunt inneemt dat art. 1:345 BW niet geldt voor de executeur die handelt op grond van art. 4:147 BW.<sup>67</sup> Ook hier ligt dezelfde gedachte als door het Bundesgerichtshof uitgedragen aan ten grondslag. Het is de executeur die onder omstandigheden bevoegd is de (toevallig) minderjarige erfgenaam te vertegenwoordigen, waardoor men in beginsel niet meer aan de wettelijk vertegenwoordiger toekomt.

De minderjarige wordt overigens reeds beschermd door het feit dat hij een wettelijk vertegenwoordiger heeft. Het is dan ook de wettelijk vertegenwoordiger die beslist<sup>68</sup> of de nalatenschap verworpen wordt of niet. Niet de executeur.

Van belang is ook hier weer de problematiek te bekijken vanuit de ‘gouden’ erfrechtelijke regel als bedoeld in art. 3:77 BW en ook art 4:145 lid 2 BW te lezen vanuit dit beginsel. *Vertegenwoordigd* worden de erfgenamen in hun hoedanigheid van rechtsopvolger van *erflater*. Het is niet de minderjarige erfgenaam, die de opdracht heeft verleend, maar erflater. Art. 4:145 lid 2 BW zorgt er dan ook voor dat niet erflater – ‘hij is immers niet meer’ – maar zijn erfgenamen (uiteindelijk) partij worden bij de door de executeur verrichte rechtshandeling. De erfgenamen worden gebonden aan de rechtshandeling alsof deze bij *het leven van* erflater was verricht.

65. BGH NJW 1971, 1805, 1807, MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 199.

66. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 118.

67. Vraag- en antwoordspel KNB, De meest gestelde vragen over het nieuwe erfrecht deel 5, 2003, vraag nr. 6.

68. Zij het dat voor verwerping namens de minderjarige een machtiging van de kantonrechter als bedoeld in art. 1:345 lid 1 letter c BW vereist is.

Een andere vraag die in het kader van eventuele familierechtelijke beperkingen ten aanzien van het handelen van de executeur opkomt, is de rol van het *huwelijksvermogensrecht*. In algemene zin is dit vraagstuk reeds aan de orde geweest. De bevoegdheid van de executeur strekt zich uit tot de nalatenschap en niet tot de huwelijksgemeenschap. Indien de nalatenschap derhalve op grond van het huwelijksgoederenregime van *erflater* deel uitmaakt van een ontbonden huwelijksgemeenschap, dient men er op bedacht te zijn dat de executeur alsdan het beheer in de zin van art. 3:170 BW toekomt *tezamen* met de langstlevende echtgenoot. In dat geval is hij derhalve ook niet zelfstandig bevoegd om beschikkingshandelingen te verrichten met betrekking tot een goed dat deel uitmaakt van een huwelijksgemeenschap. Aangezien in de praktijk veelal de langstlevende echtgenoot tevens tot executeur benoemd is, kan deze met twee petten op handelen en levert het huwelijksvermogensrecht geen problemen op.<sup>69</sup> Anders wordt het als *een derde* tot executeur is benoemd. In het verlengde hiervan merk ik op dat in de afdeling vereffening wel een voorziening is getroffen voor de 'vereffening' van de ontbonden huwelijksgemeenschap. In art. 4:213 BW is bepaald dat indien erflater in een gemeenschap van goederen gehuwd is geweest, de rechtbank op verzoek van de vereffenaar van de nalatenschap een vereffenaar van de *ontbonden huwelijksgemeenschap* kan benoemen. Wellicht kan deze bepaling voor de executeur onder omstandigheden uitkomst bieden, althans indien hij bereid is zijn executeurtitel in te ruilen voor de titel vereffenaar van de ontbonden huwelijksgemeenschap.

Een eventuele familierechtelijke beperking zou, zoals gezien, ook nog gelezen worden in de regeling van de andere wettelijke rechten, en wel in art. 4:29 lid 2 BW, waarin bepaald is dat zolang de langstlevende echtgenoot een beroep op het andere wettelijke recht van vruchtgebruik en inboedel toekomt de erfgenamen beschikkingsonbevoegd zijn. Voorts is bepaald dat gedurende dat tijdsbestek die goederen slechts uitgewonnen kunnen worden voor de in art. 4:7 lid 1 onder a tot en met f BW genoemde schulden. Nu de executeur handelt als *privatief* vertegenwoordiger,<sup>70</sup> en krachtens opdracht van erflater ook kan handelen tegen de wil van de erfgenamen, ga ik er vanuit dat zijn bevoegdheid om goederen van de nalatenschap te gelde te maken voor gaat op de andere wettelijke rechten, ondanks het feit dat de erfgenamen beschikkingsonbevoegd zijn op grond van art. 4:29 lid 2 BW en de executeur op grond van art. 4:145 lid 2 BW als hun vertegenwoordiger wordt aangemerkt. Dit geldt zeker als het om schulden van de nalatenschap gaat met een voorrangpositie in de zin van art. 4:7 lid 2 sub 1 BW.

Tot slot van deze paragraaf nogmaals aandacht voor het huwelijksgoederenregime van de *erfgenaam*. Hoe verhoudt de bevoegdheid van de executeur om goederen van de nalatenschap *te gelde te maken* zich tot het huwelijksgoederenregime van de erfgenaam? Stel dat na het openvallen van de nalatenschap de huwelijksgemeenschap van een erfgenaam ontbonden wordt bijvoorbeeld door echtscheiding. Door ontbinding van de gemeenschap eindigt de bestuursregeling en wordt de betreffende erfgenaam, afgezien van de exe-

69. Zie over de afgifte van een vruchtgebruiksgoed met betrekking tot een goed dat deel uitmaakt van de huwelijksgemeenschap C.A. KRAAN in WPNR (2003) 6518, Overgangsrecht: legaat, legitieme en executeur.

70. Vergelijk art. 7:423 BW.

cutele, beschikkingsonbevoegd. Raakt dit de positie van de executeur? Ook hier zou ik willen aannemen dat de executeur zijn privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid ontleent aan erflater.<sup>71</sup> Wat er vervolgens met een erfgenaam gebeurt, raakt hem, zoals gezien, niet. Ook in dit vraagstuk is de Duitse doctrine<sup>72</sup> ons reeds voorgegaan:

‘Einschränkungen der Verfügungsmacht der Testamentsvollstreckers ergeben sich auch nicht aus der *Gütergemeinschaft* des Erben [...]. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Testamentsvollstrecker sein Recht vom *Erblasser*, nicht vom Erben ableitet.’ (Curs. BS)

Dit kan echter anders zijn:

‘Beruhen Verfügungen des Testamentsvollstreckers – zB bei Auseinandersetzung – nicht nur auf der letztwilligen Anordnung, sondern auch auf besonderen Vereinbarungen mit den Beteiligten, kommen jedoch die familierechtlichen Beschränkungen zur Geltung.’

Mijns inziens is derhalve in de onderhavige kwestie van groot belang, zoals hiervoor gezien, steeds goed te onderscheiden of bevoegdheden verleend zijn op het niveau van de erflater of op het niveau van de erfgenaam. Daarnaast reiken de bevoegdheden van een executeur – anders dan de vereffenaar van de ontbonden huwelijksgemeenschap – niet verder dan de goederen die tot nalatenschap behoren.

Nu wij gezien hebben dat het met de familierechtelijke beperkingen op het handelen van de executeur wel meevalt, rest ons de belangrijke vraag in hoeverre een faillissement van een van de erfgenamen nog roet in het eten zou kunnen gooien in het kader van het te gelde maken.

## 7.7 De failliete erfgenaam

Daar waar de lakmoesproef van het vermogensrecht: het faillissement, in het erfrechtelijke beeld komt, dringt automatisch de goederenrechtelijke laag van executele zich op, te weten het bewindsaspect.

Indien de executeur geconfronteerd wordt met een faillissement van een van de erfgenamen en daarmee met een faillissementscurator, doemt eveneens de vraag op wiens bevoegdheden voorgaan. Mijns inziens kan, zoals ge-

71 Zie in deze eveneens de ‘discussie’ over het einde van een onherroepelijke volmacht tussen HUIJGEN, VAN MOURIK en KLEYN in respectievelijk JBN 1994 nr. 60, WPNR (1996) 6244 en JBN 1996 nr. 111. In deze discussie zou indachtig art. 3:77 BW nog een nuance tussen erfrecht en huwelijksvermogensrecht aangebracht kunnen worden. Voorts zou de vraag gesteld kunnen worden op welke ‘etage’ zich de problematiek voordoet, op het niveau van de erflater of op het niveau van de erfgenaam. Dit onderscheid is door mij ook aangebracht bij de bevoegdheden van de executeur. Zie over het einde van de onherroepelijke volmacht in geval meerderjarigebewind K. BLANKMAN, Bewind en aan bewind verwante vormen, preadvies KNB 2004, p. 78 Zie over de onherroepelijke volmacht ook W.M. KLEYN, Vragen uit de praktijk betreffende uitvoering van een verblijvingsbeding, JBN 1999 nr. 46.

72. STAUDINGER 2003, § 2205 BGB, Rn. 79.

zien, voor een antwoord op deze vraag aansluiting gezocht worden bij art. 60a lid 3 van de Faillissementswet:<sup>73</sup>

‘Buiten de gevallen, bedoeld in de vorige leden, blijven de onder bewind staande goederen *buiten* het faillissement en wordt slechts aan de curator uitgekeerd wat de goederen netto aan vruchten hebben opgebracht.’ (Curs. BS)

Allereerst ga ik ervan uit dat executele, althans in ieder geval in het licht van de onderhavige regeling, als een species van testamentair bewind<sup>74</sup> gezien kan worden en art. 60a Faillissementswet derhalve ook op executele van toepassing is. Dit brengt met zich dat de executeur in beginsel zelfstandig bevoegd blijft om goederen van de nalatenschap te gelde te maken in de zin van art. 4:147 BW, ook na het faillissement van de erfgenaam.<sup>75</sup> Wel zal de terbeschikkingstelling van de goederen van de nalatenschap door de executeur bij het einde van zijn beheer niet aan de gefailleerde geschieden, doch aan de faillissementscurator. Deze heeft immers op grond van art. 60a lid 4 Faillissementswet, in afwijking van boek 4:151 BW, het recht om te allen tijde rekening en verantwoording te vragen van de ‘bewindvoerder’: lees de executeur.

Voor een positieve beantwoording van de vraag naar de voorrangpositie van de executeur pleit ook de rechtsregel uit HR 11 september 1992, NJ 1992, 730 waarin de Hoge Raad aangaf dat goederen die door een erflater op grond van art. 4:1066 (oud) BW onder het beheer van een testamentair bewindvoerder zijn geplaatst niet in het faillissement vallen. Voorts merk ik op dat een executeur ook moet kunnen handelen in de situatie dat hij niet weet wie de erfgenamen zijn. In dit geval is het derhalve onmogelijk om kennis te nemen van een faillissement van de betreffende ‘onbekende’ erfgenaam.

Indien erflater overigens zelf reeds failliet was, zal de faillissementscurator vóór de ‘vereffenaar’ lees: de executeur gaan.<sup>76</sup> Dit is echter een andere situatie dan een faillissement van een erfgenaam.

## 7.8 *Wordt het rechtsverkeer inderdaad beschermd?*

Wie zijn oor in de notariële praktijk te luister legt, hoort daar de terechte geluiden dat de notaris voor een onaantastbare titel van overdracht staat en men de bevoegdheden van een executeur kritisch bekijkt. Het is dan ook goed om – naast het hiervoor reeds aangestipte slechts intern werkende overleg- en toestemmingsvereiste – uitgebreid te bezien in hoeverre het rechtsverkeer beschermd wordt als een executeur ‘zijn vertegenwoordigingsboekje’ te buiten gaat, bijvoorbeeld omdat de verkoop niet noodzakelijk was om *schulden van de nalatenschap* te voldoen. Hierbij speelt de wetsgeschiedenis een zeer belangrijke rol voor een goed inzicht in de materie, aangezien er bij de totstandkoming van art. 4:147 BW nog al gesleuteld is aan de bepaling, zulks juist met

73. Zie over deze bepaling POLAK/PANNEVIS, Faillissementsrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 60 en 146.

74. Vergelijk ASSER-VAN DER GRINTEN 2-I, De vertegenwoordiging, Zwolle: Tjeenk Wilink 1990, nr. 141.

75. Zie in deze wel art. 60b van de Faillissementswet op grond waarvan het bewind zou kunnen eindigen.

76. Zie MvT, Parl. Gesch, Inv, p. 2213 waar in het kader van de toepasselijkheid van de afdeling ‘vereffening’ opgemerkt wordt: ‘zulks tenzij de erflater zelf reeds failliet was verklaard’

het oog op de bescherming van het rechtsverkeer. Voor een goed begrip van de voorgeschiedenis is van belang vooraf te constateren dat de bevoegdheid van de executeur om goederen te gelde te maken en de bevoegdheid van de vereffenaar om goederen te gelde te maken in het verleden in één en dezelfde bepaling, te weten art. 4.5.3.10 werden geregeld. Later heeft de executeur een eigen plaats in de wet gekregen naast de regeling van de vereffening volgens de wet, zonder dat er op het gebied van de bevoegdheid van de executeur om goederen te gelde te maken een materiële wijziging beoogd is.

Daarnaast zal stilgestaan worden bij de vraag wat een notaris op het gebied van de verkoopbevoegdheid 'ten minste' zal moeten controleren. Het is van belang hier steeds een onderscheid te maken tussen het civielrechtelijke geldigheidsvraagstuk en de tuchtrechtelijke norm.

Hoe dacht Meijers in zijn ontwerp over de bescherming van het rechtsverkeer in het kader van de bevoegdheid van de executeur om goederen te gelde te maken?

In het ontwerp Meijers<sup>77</sup> luidde het laatste lid van het betreffende art. 4.5.3.10:

'Heeft de vereffenaar (BS lees:executeur) in strijd met het in dit artikel bepaalde goederen verkocht, dan is de verkoop geldig, mits de verkrijger te goeder trouw is, en onverminderd de aansprakelijkheid van de vereffenaar (BS lees: executeur) jegens de erfgenamen en de schuldeisers.'

Hij gaf hierbij de navolgende toelichting:

'In navolging van art. 72 Faillissementswet is in het belang der rechtszekerheid bepaald, dat overtreding dezer voorschriften slechts *interne werking* heeft, d.w.z. de geldigheid van de koop niet aantast, mits de verkrijger te goeder trouw is. Onder verkrijgers worden niet alleen de kopers, maar ook zij, die hun recht van de kopers afleiden, verstaan. Wie echter van een koper te goeder trouw verkrijgt, wordt steeds beschermd, daar hij van de eigenaar verkrijgt.' (Curs. BS)

Twee dingen vallen op. Er werd een link gelegd met de interne werking van art. 72 Faillissementswet en 'slechts' de koper te goeder trouw wordt beschermd.

Dit nodigt uit om de bevoegdheid van de faillissementscurator om goederen te verkopen uit de boedel eens nader te bezien. Art. 72 Faillissementswet zoals het destijds<sup>78</sup> luidde, sprak zeer duidelijke taal:

'Al is de onbevoegdheid van den curator bekend aan hem met wien deze handelt, de handeling is geldig.'

De geest van het huidige art. 72 lid 1 Faillissementswet is overigens op dit punt niet veranderd.<sup>79</sup> Het was vervolgens Van de Velde die zich in zijn pread-

77. Ontwerp Meijers 4.5.3.10, p. 177.

78. Ontleend aan I. VAN DE VELDE, De boedelafwikkeling in het nieuwe erfrecht, preadvies BCN 1955, p. 70.

79. Zie ook Hoge Raad 26 november 1982, NJ 1983, 442.

vies voor de BCN<sup>80</sup> verzette tegen het feit dat er voor de *executeur/vereffenaar* toch nog een uitzondering werd gemaakt op het *uit de Faillissementswet overgenomen beginsel* van 'slechts interne werking' van bevoegdheidsoverschrijdingen door de faillissementscurator. Hij was van mening dat de rechtszekerheid hierdoor aanzienlijk verminderd werd. En stelde zich voor de praktijk de vragen: Hoe zal de goede trouw van de verkrijger worden bewezen? En wanneer zal men die goede trouw kunnen aannemen? En kwam tot de conclusie dat dit 'niet te spoedig' het geval was.

De Commissie Erfrecht van de KNB<sup>81</sup> sloot zich bij de kritiek van Van de Velde over art. 4.5.3.10 aan. De minister<sup>82</sup> was echter nog niet helemaal 'om' en reageerde als volgt op beide publicaties:

'Aldaar is voorgesteld aan de voorschriften van dit artikel uitsluitend interne werking te geven, zodat alleen de ontrouwe vereffenaar (BS lees: executeur) door zijn opvolger of de erfgenamen zou kunnen worden aangesproken. Aldus zou degene die met een vereffenaar handelt, geen onderzoek behoeven in te stellen of deze zijn bevoegdheden te buiten gaat door een verkoop die niet nodig is om schulden der nalatenschap te voldoen, door overleg met de erfgenamen na te laten ofschoon dit mogelijk is, of door een beslissing van de boedelrechter te negeren. De ondergetekende kan hiermede in hoofdzaak instemmen. Maar het zou naar zijn mening te ver gaan deze bescherming van de wederpartij uit te strekken tot het geval dat het komt vast te staan dat deze met de overtreding op de hoogte was.' (Curs. BS)

De verkrijger *te kwader trouw* zou en moest buiten de deur gehouden worden als het aan de minister lag, maar was het voor het overige met de kritiek eens en vervolgde met de mededeling:

'Derhalve is lid 4 in die zin gewijzigd, dat wanneer een vereffenaar (BS lees: executeur) een rechtshandeling verricht heeft in strijd met het in dit artikel bepaalde, deze rechtshandeling vernietigd kan worden, indien de wederpartij met de overtreding bekend was.'

Na aandringen van de Commissie voor Justitie ging de minister uiteindelijk overstag en liet hij (zelfs) het bewuste vijfde lid (voorheen lid 4) vervallen. Gezien het grote belang voor de rechtspraak en om alle 'misverstanden' weg te nemen, zal ik ook deze passages uit de parlementaire geschiedenis opnemen.<sup>83</sup>

'Een aantal leden der commissie uitte beduchtheid, dat het voorschrift van het vijfde lid ten gevolge zou hebben, dat bankinstellingen zich ervan zullen willen overtuigen, dat alle erfgenamen met rechtshandelingen van de executeur zijn akkoord gegaan.

Verdiens het, vanuit dit gezichtspunt beschouwd, geen aanbeveling het vijfde lid te doen vervallen? Van de zijde van de Regering werd opgemerkt, dat de bedoeling achter het vijfde lid wel allerminst was gericht op een bemoeilijking van

80. I. VAN DE VELDE, De boedelafwikkeling in het nieuwe erfrecht, preadvies BCN 1955, p. 70 en 71.

81. Rapport Commissie Erfrecht KNB (1960), p. 89.

82. MvA 3771, nr. 6, p. 70.

83. Verslag van het mondeling overleg tevens eindverslag 3771, nr. 8, p. 68.

het verkeer. Juist vergemakkelijking in het verkeer wordt in het artikel beoogd in gevallen, waarin erfgenamen, [...] over de gehele wereld zijn verspreid. In het licht van de vanuit de commissie gemaakte opmerking achtte de regering het raadzaam, bedoeld vijfde lid uit de tekst van het ontwerp te laten vervallen, ten einde stroefheid door al te grote voorzichtigheid, bij voorbeeld van de zijde van de banken die waarden van de nalatenschap onder zich hebben, te voorkomen. Een wezenlijke lancune ontstaat daardoor niet. De bedoeling zat slechts voor, duidelijk kenbare niet-oirbare handelingen te bestrijden. Met het oog daarop behoudt men, bij het wegvallen van het onderwerpelijke voorschrift, de actie uit *onrechtmatige daad*.' (Curs. BS)

Indachtig het Duitse recht ten aanzien van de Testamentsvollstrecker vul ik de woorden van de minister waar het de actie uit onrechtmatige daad betreft nog aan met de opmerking dat de executeur sowieso 'eens' rekening en verantwoording zal moeten afleggen.

Met het uitdrukkelijk laten vervallen van het betreffende lid 5 is derhalve uiteindelijk de visie van Van de Velde in de wet gekomen, die opriep tot het toepassen van het in art. 72 van de Faillissementswet neergelegde beginsel van *interne werking* op het handelen van de *executeur*.

*Resumé:* De executeur heeft op grond van de wetsgeschiedenis civielrechtelijk gezien in alle gevallen vertegenwoordigingsmacht, ook al wordt er niet overlegd met de erfgenamen, al heeft hij niet de vereiste toestemming en ook al betreft het niet een tegeldemaking in het kader van de *schulden van de nalatenschap*, waarbij vertegenwoordigingsmacht niet verward dient te worden met de beladen term vertegenwoordigingsbevoegdheid. Hier uit zich het onderscheid tussen de interne en de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid. De term vertegenwoordigingsmacht dient gezien te worden in het licht van de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid. Gezien de wetsgeschiedenis is ook de wetenschap van de wederpartij niet relevant voor de rechtsgeldige totstandkoming van de binding van de erfgenamen en de op deze causa geba-seerde levering.<sup>84</sup>

De onderhavige civielrechtelijke conclusie over de rechtsmacht van de executeur neemt niet weg dat er tuchtrechtelijke normen zijn, zoals een zorgplicht jegens de executeur, die de notaris niet uit het oog mag verliezen, waarover hierna meer.

Van belang is te constateren dat in het hierboven reeds vermelde arrest van Hof Amsterdam van 8 september 1994, NJ 1995, 700 (Klaver/De Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Georgius), gewezen onder oude erfrecht, anders<sup>85</sup> geleerd werd. Het hof nam aan dat testamentaire beperkingen van

84. Zie S.E. BARTELS, De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 256 zet de sfeer rondom deze situatie neer: 'Wat we waarnemen, is dat wanneer het goederenrecht samenloopt met het verbintissenrecht, doordat de betaling een goederenrechtelijke component heeft, het goederenrecht in resultaat achter lijkt te blijven. Mijns inziens is het wenselijk dit gat tussen het goederenrecht en het verbintissenrecht te dichten, door de goederenrechtelijke gevolgen van een betaling zo veel mogelijk te laten aansluiten bij de verbintissenrechtelijke gevolgen.'

85. Anders ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, W.E.J. Tjeenk Willink· Deventer 1996, p. 500, noot 81b, waar reeds onder oud erfrecht aangenomen werd dat bevoegdheidsbeperkingen van de executeur slechts interne werking hadden

de bevoegdheid van de executeur-boedelberedderaar niet alleen interne werking hadden, maar ook werking tegenover derden.

Op basis van de wetsgeschiedenis kan eenvoudig aangetoond worden dat de wetgever (met het laten vervallen van lid 5 van art. 4:147 BW en het duidelijk aangeven van de reden hiervan) ‘willens en wetens’ gekozen heeft voor een vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur waarvan de beperkingen slechts interne werking hebben. Dit werkt door naar het bepaalde in art. 3:40 lid 3 BW waaruit zonder meer blijkt dat er wetsebepalingen kunnen zijn die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdig verrichte rechtshandelingen aan te tasten. De strekking van de beperkingen op grond van art. 4:147 BW is in de parlementaire geschiedenis zeer duidelijk aangegeven. Niet *mogen* is immers iets anders dan niet *kunnen* oftewel de executeur kan de erfgenaam binden zonder het te mogen.<sup>86</sup> Dit betekent vanzelfsprekend niet dat de executeur misbruik mag maken van deze vertegenwoordigingsmacht.<sup>87</sup> Van een koper mag overigens wel verwacht worden dat hij verlangt dat de executeur zijn vertegenwoordigingsmacht aantoot door een verklaring van executele of andere verklaring van erfrecht als bedoeld in art. 4:188 BW. Iedereen kan immers wel zeggen dat hij executeur is?

Zoals opgemerkt bevrijdt de civielrechtelijke conclusie ten aanzien van vertegenwoordigingsmacht van de executeur, de notaris niet van zijn eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot intern werkende bevoegdheidsbeperkingen. Voordat ik in zal gaan op de vraag wat de notaris op grond van de tuchtrechtelijke normen dient te controleren om een executeur in een akte van levering bij een te gelde making van nalatenschapsgoederen zelfstandig te kunnen laten optreden, besteed ik eerst nog aandacht aan de grenzen van de beheersbevoegdheid van de executeur als bedoeld in art. 4:144 BW.

Aan deze algemene bevoegdheid, zou onder omstandigheden wellicht ook een bevoegdheid om goederen van de nalatenschap te vervreemden afgeleid kunnen worden.

De methode voor de erfgenaam om zich vooraf tegen de vertegenwoordigingsmacht van de executeur te beschermen is overigens het conservatoir beslag. In de parlementaire geschiedenis<sup>88</sup> wordt – zij het in een andere context – de navolgende hint gegeven:

‘Vreest de legataris dat de erfgenamen of executeur het goed ten nadele van hem zouden willen vervreemden, dan dient hij, evenals bijv. een koper in soortgelijke omstandigheden kan doen, conservatoir beslag tot levering te leggen;[...]

Wat de actie uit onrechtmatige daad betreft tegen de koper, wijs ik op een recent arrest van de Hoge Raad waarbij het passeren van een voorkeursrecht van de pachter een onrechtmatige daad opleverde van de koper. De Hoge Raad gaf op 26 januari 2007 het navolgende richtsnoer:<sup>89</sup>

86. Zie WALTER VAN GERVEN, Bewindsbevoegdheid, Een rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen (diss. Leuven), Brussel: Établissements Émile Bruylant 1962, p. 110 e v.

87. Vergelijk W. BREEMHAAR, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 167.

88. Parl. Gesch. Boek 3, p. 2005.

89. HR 26 januari 2007, Notafax 2007, 32.



'Ingevolge vaste rechtspraak van de Hoge Raad is het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dat handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig (HR 12 januari 1962, 246). Van onrechtmatigheid is pas sprake indien die aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door het sluiten van de desbetreffende overeenkomst, kort gezegd, wanprestatie pleegt jegens een derde, *en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden* (zie onder meer HR 17 mei 1985, nr. 6663, NJ 1986, 760). Dezelfde normen hebben te gelden wanneer, zoals in het onderhavige geval, op de in de vorige zin bedoelde wederpartij niet een verbintenis uit overeenkomst berust, maar uit de wet.' (Curs. BS)

De 'bijkomende omstandigheden' zullen derhalve de doorslag moeten geven om het handelen van de derde als een onrechtmatige daad te kunnen aanmerken. Ik denk hierbij met name aan 'samenspanning' tussen executeur en koper.

### 7.9 De 'restcategorie': de bevoegdheid als onderdeel van beheer

De executeur heeft op grond van art. 4:144 BW in beginsel het beheer van de nalatenschap. De wetgever geeft in zijn regeling van de executele geen definitie van beheer (art. 4:144 BW). De gelaagde structuur<sup>90</sup> van ons Burgerlijk Wetboek brengt, zoals gezien, alsdan met zich om voor de invulling van dit begrip te rade te gaan bij de algemene regeling van het beheer van een gemeenschap oftewel bij art. 3:170 BW.<sup>91</sup>

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 3:170 BW blijkt dat als daden van beheer ook worden beschouwd die daden van *beschikking*, die door een normale exploitatie van het goed worden gevorderd (lees thans: 'dienstig kunnen zijn aan'). Als voorbeeld wordt gegeven dat het beheer van een fabriek of een ander bedrijf ook de verkoop van de in de fabriek of dat bedrijf voortgebrachte goederen omvat, net zoals de verkoop van bedrijfsmiddelen die door nieuwe moeten worden vervangen. De nadruk wordt gelegd op de economische werkzaamheid, zoals het rentedragend maken van goederen.<sup>92</sup>

In de praktijk des levens doen zich, in het kader van *het beheer* van een *effectenportefeuille* door een executeur, sinds jaar en dag regelmatig de navolgende vragen voor. Dient een executeur een effectenportefeuille aan te houden of te liquideren en is de executeur in het kader van 'goed beheer' zelfstandig bevoegd om deze effectenportefeuille – derhalve ook als de verkoop niet in het kader van de voldoening van de schulden van de nalatenschap plaatsvindt – te gelde te maken? Het zorgvuldigheidsbeginsel kan dit inderdaad met zich brengen. Hof Amsterdam oordeelde op 30 juni 2005:<sup>93</sup>

'Op de executeur-testamentair rust de taak de goederen der nalatenschap te beheren, dat wil zeggen het verrichten van die handelingen, die dienen tot behoud

90. Of zoals het in Duitse recht zo treffend genoemd wordt: 'Klammertechnik', ALBRECHT RIEBEL, *Freiheit und Bindung des Testamentsvollstreckers* (diss. Tübingen) 1999, p. 71.

91. In navolging van onder meer W BREEMHAAR, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 167. Hij wijst daarbij op het feit dat een nalatenschap een gemeenschap is.

92. Parl. Gesch. Boek 3, p. 581.

93. Hof Amsterdam 25 juni 2005, NJF 2005, 402.

van de nalatenschap c.q. het verrichten van die handelingen die geen uitstel kunnen lijden. De vraag die gesteld kan worden is of van een executeur-testamentair die een aandelenportefeuille in/onder zijn beheer heeft, verlangd kan worden [...] dat hij, gezien een bepaald koersverloop, *overgaat tot tussentijdse verkoop* dan wel dat hij een voorstel doet voor tussentijdse verdeling. Naar het oordeel van het hof kan in zijn algemeenheid op deze vraag geen antwoord worden gegeven, maar kan meer toegespitst op de onderhavige zaak het navolgende worden opgemerkt. [...]’ (Curs. BS)

Hieruit kan afgeleid worden dat ook in de ogen van het hof buiten het kader van de voldoening van de schulden van de nalatenschap door een executeur overgegaan kan worden tot vervreemding van goederen van de nalatenschap.

In het licht van de kwestie ‘aanhouden of verkopen’ kan ook gewezen worden op een arrest van Hof Den Bosch van 7 november 2006<sup>94</sup> waar het hof de executeur de hand boven het hoofd houdt wat betreft de koersdaling van aandelen en erg stelt constateert:

‘Het Hof is met de Rechtbank van oordeel dat van de executeur niet verwacht hoefde te worden dat hij het initiatief zou moeten nemen voor herbelegging. X verwijt de executeur dat hij de erfgenamen niet in kennis heeft gesteld van de samenstelling van de nalatenschap zodat de erfgenamen niet konden beslissen wat zij wilden doen. Het hof verwerpt dit betoog. Als X inlichtingen wilde hebben over de toestand van de boedel of zich wilde bemoeien met de gang van zaken, lag het op zijn weg om informatie te vragen (art. 4:148 BW). De executeur treedt alleen in overleg met de erfgenamen over het te gelde maken en de wijze waarop (art. 4:147 BW). Daarbij komt dat de executeur geenszins gehouden was de beslissing van de erfgenamen te volgen zolang de erfgenamen geen daartoe strekkende machtiging van de kantonrechter hebben verkregen (art. 4:145 BW). De executeur mocht de aandelen in portefeuille houden om bijvoorbeeld daaruit de successierechten te voldoen. Hem valt dus geen verwijt te maken.’

De executeur lijkt immuun, althans in deze casus. Een voor de praktijk werkbare regel zou eventueel uit de beschikking van de kantonrechter Zwolle ge-distilleerd kunnen worden.<sup>95</sup>

‘In het verzoekschrift [...] maakt de vereffenaar (BS lees: executeur) haar voornemen kenbaar om, *ter vermindering van het risico van waardedaling*, drie effectenrekeningen op te heffen en de eindsaldi te storten op een van de reeds bestaande rendementsrekeningen ten name van erfflater.

De kantonrechter acht uitvoering van dit voornemen *een daad van goed beheer* en ziet geen reden om daar enige aanwijzing aan te verbinden. *Het spreekt vanzelf* dat van de vereffenaar verlangd wordt dat de saldi worden gestort op een rekening met een goed rentepercentage en zonder dat het saldo zo lang vast staat dat dit bij een eventuele vereffening en verdeling van de nalatenschap problemen kan opleveren.’ (Curs. BS)

94. Hof Den Bosch 7 november 2006, samenvatting uit Notafax 2007, 112.

95. Rechtbank Zwolle sector kanton 28 oktober 2004, LJN AR 4899, Notafax 2004, 238. Interessant is ook dat men als vereffenaar via art. 4:210 BW ‘informeel’ toegang heeft tot de kantonrechter en op deze wijze kan laten toetsen of er sprake is van een daad van goed beheer.

Dat wat de effectenrekening betreft De betreffende kantonrechter wijdt ook een korte beschouwing aan de voorgenomen verkoop van een *weiland*

‘De kantonrechter is van oordeel dat met deze verkoop, een *beschikkingsdaad*, geen dringende belangen zijn gemoeid Er is kennelijk ook weinig bezwaar tegen om het perceel nog iets langer verwaarloosd en ongebruikt te laten Anderzijds valt niet in te zien dat het belang van erfgenamen wordt geschaad door de verkoop van dit perceel tegen de geboden prijs, terwijl dit perceel het enige niet liquide vermogensbestanddeel uit de boedel vertegenwoordigt, op enkele eenvoudige inboedelgoederen na *Vereffening van de boedel zal eenvoudiger zijn* indien de boedel nog slechts uit banktegoeden bestaat De kantonrechter acht het geraden dat de vereffenaar transport bedingt binnen 6 maanden na heden en de opbrengst laat storten op de hiervoor bedoelde rendementsrekening’ (Curs BS)

Blijkbaar is het criterium ‘voldoening van de schulden van de nalatenschap’ geen must en mag men zich in het kader van goed beheer ook laten leiden door de ‘eenvoud’<sup>96</sup>

Van de hoogste tuchtrechter had de *notaris*-executeur reeds (onder oud erfrecht) behoorlijke ruimte gekregen op het gebied van het zelfstandig verkopen van een *effectenportefeuille* in het kader van ‘goed beheer’, en wel in Hof Amsterdam 3 december 1992, PW 20173 en Hof Amsterdam 26 januari 1995, PW 20525<sup>97</sup>

De interessante en leerzame overwegingen uit Hof Amsterdam 3 december 1992 wil ik de lezer ook niet onthouden

‘In gezaghebbende wetenschappelijke literatuur op het terrein van het erfrecht komt tot uitdrukking dat de executeur-testamenteir tevens boedelberedderaar – als hoedanig N is aangewezen met opdracht van al zodanige macht en gezag als aan die hoedanigheden kunnen worden toegekend – een vrije bevoegdheid kan worden toegekend de goederen van de nalatenschap te vervreemden in het verband van de afwikkeling van de nalatenschap Voorts zijn onder het aan de executeur opgedragen beheer van de nalatenschap als gemeenschap begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van de goederen van dienstig zijn (art 3 170 lid 2 BW) Daaronder kunnen ook *beschikkingshandelingen* vallen’

Dat wat betreft de ‘theorie’ In concreto kwam het er op neer dat de betreffende notaris

‘In het licht van het voorgaande [ ] in redelijkheid opdracht (kon) geven tot verkoop van de tot de nalatenschap behorende courante aandelen, gezien de toen vrij scherpe koersdalingen Daaraan doet niet af dat de verkoop niet nodig geweest zou zijn ter voldoening van het successierecht Op de notaris rustte “*de plicht tot zorgvuldig beheer*” Dat hij niet vooraf de erven heeft geraadpleegd valt

96 Voor een vereffenaar is het criterium in art 4 215 BW immers ook de voldoening van de schulden van de nalatenschap Op grond van art 4 211 BW is zijn taak omschreven beheren en vereffenen

97 Reeds aangestipt door B C M WAAIJER in Handelen zoals in het notarisambt betaamt, WPNR (1996) 6222

hem niet te verwijten aangezien hij onder grote druk van de omstandigheden voor een snel te maken keuze stond en consultatie relatief veel tijd zou kosten'

Dat men in een nalatenschap 'iedere dag' het risico loopt van 'scherpe koersdalingen van effecten' hoef ik niet nader toe te lichten. Voor een goed begrip de situatie zou zich derhalve kunnen voordoen dat de erfgenamen voor een handeling in de zin van art 4 147 lid 3 BW toestemming moeten verlenen, terwijl de executeur op grond van zijn beheersbevoegdheid op grond van art 4 144 BW voor een beheershandeling in de interne verhouding geen toestemming nodig heeft. Men zou kunnen stellen dat de bepaling van art 4 147 lid 3 BW, gelet op het speciesoort karakter, voorgeeft. In de uiterste wilsbeschikking zou een en ander verduidelijkt kunnen worden, bijvoorbeeld toestemming, tenzij het een beheershandeling betreft of voor bepaalde beheershandelingen heeft de executeur de toestemming van de erfgenamen nodig.

Wel zou ik willen aannemen dat ook bij beheershandelingen in de zin van art 4 144 BW art 4 147 lid 2 BW naar analogie wordt toegepast. Dit komt er op neer dat ook bij beheershandelingen de executeur 'zo veel mogelijk' in overleg treedt met de erfgenamen. En ook hier geldt weer in het kader van de rekening en verantwoording 'voor zijn eigen bestwil', los van de vraag of hij hiertoe 'verplicht' is. Het hof spreekt bij de invulling van het beheerscriterium overigens van 'onder grote druk' van de *omstandigheden*. Hier zouden mijns inziens naar analogie de hierboven bij de invulling van het 'zo veel mogelijk in overleg'-criterium genoemde 'omstandigheden' gebruikt kunnen worden.

Men zou de verhouding tussen art 4 144 en art 4 147 BW als volgt kunnen zien. In art 4 144 BW is de algemene taak van de executeur opgenomen, die voor een bepaalde situatie (het liquide maken van goederen om schulden van de nalatenschap te kunnen voldoen) door de wetgever wordt geconcretiseerd in art 4 147 BW. Ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling zou verdedigd kunnen worden dat de in dit laatste artikel opgenomen bevoegdheid onder de in art 4 144 BW opgenomen taakomschrijving van de executeur valt. Goed beheer omvat *onder omstandigheden* nu eenmaal de verplichting tot beschikking.

Zoals gezien, geeft Hof Den Bosch op 7 november 2006 in een concrete casus de ruimte om geen initiatief te nemen inzake de kwestie herbeleggen of niet. Wel dient hierbij de kanttekening gemaakt te worden dat de arresten van Hof Amsterdam tuchtrechtelijk van aard zijn en alleen als richtlijn voor notarissen gelden. Hof Amsterdam geeft, zoals gezien, op 30 juni 2005, in een civielrechtelijk arrest aan dat er geen algemene richtlijn in deze kwestie te geven is, waarbij mijns inziens wel uit het arrest afgeleid kan worden dat er wel degelijk de bevoegdheid kan bestaan om op grond van de beheersbevoegdheid beschikkingshandelingen te verrichten.

Voorts maak ik de kanttekening dat deze arresten in beginsel gaan over 'interne' verbintenisrechtelijke aansprakelijkheidsvraagstukken, alsmede wat de notaris betreft over tuchtrechtelijke vraagstukken, en niet over de vertegenwoordigingsvraagstukken. Op het externe vraagstuk lijkt art 4 145 lid 2 BW immers een eenvoudig antwoord te geven. Extern is de executeur in beginsel

vertegenwoordigingsbevoegd. Het is dan ook van belang ook bij lezing van de rechtspraak, dit onderscheid steeds te blijven maken. Men zou wellicht voorzichtig de conclusie kunnen trekken dat in het kader van het functioneren van executeurs, naast, wat het notariaat betreft, de tuchtrechtelijke kwesties, in de toekomst veelal het interne verbintenisrechtelijke aspect voorwerp van geschil zal zijn. De externe vertegenwoordigingsbevoegdheid is, gelet op art. 4:145 lid 2 BW in beginsel ruim(er), mede gelet op eventuele derdenbescherming, en zal derhalve niet meer zo snel in rechte ter discussie staan.

## 8. Nogmaals de tuchtrechter

### 8.1 *'Oude' normen, 'nieuwe' normen?*

Nogmaals het tuchtrecht, aangezien de vraag nog beantwoord moet worden of de 'oude' normen ook de 'nieuwe' tuchtrechtelijke normen zijn voor het optreden van de executeur.

In beginsel wel zou mijn antwoord luiden. De door Hof Amsterdam geformuleerde algemene regel over de bevoegdheden van de executeur-boedelberedderaar<sup>98</sup> sluit zeer nauw aan bij de bevoegdheden van een beheersexecuteur op grond van art. 4:147 BW: 'beheren' en 'te gelde making in het kader van de voldoening van de schulden van nalatenschap.' Dit is reden genoeg om er vanuit te gaan dat de betreffende uitspraak ook onder het nieuwe recht betekenis heeft, en derhalve ook de door het Hof gegeven richtlijn over de opslag van boedelgoederen. Daarnaast zijn er nog twee eerdere uitspraken geweest die, zoals gezien, specifiek op het terrein van de verkoop van effectenportefeuilles lagen in het kader van goed beheer. Op dit gebied is de Notariskamer van Hof Amsterdam 'soepel' of zo men wil 'streng' en kan men de regel afleiden dat effectenportefeuilles in beginsel 'zo snel mogelijk' door de executeur verkocht dienen te worden, zelfs als de verkoop niet in het kader van de voldoening van de schulden van de nalatenschap plaatsvindt. Ook deze 'richtlijn' voor notarissen geldt mijns inziens nog steeds onder het nieuwe erfrecht, aangezien de beheersbevoegdheid van de executeur met zo veel woorden en wel in art. 4:144 BW in de wet is opgenomen.

### 8.2 *Notaris en interne werking van de toestemming*

Een nog niet behandeld 'tuchtrechtelijk' vraagstuk is de kwestie, hoe de notaris omgaat met de civielrechtelijke rechtsmacht van de executeur, daar waar het criterium van lid 2 betreft: 'zo veel mogelijk overleg' en het criterium van lid 3: de 'toestemming' van de erfgenamen.

Vooraf merk ik op dat het overlegcriterium in beginsel geen 'must' is voor de executeur en de notaris het derhalve ook niet tot een 'must' moet maken in die zin dat hij zijn medewerking aan het 'transport' niet zal verlenen. Wel zal de notaris bij dit criterium de betrokken executeur uitgebreid 'belehren' en 'zo veel mogelijk aansporen' tot overleg. Hij zal de executeur wijzen op de hierboven aangegeven omstandigheden waarin de overlegverplichting in be-

98. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 524 neemt echter aan dat een boedelberedderaar meer kon dan een beheersexecuteur.

ginsel niet geldt, maar met name wijzen op het feit dat hij in het kader van zijn verplichting rekening en verantwoording af te leggen en zijn informatieplicht er wijs aan doet 'zo veel mogelijk' te overleggen. De notaris stelt zijn 'belehrung' voor de executeur op schrift.

Doorslaggevend is mijns inziens dat de executeur die niet overlegt, niet de rechten van derden frustreert in de zin van de Tilburgse-Hypotheekbankdoctrine,<sup>99</sup> maar zich als het ware slechts zelf een facilititeit onthoudt in het licht van een 'voorafje' op de rekening en verantwoording.

Anders ligt het met het intern werkende toestemmingsvereiste in de zin van art. 4:147 lid 3 BW. Dit is, ondanks zijn civielrechtelijke externe vertegenwoordigingsmacht, zonder meer voor de executeur een 'keiharde verplichting' uit de 'quasi-overeenkomst'.<sup>100</sup> Overtreding hiervan kan mijns inziens voor de notaris reden zijn om zijn diensten niet te verlenen. Dit leid ik mede af uit tuchtrechtspraak van Hof Amsterdam van 1 juli 2004 gepubliceerd in JBN 2005 nr. 18 en becommentarieerd door G.J.C. Lekkerkerker. Het betreft een casus in 'rechtspersonenland.' Een rechtspersoon wordt vertegenwoordigd door bestuurders waarvan niet ter discussie staat dat hun externe vertegenwoordigingsmacht onbeperkt en onvoorwaardelijk is. Echter op grond van de statuten van de rechtspersoon is er wel een interne bevoegdheidsbeperking. De besluiten dienen op een bepaalde wijze tot stand te komen. Bij het 'transport' was de betrokken notaris alleen 'geïnteresseerd' in de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid, terwijl de interne besluitvorming niet op de juiste wijze tot stand was gekomen. De notaris was van mening dat er een strikt onderscheid gemaakt moet worden tussen de besluitvorming die ten grondslag ligt aan de verstrekte opdracht en de uitvoering van die opdracht. De controle op de juistheid en de correcte totstandkoming van het besluit rekende hij niet tot zijn taak. Hij hield zich alleen bezig met 'uitvoering'. Het Hof kwam kort gezegd tot de conclusie dat de notaris door aan de in de statuten gegeven procedure voorbij te gaan in casu onzorgvuldig handelde.

Een andere vraag is of de notaris zich zelfstandig – zonder in strijd te handelen met zijn ambtsgeheim – mag wenden tot de erfgenamen met de vraag of zij de vereiste toestemming willen verlenen. Hier zie ik geen problemen omdat de erfgenamen 'partij' in de akte zijn in de zin van art. 43 van de Notariswet en uit dien hoofde reeds recht hebben op een concept van de betreffende akte van levering. Zo ook de Commissie deontologie nieuw erfrecht KNB.<sup>101</sup>

Met Lekkerkerker in zijn genoemd commentaar ben ik dan ook van mening dat: 'waar hij het sterke vermoeden heeft dat onderliggende besluitvorming willens en wetens wordt gefrustreerd, de notaris moet ingrijpen ten behoeve van een uiteindelijk correcte besluitvorming.' Deze woorden zijn mijns

99. HR 15 september 1995, NJ 1996, 629.

100. Zij het dat ik mij ook realiseer dat steeds de vraag gesteld moet worden of het aan de notaris is om verbintenisrechtelijke beperkingen door dienstweigerings de facto 'goederenrechtelijk' te maken. Zie hierover de beschouwingen van T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, die bijvoorbeeld op p. 808 opmerkt: 'Het is ironisch dat juist het notariaat de numerus clausus op deze wijze dreigt te verzwakken.'

101. WPNR (2004) 6585.

inziens tuchtrechtelijk 'één op één' te transformeren naar het erfrecht waar het het 'intern onbevoegd' optreden betreft van de executeur.

De notaris zal overigens in geval de erfgenamen hun toestemming niet verlenen, de executeur uitdrukkelijk wijzen op de mogelijkheid van de gang naar de kantonrechter ter verkrijging van vervangende machtiging.

Deze vervangende machtiging zal ook een belangrijke rol spelen als niet duidelijk is hoeveel erfgenamen er zijn, of deze niet te vinden zijn. In dat geval zal de kantonrechter bij het verlenen van de vervangende machtiging in de zin van lid 3 met dezelfde 'omstandigheden' rekening dienen te houden als hierboven aangegeven bij de behandeling van het criterium van lid 2: 'zo veel mogelijk' overleg.

Zoals eerder opgemerkt wordt, voor zover mij bekend, in de testamentenpraktijk niet op grote schaal het toestemmingsvereiste van art. 4:147 lid 3 BW in de executeursbenoeming opgenomen, zodat de notaris ook veelal niet aan het onderhavige vraagstuk zal toekomen.

Waar de notaris in de praktijk wel vaak tegen aan zal lopen, is de vraag in hoeverre de levering nodig is om 'schulden van de nalatenschap' te voldoen. Hoe dient de notaris hiermee om te gaan? Allereerst doet de notaris er goed aan om de 'beheerde' executeur in de akte van levering en vanzelfsprekend het liefst reeds in de koopakte met zoveel woorden te laten bevestigen dat de reden van de verkoop was *de voldoening van de schulden van de nalatenschap*. Kan de notaris hier mee volstaan of moet hij de mededeling ook nog toetsen? Een *marginale* toetsing lijkt mij hier op zijn plaats. De notaris vraagt ten behoeve van zijn dossier 'door' naar bijvoorbeeld de boedelbeschrijving, een kopie van de successie-aangifte of aanslag, naar een overzicht van de legaten die uitgekeerd moeten worden, naar de berekening van de legitieme portie die moet worden uitgekeerd, afhankelijk van de betreffende letter van art. 4:7 lid 1 BW. Voorts maakt de notaris de executeur duidelijk dat hij 'de bescheiden' overlegt voor zijn 'eigen bestwil' aangezien hij 'eens' rekening en verantwoording zal moeten afleggen over het door hem gevoerde beheer.

In het verlengde van deze verplichting tot rekening en verantwoording zal de notaris de executeur er, bij gebruikmaking van zijn vertegenwoordigingsmacht in de zin van art. 4:147 BW steeds op wijzen dat het verstandig is om te handelen op basis van (een) 'taxatierapport (en)'. De eindverantwoordelijkheid in deze ligt vanzelfsprekend bij de executeur. Hij heeft een bepaalde beleidsvrijheid hoe hij aan zijn opdracht invulling geeft. Een onervaren executeur zal door de notaris meer in bescherming genomen worden dan een professioneel executeur.

Nogmaals, de civielrechtelijke vertegenwoordigingsmacht van de executeur wordt niet aangetast als achteraf blijkt dat de levering niet nodig was om schulden van de nalatenschap te voldoen. Wel ontvangen zoals hierboven reeds opgemerkt – ook als de overleg en toestemmingsvereisten van respectievelijk lid 2 en lid 3 niet aan de orde zijn – de erfgenamen (voor zover bekend)<sup>102</sup> een concept van akte van levering ter informatie in de zin van art.

102. M.I.W.E. HILLEN-MUNS, Verblijvensbeding en onherroepelijke volmacht, WPNR (2007) 6697 merkt in dit kader het volgende op: 'Hoewel de benoeming van een vereffenaar niets verandert aan het feit dat de erfgenamen partij zijn bij de akte, moet het ervoor worden gehouden dat indien de notaris jegens de op de voet van art. 4:204 lid 1 sub a BW benoemde vereffenaar voldoet aan zijn uit art. 43 Wna voortvloeiende informatieplicht, hij ook jegens de desbetreffende onvindbare dan wel weigerachtige erfgenamen aan die verplichting heeft

43 Wna. Het in acht nemen van een termijn van ‘veertien dagen’ voor het passeren van de akte van levering lijkt mij redelijk. Veelal zal de notaris in overleg met de executeur ook een ‘goedkeurende’ volmacht tot verkoop aan de executeur insluiten. Wel wil ik er uitdrukkelijk op wijzen dat het toezenden van een concept ter informatie (bij een extern én intern) bevoegde executeur niet met zich brengt dat de notaris na het verstrijken van de betreffende ‘veertien dagen’ op een ‘instemming’ van de erfgenamen moet blijven wachten alvorens tot het passeren van de akte over te gaan. De notaris geeft dit in zijn begeleidende brief aan.<sup>103</sup>

Treffend merkt dan ook Stephani Adams in haar dissertatie<sup>104</sup> op: ‘Freilich wäre ein Vollstrecker an einen etwaigen Widerspruch der Erben nicht gebunden.’ En in de woorden van de Commissie deontologie nieuw erfrecht van de KNB:<sup>105</sup> ‘Vinden deze de rechtshandeling onredelijk, dan hebben zij de mogelijkheid om een kort geding aan te spannen.’

Bij het uitblijven van een vereiste toestemming in de zin van art. 4:147 lid 3 BW ligt de kwestie zoals gezien anders en zal de notaris – ondanks de ‘nur’ interne werking – in beginsel niet meewerken aan de akte van levering.

Met het te gelde maken van onroerende zaken door een executeur op grond van het *beheerscriterium* in de zin van art. 4:144 BW zal de notaris – gezien de norm van Hof Amsterdam 1998 – zijnde uit de aard immers andere vermogensbestanddelen dan een effectenportefeuille – zich zeer terughoudend opstellen. Wel merk ik op dat het in de betreffende casus een notaris was die tot executeur was benoemd. Voor een *notaris*-executeur als erfrechtelijke deskundige bij uitstek, zal mijns inziens de lat nu eenmaal hoger liggen dan voor een executeur-niet professional om de term amateur-executeur maar niet te gebruiken. Deze gedachte ziet echter (met name) op zijn functioneren als notaris en niet op zijn functioneren als executeur, althans als het aan de Rechtbank Den Haag<sup>106</sup> ligt:

‘Naar het oordeel van de rechtbank strekt de zorgplicht die op de notaris rust in verband met diens functie in het maatschappelijk verkeer, zich niet uit over de taken die hij als executeur-testamentair aanvaardt, een zwaardere zorgplicht rust dan op een executeur-testamentair die niet tevens notaris is. Niet valt immers in te zien waarom aan een notaris die als executeur-testamentair optreedt andere eisen zouden moeten worden gesteld dan aan een executeur-testamentair die geen notaris is. Dit brengt mee dat het handelen van de notaris in dit geval dient te beantwoorden aan hetgeen van een *redelijk handelend executeur-testamentair* mag worden verwacht. Daarbij weegt de rechtbank mee dat van deze

→ voldaan. Een andere opvatting zou de effectiviteit van de benoeming van een vereffenaar zeer verminderen hetgeen strijdt met de bedoeling van de wetgever ten aanzien van de vereffeningprocedure. Aan de belangen van de erfgenamen wordt voldoende tegemoetgekomen doordat de vereffenaar rekening en verantwoording is verschuldigd aan de erfgenamen.’ Mijns inziens kan hier voor ‘vereffenaar’ mutatis mutandis gelezen worden ‘executeur’.

103. Zo ook LEKKERKERKER in zijn commentaar in JBN 2005 nr. 18 die, zij het voor de ver- tegenwoordiging in het rechtspersonenrecht, opmerkt: ‘Dat die uitleg mede inhoudt, dat die positie niet kan verhinderen dat mogelijk tegen zijn zin wordt besloten, is voor de “be- lehrde” alleen maar verhelderend’.

104. STEPHANI ADAMS, *Interessenkonflikte des Testamentvollstreckers* (diss. Bochum 1996), Frankfurt am Main: Peter Lang 1997, p. 70.

105. Gepubliceerd in WPNR (2004) 6585, zij het daar een akte houdende afgifte legaat betrof.

106. Rechtbank Den Haag 17 augustus 2005 (ongepubliceerd), zaaknummers: 219342 en 227927.



executeur-testamentair, een notaris, geen bijzonder inzicht in de financiële markten verwacht mag worden.' (Curs. BS)

De vraag is of dit juist is, aangezien niet uitgesloten is dat een notaris tot executeur benoemd wordt met het oog op zijn juridische deskundigheid en in het bijzonder zijn deskundigheid op het gebied van boedelafwikkeling. Indien het bijzonder inzicht in de financiële markten ontbreekt kan vanzelfsprekend elders de betreffende 'know-how' ingewonnen worden.

Overigens maakt art. 20 Wet op het notarisambt toch niet voor niets melding van het feit dat de aanvaarding van de benoeming tot executeur door de passerend notaris geen verboden begunstiging is. Hiermee werd toch voldaan aan een maatschappelijke behoefte?

Voorts wordt de zorgplicht toch ook mede ingevuld op basis van de hoogte van de beloning, waarom dan niet ook op basis van ervaring en deskundigheid?

Wat de vraag betreft hoe *de notaris* dient om te gaan met het *intern* werkende 'toestemmingscriterium' of het eveneens intern werkende criterium 'schulden van de nalatenschap' kunnen mijns inziens twee recente uitspraken op het gebied van het schenden van een voorkeursrecht het denken over de onderhavige kwestie nog een stap verder brengen. Met name vereist de voorvraag aandacht, te weten of en in hoeverre een erfgenaam ten opzichte van de executeur een derde is dan wel gelet op de aard van executele de vertegenwoordigde partij. Het betreft een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 14 december 2005<sup>107</sup> en een arrest van Hof Arnhem van 27 december 2005.

De betreffende Rechtbank besliste, indachtig de Tilburgse hypotheekbanknorm, met betrekking tot een schending van het voorkeursrecht van V: 'Weliswaar mocht de notaris door zijn geheimhoudingsplicht géén contact met V opnemen, maar hij had van de bij de te passeren akte betrokken partijen wel om een bewijs van V's instemming moeten vragen, en bij gebreke hiervan zijn ministerie weigeren.' Hierbij maak ik de navolgende kanttekening in het licht van executele. Aangezien degenen die toestemming moeten geven in beginsel ook de erfgenamen zijn die door de executeur vertegenwoordigd worden en derhalve geen derden, doch partijen bij de akte zijn, zal de notaris hen ook een concept van de akte van levering kunnen en gelet op art. 43 Wet op het notarisambt, moeten doen toekomen. In zoverre is de opmerking over de geheimhouding niet relevant, zou de gedachte kunnen zijn. Op de vraag hoe deze gedachte zich verhoudt tot de ware aard van executele zal ik hierna nog terugkomen.

De positie van derde stond nog meer centraal bij het arrest van Hof Arnhem van 27 december 2005, eveneens over een voorkeursrecht:<sup>108</sup>

'Naar het oordeel van het hof gaat de zorgvuldigheid die de notaris in acht moet nemen bij het verrichten van een ambtshandeling in een situatie als de onderhavige niet zover dat hij gehouden is om, nadat één van de comparanten *desgevraagd uitdrukkelijk heeft medegedeeld* dat het contractuele voorkeursrecht is uit-

107. Rechtbank Arnhem 14 december 2005, Notafax 2006, 40 en Hof Arnhem 27 december 2005, NJF 2006, 153.

108. Hof Arnhem 27 december 2005, NJF 2006, 153.

gewerkt, althans niet in de weg staat aan het verlijden van de transportakte, zelf, buiten comparanten om, een onderzoek in stellen naar de vraag of de rechten van een derde mogelijkerwijs kunnen worden benadeeld indien de ambtshandeling wordt verricht. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat het hier gaat om een contractueel voorkeursrecht dat enkel geldt binnen de contractuele verhouding tussen een van de comparanten en een derde, en niet om omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de juridische status van onroerende zaken, noch de juistheid van vermeldingen in de openbare registers of andere algemene belangen' (Curs BS)

Ook hier weer dienen wij ons te realiseren dat gelet op art. 43 Wet op het notarisambt een erfgenaam geen 'echte' derde is, doch vertegenwoordigde partij bij de akte. Dit neemt echter niet weg dat er blijkbaar voor een notaris wat marge is, in die zin dat hij mag afgaan op mededelingen van de comparanten, lees de executeur, bijvoorbeeld als het gaat om het criterium 'schulden van de nalatenschap'. Nu de juridische status van de onroerende zaak niet in het geding is, kan mijns inziens door de notaris volstaan worden, na een (schriftelijke) verklaring van de executeur over de reden van het te gelde maken van de onroerende zaken, met een (zeer) marginale toetsing. De notaris zal zich hierbij – vanuit de optiek van het in bescherming nemen van de executeur – mede laten leiden door de professionaliteit van de executeur.

Legt men de nadruk op het feit dat, gelet op de ware aard van executele, de executeur erflater vertegenwoordigt, zou men zich, afgezien van de rechtsopvolging onder algemene titel, op het standpunt kunnen stellen dat de erfgenaam als derde gezien moet worden. Dit laatste zou overigens niet stroken met het standpunt van de werkgroep deontologie nieuw erfrecht die de nadruk legt op het feit dat de erfgenaam partij bij de akte is en in het licht van art. 43 wet op het notarisambt recht op informatie heeft. Het recht op informatie zou ook verklaard kunnen worden vanuit het feit dat erflater blijkbaar gewild heeft dat zijn vertegenwoordiger, de executeur, uitdrukkelijk toestemming vroeg aan zijn erfgenaam om het betreffende goed te gelde te maken.

## 9. Ingrediënten ten behoeve van de 'comparitie'

Bij het opstellen van de 'comparitie' in een akte van levering waarin een executeur compareert in de zin van art. 4:147 en art. 4:145 BW dient een notaris zich mijns inziens zo veel mogelijk te laten leiden, gelet op de vermogensrechtelijke laag waarin de problematiek zich afspeelt, door het *externe* verbintenissenrechtelijke aspect van executele. Dit brengt met zich dat in de comparitie tot uitdrukking dient te worden gebracht dat de executeur handelt

- a in zijn hoedanigheid van *vertegenwoordiger*,
- b en wel van *erflater* (art. 3:77 BW),
- c wiens rechtsopvolgers onder algemene titel (voor zover bekend) in beginsel zijn [ ]

Dit neemt niet weg dat de notaris in zijn dossier of in de 'aankomsttitel' aandacht besteedt aan de interne aspecten. Dit is echter in beginsel niet van belang voor het rechtsverkeer.

Het kan verstandig zijn in de akte tot uitdrukking te brengen dat het handelen van de executeur niet geldt als een daad van aanvaarding van de in de akte als rechtsopvolgers onder algemene titel aangeduide personen. Met in beginsel tracht ik aan te duiden dat een van de potentiële rechtsopvolgers bijvoorbeeld nog zou kunnen verwerpen. Na de levering zou pas kunnen blijken dat hij nooit erfgenaam is geweest. Wat betreft de voorschriften met betrekking tot een partij in de akte in de zin van de Kadasterwet verwijs ik naar hetgeen daarover in het algemeen deel opgemerkt is.

## 10. Art. 4:147 BW overgangsrechtelijk

Hoewel ik hierna in een apart onderdeel op het overgangsrecht en meer in het bijzonder op het fenomeen 'boedelberedderaar' zal terugkomen, wil ik thans reeds kort stilstaan bij een vraagstuk dat zich in de praktijk kan en ook veelvuldig zal voordoen in het kader van art. 4:147 BW. Bij executeurbenoemingen die onder oud erfrecht gedaan zijn, heeft men in beginsel nog geen rekening kunnen houden met de mogelijkheid om de executeur te ontheffen van zijn *overlegverplichtingen* als bedoeld in lid 2 van art. 4:147 BW. Of het de bedoeling van erflater geweest is om zulks te doen, zal in beginsel een vraag van uitleg zijn. Via het bepaalde in art. 133 Overgangswet, zal door het eventuele gebruik van de term *bezit* of een variant daarop al snel geconcludeerd kunnen worden dat er sprake is van een *beheersexecuteur* in de zin van art. 4:144 BW met de bevoegdheid om goederen te gelde te maken als bedoeld in art. 4:147 BW. Vervolgens zijn dan in beginsel ook de overlegverplichtingen als bedoeld in lid 2 van het betreffende artikel van toepassing, tenzij erflater deze heeft uitgesloten. Deze uitsluiting kan met een overgangsrechtelijke bril op ook impliciet gedaan zijn. Dit laatste is mijns inziens het geval, daar waar erflater bijvoorbeeld heeft aangegeven dat hij de executeur alle bevoegdheden heeft gegeven die de wet hem toestaat aan de executeur te geven of een soortgelijke frase, of daar waar hij woorden gebruikt als alles in de 'ruimste zin des woords'. Ook het gebruik van de term boedelberedderaar kan een aanwijzing zijn, maar over dit fenomeen hierna in Hfdst. VI meer.

## B. DE TEGELDEMAKING IN SPIEGELBEELD: 'ZIJ' KUNNEN HET IN IEDER GEVAL NIET

### 1. Beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen

Een wezenskenmerk van executele is dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur *privatief* is. Vooral dit laatste maakt de executeur zo slagvaardig.

Daden van beheer zijn de erfgenamen niet toegestaan. De erfgenamen zijn bijvoorbeeld niet bevoegd om een boedelnotaris aan te wijzen.<sup>109</sup> Deze private vertegenwoordigingsbevoegdheid is echter in beginsel gekoppeld aan de beheersbevoegdheid, aldus art. 4:144 BW en art. 4:145 lid 2 BW. Zo zou dan ook de vraag kunnen opkomen of de erfgenamen ook onbevoegd zijn be-

109 MvA I, nr 133, p 65, Parl. Gesch. Vast., p 961. Zie ook art. 7:423 BW.

schikkingshandelingen te verrichten die géén beheershandelingen zijn. Deze vraag is bevestigend beantwoord in art. 4:145 lid 1 BW. Ook die beschikkingsbevoegdheid van de erfgenamen is geblokkeerd. Een heel exclusieve rol voor de executeur derhalve. De erfgenamen kunnen wel met *medewerking* van de executeur of *machtiging* van de kantonrechter over de goederen van de nalatenschap beschikken.

Het feit dat de erfgenamen beschikkingsonbevoegd zijn, staat los van de overgang van de goederen van de nalatenschap.<sup>110</sup> Zij zijn als rechtsopvolgers onder algemene titel de rechthebbenden. Niet de executeur.

In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat de onbevoegdheid van de erfgenamen om zonder medewerking van de met beheer belaste executeur te beschikken meteen bij het openvallen van de nalatenschap intreedt, dus zelfs nog voordat de executeur zijn benoeming heeft aanvaard.<sup>111</sup> Dit is vanzelfsprekend niet het geval, indien de executeur weigert zijn benoeming te aanvaarden of een hem daartoe gestelde termijn verlopen is (art. 4:143 lid 1 BW). In de kantonrechtelijke richtlijnen (Handleiding erfrechtprocedures kantonrechter, KNB 30 maart 2004) staat niet voor niets de aanbeveling: een zo kort mogelijke termijn stellen (om de erfgenaam zo snel mogelijk, de vrije hand te geven, bijvoorbeeld 14 dagen na betekening door verzoeker van benoeming executeur en beschikking termijnbepaling.<sup>112</sup> Indien de benoemde executeur nog niet heeft aanvaard of niet tijdig bereikbaar is of weigert aan een dringend nodige handeling mee te werken, wordt in de parlementaire geschiedenis gewezen op de mogelijkheid voor de erfgenamen om machtiging van de kantonrechter te verzoeken om zelfstandig te handelen.<sup>113</sup>

Deze mogelijkheid, om de executeur via de machtiging van de kantonrechter de wind uit de zeilen te nemen, dient volgens de minister alleen in de plaats te treden van de medewerking van de executeur in de gevallen waarin dit werkelijk nodig en gewenst is. De minister geeft hiervan geen voorbeelden en vindt dat dit per concreet geval door de rechter dient te gebeuren.<sup>114</sup>

Indien de mogelijkheid niet zou bestaan van machtiging door de kantonrechter zou er een machtsvacuüm kunnen ontstaan met betrekking tot de goederen van de nalatenschap in de periode na het overlijden van erflater en de aanname van zijn benoeming door de executeur. De executeur is immers in beginsel pas bevoegd na aanvaarding van zijn functie. In terugwerkende kracht van de aanvaarding van zijn bevoegdheden tot overlijdensdatum is niet voorzien. De beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen is wel vanaf overlijdensdatum een feit.

110. Art. 4:145 BW geldt ook als er slechts één erfgenaam tot de nalatenschap gerechtigd is. Zie Parl. Gesch. Inv. p. 850. Zie wat het Duitse recht betreft ook BGH 26 januari 2005- IV ZR 296, 03, ZEV 2005, 5, waarin beslist werd dat Testamentsvollstreckung ook een functie kan hebben indien de 'Alleinerben' tevens Testamentsvollstrecker is.

111. MvA, nr. 6, p. 102, Parl. Gesch. Vast., p. 849.

112. En voorts: 'Bij in ander EG-land woonachtige executeur verzoeker zo nodig wijzen op EG-betekenningsverordening PbEG L 160, 37'

113. MvA, nr. 6, p. 102, Parl. Gesch. Vast., p. 849.

114. MvA, nr. 133, p. 60, Parl. Gesch. Vast., p. 849.

## 2. Het Duitse evenbeeld, § 2211 BGB

In het BGB is eenzelfde regel neergelegd om te waarborgen dat er niet achter de rug van de Testamentsvollstrecker gehandeld worden kan, en wel in § 2211 BGB

‘(1) Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kan der Erbe nicht verfügen’

Een op het eerste gezicht keiharde regel ‘mit dinglichem Charakter’, maar laat onverlet dat een erfgenaam ‘schuldrechtliche Verbindlichkeiten’ aangaat<sup>115</sup> Hier schiet de erfgenaam echter in beginsel niets mee op, omdat deze verplichtingen niet verhaald kunnen worden op de nalatenschap. De achtergrond van deze onbevoegdheidsregel is dat de erfgenaam anders ‘durch seine Verfügung die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers zunichte machen und so die Erledigung seiner Aufgaben vereiteln oder doch erschweren’,<sup>116</sup>

Het Duitse recht kent overigens de mogelijkheid van vervangende machtiging door de kantonrechter niet en kampt derhalve met de hieruit voortvloeiende problematiek van het ‘*unbesetzte Testamentsvollstreckeramt*’<sup>117</sup> In het Duitse recht probeert men dan ook de eventuele bevoegdheidslancunes die hierdoor zouden kunnen ontstaan zo veel mogelijk te dichten met een ‘onherroepelijke volmacht’, maar in ieder geval ‘positive Anreize für eine rasche Amtsannahme des Testamentsvollstreckers zu schaffen’<sup>118</sup>

In § 2211 BGB wordt het rechtsverkeer in bescherming genomen tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen

‘(2) Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung’

Dit is de reden dat in het Duitse recht een inschrijving van de ‘Testamentsvollstreckung’ in het ‘Grundbuch’ gebruikelijk is, aangezien hiermee in beginsel derdenbescherming oftewel ‘die Schutz des guten Glaubens’<sup>119</sup> voorkomen wordt<sup>120</sup>

115 BGHZ 56, 275. Zie CHRISTIAN SCHILD, Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt (diss Regensburg), Aachen Shaker Verlag 1998, p 6 en p 36

116 STAUDINGER/REIMANN, § 2211 BGB, Berlin Sellier/De Gruyter 2003, Rn 2 onder verwijzing naar de ‘Motive’

117 Zie hierover CHRISTIAN SCHILD, Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt (diss Regensburg), Aachen Shaker Verlag 1998

118 Zie hierover CHRISTIAN SCHILD, Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt (diss Regensburg), Aachen Shaker Verlag 1998, p 199 en 206

119 § 892, 932 BGB en § 52 GBO

120 STAUDINGER/REIMANN, § 2211 BGB, Berlin Sellier/De Gruyter 2003, Rn 29

### 3. Niet beschikken, maar ook niet ‘verkopen’?

Na kennisgenomen te hebben van het Duitse evenbeeld van art. 4:145 lid 1 BW komt de vraag op of er in het Nederlandse stelsel eveneens de ruimte is om het onderscheid te maken tussen beschikkingsonbevoegdheid van een erfgenaam in de zin van art. 4:145 lid 1 BW en de bevoegdheid van een erfgenaam om een (obligatoire) overeenkomst aan te gaan met betrekking tot een door de executeur beheerd<sup>121</sup> goed.

De parlementaire geschiedenis lijkt het antwoord te geven in die zin dat er gesproken wordt van: ‘De blokkade op de vervreemding [...]’<sup>122</sup> Een goederenrechtelijke term die niet ziet op de obligatoire binding. De problematiek doet mij ook denken aan het verbod van art. 3:190 lid 1 BW:

‘Een deelgenoot kan niet beschikken over zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk [...] zonder toestemming van de overige deelgenoten.’

En over dit verbod oordeelde het Hof Den Bosch op 3 januari 2006<sup>123</sup> als volgt:

‘Uit het artikel en de parlementaire geschiedenis moet, mede gelet op art. 3:175 BW, worden afgeleid dat met “beschikken” wordt bedoeld “goederenrechtelijk beschikken”, derhalve vervreemden en bezwaren.’

Echter, dit sluit in de ogen van het betreffende hof, niet uit:

‘dat een deelgenoot een overeenkomst over een zodanig aandeel sluit, nu een enkele overeenkomst op zichzelf nog niet meebrengt dat de andere deelgenoten met een nieuwe deelgenoot worden geconfronteerd. Immers, een zodanige overeenkomst gaat alleen de betreffende deelgenoot aan zolang deze niet is geëffectueerd.’

Anders gezegd in het licht van executele: de overeenkomst gaat alleen de erfgenamen aan en niet de executeur.<sup>124</sup> De erfgenamen doen er vanzelfsprekend wel goed aan om in de overeenkomst de voorwaarde op te nemen dat de executeur zijn medewerking zal verlenen aan de uitvoering daarvan. Of wellicht dat de overeenkomst pas geëffectueerd zal worden als de executeur de goederen van de nalatenschap heeft ‘vrijgegeven’.

121. Men zou zich ook het op het standpunt kunnen stellen dat als de betreffende overeenkomst als een daad van beheer gezien zou kunnen worden, dit de erfgenaam handelingsonbevoegd maakt omdat het beheer immers privaatief bij de executeur rust.

122. Verslag van het mondeling overleg, tevens eindverslag, Parl. Gesch. Vast. p. 859.

123. Hof Den Bosch 3 januari 2006, Notafax 2006, 46.

124. Wie naar argumenten zoekt voor de stelling dat de erfgenamen en een derde buiten de executeur om geen (perfecte) koopovereenkomst kunnen sluiten, gaat te rade bij Rechtbank Roermond 17 augustus 2005, NJF 2005, 360. De casus handelde over de eigenaar die buiten de hypotheekhouder om een overeenkomst sloot met een derde, terwyl de parate executie in de zin van art. 3:268 BW reeds aangezegd was. De rechtbank was van mening dat geen perfecte koopovereenkomst tot stand kon komen tussen eigenaar en derde, zonder de tussenkomst van de hypotheekhouder. Ook voor bescherming van de koper in de zin van art. 3:35 BW was in de concrete casus geen plaats.

#### 4. Derdenbescherming; art 27 lid 2 Kadasterwet

Na bestudering van de parallelbepaling in het Duitse recht § 2211 BGB komt de vraag op in hoeverre de beschikkingsonbevoegdheid van art. 145 BW in de openbare registers kan worden gesignaleerd. Art. 27 lid 2 van de Kadasterwet geeft allereerst het 'administratieve' antwoord:

'Ter inschrijving van een *executele*, een bij uiterste wilsbeschikking ingesteld bewind of de benoeming van een vereffenaar van de nalatenschap wordt een verklaring van erfrecht als bedoeld in artikel 188 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek aangeboden, waaruit van de *executele*, het bewind, onderscheidenlijk de benoeming blijkt, dan wel een authentiek afschrift van die verklaring. De eerste zin laat onverlet de mogelijkheid van inschrijving van de benoeming van een vereffenaar door inschrijving van de desbetreffende rechterlijke uitspraak.' (Curs. BS)

Het civielrechtelijke antwoord vinden wij in art 3:17 BW en wel onder de hoofdregel van letter a: ingeschreven kunnen worden rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengen of in enig ander opzicht voor die rechtstoestand van belang kunnen zijn. In de Toelichting Meijers<sup>125</sup> wordt als voorbeeld genoemd de instelling van een bewind. Gelet op het bewindskarakter van executele, kan hiervoor mijns inziens ook gelezen worden: executele. De gevolgen van niet inschrijven worden duidelijk na lezing van art. 3:24 BW waar geregeld is dat derden in beginsel beschermd worden tegen niet ingeschreven 'inschrijfbaar feiten'. In lid 3 wordt hierop echter een belangrijke erfrechtelijke uitzondering gemaakt, zij het in de tijd:

'Het eerste lid is evenmin van toepassing ten aanzien van erfopvolgingen en *uiterste wilsbeschikkingen* die op het tijdstip van de inschrijving van de rechtshandeling nog niet ingeschreven waren, doch daarna, mits binnen drie maanden na de dood van de erflater, alsnog in de registers zijn ingeschreven.' (Curs. BS)

Bij mij komt meteen de gedachte op aan een 'verborgen' codicil met een executeursbenoeming, een beschikking die onder het oude erfrecht nog al eens voorkwam en waarvan we op grond van het beginsel 'alles wat geldig was, blijft geldig' weten dat deze ook onder het nieuwe erfrecht geldig blijft.<sup>126</sup> De minister geeft het verlossende antwoord, zij het in algemeen erfrechtelijke zin:<sup>127</sup>

'Wie binnen drie maanden na de dood van erflater een recht op een tot de nalatenschap behorend goed verkrijgt, moet er dus steeds rekening mee houden, dat nadien nog een erfopvolging of *uiterste wilsbeschikking* kan worden ingeschreven, die aan zijn verkrijging in de weg staat. Pas wanneer drie maanden na de dood van de erflater geen zodanige inschrijving plaats heeft gevonden, is hij voor verrassingen op dit gebied veilig.' (Curs. BS)

125. TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 115

126. Art. 79 en art. 127 Overgangswet.

127. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 136.

Een voor de praktijk belangrijke regel. Drie maanden na het overlijden staat het sein erfrechtelijk op groen. Een executeur kan er derhalve belang bij hebben om zijn benoeming in de openbare registers in te schrijven en liefst zo snel mogelijk.<sup>128</sup>

## 5. **Art. 4:145 BW ook van toepassing in de ‘oude’ boedels?**

Een kleine opmerking van overgangsrechtelijke aard. Art. 133 Overgangswet geeft aan dat afdeling 4.5.6 BW vanaf 1 januari 2003 ook van toepassing is op de benoeming van een uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen, gedaan vóór 1 januari 2003, althans mits het een executeur met ‘bezit’ betreft. De vraag komt derhalve op of in een nalatenschap die bijvoorbeeld opge gevallen is in 2000 en in 2003 een onroerende zaak uit de nalatenschap verkocht wordt door de erfgenamen, de beschikkingsonbevoegdheidsregel van art. 4:145 BW van toepassing is op de hieruit voortvloeiende levering.

Over deze vraag moest de Rechtbank Maastricht op 3 december 2003<sup>129</sup> oordelen. De rechtbank kwam kort en krachtig tot het oordeel dat de erfgenamen niet om de executeur (of vervangende machtiging van de kantontrechter) heen kunnen, en wel om het eenvoudige feit dat inderdaad vanaf 1 januari 2003 art. 4:145 BW op iedere levering van toepassing is. Dat erfflater in 2000 is overleden doet daar niet aan af.

## 6. **Art. 4:145 BW en het tuchtrecht**

De werking van art. 4:145 BW heeft belangrijke gevolgen voor de notariële praktijkuitoefening. Dit werd mede duidelijk uit een uitspraak die op 11 mei 2005 door de Kamer van Toezicht Almelo<sup>130</sup> werd gedaan. De casus was als volgt.

De betreffende erfflater overleed onder het nieuwe erfrecht en liet zes erfgenamen, waaronder klagster, achter, ieder voor een/zesde gedeelte. In de boedel bevond zich een perceel landbouwgrond dat verkocht werd. De nota-

128. Zie ook S. PERRICK, De boedelnotaris en de bewindvoerder, WPNR (2006) 6672 die in noot 9 van zijn bijdrage terecht opmerkt: ‘De hier aangestipte kwesties en de gevolgen van niet-inschrijving in een register waar dat mogelijk is, vormen een mooi onderwerp voor een artikel in dit tijdschrift. Ik volsta, wat de gevolgen betreft te wijzen op art. 3:24 BW.’ Hij merkt ook op dat de artt. 2:85 en 2:194 BW er niet aan in de weg staan dat de executeur de executele en zijn benoeming doen inschrijven in een aandeelhoudersregister indien de executele betrekking heeft op aandelen op naam. Ook inschrijving in het Handelsregister behoort tot de mogelijkheden indien de executele betrekking heeft op een onderneming of een aandeel in een vennootschap, waarbij Perrick opmerkt ‘zo zij er niet toe verplicht zijn’. Mijns inziens dienen deze kwesties aan het ‘zorgvuldigheidsbeginsel’ getoetst te worden, waarbij wellicht voor de amateur-executeur een andere norm geldt dan voor een notaris of andere professionals. Zie over de ‘inschrijvingsproblematiek’ SUSANNE PLANK, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, Die Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks, (diss. Regensburg), Aachen: Shaker Verlag 1998

129. Rechtbank Maastricht 3 december 2003, Notafax 2003, 286.

130. Kamer van Toezicht Almelo 11 mei 2005, EstateTip Review 2005-34, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.



ris heeft aan de erfgenamen volmachten verstuurd en de datum voor de levering vastgesteld.

Vier dagen na het 'transport' is de executeur gebleken dat de notaris aan elk van de erfgenamen een/zesde deel van de netto-verkoopopbrengst heeft uitbetaald. Op een namens de executeur aan haar zusters en broer gedaan verzoek om het per abuis uitbetaalde bedrag terug te storten is niet gereageerd. Vervolgens heeft de executeur de notaris aansprakelijk gesteld voor de schade ten gevolge van zijn onjuiste handelwijze, waarna de notaris schriftelijk heeft aangegeven dat naar zijn mening correct is gehandeld en dat voor de wijze van afhandeling *niet* de toestemming van de executeur vereist was.

De executeur heeft er echter op gewezen dat schade is ontstaan door de handelwijze van de notaris, zoals het verschuldigd worden van heffingsrente van de fiscus, omdat uit de verkoopopbrengst een oude inkomstenbelasting-schuld had moeten worden voldaan.

De notaris gaf aan dat het naar zijn mening op de weg van de executeur had gelegen, temeer nu zij bij het passeren van de akte aanwezig was, om hem duidelijk te informeren omtrent de door haar gewenste overboeking naar het rekeningnummer van de erven. Zonodig had de notaris dan de mogelijkheid gehad de bedragen onder zich te houden. De Kamer van Toezicht maakt korte metten met de handelwijze van de notaris en legt hem als tuchtmaatregel *een waarschuwing* op. De overwegingen zijn helder. Gezien het belang van de materie voor het notariaat is het woord aan de tuchtrechter:

'5.2 Gelet op het bepaalde in artikel 4:145 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) konden in deze zaak de erfgenamen *niet* zonder medewerking van klagster als executeur belast met het beheer van de goederen der nalatenschap (of machtiging van de kantonrechter) over die goederen of hun aandeel daarin *beschikken*, voordat haar bevoegdheid tot beheer was geëindigd. Krachtens het bepaalde in het tweede lid van voormeld artikel *vertegenwoordigde* klagster als executeur gedurende haar beheer de erfgenamen in en buiten rechte bij de vervulling van haar taak.

5.3. Het verwijt dat klagster de notaris maakt terzake van het uitbetalen van delen van de netto verkoopopbrengst aan de erfgenamen in plaats van dit gehele bedrag te storten op de rekening van de erven treft doel. Naar het oordeel van de Kamer zijn er enkele momenten geweest, vóór het moment van betalen, waarop klagster haar voorkeur had kunnen uitspreken, verduidelijken of toelichten. Dit neemt echter niet weg dat de notaris op basis van de hem ter beschikking staande gegevens wist dat klagster executeur was. Dat gegeven brengt, gelet op het bepaalde in artikel 4:145 BW, met zich dat de notaris de bedragen niet had mogen uitbetalen zonder medewerking van de executeur. *Bovendien rustte op de notaris dienaangaande de plicht tot onderzoek.*

Het voorgaande leidt tot gegrondverklaring van dit onderdeel van de klacht en impliceert dat de reactie van de notaris in de brief van [...] niet correct is. In het bijzonder is het verkeerd dat de notaris zijn reacties op de brieven waarin hij is gewezen op de onjuistheid van zijn handelen in rekening heeft gebracht.' (Curs. BS)

Duidelijker dan de annotator van de zijde van de KNB kan het niet gezegd worden:

'Sinds het in werking treden van het nieuwe erfrecht op 1 januari 2003 is de positie van de executeur een andere dan daarvoor.'

Inderdaad. De beschikkingsonbevoegheidsregel van art. 4:145 lid 1 BW maakt deel uit van de drietand van executele. Thans nog een blik op een ander aspect van de ware aard: de beloning. Hierbij kan met name het intern verbintenisrechtelijk aspect: de quasi-overeenkomstgedachte nogmaals getoetst worden.

## C. DE VERGOEDING VAN LOON EN KOSTEN

### 1. Art. 4:1068 (oud) BW: Een 'onwerkbare' regeling

Iedereen die in de praktijk wel eens bij de afwikkeling van een nalatenschap door een executeur betrokken is geweest, weet welk spanningsveld er kan ontstaan als de hoogte van het loon van de executeur ter sprake komt. Als ergens geldt, 'het is ook nooit goed', dan is het wel bij het antwoord op de vraag: wat krijgt de executeur? De erfgenamen voelen zich vaak al 'bevoegd' door de executeur en nu krijgt hij daarvoor ook nog betaald<sup>131</sup>

Het vergoedingsprobleem deed zich vooral voor als erflater, onder het oude recht, zelf geen regeling in de uiterste wil had opgenomen,<sup>132</sup> aangezien dan de onwerkbare regel van art. 4:1068 BW gold dat de executeur recht had op 2,5 % van de *ontvangsten* en 1,5 % van de *uitgaven*. Deze regel zette aan tot 'manipulatie', aangezien zelfs een executeur ook maar een mens is

In de notariële praktijk kent 'ieder' dan ook de executeurs die het saldo van de nalatenschap van de 'ene rekening naar de andere rekening boeken' om op deze kunstmatige wijze maar zoveel mogelijk ontvangsten en uitgaven te doen. Pitlo/Van der Burght<sup>133</sup> verwijst in dit verband (zonder vindplaats) naar een oud arrest van de Hoge Raad, waarbij een ondeugende minister van Financien in spe, toen hij als executeur de nalatenschap te gelde had gemaakt en belegd en weer verkocht en weer belegde en vervolgens als loon een fors percentage van het vermogen declareerde, door de Hoge Raad wat de omvang van zijn beloning betreft in het gelijk gesteld werd.

Iedere mutatie in de boedel waar de executeur zijn hand in gehad had, riep de vraag op of sprake was van een 'ontvangst' of 'uitgave' in de zin van art. 4:1068 (oud) BW.

In de praktijk werd erflater dan ook onder het oude recht, om zo allerlei discussies over dit soort kwesties te voorkomen, 'standaardmatig' geadviseerd in zijn uiterste wil in afwijking van de wettelijke regeling een vast bedrag als executeurloon op te nemen.

131 KERSCHER/TANCK/KRUG, *Das erbrechtliche Mandat*, Bonn Deutscher Anwaltverlag 1998, p 401. Zie ook LIJDSMAN, Preadvies over de rechten en verplichtingen van den executeur-testamentair volgens bestaand recht en de wenschelijke wijziging daarvan, ten behoeve van de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-notarissen op 9 september 1912. 'De vaststelling van het loon levert moeilijkheden op bij elke executele "Bei Geldfragen hort die Gemutlichkeit auf"'

132 Art 4 1068 (oud) BW was van regelend recht. Men kon ook bepalen dat de executeur geen vergoeding kreeg.

133 PITLO/VAN DER BURGHT, *Erfrecht*, Arnhem Gouda Quint 1997, p 263

Bij de totstandkoming van het nieuwe erfrecht, is de minister nog van plan geweest een regeling op te nemen, waarbij de erfgenamen en de executeur 'in onderling overleg' de executeurbeloning zouden vaststellen. Dit zou pas echt een bron voor familieruzies zijn geworden. Gelukkig is op aanraden van de Commissie Erfrecht hier alsnog van afgezien.<sup>134</sup>

Wat het oude erfrecht betreft kan in ieder geval gezien de vele vragen die de begrippen 'ontvangsten' en 'uitgaven'<sup>135</sup> oproepen en het feit dat de regeling aanzette tot manipulatie, eenvoudig de conclusie getrokken worden dat er sprake was van een voor de praktijk onwerkbaar regeling,<sup>136</sup> althans voor zover het systeem van het wettelijk loon gevolgd werd.

De onwerkbaarheid van de regeling kan geïllustreerd worden aan de hand van het antwoord van Van Mourik op een rechtsvraag in het WPNR, onder het opschrift 'Executeursloon en verkoopopbrengst'<sup>137</sup>, waarin hij er op wijst dat de wettelijke beloningsregeling om moeilijkheden vraagt en dat er in de praktijk derhalve doorgaans van wordt afgeweken. Typerend voor de problematiek is dat de vragensteller zijn vraag opent met de opmerking: 'Aan het eind gekomen van een moeizaam verlopen boedelbehandeling doet zich de vraag voor naar de juistheid van de berekening van het executeursloon.' In de desbetreffende casus werd een pand door de executeur-boedelberedderaar verkocht, waarbij de opbrengst voor de helft nodig was om legaten uit te keren en de andere helft om de boedel in staat van 'scheiding en deling' te brengen. Mede gezien het feit dat de taak van een boedelberedderaar weinig helder is en de wettelijke beloningsregel een rigide karakter draagt, komt Van Mourik tot de uitkomst dat het executeursloon slechts dient te worden berekend over de verkoopopbrengst voor zover deze werd aangewend voor de uitkering van legaten. Van Mourik blijft echter met een onbevredigend gevoel zitten omdat over de ontvangst van het betreffende bedrag eerst twee en een half procent wordt gedeclareerd en vervolgens nog eens anderhalf procent ter zake van de uitbetaling van hetzelfde bedrag. Hij verzucht dat hij echter niet ziet hoe hij dit resultaat kan vermijden. Dat het overigens niet vanzelfsprekend is dat de executeur een beloning toegekend wordt en dat de tijden kunnen veranderen, blijkt uit art. 1098b van het Burgerlijk Wetboek van 1830, waarin bepaald was dat 'de werkzaamheden voor niet moeten worden waargenomen, dat niettemin de uitvoerder het legaat mag aannemen, 't welk de erfplater hem tot beloning mogt hebben nagelaten'. De wetgever van 1830 was tot deze heden ten dage wellicht opmerkelijke conclusie: de executeur heeft géén recht op wettelijk loon, gekomen, vanwege het feit:

'dat men gevreesd had, dat indien bij de wet eenig loon of salaris aan den executeur werd toegezegd, in sommige provincien, waar de aanstelling van executeurs minder bekend of minder noodzakelijk is, daarvan misbruik gemaakt zou kunnen worden, en dat in die provinciën, waar, bijzonder uit hoofde van vereffeningen van *commerciële* boedels, de executeurschappen als onontbeerlijk kun-

134. Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 66.

135. KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 237.

136. Wat voor een problemen zich onder het oude recht in de praktijk konden voordoen blijkt wel uit de door VAN MOURIK, beantwoorde rechtsvraag onder het opschrift 'Executeursloon en verkoopopbrengst', WPNR (1996) 6226.

137. WPNR (1996) 6226.

nen worden beschouwd, de erflater door het slot der bepaling in staat zou zijn, den uitvoerder voor zijne moeite en zorg schadeloos te stellen' (Curs BS)<sup>138</sup>

In het Burgerlijk Wetboek van 1838 dacht men er opeens anders over en werd aan de executeur wel een wettelijk loon toegekend Opzoomer<sup>139</sup> merkt hierover op

'Waarom men twee jaren later zoo geheel van overtuiging veranderd was, is mij niet gebleken'

Het recht van 1838, waarin in art 4 1068 BW aan de executeur wel een wettelijk loon werd toegekend, blijft, zij het indirect, via het overgangsrecht, de komende tientallen jaren nog van belang Hierop zal hierna nader worden ingegaan in het overgangsrechtelijk Hdst VI

Alvorens tot behandeling van het nieuwe erfrecht ten aanzien van de vergoeding van de executeur over te gaan, besteed ik hierna ook aandacht aan de executeursvergoeding in de behandelde buitenlandse erfrechtelijke stelsels Wellicht kunnen hier ideeën opgedaan worden om tot de 'ideale' regeling van belonen te komen Zeker nu de executeursbeloning ook onder nieuw erfrecht van regeland recht blijft<sup>140</sup> Aangezien ik executele onder nieuw erfrecht bestempeld heb als een 'quasi-overeenkomst van opdracht' dan wel 'quasi-overeenkomst van lastgeving', is het goed om nogmaals te kijken hoe de vergoeding van een opdrachtnemer dan wel lasthebber in het algemene vermogensrecht geregeld is

## 2. Een redelijk loon in de zin van art. 7:405 lid 2 BW

De niet beroepsmatige lasthebber heeft in beginsel geen aanspraak op loon<sup>141</sup> Voor de beroepsmatige lasthebber geldt art 7 405 BW<sup>142</sup>

- 1 Indien de overeenkomst door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, is de opdrachtgever hem loon verschuldigd
- 2 Indien loon is verschuldigd doch de hoogte niet door partijen is bepaald, is de opdrachtgever het op gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd

Van der Grinten merkt op dat de niet professionele lasthebber die niet een duidelijk loonbeding heeft gemaakt, slechts dan tot loon gerechtigd is indien

138 VOORDUIN 1838, p 226 e v Dankbaar heb ik mede gebruik kunnen maken van het (historische) bronnenonderzoek van mevrouw Blyke Janssen ten behoeve van haar doctoraalscriptie notarieel recht aan de (destijds) Katholieke Universiteit Nijmegen, waarvoor mijn dank Zie ook G DIEPHUIS, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, Groningen Wolters 1885, p 368

139 CW OPZOOMER, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Amsterdam 1879, p 368

140 Art 4 144 lid 2 BW

141 WCL VAN DER GRINTEN, Lastgeving, Deventer Kluwer 1993, p 20

142 Op grond van art 7 414 BW geldt art 7 405 BW ook voor lastgeving, nu lastgeving een gekwalificeerde opdracht is

naar *redelijkheid en billijkheid* loonbetaling geboden is.<sup>143</sup> De redelijkheid wordt zijns inziens ingevuld door omstandigheden, zoals de inspanning, de tijdsbesteding, een familiale of vriendschapsrelatie. Indien ik de opdracht: afwikkeling van de nalatenschap tegen het criterium van art. 7:405 BW en de door Van der Grinten gegeven uitleg houd, ligt de waarheid in het midden, aangezien aan de ene kant de afwikkeling zich veelal in de familiesfeer afspeelt, maar er aan de andere kant vanzelfsprekend ook mensen zijn die zich professioneel met boedelafwikkeling bezighouden, zoals notarissen. Wat tijdsbesteding en inspanning betreft, zullen er ook in de afwikkeling van de gemiddelde nalatenschap toch nog heel wat uren gestopt worden, zodat aan de ene kant een vergoeding hiervoor ook niet onredelijk is, zij het dat men zich aan de andere kant ook weer iets bij gedachte van erflater kan voorstellen dat familie en vrienden het karwei maar 'om niet' moeten opknappen, nu er tenslotte ook geërfd wordt.

Hoe de wetgever vindt dat de afwikkeling van de 'gemiddelde nalatenschap' in het nieuwe Boek 4 beloond zou moeten worden, zal hierna worden ingegaan.

Voor de onkosten van de lasthebber is art. 7:406 lid 1 BW geschreven:

'De opdrachtgever moet aan de opdrachtnemer de onkosten verbonden aan de uitvoering van de opdracht vergoeden, voor zover deze niet in het loon zijn begrepen.'

Nogmaals merk ik op dat dit soort bepalingen uit titel 7.7 'opdracht' van belang kunnen zijn om nadere invulling te geven aan 'open plekken' in afdeling 4.5.6 'executele'. En ook al zijn zij niet rechtstreeks van toepassing dan zal er in ieder geval sprake zijn van een 'reflexwerking' naar de quasi-opdracht: executele.

### **3. De Belgische 'onbezoldige vriendendienst' of 'diamant'?**

#### *3.1 Om niet?*

Aangezien de Belgische testamentuitvoerder als de uitvoerder van een last gezien wordt, gaat men er vanuit dat zijn opdracht in principe een onbezoldigde vriendendienst is.<sup>144</sup> De overeenkomst van lastgeving is geregeld in art.1986 Belgisch BW, dat luidt:

'Lastgeving geschiedt om niet, tenzij het tegendeel bedongen is.'

Dit brengt met zich dat erflater in de uiterste wil een beloning kan toekennen aan de testamentuitvoerder. Dit kan ook geschieden in de vorm van een le-gaat. Men spreekt dan van een '*vergoedingslegaat*'.<sup>145</sup> Aangezien het in het

143. W.C.L.VAN DER GRINTEN, *Lastgeving*, Deventer: Kluwer 1993, p. 9.

144. VAN GRUNDERBEECK, *Erfenissen, Schenkingen en testamenten*, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 222.

145. VAN GRUNDERBEECK, *Erfenissen, Schenkingen en testamenten*, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 224.

verleden gebruikelijk was om de testamentuitvoerder als vergoeding een juweel of een andere waardevolle steen te legateren, duidt men de beloning van de testamentuitvoerder ook wel aan als *'diamant'*.<sup>146</sup>

Ook als er geen uitdrukkelijke bepaling in de uiterste wil is opgenomen wordt aangenomen dat een professional zoals een notaris of andere deskundige recht heeft op een vergoeding. Er wordt dan uitgegaan van een stilzwijgende wil van erflater.<sup>147</sup>

Het Hof van Beroep te Antwerpen stapt in zijn arrest van 29 juni 1998<sup>148</sup> gemakkelijk over art. 1986 BBW heen en neemt aan dat het mandaat post mortem bezoldigd is, mede gezien het feit dat het gehonoreerde mandaat een betere waarborg biedt voor de stipte uitvoering daarvan. Men durft over art. 1986 heen te stappen, omdat het bij testamentuitvoering om een oneigenlijk mandaat gaat. In casu werd een beloning van 2,5% van de bruto-nalatschap, gelet op het belang van de nalatschap en de omvang van de opdracht, niet overdreven geacht.

### 3.2 Vergoedingslegaat of zuiver legaat

Tegenover het vergoedingslegaat staat in België het zuiver legaat. Dit is aan de orde indien het legaat niet in verhouding staat met de door de testamentuitvoerder gepresteerde diensten. Men laat zich in de rechtspraak bij zijn beslissingen hierover leiden door:<sup>149</sup> de waarde van de nalatschap, de bekwaamheid van de testamentuitvoerder en de moeilijkheidsgraad en omvang van de hem toevertrouwde taken. In Belgische literatuur spreekt men in dit kader van het *proportionaliteitsvereiste*.<sup>150</sup>

Buysens geeft de Belgische rechtsleer kernachtig weer:<sup>151</sup>

'Voor zover de vergoeding van de testamentuitvoerder niet ge(her)kwalificeerd wordt als een zuiver legaat, d.w.z. een loutere *gift* uitmaakt (en dus *niet vergoegend* is), maakt zij een schuld van de nalatschap uit.' (Curs. BS)

146. VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 224. Zie ook C.W. OPZOOMER, Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Amsterdam 1879, p. 368, noot 2 die verwijst naar MARCADÉ die zich over het vergoedingslegaat als volgt uitgelaten zou hebben: 'l'usage a donné le nom de diamant'.
147. VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 224.
148. Het Hof van Beroep te Antwerpen, 29 juni 1998, TBBR/RGDC 99, 4, Kluwer Rechtswetenschappen België.
149. VAN GRUNDERBEECK, Erfenissen, Schenkingen en testamenten, M. COENE, W. PINTENS, A. VASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 224. Zie ook FRANK BUYSENS, Erfrecht en Testament, Boek 5 (HEP), Vermogensplanning met Effect na Overlijden: Erfrecht en testament, Brussel: De Boeck & Larcier, p. 237-241.
150. FRANK BUYSENS, Erfrecht en Testament, Boek 5 (HEP), Vermogensplanning met Effect na Overlijden: Erfrecht en testament, Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 238.
151. FRANK BUYSENS, Erfrecht en Testament, Boek 5 (HEP), Vermogensplanning met Effect na Overlijden: Erfrecht en testament, Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 237.

'Gift' of vergoeding, daar gaat het om. Maar waar ligt de grens?

'Zodra de vergoeding gekwalificeerd wordt als hoger dan normaal, kan zij voor het gedeelte dat teveel is, aangezien worden als een echt legaat. In de rechtsleer wordt erop gewezen dat dit *geen automatisme* mag zijn, aangezien een echt legaat ook een *animus donandi* veronderstelt, wat niet noodzakelijk het geval is, maar in de praktijk *nogal snel wordt afgeleid uit de te hoge vergoeding*.' (Curs. BS)

Er is derhalve in ieder geval toch nog enige speling, maar ook weer niet teveel. Terzijde merk ik op dat ook hier weer aansluiting wordt gezocht bij de overeenkomstgedachte ('schenking') om een erfrechtelijk probleem op te lossen.<sup>152</sup>

Illustratief voor de problematiek is ook het arrest van het Beroepshof te Gent van 9 april 1952.<sup>153</sup> Aan de testamentuitvoerder was een zodanig forfaitair bedrag gelegateerd dat het door de 'inspecteur der registratie en successie' erkend zou worden als vergoedingslegaat. De testamentuitvoerder had volgens het Hof inderdaad recht op dit bedrag, doch dat, indien de vergoeding niettemin buiten verhouding met de te presteren diensten voorkomt, zij als een (zuiver) legaat moet worden beschouwd.

Ongeacht of het een vergoedingslegaat dan wel een zuiver legaat betreft, wordt in België aangenomen dat het per definitie ondenkbaar is dat de rechter de vergoeding voor de testamentuitvoerder vermindert.<sup>154</sup>

### 3.3 *De kosten van testamentuitvoering, art. 1034 BBW*

Het Belgische recht kent een expliciete regeling voor de vergoeding van de kosten die gemaakt zijn door de testamentuitvoerder, en wel in art. 1034 BBW:

'De kosten door de uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen gemaakt voor de verzegeling, de boedelbeschrijving, de rekening en verantwoording, alsook de verdere uitgaven in verband met zijn werkzaamheden, komen ten laste van de nalatenschap.'

Vanzelfsprekend is deze opsomming niet limitatief.

Overigens wil ik de lezer niet onthouden, hoe groot de Franse invloeden geweest zijn bij de totstandkoming van de regeling van de Belgische testamentuitvoerder en onze uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen (onder het oude erfrecht). In art. 4:1064 van ons BW lezen wij:

152. Zie A.C. VAN SCHAICK en H.C.F. SCHOORDIJK, *Rechten en verplichtingen van schenker en begunstigde*, WPNR (2001) 6445, p. 461-467

153. Beroepshof te Gent van 9 april 1952, *Tijdschrift voor notarissen* 1952, p. 199.

154. VAN GRUNDERBEECK, *Erfenissen, Schenkingen en testamenten*, M. COENE, W. PINTENS, AVASTERAVENDTS (e.a.), Antwerpen: Kluwer 1997, p. 226. Zij merkt daar bij op dat de testamentuitvoering in dat opzicht sterk afwijkt van het algemene burgerlijk recht, waar men aanvaardt dat de rechter het bedongen loon van de lasthebber mag wijzigen als dit niet in verhouding staat tot de geleverde prestaties.

‘De onkosten door den uitvoerder eener uiterste wilsbeschikking gemaakt voor de verzegeling, de boedelbeschrijving, de rekening en verantwoording, en de overige tot zijne werkzaamheden betrekkelijke zaken, komen ten laste van de nalatenschap.’

De Belgen hadden zo te zien tot de invoering van ons nieuwe erfrecht een moderner taalgebruik en daar waar Belgen kosten maken, maken Nederlanders<sup>155</sup> blijkbaar onkosten.

Door het gebruik van de term ‘vergoedingslegaat’ hebben de Belgen de rechtsvergelijkende toon gezet. Is deze gedachte ook terug te vinden in de nieuwe Franse wetgeving?

#### 4. Franse erfrechtelijke ‘souvenirs’? *Égard aux facultés du disposant et aux services rendus*

De Franse rechtsleer<sup>156</sup> stelt zich in beginsel nog steeds op het standpunt dat ‘l’executeur testamentaire ne peut pas recevoir de rémunération’. De erfplater die wil belonen dient maar naar het legaat te grijpen. Deze gedachte is thans gecodificeerd.

Het nieuwe art. 1033-1 Cc geeft echter ruimte aan de rechter om de zakelijkheid van het betreffende vergoedingslegaat te toetsen.

‘La mission d’executeur testamentaire est gratuite, sauf libéralité faite à titre particulier eu *égard aux facultés du disposant et aux services rendus*.’ (Curs. BS)

De eventueel gelegateerde ‘diamant’ moet een zekere *proportionaliteit* hebben, zo blijkt uit de wettekst.

Interessant is ook een blik op de driedeling die de rechtsleer reeds onder het oude recht maakte. Letellier<sup>157</sup> zag drie varianten:

- a. een ‘diamant’ in de zin van ‘un simple souvenir’, een ‘présent d’usage’;
- b. een ‘diamant’ in de zin van een vergoedingslegaat, een legaat ‘rémunératoire’;
- c. een legaat ‘pur et simple’, een legaat ‘véritable’.

Duidelijk. Bij de fiscale behandeling van de beloning kom ik hier op terug. Iedere variant heeft immers zijn eigen regime.

155. De ‘reislustige’ executeur wijs ik op art. 44 van het Ontwerp-Wierdsma (XIIe hoofddeel, Van testamentaire-executeurs), dat als volgt luidde: ‘Indien een executeur ten nutte van den boedel een of meer reizen moet doen, zal hij de reiskosten in rekening kunnen brengen.’ Zie Y.M.1 GREUTER-VREEBURG, Bronnen van de Nederlandse Codificatie, Erfrecht 1798-1820, Zutphen: Walburg Pers 1987 p. 236.

156. FRANCIS LEFEBVRE, Dossiers Pratiques, Les successions et les libéralités après la réforme, Loi du 23 juin 2006, Levallois: Dossiers Francis Lefebvre 2006, p. 355.

157. FRANÇOIS LETELLIER, l’exécution testamentaire (thèse Paris II), Parijs: Defrénois 2004, p. 58 e.v.



En hoe is het gesteld met de Franse onkostenvergoeding voor executeurs?

Art. 1034 Cc (nieuw) geeft het antwoord:

‘Les frais supportés par l'exécuteur testamentaire dans l'exercice de sa mission sont à la charge de la succession.’

Aangezien er van uit wordt gegaan dat de executeur in beginsel een ‘mandataire à titre *gratuit*’ is, wordt daarmee in het kader van zijn eventuele ‘verantwoordelijkheden’ in het kader van zijn aansprakelijkheid rekening gehouden, art. 1033 Cc (nieuw). Een gedachte om ook voor het Nederlandse recht vast te houden.

Alvorens naar het Duitse recht te gaan, eerst een blik op de vergoeding van de Willensvollstrecker.

## 5. De Zwitserse beloning: ‘angemessen’, ‘über alles Mass hinaus’ of ‘gut bezahlt gewesen’?

De Zwitserse Willensvollstrecker heeft blijkens art. 517 ZGB recht op een ‘angemessene’ vergoeding voor zijn werkzaamheden. Anders dan de regeling voor de hierna te behandelen Duitse Testamentsvollstrecker kent de regeling geen ‘tenzijtje’, zodat in de literatuur aangenomen wordt dat ook een door erfflater toegekende beloning in beginsel ‘angemessen’ dient te zijn.<sup>158</sup> Men werkt veelal met *een percentage*, al dan niet als een toeslag op een uurloon. Künzle meldt bijvoorbeeld:<sup>159</sup> ‘Nach der Rechtsprechung geht eine Entschädigung von 5% des Nachlasses “über alles Mass hinaus” und eine solche von 4.16% wäre “gut bezahlt gewesen.”’

Maar ook: ‘Ein Bruttoaktiven-Zuschlag beträgt *normalerweise* 1%, bei besonders komplizierten und schwierigen Willensvollstreckungen kann er bis zu 2% betragen.’

Het werken met percentages is zeer praktisch, zij het dat Künzle terecht constateert dat in Duitsland echter ‘(richtigerweise) abgestufte Pauschalen benutzt’ worden. Een mooi moment om een blik op de ‘Duitse tabellen’ te werpen, zeker nu deze meer testeervrijheid toelaten dan de Zwitserse regeling.

158. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationsschrift Zürich 1998), Zürich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 325

159. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationsschrift Zürich 1998), Zürich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 325.

## 6. De Duitse ‘Tabellenstreit’

### 6.1 Een ‘angemessen’ vergoeding

In het Duitse recht is de vergoeding voor de Testamentsvollstrecker geregeld in § 2221 BGB:

‘Der Testamentsvollstrecker kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat’.

De centrale vraag in het Duitse recht is derhalve of de vergoeding ‘angemessen’ is, oftewel passend is. Erflater kan anders bepalen, aangezien § 2221 BGB van regelend recht is. Als de door erflater bepaalde vergoeding niet passend is, ‘overruled’ de wil van erflater het recht op een passende vergoeding.<sup>160</sup> Vanzelfsprekend kan de Testamentsvollstrecker wel besluiten om zijn ambt niet te aanvaarden of neer te leggen.<sup>161</sup>

De Testamentsvollstrecker kan ook met alle erfgenamen een overeenkomst aangaan over de hoogte van de vergoeding, zelfs in afwijking van de wil van erflater. Deze vergoedingsverplichting blijft overigens een schuld van de nalatenschap, tenzij het werkzaamheden betreft die de taak van de Testamentsvollstrecker te buiten gaan.<sup>162</sup>

‘Passend’ duidt op maatwerk, doch teveel maatwerk bij de regeling van de executeursbeloning kan tot gevolg hebben dat men met het badwater ook het kind weggooit. Een regeling moet immers werkbaar blijven. Aangezien de wet geen invulling geeft aan het begrip ‘angemessen’, hebben zich in de praktijk allerlei tabellen ontwikkeld die trachten aan de invulling hiervan een bijdrage te leveren. Men spreekt ook wel van de ‘Tabellenstreit’.<sup>163</sup>

Bij de tabellen wordt uitgegaan van de *bruto-waarde* van de nalatenschap. Dit is de waarde van de zich in de nalatenschap bevindende *activa*. Hierover hierna meer.

Zonder meer heersende leer<sup>164</sup> is overigens dat de vergoeding slechts dan ‘angemessen’ is als rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval. Dit noemt men ook wel het ‘*Differenzierungsgebot*’. Er is echter een innerlijke tegenstrijdigheid tussen de omstandigheden van het geval en het gebruik van een tabel. Een tabel zorgt daarentegen weer voor enige rechtszekerheid. Haas en Lieb<sup>165</sup> wijzen er dan ook op dat de waarheid in het midden ligt in die zin dat de berekeningsmodellen flexibel dienen te zijn.

160. WOLFGANG ESSER, *Die Testamentsvollstreckung*, Schriftenreihe des Deutschen Forums für Erbrecht, deel 3, p. 28.

161. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOHL/WEIDLICH, *Testamentsvollstreckung*, Angelbachtal: Zerb verlag 2005, p. 254.

162. WALTER ZIMMERMANN, *Die Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2001, p. 451.

163. GROLL, *Erbrechtsberatung*, Köln: Otto Schmidt Verlag 2001, p. 1623.

164. ULRICH HAAS en ANDREAS LIEB, *Die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nach 2221 BGB*, Zerb 2002, 8.

165. ULRICH HAAS en ANDREAS LIEB, *die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nach 2221 BGB*, Zerb 2002, 8: ‘Die Praxis geht daher – seit jeher – einen Mittelweg, indem sie Berechnungsmodelle entwickelt, die so viel Rechtsicherheit wie möglich bei zo viel Flexibilität für eine Einzelfallbetrachtung wie nötig eröffnen’.

Hieronder zal ik ter bepaling van de gedachten een overzicht van enige in omloop zijnde tabellen<sup>166</sup> geven. In de linkerkolom is steeds de waarde van de nalatenschap gegeven, en in de rechterkolom het percentage op basis waarvan men de vergoeding vaststelt.

## 6.2 De oude 'Rheinische Tabelle'

De oude 'Rheinische Tabelle' stamt reeds uit 1925. Zij komt uit de koker van het notariaat uit 'Rheinpreussen'. Ze was bedoeld voor de afwikkeling van een nalatenschap door een notaris als Testamentsvollstrecker.<sup>167</sup> Deze tabel is degressief. Naarmate de waarde van de nalatenschap hoger wordt, wordt de vergoeding verhoudingsgewijs kleiner.

Er zijn immers bij de afwikkeling van een nalatenschap 'basis'werkzaamheden, werkzaamheden die in iedere nalatenschap dienen te geschieden, ongeacht de omvang.

Deze tabel gaat uit van een normale, probleemloos verlopende afwikkeling van de nalatenschap.<sup>168</sup>

Bij een bruto-nalatenschap van 20.000 DM	4%
daarboven tot 100.000 DM	3%
daarboven tot 1.000.000 DM	2%
daarboven	1%

Voor zover deze oude tabel nog in gebruik is, wordt – omdat 'de verhoudingen vroeger eenvoudiger lagen' – in de literatuur<sup>169</sup> aanbevolen om de percentages te verhogen, bijvoorbeeld met 50% (6%, 4,5%, 3% en 1,5%).

## 6.3 De nalatenschap van 'Otto Normalverbraucher'

Indien de vraag opkomt wat een normale probleemloos verlopende afwikkeling van een nalatenschap is, verwijs ik naar het voor zich sprekende, in de Duitse literatuur gebruikte begrip 'Der Otto-Normalerblasser-Nachlass'.<sup>170</sup> Mayer<sup>171</sup> geeft over de nalatenschap van deze erflater de navolgende toelichting:

'Die in den Tabellen genannten Werte gelten sicherlich nur für normale Verhältnisse mit einer glatten Abwicklung. Abgedeckt wird damit nur die Testamentsvollstreckung eines quasi "typisch bürgerlichen, auch noch gehoben bürgerlichen Nachlasses" der wie folgt ausschauen kann (...): der Nachlass besteht aus

166. Aangezien de meeste tabellen stammen van voor 2002, zijn de bedragen daar nog in DM gegeven.

167. WALTER ZIMMERMANN, Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2001, p. 453.

168. WOLFGANG ESSER, Die Testamentsvollstreckung, Schriftenreihe des Deutschen Forums für Erbrecht, deel 3, p. 30.

169. HAEGELE/WINKLER, Der Testamentsvollstrecker, Regensburg. Walhalla Fachverlag 1999, p. 260.

170. MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2000, p. 243.

171. MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2000, p. 243.

einer Immobilie (Eigenheim), etwas Wertpapieren, überschaubare Guthaben bei Banken oder Sparkassen. Daneben etwas Hausrat, ein Auto, etwas Kunstgegenstände – aber ohne besonderen, aussergewöhnlichen Wert. An Nachlassverbindlichkeiten sind nur noch geringe, an der Immobilie dinglich gesicherte Schulden vorhanden, die mit dem Erwerb des Grundbesitzes zusammenhangen. Die erforderlichen Unterlagen sind wohl geordnet, es ist nur eine kurze Verwaltungsphase erforderlich, die Erbaueinandersetzung zwischen der Witwe und den beiden volljährigen Kindern macht keine Probleme.’

Een rake typering die in de Nederlandse erfrechtelijke setting ongetwijfeld nog wel eens te gebruiken is.

#### 6.4 *De tabel ‘Möhring’*<sup>172</sup>

Een andere tabel is de tabel ‘Möhring’. Deze tabel is als volgt opgebouwd:

Bij een bruto-nalatenschap van:

20.000 DM (1.500 DM)	7,50%
100.000 DM (5.820 DM)	5,82%
1.000.000 DM (38.220 DM)	3,82%
2.000.000 DM (56.220 DM)	2,81%

Deze tabel is nog veel uitgebreider. Eenvoudigheidshalve zijn alle tussenliggende bedragen weggelaten.<sup>173</sup>

#### 6.5 *De tabel ‘Eckelskemper’*<sup>174</sup>

De tabel ‘Eckelskemper’ lijkt op de oude ‘Rheinische tabel’.

Bij een bruto-nalatenschap tot 50.000 Euro	4,0%
daarboven tot 250.000 Euro	3,0%
daarboven tot 1.250.000 Euro	2,5%
daarboven tot 2.500.000 Euro	2,0%
daarboven	1,0%

Indien er niet sprake is van een ‘standaardgeval’, wordt er met allerlei toeslagen gewerkt. Eckelskemper doet dit aan de hand van een indeling in negen ‘Fallgruppen’.<sup>175</sup> Is er sprake van een ‘rommelige’ nalatenschap, zijn er bijzondere verzamelingen, zijn er zeer veel erfgenamen, zijn er minderjarigen, is er een juridisch geschil, vererft er ondernemingsvermogen, moet de nalatenschap verdeeld worden, zijn er ruziemakers onder de erfgenamen, moet er wegens tijdverloop opnieuw getaxeerd worden?

172. WALTER ZIMMERMANN, Berlin. Erich Schmidt 2000, p. 455.

173. De funproever verwijs ik naar HAEGELE/WINKLER, Der Testamentsvollstrecker, Regensburg. Walhalla Fachverlag 1999, p. 261.

174. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Munchen: C.H. Beck 2001, p. 600.

175. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Munchen: C.H. Beck 2001, p. 612.

## 6.6 De tabel 'Tschischgale'<sup>176</sup>

In de Tschischgaletabel zijn er twee (rechter)kolommen. De eerste kolom als het een 'standaardgeval' betreft en de tweede kolom als het een ingewikkeld geval betreft.

Bij een bruto-nalatenschap tot 20.000 DM	5,00%	6,0%
daarboven tot 100.000 DM	3,75%	4,5%
daarboven tot 1.000.000 DM	2,50%	3,0%
daarboven	1,25%	1,5%

## 6.7 'Berliner Praxis'<sup>177</sup>

Bij de 'Berliner Praxis' wordt met name rekening gehouden met het feit dat de afwikkeling van kleine nalatenschappen zeer arbeidsintensief kan zijn.<sup>178</sup>

Bij een bruto-nalatenschap tot 5.000 DM	10%
daarboven tot 20.000 DM	6%
daarboven tot 50.000 DM	4%
daarboven tot 100.000 DM	3%
daarboven	1%

## 6.8 De nieuwe 'Rheinische Tabelle' (Deutsche Notarverein 2000)

De zogeheten nieuwe 'Rheinische Tabelle' werd in 2000 aanbevolen door de 'Deutsche Notarverein'.<sup>179</sup>

Bij een bruto-nalatenschap tot 250.000 Euro	4,0%
tot 500.000 Euro	3,0%
tot 2.500.000 Euro	2,5%
tot 5.000.000 Euro	2,0%
boven 5.000.000 Euro	1,5%

Hierbij wordt ten minste het hoogste bedrag van de vorige staffel genomen. Een nalatenschap van 260.000 Euro resulteert derhalve in een vergoeding van 10.000 Euro en niet 7.800 Euro.<sup>180</sup>

Deze aanbevelingen gaan uit van bovenstaande basisvergoeding die onder omstandigheden wordt aangevuld met een toeslag, afhankelijk van een indeling in een van de vijf 'Fallgruppen', waarbij ondernemingsvermogen apart bekeken wordt.<sup>181</sup>

De omstandigheden die een toeslag kunnen rechtvaardigen zijn:<sup>182</sup> de basiswerkzaamheden zijn uitgebreider dan normaal, de nalatenschap moet

176. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Munchen: C.H. Beck 2001, p. 593.

177. MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2000, p. 236.

178. MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2000, p. 236.

179. ZEV (2000) 181.

180. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, (2001), p. 593.

181. REIMANN, DNotz 2001, p. 334.

182. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2000, p. 456.

verdeeld worden, een complex beheer, bijvoorbeeld er is vermogen of een erfgenaam in het buitenland, er zijn extra taken zoals het geheel te gelde maken van de nalatenschap, en er zijn meer fiscale aangelegenheden dan alleen de successie-aangifte. Door alle mogelijke toeslagen kan de vergoeding flink oplopen. De gedachte is wel dat men nooit meer krijgt dan drie keer het basisvergoedingsbedrag.

Bij 'Dauervollstreckung' heeft men bovenop de basisvergoeding volgens de tabel met toeslagen, jaarlijks bij de rekening en verantwoording nog recht op een extra vergoeding.<sup>183</sup>

## 6.9 Bruto-vermogen op de sterfdag

Van groot belang is te constateren dat de Duitse tabellen uitgaan van de waarde van de *bruto-nalatenschap* op de sterfdag van erflater oftewel: 'von der Summe des Aktivvermögens ohne Abzug der Nachlassverbindlichkeiten, und nicht vom Nettowert.'<sup>184</sup> 'Ein *schuldenabzug* hat also *nicht* zu erfolgen.'<sup>185</sup>

Voor deze benadering is bewust gekozen omdat de Testamentsvollstrecker aan de voldoening van de schulden van de nalatenschap, in de regel de handen vol heeft.<sup>186</sup> Hierbij wordt ervan uitgegaan dat dit ook tot zijn taak behoort.<sup>187</sup>

Op deze filosofie achter het uitgangspunt van de bruto-nalatenschap zal hierna nader worden ingegaan.

## 6.10 Grote verschillen?

De vraag komt op of de tabellen elkaar veel verschillen als we ze in een concreet geval naast elkaar leggen. Bij een bruto-nalatenschap van 10.000.000 DM blijkt dit inderdaad het geval te zijn.<sup>188</sup>

'Rheinische tabel'	111.200 DM
'nieuwe Rheinische tabel' (Deutsche Notarverein)	200.000 DM
'Berliner Praxis'	117.400 DM
Möhring'sche Tabelle	136.220 DM
Tschischgale	139.100 DM
Eckelkemper'sche Tabelle	156.000 DM

Het verschil tussen de twee uitersten bedraagt 88.800 DM.

Uitgangspunt voor de basisvergoeding is steeds het 'Normaltypus' Testamentsvollstreckung, namelijk de *Abwicklungs-* und *Auseinandersetzungs-*

183. MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Zerb Angelbachtal: Verlag 2000, p. 234.

184. MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Zerb Angelbachtal: Verlag 2000, p. 229.

185. BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung 2001, p. 587. Hierbij wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat dit ook de heersende leer is, en dat de laatste minderheidsgeluiden inmiddels verdwenen zijn.

186. HAEGELE/WINKLER, Der Testamentsvollstrecker, Regensburg: Walhalla 1999, p. 266.

187. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2000, p. 456.

188. Voorbeeld ontleend aan MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Zerb Angelbachtal: Verlag 2000, p. 236.

vollstreckung' van § 2203 e.v.<sup>189</sup> Gelet op het feit dat de meeste tabellen van voor 2002 zijn, wordt (nog) met 'DM' gewerkt.

### 6.11 *Het 'stappenplan' van Haas en Lieb*

Nog niet zo lang geleden hebben Haas en Lieb<sup>190</sup> er nog eens op gewezen dat er steeds weer vragen blijven opduiken over de kwestie hoe de beloning van de Testamentsvollstrecker berekend dient te worden. En dat het goed zou zijn om 'richtlijnen' op te stellen op basis waarvan men zich door de wirwar van berekeningsmodellen een weg zou kunnen banen. Zij doen een aanzet om tot richtlijnen te komen. Deze richtlijnen hebben het karakter van een 'stappenplan'. Om ons denken over de executeursbeloning te verscherpen, is het goed om even bij de stappen die genomen moeten worden stil te staan:

a. Heeft erflater een beloning in de uiterste wil opgenomen?

Zo ja, dan hoeven er verder geen berekeningen meer gemaakt te worden, omdat de wil van erflater voorgaat.

b. Zo nee, dan is § 2221 BGB: de 'angemessene' vergoeding bepalend.

c. Indien de Testamentsvollstrecker en de erfgenamen in onderling overeenstemming bereiken over de beloning is dit 'per definitie' 'angemessen'.

d. Anders kan als uitgangspunt dienen om de beloning te bepalen: de waarde van de bruto-nalatenschap op de sterfdag van erflater.

e. Wat is het voor een type Testamentstvollstreckung: Abwicklungsvollstreckung, Verwaltungsvollstreckung?

f. Dan kan op basis van de 'tabel' de beloning voor bijvoorbeeld 'der Normalfall der Abwicklungsvollstreckung' bepaald worden.

g. Vervolgens wordt rekening gehouden met het 'Differenzierungsgebot'. De moeilijkheidsgraad van de afwikkeling van de betreffende nalatenschap kan een toeslag rechtvaardigen.

h. Indien het bedrag van de beloning aldus is vastgesteld, dient er een vermindering toegepast te worden, en met name wanneer de grens van drie maal de 'basisvergoeding'<sup>191</sup> bereikt is. De vermindering kan ook aan de orde zijn als bijvoorbeeld de Testamentsvollstrecker hier en daar een 'steekje heeft laten vallen' of zijn opdracht relatief gemakkelijk was.

i. De uiteindelijke beloning is exclusief 'Umsatzsteuer'.

Ook van dit stappenplan om tot maatwerk te komen, kan gezegd worden dat het 'natte vingerwerk' is en ook weer een 'tabel' op zich oplevert. Wat mij wel aanspreekt in het stappenplan is de flexibiliteit die er van uitgaat en de 'bovengrens' die er in verwerkt is: men heeft nooit recht op meer dan drie maal de 'basisvergoeding'.

189. MAYER/BONEFELD/DARAGAN, Testamentsvollstreckung, Zerb Verlag Angelbachtal (2000), p. 241. Zie over de indeling van de werkzaamheden van de Testamentsvollstrecker met het oog op de zogenaamde Regelgebühr, Konstituierungsgebühr, Verwaltungsgebühr, en Auseinandersetzungsbühr TILLING in ZEV 1998, 331.

190. ULRICH HAAS en ANDREAS LIEB, Die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nach § 2221 BGB, Zerb 2002, 8.

191. 'Regel- oder Grundvergütung' zonder 'Sondergebühr'.

## 7. Beloning of liberaliteit? Het ‘zo grote onevenredigheidsbeginsel’ van HR 15 december 1905, W 8315

Voordat ik in ga op de beloningsregel in het nieuwe erfrecht, is het van belang stil te staan bij een klassieker van de Hoge Raad van 15 december 1905, W 8315, die -ondanks zijn ouderdom- ook onder het nieuwe recht van groot belang zal blijven, en waarin dezelfde gedachtegang is neergelegd die we bij de behandeling van onder meer het vergoedingslegaat in het Belgische recht zijn tegengekomen.

De Hoge Raad moest oordelen over de casus waarin De Heer Fransen van de Putte uit Goes als executeur-testamentair (tevens neef en petekind) een voor die tijd zonder meer royale executeursbeloning van f 10.000 ten deel viel. Het geschil draaide weliswaar om de vraag of er successierecht over de executeursbeloning verschuldigd was, maar de essentie van het arrest is ook voor het civiele recht van groot belang.

Gezien het belang van het arrest laat ik dan ook de Hoge Raad zelf aan het woord:

‘dat uit de bij art. 1068 BW aan den erflater gegeven keuze niet volgt, dat hetgeen door hem belooning voor werkzaamheden wordt genoemd alleen daarom niet inderdaad het karakter zou kunnen bezitten van eene aan het recht van successie onderworpen *liberaliteit*, hetzij geheel of ten deele; dat wel, om het bestaan van een legaat of eene belooning te kunnen aannemen, het in de eerste plaats moet blijken, dat de erflater de bedoeling hebbe gehad en te kennen gegeven, om een legaat of eene beloning toe te kennen en de beslissing daarover is van feitelyken aard; dat echter de beantwoording der vraag, of hetgeen krachtens de beschikking des erflaters wordt verkregen, in den zin van art. 1 der wet op het recht van successie en van overgang aan belasting onderhevig is, afhangt van den *werkelyken* aard der door hem gemaakte beschikking, die wel veelal uit de benaming welke de erflater daaraan heeft gegeven, zal kunnen worden gekend, maar niet noodwendig alleen daardoor wordt bepaald; dat de Rechtbank ten deze alzoo had behoren te beslissen of er rechtens inderdaad bestaat belooning voor werkzaamheden dan wel liberaliteit, hetzij voor het geheele bedrag hetzij voor een deel der toegekende som, waarbij het aan haar oordeel was overgelaten, uit te maken of er tusschen de als belooning toegekende som en de lasten en bezwaren aan de *opdracht* van den erflater verbonden zoo grote onevenredigheid bestaat dat die som, geheel of ten deele, niet anders dan als eene liberaliteit kan worden aangemerkt; dat echter de Rechtbank door, waar de juistheid der door den erflater bebezigde benaming van belooning door het Bestuur was betwist, niettemin de beslissing uitsluitend te doen afhangen van hetgeen erflater als zijn wil had uitgesproken en van de uitlegging aan dien wil te geven, art. 1 der wet op het recht van successie en van overgang en, in verband daarmede art. 932 BW heeft geschonden [...]’ (Curs. BS)

Het arrest geeft (nog steeds)<sup>192</sup> het richtsnoer voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een *vergoedingslegaat* voor de executeur of van *liberaliteit* om de executeur te bevoordelen. De hoogte van de beloning moet in balans zijn met de zwaarte van de opdracht van erflater, oftewel er dient een ‘evenre-

192. Zie J.A.M. KLINKERT-CINO en J.P.M. STUBBÉ, Beloning ontvangen van erflater, Nieuw Erfrecht, 2004 nr. 6.



digheidstoets' aangelegd te worden, zij het dat het criterium is een 'zo grote onevenredigheid dat het niet anders kan dan '

In de concrete casus besliste de rechtbank Utrecht<sup>193</sup> na terugverwijzing door de Hoge Raad, dat de boedel, ondanks het belang, niet erg gecompliceerd was, zodat de beloning in generlei verhouding stond met de lasten en bezwaren en er mitsdien sprake was van liberaliteit. Ook hier blijkt weer als zo vaak dat de waarheid in het midden ligt en de rechtbank f 5000 aanmerkt als beloning en f 5000 als bevoordeling. Let wel in de uitspraak wordt melding gemaakt van het feit dat door belanghebbende erkend wordt dat de betreffende werkzaamheden met f 5000 behoorlijk beloond zijn en de f 5000 'moeten geacht worden liberaliteit te zijn gegeven aan den naamgenoot'. Op grond van de regeling van het wettelijk loon zou de executeur overigens recht gehad hebben op f 3900.

De discussie vergoedingslegaat of liberaliteit heeft niet alleen een belangrijke fiscale lading, maar is met name ook van belang voor 'inkortings'vraagstukken en voor de vraag wie mag ik bij uiterste wilsbeschikking bevoordelen. Ook onder het nieuwe erfrecht blijft de kwestie haar relevantie behouden.

Ter afsluiting van deze paragraaf benadruk ik dat ook al wordt een executeurbeloning aangemerkt als bovenmatig, daarmee nog niet gezegd is dat deze hierdoor komt te vervallen. In beginsel heeft de executeur recht op de betreffende toegekende beloning. Een legaat is slechts een wijze waarop de executeurbeloning betaald kan worden. Een erflater kan ook niet van het legaat gebruikmaken en rechtstreeks spreken van de beloning.

Ook indien de beloning te laag is vastgesteld heet het nog steeds dat niemand gehouden is de executeursbenoeming aan te nemen.<sup>194</sup>

## **8. Het 'vermogen op diens sterfdag', art. 4:144 lid 2 BW**

### *8.1 Van een dynamische naar een statische regeling*

Onder het oude recht was de bepaling van wat het totaal van ontvangsten dan wel uitgaven was in de zin van art. 1068 lid 2 oud BW een dynamische aangelegenheid. Dit moest gepeild worden in de periode van het openvallen van de nalatenschap tot einde van de executele. Een statische benadering is naar haar aard eenvoudiger. Men kiest voor een vast peilmoment, bijvoorbeeld 'het openvallen van de nalatenschap'. Men kan deze verschillen in benadering van de beloningsproblematiek vergelijken met de problemen die er aan de ene kant waren rondom het dynamische inkomensbegrip in de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 en aan de andere kant de betrekkelijk eenvoudige vaststelling van het statische belastbare feit zoals opgenomen in de Wet op de Vermogensbelasting 1964, thans 'Box 3' in de Wet IB 2001.

Deze statische onder het nieuwe erfrecht gekozen benadering voor de berekening van het loon vinden we in art. 4:144 lid 2 BW.

193 Rechtbank Utrecht 3 april 1907, PW 9986

194 PITLO-VAN DER BURGHT, Erfrecht, Arnhem Gouda Quint 1997 p. 264

‘Tenzij bij uiterste wil anders is geregeld, komt de executeur, of als er meer dan een executeur is, hun tezamen, een ten honderd van de waarde van het vermogen van de erflater op diens sterfdag toe.’

De woorden ‘op diens sterfdag’ zijn duidelijk en zullen in beginsel geen aanleiding tot discussie geven. Zonder dat ik hiervoor een aanwijzing in de parlementaire geschiedenis heb kunnen vinden, ‘verdenk’ ik de wetgever ervan – gezien zijn zeer warme belangstelling voor het Duitse recht<sup>195</sup> – dat hij deze benadering aan de Duitse tabellen ontleend heeft. Aansluiting bij de nalatenschap in de zin van art. 4:7 BW met enige correcties daarop had wellicht meer voor de hand gelegen.<sup>196</sup>

## 8.2 Wat is vermogen?

Art. 4:144 lid 2 BW geeft op het eerste gezicht een heldere basisregel om tot de vaststelling van de beloning van de executeur te komen. In het derde lid worden de leden 2 en 3 van art. 4:159 van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze bepalingen betreffen de beloning van de testamentair bewindvoerder.

Lid 1 van art. 4:159 BW wordt niet van overeenkomstige toepassing verklaard, daarin is immers de hoofdregel voor de vaststelling van de bewindvoerdersbeloning opgenomen.

Het van overeenkomstige toepassing verklaarde lid 3 luidt als volgt:

‘Op grond van onvoorziene omstandigheden kan de kantonrechter, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de bewindvoerder, van de rechthebbende of iemand in wiens belang het bewind is ingesteld, voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd de beloning anders regelen dan bij de uiterste wil of de wet is aangegeven.’

Overigens zal, omdat in het nieuwe erfrecht geen executeurbenoeming meer mogelijk is zonder tussenkomst van een notaris er vaker maatwerk gemaakt worden van de vergoeding en zullen, als het goed is, in deze minder uitlegproblemen gaan spelen.

Een potentieel uitlegprobleem, dat mij sinds de bestudering van de hierboven aangehaalde Duitse literatuur over het begrip ‘bruto-nalatenschap’ echter niet meer loslaat, zou veroorzaakt kunnen worden door het gebruik van de term: ‘vermogen’. Wat is vermogen? Zijn dit alleen ‘bezittingen’ of is vermogen een saldobegrip: bezittingen minus schulden?

Zoals in de inleiding reeds aangegeven is op aanraden van de Commissie Erfrecht de regel dat het executeursloon ‘in onderling overleg’ tussen erfgenamen en executeur kon worden vastgesteld, vervangen door de huidige 1%-regel. In de parlementaire geschiedenis is wel aangegeven waarom de oude

195. V.J.A. SUTO, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

196. ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, nr. 565, noot 98, waarschuwt ervoor dat het opnemen van een percentage van het saldo van de nalatenschap als executeurbeloning de executeur tot erfgenaam maakt. Zou dit juist zijn dan kan dit mijns inziens door het ‘spel met de letters’ in de zin van art. 4:7 BW eenvoudig verholpen worden.

tekst problemen zou veroorzaken, maar is niet de inhoud van de nieuwe tekst toegelicht. Ik heb dus niet kunnen achterhalen in hoeverre men wellicht ook door het Duitse 'brutovermogensbegrip' beïnvloed was.<sup>197</sup> Laat ik bij het geven van een invulling aan het begrip 'vermogen' beginnen met de taalkundige of grammaticale interpretatie. De 'Dikke van Dale' leert ons dat vermogen is: 'het geheel van iemands bezittingen aan goederen en vorderingen (activa en passiva), hetgeen hij rijk is na aftrek van de passiva'. In Fockema Andreae's lees ik bij vermogen: 'goederen en schulden van een rechtssubject'. De Wet op de vermogensbelasting 1964 hanteerde ook als heffingsgrondslag de waarde der bezittingen verminderd met die der schulden. In de wet IB 2001 wordt het begrip blijkens art. 5.5 lid 1 (heffingsvrijvermogen) ook als saldobegrip gebruikt. Aan het twijfelen bracht mij naast de teleologische benadering in de Duitse literatuur de opmerking van Nieuwenhuis:<sup>198</sup> 'Het vermogen bestaat uit "goederen"'. In het 'Compendium'<sup>199</sup> wordt opgemerkt: 'Goederen zijn alle actieve vermogensbestanddelen. [...] Passieve vermogensbestanddelen (schulden) zijn als zodanig geen goederen'. Ook ben ik te rade gegaan bij het vermogensbegrip van het ter ziele gegane wettelijk deelgenootschap,<sup>200</sup> waarover door Luijten met betrekking tot art. 1:144 lid 1 BW werd medege-deeld.<sup>201</sup>

'De wet stelt hier, dat tot een vermogen ook schulden behoren. Merkwaardig is dat in de aanhef van dezelfde zin wordt geformuleerd: Schulden en lasten die in mindering van het stamvermogen komen; vgl. echter ook art. 136 leden 1 en 2'.

De twijfel werd nog groter toen ik er de regeling voor belonen bij testamentair bewind op nasloeg, te weten lid 1 van art. 4:159 BW:

'Tenzij bij uiterste wil anders is geregeld, komt de bewindvoerder, of als er meer dan een bewindvoerder is, hun tezamen, per jaar een ten honderd van de waarde aan het einde van dat jaar van het onder bewind staande vermogen toe.'

Mijn oog viel op de woorden: '*het onder bewind staande vermogen*'. Indien ik deze woorden combineer met de mededeling van de wetgever in art. 4:153 BW dat de erflater bij uiterste wilsbeschikking bewind kan instellen over een of meer door hem vermaakte of nagelaten goederen, dan zou het begrip vermogen gelezen dienen te worden als vermogen in de zin van '*goederen*'.<sup>202</sup> Ook in de Faillissementswet wordt het vermogensbegrip gehanteerd in de betekenis van '*goed*'. Bij Polak<sup>203</sup> lees ik over art. 20 Faillissementswet:

197. MvA, 17 141, nr. 12, p. 55.

198. J.H. NIEUWENHUIS, Hoofdstukken Vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 1

199. JAC HIJMA en M.M. OLTROF, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, Deventer. Kluwer 2005, p. 10.

200. De term 'vermogen' wordt ook gebruikt in art. 7:175 BW: 'Schenking is de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.'

201. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Huwelijksvermogensrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 310 noot 844.

202. Wel merk ik op dat ook een erfdeel onder bewind gesteld kan worden.

203. POLAK/PANNEVIS, Faillissementsrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 48.

‘Vermogen’ omvat hier dus alleen de actieve vermogensbestanddelen, de goederen of baten bedoeld in art. 3:1 BW; het omvat dus niet, als bijvoorbeeld in de bedrijfseconomie of bij de vermogensbelasting, ook iemands verplichtingen; zie art. 175 lid 1 en 176 lid 2. Het gaat in art. 20 niet over waarde, maar ‘vermogen’ is aldaar het geheel van de positieve vermogensbestanddelen, ongeacht hun waarde, zonder de schulden; vgl. ook HR 8 juni 1973, NJ 1975, 76 m.nt. BW, waar de Hoge Raad spreekt van ‘activa’.

Terzijde merk ik in deze kwestie nog op dat ook in het Belgische recht van de bruto-aktiva van de nalatenschap wordt uitgegaan bij de toepassing van de fiscale ‘5%-regel’, waarover in het fiscaal gedeelte meer.

Zou het vermogensbegrip wel een saldobegrip zijn dan zou het zich in de nieuwe regeling kunnen voordoen dat de beloning heel laag uitvalt. Denk aan de executeur die veel rompslomp met de boedel heeft gehad, terwijl het saldo bijna nihil is. Bij een saldo van € 1000 krijgt de executeur een beloning van € 10. ‘Veel rompslomp’ zou bijvoorbeeld kunnen spelen bij een vermogen van nagenoeg nul op de sterfdag van erflater en een legitimaire massa van € 100.000. Denk hierbij aan de situatie dat er vele schenkingen gedaan zijn die aan ‘inkorting’ onderhevig zijn.

Ook het omgekeerde kan vanzelfsprekend het geval zijn. Indien er sprake is van een groot vermogen en de executeur heeft bijna geen werk gehad, dan is 1% van € 10 000 000 toch nog € 100.000.

Om een uitlegprobleem te voorkomen zal de testateur bij het verwijzen naar de wet ook opnemen of hij vermogen in de zin van ‘activa’ bedoeld of vermogen als saldobegrip (activa minus passiva). Immers voorkomen is beter dan genezen.

Buiten de onderhavige uitlegkwestie over het begrip vermogen denk ik dat, mede gezien de eenvoud van de regeling, de wettelijke beloningsregel aan de wensen van de praktijk tegemoetkomt. Aan de ene kant is er immers rechtszekerheid: de regeling is helder en eenvoudig, en aan de andere kant is er de gewenste flexibiliteit. Immers door de schakelbepaling van art. 4:144 lid 3 kan de (‘laagdrempelige’) kantonrechter altijd ingrijpen, zij het op grond van *‘onvoorziene omstandigheden’*, waarover hierna meer. Bij het ingrijpen is het niet ondenkbaar dat de kantonrechter zich in voorkomende gevallen mede laat leiden door de teleologische benadering van het Duitse recht.

Overigens is het wellicht ook niet onverstandig om de ‘bovengrensgedachte’ van belonen uit de hierboven aangestipte Duitse literatuur in het achterhoofd te houden bij het redigeren van de uiterste wil, zeker daar waar het om hele grote ‘vermogens’ gaat. En als men aan een bovengrens denkt is de stap – indachtig de relatief hoge basisvergoedingen in de Duitse tabellen – naar een ondergrens ook snel gezet, zeker daar waar het om hele kleine doch bewerkelijke ‘vermogens’ gaat. En ook hier geldt weer: de kantonrechter heeft steeds het laatste woord. Geen slepende ruzies of langdurige procedures. De ‘boedelrechter’ staat desgewenst klaar om meteen de knoop door te hakken.

Bij de peildatum, ‘diens sterfdag’, wordt door mij nog wel de kanttekening geplaatst dat men zich dient te realiseren dat als het vermogen van erflater mede uit een effectenportefeuille bestaat, deze portefeuille bij de verdeling

enorm in waarde gedaald kan zijn. De beloning wordt dan toch op de waarde van de portfeuille per sterfdatum gebaseerd.<sup>204</sup>

En voorts benadruk ik dat het om een civielrechtelijke regeling gaat, zodat we in de praktijk niet zomaar de waarderingsmaatstaven van de Successiewet 1956 als uitgangspunt kunnen nemen. Vaak zal ook voor een systeem van belonen gekozen worden op basis van een uurloon onder overlegging van een urenspecificatie. Zeker daar waar een notaris, een accountant of een belastingadviseur als executeur zal optreden<sup>205</sup>.

### 8.3 De 1%-regel als instructienorm voor 'bovenmatigheid'? Art. 4:60 letter a BW?

Nu in de wet een in beginsel heldere beloningsregel is opgenomen voor de executeur, kan de vraag opkomen of de 1%-regel ook als instructienorm zou kunnen dienen voor het hiervoor aan de orde gestelde vraagstuk: vergoedingslegaat en/of liberaliteit. Dit zou men in theorie weliswaar ook met de oude art 4:1068-regel gedaan kunnen hebben, doch met de criteria 'ontvangen' en 'uitgaven' was hier in de praktijk geen beginnen aan. Art. 4:1068 oud BW zou als norm zonder meer onwerkbaar geweest zijn. Hoeveel 'ontvangen' en 'uitgaven' zijn er bij de afwikkeling van de gemiddelde nalatenschap? Onder het nieuwe recht hoeven wij ons deze vragen in beginsel niet meer te stellen. Daar hebben we de 1%-norm voor. Maar is het wel reëel om hier van uit te gaan? Er kunnen genoeg bijzondere omstandigheden zijn, die in het concrete geval een andere norm rechtvaardigen. Daar komt bij dat de Hoge Raad door zijn formulering nog genoeg ruimte gaf voor een 'hoge' beloning zonder dat mijns inziens gelijk van 'vrijgevigheid' gesproken hoeft te worden. De Hoge Raad gaf immers, zoals hiervoor gezien, aan de rechtbank de opdracht mee om te onderzoeken of er tussen de als beloning toegekende som en de lasten en bezwaren aan de opdracht van de erfflater een *zo grote onevenredigheid* bestaat dat die som, geheel of gedeeltelijk, *niet anders dan* als een liberaliteit kan worden aangemerkt. Niet zomaar een onevenredigheid, maar een *zo grote* onevenredigheid, dat het niet anders kan dan'. Ik zou hier nog in durven te lezen *'echt'* niet anders kan dan. Nog anders gezegd: een 'stevige' beloning maakt nog geen 'vrijgevigheid'. Deze gedachte zien wij ook terug in de Duitse literatuur:<sup>206</sup>

'Bei einer erheblichen Abweichung von den Werten, die nach den hierfür entwickelten Tabellen ermittelt wurden, ist aber in jedem Fall eine genauere Untersuchung des Sachverhaltes angezeigt. Eine solche erhebliche Abweichung wird in der Regel dann gegeben sein, wenn die Vergütung [...] mehr als 150 % der angemessenen Vergütung ausmacht.'

Een indicator voor een 'erhebliche Abweichung' is derhalve een beloning die meer dan 1,5 x de vergoeding volgens de tabel bedraagt. Indien de Testa-

204. Dit lijkt mij in beginsel geen 'onvoorziene omstandigheid'.

205. Zo komt RÜDIGER BIRK, Vergütung und Aufwendungsersatz des Testamentsvollstreckers (diss. Konstanz) 2002, p. 169 tot een ontwerpregeling waarin hij de beloning van deze professional stelt op '120 Euro pro Stunde'.

206. CHRISTIAN KIRNBERGER, Die steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckervergütung (diss. Passau) 1998, p. 26.

mentsvollstrecker hiervoor geen reden kan aangeven – die bijvoorbeeld ook bij een rechter zou standhouden – spreekt men in beginsel van een ‘unangemessene’ Vergütung. De Duitse tabellen gelden als het ‘minimale’, zodat een hogere vergoeding op zich nog geen ‘unangemessene’ hoeft te zijn.<sup>207</sup>

In hoeverre de ‘unangemessene’ Vergütung in Duitsland vervolgens fiscale gevolgen heeft, zal in het fiscale hoofdstuk behandeld worden.

Men zou de forfaitaire 1% norm uit de wet in combinatie met de gedachte van de ‘erhebliche Abweichung’ uit de Duitse literatuur door hun eenvoud in de praktijk goed kunnen hanteren als ‘bewysregel’, zij het dat in de Nederlandse verhoudingen het ijkpercentage lager ligt dan het Duitse tabelpercentage. Bij beloningen boven de  $1,5 \times 1\% = 1,5\%$  van het ‘vermogen van erflater op diens sterfdag’ mag men mijns inziens van de executeur verwachten dat hij ‘tekst en uitleg’ geeft waarom in zijn ogen geen sprake is van ‘vrijgevigheid’. Echter nogmaals een ‘stevigere’ beloning dan 1,5% van het vermogen van erflater op diens sterfdag maakt niet zonder meer dat er sprake is van ‘vrijgevigheid’, maar zou mijns inziens in het kader van het vraagstuk ‘loon naar werken’ of ‘vrijgevigheid’ wel een omkering van de bewijslast tot gevolg kunnen hebben.

Wat het Duitse recht betreft verwijs ik nog naar een fictie in de ‘*Insolvenzverordnung*’ om een correctie op de vergoeding van de Testamentsvollstreckung aan te kunnen brengen. Het betreft § 324 (1) sub 6, waarin geregeld is dat als ‘Masseverbindlichkeiten’ alleen gelden

‘die Verbindlichkeiten, die für den Erben gegenüber [ ] einem Testamentsvollstrecker entstanden sind, soweit die Nachlassgläubiger verpflichtet waren, wenn die bezeichneten Personen die Geschäfte für sie zu besorgen gehabt hatten’

Hier wordt derhalve de ‘bovenmatigheid’ teruggebracht tot ‘zakelijke verhoudingen’. Hiermee wordt voorkomen dat de erflater door het toekennen van een ‘bovenmatige vergoeding’ de Testamentsvollstrecker bevoordeelt ten opzichte van andere nalatenschapsschuldeisers. Het bovenmatige gedeelte kan niet meer als ‘op de nalatenschap verhaalbare schuld’ aangemerkt worden. Men wil zo het ‘austrocken’<sup>208</sup> van de nalatenschap voorkomen voor bijvoorbeeld de legitimaire portie. Bij ons is een correctiemogelijkheid gelegen in de regeling ‘van het spel met de letters’ als bedoeld in art. 4:7 BW. Zo wordt voor de berekening van de legitimaire massa geen rekening gehouden met het executeurloon in de zin van art. 4:7 lid 1 letter d BW, maar wel met de kosten van vereffening van art. 4:7 lid 1 letter c BW. Men zou kunnen stellen dat vanuit het materiele gezichtspunt bekeken op grond van art. 4:7 BW schulden van de nalatenschap ‘gehergroepeerd’ kunnen worden na ontmaskering van de ware aard. Ook een vorm van ‘erfrechtelijke geslotenheid’. Zo kan bijvoorbeeld op een getransformeerde executeurbeloning art. 4:117 lid 3 BW van toepassing worden. Op grond van de quasi-overeenkomstgedachte neem ik overigens aan dat ook op de ‘echte’ beloning materialiter reeds een soortgelij-

207 CHRISTIAN KIRNBERGER, Die steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckervergütung (diss. Passau) 1998, p. 123.

208 ECKHARD WALZHOLZ, Zerb 2005, 8, p. 248.

ke regel als bijvoorbeeld neergelegd in art. 4:117 lid 3 BW van toepassing is, aansluiting zoekende bij een ‘echte’ overeenkomst.

Perrick merkt overigens op dat de wet niet bepaalt wie het executeurloon verschuldigd is.<sup>209</sup> Dit is mijns inziens op zich niet nodig als men executele, zoals ik, als een quasi-overeenkomst ziet, waarbij erflater de opdrachtgever is. Op grond van de quasi-saisine komt met een redelijke wetstoepassing de beloning dan naar rato van de erfdelen voor rekening van de erfgenamen. Wie het daar moeilijk mee heeft kan nog altijd aansluiting zoeken bij art. 4:117 lid 3 BW op grond van de gedachte dat een beloning niets anders is dan een species-legaat. Voor de aansprakelijkheid voor de beloning wijs ik naar art. 4:120 BW en art. 4:182 BW ‘per analogiam’ met het bekende opstapje van art 3:77 BW.

Wat de gedachte van de wettelijke beloningsregel als instructienorm betreft (al dan niet met een ‘Abweichung’), wijs ik eveneens op een interessante in art. 4:60 letter a BW neergelegde regeling, die sterk doet denken aan onder meer de Franse proportionaliteitstoets, en die mijns inziens ook als een algemeen beginsel in de onderhavige problematiek te gebruiken is:

‘Van het in de twee voorgaande artikelen bepaalde zijn uitgezonderd:

- a. de beschikkingen tot *vergelding van bewezen diensten*, bij wijze van legaat gemaakt, met *inachtneming* echter zowel van de *gegoedheid* van de maker, als van de *diensten* die aan deze zijn bewezen.[...]

We zien hier het fenomeen vergoedingslegaat in de wet, we zien hier de koppeling van de maatstaf aan het vermogen van erflater, en we zien hier enige marge (‘met inachtneming echter zowel van [...] als [...]'). Een werkbare regel, waarbij men zou kunnen stellen dat in concreto de wetgever bij wijze van fictie als basisregel 1% als beloning voor executeurs in gedachten had. Hof Leeuwarden<sup>210</sup> heeft recentelijk, op 9 mei 2007, een arrest gewezen over art. 4:60 letter a BW, waarbij het ging om een vergoedingslegaat aan een ‘verdacht’ persoon in de zin van art. 4:59 BW. Interessant is dat het Hof in dit kader de term ‘*wanverhouding*’ gebruikt die ons doet denken aan het arrest van de Hoge Raad uit 1905. Voorts wordt gesproken van een ‘*redelijke* verhouding tot de verleende dienst (in casu van het regelen van de begrafenis)’ en van de ‘objectieve randvoorwaarden’. Het enkele feit dat een begrafenisondernemer ingeschakeld wordt, wil nog niet zeggen dat de legataris minder gedaan heeft dan van hem werd verwacht. Oftewel:

‘Voor een geslaagd beroep op de vernietigbaarheid is derhalve onvoldoende dat de beloning *aan de hoge kant* is.’ (Curs. BS)

209. PERRICK, Over schulden van de nalatenschap onder Boek 4 NBW (1), WPNR (2005) 6435, p 222 Ook Perrick merkt overigens op: ‘Ik zou willen aannemen dat de executeur de erfgenamen vertegenwoordigt in de gevallen dat hij jegens zijn wederpartij duidelijk maakt dat hij in de hoedanigheid van executeur van een bepaalde nalatenschap optreedt. Het is daarbij niet noodzakelijk dat hij daarbij de namen van de erfgenamen noemt’

210. Hof Leeuwarden 9 mei 2000, Notafax 2007, 126. De vergoeding voor het regelen van de begrafenis was € 2.500 en het vermogen van erflater € 2.500.000.

En voorts moet niet alleen naar de omvang van de werkzaamheden gekeken worden, maar ook naar de *aard* van de werkzaamheden. Er moest overigens gepeild worden naar de omstandigheden van het maken van de uiterste wilsbeschikking. Een leerzaam arrest met ongetwijfeld reflexwerking naar de beloning van de executeur.

#### 8.4 *Kantonrechter en onvoorziene omstandigheden*

De *deus ex machina* van de nieuwe regeling van belonen van executeurs is mijns inziens dat de kantonrechter de mogelijkheid heeft, om als een soort 'boedelrechter' in materiele zin, snel en adequaat in te grijpen in de problematiek van de executeursbeloning en er derhalve knopen doorgelicht kunnen worden. De wet bepaalt dat de kantonrechter de mogelijkheid tot wijziging zowel bij de beloning op grond van de wet als bij die op grond van de uiterste wil kan toepassen. Hij kan de beloning, althans bij testamentair bewind, voor onbepaalde tijd wijzigen, maar ook voor bepaalde tijd. Bij executele speelt dit niet, aangezien er in beginsel maar een tijdvak voor de beloning is. De wijziging kan ambtshalve geschieden, op verzoek van de bewindvoerder (lees (via de schakelbepalingen) de executeur), op verzoek van de rechthebbende of iemand in wiens belang het bewind is ingesteld. Het begrip onvoorziene omstandigheden dient te worden begrepen in de zin van art. 6:258 BW.

De wetgever geeft weliswaar via de schakelbepaling van art. 4:144 lid 3 BW aan dat er sprake moet zijn van *onvoorziene omstandigheden* om tot een wijziging van het loon te kunnen komen, maar daar staat tegenover dat het een discretionaire bevoegdheid van de kantonrechter blijft.<sup>211</sup>

Van belang is van welke omstandigheden erflater bij het benoemen van de executeur en/of het instellen van testamentair bewind is uitgegaan en of hij – al dan niet stilzwijgend – met de mogelijkheid van het optreden van onvoorziene omstandigheden rekening heeft willen houden.<sup>212</sup> Het is niet ondenkbaar dat het zeer abstracte criterium 'onvoorziene omstandigheden' door de kantonrechter de facto zal worden omgedoopt in het criterium 'bijzondere omstandigheden', dat wij reeds uit art. 1:447 BW, het beloningsartikel voor het meerderjarigenbewind, kennen. In de parlementaire geschiedenis<sup>213</sup> wordt naar dit artikel verwezen met de mededeling dat de beloningsregel voor de testamentair bewindvoerder daaraan is ontleend, maar daarvan toch op enkele plaatsen afwijkt. De Hoge Raad heeft in ieder geval in HR 15 januari 1988, NJ 1988, 888 als een voorbeeld van een bijzondere omstandigheid gegeven een *ingewikkelde en tijdrovende* bewindvoering (lees executele). Bij de Toelichting Meijers<sup>214</sup> op 3:6:1:10, de regeling van het loon in de inmiddels beruchte (niet ingevoerde) titel 3:6, lees ik

'Het bewind kan echter tijdelijk of blijvend veel werk geven zonder dat daaraan evenredige inkomsten aan te wijzen zijn. Voor dat geval dient de boedelrechter een andere regeling te kunnen treffen.'

211 MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 973

212 Tweede NvW, 17:141, nr. 9, p. 11

213 Tweede NvW, 17:141, nr. 9, p. 10

214 TM, Parl. Gesch. 3, p. 524



## 9. Meer executeurs

Indien er meer executeurs zijn aangesteld, is het maar de vraag of altijd geldt: hoe meer zielen, hoe meer vreugde. Het beloningsvraagstuk zou een bron kunnen zijn voor onderlinge twist. Zij hebben immers volgens de wettelijke beloningsregel van art. 4:144 lid 2 BW in beginsel 'tezamen' recht op de beloning. Via de schakelbepaling van art. 4:144 lid 3 BW wordt art. 4:159 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaard:

'Zijn er twee of meer bewindvoerders (lees: executeurs) en bevat de uiterste wil geen regeling omtrent de verdeling van de beloning, dan ontvangt elk van hen een gelijke beloning, tenzij de kantonrechter anders bepaalt of zij tezamen anders overeenkomen.'

In deze is ook nog van belang dat in art. 4:142 lid 3 BW is bepaald dat bij verschil van mening tussen de executeurs op verzoek van een van hen door de kantonrechter wordt beslist. De kantonrechter kan dan een verdeling van de werkzaamheden of het hun toekomende loon vaststellen. Een soortgelijke regeling is opgenomen in art. 4:158 leden 2 en 3 BW.<sup>215</sup>

Het kan van belang zijn om in de uiterste wilsbeschikking in geval van meerdere executeurs of opvolgend executeurs op te nemen wat er dient te gebeuren, indien bijvoorbeeld een van de executeurs zijn taak neerlegt.

## 10. Geen onkostenregeling in afdeling 5.6?

In het nieuwe erfrecht is een regeling over de onkostenvergoeding van de executeur niet opgenomen, hetgeen wel het geval was in het oude art. 4:1064 BW. Betekent dit dat de executeur geen recht meer zou hebben op vergoeding van de in zijn functie gemaakte kosten? Allereerst merk ik op dat in art. 4:7 lid 1 letter e BW niet alleen van het loon van de executeur wordt gesproken als schuld van de nalatenschap, maar ook van de kosten van executele. Daarnaast ligt het blijkens de parlementaire geschiedenis in 'de aard van executele ( of bewind) opgesloten dat hij de verschotten – d.w.z. de uitgaven die hij bij de vervulling van zijn taak als executeur (bewindvoerder) heeft gedaan – in rekening kan brengen en niet voor eigen rekening hoeft te nemen'.<sup>216</sup>

Indien wij, indachtig de gelaagde structuur, ook nog terugvallen op wat het algemene burgerlijk recht aangeeft over de onkostenvergoeding van de opdrachtnemer/lasthebber leert art. 7:406 lid 1 BW het volgende:

'De opdrachtgever moet aan de opdrachtnemer de onkosten aan de verbonden aan de uitvoering van de opdracht vergoeden, voor zover deze niet in het loon zijn begrepen.'

215. Opmerkelijk is dat bij executele niet over 'gewichtige redenen' gesproken wordt en bij testamentair bewind wel.

216. Ontleend aan nadere toelichting op 3.6.1.9, MvA II, Parl. Gesch. 3, p 524.

De toelichting bij deze bepaling geeft aan dat de aanspraak beperkt is tot de kosten die passend zijn voor een goede uitvoering van het werk. De opdrachtnemer (en derhalve ook de executeur) moet derhalve bij het maken van onkosten met voorzichtigheid en beleid handelen.<sup>217</sup>

In de regel zal ook in de uiterste wil al aandacht besteed worden aan het vraagstuk van vergoeding van onkosten.

Overigens wordt in het Duitse recht aansluiting gezocht voor de onkostenvergoeding van de Testamentsvollstrecker bij de regels van 'Auftrag'. De belangrijke schakelbepaling § 2218 BGB verklaart § 670 BGB (opdrachtnemer heeft recht op onkostenvergoeding) van overeenkomstige toepassing op de rechtsverhouding tussen Testamentsvollstrecker en erfgenamen.

## 11. Eén halen, twee betalen? Een synthese

Bij het redigeren van de 'synthese-bepalingen'<sup>218</sup> tussen executele en bewind moeten we ook rekening houden met het loon van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder. Indien we niets regelen, moeten we deze verzwaarde executeur in beginsel 'twee' keer 'betalen'. Eén keer op grond van het bepaalde in art. 4:144 lid 2 BW en één keer op grond van het bepaalde in art. 4:159 lid 1 BW. Als executeur heeft hij recht op een beloning ter grootte van één procent van de waarde van het vermogen van erflater op diens sterfdag. En in zijn hoedanigheid van testamentair bewindvoerder heeft hij per jaar recht op één procent van de waarde aan het einde van dat jaar van het onder bewind staande vermogen. Van de regelingen van het loon van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder is eenvoudig maatwerk te maken, aangezien beide regelingen van regelend recht zijn. In de praktijk zal de aspirant-erflater de executeur-afwikkelingsbewindvoerder ongetwijfeld voor het 'hele pakket' dan ook één beloning willen doen toekomen. Om uitlegproblemen te voorkomen is het goed om uitdrukkelijk te bepalen dat de beloning zowel voor de werkzaamheden op grond van de executele als voor de werkzaamheden in het kader van het afwikkelingsbewind is toegekend. Via een schakelbepaling heeft de wetgever de mogelijkheid van aanpassing van het loon van de bewindvoerder op grond van onvoorziene omstandigheden eveneens op de beloning van de executeur van toepassing verklaard (art. 4:144 lid 3 BW). De kantonrechter heeft derhalve twee handvatten (executele en bewind) om wat de (gecombineerde) beloning betreft in te grijpen.

Bij het ontwerpen van de regeling van het loon van de testamentair bewindvoerder had men zoals hiervoor opgemerkt art. 1:447 BW in het achterhoofd.<sup>219</sup> Toch is op aanraden van het notariaat niet meer aangeknoopt bij de vruchten van de onder bewind staande goederen, verminderd met de ten laste daarvan komende uitgaven.

In de parlementaire geschiedenis<sup>220</sup> heeft men dit als volgt toegelicht. Het probleem zou zich immers kunnen voordoen dat de bewindvoerder er belang

217. TM, PG InvW 7, p. 337.

218. B.M.E.M. SCHOLS, L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374.

219. Tweede NvW, 17 141, nr. 9, p. 10.

220. Tweede NvW, 17 141, nr. 9, p. 10.

bij kan hebben (denk aan onroerende zaken) geen onderhoud te laten plegen, omdat dit van invloed kan zijn op zijn honorarium. In de toelichting is ook nog opgemerkt dat, indien onroerende zaken tot het bewindvermogen behoren, niet elk jaar een taxatie moet plaatsvinden. Net als bij de vermogensbelasting kan de waarde van voorgaande jaren worden gehanteerd, zolang zich geen ingrijpende wijzigingen in de waarde van de onroerende zaken hebben voorgedaan.

## 12. Executeursloon en legitimaire massa

De vraag dient nog beantwoord te worden hoe de vergoeding voor de executeur zich verhoudt tot de rechten van legitimarissen. Indien men immers het executeursloon in mindering zou mogen brengen op de legitimaire massa zouden daarmee de rechten van legitimarissen nog meer gefrustreerd kunnen worden. In het rijtje van de *'schulden van de nalatenschap'*, bestaande uit de letters a tot en met i, komen we onder letter c tegen:

'de kosten van vereffening van de nalatenschap met inbegrip van het loon van de vereffenaar.'

en onder letter d:

'de kosten van executele, met inbegrip het loon van de executeur.'

Vervolgens zien we in art. 4:65 BW bij het 'spel met de letters' dat voor de berekening van de legitimaire massa wel rekening gehouden wordt met letter c, maar *niet* met letter d. Dit betekent dat de kosten van executele derhalve niet de hoogte van de vordering van de legitimaris drukt. Onder oud recht werd aangenomen dat de executeur niet hoefde te dulden dat de beloning op zijn legitieme drukt<sup>221</sup>. Onder nieuw recht is art. 4:65 BW helder. De lijn wordt voortgezet. De kosten van executele verminderen de legitimaire massa niet. De 'boedelkosten' kwamen daarentegen onder oud recht wel in mindering op de legitieme.<sup>222</sup>

Van Mourik<sup>223</sup> stelt zich de vraag wat moet worden verstaan onder de kosten van vereffening in de zin van letter c. Is dit alleen de formele vereffening of ook de informele vereffening, bijvoorbeeld de onder omstandigheden 'vrijgestelde' vereffening ingeval de wettelijke verdeling speelt. Hij beantwoordt deze vraag vervolgens bevestigend aangezien zijns inziens niet valt in te zien waarom terzake onderscheid zou moeten worden gemaakt. Tot de kosten van vereffening zou hij ook willen rekenen de kosten verbonden aan de inschake-

221. PITLO-VAN DER BURGHT, p. 264. ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, nr. 219.

222. ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, nr. 219, KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, p. 100.

223. VAN MOURIK, Handboek Erfrecht, Deventer Kluwer 2006, p. 37. Zie ook uitgebreid W.D. KOLKMAN, Schulden der nalatenschap (diss. Groningen), Deventer Kluwer 2006 p. 35-72, alsmede de publicatie van de voor de notariële praktijk zo belangrijke kantonrechtters'-brief' door R. VAN DEN BOS, Vereffeningskosten bevoorrecht boven alle andere schuldeisers van de nalatenschap, WPNR (2006) 6667.

ling van de boedelnotaris, waarbij hij constateert dat ‘partij-notarissen’ geen boedelnotarissen zijn. Ik onderschrijf de visie van Van Mourik, doch zou nog stilliger willen zijn, aangezien de wet alleen maar spreekt van kosten van vereffening en niet van de wettelijke vereffening. Een executeur is immers ook een vereffenaar in materiële zin. Deze constatering roept meteen een nieuwe vraag op. In hoeverre is het executeursloon onder het loon van de vereffenaar te brengen in de zin van letter c. Mijns inziens heeft de wetgever met het opnemen van een aparte categorie voor de kosten van executeur alleen maar de grip willen houden op de hoogte van de beloning van de executeur aangezien deze van regelend recht is en er – afgezien van hierboven behandelde evenredigheidstoets – in beginsel geen maximum aan verbonden is. Het loon van de vereffenaar is daarentegen in zoverre wel begrensd dat dit op grond van art. 4:206 lid 3 BW door de kantonrechter wordt vastgesteld. Indien men aanneemt dat het voor de hoogte van de legitimaire aanspraak in beginsel niet uit mag maken of er vereffend wordt door een executeur-vereffenaar of door een formele vereffenaar, is de stelling dat het gedeelte van het loon van de executeur dat geen liberaliteit van erfflater inhoudt, als loon van de vereffenaar in de zin van letter c gezien mag worden allesbehalve onredelijk. Als objectieve maatstaf zou hier in beginsel als ‘ondergrens’ de forfaitaire 1%-regel (al dan niet met ‘Abweichung’ met een forfaitair percentage) kunnen gelden, de beloning die de wetgever redelijk vindt. Dit is niet vreemd als men zich op het standpunt stelt en zegt dat de legitimaris moet meedragen in de kosten die gemaakt moeten worden om zijn vordering te voldoen. Met de (al dan niet) 1%-regel kan men ‘buitensporige’ executeurbeloningen eenvoudig wenen als passiefpost in de berekening van de legitimaire massa en de regel is door zijn eenvoud in de praktijk goed hanteerbaar.

De kracht van het hanteren van de 1%-regel is de eenvoud. De bewijslast om aan te tonen dat een hogere beloning redelijk is ligt mijns inziens niet bij de legitimaris, maar bij de executeur. Tot bijvoorbeeld ‘1%’ (of een ander forfaitair percentage) ligt de bewijslast bij de legitimaris. Vanzelfsprekend kan dit percentage nog worden verhoogd zoals hierboven aangegeven. Het gaat er maar om dat er een werkbare maatstaf is. Een argument kan ook nog gevonden worden in het feit dat onder nieuw erfrecht een executeurbenoeming geen inferieure verkrijging als bedoeld in art. 4:72 BW oplevert.

### 13. Het loon van de vereffenaar

Naast de vereffening van een nalatenschap door een executeur kan ook vereffening van een nalatenschap door een formele vereffenaar aan de orde zijn. Er bestaat voor de formele vereffenaar geen regeling voor zijn beloning zoals de in art. 4:144 lid 2 opgenomen 1%-regel voor de executeur (al dan niet met een forfaitaire ‘Abweichung’). Art. 4:206 lid 3 BW<sup>224</sup> laat de formele vereffenaar echter niet met lege handen staan en bepaalt:

‘Een door de rechter benoemde vereffenaar heeft recht op loon dat door de kantonrechter voor het opmaken van de uitdelingslijst wordt vastgesteld.’

224. Niet altijd is er een uitdelingslijst. Zie art. 4:221 juncto 218 BW.

Het ligt mijns inziens voor de hand dat ook hier van de '1%-regel' als executeursbeloning een enorme reflexwerking uit zal gaan naar de door de kantonrechter vast te stellen beloning. 'Onbewust' zal de rechter zich laten leiden door de instructienorm van art. 4:144 lid 2 BW. Het vaststellen van een beloning blijft immers anders 'natte vingerwerk.' Wel wijs ik in dit verband ook op art. 4:209 BW waarin bepaald is dat de kantonrechter ook kosteloze vereffening en opheffing van de vereffening kan bevelen. In het laatste geval stelt de kantonrechter ook hier de vereffeningkosten vast. De 'KNB-Kantonrechtsoverheidsrichtlijnen (30 maart 2004)' zeggen over het vaststellen van het loon van de vereffenaar door de kantonrechter hetzelfde als Meijers destijds. Deze<sup>225</sup> merkte in zijn toelichting reeds op dat bij de vaststelling van het loon rekening gehouden kan worden met het belang dat de vereffenaar bij de vereffening heeft. Is de vereffenaar zelf erfgenaam, dan heeft hij veelal voldoende belang bij de vereffening om een beloning misplaatst te achten. Brengt de vereffening echter veel werk mee en wordt dit voor een belangrijk deel ten bate van schuldeisers of mede-erfgenamen verricht dan is een beloning op haar plaats.

#### 14. Overgangsrecht: toch nog 'ontvangsten' en 'uitgaven'?

Wat de oude 'onwerkbare' regeling van belonen van art. 4:1068 betreft, is het volgende van belang.

Via het overgangsrecht zou men – ondanks de specifieke overgangsregeling in art. 133 Ow – op grond van art. 4:46 BW onder omstandigheden mijns inziens nog te rade moeten gaan bij art. 4:1068 lid 2 BW. Indien erflater immers een erfrechtelijk begrip heeft gebruikt onder het oude recht, zoals de 'beloning volgens de wet'<sup>226</sup> en de nalatenschap valt open onder de nieuwe wet, dan dient 'volgens de wet' gelezen te worden als volgens de oude wet. Dit valt mijns inziens niet onder de hoofdregel van art. 133 Ow, omdat in de uiterste wilsbeschikking iets over het loon gezegd is. Art. 133 Ow komt er immers op neer dat als de term 'bezit' door erflater is gebruikt, de nieuwe afdeling 5.6 van toepassing is, *tenzij in de uiterste wil bepalingen zijn opgenomen die van deze afdeling afwijken*. Ook de enkele verwijzing naar de wettelijke beloning is mijns inziens voldoende om te spreken van 'afwijken'.

Men kan de problematiek ook anders benaderen en zeggen een verwijzing naar de wet is in beginsel niet een afwijkende regeling en afdeling 5.6 is wel van toepassing. Daarmee is ook de nieuwe bepaling art. 4:144 lid 2 van toepassing. Door vervolgens naar de bedoeling van erflater te kijken met behulp van art. 4:46 BW: het is de wet ten tijde van het opmaken van de uiterste wilsbeschikking, wordt de hoofdregel: de 1%-regeling opzij gezet, en geldt de uitzondering van art. 4:144 lid 2 BW: tenzij erflater anders heeft bepaald. Ook dan komt men door met art. 4:46 BW in de hand anders te bepalen tot de conclusie dat de oude beloningsregel van toepassing is.

Aangezien men onder oud recht niet echt te spreken was over het systeem van vergoeden volgens de wet, zal deze regeling vanwege maatwerk bijna

225. T-M, p. 359.

226. MvT, 26822, nr. 3, p. 8.

nooit van toepassing zijn. Indien de oude regeling speelt, zal het veelal gaan om een codicil van een 'doe-hetzelfver', die het advies van een notaris niet heeft ingewonnen. Vaak zal er in codicillen ook helemaal niets over het loon opgemerkt zijn. In dat geval komt men ook niet uit bij art. 4:1068 (oud) BW, omdat dan op grond van de hoofdregel van art. 133 Ow de nieuwe regeling van belonen van toepassing is. Vooral in de familiesfeer waar vaak van codicillen gebruik zal zijn gemaakt, werd ook vaak 'verzocht' om geen loon in rekening te brengen, waardoor men in de praktijk<sup>227</sup> ook niet aan toepassing van de beloningsregel zal toekomen. In de mijns inziens sporadische gevallen waarin wel naar de wet is verwezen zal men nog de oude doctrine over art. 4:1068 (oud) BW dienen te raadplegen, met alle onduidelijkheid van dien. Ook dan is overigens de kans groot dat de rechter in voorkomende gevallen bij wijze van reflexwerking zich zal laten leiden door de aldan geldende regel van art. 4:144 BW.

## 15. Resumé

De regeling van het belonen van de executeur moet mijns inziens uitgaan van eenvoud, rechtszekerheid en flexibiliteit.<sup>228</sup>

Op alle drie de punten slaagt het nieuwe art. 4:144 lid 2 BW met vlag en wimpel. De eenvoud spreekt voor zich, zeker als men de regeling afzet tegen de oude beloningsregel van art. 4:1068. De statische benadering bevordert ten opzichte van de dynamische benadering zonder meer de eenvoud. Rechtszekerheid en eenvoud gaan in de regel ook hand in hand. In beginsel is er weinig discussie over de toepassing van de 1%-regel mogelijk, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt, zij het dat ik een kritische kanttekening met betrekking tot het begrip *vermogen* heb gemaakt. Is het in navolging van de Duitse doctrine een bruto-begrip zonder aftrek van passiva?<sup>229</sup> Mijn antwoord luidt: ja.<sup>230</sup>

De flexibiliteit is gewaarborgd omdat er sprake is van regelend recht en erfflater derhalve anders kan beschikken, alsmede door het feit dat de rechter op grond van 'onvoorzienne omstandigheden' altijd het laatste woord heeft. Ook een uitlegprobleem als wat is vermogen kan hierdoor eenvoudig opgelost worden.

Van de 1%-regel als instructienorm (al dan niet met een ophoging met een forfaitair percentage) zal een grote *reflexwerking*, bijvoorbeeld in de vorm van een 'bewijsregel', uitgaan voor de oplossing van het vraagstuk:

227. Vaak staat in de uiterste wilsbeschikkingen: 'Ik verzoek de executeur om geen loon in rekening te brengen' Dit is in beginsel slechts een verzoek, zodat de regeling van de wettelijke beloning blijft gelden. Aan de andere kant klinkt dit vanzelfsprekend wel vriendelijker dan 'ik bepaal (...)'. Zie WPNR (1964) 4831 waarin in een reactie gewezen wordt op het feit dat er via de uitleg toch geen loon verschuldigd zou zijn.

228. ULRICH HAAS en ANDREAS LIEB, *Die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nach § 2221 BGB*, Zerb 2002, 8.

229. Denk ook aan de Belgische '5%-regel' die wordt losgelaten op de bruto-activa van de nalatenschap, waarover in het fiscale gedeelte meer.

230. Anders W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 71 en ASSER-PERRICK 6B, *Erfrecht en Schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 526, p. 119. Het feit dat er discussie is, geeft met name aan dat 'erflater' er goed aan doet om in de uiterste wilsbeschikking een en ander duidelijk te formuleren.

- a. is er sprake van een *vergoedingslegaat* en/of *liberaliteit*, hetgeen fiscaal consequenties met zich kan brengen, van belang is voor 'inkorting', en de vraag wie bij uiterste wil bevoordeeld<sup>231</sup> mag worden;
- b. of een gedeelte van het loon van de executeur in mindering mag worden gebracht op de legitimaire massa; en
- c. welk loon de kantonrechter de formele vereffenaar zal toekennen.

De Duitse tabellen kunnen een inspiratiebron voor Nederlandse notarissen zijn en daarmee voor aspirant-erflaters. Denk aan de gedachte om met degressieve percentages te werken. Naarmate de omvang van de nalatenschap toeneemt, wordt de vergoeding kleiner. Een kleine nalatenschap kan verhoudingsgewijs veel rompslomp met zich brengen. Ook is veel te zeggen voor de gedachte om in de uiterste wilsbeschikking met een bovengrens (en ondergrens) te werken. Bij de beroepsmatige executeur zal veelal gewerkt worden met een beloning op basis van 'uurloon' onder overlegging van een urenspecificatie.

231. Zie W.D. KOLKMAN, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen) Deventer: Kluwer 2006, p.72.

# UITBREIDING VAN DE OPDRACHT; AFWIKKELINGSBEWIND EN TESTAMENTAIRE LAST

In de afgelopen jaren is in een aantal publicaties de opvatting verdedigd dat door het creëren van een synthese van executele en testamentair bewind een nieuwe rechtsfiguur zou kunnen worden geschapen [...]

W.G. Huijgen, WPNR (2004) 6587, p. 617

## A. INLEIDING

Gelet op het erfrechtelijk gesloten stelsel, is de belangstelling voor de testamentaire ‘tenzijtjes’ in de wet toegenomen.<sup>1</sup> Wil men een uitgebreidere invulling aan de quasi-overeenkomst executele geven, dan dient men zijn heil, naast het bepaalde in art. 4:130 BW met name te zoeken in art. 4:171 BW. Daar staan de deuren van het erfrechtelijk gesloten stelsel immers wijd open. Sinds enkele jaren heeft de notariële praktijk<sup>2</sup> dan ook de handen vol aan het zoeken naar de grenzen van het bekleden van de executeur nieuwe stijl met ‘afwikkelingsbewind’. Dit, ons bij de invoering van het nieuwe erfrecht door de wetgever geschonken fenomeen, staat echter pas in de kinderschoenen en roept bij sommige auteurs vele vragen<sup>3</sup> op. Aangezien bij onze Oosterburen aanverwante erfrechtelijke instituten als ‘Testamentsvollstreckung’ en ‘Teilungsanordnung’ niet meer weg te denken zijn, zal ik in dit hoofdstuk wederom een blik over de grens werpen. Specifieke vraagstukken waarop ik wil ingaan zijn:

- a. De rol van de rechter bij minderjarige deelgenoten.
- b. Heeft afwikkelingsbewind een privaat karakter?
- c. De verhouding tussen afwikkelingsbewind en testamentaire last.
- d. Het al dan niet van toepassing zijn van het leerstuk ‘ongeoorloofde delegatie’.

1. Zie bijvoorbeeld art. 4:147 lid 2 en lid 3 BW.
2. Blijkens een door de KNB gedaan onderzoek onder het Nederlandse notariaat wordt in 39% van de ‘langstlevendentestamenten’ (over het eerste halfjaar van 2003) gewerkt met een ‘afwikkelingsbewindvoerder’. Deze enquête is gepubliceerd in het juli/augustusnummer van Notariaat Magazine 2003. Ook van een bank met een grote afdeling estate planning begreep ik dat het lijkt of het notariaat in de estate planningspraktijk massaal overgaat op de ‘quasi-wettelijke verdeling’. Zie in deze ook de enquête in EstateTip Review 2004-36, Den Haag. Boom Juridische uitgevers.
3. Bijvoorbeeld bij W.M. KLEYN, Wat zijn de mogelijkheden voor een afwikkelingsbewindvoerder om zelf te verdelen?, JBN 2003, nr. 24, W.G. HUIJGEN, Verdeling door de executeur-bewindvoerder?, WPNR (2004) 6587 en T.J. MELLEMA-KRANENBURG, Executele en bewind, preadvies KNB (2006), SDU Uitgevers: Den Haag, p. 209



Ook zal op de toepassingsmogelijkheden van afwikkelingsbewind in de notariële praktijk worden ingegaan.

## B. DE WETTELIJKE BASIS

De wettelijke basis voor het 'afwikkelingsbewind' is te vinden in artikel 4:155 lid 4 BW (gemeenschappelijk beheer) en art. 4:171 BW. Vooral dit laatste artikel opent de deur naar de creatie van een bewindvoerder die bij de *verdeling* van de nalatenschap specifieke bevoegdheden krijgt. Erflater heeft ook de mogelijkheid een testamentair bewind in de vorm van een afwikkelingsbewind te kneden als bij hem slechts het oogmerk bestaat een goede afwikkeling van de boedel te bevorderen, aldus de minister in eerste instantie.<sup>4</sup> Later wordt in de parlementaire geschiedenis als voorbeeld van een gemeenschappelijk belang expliciet gesproken van verdeling van een nalatenschap.<sup>5</sup> Klaassen-Luijten-Meijer geeft aan dat van een afwikkelingsbewind gesproken wordt als de erflater een bewind heeft ingesteld waarbij aan de bewindvoerder slechts is opgedragen in het belang van de gezamenlijke rechthebbenden de nalatenschap voor verdeling gereed te maken of zelfs ook nog zelf de verdeling tot stand te brengen.<sup>6</sup> Een toepassing hiervan zou bijvoorbeeld kunnen zijn het afwikkelingsbewind waarbij de bewindvoerder als vertegenwoordiger van de erfgenamen de bevoegdheid krijgt om de nalatenschap te verdelen *als ware* er een wettelijke verdeling. Men zou dit fenomeen kunnen duiden als een *quasi*-wettelijke verdeling. Een andere toepassing zou bijvoorbeeld kunnen zijn het 'meeste-stemmen-gelden-afwikkelingsbewind' of zoals in de Duitse rechtsleer aangeduid de 'Demokratielause'. Termen die voor zich spreken. Op de behoefte in de praktijk aan deze toepassingen zal aan het slot van dit hoofdstuk nader worden ingegaan.

## C. VERZWAARDE EXECUTELE EN LEGITIEME

Zelf zou ik bij het hanteren van en het invulling geven aan de term 'afwikkelingsbewind' de nadruk willen leggen op het ware gezicht van dit type bewind, te weten: 'verzwaring van executele door uitbreiding van de opdracht'. Een executeur is immers in beginsel niet bevoegd om de nalatenschap te verdelen. In de parlementaire geschiedenis leest men tussen de regels door dat de wetgever worstelt met de vraag of en in hoeverre de bevoegdheden van een executeur uitgebreid kunnen worden.<sup>7</sup> Positieve beantwoording van deze vraag zou een nieuwe vraag oproepen hebben, te weten hoe deze uitbreiding zich verhoudt tot de rechten van de legitimarissen. Executele staat immers *niet* op de erfrechtelijke 'zwarte lijst' van art. 4:72 BW, te weten verkrijgingen die door een erfgenaam-legitimaris straffeloos (met behoud van legitieme) verworpen kunnen worden. Het is voor de wetgever het een of het an-

4. Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 66.

5. Tweede NvW, 17 141, nr. 9, p. 8.

6. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 253.

7. Zie bijvoorbeeld Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 66, alsmede MvT, 17 141, nr. 3, p. 62 en MvA, 17 141, nr. 12, p. 55.

der. Of ook een verkrijging belast met executele als inferieure verkrijging aanmerken, of een uitbreiding van de bevoegdheden van de executeur aanmerken als bewind, welke figuur men wel op de 'zwarte lijst' aantreft. Dit laatste is gebeurd. In dit kader hanteert de wetgever het materiële gezichtspunt.<sup>8</sup> Niet de naam van het beestje is relevant; de bevoegdheden van de desbetreffende vertrouwensman bepalen of men voor de regeling van de legitieme portie van doen heeft met een executeur of met een bewindvoerder. Een duidelijk systeem. Mijns inziens had dit echter in zoverre nog duidelijker gekund, door niet te spreken van (afwikkelings)bewind, doch van executele met verdergaande bevoegdheden dan afdeling 4.5.6. Het voordeel van kiezen voor onderbrenging van de 'verzwaarde executeur' bij het leerstuk bewind is echter wel dat de algemene regeling van bewind, gelet op het gesloten stelsel, ook op andere onderdelen automatisch van toepassing is, zoals bijvoorbeeld het einde van het testamentair bewind. Een ander voordeel is dat men het afwikkelingsbewind ook kan gebruiken buiten de 'verzwaring' van de executele. Indien men de afwikkelingsbewindvoerder ook wat de legitieme portie betreft in art. 4:72 BW vrijuit zou laten gaan, zou een erfgenaam-legitimaris zelfs moeten gedogen dat hem goederen toebedeeld zouden worden, die hij niet wenste.<sup>9</sup> Ergens moest een grens getrokken worden waar bij overschrijding hiervan, hij met behoud van legitieme de nalatenschap nog straffeloos kon verwerpen.<sup>10</sup> Deze belangrijke erfrechtelijke streep is getrokken precies tussen afdeling 4.5.6 (executele) en afdeling 4.5.7 (testamentair bewind). Dit doet niet af aan de bedoelingen van erfflater met de testamentaire regeling, het (soepel) afwikkelen van de nalatenschap. 'Afwikkeling' als strekking van een testamentair bewind.

Eerder heb ik aangegeven dat een afwikkelingsbewindvoerder wat betreft de volbrenging van zijn taak een beroep op de legitieme portie sowieso niet hoeft te vrezen.<sup>11</sup> Een beroep op de legitieme betekent in de regel immers het zich distantiëren van de nalatenschap oftewel 'uitboedeling'. Niet over het hoofd mag worden gezien dat door *niet* invoering van art. 4.3.3.8f de nieuwe legitieme wel hele zware averij heeft opgelopen.<sup>12</sup> De bewindvoerder kan in het huidige stelsel altijd zijn *opdracht* uitvoeren, althans wordt door het systeem van verwerping met contantenverklaring, niet gehinderd door legitimarissen. Met de regeling van art. 4.3.3.8f in de hand zou de legitimaris daarentegen door een eenvoudige verklaring aan de bewindvoerder (*zonder* verwer-

8. Vergelijk Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 67.

9. Bij een verdeling weet men niet welke goederen zullen worden toebedeeld, terwijl het bij een legaat gaat om bepaalde goederen en kan een legataris verklaren dat hij het betreffende gelegateerde goed niet aanvaardt. De bewindvoerder vertegenwoordigt ook de deelgenoot-verkrijger, terwijl de legataris niet vertegenwoordigd wordt. Aanvaarding van de nalatenschap houdt ook aanvaarding van het daaraan vastgekleefde bewind in. Dit is bij een legaat niet het geval. Zie MICHAEL SOMMER en KATRIN KERSCHBAUMER in Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2004, 1, 'Echte und überquotale' Teilungsanordnungen.

10. In het Duitse juridisch jargon spreekt men van 'Ausschlagung mit Vorbehalt' en nog treffen-der van 'tactische Ausschlagung'

11. Aan de hand van de 'Joop en Toon-casus' heb ik in de Van Mourikbundel, Deventer: Kluwer 2000, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur, p. 279 trachten aan te tonen dat men onder het nieuwe erfrecht niet meer snel een beroep op de legitieme portie zal doen. Vergeet naast 'halvering' van de verkrijging ook niet de eventuele niet-opeisbaarheid van de legitieme op grond van art. 4:82 BW.

12. MvT 17 141, nr. 3, p. 62.

ping van de nalatenschap) het bewind met betrekking tot de legitieme hebben kunnen beëindigen. In het niet invoeren van art. 4.3.3.8f en de daarmee ‘verplichte’ distantiëring van de nalatenschap door de legitimaris zit, naast de vele andere zwakke plekken van de legitieme, dan ook het geheim van de kracht van de afwikkelingsbewindvoerder. Uit de parlementaire geschiedenis<sup>13</sup> blijkt dat men met het laten vervallen van art. 4.3.3.8f de effectiviteit van afwikkelingsbewind heeft willen vergroten en willen voorkomen dat de opzet van erflater, dat de bewindvoerder de verdeling geheel zelfstandig voorbereidt of tot stand brengt, door de aard van de legitieme, doorkruist wordt.

De tekst van art. 4.3.3.8f luidde als volgt:

‘Een legitimaris kan een door de erflater ingesteld bewind over goederen die hij als zijn legitieme portie ontvangt of die daarop in mindering komen, binnen drie maanden na het overlijden van de erflater *beëindigen* door een verklaring aan de bewindvoerder of, wanneer deze ontbreekt, ter griffie van de rechtbank van het sterfhuis.’ (Curs. BS)

Hierin, althans in de niet invoering hiervan, schuilt de kracht van de Nederlandse executeur-afwikkelingsbewindvoerder en onderscheidt hij zich bijvoorbeeld zelfs van de Duitse Testamentsvollstrecker die, zoals gezien, door zijn aanwezigheid een verkrijging inferieur maakt, § 2306 BGB. En in het Zwitserse recht heet het onder meer: ‘Unbefriedigend ist, dass die Teilung aufgrund eines Teilungsplans des Willensvollstreckers später wieder aufgerollt werden kann.’<sup>14</sup> Maar ‘Haupt-Hindernis in der Erbrechtsordnung in der Schweiz’ blijft het ‘(unflexibelen) Pflichtteil’. Franse en Belgische executeurs hebben te weinig erfrechtelijke kracht om aan de verdelingsvraagstukken toe te komen.

Dat de Nederlandse wetgever juist met het oog op de positie van legitimarissen zo bevreesd was voor uitbreiding van de bevoegdheden van de executeur (die immers in tegenstelling tot afwikkelingsbewind niet een inferieure verkrijging oplevert) blijkt ook uit het feit dat men zich – in tegenstelling tot de regeling van het afwikkelingsbewind – niet zo druk heeft gemaakt over de onbeperkte mogelijkheden om de bevoegdheden van de executeur uit te breiden door hem testamentaire lasten als bedoeld in art. 4:130 lid 2 BW op te leggen.<sup>15</sup> Waarom niet? Deze verplichtingen rusten in beginsel mede op de gezamenlijke erfgenen. Verkrijgingen onder een last worden blijkens art. 4:72 BW sowieso al als inferieur aangemerkt, zij zijn zelfs dubbel inferieur. De testamentaire last kwalificeert immers op grond van art. 4:131 BW ook als een verkrijging onder voorwaarde. Kraan<sup>16</sup> heeft gesteld dat een last die wel op een executeur rust, maar *niet* op de erfgenen, de verkrijging ook niet inferieur kan maken. Op het eerste gezicht lijkt dit juist te zijn, ware het niet

13. MvT 17 141, nr. 3, p. 62.

14. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht* (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 460 en p. 461.

15. Vergelijk W.R. MEIJER, *Teksten en toelichting Nieuw Erfrecht*, Den Haag: SDU uitgevers 2004, p. 118 e.v.

16. C.A. KRAAN, *Boekbespreking Asser-Perrick, Erfrecht en schenking 6B, WPNR* (2005) 6646, p. 972.

dat de uitbreiding van de taken van de executeur met een testamentaire last, indirect ook de bevoegdheden van de executeur uitbreidt. Hij wordt immers geacht alle bevoegdheden te hebben die nodig zijn om de op hem rustende testamentaire last te kunnen nakomen. Deze impliciet toegekende bevoegdheden kunnen mijns inziens als het instellen van een afwikkelingsbewind gezien worden en maken derhalve uit dien hoofde de verkrijging inferieur, ook al rust de last niet op de erfgenamen.

Op de uitbreiding van de bevoegdheden van de executeur door middel van testamentaire lasten zal hierna ingegaan worden.

Zoals gezien dienen wij ons steeds te realiseren dat in het Duitse recht zowel 'Testamentsvollstreckung' als 'Teilungsanordnung' blijkens § 2306 BGB wel als 'Beschwerungen' gezien worden. Echter ook hier geldt dat nu het Pflichtteil in beginsel slechts een geldvordering is, ook niet gevreesd hoeft te worden voor de legitimaris. Het verbaast dan ook niet dat nu Testamentsvollstreckung wel op de lijst van 'Beschwerungen' staat die niet door de legitimaris geduld hoeft te worden, de Duitse wetgever niet wakker ligt van een Testamentsvollstrecker met zeer vergaande bevoegdheden. Aangezien executele sec de verkrijging daarentegen *niet* inferieur maakt heeft onze wetgever wel met argusogen naar uitbreiding van de bevoegdheden van de executeur gekeken.

## **D. DE ROL VAN DE RECHTER BIJ MINDERJARIGE DEELGENOTEN**

### **1. Van gesloten tot 'open' stelsel van testamentair bewind**

Om de rol van de rechter te kunnen bepalen bij een afwikkelingsbewind kan niet ontkomen worden aan een kleine analyse van de totstandkoming van de regeling. Vooraf merk ik op dat waar ik hierna de term open-stelsel van bewind hanteer, het instellen van een bewind als uiterste wilsbeschikking wel degelijk onderworpen blijft aan het gesloten erfrechtelijk stelsel. Bij bestudering van de parlementaire geschiedenis met betrekking tot testamentair bewind, is van groot belang *drie fasen* te onderscheiden: eerst was er de fase Meijers, waarbij uitgegaan werd van het gesloten stelsel van bewind, vervolgens kwam de half-openfase<sup>17</sup> en tot slot de fase van het stelsel dat uiteindelijk ook wet is geworden, het volledig open-stelsel van bewind.<sup>18</sup>

Het moederartikel op basis waarvan het afwikkelingsbewind handen en voeten gegeven kan worden, art. 4:171 BW, is nog gewijzigd in de laatste fase, de invoeringsfase van het wetgevingsproces, en dient derhalve door de bril van het volledig open-stelsel bezien te worden. In een prille fase, derhalve nog voor de invoering, bestond reeds geen twijfel meer over de mogelijkheid tot uitbreiding van de beschikkingsmacht van de bewindvoerder bij Vegter

<sup>17</sup> Parl. Gesch. Boek 3, p. 470

<sup>18</sup> Tweede Nota van Wijziging, 17 141, nr. 9, p. 8

en De Quay.<sup>19</sup> Het verbaast dan ook niet dat deze auteurs ruime aandacht besteedden aan het totstandkomingsproces dat tot dit zeer belangrijke art. 4:171 BW geleid heeft. In de half-openfase had art. 3.6.2.1a weliswaar eveneens ook de inhoud dat:

'de bevoegdheden van de bewindvoerder ruimer of beperkter (kunnen) worden vastgesteld dan uit het in deze titel daaromtrent bepaalde voortvloeit'.

Echter met Vegter en De Quay<sup>20</sup> wil ik uitdrukkelijk wijzen op de (in die half-openfase) in de toelichting door de minister aangebrachte begrenzing. Er moest immers volgens de minister binnen de lijntjes gebleven worden van de aard van het bewind en met *behoud* van de rechten van de rechthebbende.<sup>21</sup> De tekst van art. 4:171 BW is pas later veel concreter geworden. Er wordt niet meer gesproken van '*titel*', maar van 'ruimer (...) dan uit *voorgaande* bepalingen van deze afdeling voortvloeit.' De voorgaande bepalingen handelen met name over de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de bewindvoerder. Een concretisering derhalve. In de toelichting bij art. 4:171 BW wordt gesproken van enige verruiming ten opzichte van art. 3.6.2.1a.<sup>22</sup> Nu kan men mij tegenwerpen dat enige dan wellicht wat zacht uitgedrukt is, maar daar kan tegen ingebracht worden dat dit wel meevalt als men bedenkt dat het tekstueel maar om enkele woordjes gaat. Zou men nog twifelen, het hoge woord was er definitief uit toen door de Commissie Erfrecht van de KNB de vraag werd gesteld of bij uiterste wilsbeschikking bepaald mag worden dat de beschikkingsbevoegdheid uitsluitend aan de bewindvoerder toekomt.<sup>23</sup> Zonder blikken of blozen werd door de minister in de toelichting geantwoord dat erflater kan bepalen dat de bewindvoerder *zonder* medewerking en *zonder* machtiging van de kantonrechter kan *beschikken*.<sup>24</sup> Als voorbeeld van een verplichting werd gegeven de *opdracht* aan de bewindvoerder om de recht-hebbende periodiek uitkeringen uit het bewindsvermogen te doen. In de tijd

19. J.B. VEGTER, Aspecten van bewind in het licht van het nieuwe testamentair bewind, NTBR 1992, 2 en P.P. de QUAY, Het instellen van testamentair bewind, WPNR (1999) 6381..

20. J.B. VEGTER Aspecten van bewind in het licht van het nieuwe testamentair bewind, NTBR 1992, 2, P.P. de QUAY, Het instellen van testamentair bewind, WPNR (1999) 6381. Stel dat Vegter 'ongelijk' zou hebben en er derhalve reden zou zijn om terug in de tijd te gaan dan zijn de navolgende twee bronnen van belang die de minister bepalend vond voor het destijds geldende recht, Parl. Gesch. Vast, p. 540, te weten ASSER-MEIJERS-VAN DER PLOEG, zesde druk (1967), p. 422: 'Ook bij de bevoegdheden en de verplichtingen van de bewindvoerder houde men overigens, [...] in het oog, dat de erflater de vrijheid heeft deze bij de benoeming uit te breiden of in te krompen, al naar hem goeddunkt [...]'; alsmede de dissertatie van VAN DER PLOEG, Testamentair bewind (diss. Leiden), Amsterdam: Bezige Bij 1945, nr. 142, p. 163: 'Uit het doel van het bewind vloeit een beperking tot daden van beheer evenmin voort. Aan de bedoeling van den erflater is een beperking bijna altijd vreemd; de bedoeling van den erflater is dat de bewindvoerder, in wiens beleid de erflater zijn vertrouwen stelde, de goederen onder bewind zal kunnen vervreemden of bezwaren, in het algemeen daarover kan beschikken, wanneer deze dat noodig of nuttig oordeelt. [...] Eveneens pleit de rechtsvergelijking voor een ruime opvatting.' Hof Den Haag bevestigde voor het oude recht deze ruime leer op 1 november 2006, EstateTip Review 2006-42, De 'executeur-testamentair krijgt ook "postuum" een "derde ster" (Hof Den Haag 1 november 2006). "alstoen niet, behoudens en "onverminderd legitimaire aanspraken".' Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

21. Parl. Gesch. Boek 3, p. 540.

22. Tweede Nota van Wijziging, 17 141, nr. 9, p. 17.

23. Rapport Commissie Erfrecht KNB, Het testamentair bewind, mei 1991, p. 13.

24. Tweede Nota van Wijziging, 17 141, nr. 9, p. 17.

van Meijers werd er nog van uit gegaan dat de bewindvoerder medewerking van de rechthebbende dan wel machtiging van de kantonrechter nodig had voor andere daden dan beheersdaden.<sup>25</sup> Hier was geen testamentaire wijziging mogelijk.

In de laatste fase van het wetgevingsproces is derhalve nog een hele belangrijke stap gemaakt naar de 'totale' beschikkingsvrijheid van de bewindvoerder. Van huis uit was het wezen van bewind 'beheer'. Thans kan men bij een nieuwe rechtsfiguur als ontwikkelingsbewind stellen dat er ook een hele zware nadruk ligt op *andere* handelingen dan beheer, denk aan het tot stand brengen van de verdeling van de nalatenschap. In zoverre is het klassieke wezen van bewind niet meer vanzelfsprekend. Deze gedachte past ook beter bij de volledige vrijheid van erflater om aan te geven wat de *strekking* van het bewind zal zijn, bijvoorbeeld verzwaaring van de executele oftewel ontwikkelingsbewind. Het is erflater die de spelregels bepaalt. Door de erflater in art. 4:171 BW geboden mogelijkheid kan onder het huidige erfrecht gesproken worden van een volledig open stelsel van testamentair bewind.<sup>26</sup>

Vegter en De Quay verwijzen overigens in de aangehaalde publicaties als vergelijking ook nog naar de introductie in het NBW van de vruchtgebruiker met volledige vervreemdings- en verteringsbevoegdheid.

Het was Huijgen die zich vervolgens, een jaar na de invoering van het nieuwe erfrecht, afvroeg of het antwoord van de minister op de belangrijke vraag van de Commissie Erfrecht niet 'ingetrokken' was, omdat het betreffende antwoord (stuk nr. 9) in latere kamerstukken<sup>27</sup> (stuk nr. 12) niet meer herhaald werd. Hij zorgde hiermee zacht uitgedrukt voor enige notariële comotie.<sup>28</sup>

25. Parl. Gesch. Boek 3, p. 510.

26. Nogmaals dit neemt niet weg dat er nog steeds sprake is van een erfrechtelijk gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen, echter door de 'tenzij' van art. 4:171 BW wordt dit voor het testamentair ontwikkelingsbewind feitelijk behoorlijk gerelativeerd. Het gesloten stelsel heeft bijvoorbeeld voor het dwingende karakter van het einde van een testamentair bewind weer wel een belangrijke betekenis.

27. MvA 17 141, nr. 12, p. 60. De voorbeelden in stuk 12 waar HUIJGEN zich op baseert in WPNR (2004) 6571 met de mededeling dat de door de minister gegeven voorbeelden slechts *beheers*handelingen zijn, zoals de overeenkomst met de loodgieter om een leiding te repareren (op eigen naam), gaan over een heel andere kwestie. Deze handelen namelijk over de door VEGTER in zijn artikel in NTBR 1992, 2, p. 37 e.v. aangesneden kwestie over in hoeverre een bewindvoerder *op eigen naam* kan handelen. Direct voorafgaand aan de opsomming van de betreffende voorbeelden merkt de minister dan ook op 'Dat een bewindvoerder in eigen naam moet kunnen handelen is een praktischeis, die [...] Vervolgens komt onder meer als voorbeeld hiervan naast de 'loodgieterskwestie', het innen van rente en het herbeleggen in effecten. Er is geen enkel verband met het vraagstuk in hoeverre een erflater de zelfstandige beschikkingsbevoegdheden van een bewindvoerder kan uitbreiden. Vegter heeft namelijk in paragraaf 7 van zijn artikel met het opschrift 'Als vertegenwoordiger of in eigen naam' uitdrukkelijk de vraag gesteld 'in hoeverre het bewind met beheers- en beschikkingsbevoegdheid zich verdraagt met het door de wetgever gehanteerde vertegenwoordigingsbegrip'. In deze context moet men dan ook het antwoord van de minister en de vragen van de kamerleden zien, en zeker niet in de context van het al dan niet zelfstandig kunnen beschikken door de bewindvoerder. De kamerleden hebben slechts de door Vegter op p. 42 van zijn artikel aan de minister gestelde vraag herhaald die er in feite op neerkomt waarom niet gemotiveerd wordt waarom en hoe de nieuwe bewindsfiguur in het systeem van het bestaande recht past. Zoals reeds opgemerkt speelt hierbij het vertegenwoordigings- dan wel 'op eigen naam'-vraagstuk een belangrijke rol.

28. W.G. HUIJGEN, Verdeling door de executeur-bewindvoerder?, WPNR (2004) 6587, p. 621.

‘De hiervoor vermelde kamerstukken zijn de laatst beschikbare bronnen in de parlementaire geschiedenis over deze materie en nergens wordt daar gesproken van de mogelijkheid van zelfstandige verdelingsbevoegdheid voor de bewindvoerder. Het toekennen van een dergelijke bevoegdheid in testamenten onder huidige recht lijkt me dan ook uiterst dubieus.’

Een en ander is voor de praktijk gelukkig met een sisser afgelopen<sup>29</sup> en er bestaat thans op dit gebied zelfs een ‘heersende leer’. Over dit erfrechtelijke ‘happy end’ aan het slot van dit hoofdstuk meer.

## 2. Wie handelt in de zin van art. 1:345 BW?

Alvorens ik specifiek in ga op de vraag of bij een verdeling door een afwikkelingsbewindvoerder voor de rechter een goedkeurende rol is weggelegd, eerst een voorvraag.

Hoe verhoudt de regeling van art. 1:345 lid 1 letter a BW zich tot art. 4:171 BW met betrekking tot beschikkingshandelingen in het algemeen door de testamentair bewindvoerder over het vermogen van de minderjarige dat onder de klem van het testamentair bewind valt? Hierover kan ik kort zijn. Art. 1:345 lid 1 letter a BW is niet van toepassing, omdat het niet de wettelijk vertegenwoordiger is in de zin van deze regeling die handelt, doch de testamentair bewindvoerder die beschikt. En die heeft zijn eigen spelregels waaraan hij zich moet houden, zijnde met name aan hetgeen erflater op grond van art. 4:171 BW testamentair gekneet heeft.<sup>30</sup> In het Duitse recht is overigens ook uitdrukkelijk door het Bundesgerichtshof beslist dat er geen ‘familien-oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in de zin van § 1821 BGB’, het zusje van ons artikel 1:345 BW, nodig is als de Testamentsvollstrecker optreedt. Dit omdat de wettelijk vertegenwoordiger zelf niet aan handelen toekomt.<sup>31</sup> Dezelfde filosofie zien wij derhalve hier terug. In het verlengde hiervan merk ik op dat het Notarieel Juridisch Bureau van de KNB<sup>32</sup> het standpunt inneemt dat art. 1:345 BW ook niet van toepassing is voor de executeur

29. B.M.E.M. SCHOLS, Vier sterren voor de driesterrenexecuteur. De afwikkelingsbewindvoerder kan zelfstandig beschikken op grond van de doctrine, de wet, het testament en zijn zorgplicht, WPNR (2006) 6690.

30. Dit is anders als hij bijvoorbeeld nog de toestemming van de rechthebbende nodig heeft. Deze dient dan verleend te worden door de wettelijke vertegenwoordiger, die op zijn beurt weer machtiging van de kantonrechter nodig heeft op grond van art. 1:345 BW. Hoewel wij het in de basis met elkaar eens lijken te zijn, is mij toch niet duidelijk waarom PERRICK, De boedelnotaris en de bewindvoerder, WPNR (2006) 6672, p. 503 e.v. nog een onderscheid maakt of de ‘achterman’ minderjarig is of niet. Art. 3:183 lid 1 BW spreekt toch van ‘in andere gevallen’ zijnde onder meer andere gevallen dan die waarbij een (testamentair) bewindvoerder als vertegenwoordiger optreedt in de zin van lid 1. Wellicht gaan wij uit van een andere interpretatie van de woorden ‘dan wel’. Over de kwestie ‘Huijgen’ is Perrick in zijn bijdrage overigens zeer stellig: ‘Er kan naar mijn overtuiging geen enkele twijfel bestaan dat een bewindvoerder aan wie de bevoegdheid om de verdeling zelfstandig tot stand te brengen, is toegekend, deze verdeling rechtsgeldig zonder toestemming van de rechthebbende(n) of machtiging van de kantonrechter, tot stand kan brengen.’

31. BGH NJW 1971, 1805, 1807, MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testaments-vollstreckung, Angelbachtal: Zerb 2005, p 199

32. Vraag- en antwoordspel KNB, De meest gestelde vragen over het nieuwe erfrecht, deel 5 (2003), vraag nr. 6.

die handelt op grond van art. 4:147 BW. Ook hier ligt dezelfde gedachte als door het Bundesgerichtshof uitgedragen aan ten grondslag. Het is de executeur die onder omstandigheden bevoegd is de betreffende minderjarige erfgenamen te vertegenwoordigen, waardoor men in beginsel niet meer aan de wettelijk vertegenwoordiger toekomt. Een visie die ik van harte onderschrijf.

### 3. **Zijn er specifieke (vorm)voorschriften voor de verdeling?**

In art. 4:170 BW is een specifiek voorschrift opgenomen voor de rol van de testamentair bewindvoerder bij de verdeling. De regeling komt er op neer dat de bewindvoerder met toestemming van de rechthebbende bevoegd is tot medewerking aan de verdeling. Op grond van art. 4:169 lid 3 BW kan de kantonrechter machtiging verlenen in de plaats van de vereiste toestemming. Anders dan Kleyn suggereert is er gezien de tekst van en toelichting bij art. 4:171 geen enkele twijfel over mogelijk dat dit slechts regelend recht is.<sup>33</sup>

De volgende hindernis die de afwikkelingsbewindvoerder moet nemen is de vraag in hoeverre er vormvoorschriften zijn waarmee bij de verdeling rekening gehouden moet worden. Voor de door erflater in een afwikkelingsbewind belichaamde verdeling geldt anders dan voor erflater bij de ouderlijke boedelverdeling<sup>34</sup>, dat de declaratieve werking van de verdeling toch met enige translatieve saus overgegoten is.<sup>35</sup> Voor de overgang is een levering vereist, aldus art. 3:186 lid 1 BW. Het door de erflater in de vorm van een afwikkelingsbewind gegoten verdelingsplan heeft derhalve in tegenstelling tot de beroemde voorganger, de verdeling op grond van art. '4:1167' geen goederenrechtelijke werking. Geen man over boord, aangezien in het tijdperk van de ouderlijke boedelverdeling de legitieme portie nog goederenrechtelijke werking had. Nu thans de legitieme slechts verbintenisrechtelijk van aard is, kan ook aan verbintenisrechtelijke testamentaire varianten (door executeurs en/of afwikkelingsbewindvoerders) probleemloos uitvoering worden gegeven.

Van hogere orde is het vraagstuk in hoeverre, indien een deelgenoot het *vrije beheer* mist – zoals bijvoorbeeld een minderjarige erfgenaam – de kantonrechter zijn zegje kan doen aan de verdelingstafel op grond van art. 3:183 lid 2 BW. Terug in de tijd. Bij het filosoferen over het instituut afwikkelingsbewind werd door de regering opgemerkt:<sup>36</sup>

'dat het voor haar een punt van overweging vormt, of en in hoeverre de bevoegdheden van de bewindvoerder in het kader van het derde boek uitbreiding behoeven. Een bewindvoerder is volgens de huidige tekst van het ontwerp aan vrij strakke grenzen onderworpen. (...) Daarbij moet volgens de Regering dan

33 KLEYN, JBN 2003, nr. 24 suggereert dat door het enkele feit van instelling van het afwikkelingsbewind de deelgenoten reeds het vrije beheer missen. Het vrije beheer in de zin van art. 3:183 mist men echter alleen door een omstandigheid die buiten de uiterste wil is gelegen en niet op grond van de uiterste wil zelf. Zo ook KRAAN in WPNR (2003) 6544, alsmede VAN MOURIK in WPNR (2004) 6560. Overigens kan – anders dan waarvan Kraan lijkt uit te gaan – ook een beschermingsbewind als bedoeld in Titel 19 Boek 1 slechts op een gedeelte van de goederen van de rechthebbende betrekking hebben.

34 Art. 4.1167 oud BW juncto art. 129 lid 3 Ow.

35. Vergelijk VAN MOURIK, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2006, p. 92.

36 Verslag van het mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 66.



wel rekening worden gehouden met de aanwezigheid van onder de rechtheb- benden ten aanzien van de boedel van minderjarigen, onder curatele gestelden en gefailleerden. De gedachtengang van de Regering ging trouwens niet uit naar een “bewindvoerder, die alles mag”, maar naar een bewindvoerder die bij de uitoefening van zijn taak wel degelijk onder supervisie van de boedelrechter blijft staan.’

Duidelijke taal zou men zo zeggen, ware het niet dat deze intentie is uitge- sproken in een fase (1964-1965) dat het hoge woord er nog lang niet uit was. Hiervoor hebben we gezien dat men pas in 1991 bij de Tweede Nota van Wijzi- ging overgestapt is naar een geheel open stelsel van testamentair bewind, waarbij bepaald kan worden dat de bewindvoerder mag opereren *zonder* machtiging van de rechter. Hoe verhoudt zich dit dan tot de tekst van art. 3:183 BW, waar het toezicht van de kantonrechter bij de verdeling is gere- geld? Ik lees in lid 1:

‘De verdeling kan geschieden op de wijze en in de vorm die partijen goeddunkt (...) dan wel in geval van bewind over hun recht, worden vertegenwoordigd door de bewindvoerder, voorzien van de daartoe vereiste toestemming of machti- ging.’

Sleutelwoorden om onder het rechterlijk toezicht uit te blijven zijn derhalve de woorden: de bewindvoerder, voorzien van de daartoe vereiste toestem- ming of machtiging. De toestemming of machtiging moet wel *‘vereist’* zijn. Het behoeft echter geen betoog meer dat we thans op grond van art. 4:171 BW een afwikkelingsbewindvoerder kennen die kan handelen *zonder* mach- tiging van de rechter. De woorden *‘In andere gevallen’* in lid 2 van art. 3:183 BW brengen vervolgens met zich dat de afwikkelingsbewindvoerder hande- lend in de zin van lid 1 de route naar lid 2 afsluit, het voorschrift over goed- keuring van de verdeling door de kantonrechter.<sup>37</sup> Zo ook Verstappen/Kolk- man in het lijvige Handboek Boedelafwikkeling 2007, p. 266. Overigens geeft ook bestudering van de wijze van totstandkoming van art. 3:183 BW voor de notariële praktijk de gewenste duidelijkheid over het onderhavige vraagstuk. In de fase dat in art. 3:183 lid 1 BW in plaats van ‘voorzien van de daartoe *vereiste* (curs.BS) toestemming of machtiging’ nog stond: *‘voorzien van de in arti- kel 3.6.1.5 bedoelde toestemming of machtiging’*, heette het in de Memorie van Antwoord over de verhouding tussen lid 1 en lid 2.<sup>38</sup>

‘Maar als de bewindvoerder is voorzien van voormelde toestemming of machti- ging, behoort de verdeling zonder de daar thans vereiste notariële akte en goed- keuring te kunnen geschieden, ofschoon de deelgenoot niet in persoon of bij de door hemzelf aangewezen gevolmachtigde aan de verdeling meewerkt.’

Dit zou in beginsel de in te voeren eindtekst zijn geweest, ware het niet dat men bij de zogenoemde ‘stofkamoperatie’<sup>39</sup> heeft besloten van invoering van titel 3.6 af te zien. De tekst is vervolgens aangepast in gemelde zin (vereiste

37. Vergelijk C.A. KRAAN, Verdeling door de bewindvoerder, WPNR (2003) 6544.

38. Parl. Gesch Boek 3, p. 615.

39. NvW, 17 496.

toestemming of machtiging) en wel met de volgende, boekdelen sprekende toelichting:<sup>40</sup>

‘Het betreft hier een voor zich sprekende aanpassing aan de ont koppeling van titel 3.6. Of toestemming of machtiging vereist is, en, zo ja, welke, zal in de nieuwe redactie volgen uit de bepalingen die op het bewind van toepassing zijn.’

Voor het afwikkelingsbewind is de *van toepassing zijnde bepaling* in deze zin art. 4:171 BW, de belichaming van grote openheid in de ‘geslotenheid’ van het erfrecht.

Heeft de rechter dan helemaal geen toezicht meer over het vermogen van een minderjarige in geval van een verkrijging belast met een afwikkelingsbewind? Wel degelijk. De wettelijk vertegenwoordiger heeft blijkens art. 1:345 lid 1 letter c BW voor het aannemen van makingen, waaraan lasten of voorwaarden verbonden zijn machtiging van de kantonrechter nodig. Een voorschrift waar bij mijn weten in de notariële boedelpraktijk – ten onrechte – weinig van terecht komt. Daarnaast dient een wettelijk vertegenwoordiger die namens de minderjarige een beroep doet op de legitieme onder omstandigheden, blijkens art. 4:63 lid 3 BW, de nalatenschap te verwerpen met voorbehoud legitieme. Ook hier komt dan de kantonrechter weer in beeld, en wel via art. 4:193 BW. De minderjarige legitimaris zal met een beroep op de legitieme – gezien het nieuwe systeem van distantiëring, ‘halvering’, en eventuele niet-opeisbaarheid<sup>41</sup> – overigens veelal geen plezier gedaan worden. Voorts kan het zo zijn dat erfflater wel een afwikkelingsbewind heeft ingesteld over het vermogen van de minderjarige, doch geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om op grond van art. 4:171 BW de bewindvoerder te verlossen van de beperkingen op grond van art. 4:170 leden 2 en 3 BW. In dat geval is er vanzelfsprekend wel weer sprake van een vereiste toestemming of machtiging. Wat controle in het algemeen betreft, zal ook een afwikkelingsbewindvoerder rekening en verantwoording<sup>42</sup> aan de rechthebbenden dienen af te leggen.

Een hele andere route die men zou kunnen bewandelen is de wellicht ondeugende visie dat art. 3:183 BW alleen ziet op de *zuivere* contractuele verdeling. Een leer die men met een soepel juridisch gemoed zou kunnen baseren op de woorden in lid 1 van art. 3:183 BW: ‘*partijen goeddunkt*’, alsmede op de door de Hoge Raad ontwikkelde ‘Van der Kammen-doctrine’.<sup>43</sup> Een beslissing van een bemoeierige kantonrechter – die de werking van een ouderlijke boedelverdeling afhankelijk van zijn goedkeuring wilde maken – werd door de Hoge Raad terzijde geschoven met de mededeling:

40. Parl. Gesch. Boek 3, p. 1296.

41. Art. 4:82 BW.

42. Des te concreter het door erfflater ontworpen afwikkelingsdraaiboek is, des te ‘eenvoudiger’ is de rekening en verantwoording voor de afwikkelingsbewindvoerder. Het is dan een kwestie van ‘afvinken’. Overigens is het wel zo dat als de afwikkelingsbewindvoerder door erfflater juist veel beleidsvrijheid is gelaten, de toetsing van de rekening en verantwoording ook slechts marginaal kan geschieden, rekening houdend met de aan de bewindvoerder verleende grote beleidsvrijheid.

43. HR 9 september 1988, NJ 1989, 239.

'Aldus is ten aanzien van de erfgenamen de boedelscheiding voltooid in dier voege dat voor een door hen tot stand te brengen boedelscheiding geen plaats meer is en het geval van art. 1117 tweede lid in verbinding met art. 1120 (lees: 3:183) zich niet voordoet.'

De A-G had al een mooie voorzet gegeven:

'Juist het contractuele element rechtvaardigt naar mijn mening de eis van een notariële akte in dat artikel, welk element in de obv zelf, alsook in de *afwikkeling* daarvan ontbreekt.' (Curs. BS)

Ik realiseer me dat nu de afwikkelingsbewindvoerder als vertegenwoordiger optreedt van de erfgenamen, dit aan de ene kant het contractuele aspect van de verdeling instand laat, maar dit laat onverlet het feit dat er non-contractuele aspecten aan de bevoegdheid van de afwikkelingsbewindvoerder kleven. Het feit dat deze regeling gebaseerd is op de wil van erflater, en ook niet te vergeten dat door de werking van art. 4:171 BW de erfgenamen nagenoeg monddood gemaakt kunnen worden, zouden aanleiding kunnen zijn om op zijn minst te spreken van een *semi-non* contractuele verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder. Bij een afwikkelingsbewind is het immers erflater die spreekt, zij het bij monde van de bewindvoerder. Er geldt niet wat *'partijen goeddunkt'*.

Dit semi-non contractuele karakter geldt al helemaal als erflater met testamentaire *lasten* werkt om de verdeling op een bepaalde wijze tot stand te brengen. In dat geval zou het mijns inziens zonder meer gerechtvaardigd zijn om te spreken van non-contractuele verdeling en kan het woordje 'semi' desgewenst vervallen.

Dat het vereiste van goedkeuring op grond van art. 3:183 lid 2 BW ondanks de aanwezigheid van minderjarigen niet altijd even vanzelfsprekend is, blijkt overigens uit een arrest van Hof Amsterdam over de verhouding tussen art. 3:185 en 3:183 BW.<sup>44</sup> Overigens ook al wordt de verdeling door een afwikkelingsbewindvoerder als een zuivere contractuele verdeling gezien, waarop art. 3:183 BW zonder meer van toepassing is, dan biedt art. 3:183 lid 1 BW, zoals gezien, de mogelijkheid<sup>45</sup> om art. 3:183 lid 2 BW uit te schakelen, aangezien een afwikkelingsbewindvoerder slechts opereert binnen lid 1 van art. 3:183 BW. Door de werking van art. 4:171 BW kan de kantonrechter ook wat de vereiste machtiging betreft buiten spel gezet worden.

#### 4. Testamentsvollstrecker en Vormundgericht

Hoe is het op het punt van de verdeling en de rol van de rechter gesteld met de Testamentsvollstrecker, de Duitse collega van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder? Op grond van § 2204 BGB 'bewirkt' de Testamentsvollstrecker de verdeling en stelt een 'Teilungsplan' op.

44. Zie hierover H.A. BOSMAN, De rechter verdeelt/t, WPNR (2002) 6484.

45. De regeling omtrent de vertegenwoordiging door de bewindvoerder in de zin van lid 1, die de vormvoorschriften van lid 2 van art. 3:183 BW opzij zet, gold overigens niet onder het oude recht van voor 1992 en is vrij geruisloos ingevoerd, Parl. Gesch. Boek 3, p. 614.

Op grond van § 1822 BGB heeft de Duitse ‘voogd’ de goedkeuring van de rechter nodig om mee te werken aan de contractuele verdeling. Geldt dit goedkeuringsvereiste ook voor de Testamentsvollstrecker die het door hem opgestelde Teilungsplan ‘vollstreckt’? Neen.<sup>46</sup>

‘Sind unter den Miterben minderjährige Erben, welcher unter elterlicher Sorge oder Vormundschaft stehen, oder unter Betreuung stehende Erben, ist keine Genehmigung des Vormundsgerichts (Familiengerichts) zum Plan erforderlich, weil nur ein Plan und kein Erbteilungsvertrag vorliegt.’

De achterliggende gedachte is dat nu het de Testaments-vollstrecker is die handelt als uitvoerder van de uiterste wil, het contractuele aspect van de zijde van de erfgenamen ontbreekt. Oftewel omdat:

‘der Testamentsvollstrecker nur den Willen des Erblassers vollstreckt.’

De wil van erflater inhoudende de benoeming van een Testamentsvollstrecker die de bevoegdheid heeft om zonder medewerking van de erfgenamen de verdeling te bewerkstelligen, stelt de rechter voor een voldongen feit. Ook al is de wijze waarop verdeeld dient te worden niet in de uiterste wil opgenomen<sup>47</sup>, dit beperkt de Testaments-vollstrecker niet in de ‘Vollstreckung’ van de non-contractuele ‘Teilung’, waarover hierna meer.

Blijkens § 1822 (2) BGB komt de rechter pas weer in beeld ‘zur Ausschlagung einer Erbschaft’. Nu het Duitse recht (als hoofdregel) ook een verbintenisrechtelijke legitieme kent, kan men zich in beginsel slechts van de Testamentsvollstreckung bevrijden door de nalatenschap te verwerpen.

De rol van de Duitse rechter bij de verdeling door de Testamentsvollstrecker van het vermogen van iemand die het vrije beheer mist komt dan ook aardig overeen met de rol van de Nederlandse rechter in geval van een afwikkelingsbewind. Het afwikkelingsbewind ‘overruled’ de kantonrechter. Verzet door de minderjarige legitimaris is in beginsel alleen mogelijk door verwerping met contantenverklaring.

## 5. De kantonrechter te Zwolle en de afwikkelingsbewindvoerder

Hoe denkt de kantonrechter op de werkvloer hierover? Ziet hij in deze voor zichzelf nog een goedkeurende rol als bedoeld in art. 3:183 lid 2 weggelegd? De Kantonrechter te Zwolle mocht op 7 juli 2003, NJ Kort 2003, 82 als eerste oordelen over een confrontatie tussen een executeur-afwikkelingsbewindvoerder en iemand die het vrije beheer miste, te weten een curandus. Niet onvermeld mag blijven dat de kantonrechter zich in zijn beschikking bedient van de term *‘driesterren-executeur’*.<sup>48</sup> Het is goed te zien dat ook de ‘boedel-

46. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 442.

47. DAMRAU, Der Minderjährige im Erbrecht, Angelbachtal: Zerb Verlag 2002, p. 57.

48. B.M.E.M. SCHOLS, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur (Van Mourikbundel) Deventer: Kluwer 2000 p. 279. De begrafenisexecuteur kreeg één ster\*, de beheersexecuteur twee sterren\*\* en de afwikkelingsbewindvoerder drie sterren\*\*\*.

rechter' zich het notariële vakjargon eigen maakt. In het onderhavige geval was in het testament van erflater onder meer neergelegd dat de bewindvoerder (een notaris!) bevoegd is een verdeling van de nalatenschap tot stand te brengen. De kantonrechter geeft een mooi exposé over de positie van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder:

'De kantonrechter neemt tot uitgangspunt dat een "driesterren-executeur" als de notaris in dit geval is, binnen de grenzen van het testament de vrije hand behoort te hebben bij het tot stand brengen van de verdeling, (...). Naar het oordeel van de kantonrechter brengt de aanwijzing van de notaris tot executeur in voormelde zin mee, dat de executeur geen voorafgaande toestemming van de erven voor de door hem verkozen verdeling behoeft.'

Duidelijke taal. Maar dan komt het:

'Nu de wetgever echter de verplichting van wettelijke vertegenwoordigers heeft gehandhaafd om verdelingen achteraf te laten toetsen door de kantonrechter van hun woonplaats, kan de kantonrechter zich voorstellen dat het voor de bij de verdeling betrokkenen van belang kan zijn te weten dat deze kantonrechter niet achteraf roet in het eten gooit. Omdat de voorgestelde wijze van verdeling overeenkomstig de wens van erflater moet worden geacht en de belangen van de curandus zich daartegen niet verzetten, worden de verzochte machtigingen als bedoeld sub b. en c. daarom verleend. Dit laat onverlet dat de curator de uiteindelijke akte van verdeling met inachtneming van het voorgaande nog ter goedkeuring dient voor te leggen aan de kantonrechter te Zwolle.'

De kantonrechter had overigens vooraf al opgemerkt:

'Ingevolge art. 3:183 lid 2 BW zal de curator een door de executeur-afwikkelingsbewindvoerder tot stand gebrachte verdeling (bij notariële akte) moeten laten goedkeuren door de kantonrechter van de woonplaats van de curator.'

Wat nu?<sup>49</sup>

De kantonrechter ziet mijns inziens de toepasselijkheid van art. 3:183 lid 1 BW over het hoofd, welk artikel zoals gezien lid 2 van art. 3:183 BW uitschakelt. Daarnaast is opmerkelijk dat de kantonrechter spreekt van goedkeuring *achteraf*. Goedkeuring in de zin van art. 3:183 lid 2 BW is in de notariële praktijk een aangelegenheid die zich in beginsel vooraf afspeelt en niet achteraf. In de toelichting<sup>50</sup> bij lid 2 is aangegeven: 'In de praktijk pleegt de goedkeuring van de kantonrechter op de concept-akte te worden gevraagd'(...) en 'waar de huidige praktijk bevredigend werkt, verdient het bij nader inzien de voorkeur op dit punt geen vernieuwing aan te brengen.'

49. De kantonrechter Zwolle heeft op 13 januari 2006, Notafax 2006, 22 een uitspraak met dezelfde strekking gedaan. Zie over de uitspraak van 7 juli 2003, NJ Kort 2003, 82 ook de interessante beschouwingen van E.A.A. LUIJTEN en W.R. MEIJER in Nieuw Erfrecht 2004, nr. 2. Zie in het verlengde van de onderhavige problematiek over de samenloop van Boek 1 en Boek 4 BW in het licht van testamentair bewind het arrest van Hof Leeuwarden van 28 februari 2007, LJN AZ9682, Tijdschrift Erfrecht 2007 nr. 2, geannoteerd door E.A.A. LUIJTEN en W.R. MEIJER.

50. Parl. Gesch. Boek 3, p. 1296.

Voorts voelt men de aarzeling van de kantonrechter. Hij hinkt op twee gedachten. Aan de ene kant wordt de afwikkelingsbewindvoerder met alle egards behandeld en wordt erkend dat de afwikkelingsbewindvoerder zonder medewerking van de erfgenamen een verdeling tot stand kan brengen, terwijl aan de andere kant geworsteld wordt met het voorschrift van art. 3:183 lid 2 BW. De ruimte om deze bepaling van toepassing te laten zijn, wordt blijkbaar gevonden in de gedachtegang dat de nieuwe erfrechtwetgever de taak van de rechter op het gebied van de verdeling niet gewijzigd heeft.

Hier wordt mijns inziens over het hoofd gezien dat de wijziging op grond van het nieuwe erfrecht niet zit in art. 3:183 lid 2 BW, doch in art. 4:171 BW in combinatie met art. 3:183 lid 1 BW. Er kunnen bewindvoerders worden gecreëerd die kunnen handelen zonder machtiging van de kantonrechter. Wellicht durfde de kantonrechter in de incubatiefase van het nieuwe erfrecht de grote stap om de afwikkelingsbewindvoerder volledig de vrije hand te geven, nog niet aan. Het heeft tenslotte ook meer dan dertig<sup>51</sup> jaar geduurd tot de Hoge Raad in het Erven Van der Kammen-arrest<sup>52</sup> orakelde dat de ouderlijke boedelverdeling als non-contractueel instituut niet onderworpen was aan de goedkeuring van de kantonrechter.

Voor de praktijk is met betrekking tot de onderhavige kwestie van belang dat men zich realiseert dat naarmate de uiterste wil voor de afwikkelingsbewindvoerder de route van verdeling aangeeft of anders gezegd ten aanzien van de wijze van verdeling van de nalatenschap concreter en verplichtender<sup>53</sup> wordt – waarover hierna meer – de kans groter is dat de kantonrechter geen ruimte meer ziet voor de toepassing van art. 3:183 lid 2 BW. Dit geldt des te meer als de betreffende verdeling inhoudelijk overeenkomt met de maatschappelijk zo gewenste wettelijke verdeling. Deze hoeft tenslotte ook niet door de kantonrechter goedgekeurd te worden. Voorts merk ik op dat ook niet uit het oog verloren dient te worden wat de strekking van art. 3:183 lid 2 BW is, te weten bescherming van de curandus tegen het overwicht van de overige deelgenoten en het handelen van zijn curator. Dit is een goede zaak. Bescherming tegen de daden van erflater, te weten de instelling van een afwikkelingsbewind, wordt daarentegen gevonden in art. 1:345 lid 1 letter c BW. Indien de afwikkelingsbewindvoerder deze poort gepasseerd is, heeft de curandus of minderjarige mijns inziens geen andere positie dan de andere deelgenoten die ook aan de door erflater in het leven geroepen afwikkelingsbewindvoerder 'overgeleverd' zijn.

## **E. PRIVATIEVE WERKING AFWIKKELINGSBEWIND**

Het door de afwikkelingsbewindvoerder te voeren beheer is in beginsel privaat. Dit verschilt niet van het door de executeur gevoerd beheer, zij het dat blijkens art. 4:166 BW de rechthebbende naast de bewindvoerder bevoegd blijft tot handelingen dienende tot gewoon onderhoud van de goederen die

51. In 1958 (preadvies B.C.N.) liet E.A.A. LUIJTEN, de geestelijk vader van de ouderlijke boedelverdeling, deze langstlevenderegeling het levenslicht zien

52 HR 9 september 1989, NJ 1989, 239.

53 Denk aan testamentaire lasten.

hij in gebruik heeft en tot handelingen die geen uitstel kunnen lijden. Dit nuanceverschil laat zich verklaren vanuit de gedachte dat bewind in de regel van een langere duur is dan executele. Overigens kan niet vaak genoeg opgemerkt worden dat een bepaling als art. 4:166 BW door de werking van art. 4:171 BW slechts van regelend recht is, zodat de facto eenvoudig een synthese tussen de bevoegdheden van de executeur en de afwikkelingsbewindvoerder te creëren is.<sup>54</sup> Zeker nu als hiervoor gezien een van de grondstoffen van executele 'bewind' is. Bij executele zien we dat de wetgever in art. 4:145 BW dit private karakter ook doortrekt naar beschikkingshandelingen. Is er een executeur benoemd dan worden de erfgenamen in beginsel beschikkingsonbevoegd met betrekking tot de goederen van de nalatenschap. Deze regel vinden we niet met zoveel woorden terug bij de grote broer van de executeur, de afwikkelingsbewindvoerder.

Dat men de afwikkelingsbewindvoerder de volledige beschikkingsmacht over de goederen van de nalatenschap kan geven op grond van art. 4:171 BW is duidelijk, maar impliceert dit ook de beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen? Niet zonder meer. Art. 4:167 lid 2 BW leert dat indien het bewind is ingesteld in een gemeenschappelijk belang dat dan de rechthebbende *slechts onder voorbehoud van het bewind* bevoegd is tot andere handelingen dan beheer.

De erfgenamen blijven derhalve beschikkingsbevoegd, zij het onder de klem van het bewind. De nieuwe rechthebbende wordt door het feit dat het verkregen goed belast is met bewind in ieder geval het beheer over het betreffende goed ontnomen. Ook deze nieuwe rechthebbende kan op zijn beurt het goed slechts vervreemden onder de last van bewind. En op grond van art. 4:175 lid 2 BW kunnen goederen die onder last van bewind zijn overgegaan zelfs nog voor bepaalde schulden worden uitgewonnen. Ook al blijven de erfgenamen beschikkingsbevoegd, feitelijk bestaat er derhalve wel degelijk een behoorlijke inbreuk op hun beschikkingsmacht.

De vraag komt op in hoeverre art. 4:171 BW erflater ook toestaat expliciet in de beschikkingsbevoegdheid van de erfgenamen verandering te brengen. Hierin wordt slechts gesproken van het ruimer vaststellen van de bevoegdheid van de *bewindvoerder*. Is het uitbreiden van de bevoegdheid van de bewindvoerder het beperken van de bevoegdheid van de erfgenamen? Onder de vigeur van titel 3.6 werd in artikel 3.6.1.4b geleerd:

'Een bewind beperkt de bevoegdheid van de rechthebbende om over de onder bewind staande goederen te beschikken (...) slechts voor zover dit uit de wettelijke regels betreffende dit bewind voortvloeit.'

Klaassen-Luijten-Meijer<sup>55</sup> is ook de mening toegedaan dat men alleen de bevoegdheden van de bewindvoerder kan wijzigen en niet die van de rechthebbende. Raadplegen we echter de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis dan blijkt in 1991 bij de grote doorbraak naar een volledig open stelsel (fase 3), uitdrukkelijk door de wetgever megedeeld te zijn dat de bevoegdheden zo gewijzigd kunnen worden dat *uitsluitend* de bewindvoerder

54. B.M.E.M. SCHOLS, *L'exécuteur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!* WPNR (1999) 6374.

55. KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 274.

bevoegd is <sup>56</sup> Dit is in zoverre niet onlogisch aangezien een uitbreiding van bevoegdheden van de een op enig moment ook ten koste van de bevoegdheden van de ander zal moeten gaan

Dit is overigens voor de notariële praktijk slechts een theoretische discussie omdat een afwikkelingsbewindvoerder, nagenoeg altijd in combinatie met executele zal voorkomen Iedere afwikkelingsbewindvoerder zal tevens door erfflater met de titel executeur getooid worden Voor de erfgenamen is op grond van art 4 145 BW de beschikkingsonbevoegdheid dan een feit Deze beschikkingsonbevoegdheid geldt ook in de interne verhouding tussen de erfgenamen, zodat men gedurende het bestaan van de executele ook onbevoegd is om tot verdeling over te gaan <sup>57</sup> Kortom, met een synthese tussen executele en bewind bereikt men sowieso al het gewenste effect, private werking Beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen is gewenst omdat een afwikkelingsbewindvoerder er niet van gecharmeerd zal zijn dat achter zijn rug tot een andere verdeling gekomen wordt

Voor de Testamentsvollstrecker, die als grondvorm de Abwicklungsvollstreckung heeft en voor wie vanuit ons rechtstelsel bekeken de synthese tussen executele en afwikkelingsbewind derhalve ook de iure een feit is, geldt § 2211 BGB

‘Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen’

In het licht van deze bepaling merkt Zimmermann<sup>58</sup> op

‘Selbst wenn alle Miterben unter sich eine andere Auseinandersetzung vereinbaren, ist der Testamentsvollstrecker nicht daran gebunden’

Terug naar de afwikkelingsbewindvoerder Bij Klaassen-Luijten-Meijer<sup>59</sup> bespeur ik verzet tegen de ‘synthese’ executeur-afwikkelingsbewindvoerder, hetgeen ik niet kan plaatsen nu men nota bene in dezelfde paragraaf opmerkt dat de taak van de beoogde executeur door erfflater uitgebreid kan worden door een afwikkelingsbewind in te stellen en de beoogde executeur tot bewindvoerder te benoemen

De door mij voorgestelde<sup>60</sup> synthese is overigens slechts van feitelijke aard In juridische zin zal er altijd een scheiding tussen executele (afdeling 4 5 6) en bewind (4 5 7) blijven bestaan De executeur-afwikkelingsbewindvoerder blijft zich derhalve in twee rechtssferen bevinden

56 Tweede Nota van Wijziging, 17 141, nr 9, p 17 Zie ook J B VEGTER, Aspecten van bewind in het licht van het nieuwe testamentair bewind, NTBR 1992, 2 Hij gaat uit van een rechthebbende die de beheers- en beschikkingbevoegdheden integraal mist, als deze bevoegdheden aan de bewindvoerder zijn opgedragen

57 Zo ook PERRICK, Gemeenschap, schuldeisers en verdeling (diss Nijmegen), 1986, p 142

58 WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin Erich Schmidt Verlag 2003, p 455

59 KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer Kluwer 2002, p 239

60 B M E M SCHOLS, L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374



Wat de privatieve werking betreft van bewind en de kneedbaarheid wijs ik op de benadering van Perrick, waaruit mijns inziens eveneens afgeleid zou kunnen worden dat er genoeg ruimte is voor maatwerk en derhalve voor een synthese:<sup>61</sup>

‘Degene die het bewind instelt, kan van het in het algemeen juiste in art. 4:155 lid 4 neergelegde vermoeden afwijken. Hij kan besluiten het beheer niet aan de deelgenoten te ontnemen en bepalen dat de deelgenoten niet bevoegd zijn onder voorbehoud van bewind over hun aandelen te beschikken.’

De vrije erfrechtelijke beheersruimte zou immers dankbaar door de executor gebruikt kunnen worden.

## F. DE ‘TEILUNGSANORDNUNG’, § 2048 BGB

### 1. Teilungsplan, § 2204 BGB

Gezien het feit dat de basis van Testamentsvollstreckung *Abwicklungsvollstreckung* is, en de Duitse erfflater een ‘*Teilungsanordnung*’ kan maken, ontkomt men bij het trachten te doorgronden van ons nieuwe afwikkelingsbewind er niet aan, ook stil te staan bij deze rechtsfiguren. Dit niet in de laatste plaats omdat de ontwerpers van het nieuwe erfrecht, met name Meijers, zoals in de inleiding reeds aangestipt behoorlijk hebben opengestaan voor hetgeen zich in het ‘BGB’ afspeelde. Een van de taken van de Testamentsvollstrecker is ‘Hilfweise’<sup>62</sup> de verdeling van de nalatenschap volgens het wettelijk systeem te ‘bewirken’, § 2204 BGB (1). In welk artikel, in lid 2, tevens voorgeschreven wordt dat hij over de door hem op te stellen ‘concept-verdeling’, het Teilungsplan, de erfgenamen voor de uitvoering hiervan dient te ‘hören’. Thans merk ik reeds op dat het voorschrift van § 2204 BGB (2), al dan niet gemodificeerd, niet zou misstaan in modelspelregels voor een afwikkelingsbewindvoerder die zelfstandig de verdeling tot stand kan brengen op grond van art. 4:171 BW. Ik denk daarbij aan gevallen waarin nog enige vorm van inspraak gewenst is. Dit voorkomt teleurstellingen achteraf. Indien de afwikkelingsbewindvoerder immers alle erfgenamen voor de voorgenomen verdeling raadpleegt kan nog zoveel mogelijk met hun wensen rekening gehouden worden. Let wel: bij Zimmermann<sup>63</sup> wordt over de vraag of de erfgenamen het met het opgestelde ‘Teilungsplan’ eens moeten zijn, opgemerkt:

‘Eine Genehmigung des Plans durch die Erben ist nicht erforderlich.’

61 PERRICK, Beschikken over goederen onder voorbehoud van bewind, WPNR (2006) 6626. Hij wijst ook op het volgende: ‘De regel dat een rechthebbende slechts bevoegd is onder voorbehoud van bewind over zijn aandeel te beschikken, geldt ook in het geval dat alle deelgenoten over hun aandelen in een onder bewind staand goed beschikken.’

62 WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2003, p. 441.

63. WALTER ZIMMERMANN, Die Testamentsvollstreckung, Berlin. Erich Schmidt Verlag 2003, p. 455 en wel met de vermelding ‘unstreitig’.

Men mag zijn zegje doen, maar de Testamentsvollstrecker is er niet aan gebonden

Overigens wijst Kraan<sup>64</sup> erop dat de passerend notaris op grond van art 43 Notariswet reeds de verplichting heeft om alle deelgenoten op de hoogte te stellen van de inhoud van de verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder Dit doet echter niet af aan de mogelijkheid van dwangvertegenwoordiging door de afwikkelingsbewindvoerder Mijns inziens is in gevallen van 'dwangvertegenwoordiging' de betekenis van onwillige 'partijen' tijdig van de inhoud van de akte kennis te laten nemen in de zin art 43 Notariswet, niet erg groot Daarnaast is de voorziening afwikkelingsbewind door erflater vaak juist ook opgenomen met het oog op onvindbare deelgenoten Art 43 Notariswet is, behoudens een inspanningsverplichting, in dat geval een 'dode' letter

In geval van gemelde § 2204 BGB is de wet het richtsnoer voor de spelregels voor de verdeling Veel spectaculairder is de mogelijkheid die erflater heeft om zelf de verdeling vast te stellen, de zogeheten 'Teilungsanordnung', § 2048 BGB De door erflater vastgestelde regeling heeft in beginsel voorrang op de spelregels volgens de wet<sup>65</sup>

## 2. Nach den billigen Ermessen eines Dritten en het gesloten stelsel

Gezien de importantie van de regeling § 2048 BGB voluit

- 1 Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen
- 2 Er kann insbesondere anordnen, dass die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll
- 3 Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist, die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil

Erflater kan blijkbaar niet alleen zelf invulling geven aan de verdeling, maar ook de verdeling aan *een derde* overlaten De vraag die meteen opkomt is of een dergelijke Teilungsanordnung ook naar ons huidige erfrecht mogelijk is Het antwoord hierop vinden we in art 4 42 BW, waar het 'gesloten stelsel' van uiterste wilsbeschikkingen is neergelegd Alleen wat in de wet de sticker 'uiterste wilsbeschikking' krijgt, behoort tot de mogelijkheden Het overlaten van de verdeling aan *een derde* behoort niet tot de mogelijkheden, zou de gedachte kunnen zijn Een echter, op het eerste gezicht, niet in het stelsel passende uiterste wilsbeschikking dient zo veel mogelijk geconverteerd te worden in een binnen het stelsel passende beschikking De aanzuigende werking van het erfrechtelijk gesloten stelsel brengt dat met zich Dit biedt perspectieven Als ik 'een derde' vervang door testamentair (afwikkelings)bewindvoerder, wordt volledig voldaan aan de eisen van het gesloten systeem En hiervoor hebben we gezien dat we op grond van art 4 171 BW een afwikke-

64 C A KRAAN, Verdeling door de bewindvoerder, WPNR (2003) 6544

65 BENGEL/REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, München C H Beck 2001, p 176

lingsbewind op maat kunnen snijden. Voorts is aan de orde gekomen dat op grond van het door de wetgever gehuldigde materiële gezichtspunt de naam van het beestje sowieso niet relevant is. Bovendien mag niet onvermeld blijven dat in het Duitse recht de Testamentsvollstrecker<sup>66</sup> vaak als derde geroepen wordt, het spiegelbeeld derhalve. Sterker nog. Er wordt wel eens geleerd dat 'mit der Berufung eines Dritten auch seine Ernennung zum Testamentsvollstrecker gemeint kann sein'.<sup>67</sup> Al met al komt het erop neer dat de gedachte van de Duitse Teilungsanordnung, § 2048 BGB, in art. 4:171 BW gevlochten zou kunnen worden, zelfs met enige goede wil nog achteraf door middel van conversie.<sup>68</sup> Waarschijnlijk is de goede wil nog niet eens nodig, omdat wij van doen hebben met een conversieplicht. Overigens werkt de Teilungsanordnung evenals de verdeling door erfflater belichaamd in het afwikkelingsbewind 'nur schuldrechtlich'<sup>69</sup> oftewel slechts verbintenisrechtelijk. Er dienen nog leveringsvoorschriften in acht genomen te worden. Dit in tegenstelling tot de ouderlijke boedelverdeling, die ook goederenrechtelijk effect had. Echter daar waar een verbintenisrechtelijk klimaat heerst voor legitimatiseren is zoals reeds opgemerkt minder behoefte aan testamentaire regelingen met een goederenrechtelijk effect. Dit wat betreft de 'zuivere' Teilungsanordnung. Een andere variant is de Teilungsanordnung die ter versterking van de nakoming – naast de versterking met Testamentsvollstreckung – ook wordt opgetuigd met een zogeheten *Auflage*.<sup>70</sup>

### 3. 'Auflage en testamentaire last'

Een Auflage is te vergelijken met onze testamentaire last. Een testamentaire last kenmerkt zich door het feit dat deze aan erfgenamen of legatarissen verplichtingen oplegt, van welke verplichtingen men eerst zal moeten vaststellen dat er geen sprake is van een legaat, art. 4:130 BW. Er is sprake van een legaat als tegenover de verplichting ook een vorderingsrecht staat. Oftewel voor het Duitse recht:

'Bei der Auflage steht der Pflicht des Beschwerten kein Rechtsanspruch eventueller Begünstigten der Auflage gegenüber.'<sup>71</sup>

Deze materie is geregeld in § 1940 BGB. Terug naar de Teilungsanordnung.

Een Teilungsanordnung is een erfrechtelijk instituut sui generis, maar kan tevens een testamentaire last zijn.<sup>72</sup> In het Duitse recht kan derhalve de last worden opgelegd de nalatenschap op een bepaalde wijze te verdelen. Is dit ook in ons rechtsstelsel mogelijk? Dit vraagstuk is in de parlementaire ge-

66. Dit heeft te maken met de goederenrechtelijke kracht die de regeling de facto hierdoor krijgt, waarover hierna meer. De Testamentsvollstrecker/derde kan zelfs mede-erfgenaam zijn. CHRISTOPH ANN, *Die Erbengemeinschaft*, Köln: Heymanns 2001, p. 293.

67. Zij het 'unter Beschränkung seiner Aufgaben', § 2208 BGB, STAUDINGER/WERNER 2002, p. 672.

68. Het Duitse recht spreekt van 'Umdeutung', § 140 BGB

69. PALANDT/EDENHOFER, § 2048 BGB, München: C.H. Beck 2006, p. 2217.

70. NIEDER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: C.H. Beck 2000, p. 650.

71. GROLL, *Erbrechtsberatung*, Köln: Otto Schmidt 2001, p. 322.

72. NIEDER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: C.H. Beck 2000, p. 647.

schiedenis uitdrukkelijk aan de orde gekomen. Aan de minister werd woordelijk de volgende belangrijke vraag gesteld:<sup>73</sup> Mag de erflater aan erfgenamen de last opleggen om de nalatenschap op een bepaalde wijze te verdelen? De minister antwoordt kort en krachtig:

‘Daartegen bestaat uit een oogpunt van het ontwerp inderdaad geen enkel bezwaar.’

De bewindsman vindt wel de intentie waarmee dit gebeurt van groot belang. Hij vervolgt immers met:

‘Maar de erflater zal dan wel bedoelen dat hij aan iedere erfgenaam individueel de verplichting oplegt jegens alle anderen om met hen op een bepaalde wijze te verdelen. In dat geval zijn die anderen immers bepaalde personen die op nakoming van die verplichting aanspraak kunnen maken, zodat zij een vordering tot nakoming kunnen instellen. Ook zou de erflater hetzelfde resultaat kunnen bereiken door het maken van legaten van goederen tegen inbreng van de waarde, wat naar geldend recht niet ongebruikelijk is en in het ontwerp ook jegens legatarissen kan.’

Hieruit blijkt dat er in beginsel geen beperking is gesteld aan het in ons rechtsstelsel creëren van een ‘Teilungsanordnung mit Auflage’. Men zal – gezien het vervolgantwoord van de minister – wel het onderscheid legaat versus last<sup>74</sup> goed in de gaten moeten houden. Wil men werken met een last dan is dit een kwestie van goed formuleren en de erfgenamen expliciet ieder vorderingsrecht onthouden in de zin van art. 4:117 BW, opdat art. 4:130 BW van toepassing is. In het Duitse recht is de grens van Teilungsanordnung en Vorausmachtis (legaat bij vooruitmaking) niet altijd even duidelijk en komt het eveneens op goed formuleren aan.<sup>75</sup> Blijkens art. 4:130 lid 2 BW kan een last ook worden opgelegd aan een executeur.<sup>76</sup> Deze last rust dan in beginsel ook op de gezamenlijke erfgenamen. De wet biedt de mogelijkheid om uitdrukkelijk te bepalen dat de last *met* op de erfgenamen rust. De mogelijkheid van vervallenverklaring in de zin van art. 4:131 BW is hierop dan niet van toepassing. Is er in dat geval geen enkele sanctie op niet nakoming van de last? Wel degelijk. Art. 4:149 lid 2 BW voorziet in een ontslag van de executeur wegens gewichtige redenen.<sup>77</sup> Lasten moet hij immers nakomen uit de kracht van de aanvaarding van de hem opgedragen taak.<sup>78</sup> De executeur mag immers geen erfrechtelijke wanprestatie plegen en dient de quasi-overeenkomst na te komen.

De vraag die opkomt is in hoeverre art 4:130 lid 2 BW, de mogelijkheid om een executeur te belasten met een last, ook van toepassing zou kunnen zijn op

73 Parl Gesch Boek 4, p 734

74 Zie FWJM SCHOLS, Handboek Erfrecht, Deventer Kluwer 2006, p 147

75 NIEDER, Handbuch der Testamentsgestaltung, München C H Beck 2000, p 652, geeft aan dat ‘der Notar’ woorden dient te gebruiken als ‘im Wege des Vorausmachtnisses d h ohne Anrechnung auf den Erbteil’ of im Wege der blossen (reinen) Teilungsanordnung, d h in Anrechnung auf den Erbteil

76 Zo ook de Minister blijkens Parl Gesch Boek 4, p 734

77 Parl Gesch Boek 4, p 734 en p 780

78 Parl Gesch Boek 4, p 780

de afwikkelingsbewindvoerder. Het enkele feit dat de strekking van afwikkelingsbewind slechts het verzwaren van een executele is, is mijns inziens reeds voldoende grond om art. 4:130 lid 2 BW analoog toe te passen op de afwikkelingsbewindvoerder. Daarnaast wordt in de parlementaire geschiedenis door de wetgever verschillende keren gesproken van opdrachten aan de bewindvoerder. Dit zijn in feite in het bewind geïncorporeerde lasten.<sup>79</sup> Voorts geeft ook art. 4:171 BW de mogelijkheid tot het wijzigen van de verplichtingen van de bewindvoerder. In de praktijk zal echter zoals eerder opgemerkt de instelling van een afwikkelingsbewind altijd gecombineerd worden met een executeurbenoeming, zodat dit grotendeels een dogmatische kwestie zal blijven.

#### 4. 'Dinglich volziehen'

Een testamentaire last tot verdeling scheidt, zowel naar Duits als naar Nederlands recht slechts *verbintenisrechtelijke* verplichtingen. Er zal nog een uitvoeringshandeling, een levering dienen plaats te vinden. Ook hebben we gezien dat zowel tegenover de last als de Auflage geen 'Rechtsanspruch' staat. Zijn er desondanks voor erflater mogelijkheden om te waarborgen dat de betreffende verplichtingen nagekomen worden? In het Duitse recht wordt erop gewezen dat een Testamentsvollstrecker een streepje voor heeft op het slechts verbintenisrechtelijk werkend oordeel van een willekeurige derde, aangezien de Testamentsvollstrecker het 'Teilungsplan' ook 'dinglich vollziehen'<sup>80</sup> kan.<sup>81</sup> Dit wordt gebaseerd op § 2203 BGB:

'Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen.'

Aangezien de Testamentsvollstrecker op straffe van 'Pflichtverletzung' verplicht is de last uit te voeren, wordt zijn benoeming in deze als 'die stärkste Waffe des Erblassers'<sup>82</sup> gezien.

Heeft onze executeur – omen est nomen – ook de mogelijkheid om aan de laatste wil van erflater eenzelfde goederenrechtelijk effect<sup>83</sup> te verbinden? Hetzelfde sterke wapen vinden we in art. 4:130 BW lid 2 juncto 4:144 BW. Een executeur kan bekleed worden met een testamentaire last en het is de taak van de executeur om deze lasten uit te voeren. De kracht van het wapen van de aan een testamentaire last 'gekoppelde' executeur is ook in de parlementaire geschiedenis aan de orde geweest. Blijkbaar is de minister zonder meer van mening dat de frase in art. 4:144 lid 1 BW 'onverminderd de testamentaire lasten die de erflater aan de executeur mocht hebben opgelegd' vol-

79. Zie bijvoorbeeld Tweede Nota van Wijziging, nr. 9, p. 17. De verplichting tot het periodiek doen van uitkeringen uit het bewindsvermogen.

80. CRISTOPH ANN, *Die Erbengemeinschaft*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2001, p. 293.

81. Zie over het feit dat de 'Selbsteintritt-problematiek', als de Testamentsvollstrecker tevens erfgenaam is, geen enkel probleem hoeft te zijn, B.M.E.M. SCHOLS, *Het 'legatum per vindicationem'* in de gedaante van executeur-testamentair als 'Vermachtisvollstrecker', WPNR (2001) 6436. Dit geldt niet alleen voor een legaat maar ook voor een 'Teilungsplan', BEN-GEL/REIMANN, *Handbuch der Testamentsvollstreckung*, München: C.H. Beck 2001, p. 179.

82. GRÖLL, *Erbrechtsberatung*, Köln: Otto Schmidt 2001, p. 332.

83. Althans de facto, omdat hij de erfgenamen 'tegen hun wil in' kan vertegenwoordigen.

doende tot uitdrukking brengt, dat aan de executeur alle bevoegdheden toe-  
komen welke hij tot volvoeren van de last behoeft.<sup>84</sup> Naar Nederlands recht  
kan dus bij de verzekering van de uitvoering van lasten door erflater volstaan  
worden met de benoeming van een executeur. Een afwikkelingsbewindvoer-  
der is derhalve op het gebied van de executie van erflaters wil, bijvoorbeeld  
ten aanzien van de verdeling van de nalatenschap geen 'must'. Maar er is in  
het verlengde hiervan meer. De wettekst van art. 4:147 lid 1 BW is 'verkeerd'  
afgedrukt in het Staatsblad. Aan het slot van lid 1 over de bevoegdheid van de  
executeur om goederen van de nalatenschap te gelde te maken, moet na  
schulden van de nalatenschap ook gelezen worden 'en de nakoming der hem  
opgelegde lasten'.<sup>85</sup> Ook hier komt derhalve de testamentaire last in beeld.

## 5. 'Reine Teilungsanordnung' of 'mit Auflage'

In het Duitse recht kennen we – zoals hiervoor reeds gezien – naast de zui-  
vere<sup>86</sup> Teilungsanordnung, waarbij de nadruk ligt op het feit dat een derde  
de bevoegdheid heeft om op een bepaalde manier te verdelen, ook de Teil-  
ungsanordnung die verplichtend werkt en die derhalve het karakter heeft  
van een 'Auflage'.<sup>87</sup> Deze tweedeling zouden we ook als basis kunnen nemen  
voor een antwoord op de vraag: wanneer dient door erflater voor een afwik-  
kelingsbewind gekozen te worden om grip te houden op de verdeling van de  
nalatenschap en wanneer is de rechtsfiguur testamentaire last gekoppeld aan  
de executeur voor erflater de aangewezen regeling? Bij het instellen van een  
testamentaire afwikkelingsbewind wordt dan meer de nadruk op de uitbrei-  
ding van de *bevoegdheden* van een executeur gelegd, terwijl bij het opleggen  
van een testamentaire last aan een executeur, de nadruk gelegd wordt op het  
uitbreiden van zijn *verplichtingen*. Vanzelfsprekend is ook een combinatie van  
beide rechtsfiguren afwikkelingsbewind en testamentaire lasten mogelijk.  
En zoals hiervoor gezien brengt het opleggen van verplichtingen met zich  
dat men ook over de bijbehorende bevoegdheden beschikt om zonder in-  
menging van de erfgenamen gevolg te kunnen geven aan de verplichtingen.  
We moeten ons dus laten leiden door de idee die erflater ten aanzien van de  
afwikkeling van de nalatenschap heeft. Heeft hij heel concrete ideeën over de  
afwikkeling van zijn nalatenschap dan zullen we eerder geneigd zijn de ver-  
plichtingen (en daarmee indirect de bevoegdheden) van de executeur uit te  
breiden met testamentaire lasten. Is de opdracht tot afwikkeling van de nala-  
tenschap zo abstract dat de enige richtsnoer bijvoorbeeld is dat de afwikke-  
ling niet door 'ruzietjes' en 'principes' geblokkeerd wordt en derhalve soepel  
dient te verlopen dan ligt de nadruk veel meer op de uitbreiding van de be-  
voegdheden van de executeur. Hiervoor is dan de verzwaring van de execute-  
le door een afwikkelingsbewind de aangewezen route. In dit laatste geval  
staat dan het handelen naar eigen inzicht van de executeur-afwikkelingsbe-  
windvoerder voorop. Ook hier geldt als zo vaak in het recht dat een glas half

84. MvA I, 3771, nr. 133, p. 60.

85. Men leze over deze omissie de noot bij art. 4:147 lid 1, Stb. 2002, 430, of B.M E. M. SCHOLS,  
T&C Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, art. 4:147, aantek. 5, p. 188.

86. NIEDER, Handbuch der Testamentsgestaltung, München: C.H. Beck 2000, p. 650.

87. STAUDINGER/WERNER 2002, p. 671.

vol of half leeg is, aangezien men een afwikkelingsbewindvoerder vanzelfsprekend ook aanwijzingen kan meegeven.

Uitdrukkelijk merk ik op dat ook een beheersexecuteur in de zin van art. 4:144 wiens bevoegdheden met testamentaire lasten buiten de wettelijke opdracht van afdeling 4.5.6 worden uitgebreid, een inferieure verkrijging<sup>88</sup> kan opleveren, zelfs al drukken de testamentaire lasten niet op de erfgenamen als bedoeld in art. 4:130. Van Mourik is streng en komt in WPNR (2004) 6560, Verdeling door de executeur, tot de conclusie dat aan een executeur niet de last kan worden opgelegd de nalatenschap te verdelen zoals hem goeddunkt. De mogelijkheid van het toekennen van dezelfde bevoegdheid aan de *afwikkelingsbewindvoerder* aanvaardt hij daarentegen zonder twijfel. Van Mourik komt tot de eerste conclusie omdat hij terecht als vertrekpunt neemt dat de legitimarissen tegen de executeur beschermd dienen te worden als deze buiten afdeling 4.5.6 treedt. Deze bescherming zou men echter op twee manieren kunnen realiseren: door aan te nemen dat men de bevoegdheden van de executeur zonder meer niet kan uitbreiden buiten de wettelijk opdracht. Of door aan te nemen dat dit wel zou kunnen, maar dat in dat geval de verkrijging van de erfgenamen als inferieur aangemerkt wordt, ook al rust de testamentaire last niet op hun schouders, maar slechts op de executeur. Hoe? De uitbreiding van de op art. 4:145 lid 2 gebaseerde bevoegdheid van de executeur om de erfgenamen 'tegen hun zin' te vertegenwoordigen bij de tot zijn taak behorende nakoming van de betreffende testamentaire last, confronteert de erfgenamen wel degelijk met de verplichtingen uit de last, ook al rust de last niet rechtstreeks op hun schouders. Ook zou men kunnen betogen dat de goederen zijn verkregen onder een last. Deze 'indirecte' confrontaties rechtvaardigen het aanmerken van de verkrijging als inferieur. In deze benadering wordt net als in het uitgangspunt van Van Mourik bereikt dat de positie van de executeur ten opzichte van de legitimaris duidelijk is. De legitimaris kan straffeloos verwerpen als rustte de testamentaire last wel degelijk op zijn schouders. De regeling van de legitieme beïnvloedt de keuze voor een afwikkelingsbewind of een testamentaire last dan ook niet. Nog directer is de redenering dat het opleggen van een testamentaire last het instellen van een afwikkelingsbewind impliceert.

Kortom: Ook voor het Nederlandse recht zijn er twee varianten 'Teilungsanordnung' met als doel de afwikkeling van de nalatenschap soepel te laten verlopen, (a) de verplichtende variant en (b) de bevoegdheidsvariant:

- a. Erfflater heeft een hele concrete voorstelling van de afwikkeling van zijn nalatenschap en breidt de *verplichtingen* van de executeur uit met een *testamentaire last* (de 'lastenexecuteur'); of
- b. Erfflater heeft slechts een heel abstracte voorstelling van de afwikkeling van zijn nalatenschap en breidt de bevoegdheden van de executeur uit met een *afwikkelingsbewind* (de executeur-afwikkelingsbewindvoerder).

Voor de vereffening van de gemiddelde nalatenschap zal de (door erflater gegeven) wettelijke opdracht van beheer en vereffening aan de executeur vaak volstaan. Wenst erflater echter ook dat de betreffende executeur tevens invloed heeft op de verdeling van de nalatenschap, dan dient de afweging tussen testamentaire last en afwikkelingsbewind (dan wel een combinatie van

88. Zie ook Parl. Gesch. Boek 4, p. 734.

beide) gemaakt te worden. Overigens doet deze afweging mij denken aan het onderscheid tussen het handelen op grond van een geïsoleerde 'volmacht' en het handelen op grond van de (overeenkomst van)<sup>89</sup> 'lastgeving'. Bij een volmacht staat de bevoegdheid tot handelen voorop, terwijl bij de lastgeving de verplichting tot handelen voorop staat.

## 6. Onzijdig persoon

Een met de afwikkelingsbewindvoerder zeer verwante persoon voor wie onder omstandigheden een belangrijke taak bij verdelingen weggelegd is, is de onzijdig persoon van art. 3:181 BW. Het is derhalve bij het invulling geven aan de bevoegdheid van de afwikkelingsbewindvoerder bij de verdeling, niet onverstandig ook even bij deze functie stil te staan, een functie die in de rechtspraak mijns inziens niet altijd op de juiste waarde wordt geschat. De onzijdig persoon vertegenwoordigt bij de verdeling de deelgenoten en behartigt daarbij hun belangen '*naar eigen beste inzicht*'. Het inzicht van de vertegenwoordigende doet er bij deze 'dwangvertegenwoordiging' derhalve niet toe.<sup>90</sup>

De verwantschap met bewind gaat zelfs zover, dat hij tot aan de afgifte aan de rechthebbende van het toegedeeld goed ook daadwerkelijk het bewind voert, zij het op de voet van art. 1:410 BW.<sup>91</sup> Overigens is er nog een concreter verband te leggen tussen enerzijds executele/afwikkelingsbewind en anderzijds executele/onzijdig persoon. Zoals bekend heeft de zuivere beheersexecuteur geen bevoegdheden met betrekking tot de verdeling. Verdelen is in beginsel een aangelegenheid van de erfgenamen. Na voldoening van de schulden van de nalatenschap geeft de executeur immers de 'overgebleven goederen' af aan de erfgenamen. Op grond van art. 4:150 lid 4 juncto 4:226 lid 2 BW mag de executeur onder omstandigheden wel de aftrap geven voor de verdeling:

'Zijn de erfgenamen die zich tot de inontvangstneming bereid tonen, slechts tot een deel van de nalatenschap gerechtigd, dan draagt de executeur *zorg* dat de nalatenschap eerst wordt *verdeeld*'. (Curs. BS).

Dit speelt indien niet alle erfgenamen bekend zijn of niet allen bereid zijn de goederen in ontvangst te nemen. De vraag komt meteen op wat in dit verband '*zorgdragen*' is. Zorgdragen in het recht brengt niet met zich dat men de betreffende handeling zelf verricht. Wellicht ontbreken de middelen of de bevoegdheden om het zelf te doen. Men zorgt alleen dat het gebeurt. Men denke hierbij aan art. 1:336 BW over de taak van de voogd.<sup>92</sup> Indien een executeur niet bekleed is met een afwikkelingsbewind en hem derhalve de bevoegdheden om de nalatenschap te verdelen ontbreken, wat houdt voor hem

89. Vergelijk ASSER-VAN DER GRINTEN 2-I, De vertegenwoordiging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, nr. 28.

90. VAN MOURIK, Gemeenschap, Deventer: Kluwer 2006, nr. 59.

91. De onzijdig persoon die handelt valt – in tegenstelling tot de bewindvoerder – niet onder lid 1 van art. 3:183 BW, doch onder lid 2, Parl. Gesch. Boek 3, p. 614

92. Zie R.A. DOZY 2005, (T&C BW) 1:336, aantek. 2. Met dank aan prof. mr. A.J.M. NUY-TINCK.



dit zorgdragen dan concreet in? Raadpleging van de parlementaire geschiedenis<sup>93</sup> geeft de oplossing.

De minister:

'Veelal zal een erfgenaam die tot de ontvangstneming bereid is, het initiatief nemen tot een verdeling en anders kan en moet de executeur<sup>94</sup> dit doen. De artikelen 3.7.1.9 lid 1 van het ontwerp en 3.7.1.10 (lees: art. 3:178 en 3:181) geven de weg aan. Erfgenamen die onbekend zijn of stilzitten worden bij de verdeling door een onzijdig persoon vertegenwoordigd, maar in casu blijft het hun toebedeelde bij de executeur, die het aan de Staat afdraagt, evenals hij met de overgebleven goederen in zijn geheel zou hebben te doen in de gevallen van lid 1, tweede zin.<sup>95</sup>

De aangegeven weg is derhalve de benoeming van een onzijdig persoon.<sup>96</sup> Is echter door erflater een afwikkelingsbewind ingesteld dat op grond van art. 4:171 voorziet in een vergaande vertegenwoordigingsbevoegdheid bij de verdeling komt men aan de route van de onzijdig persoon niet meer toe. In zoverre zijn afwikkelingsbewindvoerder en het instituut van de onzijdig persoon communicerende vaten.

## G. GEOORLOOFDE OF ONGEOORLOOFDE DELEGATIE?

Executele, afwikkelingsbewind en het leerstuk van ongeoorloofde delegatie worden nog al eens met elkaar in verband gebracht. Dit is niet altijd even terecht. Want vaak gaat het bij deze rechtsfiguren slechts om de *nakoming* van de wil van erflater en niet om de invulling van de inhoud van zijn uiterste wil.<sup>97</sup> Net als het Duitse 'Höchstpersönlichkeitsgebot' van § 2064 en 2065 BGB vinden we in art. 4:42 lid 3 BW de regel dat een uiterste wilsbeschikking alleen door erflater *persoonlijk* kan worden gemaakt. Veel meer vindt men in de wet over het leerstuk ongeoorloofde delegatie niet.<sup>98</sup> Dit persoonlijke karakter heeft twee aspecten. Een formeel aspect: het maken van uiterste wil door middel van een gevolmachtigde is niet toegelaten. En een materieel aspect: erflater bepaalt zelf de inhoud van de uiterste wil en is zelf daarvoor verantwoordelijk.

Ten aanzien van de *erfstelling* is er überhaupt geen speelruimte<sup>99</sup> voor een derde om de inhoud van de erfstelling te bepalen, en derhalve ook niet voor

93. MvA II, 3771, nr. 6, p. 143.

94. Op grond van art. 4:150 lid 4 dient voor vereffenaar executeur gelezen te worden.

95. Er wordt voor het oude recht verwezen naar HR 2 juni 1961, NJ 1961, 410.

96. Wat de vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft door de onzijdig persoon mag HR 22 januari 1931, NJ 1931, 382, niet uit het oog verloren worden. De onzijdig persoon kan rechtens voor de achterman geen andere verplichtingen aanvaarden dan die voortvloeien uit de hoedanigheid van mede-eigenaar.

97. Zie W.M. KLEYN, In hoeverre kan een testateur ten aanzien van de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen delegeren aan derden? WPNR (1969) 5047.

98. Zie over de duidelijkheden en onduidelijkheden die op dit terrein nog bestaan ook het verslag van A. ROOKMAKER, De grenzen van delegatie van erfrechtelijke bevoegdheden, KWEP, september 2003.

99. Zie MvA 3771, nr. 6, p. 78.

een executeur of bewindvoerder. F. Schols wijst op het feit dat men wat de erfstelling betreft ook nog een delegatieverbod zou kunnen lezen in de in art. 4:115 BW opgenomen woorden 'daarbij aangewezen personen'.<sup>100</sup>

Op het ogenblik van overlijden moet de erfgenaam vaststaan.

Ten aanzien van een *legaat* is er enige speelruimte voor delegatie, aangezien de minister in de parlementaire geschiedenis heeft opgemerkt dat ondanks het persoonlijke karakter van de uiterste wil, wel de mogelijkheid blijft bestaan dat de erflater in zijn uiterste wil een *derde* aanwijst die zal bepalen wie van verscheidene door de erflater *genoemde* personen het legaat zal genieten.

De grens is gelegen in het verbod van willekeur.<sup>101</sup>

Let wel: de kring van voor het legaat in aanmerking komende personen is door erflater en niet door de derde bepaald. Vanzelfsprekend zou deze als derde betitelde persoon de executeur of bewindvoerder kunnen zijn. Nageenog onbeperkte mogelijkheden om zijn uiterste wil te delegeren zijn gelegen in de *testamentaire last*. De ondergrens om nog te kunnen spreken van testamentaire last is slechts dat het moet gaan om een door erflater opgelegde '*verplichting*'. Hoe concreet omschreven dient deze verplichting te zijn? Op dit gebied bestaat zeer ruimhartige jurisprudentie. Zo werd door de Hoge Raad<sup>102</sup> toegelaten de last het krachtens erfrecht verkregen bedrag uit te keren binnen zes maanden na het overlijden aan weldadige instellingen, waarbij de verkrijger de *keus* had welke instellingen een bedrag zouden krijgen en welk bedrag. De Hoge Raad was al eens eerder zo ver gegaan toen toegelaten werd de delegatie in de vorm van een last inhoudende dat de verkrijger een bepaald bedrag moest besteden voor die personen, inrichtingen of stichtingen die naar *het oordeel van* de verkrijgers daarvoor in aanmerking kwamen.<sup>103</sup> Wat betreft de inhoud van de last zijn er zo goed als geen beperkingen. Dit is ook niet zo vreemd als men bedenkt dat tegenover de last geen vorderingsrecht staat. Wel blijft nog de vraag aan welke personen erflater zijn wil kan delegeren. Kan iedereen, iedere willekeurige derde, oordelen of keuzes uitbrengen? Neen. Een last kan blijkens art. 4:130 lid 1 BW slechts opgelegd worden aan erfgenamen en legatarissen. Er is echter meer. In het tweede lid van art. 4:130 BW komen de leerstukken executele en delegatie bij elkaar. Er kan niet zomaar een last opgelegd worden aan een willekeurige derde, doch slechts aan een persoon met de titel 'executeur'. De aanwijzing van een derde zou onder omstandigheden – zoals hiervoor gezien – ook geconverteerd kunnen worden in een executeurbenoeming. De enige taak van deze executeur zou dan alleen het uitvoeren van de betreffende last zijn.

Het scharnierpunt voor de oplossing van het vraagstuk van de binnen de grenzen van ons gesloten stelsel maximaal toegelaten delegatie is mijns inziens te vinden in art. 4:130 lid 2 BW. Met betrekking tot het invullen van de inhoud van de in de uiterste wil opgenomen verplichting door *een derde*, is derhalve een belangrijke rol weggelegd voor de *executeur*.

100. FW.J.M. SCHOLS, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 115.

101. Zie hierover FW.J.M. SCHOLS, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 115. In de terminologie van VAN MOURIK, Nieuw Erfrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 95 zou men in de plaats van 'het verbod van willekeur' kunnen spreken van het 'voldoende bepaalbaarheidsvereiste'.

102. HR 2 maart 1966, BNB 1966, 106.

103. HR 30-9-1925, PW 12040.

Afwikkelingsbewind en delegatie raken elkaar in zoverre niet, dat de waarde van de verkrijgingen wordt bepaald op grond van de uiterste wil. De afwikkelingsbewindvoerder bepaalt niet wie erfgenaam is en niet de omvang van het erfdeel. Hij wikkelst blijkens art. 4:172 BW als vertegenwoordiger van de erfgenamen slechts de nalatenschap af en verdeelt de nalatenschap met inachtneming van de gerechtigdheid tot de nalatenschap die door erfflater in zijn uiterste wil is vastgesteld. Men zou de bevoegdheid van de afwikkelingsbewindvoerder weer kunnen vergelijken met een onherroepelijke volmacht van erfflater aan een derde. Deze volmacht werkt op grond van art. 3:74 BW in beginsel na overlijden door en heeft ook geen invloed op de vaststelling van de erfgenamen en de erfdelen. Op grond van art. 3:77 BW worden de erfgenamen wel door de handeling van de vertegenwoordiger gebonden als had erfflater de rechtshandeling zelf verricht. Geen delegatieproblemen derhalve.

Ik merk voorts op dat ook bij een Teilungsanordnung op grond van § 2048 BGB het slechts gaat om de *verdeling* van de nalatenschap en niet om de vaststelling van de erfgenamen en de erfdelen. Oftewel de zuivere Teilungsanordnung is niet 'wertverschiebend'.<sup>104</sup> Nog anders gezegd:<sup>105</sup>

'der Wille des Erblassers darf jedoch allein auf die Durchführung der feststehenden Erbfolgeregelung, nicht auf darüber hinausgehende Zuwendungen gerichtet sein'.

Voor het Duitse recht leert Nikola Halding-Hoppenheit in haar dissertatie met de sprekende titel 'Verbot der Drittbestimmung im Erbrecht' dat § 2048 BGB, waarin erfflater wordt toegestaan de verdeling aan een derde over te laten, een regel is:<sup>106</sup> 'welche zwar die Enstschaltung eines Dritten in einem bestimmten Fall gestattet, diesem aber nicht direkt die Bestimmung des Bedachten oder des Zuwendungsgegenstandes überlässt'.<sup>107</sup> Niet onvermeld mag blijven de ruimte die ook in het Duitse recht gegeven wordt aan de testamentaire last, de 'Auflage'.

104. NIEDER, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2000, München: C.H. Beck, p. 648.

105. LANGE/KUCHINKE, Erbrecht, München: C.H. Beck 2001, p. 1151.

106. NIKOLA HALDING-HOPPENHEIT, Verbot der Drittbestimmung im Erbrecht (diss. Freiburg), Köln: Eul Verlag 2003, p. 84.

107. VAN MOURIK, Nieuw Erfrecht, Deventer: Kluwer 2004, nr. 81.1 vindt van belang dat de erfflater zelf in zijn testament nadere instructies geeft omtrent de wijze van verdeling. Dit is bij een quasi-wettelijke verdeling het geval. De Zwitsers hebben het overigens niet zo staan op delegatie aan de Willensvollstrecker, terwijl ze de 'Grundsatz der Höchstpersönlichkeit' aan het Duitse recht (§ 2064 BGB) ontleen. RENÉ JUCHLER, Anfang und Ende der Willensvollstreckung (diss. Zurich) 1999, p. 44, drukt het als volgt uit. 'Die heutige Lehre und Rechtsprechung halt diesen Grundsatz nunmehr für unbestritten, obwohl er explizit nicht im Gesetz enthalten ist.' HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien 2000, p. 303 is eveneens streng: 'Der Erblasser darf in der letztwilligen Verfügung nicht anordnen, dass der Willensvollstrecker die Teilung nach eigenem Gutdunken durchführen könne. Ein derartig weit gefasstes Ermessen verstösst gegen die materielle Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung und macht eine entsprechende Anordnung unwirksam.' Mijns inziens dient hierbij de kanttekening gemaakt te worden dat degene die een bepaald goed krijgt toebedeeld niet een willekeurige derde is, maar altijd een van de deelgenoten. In zoverre is bij een 'afwikkelingsbewind' de kring van verkrijgers beperkt.

Een heel vergaande uitzondering op het Höchtspersönlichheidsgebot vinden we in § 2193 BGB, waar de zogeheten 'Zweckauflage' geregeld is. Erfflater bepaalt slechts welk *doel* de last heeft. Het bereiken van het doel is de enige verplichting. De concrete invulling kan hij zelfs aan een derde overlaten. Voor ons recht zou in deze voor 'derde' wederom gelezen kunnen worden de executeur en/of eventueel afwikkelingsbewindvoerder.

Overigens gaat mijns inziens het delegatieverbod in relatie tot het gesloten stelsel niet zo ver dat erfflater niet zou kunnen bepalen dat de executeur of bewindvoerder de hulp<sup>108</sup> van een derde (bijvoorbeeld een deskundige) zou kunnen inroepen bij het nemen van een beslissing. Hier blijft de executeur of bewindvoerder 'eindverantwoordelijk' voor de beslissing. Hij legt rekening en verantwoording af. Niet de derde-deskundige.

Dat de Hoge Raad ook in recente jurisprudentie nog steeds geen moeite heeft met delegatie in de vorm van een testamentaire last, is ook af te leiden<sup>109</sup> uit HR 17 januari 1996, BNB 1996/112c, waar verwezen wordt naar het beginsel van testeervrijheid en geleerd wordt dat met dit beginsel als uitgangspunt aan de betreffende beschikking voorwaarden en voorzieningen verbonden kunnen worden.

## H. PRAKTISCHE TOEPASSINGEN

### 1. 'Demokratieklausel'

Ten aanzien van het adagium dat niemand in een onverdeeldheid hoeft te blijven, geldt dat dit toch gemakkelijker gezegd is dan gedaan. Allemaal kennen wij immers het type deelgenoot waarvan van te voren reeds vaststaat dat de onverdeeldheid waarin deze deelgenoot zich bevindt niet onder normale omstandigheden opgeheven zal worden. Alleen via de harde hand van de rechter zal zulks mogelijk zijn. Ook al is het standpunt van deze deelgenoot ten aanzien van de verdeling nog zo onredelijk te noemen, hij heeft de facto evenveel te 'vertellen' als zijn negen broers en zusters tezamen zo leert een goede lezing van art. 3:170 BW ons. Verdelen is een aangelegenheid van iedereen en niet alleen van de 'redelijke' meerderheid. Hierin kan onder het nieuwe erfrecht verandering worden gebracht, en wel met het 'meeste stemmen gelden-afwikkelingsbewind'. Zullen de schikking beproevende comparitie-rechters overbodig worden? Eerst wederom een uitstapje naar het Duitse recht, en wel naar het zeer interessante oordeel van het 'Oberlandesgericht Bayern'<sup>110</sup> dat nog niet zo lang geleden orakelde dat:

'die Ernennung aller Miterben zu Testamentsvollstreckern auch dann wirksam kann sein, wenn der Erblasser eine von den gemeinschaftliche Amtsführung abweichende Anordnung trifft und Entscheidungen durch Mehrheitsbeschluss zulässt.'

108. Zie LUTZ MICHALSKI, BGB-Erbrecht, Heidelberg: C F Muller Verlag 1999, p. 66.

109. Zie W.M. KLEYN, Kan de testateur de invulling van zijn uiterste wil delegeren, JBN 1996 nr. 59

110. Beschluss v. 8-6-2001, BayObI G, FamRZ 2002, Heft 14, alwaar deze rechtsregel als samenvattende koptekst is gegeven.

Dit brengt ons op ideeën. Niet alleen wordt ten aanzien van de gehele nalatenschap een 'afwikkelingsbewind' ingesteld, maar worden ook nog eens alle erfgenamen tot 'afwikkelingsbewindvoerder' benoemd. Als het ware komt de hele nalatenschap onder een deken te liggen die de zeggenschap van de deelgenoten volgens de algemene spelregels van titel 3.7 doet verstikken en waardoor erfflater de kans krijgt zijn eigen spelregels op de verdeling van de nalatenschap van toepassing te verklaren. Voor de hand ligt dan vervolgens het draaiboek waarbij erfflater bepaalt:

'Testamentsvollstrecker sind die Söhne A, B en C und zwar in der Weise, dass je zwei von ihnen gemeinschaftlich über den Nachlass zu verfügen befugt sind. (...) Den Testamentsvollstreckern aus einem Stamm stehen die Vollstreckerbefugnisse nur gemeinschaftlich zu. (...) Alle entscheidungen über Art und Weise und Zeitpunkt der Auseinandersetzung werden von den Erben durch Mehrheitsbeschluss getroffen, und zwar in der Weise, dass jedem Erbenstamm eine Stimme zusteht, die nur einheitlich abgegeben werden kann'.

'Het meeste stemmen gelden-bewind' is een feit. Door de werking van het nieuwe art. 4:171 BW, is het alleen nog een kwestie van vertalen<sup>111</sup> geworden. Oftewel de meerderheid beslist en een 'ervenstam' heeft maar één stem. Vanzelfsprekend zijn hier vele varianten op denkbaar. In de betreffende casus was zoon A vooroverleden met achterlating van drie kinderen. Het slot van de door de rechter afgegeven verklaring van 'executele en bewind' luidde dat de erfgenamen een tot en met vijf 'Mittestamentsvollstreckers' waren, met dien verstande dat steeds twee van hen gezamenlijk optredend bevoegd waren en de erfgenamen 3 tot en met 5 gemeenschappelijk slechts een stem hadden. Deze bevoegdheid gold niet alleen in de interne verhouding, doch ook in de externe verhouding. Overigens spreekt men in het Duitse recht bij het onderhavige type clausules zeer treffend van 'Demokratiieklausel'.<sup>112</sup> Een variant op dit thema is het 'Drei-Zügel-Testament'.<sup>113</sup> De Testamentsvollstreckung wordt 'voorwaardelijk' oftewel 'aufschiebend bedingt' ingesteld. Eerst dienen de erfgenamen te proberen om de nalatenschap zelf te verdelen, zonder bemoeienis van de aspirant-Testamentsvollstrecker. Deze houdt zich weliswaar op de achtergrond, maar de erfgenamen 'spüren schon den sanften Zügelndruck der drohenden Testamentsvollstreckung.' Voor de eerste fase krijgen zij bijvoorbeeld een jaar de tijd. In de volgende fase doet de Testamentsvollstrecker al een voorstel om tot een verdeling te komen en stelt een 'Teilungsplan' op. Tot slot toetst de rechter het 'plan' marginaal op 'redelijkheid en billijkheid' of stelt, indien nodig, zelf een plan op dat vervolgens door de Testamentsvollstrecker 'zu vollziehen ist'. De conclusie van de ontwerper van deze erfrechtelijke vondst is in ieder geval:

111. Men kan in dezen overigens zijn voordeel doen door het oor te luister te leggen bij de gebruikelijke besluitvormingsprocessen in het rechtspersonenrecht. Werkt men met een relatieve, een volstreckte of een versterkte (gekwalificeerde) meerderheid? Vanzelfsprekend hoeven ook niet alle erfgenamen afwikkelingsbewindvoerder te zijn, maar kan men werken met een 'delegatie' of een college van afgevaardigden.

112. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 98.

113. GERHARD RUBY, 'Der Miterben Zahlung' durch ein Testament mit 'drei Zügeln', Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2007, 1.

‘Ein solches “Drei-Zügel-Testament” weist eine hohe Akzeptanz bei solchen Mandanten auf, die der Testamentsvollstreckung wegen der hohen Kosten grundsätzlich skeptisch gegenüberstehen.’

In ieder geval is het democratisch gehalte van deze variant eveneens erg hoog. Een behoefte van de praktijk is ook dat de afwikkelingsbewindvoerder over ‘kleine onenigheden’ zo nu en dan al eens ‘op informele wijze’ aan de teugels kan trekken en kan laten weten wat hij ervan vindt. Voor een rechter is dit immers in beginsel niet mogelijk.

## 2. Quasi-wettelijke verdeling

Wellicht een van de thans reeds in de Nederlandse praktijk belangrijkste mogelijkheden met afwikkelingsbewind is de *‘quasi-wettelijke verdeling’*.

Wie zijn oor in de notariële praktijk te luister legt, hoort niet zelden dat de driemaandstermijn van ongedaanmaking van de wettelijke verdeling, art. 4:18 BW, wel erg kort is.<sup>114</sup> Nu kan men gelijk hiertegen inbrengen dat de wettelijke verdeling ‘slechts’ versterferrecht is, doch men kan ook proberen van de filosofie achter dit fraaie instituut – met de ouderlijke boedelverdeling nog in het achterhoofd – testamentair maatwerk te maken. Dit laatste is mijns inziens mogelijk met ‘afwikkelingsbewind’. Men zou een zogeheten ‘quasi-wettelijke verdeling’<sup>115</sup> kunnen maken. Hierbij wordt de maatschappelijk gewenste gedachte achter de ouderlijke boedelverdeling en wettelijke verdeling als een soort ‘algemene voorwaarde’ gebruikt. De wettelijke verdeling wordt in de uiterste wil opzijgezet, waardoor men geen hinder meer ondervindt van de driemaandstermijn van art. 4:18 BW. Vervolgens is de executeur-afwikkelingsbewindvoerder zelfstandig bevoegd een verdeling tot stand te brengen *‘alsof’*<sup>116</sup> de wettelijke verdeling gegolden zou hebben. Hierop kunnen allerlei nuances aangebracht worden. Bijvoorbeeld dat hij ook bevoegd is de betreffende verdeling *gedeeltelijk* tot stand te brengen. Zo kan men zelfs bepalen dat dit ook nog kan binnen twee jaar<sup>117</sup> na het overlijden. Vanzelfsprekend werkt de quasi-wettelijke verdeling (net als de Teilungsanordnung) slechts ‘schuldrechtlich’<sup>118</sup>, zij het dat een executeur-afwikkelingsbewind-

114. Zie bijvoorbeeld het kritische advies van de Wetenschappelijke Advies Raad (destijds bestaande uit W. BURGERHART, B.M.E.M. SCHOLS en F.W.J.M. SCHOLS), voor de Vereniging van Estate planners in het Notariaat (EPN), Het gebruik van de wettelijke verdeling in de estate planningspraktijk; wetswijziging gewenst oftewel is de driemaandstermijn van art. 4:18 BW te kort?, Kwartaalbericht Estate Planning 2004, 3, p.30. Voor de ‘kleine man’ is (in verband met de in de heffing te betrekking vorderingen van de kinderen) de wettelijke verdeling vaak bij het eerste overlijden een successierechtelijk dure variant.

115. Zie B.M.E.M. SCHOLS in de bundel ‘Plannen voor hierna... Erven en schenken’, Belastingadviseursdag, Een nieuw erfrechtelijk tijdperk: ‘Alles kan, alles mag!’, Den Haag: SDU uitgevers 2002, p. 29. De ‘quasi-wettelijke verdeling’ wordt in estate planningsjargon ook al het ‘Testament van de 21e Eeuw’ genoemd.

116. Dit doet denken aan de techniek die gebruikt wordt bij de finale verrekenbedingen in huwelijkse voorwaarden. Ook hier wordt in het ‘eerste artikel’ de wettelijke gemeenschap van goederen uitgesloten, terwijl aan het slot van de akte afgerekend wordt alsof er wettelijke gemeenschap van goederen is. Ook hier kunnen vanzelfsprekend allerlei nuances aangebracht worden.

117. De tweejaarstermijn treft men aan in vele fiscale regelingen.

118. PALANDT/DENHOFER, § 2048 BGB, München: C.H. Beck 2006, p. 2217.

voerder net als de Testamentsvollstrecker voor semi-goederenrechtelijk effect zorgt. Hij kan zelfstandig handelen, oftewel zonder inmenging van de erfgenamen. Dit is de bevoegdheidsvariant van de quasi-wettelijke verdeling. Hier maakt men gebruik van een afwikkelingsbewind.

Indien men zoals hiervoor gezien de nadruk wenst te leggen op de verplichting voor de erfgenamen om te verdelen als ware er een wettelijke verdeling, dan maakt men gebruik van een executeur met testamentaire last. De executeur (en daarmee blijkens art. 4:130 BW in beginsel ook de erfgenamen) krijgen van erflater de *verplichting*<sup>119</sup> opgelegd om de nalatenschap te verdelen *alsof* de wettelijke verdeling gegolden zou hebben. De flexibiliteit wordt in de testamentaire regeling gebracht door het feit dat ook een (verbintenisrechtelijke) variant van art. 4:18 BW (ongedaanmaking) gecreëerd wordt. De langstlevende krijgt de mogelijkheid in de vorm van een 'tenzij-clausule' om de last ongedaan te maken. Deze laatste 'voorwaarde of voorziening' kan probleemloos als brug in het combinatietestament worden ingebouwd nu mijns inziens de door de Hoge Raad in het arrest 'voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling', BNB 1996/112c, gegeven regel over de grenzen van delegatie bij een door erflater gewenste verdeling van zijn nalatenschap, nog steeds geldt. Met het beginsel van testeervrijheid als uitgangspunt valt niet in te zien waarom men aan een testamentaire beschikking geen 'voorwaarden of voorzieningen' zou kunnen verbinden, aldus de Hoge Raad. De regeling past ook binnen het 'gesloten stelsel' aangezien niet valt in te zien waarom in de testamentaire last opgenomen verplichting geen voorwaardelijke elementen opgenomen zouden kunnen worden. Vanzelfsprekend moet het karakter van verplichting gehandhaafd worden. De erfgenamen/ afstammelingen blijven in beginsel verplicht tot uitvoering van de testamentaire last. Zij kunnen de 'verbintenisrechtelijke' ongedaanmakingsverklaring (met betrekking tot de last)<sup>120</sup> niet uitbrengen. Dit kan alleen de langstlevende echtgenoot.

### 3. Vangnet-afwikkelingsbewind

Indien men de korte termijn van art. 4:18 BW niet als probleem ervaart en men zich in de praktijk laat leiden door de goederenrechtelijke kracht van de 'echte' wettelijke verdeling die nu eenmaal met zich brengt dat er geen leveringshandelingen meer plaats hoeven te vinden, is het toch aan te raden om

119. Gezien het feit dat de regeling om fiscale redenen vaak niet te vrijblijvend mag zijn, zal veelal gekozen worden om in het ideale combinatie-testament te werken met de 'quasi-wettelijke verdeling' met 'lastenexecuteur'. Denk onder meer aan de problematiek van art. 10 SW 1956, art. 30 SW 1956, en de gelijkstelling op verschillende plaatsen in de fiscale wetgeving met de 'echte' wettelijke verdeling. Interessant is overigens voor de quasi-wettelijke verdeling ook het bepaalde in art. 1 lid 3 SW inhoudende dat de ongedaanmaking geen schenking is. Denk ook aan de 'ventieltechniek' van gemeld art. 1 lid 2 en lid 5 SW 1956 met betrekking tot de rente-overeenkomst bij de wettelijke verdeling. Zie hierover onder meer W. BURGERHART, B.M.E.M. SCHOLS en FW.J.M. SCHOLS in FBN, april 2003, nr. 23, alsmede B.M.E.M. SCHOLS en J.P.M. STUBBE, Erflater spreekt, ook over de rente!, FBN juni 2007, nr. 34.

120. Zie KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, p 167 over 'de testamentaire last onder voorwaarde'.

daarnaast<sup>121</sup> nog met een afwikkelingsbewind te werken. Dit heeft te maken met de onverdeeldheid die ontstaat na een ongedaanmaking. Na de ongedaanmaking is de langstlevende echtgenoot immers overgeleverd aan de kinderen. Zij is slechts één van de deelgenoten. Een notaris zal dan ook niet snel een langstlevende echtgenoot laten ongedaanmaken, zonder dat de langstlevende echtgenoot beschikt over een onherroepelijke volmacht van de kinderen om ‘wederom’ te verdelen als ware er een wettelijke verdeling dan wel dat de (wijze van) verdeling meteen wordt vastgelegd. Ik hoef de notariële practicus niet uit te leggen welk kunst- en vliegwerk onder omstandigheden nodig is om dit binnen drie maanden na het overlijden rond te krijgen. Wat is nog mooier als er al een afwikkelingsbewind ten behoeve van de langstlevende in de uiterste wilsbeschikking is opgenomen met ‘moeder’ als afwikkelingsbewindvoerder. De langstlevende houdt op deze wijze ook na de ongedaanmaking ‘grip’ op de verdeling van het nalatenschapsvermogen.

Een voorbeeld hiervan vindt men in de Van Mourik c.s. KNB Modellenklapper, Cursus Nieuw Erfrecht deel V, nr. 115. Hier wordt de wettelijke verdeling als leidraad gebruikt. Een stapje verder gaat het Notarieel Juridisch Bureau van de KNB in het model ‘Testament wettelijke verdeling’<sup>122</sup> alwaar het afwikkelingsbewind als volgt geformuleerd is:

Indien mijn echtgenote de wettelijke verdeling ongedaan maakt, beschik als volgt:

1. Ik stel een bewind in over de erfdelen van mijn afstammelingen en benoem mijn echtgenote tot bewindvoerder. Dit bewind wordt ingesteld in het belang van alle betrokkenen om te komen tot een goede afwikkeling van de nalatenschap. Mijn echtgenote is daarom bevoegd om de nalatenschap naar eigen inzicht te verdelen.(...)

Hier wordt aan de afwikkelingsbewindvoerder geen draaiboek voor de verdeling meegegeven. Hij kan immers de nalatenschap ‘naar eigen inzicht’ verdelen. Dit is een typisch voorbeeld van een regeling voor een erfflater die aan zijn erfgenamen geen verplichtingen wil opleggen, maar de afwikkelingsbewindvoerder zoveel mogelijk bevoegdheden en daarmee ‘vrijheid’ van handelen wil geven. Een wenselijke beperking die men nog zou kunnen aanbren- gen, is bijvoorbeeld dat aan de afstammelingen slechts goederen toebedeeld kunnen worden met hun toestemming.

#### **4. De erfrechtelijke scheidsrechter**

Een variant zou ook kunnen zijn de afwikkelingsbewindvoerder als erfrechtelijke scheidsrechter te laten fungeren, al dan niet met een bemiddelende rol. Zo bestaat in Duitsland bijvoorbeeld al de ‘*Deutsche Schiedsstelle für Erb-*

121. In de notariële wandeling wordt al gesproken van het ‘Droste-effect’. Iedere wettelijke verdeling rechtvaardigt met het oog op de mogelijke ongedaanmaking, als vangnet weer een quasi-wettelijke verdeling enzovoorts, enzovoorts.

122. BTE01E, versie: 01-01-2003.



*streitigkeiten e.v.* 'Daarnaast 'circuleren' op grote schaal in de Duitse uiterste wilsbeschikkingen teksten<sup>123</sup> van de navolgende strekking:

'Streitigkeiten der Erben, Vermächtnisnehmer und sonstigen Beteiligten unter sich oder mit dem Testamentsvollstrecker, die sich bei der Durchführung meiner letztwilligen Anordnung ergeben, sind unter Ausschluss des ordentlichen Gerichts durch ein Schiedsrichter zu entscheiden. *Zum Schiedsrichter bestelle ich den von mir eingesetzten Testamentsvollstrecker.*' (Curs. BS)

Men moet ergens beginnen.<sup>124</sup> Overigens laat men in het Duitse recht de kwestie of de 'angeordnete Schiedsgerichtbarkeit' een bezwaring van de legitieme is, afhangen van de vraag of er in het concrete geval sprake is van 'onafhankelijke en onpartijdige' rechtspraak.<sup>125</sup>

## I. NIEUWE (ONGEKENDE) MOGELIJKHEDEN? DE WOND IS ERFRECHTELIJK REEDS GEHECHT

Er zijn meer mogelijkheden met afwikkelingsbewind dan onmogelijkheden. Wel dient in de praktijk steeds de afweging gemaakt te worden of een 'lasten-executeur' in een concreet geval niet meer op maat is gesneden dan een afwikkelingsbewind. Vanzelfsprekend is ook een combinatie van beide rechtsfiguren mogelijk.<sup>126</sup>

Struycken<sup>127</sup> heeft in zijn dissertatie de navolgende oproep gedaan:

123. ERNST SARRES, *Die Erbengemeinschaft*, Krfitel: Luchterhand 1999, p. 103.

124. Vanzelfsprekend zal er ook erfrechtelijk altijd behoefte blijven aan klassieke overheidsrecht-spraak, maar dat neemt niet weg dat het notariaat met zijn grote deskundigheid op het gebied van het erfrecht, al dan niet in samenspraak met de wetenschap, vele zaken zou kunnen afdoen op 'informele wijze'. De notaris zal dan, meer dan thans het geval is, bereid dienen te zijn, om als 'partij-notaris' namens een erfrechtelijke cliënt op te treden en zijn partij-dige rol duidelijk kenbaar dienen te maken. Daarnaast zal er, wellicht onder de hoede van de KNB, 'een lijst' dienen te komen van erfrechtelijke scheidsrechters (notarissen en/of wetenschappers?). Vanzelfsprekend dienen zij te handelen volgens een bepaald protocol, maar dat zal gezien de aard van de materie niet als te knellend ervaren moeten worden en de 'informele scheidsrechter', in overleg met de twee 'partij-notarissen', voldoende ruimte moeten laten om in het concrete geval naar eigen inzicht het pad te kunnen uitzetten, om tot een oplossing te komen.

'Moelijke boedels' zullen mijns inziens alsdan, tot tevredenheid van een ieder, als sneeuw voor de zon gaan verdwijnen. Zou de zaak onverhoopt alsnog bij de rechter komen, dan zou deze dankbaar gebruik kunnen maken van het voorwerk dat al geschied is.

125. JÖRG MAYER, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003, p. 58. Een Testamentsvollstrecker wordt als een bezwaring gezien, § 2306 BGB.

126. Het is niet ondenkbaar dat de quasi-wettelijke verdeling – in navolging van de ouderlijke boedelverdeling uit de vorige eeuw – als 'Teilungsanordnung' een kans maakt het 'Testament van de 21e Eeuw' te worden. Wie weet? Het genus: de wettelijke verdeling, is immers reeds – in navolging van de ouderlijke boedelverdeling – het *versterferrecht* van de 21e eeuw?

127. T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Serie Onderneming en recht deel 37 (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 537.

'Al met al verdient het aanbeveling nog eens goed te kijken naar het ontwerp voor titel 3.6 BW en werk te maken van invoering van een algemene regeling van het bewind in het Nederlandse vermogensrecht. Bewind vormt het logische en nuttige complement van vooral de goederenrechtelijke rechten. Nu is er een ernstige lancune, waarvan men zich bewust is in de financieringspraktijk, maar die ook doorwerkt in gewone boek 3 en boek 5 gevallen. *Titel 3.6 is de open wond van het BW*' (Curs. BS).

### Een open wond?

Wij dienen ons echter te realiseren dat deze open wond op het gebied van het *erfrecht* reeds gehecht is en ook nog zonder littekens. Wij boffen. Titel 3.6 is erfrechtelijk reeds ingevoerd en, ondanks het erfrechtelijk gesloten stelsel, met veel oog voor de nodige flexibiliteit, zo blijkt uit art. 4:171 BW. De executeur kan niet alleen profiteren van het fenomeen privatieve lastgeving en testamentaire last, doch ook van de aanpalende titel (testamenteir bewind). Heeft het erfrecht hier een voorbeeldfunctie voor het algemene vermogensrecht?

Rest ons nog de kwestie 'Huijgen en de afwikkelingsbewindvoerder'.<sup>128</sup> Hier wacht ons een happy-end. De klassieke erfrechtelijke handboeken hebben de geleerden inzake de kwestie 'afwikkelingsbewind' gesloten. Het 'wachten' was op het *nieuwe Asserdeel* 'Erfrecht en Schenking', de 'Asser-Perrick 6B' en wachten wordt in de regel beloond. Nadat de 'Klaassen-Luijten-Meijer' reeds in 2002 duidelijke taal sprak, volgde in het najaar van 2004 de nieuwe druk van 'Pitlo/Van der Burght' met eveneens zeer afwikkelingsbewindvriendelijke woorden en was de klassieke erfrechtelijke drie-eenheid weer helemaal compleet toen in december 2004 (het tweede gedeelte van) het erfrechtelijke Asserdeel verscheen. Alleen de rechtspraak liet nog op zich wachten.

Op 11 oktober 2006 (een erfrechtelijk historische datum) was het zover. De rechtbank Den Haag mocht de knoop doorhakken.

## **J. EEN 'HAPPY-END' OP 11 OKTOBER 2006**

### **1. De KNB-jaarvergadering van 2006**

Tijdens de jaarlijkse algemene ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 6 oktober 2006 met als onderwerp de evaluatie van het nieuwe erfrecht in de praktijk, werd er nog stevig over gediscussieerd. Kon hij het nu wel of kon hij het nu niet die nieuwe afwikkelingsbewindvoerder?<sup>129</sup> Wat er van de discussie ook zij, de teneur is in ieder geval dat het goed zou zijn voor de notariële praktijk dat er duidelijkheid kwam in deze. Toeval bestaat niet in het recht en dat bleek maar weer toen reeds vijf dagen na de jaarvergadering door de rechtbank Den Haag (in meervoudige kamer) op 11

128. WPNR (2004) 6587.

129. Zie B.M.E.M. SCHOLS, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur (Van Mourikbun-  
del), Deventer: Kluwer 2000.

oktober 2006<sup>130</sup> het erfrechtelijke machtswoord gesproken werd. Een belangrijke stap vooruit in de notariële rechtsontwikkeling. Ondanks dat het geen arrest van de Hoge Raad betreft, is het belang van de uitspraak mijns inziens groot. Het vonnis maakt immers gewag van het feit dat de strijdende partijen (zowel erfgenamen als afwikkelingsbewindvoerder) zich bediend hebben van juridisch zwaar geschut. De executeur-afwikkelingsbewindvoerder heeft een door de betrokken notaris ingewonnen advies van het Notarieel Juridisch Bureau van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie in het geding gebracht en de erfgenamen hebben een notitie van een Leidse hoogleraar notariële recht overlegd. Derhalve een uitspraak met juridische allure of anders gezegd: partijen hebben er werk van gemaakt. De uitspraak draait niet om de hete brij heen, is systematisch opgebouwd en heeft het karakter van een viertrapsrakiet. Achtereenvolgens wordt in het vonnis, in het licht van art. 4:171 BW, ingegaan op de doctrine, de bedoeling van de wetgever, de bedoeling van erflater (het testament) en de zorgplicht. Dit stramien zal ik ook hierna aanhouden. Ik abstraheer enigszins van de casus en vat deze als volgt samen. De executeur-afwikkelingsbewindvoerder Y droeg (in 2005), zonder medewerking van de erfgenamen, een onroerende zaak over aan derden. De erfgenamen stelden zich op het standpunt dat Y *niet* bevoegd was om de woning zonder hun toestemming te vervreemden. Kortom, kon hij het wel of kon hij het niet? Dat was de beladen, voor wetenschap als praktijk, zo belangrijke vraag waar de rechtbank Den Haag voor stond.

## 2. De eerste trap: de doctrine

Over de rechtsbron doctrine met betrekking tot de onderhavige rechtsvraag, is de rechtbank kort en bondig. Er wordt zelfs gesproken van *de heersende opvatting*' die het standpunt van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder ondersteunt. Bronnen worden echter door de rechtbank niet vermeld. De klassieke drie erfrechtelijke handboeken, Klaassen-Luijten-Meijer (2002), Pitlo/Van der Burght-Ebben (2004) en Asser-Perrick 6B (2005) zijn het zoals hiervoor reeds opgemerkt met elkaar eens.

Gelet op het belang een overzicht.

a. Klaassen-Luijten-Meijer (2002), p. 253:

'Later heeft men hier ook het zogenaamde afwikkelingsbewind ondergebracht, waarvan gesproken wordt als de erflater een bewind heeft ingesteld waarbij aan de bewindvoerder slechts is opgedragen in het belang van de gezamenlijk recht-hebbenden de nalatenschap voor verdeling gereed te maken of zelfs ook nog zelf de verdeling tot stand te brengen.'

En op p. 274:

'Thans heeft men de vrijheid van de erflater om de taak van de bewindvoerder nader te regelen niet meer begrensd. Ook een eventuele belanghebbende kan

130. Notafax 19 oktober 2006, nr. 243. Met dank aan mw. Mr. C.A.M. Sweere, notaris te Noordwijk voor het toezenden van de uitspraak.

volledig buiten spel gezet worden door een in de uiterste wil opgenomen regeling.’

b. Pitlo/Van der Burght, Ebben (2004), p. 367 e.v.:

‘De erflater kan bijvoorbeeld (de) bewindvoerder bevoegd verklaren tot het verrichten (van) alle rechtshandelingen zonder enige toestemming van de rechtshabende of machtiging van de kantonrechter. [...]. Deze mogelijkheid van de erflater om het bewind naar eigen inzicht in te richten is zeer belangrijk. De testateur mag afwijken van de bepalingen in art. 4:153-170. Hij is daarbij niet gebonden aan een wettelijk kader [...].

Met ander(e) woorden: de wet laat hier de teugels vieren en de erflater kan op dit stuk zijn fantasie de vrije loop laten. In de praktijk pakt dit alles natuurlijk weer veel minder avontuurlijk uit: de notaris zal de testateur bij de hand nemen!’

c. Asser-Perrick 6B (2005), p. 162:<sup>131</sup>

‘Is er in de terminologie van art. 4:155 lid 4 sprake van een bewind over goederen of aandelen in goederen die gemeenschappelijk beheerd dienen te worden, dan kan de erflater de bewindvoerder bevoegd verklaren om de gemeenschap te verdelen zonder dat daarvoor de toestemming van de deelgenoten is vereist. De erflater zal deze bevoegdheden willen toekennen aan de executeur van wie hij wenst dat hij ook als afwikkelingsbewindvoerder kan optreden.’

En enkele regels verder:

‘Zo kan de erflater de bewindvoerder bevoegd verklaren beschikkingshandelingen te verrichten zonder toestemming van de rechthebbende en zonder machtiging van de kantonrechter.’

En in noot 359:

‘Anders Huijgen, WPNR 6587 (2004) wiens beroep op de wetsgeschiedenis niet kan overtuigen. Hij maakt niet duidelijk hoe zijn opvatting en de steun die hij daarvoor zoekt in de wetsgeschiedenis zich verhoudt tot de opvatting van de minister te vinden in Parl. Gesch. Invoeringswet; p. 2132 (volgende noot: ontwerp 17 141 TK stuk 9, p. 17). De erflater gaat zijn bevoegdheden eerst te buiten wanneer hij alle eigenaarsbevoegdheden aan de bewindvoerder toekent. Zie Parl. Gesch. Vaststellingswet Boek 3, p. 540 (Nota van Wijziging). Daarvan is geen sprake in het geval de erflater gedurende het bewind zelfstandige beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het aan het bewind onderworpen vermogen toekent.’

131. PERRICK, WPNR (2006) 6678, is in zijn bespreking van het preadvies KNB (2006) van Mellema-Kranenburg (terecht) heel stellig: ‘Er bestaat geen enkele twijfel over dat art. 4:171 BW aan de testateur de bevoegdheid geeft om de bevoegdheid van de bewindvoerder uit te breiden tot beschikkingshandelingen.’ De stelling van Mellema-Kranenburg dat een afwikkelingsbewindvoerder met maximale bevoegdheden het erfgenaamschap denatureert, roept bij hem de vraag op wat het standpunt is van Mellema over de wettelijke verdeling en over testamenten die een ouderlijke boedelverdeling tot stand brengen en die zij in het verleden ongetwijfeld regelmatig gepasseerd zal hebben.

Ten aanzien van de *verplichtende* variant van de ‘quasi-wettelijke verdeling’ waar gewerkt wordt met *testamentaire lasten* als bedoeld in artikel 4:130 BW, leert de nieuwe ‘Asser’ op pagina 112 als volgt:

‘De executeur moet de hem opgelegde testamentaire lasten uitvoeren. Zie ook art. 4:130 lid 2, tweede zin op grond waarvan de aan de executeur opgelegde verplichting mede rust op de gezamenlijke erfgenamen tenzij uit de aard van de last of uit de uiterste wil iets anders voortvloeit. Deze last kan bestaan in het verdelven van de nalatenschap.’

In zoverre kan dan ook door de rechtbank zonder nadere bronvermelding ‘alleen al’ op grond van de klassiekers verantwoord van een heersende leer gesproken worden. Er zijn immers maar weinig erfrechtelijke leerstukken waar de doctrine zo eensgezind is en driemaal is nu eenmaal scheepsrecht. Wel wordt door de rechtbank opgemerkt dat duidelijk is dat in de literatuur discussie bestaat over het antwoord op de vraag. De rechtbank doelt hier ongetwijfeld op het met name door Huijgen geventileerde tegengeluid.<sup>132</sup> En voor wie nog zou twifelen over de door de rechtbank gesignaleerde heersende leer. Van Mourik ziet het in zijn monografie Nieuw Erfrecht (2004), p. 168 als volgt:

‘De parlementaire geschiedenis biedt steun voor de opvatting dat de bewindvoerder in beginsel de bevoegdheid tot verdeling kan worden gegeven.’

En ook niet onvermeld wil ik laten Kolkman<sup>133</sup> die zich eveneens bij de heersende leer aansluit en heel uitgebalanceerd onder verwijzing naar de erfrechtelijke waarborgen en ‘checks en balances’ de nadruk legt op het feit dat ‘de afwikkelingsbewindvoerder geen carte blanche bezit’:

‘Hij dient zich als goed bewindvoerder te gedragen, hij moet “behoorlijk communiceren”, hij kan worden ontslagen en hij is rekenplichtig.’

Zo is het. Het goederenrechtelijke (afwikkelings)bewind is omkleed met belangrijke verbintenisrechtelijke waarborgen die een zelfstandige verdelingsbevoegdheid rechtvaardigen.

132. W.G. HUIJGEN, Verdeling door de executeur-bewindvoerder?, WPNR (2004) 6587, W.M. KLEIJN, Wat zijn de mogelijkheden voor een afwikkelingsbewindvoerder om zelf te verdelven?, JBN 2003 nr. 24 en nr. 29 en T.J. MELLEMA-KRANENBURG, Preadvies KNB (2006), p. 209. Anders B.M.E.M. SCHOLS, De quasi-wettelijke verdeling als ‘Teilungsnordnung’ (I en II), WPNR (2004), 6571 en 6572. Maar ook: C.A. KRAAN, Verdeling door de bewindvoerder, WPNR (2003) 6544, M.J.A. VAN MOURIK, Verdeling door de executeur, WPNR (2004) 6560, F.W.J.M. SCHOLS, Preadvies KNB (2004), p. 60-65, H.C.F. SCHOORDIJK, Reactie Verdeling door de executeur-bewindvoerder, WPNR (2004) 6603, J.H.M. TER HAAR, Het testamentair minderjarigenbewind, WPNR (2006) 6692, alsmede PERRICK, WPNR (2006) 6672.

133. W.D. KOLKMAN, Verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2004, nr. 5. Hij wijst terecht ook op de houdbaarheidsdatum van afwikkelingsbewind. Blijkens art. 4:180 BW vijf jaar. Zijn conclusie is dat de waslijst aan waarborgen het tegenwicht vormt voor de vergaande bevoegdheden van de afwikkelingsbewindvoerder, waardoor een evenwicht ontstaat. In dit kader stelt hij dan ook de retorische vraag: ‘Wat kan dan toch de reden zijn een zelfstandig verdelingsbevoegde afwikkelingsbewindvoerder niet toe te staan?’

### 3. De tweede trap: de wetgever

Volgens de rechtbank Den Haag vindt de wetgever, na eerst geconstateerd te hebben dat het standpunt van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder Y ook aansluit bij de kennelijke bedoeling van de wetgever, er het volgende van

‘Uit de parlementaire geschiedenis bij de invoering van het nieuwe erfrecht (boek 4 BW) volgt namelijk dat de wetgever het aan de erfflater heeft willen overlaten om de grenzen van het door hem ingestelde bewind te trekken. Het verichten van beschikkingshandelingen wordt daarbij in de parlementaire geschiedenis zelfs uitdrukkelijk genoemd als mogelijke uitbreiding van de bevoegdheden van de bewindvoerder (Kamerstukken II, vergaderjaar 1991-1992, 17 141, nr 9, p 17). Voorts heeft de wetgever er blijkens die parlementaire geschiedenis – ten gunste van de vrijheid van de erfflater – nadrukkelijk van afgezien om de strekking (of strekkingen) waarvoor een bewind kan worden ingesteld limitatief in de wet op te nemen. De rechtbank concludeert dan ook dat het aan de erfflater op grond van art. 4:171 lid 1 BW vrijstaat de door hem benoemde afwikkelingsbewindvoerder een zelfstandige beschikkingsbevoegdheid te geven, hetgeen tevens inhoudt de bevoegdheid om zonder toestemming van de erven goederen uit de nalatenschap te verkopen aan derden om vervolgens de opbrengst bij de verdeling te betrekken.’

Helder. Erfflater is degene die blijkbaar de grenzen trekt en niemand anders. Testamentair maatwerk is mogelijk. Gelet op de formuleringen van het vonnis en gelet op de in het testament omschreven en hierna vermelde bevoegdheden kan er vanuit gegaan worden dat de beslissing niet anders uitgevallen was als de beschikkingshandeling bijvoorbeeld de verdeling van de nalatenschap betrof. Hoe heeft erfflater de grenzen in het bewuste testament getrokken? Wat was zijn bedoeling?

### 4. De derde trap: ‘het testament’ als de bedoeling van erfflater

De testamentaire clausule, waar de rechtbank over moest oordelen, luidde (blijkens rechtsoverweging 2.1) als volgt:<sup>134</sup>

‘Ik benoem mijn genoemde neef Y, tot uitvoerder van mijn uiterste wilsbeschikkingen, bezorger van mijn begrafenis of crematie en beredderaar mijner nalatenschap, met het recht en de macht tot inbezitting daarvan gedurende de duur der vereffening. Ik benoem genoemde heer Y tevens tot *afwikkelingsbewindvoerder, zodat hij zonder medewerking van de erfgenamen de nalatenschap kan verdelen*’ (Curs BS)

De rechtbank nam het zekere voor het onzekere en vroeg ook nog ‘tekst en uitleg’ aan de passerend notaris. Deze lichtte toe dat het de uitdrukkelijke bedoeling van de erfflater was om Y zeer ruime bevoegdheden toe te kennen, zo ruim als mogelijk in het kader van art. 4:171 BW. Daarbij is uitdrukkelijk besproken dat daar ook onder zou moeten vallen het verkopen van de woning

134 Het testament is verleden in 2004 en erfflater is overleden in 2004

en het verdelen van de nalatenschap zonder de medewerking van de overige erven. Mede gelet op het feit dat sprake is van een groot aantal erven (tien!) kwam de rechtbank dit aannemelijk voor. Nu de zorgplicht van de bewindvoerder nog. Die geldt immers niet alleen voor een executeur, maar ook voor een afwikkelingsbewindvoerder.

## 5. De vierde trap: de zorgplicht

De bewindvoerder had toch hopelijk geen onrechtmatige daad gepleegd door de betreffende onroerende zaak te vervreemden zonder medewerking van de erfgenamen? De rechtbank was van oordeel dat 'Y zijn zorgplicht als goed bewindvoerder niet heeft geschonden door de woning voor een bedrag van [...] te verkopen aan [...], zonder daarvoor eerst overleg te voeren met de erven.' Vervolgens worden de omstandigheden van het geval nog gewikt en gewogen. De zorgplicht werd niet geschonden: 'en (dus) niet onrechtmatig gehandeld [...].' En: 'ondanks het feit dat inmiddels – nádat mondeling overeenstemming was bereikt met koper – was gebleken dat de erven daartegen bezwaren hadden.' Ook op dit vierde en laatste niveau moesten de erfgenamen het afleggen.

Dit alles was aanleiding voor Stollenwerck, die eerder bezorgde geluiden had laten horen:<sup>135</sup> 'Alleen de Guide Michelin geeft drie sterren!', om de sportieve woorden te spreken:<sup>136</sup>

'Ik gun de voorstanders van de ruime opvatting graag hun triomf. De rechter heeft zich immers ten gunste van hen uitgesproken.'

En voor de notariële praktijk zijn er hiermee nog meer aanhangers van de 'heersende leer'. Met Stollenwerck kan immers gesteld worden:

'Vooralsnog zal de (kandidaat-)notaris die de ruime opvatting toepast mijns inziens bezwaarlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zij/hij baseert zich immers niet alleen op de heersende leer, maar ook op de rechtspraak.'

En inderdaad:

'Het is nu weliswaar wachten op meer "zwaluwen", maar de praktijk kan nu goed uit de voeten met deze duidelijk gemotiveerde uitspraak van de Haagse rechtbank.'

Het fenomeen afwikkelingsbewindvoerder kan zich thans in de praktijk gaan zetten.

135. A.H.N. STOLLENWERCK, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), oktober 2004.

136. A.H.N. STOLLENWERCK, Ook de rechter geeft drie sterren!, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV) december 2006, alsmede EstateTip Review 2007-01, Sportieve wetenschapsbeoefening! Ook Stollenwerck geeft 'Michelin-sterren' aan de executeur-afwikkelingsbewindvoerder (Podium FTV 2006, 52), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

## K. EEN VLIEGENDE START OP DE ANTILLEN

In het Antilliaanse concept-voorontwerp<sup>137</sup> van het nieuwe erfrecht, heeft men waarschijnlijk geleerd van de Nederlandse discussie rondom de afwikkelingsbewindvoerder en wordt van meet af aan niets aan het toeval overgelaten. De Toelichting bij lid 1 van (het identieke) art. 4:171 BW is kort en krachtig:

‘Artikel 171

*Eerste lid.* De erflater is in beginsel *vrij* de bevoegdheden van de bewindvoerder te *verruimen*, als ook te beperken. Zo kan de erflater de bewindvoerder opdragen om de rechthebbende periodiek uitkeringen uit het bewindvermogen te doen. Hij kan tevens bepalen dat de beschikkingsbevoegdheid *uitsluitend* aan de bewindvoerder toekomt, zonder medewerking van de rechthebbende doch met machtiging van de rechter; hij kan eveneens bepalen dat de bewindvoerder *zonder* medewerking van de rechthebbende en *zonder* machtiging van de rechter kan *beschikken*.’ (Curs. BS)

Meer is er niet meer toe te lichten. Verdelen is immers ook beschikken. Het grote verschil met de Nederlandse parlementaire geschiedenis is dat bij ons de kwestie: beschikkingsbevoegdheid zonder medewerking van de rechthebbende en zonder machtiging van de rechter ‘slechts’ in ‘kamerstuk nr. 9’ aan de orde is geweest en niet meer met zoveel woorden herhaald is. Althans dat was met name de aanleiding voor de door Huijgen aangezwengelde discussie. Een prominentere plaats dan in de Memorie van Toelichting is niet meer mogelijk. De wettekst zelf liet immers reeds aan duidelijkheid niets te wensen over.

Ik sluit dit hoofdstuk over de uitbreiding van de opdracht van de executeur met afwikkelingsbewind en testamentaire lasten (om daarmee een zelfstandige verdelingsbevoegdheid te creëren) af met de woorden van Kolkman:<sup>138</sup> ‘Een heter hangijzer is op dit moment (2004) in de erfrechtelijke praktijk niet denkbaar.’ Kolkman zal het ongetwijfeld met mij eens zijn dat na de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 11 oktober 2006 dit erfrechtelijke hangijzer behoorlijk afgekoeld is.

Eventuele ‘problemen’ op het gebied van executele en bewind zullen zich de komende jaren met name op overgangsrechtelijk terrein gaan voordoen. Hier zal ik in het volgende hoofdstuk op ingaan.

Hoe verhouden zich de oude en de nieuwe erfrechtelijke aard van de executeur in de overgangsfase?

137. Concept MvT, nr. 3, Boek 4 d.d. 13 februari 2007 (JdB), Landsverordening tot vaststelling en invoering van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek (Erfrecht).

138. W.D. KOLKMAN, Verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder, Tijdschrift Nieuw Erfrecht, 2004 nr. 5.





# DE OPDRACHT

## OVERGANGSRECHTELIJK BEZIEN

Dit proefschrift is gericht op het verschaffen van een niet alleen rechtvaardige, maar ook *bruikbare* oplossing voor de overgangsrechtelijke problematiek in de praktijk van de rechtspraak.

O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, diss. Tilburg (2001), p. 90

### A. OVERGANGSRECHT EXECUTELE

#### 1. Inleiding

Wie (thans) over het Nederlandse erfrecht schrijft, ontsnapt niet aan het overgangsrecht. Verstappen constateert terecht dat het *erfrechtelijk* overgangsrecht in veel mindere mate 'wegwerprecht' is dan het overgangsrecht bij de invoering van de overige boeken van het NBW.<sup>1</sup> Nog tientallen jaren zullen er immers nalatenschappen openvallen, waarbij het 'testament' stamt uit het tijdperk en de context van het oude erfrecht met alle problemen van dien.<sup>2</sup>

Hiervoor zijn in de verschillende onderdelen reeds enkele overgangsrechtelijke kwesties aangestipt, zoals vraagstukken rond het loon<sup>3</sup> van de executeur of de beschikkingsonbevoegdheid<sup>4</sup> van de erfgenamen met betrekking tot zich in een, onder oud erfrecht opengevallen, nalatenschap bevindende goederen, die ten tijde van de invoering van het nieuwe erfrecht nog niet definitief is afgewikkeld. Het belangrijkste overgangsrechtelijk probleem op het terrein van de executele speelt echter rondom de erfrechtelijke rechtsfiguur

1. M.J.A. VAN MOURIK, L.C.A. VERSTAPPEN, B.M.E.M. SCHOLS, FW.J.M. SCHOLS, B.C.M. WAAIJER, Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, Deventer: WE.J. Tjeenk Willink 1999, p. 2.
2. Zie over erfrechtelijk overgangsrecht B. WESSELS, Overgangsrecht Boek 4 BW Erfrecht, WPNR (2000) 6388 en over het overgangsrecht in het algemeen bijvoorbeeld B. WESSELS, De wonderse wereld van het overgangsrecht, NTBR 1999, nr. 3, en C.J.H. BRUNNER, Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht, WPNR (1991) 6007. Een heel aparte dimensie is het zogeheten 'rechterlijk overgangsrecht'. Zie hierover O.A. HAAZEN, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.
3. Zie over het 'conflict' tussen art. 133 Ow en art. 4:46 BW wat de verwijzing naar 'het loon volgens de wet' betreft. B.M.E.M. SCHOLS, Nieuw Erfrecht 2001, nr. 5, p. 68 en 72 komt via art. 4:46 BW tot de conclusie dat de oude wet van toepassing is. In gelijke zin E.A.A. LUIJTEN en W.R. MEIJER, Nieuw Erfrecht 2005, nr. 2. Anders de door laatstgenoemde auteurs besproken beschikking van de kantonrechter te Venlo van 1 december 2004.
4. Zie de uitspraak van Rechtbank Maastricht van 3 december 2003, Notafax 2003, 286 Art. 4:145 BW geldt ook voor oude nog niet afgewikkelde nalatenschappen.

'*boedelberedderaar*', waar ik in dit hoofdstuk uitgebreid op in zal gaan. Eerst zal ik ingaan op de specifieke overgangsrechtelijke regel die geldt voor executele.

## 2. Art 133 Ow 'nieuw'

Gelet op de verschillen tussen het oude recht en het nieuwe recht, wilde de overgangswetgever in eerste instantie niet het nieuwe recht toepassen op een 'lopende' executele.<sup>5</sup> De 'oude' versie van art. 133 Ow luidde dan ook als volgt:

'Afdeling 4.4.6 van Boek 4 is niet van toepassing op een executele die vóór het in werking treden van de wet is aangevangen.'

Nu er geen regel was geformuleerd voor de nog niet lopende executele betekende dit dat wij hiervoor zouden moeten terugvallen op het algemene overgangsrecht, te weten art. 68a Ow: *onmiddellijke werking* van het nieuwe recht. Naar aanleiding van in de eerste druk van het boek 'Nieuw Erfrecht, overgangsrecht en anticipatie'<sup>6</sup> opgenomen voorbeelden waarover ten aanzien van executele uitlegproblemen konden ontstaan en vragen die hierover aan de minister zijn gesteld, is hij 'omgegaan' en heeft hij de regel van art. 133 Ow heroverwogen. Hij licht de nieuwe overgangsregel met betrekking tot executele als volgt toe:<sup>7</sup>

'Indien de executeur bij testament is benoemd, is de bevoegdheid tot inbezitneming van de nalatenschapsgoederen vrijwel standaard tevens opgenomen. Alleen indien dit niet het geval is, kan worden aangenomen dat de erfflater een executeur zonder vergaande bevoegdheden voor ogen had. Het wil mij voorkomen dat, mede omdat voor de meeste van de onderwerpen van het nieuwe erfrecht het uitgangspunt van onmiddellijke werking geldt, de executeur "met bezit" van het oude recht vanaf de invoering van het nieuwe Boek 4 gelijk kan worden gesteld met de daarbij voorziene beheersexecuteur, zodat op zijn positie het pakket van afdeling 4.4.6 een nuttige aanvulling kan zijn. [...] Het oude recht blijft evenwel geheel gelden, indien aan de executeur niet het recht van inbezitneming van de nalatenschapsgoederen was toegekend, of ten dele, voor zover namelijk bij de benoeming door de erfflater van afdeling 4.4.6 afwijkende voorzieningen waren getroffen (omtrekt het loon bijvoorbeeld, of ter zake van de bevoegdheden). Zie daarvoor de nota van wijziging, onderdeel D, het gewijzigde artikel 133. De vragen van de heer Schols vinden in het zoëven gestelde eveneens hun beantwoording.'

- 5 Zie MvT 26 822, nr. 3 bij art. 133, p. 21, waar ook gewezen wordt op de korte duur van executele en dat de taak van een executeur onder het oude recht toch bij uiterste wil pleegde te worden omschreven. Er wordt ook geconstateerd dat de erfgenamen de executeur altijd nog een volmacht kunnen geven waardoor deze de positie van gevolmachtigde krijgt. Let wel: dit is een volmacht van de erfgenamen en niet van de erfflater!
- 6 M.J.A. VAN MOURIK, L.C.A. VERSTAPPEN, B.M.E.M. SCHOLS, FW.J.M. SCHOLS, B.C.M. WAAIJER, Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999. De minister merkt op: 'De opmerkingen van Schols hebben mij aanleiding gegeven de regel van artikel 133 te heroverwegen.' Vanzelfsprekend voel ik mij vereerd
- 7 Nota naar aanleiding van het verslag 26 822, nr. 6, p. 9. Afdeling 4.4.6 (executele) is thans 4.5.6.

‘Op de benoeming van een uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen, gedaan voor het tijdstip van het in werking treden van de wet, is vanaf dat tijdstip of, indien de executele nadien aanvangt, vanaf dit latere tijdstip, afdeling 5.6 van Boek 4 van toepassing, tenzij aan de uitvoerder van de uiterste wilsbeschikkingen het recht van inbezitneming der nalatenschapsgoederen niet is toegekend, en behoudens voor zover bij de benoeming regelingen zijn getroffen die van afdeling 5.6 van Boek 4 afwijken.’

Een aandachtspunt is dat het blijkens de tekst moet gaan om ‘regelingen die zijn getroffen’.<sup>8</sup> Dit brengt met zich dat, mede gelet op de aanzuigende werking van het gesloten stelsel, er met ‘zoveel woorden’ afgeweken moet zijn van het ‘standaardpakket’ van de wetgever, wil de nieuwe regeling niet gelden. Men zou kunnen stellen dat door art. 133 Ow bereikt wordt dat executeurs oude stijl vanaf de invoering van het nieuwe erfrecht in beginsel zoveel mogelijk een nieuwe aard krijgen, zodat zij zich gelijk thuis voelen in de ‘ge-laagde structuur’ van ons vermogensrecht.

Op de hoofdregel van art. 133 Ow zijn twee belangrijke ‘uitzonderingen’ of wellicht beter nuanceringen te maken:

- a. Art. 79 en art. 127 Ow bepalen dat ‘*wat geldig was, geldig blijft*’, waarbij meteen de gedachte opkomt aan de executeurbenoeming die onder het oude erfrecht nog bij *codicil* kon plaatsvinden en onder nieuw recht niet meer.
- b. Bij uitlegproblemen met betrekking tot executele speelt ook het oude recht een belangrijke rol. Bij uitleg dient ook gekeken te worden naar de omstandigheden waaronder de uiterste wil is opgesteld, aldus art. 4:46 lid 1 BW. Een van die omstandigheden is het recht dat gold toen de uiterste wil is gemaakt. Door deze uitlegregel zal derhalve met betrekking tot executele nog vaak oud recht toegepast dienen te worden. Een mooi voorbeeld hiervan is in mijn beleving de verwijzing naar het loon ‘volgens de wet’ in een onder oud erfrecht opgemaakte uiterste wilsbeschikking. De Minister van Justitie is zijn notariële openbare ambtenaren in de toelichting op het overgangsrecht op dit terrein te hulp geschoten.<sup>9</sup> De minister geeft ‘uitleg’ over de overgangsrechtelijke werking van art. 4:46 BW:<sup>10</sup>

8. Men zou de vraag kunnen opwerpen in hoeverre hiermee een inbreuk wordt gemaakt op wat ik zou noemen ‘het beginsel van de onveranderde wil’. Stel er zijn meerdere executeurs benoemd en in een oud testament is geen regeling omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid opgenomen. Geldt dan op grond van het in art. 4:46 BW neergelegde beginsel de regeling ‘oud’ (gezamenlijk) of op grond van art. 133 Ow de ‘nieuwe’ regeling (ieder afzonderlijk bevoegd). Dit is mijns inziens een ‘klemtoonkwesitie’. Hoe zwaar hecht men aan de woorden ‘regelingen die zijn getroffen’ in de zin van art. 133 OW? Op zich zijn er geen afwijkende regelingen getroffen. Er zijn ‘slechts’ meerdere executeurs benoemd. Zie mijn voorbeeld in M.J.A. VAN MOURIK, L.C.A. VERSTAPPEN, B.M.E.M. SCHOLS, FW.J.M. SCHOLS, B.C.M. WAAIJER, *Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p.75. De minister neigt in zijn toelichting op het ‘nieuwe’ art 133 Ow naar ‘nieuw’.
9. Van het feit dat een notaris niet op de stoel van een rechter mag gaan zitten, ben ik mij bewust.
10. MvT 26 822, nr. 3, p. 8. Zie ook over uitleg het themanummer WPNR (2007) 6709 getiteld: ‘Uitleg van ...’ en zie over uiterste wilsbeschikkingen in het bijzonder, M.J.A. VAN MOURIK, *Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen*, p. 407-417. Voorts wijs ik op de analyse van het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2004, NJ 2004, 58 van T.H. TANJA-VAN DEN BROEK,

'Blijkens art. 4:46 BW, dat *onmiddellijke werking* heeft, dient bij de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen te worden gelet op de *verhoudingen* die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is opgesteld. Tot *die omstandigheden* behoort ook het recht dat gold toen de uiterste wil werd gemaakt. Heeft de erflater bijvoorbeeld "vererving *volgens de wet*" of een vergelijkbare clausule in zijn testament opgenomen, dan moet er in beginsel van worden uitgegaan dat daarmee bedoeld is *de wet die van kracht was ten tijde van het maken van het testament*. Hetzelfde geldt, indien in een uiterste wil wordt verwezen naar de regels omtrent plaatsvervulling of die omtrent aanwas, die in het nieuwe Boek 4 verschillen van die van het huidige recht. Hetzelfde moet voorts worden aangenomen indien sprake is van "het in de legitieme stellen", het "toekennen van het beschikbare deel" of bijvoorbeeld van het opleggen van lasten.' (Curs. BS)

Hier zou mijns inziens dan ook uit afgeleid kunnen worden dat het gebruik in het kader van executele van het begrip het loon *volgens de wet*, betekent de 'oude' wet. Art. 133 Ow doet hier, gelet op 'de tenzij-regeling', niet aan af.<sup>11</sup> Overigens kent ook art. 4:144 Bween 'tenzij'.

Tot slot merk ik op dat in een nalatenschap die opengevallen is onder het oude erfrecht blijkens art. 128 lid 1 Ow nog een legitimaris 'oude stijl' gerechtigd kan zijn. Art. 128 Ow 'doorkruist' in dat geval art. 133 Ow.

### 3. De parallelbepaling voor afwikkelingsbewind, art. 134 Ow

Voor de volledigheid neem ik met betrekking tot de overgangsrechtelijke problematiek ten aanzien van (afwikkelings)bewind de tekst op van art. 134 Ow die overigens wat systematiek betreft gelijk is aan de overgangsregel voor executele. De wetgever heeft bij testamentair bewind als hoofdregel voor onmiddellijke werking gekozen, omdat het oude recht leemten vertoont en een lopend bewind nog zeer geruime tijd na de invoering van het nieuwe erfrecht kan voortduren.<sup>12</sup> Dit is vanzelfsprekend weer anders indien het betreffende 'testament' niet 'zwijgt'. Dan wordt de uiterste wil gerespecteerd. Deze gedachten zijn in art. 134 Ow als volgt verwoord:

'Op een testamentair bewind, ingesteld bij een uiterste wil die is opgemaakt voor het tijdstip van het in werking treden van de wet, is vanaf dat tijdstip of, indien het bewind nadien van kracht wordt, vanaf dat latere tijdstip afdeling 5.7 van Boek 4 van toepassing, behoudens voor zover bepalingen in de uiterste wil daarvan afwijken.'

→ Uitleg van overeenkomsten in het familierecht, WPNR (2005) 6642, p. 867-868. In het betreffende arrest over het ex-'echtgenoten'probleem kwam de Hoge Raad onder meer tot zijn oordeel op grond van het feit dat de uiterste wilsbeschikking gemaakt werd met het oog op de voorgenomen samenwoning (in combinatie met een samenlevingsovereenkomst). Er werd terugverwezen omdat het hof deze omstandigheden niet had meegenomen in de overwegingen.

11. B.M.E.M. SCHOLS, Nieuw Erfrecht 2001, nr. 5, p. 68 en 72. In gelijke zin E.A.A. LUIJTEN en W.R. MEIJER, Nieuw Erfrecht 2005, nr. 2. Anders de door laatstgenoemde auteurs besproken beschikking van de kantonrechter te Venlo van 1 december 2004.

12. MvT 26 822, nr. 3, p. 21.

Bij het formuleren van de overgangsregel voor testamentair bewind liep de wetgever uiteraard niet aan tegen de problematiek die wel bij executeurs speelt. Bij executeurs moest immers nog handen en voeten gegeven worden aan het mystieke 'bezit' waarmee zij, in allerlei sacrale formuleringen, meer dan een eeuw zijn overgoten.

## **B. DE 'KAMELEONISTISCHE BOEDELREDDER' VAN ROMBACH ALS REDDER IN DE OVERGANG?**

### **1. Probleemstelling: boedelberedderaar versus legitimaris**

Een groot probleem voor de notariële praktijk in verband met de overgang van een oud naar een nieuw erfrecht is het inpassen van het fenomeen van de 'boedelberedderaar' ook wel boedelredder genoemd. De aanduiding beredderaar werd in de praktijk nagenoeg altijd toegevoegd aan de executeurbenoeming. De kwestie spitst zich derhalve toe op de vraag of een executeur die tevens (boedel)beredderaar is, en als zodanig onder het oude recht door erflater testamentair is aangewezen, bij het openvallen van de nalatenschap onder het nieuwe erfrecht aangemerkt wordt als een 'beheersexecuteur' dan wel als een 'executeur-afwikkelingsbewindvoerder', met alle gevolgen van dien.<sup>13</sup> Het belangrijkste gevolg is ongetwijfeld de relatie tussen de kwalificatie van de executeur en de positie van de legitimaris. De kwalificatie beheersexecuteur wordt onder het nieuwe erfrecht niet meer als een bezwaring<sup>14</sup> van de verkrijging van de legitimaris gezien, doch de kwalificatie als executeur-afwikkelingsbewindvoerder daarentegen wel. Zoals bekend wordt onder het nieuwe erfrecht de legitimaris, indien hij tevens erfgenaam is, gedwongen, als hij zijn rechten als legitimaris tegen een testamentaire beschikking die een bezwarende verkrijging oplevert geldend wil maken, om in beginsel gebruik te maken van de route van *verwerping met contantenverklaring*.<sup>15</sup> De legitieme portie is immers slechts een geldaanspraak. De betreffende legitimaris staat voor een groot erfrechtelijk dilemma: de bezwaring op zijn erfdeel aanvaarden of zich verzetten door middel van genoemde verwerping met contantenverklaring. Dat er erfrechtelijke deskundigheid vereist is bij het 'tactisch' wikkelen en wegen of inderdaad van dit zware middel gebruikt gemaakt zal gaan worden, wordt treffend geïllustreerd door de term die onze Oosterburen hanteren voor deze bijzondere verwerping, te weten: 'tactische Ausschlagung'.<sup>16</sup> Indien de erfgenaam-legitimaris zijn rechten als legitimaris op een 'vrije en onbezwaarde' legitieme wenst geldend te maken door middel van de verwerping van zijn erfdeel, dient hij zich eerst af te vragen wat hij verwerpt.

13. Oftewel een twee- of een driesterrenexecuteur? Zie over de indeling van executeurs in verschillende categorieën B.M.E.M. SCHOLS in de Van Mourikbundel, Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur, Deventer: Kluwer 2000, p. 298 e.v.

14. Immers 'legitima onus neque et gravamen'.

15. Zie B.M.E.M. SCHOLS, L'exécuteur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374.

16. KARL-LUDWIG KERSCHER en MANUEL TANCK, Pflichtteilsrecht in der Anwaltlichen praxis, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1997, p. 87.

Staat de verkrijging die erfflater voor hem in gedachte had op de 'zwarte lijst' van art. 4:72 BW e.v., de lijst van de inferieure verkrijgingen? Zo niet dan zal de erfrechtelijke straf groot zijn: de waarde van de betreffende verkrijging komt in mindering op zijn legitimaire aanspraak.<sup>17</sup> Staat de verkrijging daarentegen wel op de 'zwarte lijst' dan komt de waarde van zijn verkrijging *niet* in mindering op zijn legitimaire aanspraak.<sup>18</sup> Let wel: de legitimaris krijgt na verwerping nimmer meer dan zijn legitimaire aanspraak en wordt derhalve veelal (in waarde) 'gehalveerd'.<sup>19</sup> Voorts merk ik op dat hij in alle gevallen zeggenschap over de 'nalatenschap' inlevert door het afstand doen van zijn erfgenaamschap. De legitimaris verwordt immers van (mede-) eigenaar tot schuldeiser. Een goederenrechtelijke aanspraak wordt een verbintenisrechtelijke aanspraak. Voorts rest, zoals uitgebreid gezien, dan ook nog de vraag in hoeverre de legitieme portie, gelet op art. 4:82 BW, daadwerkelijk opeisbaar is.

Het probleem dat de term 'boedelbereddaar' onder het nieuwe erfrecht veroorzaakt, zou derhalve in beginsel eenvoudig vertaald kunnen worden naar de vraag of deze bereddaar een erfrechtelijke verkrijging inferieur maakt in de zin van art. 4:72 BW of niet. Wat deze 'zwarte lijst' betreft merk ik nogmaals op dat testamentair bewind er wel op voorkomt, doch een executeur niet. Het kan vanzelfsprekend wel zo zijn dat in de uiterste wil nog een andere inferieure making is opgenomen.

## 2. De wetgever roept de kwalificatievraag op

De door mij hierboven gestelde vraag werd mede opgeroepen door de navolgende opmerking van de wetgever in de parlementaire geschiedenis:<sup>20</sup>

'(...) De zoeven bedoelde leden verklaarden door de uiteenzetting van de Regering bevredigd te zijn. Zij zagen een reële behoefte aan een soort van "*boedelbereddaar*" die iets meer kan uitrichten dan een executeur en een langere tijd dan deze in functie kan zijn. Voor deze figuur is blijkens het betoog der Regering ruimte gelaten in de sfeer van het *afwikkelingsbewind* (...): (Curs. BS)

Voorts kom ik de navolgende opmerking van de Minister tegen bij de totstandkoming van de erfrechtelijke overgangswetgeving:<sup>21</sup>

'(...) Ook de executeur met bezit is echter bijvoorbeeld niet bevoegd tot voldoening van andere schulden der nalatenschap dan legaten. Wel neemt men gewoonlijk thans aan dat de erfflater hem deze en dergelijke bevoegdheden bij uiterste wil kan toekennen, maar hoever hij daarbij kan gaan, is niet zeker. In elk

17. In jargon: 'Er vindt imputatie plaats'.

18. Indien de verwerping van een inferieure verkrijging niet binnen drie maanden plaatsvindt, krijgt de verkrijging alsnog een *met*-inferieur karakter met alle gevolgen van dien. Art. 4:77 BW geeft wel aan de kantonrechter de mogelijkheid om de termijn op grond van bijzondere omstandigheden te verlengen.

19. De legitieme portie bedraagt immers in beginsel de helft van het erfdeel bij versterf. Let wel: de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot telt ook mee voor de berekening van het erfdeel bij versterf.

20. Verslag van het mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 66.

21. MvT, 26 822, nr. 3, p. 20.

geval is er sprake van uitbreiding, indien de executeur tevens tot *bewindvoerder* is benoemd. (...)’ (Curs. BS)

Maar ook in de Memorie van Antwoord bij de Invoeringswet nadrukkelijk:<sup>22</sup>

‘*Uitbreiding van de taak en bevoegdheden van de executeur, die daarmee in feite een afwikkelingsbewind zou gaan voeren, is met die regeling niet in overeenstemming.*’ (Curs. BS)

Lezing van de citaten zou aanleiding kunnen zijn voor een voorzichtige opmerking dat een ‘boedelberedderaar’ onder het nieuwe erfrecht wellicht getransformeerd wordt in een ‘afwikkelingsbewindvoerder’. Een nadere analyse is echter vereist. Zo staat in het eerste citaat boedelberedderaar tussen aanhalingstekens en wordt er gesproken van ‘een soort van (...)’.

In het tweede citaat wordt de onzekerheid rondom de onderhavige materie overigens nog eens bevestigd. In het derde citaat wordt gesproken van ‘uitbreiding.’

Net zoals wij deze aanpak gewoon zijn in het internationaal privaatrecht zou eigenlijk eerst aandacht besteed moeten worden aan de kwalificatie van de rechtsfiguur in overgangsrechtelijke zin. Welke overgangsrechtelijke verwijzingsregels zijn van toepassing? Tot welke verwijzingscategorie behoort de boedelberedderaar? Is er sprake van een probleem van executele of van testamentair bewind? Afhankelijk van het antwoord op deze vraag, zou art. 133 dan wel art. 134 Ow de overgangsregel leveren. Dit probleem kan ik echter laten rusten, aangezien beide overgangsregels de problematiek hetzelfde benaderen. Er zijn geen spectaculaire verschillen.<sup>23</sup> Of men nu art. 133 Ow of art. 134 Ow hanteert, er wordt door het gebruik van woorden als ‘tenzij’ en ‘behoudens’ alle ruimte gelaten om de wil van erflater te kunnen respecteren. De overgangsrechtelijke kwalificatie in de onderhavige kwestie is derhalve niet van groot gewicht. Wel is de kwalificatie van groot belang voor de toepassing van het nieuwe recht. Om tot toepassing van nieuw recht te kunnen komen dient vanzelfsprekend eerst door de deur van het overgangsrecht gegaan te worden. Het is overigens in beide gevallen (voor en achter de (toegangs)deur) dezelfde kwalificatievraag die gesteld moet worden. Is er sprake van bewind of van executele?

### **3. Geen specifieke overgangsregel voor de boedelberedderaar**

De wetgever had ook een specifieke overgangsregel kunnen maken voor de in de testamentenpraktijk veel gebruikte term boedelberedderaar. Dit is echter niet gebeurd. De wetgever heeft zoveel mogelijk gekozen voor de abstracte benadering. Voor executele vinden we een eigen algemene regel van over-

22. Parl. Gesch. Boek 4 Inv., p. 2058.

23. B.M.E.M. SCHOLS, Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 574, waar zeven redenen worden gegeven waarom oude bewinden eenvoudig in het nieuwe stelsel in te passen zijn. Bijvoorbeeld: de hoofdregel ‘nieuw recht’ geldt alleen, indien het testament zwijgt, art. 134 Ow slot



gangsrecht in art 133 Ow en voor testamentair bewind een soortgelijke regel in art 134 Ow Deze regels geven zoals hierboven opgemerkt echter geen kant en klare oplossing voor ons probleem We raken derhalve verstrikt in het spanningsveld dat tussen twee hoofdbeginselen van erfrechtelijk overgangsrecht bestaat, te weten het beginsel van onmiddellijke werking van het nieuwe erfrecht en het beginsel dat erfrechtelijke begrippen uitgelegd dienen te worden naar de 'omstandigheden' waaronder het testeren heeft plaatsgevonden<sup>24</sup> Een van die omstandigheden is dat het oude erfrecht gold Het spanningsveld wordt derhalve nu in zoverre weer opgeheven doordat het uitlegbeginsel via art 4:46 BW ook onmiddellijke werking krijgt De 'omstandigheden' van destijds zijn onze houvast bij de overgangsrechtelijke uitleg

#### 4. De praktijk: een onder oud erfrecht veel gebruikte clausule

Een aan het modellenbestand van de KNB ontleende clausule<sup>25</sup> en wel uit de tijd dat nog niet op grote schaal geanticipeerd werd op het nieuwe erfrecht, luidt als volgt

'Ik benoem [ ] tot uitvoerder van mijn uiterste wilsbeschikkingen, beredderaar van mijn boedel en verzorger van mijn uitvaart en begrafenis of crematie Ik ken hem daarbij toe alle rechten welke de wet mij toestaat hem te verlenen, speciaal het recht tot inbezitting van alle goederen welke ik zal nalaten, het recht om successierechten en schulden te voldoen alsook om goederen van mijn nalatenschap te verkopen, wanneer dit ter betaling van successierechten of schulden nodig mocht zijn De executele met alle vermelde rechten zal voortduren totdat mijn nalatenschap geheel zal zijn afgewikkeld In de plaats van het wettelijk loon komt aan de executeur een beloning toe van [ ]'

Een clausule die men overigens in de notariële praktijk regelmatig tegenkomt en waarbij men zich onder nieuw erfrecht de vraag dient te stellen of de onderhavige *'beredderaar van mijn boedel'* een 'bezwaring'<sup>26</sup> voor de legitimaris oplevert Het zal in de praktijk overigens veelal de notaris zijn die in deze problematiek adviserend zal moeten optreden Doordat mijns inziens in de praktijk veelvuldig van deze 'standaard'beredderaar gebruik is gemaakt kan deze kwestie niet afgedaan worden als een probleem van academische aard

#### 5. De boedelberedderaar in de doctrine

##### 5.1 *Literatuur als 'omstandigheid'*

Om het erfrechtelijk beladen begrip 'boedelberedderaar', handen en voeten te kunnen geven zullen we te rade moeten gaan bij de literatuur over het oude

24 Beide beginselen vinden we terug in de artt 133 en 134 Ow

25 BTE27C versie 25-01-1994 'Bepaling inzake executele'

26 Een inferieure verkrijging

erfrecht. De wetgever van 1838 heeft ons immers nooit voorzien van een kant en klare definitie van deze mystieke figuur. Genoemd art. 4:46 BW dwingt ons het begrip uit te leggen naar de 'omstandigheden' waaronder het begrip gebruikt is.

Een van de belangrijkste omstandigheden is vanzelfsprekend de literatuur onder het oude erfrecht.<sup>27</sup>

## 5.2 *Klaassen-Eggens-Luijten*

Bij Klaassen-Eggens-Luijten<sup>28</sup> lezen wij over de boedelberedderaar:

'Mij dunkt, dat waar de Regering aansluiting heeft gezocht bij het oud-vaderlandse recht de taak, die daarin, in het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland en in het Ontwerp 1820, aan boedelredders werd toegekend, door de erfflater geheel of ten dele ook aan de executeur mag worden toegekend. Daaronder valt allereerst het recht om de nalatenschap *tot effenheid te brengen en de schulden te betalen*' (Curs BS)

En over de boedelberedderaar in relatie tot het afwikkelingsbewind onder het nieuwe erfrecht:<sup>29</sup>

'In dit door de erfflater ingestelde bewind kunnen aan de bewindvoerder alle bevoegdheden worden toegekend die de erfflater ook thans aan de executeur kan toekennen, indien men aanvaardt, dat hij ook de juro constituto tot *boedelberedderaar* kan worden benoemd' (Curs BS)

## 5.3 *Pitlo/Van der Burght*

Pitlo/Van der Burght denkt er zo over:<sup>30</sup>

'De ruimste uitbreiding van de taak en de bevoegdheden bereikt men door hem te benoemen tot "boedelberedderaar". Dit is de praktijk nagenoeg altijd het geval

De benoeming tot executeur-testamentair tevens boedelberedderaar houdt in dat de functionaris slechts met marginale inmenging van de zijde van de erfgenamen – alle handelingen mag verrichten die noodzakelijk zijn voor het beheer van de nalatenschap en het gereed maken ervan voor de verdeling.'

## 5.4 *Asser-Van der Ploeg-Perrick*

De boedelberedderaar van Asser-Van der Ploeg-Perrick:<sup>31</sup>

27 Aangezien er geen enkele dynamiek is geweest in ontwikkelingen rondom, behoudens de hierna te behandelen WPNR publicatie (1978) 5458 van ROMBACH, de invulling van het begrip boedelberedderaar, maak ik geen indeling in de tijd en ga ik in beginsel uit van het oude erfrecht in het algemeen

28 KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, Erfrecht, Zwolle WE J Tjeenk Willink 1989, p 226

29 KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, Erfrecht, Zwolle WE J Tjeenk Willink 1989, p 232

30 PITLO/VAN DER BURGHT, Erfrecht, Arnhem Gouda Quint 1997, p 255

31 ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer WE J Tjeenk Willink 1996, p 488

‘Wie zijn executeur onder verlening van het bezit der nalatenschap de bevoegdheden van een boedelberedderaar toekent beoogt daarmee hem alle bevoegdheden te geven die nodig zijn de nalatenschap in staat van verdeling te brengen. De erflater wil geen inmenging of dwarsliggen van de erfgenamen, het oordeel van de executeur is beslissend’

En verderop:<sup>32</sup>

‘De erflater kan de executeur de bevoegdheid geven de registergoederen der nalatenschap te verkopen zonder de toestemming van de erfgenamen te behoeven. Een zodanige bevoegdheid ligt opgesloten in de benoeming tot boedelberedderaar ( . )

Evenmin zijn de executeurs volgens de wet bevoegd om de goederen der nalatenschap te verkopen teneinde dezelve in staat van deling te brengen. De executeur-boedelberedderaar zal wel tot die verkoop bevoegd zijn’.

Nog verder:<sup>33</sup>

‘De executeur met de ruime bevoegdheid van de boedelberedderaar blijft executeur.’

Ook wordt eerder wat de bevoegdheden van een executeur betreft nog vermeld:<sup>34</sup>

‘(...) en indien hem de bevoegdheden van een boedelberedderaar toekomen, de schulden te betalen ’

## 5.5 *Kasdorp*

Kasdorp laat weer een heel ander licht schijnen op de beredderende taak:<sup>35</sup>

‘In de praktijk is de executeur steeds tevens boedelberedderaar (...). Wij houden het nog steeds op de mogelijkheid twee speciale niet wettelijke functies van de executeur te onderscheiden die van vereffenaar en van beredderaar. De vereffende zaak betreft, het woord zegt het al de schuldvoldoening; ( . ) Daarvan is te onderscheiden de beredderende taak dat is het opruimen van het sterfhuis, correspondentie sorteren, goederen aan gerechtigden teruggeven, kortom het zich inlaten met wat de overledene aan niet geldswaardige zaken heeft nagelaten’

Deze ‘opruim’taken zouden mijns onder nieuw erfrecht eenvoudig onder de beheerstaak als bedoeld in art. 4:144 BW oftewel als werkzaamheden in de zin van de quasi-opdracht gebracht kunnen worden.

32 ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer WE J Tjeenk Willink 1996, p 498

33 ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer WE J Tjeenk Willink 1996, p 498

34 ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer WE J Tjeenk Willink 1996, p 494

35 KASDORP e a , Compendium Erfrecht, Deventer Kluwer 1998, p 84

## 5.6 Van Mourik

Van Mourik<sup>36</sup> legt terecht de klemtoon op onduidelijkheid die er heerst rondom het fenomeen boedelberedderaar:

‘Het onderscheid tussen executeurswerkzaamheden en activiteiten als boedelberedderaar is in theorie en praktijk inderdaad weinig helder. De hedendaagse executeur is immers bijna steeds ook boedelberedderaar. Volgehouden kan echter worden dat arbeid die enkel gericht is op het rijp maken van de boedel voor verdeling, geen typisch executeurswerk is.’<sup>37</sup>

## 5.7 Heuff

Heuff<sup>38</sup> volstaat met verwijzing naar het in de praktijk gebruikte begrip ‘boedelberedderaar’.

‘(...) (art.4.4.7.1.q) Een volledige beschikkingsbevoegdheid aan de bewindvoerder toekennen is dus mogelijk. Ook voor de executele zien we een soortgelijke ontwikkeling. Hier geeft de huidige wettelijke regeling wel een minder summiere regeling in art. 4:1052 e.v. BW, maar aan de executeur worden in de praktijk ruimere bevoegdheden toegekend en mogelijk geacht dan die volgens de wet. Niet alleen wordt de duur van de executele bij testament verlengd, maar ook worden vaak de bevoegdheden uitgebreid tot die van boedelberedderaar. Aan de testeervrijheid wordt zo de gewenste ruimte gegeven.’

Heuff gaat er blijkbaar ook van uit dat ‘boedelberedderaar’ een vast omlijnd begrip is.

## 6. Het gedachtegoed van Rombach als ‘omstandigheid’

Al met al wordt het invullen van het begrip ‘boedelberedderaar’ er niet eenvoudiger op na het bestuderen van de recente rechtsleer. Over de onderhavige problematiek heeft echter in het verleden ook Rombach zich nog al ‘druk’ gemaakt.<sup>39</sup> Raadpleging van zijn gedachtegoed ligt dan ook voor de hand. Het betreft zijn artikel met de sprekende titel: ‘De kameleonistische boedelberedderaar, redder uit de notariële boedelafwikkelingsnood.’ Rombach gaat hierin uitgebreid in op het begrip ‘boedelberedderaar’ en richt zich daarbij met name tegen de wijze van invulling van de bevoegdheden van de boedelberedderaar door Van der Ploeg als bewerker van het ‘Asserdeel Erfrecht’.<sup>40</sup>

36. In zijn antwoord op de rechtsvraag onder het opschrift ‘Executeursloon en verkoopbrengst’ in WPNR (1996) 6226.

37. Hij verwijst daarbij naar KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, Erfrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 235.

38. W. HEUFF, Hoe vrij is de testateur? (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 103.

39. J. ROMBACH, De kameleonistische ‘boedelberedderaar’, redder uit de notariële boedelafwikkelingsnood? WPNR (1978) 5458.

40. Destijds ‘ASSER-MEIJERS-VAN DER PLOEG’

Rombach wijst op de uitersten. In het Pitlo-deel erfrecht vond men destijds (in 1977) geen enkele opmerking over het begrip boedelberedderaar, terwijl de bewerkingen van Asser-Meijers steeds verder opgeschoven en in het begrip boedelberedderaar zelfs (in 1977) de vrije verkoopbevoegdheid werd opgesloten geacht, zonder dat er een basis voor in de wet of rechtspraak was. Met Rombach ben ik dan ook van mening dat het gebruik van het begrip boedelberedderaar een allesbehalve vast omlijnd begrip is dat slechts onzekerheden oproept. Indien men de term in een uiterste wil zou willen gebruiken, zal men de bevoegdheden van deze mystieke figuur nader moeten uitwerken. Ik laat hierbij nog in het midden of het überhaupt mogelijk was om de bevoegdheden van de executeur uit te breiden. In Asser-Van der Ploeg-Perrick<sup>41</sup> lees ik dat 'de executeur in de oudere handboeken geheel naar Frans model' werd gekarakteriseerd, iets waartoe naar hun mening 'de wet volstrekt niet dwong en wat te meer verwondering wekt, omdat de executeur in de praktijk geheel gebleven is, hetgeen hij onder het vroege recht was, dat wil zeggen een boedelleder in de volste zin des woords', waarbij uiteindelijk<sup>42</sup> geoordeeld werd dat de bevoegdheid tot verkoop voor de betaling van boedelschulden stilzwijgend besloten ligt in de term boedelberedderaar. Het venijn zat hem dan ook in de staart, in de 'stilzwijgende' toevoeging van deze laatste bevoegdheid. In de oorspronkelijke visie van Meijers (4e druk) moest de verkoopbevoegdheid uitdrukkelijk in de uiterste wil opgenomen zijn. Tegen de door de bewerkster Van der Ploeg aangebrachte (en daarna in standgelaten gelaten) toevoegingen richtten zich de bezwaren van Rombach.

Het zal overigens niemand verbazen dat we in de laatste druk onder het oude erfrecht wat het fenomeen boedelberedderaar betreft op verschillende plaatsen kunnen lezen: anders Rombach (...).<sup>43</sup>

De opmerkingen van Rombach spelen voor mij een belangrijke rol ter bepaling van de gedachten over de onderhavige kwestie, nu niet alleen in de literatuur maar – naar mijn ervaring – ook in de praktijk niet erg zorgvuldig met het begrip 'boedelberedderaar' omgesprongen is. Om een compleet beeld te krijgen zal ik in de volgende paragraaf onder meer ook kort stilstaan bij de visie van de tuchtrechter over het begrip boedelberedderaar.

## 7. De boedelberedderaar in de jurisprudentie

### 7.1 *De tuchtrechtspraak*

Het Hof Amsterdam moest als tuchtrechter oordelen over het geval dat een notaris als executeur-testamentair tevens boedelberedderaar, inboedelgoederen had doen veilen zonder zich te vergewissen van de toestemming van alle erven. Het hof kwam tot de slotsom dat het oordeel van de Kamer van Toezicht onderschreven werd dat de notaris laakbaar had gehandeld.<sup>44</sup>

41. ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 483 en p. 498 e.v.

42. Zij het vijftien pagina's verder.

43. Zie ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, noot 38, 77 en 78.

44. WPNR (1998) 6336. Hier wordt ook nog gewezen op het feit dat de notaris een boedelbeschrijving had moeten opmaken.

Voor de onderhavige problematiek is de onderbouwing van het hof interessant:

‘Volgens heersende opvattingen is een executeur-testamentair, tevens boedelberedderaar, uitsluitend bevoegd goederen behorende tot een nalatenschap zonder toestemming van de erven te verkopen in het geval dat uit de opbrengst een le gaat dan wel een schuld van de nalatenschap moet worden voldaan en in het geval dat een behoorlijk beheer de verkoop dringend vereist.’

Door het hof wordt hier kant en klaar kond gedaan van wat het college heersende leer vindt. Het is voor de praktijk goed om ook met een deontologische bril naar de ‘boedelberedderaar’ te kijken, zeker nu het hof de beladen woorden ‘heersende opvattingen’ gebruikt.

## 7.2 *Nogmaals: Hof Amsterdam 8 september 1994, NJ 1995, 700*

Wat de civielrechtelijke jurisprudentie betreft kwam ik bij mijn onderzoek een hofarrest tegen dat illustratief is voor de wijze van gebruik in de notariële praktijk van de term boedelberedderaar. Een arrest dat wij ook reeds gezien hebben bij de vraagstukken rond de bevoegdheid van de executeur om goederen te gelde te maken. Het betreft Hof Amsterdam van 8 september 1994, NJ 1995, 700 (Klaver versus De Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Georgius). Erfflater Scholten heeft de Parochie van de Heilige Georgius tot zijn ‘enige en algehele’ erfgenaam benoemd. In hetzelfde testament werd de voormalig kerkmeester, de heer Borst tot ‘executeur-testamentair-boedelberedderaar’ benoemd. In de nalatenschap bevond zich onder meer een onroerende zaak. Deze onroerende zaak werd door Borst q.q. verkocht aan Klaver. Het kerkbestuur weigert de akte van levering te tekenen. Klaver vordert dat de parochie wordt veroordeeld tot levering. Hoe zag de ‘boedelberedderaars-clausule’ er in casu uit?

De executeur werd het bezit van de nalatenschap verleend, en hij werd voorts tot *beredderaar van de nalatenschap* benoemd en hem toegekend de meest uitvoerige macht, in het bijzonder om de boedel tot een staat van efenheid en deelbaarheid te brengen, te liquideren en af te rekenen. Of zoals het hof het samenvat: de executeur heeft dus alle bevoegdheden die nodig zijn om de nalatenschap te vereffenen. Het hof merkt daar bij op dat Klaver (koper) niet bestrijdt dat de executeur zijn bevoegdheid slechts heeft voor de vereffening van de boedel en in het bijzonder ook voor de uitkering van de legaten. Het geschil spitst zich in het arrest toe op de vraag of deze bevoegdheidsbeperving extern of slechts intern werkt. Het eerste is het geval, althans voor het oude erfrecht.

De gebruikte boedelberedderaarsclausule is zo illustratief voor de onderhavige problematiek, omdat de notaris-redacteur (zoals zo velen) er blijkbaar ook van uitging dat de term boedelberedderaar een vast omljnd begrip is, waar geen onduidelijkheid over kan bestaan.

Asser-Van der Ploeg-Perrick<sup>45</sup> doet dit arrest overigens af als: ‘Anders’: (...).

45. ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 500, noot 81b. Ik ga voor deze problematiek in beginsel uit van de ‘oude’ literatuur.

## 8. Een analyse met de 'ondergrens is bovengrens'-regel

Indien we de visie van Rombach en het feit dat er op basis van de hierboven aangehaalde citaten van de schrijvers geen duidelijke leer is te ontwikkelen ten aanzien van het fenomeen boedelberedderaar, vertalen naar de onderhavige overgangsproblematiek, dan constateer ik dat het gebruik van de uitlegregel van art. 4:46 BW ons op het eerste gezicht niet verder kan helpen, omdat er geen duidelijke 'omstandigheden' zijn in deze. Anders gezegd: het oude recht was al niet duidelijk.

Indien het begrip 'boedelberedderaar' gebruikt is onder het oude recht is het enige wat we wel met zekerheid kunnen afleiden uit de hierboven in de aangehaalde literatuur gegeven toelichtingen dat er een ondergrens van de taak en bevoegdheid is te geven van de boedelberedderaar. Over welke bevoegdheden zijn de schrijvers het eens? Welke bevoegdheden dicht ieder van de schrijvers de boedelberedderaar *minimaal* toe? Is er vanuit deze 'ondergrens'gedachte een gemeenschappelijke visie te creëren?

Kort gezegd: ja, te weten:

- a. de voldoening van boedelschulden,<sup>46</sup>
- b. hetgeen ik aanvul met de 'verkoop'bevoegdheden die er sowieso op grond van de wet waren, te weten art. 4:1059 BW en art. 72 SW.

In de visie Kasdorp kan het betalen van boedelschulden reeds onder de vereffenende taak van de executeur gebracht worden.

In dit verband merk ik nog op dat het Hof Amsterdam in zijn hierboven behandelde tuchtrechtelijke uitspraak ook nog de beheersbevoegdheid aanstipte als reden om onder omstandigheden verkoopbevoegdheid aan te nemen voor de executeur. Het gebruik van het woord boedelberedderaar impliceert overigens het toekennen van het recht van *bezit*.<sup>47</sup>

De op deze door Rombach geïnspireerde wijze bepaalde gemeenschappelijke ondergrens kan vervolgens aangehouden worden als '*omstandigheid*' in de zin van art. 4:46 BW. Bij de uitlegging van het begrip boedelberedderaar dient derhalve rekening gehouden te worden met de omstandigheid dat de boedelberedderaar *in ieder geval* bevoegd is om de schulden van de nalatenschap te betalen en in het kader daarvan binnen de wettelijke bevoegdheden goederen te gelde te maken.<sup>48</sup> Wil men meer dan had erfflater dit maar uitdrukkelijk dienen te bepalen. En voor zover er uitdrukkelijke bepalingen zijn opgenomen komen we aan uitleg van het begrip boedelberedderaar als zodan-

46. Hierbij ga ik er vanuit dat in de visie van KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN deze bevoegdheid wel reeds in het gebruik van het woord boedelberedderaar zit. Hierbij baseer ik me en sluit ik mij aan bij de toelichting die ROMBACH over de bedoeling van de eerdere bewerker EGGENS heeft gegeven in WPNR (1978) 5458. ROMBACH benadrukt daarin nog eens dat Eggens zich conformeert aan de notariële communis opinio vóór Van der Ploeg.

47. VAN MOURIK, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 225: 'In de testamentenpraktijk wordt dit bezit afgeleid uit de kwalificatie "beredderaar van de boedel"'. En ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 490: 'Zo zal de toekenning aan de executeur van de bevoegdheden van een boedelberedderaar de toekenning van het bezit gedurende de bereddering inhouden.'

48. Zo ook ROMBACH in WPNR (1978) 5458.

nig niet toe. Zijn er geen uitdrukkelijke bepalingen<sup>49</sup> opgenomen, dan pleit ik ervoor om het begrip uit te leggen in de zin van de hiervoor gegeven ondergrens, hetgeen aansluit bij de visie Rombach, die de ruime uitleg door de bewerkers van Asser-Meijers categorisch afwijst op grond van het feit dat er noch een basis voor in de wet of jurisprudentie te vinden is en slechts één erfrechtelijk handboek deze ruime visie er op na houdt.<sup>50</sup>

De aldus bepaalde gemeenschappelijke ondergrens geeft vervolgens de bovengrens van bevoegdheden aan die gekoppeld worden aan de boedelberedderaar in de overgang van oud naar nieuw erfrecht. De bovengrens geeft als het ware de 'maatman'-boedelberedderaar aan. De bovengrens wordt vanzelfsprekend anders als erfflater een eigen invulling gegeven heeft aan zijn boedelberedderaar. Hierna zal onder meer met deze 'ondergrens-bovengrensregel' geprobeerd worden concrete casus op te lossen.

Voor de toepassing van art. 4:46 BW hebben we met het formuleren van de ondergrens mijns inziens een werkbare regel voor de overgangsrechtelijke invulling van het begrip boedelberedderaar. Vervolgens dient dan nog gekeken te worden welke regels vanuit de positie van de *legitimar*is nieuwe stijl gelden ten aanzien van het thans in overgangsrechtelijke zin ingevulde begrip boedelberedderaar. Indien de nalatenschap openvalt onder nieuw recht krijgt de boedelberedderaar alleen te maken met legitimarissen nieuwe stijl, aldus art. 128 Ow. De 'bovengrens' – zijnde (indachtig het gedachtegoed van Rombach) de *maximale* bevoegdheden die aan het gebruik van de term boedelberedderaar sec gekoppeld worden – dient niet verward te worden met de scheidslijn tussen een beheersexecuteur en een executeur-afwikkelingsbewindvoerder. Deze grens is van belang voor het al dan niet als inferieur bestempelen van een erfrechtelijke verkrijging. Er is in deze fase immers nog niet gezegd dat de boedelberedderaar volgens de 'definitie' van Rombach zonder meer een *niet* inferieure verkrijging oplevert of dat de boedelberedderaar op grond van de ruime visie van Asser-Van der Ploeg-Perrick zonder meer wel een inferieure verkrijging oplevert. De 'ondergrens-bovengrensregel' is alleen een methode om het probleem aan te pakken, en wel om de vertaalslag te maken naar het nieuwe recht.

## 9. Het 'materiële gezichtspunt'

Zoals hierboven reeds aangestipt, is met het oog op de positie van de legitimar<sup>is</sup> nieuwe stijl voordat hij zich op zijn legitieme gaat beroepen door middel van een 'tactische verwerping', het navolgende van belang. De legitimar<sup>is</sup> dient zich eerst ervan te overtuigen of de boedelberedderaar in kwestie, gezien de onmiddellijke werking van de regels van de legitieme bij het openval-

49. Zij het dat uitdrukkelijke bepalingen ook weer onduidelijk kunnen zijn, doch dit probleem staat op zichzelf in die zin dat het niet om de uitleg van het begrip boedelberedderaar sec gaat.

50. Het lijkt er op dat KLAASSEN-EGGENS-LUIJTEN, Erfrecht, Zwolle. W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 228 noot 60 zich in de richting van ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, beweegt. Het gaat mij in eerste instantie echter slechts om de gedachtegang van Rombach, in hoeverre deze overgangsrechtelijk ingezet kan worden tegen 'ondoordacht' en 'standaardmatig' gebruik van de term boedelberedderaar in de klassieke testamentenpraktijk.



len van de nalatenschap onder nieuw recht 'slechts' als een executeur of tevens ook als een afwikkelingsbewindvoerder kan worden aangemerkt. Executele staat immers niet op de 'zwarte lijst van inferieure verkrijgingen' in de zin van art. 4:72 en art. 4:73 BW, doch afwikkelingsbewind wel.<sup>51</sup>

Van belang in deze is hetgeen thans geldt omtrent de mogelijkheid tot het uitbreiden van de bevoegdheid van de executeur en hetgeen hierover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt. Hier geldt eenvoudig de regel dat de bevoegdheden van de executeur niet mogen worden uitgebreid buiten het door de wetgever in afdeling 6 met als opschrift 'executeurs' gegeven model. Dit wordt slechts anders indien de wetgever in de modelregeling van afdeling 6 expliciet een wijziging toestaat.<sup>52</sup> Deze wijzigingen (via de 'tenzijtjes' in de modelregeling) mogen ook geen uitbreiding van de wettelijke opdracht tot gevolg hebben, tenzij dit ook weer uitdrukkelijk is toegestaan. 'Minder' mag vanzelfsprekend wel.

Indien erflater toch 'ongeoorloofd' buiten de modelregeling van de (nieuwe) wetgever treedt en de bevoegdheden wil verruimen wordt dit gezien als het bekleden van de executeur met een afwikkelingsbewind. Dan wordt tevens afdeling 7 inzake testamentair bewind van toepassing, waarbij art. 4:171 BW een heel belangrijke rol speelt. Het van toepassing zijn van afdeling 7 levert zoals bekend een inferieure verkrijging op.

De wetgever laat in deze de materiële invalshoek prevaleren. Indien derhalve erflater in zijn testament spreekt van executeur en executele, maar de bevoegdheden zodanig regelt dat deze niet meer passen in het 'model' van afdeling 6, maar in het systeem van bewind oftewel het 'model' van afdeling 7 dan is de wens van erflater inzake de bevoegdheden doorslaggevend. Oftewel toegepitst op de boedelberedderaar: de naam van het beestje is niet relevant.<sup>53</sup> Is in materiële zin sprake van bewind, dan geldt ook de regeling van bewind.<sup>54</sup> Hier komen wij weer op het terrein van de aanzuigende werking van het gesloten stelsel. Al naar gelang zijn bevoegdheden wordt de boedelberedderaar gezogen naar het vakje executele of naar het vakje testamentair bewind.

Thans enkele casus ter verheldering.

## 10. Casus I. De 'kale' boedelberedderaar

Stel erflater heeft onder oud recht een executeur met bezit benoemd, tevens boedelberedderaar. De bevoegdheden van de boedelberedderaar zijn niet nader ingevuld, een 'kale' boedelberedderaar oftewel een boedelberedderaar sec. De nalatenschap valt open onder nieuw recht. Hoe dient deze boedelberedderaar overgangsrechtelijk benaderd te worden?

51. Indien een verkrijging reeds op andere gronden als inferieur aangemerkt kan worden, komt men aan de problematiek niet meer toe. 'Dubbel' inferieur heeft immers geen extra betekenis voor de legitimaris.

52. Behoudens de mogelijkheid om de executeur via testamentaire lasten extra bevoegdheden te geven. Dit heeft overigens ook gevolgen voor de regeling van de legitieme portie.

53. Eenzelfde materiële benadering komen we overigens ook in het Duitse recht tegen: 'Nicht notwendig für die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist, dass in der Verfügung das Wort "Testamentsvollstrecker" verwendet wird. Ausreichend ist schon eine Umschreibung des Gewollten, z.B. "Er soll die Dinge verwalten und verteilen."', WOLFGANG ESSER, Die Testamentsvollstreckung, Band 3 Schriftenreihe des deutschen Forums für Erbrecht, p. 11.

54. Verslag mondeling overleg, tevens eindverslag, 3771, nr. 8, p. 67.

### *Stap I*

Allereerst merk ik op dat op grond van art. 133 Ow de executeur met *bezit*, als beheersexecuteur wordt aangemerkt, een executeur waarop afdeling 6 van toepassing, behoudens voor zover erflater andere voorzieningen getroffen heeft.<sup>55</sup>

### *Stap II*

Vervolgens dient het door erflater gebruikte begrip 'boedelberedderaar' nog geanalyseerd te worden. Met het oog op de 'omstandigheden' van art. 4:46 BW passen we de regel toe (nu het begrip niet nader is ingevuld<sup>56</sup>) ondergrens van de bevoegdheden is bovengrens van de bevoegdheden. De hierboven geformuleerde ondergrens van de bevoegdheden van de boedelberedderaar kwam neer op 'de schulden van de nalatenschap te betalen en in het kader daarvan binnen de wettelijke bevoegdheden goederen te gelde te maken'. De wettelijke bevoegdheden om nalatenschapsgoederen te gelde te kunnen maken zijn (zonder nadere invulling van erflater) art. 4:1059 BW (om legaten te kunnen uitkeren) en art. 72 SW (om successierecht te kunnen betalen).

### *Stap III*

Deze bevoegdheden moeten we vervolgens (op grond van de onmiddellijke werking van de nieuwe legitieme) leggen op de modelregeling van de nieuwe erfrechtwetgever en kijken of ze binnen het sjabloon van afdeling 6 passen. Zo niet, indien er sprake is van een 'ongeoorloofde' uitbreiding, dan wordt de 'boedelredding' aangemerkt als een afwikkelingsbewind in de zin van afdeling 7 en is de verkrijging van de erfgenaam-legitimarior inferior.

Aangezien de ('ondergrens')bevoegdheden van de betreffende boedelberedderaar passen binnen de wettelijke opdracht van art. 4:144 BW is er geen sprake van een 'ongeoorloofde' uitbreiding.

Immers 'bezit' = 'beheer'. Een boedelberedderaar mag de schulden van de nalatenschap voldoen, hetgeen een beheersexecuteur ook mag. En op grond van art. 4:147 BW bestaat – mede gezien het 'tenzijtje' in lid 2 van het betreffende artikel – een ruimere bevoegdheid om nalatenschapsgoederen te gelde te maken dan op grond van de oude wet van toepassing was, te weten art. 4:1059 BW en art. 72 SW.

Bij de toepassing van de regel van art. 133 Ow speelt de term 'bezit' een belangrijke rol. Zoals hierboven opgemerkt mag er vanuit gegaan worden dat de term 'bezit' opgesloten zit in de term 'boedelberedderaar'.<sup>57</sup>

## **11. Alternatieve praktische oplossing**

Men zou bij een 'kale' boedelberedderaar, indien men zich niet kan vinden in de door mij gevolgde visie Rombach, in de praktijk de betreffende executeur-boedelberedderaar bij de aanvaarding van zijn functie ook expliciet kunnen laten verklaren dat hij zijn functie slechts aanvaardt als *beheersexecuteur* met eventueel in de uiterste wil opgenomen binnen afdeling 6 geoor-

55. Het overgangsrecht voor executele en testamentair bewind is in beginsel identiek, waardoor allerlei kwalificatieproblemen voorkomen worden. Art. 134 Ow pas ik derhalve bij de oplossing van de casus niet meer apart toe. Ik ga gelijk naar de 'ondergrens-bovengrens'-regel.

56. Een 'kale' boedelberedderaar kan voorkomen op grond van 'de leer VAN DER PLOEG'.

57. VAN MOURIK, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 225. En ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 490.

loofde wijzigingen.<sup>58</sup> Dit kan mijns inziens indien er sprake is van een uitlegprobleem. De executeur-boedelberedderaar krijgt in deze als vertrouwensman van erflater het voordeel van de twijfel bij zijn uitleg. Bij de aanvaarding van zijn functie worden de scherpe kantjes van zijn 'benoeming' afgehaald. Indien er sprake is van een aperte overschrijding van de bevoegdheden van de executeur met wettelijke opdracht in de zin van afdeling 6, en derhalve niet meer van een uitlegprobleem, hangt het af van het antwoord op de vraag in hoeverre men een executele (dan wel bewind) gedeeltelijk kan aanvaarden. Aangezien executele een 'opdracht' van erflater betreft, is het in beginsel niet aan de executeur om zijn opdracht door slechts gedeeltelijke aanvaarding te verlichten. 'Freigabe' van bepaalde goederen is eventueel wel mogelijk. Wel is er misschien ruimte om wel de opdracht te aanvaarden, doch af te zien van het gebruik van bepaalde bevoegdheden. Als het gebruik maken van een bepaalde bevoegdheid in het concrete geval niet als iets wat onlosmakelijk aan het aanbod van de opdracht verbonden is wordt gezien, ligt hier – met enig soepel juridisch gemoed – misschien ruimte voor een 'praktische oplossing'.<sup>59</sup> Ook zou in dit verband als argument gebruikt kunnen worden dat onder het huidige erfrecht de executeur steeds, derhalve ook zonder gewichtige redenen op eigen verzoek ontslag aan de kantonrechter kan vragen, art. 4:149 lid 2 BW. Dit geldt echter niet voor de instelling van een afwikkelingsbewind.

## 12. Casus II. De 'KNB-boedelberedderaar'

Nu dezelfde exercitie met de hierboven in paragraaf 4. aangehaalde en in de praktijk veel voorkomende boedelberedderaarclausule van de KNB.

### *Stap I*

Ook hier geldt weer, op grond van art. 133 Ow<sup>60</sup> bezit = beheer. Een beheersexecuteur levert geen inferieure verkrijging op. Maar er is meer. De KNB-clausule rept ook over 'beredderaar van mijn boedel'. Is dit het bekleden van de executeur met een afwikkelingsbewind? De speciale bevoegdheden van de beredderaar worden hier door de 'model-erflater' ingevuld te weten: 'het recht om successierechten en schulden te voldoen alsook om goederen van mijn nalatenschap te verkopen, wanneer dit ter betaling van successierechten of schulden nodig mocht zijn'.

### *Stap II*

Hier hebben wij de algemene 'ondergrens-bovengrensregel' niet nodig omdat de betreffende clausule zijn eigen bovengrens al aangeeft. De bevoegdheden van de boedelberedderaar zijn immers uitgeschreven.

Aangezien de bovengrens van erflater lager zou kunnen liggen dan de bovengrens van de 'ondergrens-bovengrensregel', zou men bij het gebruik van

58. Onder nieuw erfrecht wordt meer werk gemaakt van de aanvaarding van de functie. De verklaring van aanvaarding wordt in de regel schriftelijk vastgelegd, waarbij het voor de hand ligt dit stuk aan de notariële akte houdende de verklaring van executele te hechten.

59. Zij het dat VAN DE VELDE in de feestbundel 'Het Testament', p. 144 spreekt van : 'bij aanvaarding van de functie zullen de bevoegdheden immers verplichtingen worden'

60. Het overgangsrecht voor executele en testamentair bewind is in beginsel identiek, waardoor allerlei kwalificatieproblemen voorkomen worden. Art. 134 Ow pas ik derhalve bij de oplossing van de casus niet meer apart toe. Ik ga gelijk naar de 'ondergrens-bovengrensregel'.

de term boedelberedderaar deze algemene toets toch ook nog kunnen toepassen en wel om het zekere voor het onzekere te nemen

### *Stap III*

Deze bevoegdheden dienen wij vervolgens met in ons achterhoofd het 'materiele gezichtspunt' van de wetgever te leggen op de modelbevoegdheden van de beheersexecuteur van afdeling 6 en daarbij te kijken of deze clause binnen de wettelijke opdracht past. Het betalen van successierecht valt in beginsel binnen art. 4:144 BW, aangezien successierecht als een schuld van de nalatenschap kwalificeert in de zin van art. 4:7 BW. Daarnaast wordt er gesproken van 'schulden'. Dit begrip vertaal ik als schulden in de ruime zin des woords, derhalve als de schulden van de nalatenschap in de zin van art. 4:7 BW. Ook de schulden van de nalatenschap passen binnen art. 4:144 BW. Zou men het woord schulden lezen als 'echte' schulden van erflater (letter a) dan is er ook geen probleem, omdat dit ook binnen het bereik van art. 4:144 BW valt. De volgende stap is het toetsen van de bevoegdheid van de executeur om goederen te gelde te maken aan art. 4:147 BW. Hij is bevoegd<sup>61</sup> om goederen te gelde te maken om successierechten en andere schulden te voldoen. Dit past binnen de door art. 4:147 BW aangegeven grens, zelfs als, zoals vermoed, het om schulden in de ruime zin des woords zou gaan. Voorts ga ik er vanuit dat op grond van de clause de executeur niet in overleg met de erfgenamen hoeft te treden omtrent de verkoop. Ook dit is geen probleem, aangezien deze bevoegdheid past binnen het 'tenzijte' van lid 2 van art. 4:147 BW. Kortom: er is geen sprake van een inferieure verkrijging, althans wat de boedelbereddering betreft.

### *Stap IV*

Voor een definitief oordeel zouden de overige bepalingen van de executeurbenoeming onder de juridische loop genomen dienen te worden. Bij de benoeming tot verzorger van de crematie of begrafenis werd onder het oude recht<sup>62</sup> aangenomen dat legitimarissen zich hiertegen niet konden verzetten. Dit kon op grond van HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 slechts tegen het bezit van de executeur. Ik ga er vanuit dat de wetgever onder het nieuwe erfrecht hierin geen wijziging heeft willen brengen.<sup>63</sup> De duur van de executele (en de 'speciale bevoegdheid') wordt in de clause verlengd totdat de nalatenschap geheel zal zijn afgewikkeld. Past dit binnen de modelregeling van afdeling 6? Afwikkelen van de nalatenschap lees ik hier in de beperkte betekenis van: de nalatenschapsgoederen beheren en de schulden van de nalatenschap voldoen. Met het oog op de voldoening van de schulden zijn de bevoegdheden om goederen te gelde te maken gegeven. Met het oog op het beheer is het bezit gegeven. Deze bevoegdheden 'beheren en schulden voldoen' passen binnen de wettelijke taak van art. 4:145 BW en op grond van art. 4:149 lid 1 sub a BW eindigt de taak van een executeur onder meer 'wanneer hij zijn werkzaamheden als zodanig heeft voltooid'. 'Werkzaamheden als zodanig' ziet op zijn taak.

61 Ik realiseer mij dat iedereen bevoegd is om het huis van 'zijn buurman' te verkopen.

62 Zie in dit verband ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, Erfrecht, Deventer WEJ Tjeenk Willink 1996, p. 489.

63 Het werken met testamentaire lasten die drukken op de executeur kan onder omstandigheden wel gevolgen hebben voor de legitime, doch in de onderhavige clause is dit niet geschied.

Een addertje onder het gras zou nog kunnen zijn, de duur van het bezit. Onder omstandigheden zou dit langer kunnen duren dan de termijn zoals opgenomen in art. 4:150 lid 2 sub b, te weten een jaar en zes maanden sedert de executeur de nalatenschap in bezit heeft kunnen nemen.<sup>64</sup> De wetgever heeft hier willen waken tegen een te langdurige executiele.<sup>65</sup> Deze zouden immers weer het karakter van bewind krijgen in de zin van afdeling 4.5.7. En indien we aannemen dat met de betreffende clausule het dwingende art. 4:150 lid 2 sub b BW opzij gezet zou zijn en daarmee het model van afdeling 6, dan zouden we alsnog met een inferieure verkrijging van doen hebben. Mijns inziens dienen we hier terug te vallen op art. 133 Ow, en te concluderen dat met de uitbreiding van de duur van het bezit, niet tegen art. 4:150 lid 2 sub b BW wordt ingegaan. De bevoegdheid in de zin van art. 4:150 BW wordt de erfgenamen na het verstrijken van de betreffende termijn immers niet afgenomen. Zij kunnen nog altijd op basis van deze bepaling in actie komen. Er staat niet expliciet dat met verlenging van de duur van het bezit door erfflater, art. 4:150 lid 2 sub b BW gefrustreerd wordt. Via art. 133 Ow geldt de bepaling nog steeds. Er is immers onmiddellijke werking, tenzij erfflater een eigen regeling hierover heeft opgenomen. Anders zou het derhalve zijn als in de clausule zou staan dat de erfgenamen niet bevoegd zouden zijn om (ook na het verstrijken van de termijn) het beheer van de executeur te beëindigen. Dan zou er sprake zijn van een afwikkelingsbewind.

Zou het enkele gebruik van de term boedelberedderaar<sup>66</sup> zwaar genoeg zijn om art. 4:150 opzij te zetten?

Vooraf merk ik op dat indien de boedelberedderaar van mening is dat hij nog niet klaar is met zijn taak, hij dit vanzelfsprekend altijd nog aan de kantonrechter kan meedelen en verlenging van zijn 'bezit' (beheer) vragen. Voorts is van belang dat indien de executeur-boedelberedderaar tevens erfgenaam is, art. 4:150 BW de facto niet speelt. Iedere erfgenaam kan immers een verzoek tot ontneming van het beheer tegenhouden. Er zal eenstemmigheid moeten zijn. Tot slot is van belang dat het uitbreiden van de bevoegdheid tot boedelberedderaar een aangelegenheid van erfflater is, terwijl het recht van art. 4:150 BW een recht van de erfgenamen is. Zolang, zoals hiervoor reeds opgemerkt, erfflater over dit recht van de erfgenamen (waar ze geen gebruik van hoeven te maken) niets heeft bepaald, is hun dat recht ook niet ontnomen en geldt er voor art. 4:150 BW onmiddellijke werking, ongeacht het gebruik van de term boedelberedderaar. Geen reden derhalve om 'modeloverschrijding' aan te nemen.

64. Deze termijn kan wel door de kantonrechter een of meer malen verlengd worden, art. 4:150 BW

65. MvA I, 3771, nr. 133, p. 61.

66. Zie voor het oude recht ASSER-VAN DER PLOEG-PERRICK, *Erfrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, nr. 563 over art. 4:1055 (oud) BW dat in beginsel niet gold voor de boedelberedderaar. Hierbij merk ik op dat deze oude regeling van regelen recht was, en dat de boedelberedderaar uit zijn aard deze regeling opzij zette, omdat hij meer schulden kon voldoen dan alleen legaten. Vandaar dat art. 4:1055 (oud) BW wel weer van toepassing kon zijn als de boedelberedderaar in staat werd gesteld om alle schulden van de nalatenschap te voldoen. Overigens kan de boedelberedderaar ook nog aan de legitimaris aanbieden, dat hij in dezelfde positie terecht komt als onder het oude recht en de boedelberedderaar bij discussie over het al dan niet door erfflater opzijgezet zijn van art. 4:150 BW, middelen in de zin van art. 4:1055 oud BW aanneemt.

De bepaling omtrent het loon, kan ook geen roet in het eten gooien, aangezien het loon in de modelregeling van titel 6 in beginsel regelend recht oftewel een 'tenzijtje' is, art. 4:144 lid 2 BW.

### 13. **Casus III. De boedelberedderaar- 'inboedelverdelers'**

Een andere casus. Naast de gebruikelijke executeursbenoeming met bezit, waarbij de executeur tevens als boedelberedderaar wordt aangemerkt, heeft erflater opgenomen dat de boedelberedderaar ook bevoegd is naar eigen inzicht de *verdeling* van de inboedel te bewerkstelligen. Ook deze nalatenschap valt weer onder het nieuwe recht open.

Over deze clause kan ik kort zijn.

#### *Stap I*

Naast het van toepassing zijn van art. 133 Ow,<sup>67</sup> waardoor 'bezet' 'beheer' wordt, dient hierna (stap III) tevens gekeken te worden of er sprake is van testamentair bewind op grond van de door de wetgever gehanteerde materiële invalshoek.

#### *Stap II*

De toepassing van de algemene 'ondergrens-bovengrensregel' is in beginsel weer niet nodig omdat erflater zelf de bovengrens aangegeven heeft.<sup>68</sup>

#### *Stap III*

Indien we de clause van erflater 'inboedel verdelen' leggen op de in afdeling 6 opgenomen modelregeling executele van de wetgever, komen wij al snel tot de conclusie dat de bevoegdheid om de nalatenschap te verdelen geen deel uitmaakt van het standaardpakket dat de wetgever voor de beheersexecuteur in gedachten had. De clause kan ook niet onder een 'tenzijtje' in de modelregeling ondergebracht worden. Het betreft derhalve een testamentair bewind dat een inferieure verkrijging zal opleveren.<sup>69</sup>

### 14. **Casus IV. De boedelberedderaar die zonder meer, om welke reden dan ook, goederen te gelde mag maken**

Dezelfde casus als hierboven, met dien verstande dat er niet bepaald is dat de boedelberedderaar de inboedel mag verdelen, doch dat hij bevoegd is om de goederen van de nalatenschap te gelde te maken en wel zonder meer, om welke reden dan ook.

67. Het overgangsrecht voor executele en testamentair bewind is beginsel identiek, waardoor allerlei kwalificatieproblemen voorkomen worden. Art. 134 Ow pas ik derhalve bij de oplossing van de casus niet meer apart toe. Ik ga gelijk naar de 'ondergrens-bovengrens'regel.

68. Aangezien de bovengrens van erflater lager zou kunnen liggen dan de bovengrens van de 'ondergrens-bovengrensregel', zou men bij het gebruik van de term boedelberedderaar deze algemene toets toch ook nog kunnen toepassen en wel om het zekere voor het onzekere te nemen.

69. Voorzichtig merk ik op dat wellicht de hiervoor aangestipte alternatieve praktische oplossing dienst zou kunnen doen, en de executeur zou kunnen verklaren bij de aanvaarding van zijn functie dat hij de functie aanvaardt zonder de bevoegdheid tot inboedelverdeling?

Het antwoord is in beginsel identiek, zij het dat de toets aan de modelregeling van afdeling 6 (stap III) in casu strandt op het bepaalde in art. 4:147 lid 1 BW. In de wettelijke opdracht dient het te gaan om het te gelde maken van goederen 'voor zover dit nodig is voor de tot zijn taak behorende voldoening van *schulden van de nalatenschap*'. Ook hier is derhalve sprake van een testamentair bewind in de zin van afdeling 4.5.7 en derhalve sprake van een inferieure verkrijging.

## 15. Nogmaals: de deontologische toets

Men zou ook nog een tweede toets kunnen inbouwen naast de door het gedachtegoed van Rombach geïnspireerde 'ondergrens-bovengrensregel'. De definitie van de boedelberedderaar die de tuchtrechter als 'heersend' in gedachten had zou als bovengrens gebruikt kunnen worden bij de vaststelling van de 'maatman-boedelberedderaar'. De (boven)grens van de tuchtrechter ligt 'hoger' dan die van Rombach. 'Hun' boedelberedderaar mag onder meer goederen te gelde maken om schulden van de nalatenschap voldoen. De boedelberedderaar van Rombach dient zoals gezien binnen het raamwerk van de (oude) wet te opereren. Na bovenstaande exercities kan ik thans kort zijn over de boedelberedderaar die de tuchtrechter in gedachten heeft. Het te gelde maken om schulden van de nalatenschap te voldoen blijft ook binnen de voor de beheersexecuteur in art. 4:147 BW gegeven grens.

Hetzelfde geldt in beginsel ook voor de bevoegdheden van executeur-boedelberedderaar Borst in het hiervoor aangestipte arrest.<sup>70</sup>

## 16. Oude uiterste wilsbeschikkingen wijzigen?

De mystieke term boedelberedderaar zal in de testamentenpraktijk een langzame dood sterven, althans voor zover het de nieuwe uiterste wilsbeschikkingen betreft. Het is aan het notariaat om, mede door het geven van goede voorlichting, dit proces, wat de oude uiterste wilsbeschikkingen betreft, te versnellen.

In de overgangperiode zou de boedelberedderaar op wie onder nieuw erfrecht de 'ondergrens-bovengrens'regel zou worden toegepast, in veel gevallen 'slechts' als beheersexecuteur door het leven gaan. Om tot deze conclusie te kunnen komen zal de weliswaar niet met het oog op het nieuwe erfrecht geschreven bijdrage van Rombach uit 1978 een belangrijke rol spelen. De 'Rombach (ondergrens-bovengrens)-regel' is echter slechts een poging om de uitwassen van het fenomeen boedelberedderaar tegen te gaan. Nog beter is het vanzelfsprekend om op te roepen de oude testamenten zoveel mogelijk te wijzigen en de 'boedelberedderaar' een nieuwe duidelijke ware aard te geven. Zeker nu wij in het onder nieuw erfrecht verschenen, Asserdeel<sup>71</sup> met 'terugwerkende kracht' voor het verleden kunnen lezen:

70. Hof Amsterdam 8 september 1994, NJ 1995, 700 (Klaver/De Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Georgius).

71. ASSER-PERRICK 6B, Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2005, nr. 524. De 'Asser' kreeg in WPNR de kwalificatie: 'het belangrijkste boek op het gebied van het Nederlandse

‘De executeur aan wie het beheer der goederen der nalatenschap toekomt, is anders dan de executeur-boedelberedderaar onder het oude recht *niet* bevoegd om goederen der nalatenschap te verkopen teneinde dezelve in staat van deling te brengen.’

Oftewel: Een onder nieuw erfrecht opererende ‘boedelberedderaar’ kan in de benadering van de nieuwe ‘Asser’ meer dan een (nieuwe) *beheersexecuteur*. Wie dit niet wenselijk vindt, zal, zoals gezien, zijn toevlucht dienen te zoeken bij het gedachtegoed van Rombach.

Ook zou men zich kunnen laten leiden door de in het notariële *tuchtrecht* gegeven interpretatie van de ‘heersende leer’. Ook deze variant levert geen inferieure verkrijging op. Dit neemt niet weg dat anterieur benoemde boedelberedderaars de komende tientallen jaren bij het openvallen van nalatenschappen de gemoederen en daarmee de notariële praktijk behoorlijk bezig zullen blijven houden. Wellicht biedt onder omstandigheden ook de hiervoor aangestipte alternatieve praktische oplossing uitkomst. Maar ook hier geldt zoals zo vaak: voorkomen is beter dan genezen.

Het moment om dit erfrechtelijke onderdeel af te sluiten is aangebroken. Thans zal in het volgende deel gekeken worden in hoeverre de civielrechtelijke ware aard ook fiscaal standhoudt.





# BIJZONDER FISCAAL DEEL



# DE ERFRECHTELIJKE OPDRACHT IN FISCALIBUS

‘Für die Gestaltungspraxis ist die neue Rechtslage zu begrüßen. Es besteht mehr Rechtssicherheit. Der Testamentsgestalter erhält nunmehr das Wahlrecht, entweder für unangemessen hohe Testamentsvollstreckergebühren zugunsten der Erbschaftsteuer oder zugunsten der Einkommensteuer zu optieren. Eine Doppelbesteuerung ist ausgeschlossen.’

Eckhard Wälzholz, Zerb 2005/8, p. 249.

## A. INLEIDING

### 1. De drie civielrechtelijke lagen fiscaal getoetst

De strekking van het onderhavige fiscaal deel is driedelig:

- a. Met name te onderzoeken in hoeverre de gevonden drie civielrechtelijke lagen, waardoor de ‘ware aard’ van executele gedragen wordt, fiscaal overeind blijven en/of dienst kunnen doen bij de beantwoording van vraagstukken met betrekking tot de fiscale positie van de executeur en de fiscale status van zijn *beloning* in het bijzonder. De beloning ‘zweeft’ immers, net als de executeur, tussen erfrecht en overeenkomstenrecht oftewel tussen ‘hemel en aarde’.<sup>1</sup>
- b. Daarbij te kijken in hoeverre wij door raadpleging van relevante buitenlandse, met name Duitse, fiscale literatuur, maar ook van buitenlandse fiscale wettelijke regelingen en rechtspraak, inspiratie op kunnen doen om de gedachten over dit onderwerp te scherpen, zulks gelet op het feit dat de Nederlandse literatuur rondom de executeur in fiscalibus zeer schaars te noemen is.
- c. Fiscale regelingen die van belang zijn voor de executeur in het onderhavige hoofdstuk zoveel mogelijk te groeperen.

Ook zal gekeken worden of de quasi-overeenkomstgedachte dienst kan doen bij de, in de praktijk, steeds belangrijker wordende vraag in hoeverre terzake van een executele *omzetbelasting* (Wet OB 1968) verschuldigd is.<sup>2</sup> De op af-

1. Daarnaast kan een executeur ook nog verschillende (fiscale) hoedanigheden aannemen (bijvoorbeeld notaris en/of petekind), niet zelden in één persoon verenigd.
2. Zie voor de BTW-problematiek met betrekking tot executeurbeloningen over de grenzen heen ANJA VASSEL-KNAUF, EU-Kommission: Die deutschen Vorschriften zur Besteuerung der Leistungen von Testamentsvollstreckern verstossen teilweise gegen EU-Recht, Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb), 2006, 5, p.146-149.

wikkelingsbewind en testamentaire lasten gebaseerde, in de praktijk veel gebruikte, *quasi-wettelijke verdeling*, waarbij de executeur ook een belangrijke rol speelt, zal eveneens aan een beschouwing onderworpen worden. In het bijzonder zal daarbij ingegaan worden op de vraag of de erfrechtelijke verbintenis executele(-afwikkelingsbewind) *een rechtsverhouding is die ontstaat ten sterfdage* in de zin van art. 45 lid 3 SW 1956 met alle gevolgen van dien en in hoeverre de uit deze rechtsverhouding voortvloeiende *vertegenwoordigingsbevoegdheid* als een soort van *wilsrecht* kwalificeert.

Andere fiscale wetten waarmee de executeur, naast de Successiewet 1956 (SW 1956), de Wet Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) en de Wet Omzetbelasting 1968 (Wet OB 1968) onder meer in aanraking komt zijn de Invorderingswet 1990 (IW 1990) en de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR).

Nogmaals de drie gevonden civielrechtelijke lagen.<sup>3</sup>

De aard van de gecompliceerde erfrechtelijke verbintenis executele is:

- a. een quasi-*overeenkomst* van opdracht/lastgeving;
- b. met goederenrechtelijke werking, oftewel een *bewindsaspect*;
- c. op basis waarvan de executeur optreedt als *vertegenwoordiger van erflater*.

## 2. Erflater leeft ook fiscaal door? Art. 44 AWR

Ongetwijfeld was in het civielrechtelijke gedeelte één van de belangrijkste bepalingen die ons op het juiste spoor heeft gezet wat het denken over de positie van de executeur betreft art. 3:77 BW. Deze benadering lijkt ook fiscaal voet aan de grond te hebben gekregen en wel in art. 44 AWR. Een aardige bepaling om fiscaal mee van start te gaan, al is het maar ter bepaling van de gedachten en wellicht ook symbolisch:<sup>4</sup>

3. Interessant is de gedachte die ik aantref bij P. VAN DER WAL, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 66 die in het licht van art. 3:79 BW en de toepassing van privaatrechtelijke vertegenwoordigingsregels in het belastingrecht wijst op het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen de *interne* verhouding en *externe* verhouding binnen de driehoeksverhouding van Belastingdienst, belastingplichtige en fiscale rechtsbijstandverlener. De interne rechtsverhouding tussen de rechtzoekende belastingplichtige en de fiscale rechtsbijstandverlener vormt een zuiver privaatrechtelijke aanleging, waarbij de overheid geen partij is. De externe verhouding tussen belastingplichtige en belastingdienst kwalificeert Van der Wal als primair publiekrechtelijk van aard, waarbij voorop staat het dogmatische verschil tussen privaatrecht en publiekrecht. Op p. 68 komt hij tot de conclusie dat binnen het bestuursrecht niet alle privaatrechtelijke vertegenwoordigingsregels gelden, althans niet op dezelfde wijze als in het vermogensrecht.
4. Vanzelfsprekend realiseer ik mij dat 'kopjes' boven wetteksten geen andere waarde hebben dan te voldoen aan het beginsel: 'het gemak dient de mens', maar ik vind het toch aardig om melding te maken van het feit dat de 'Kluwer Pocket Belastingwetten 2007' bij art. 44 AWR vermeldt: '*Vertegenwoordiging van erflater*.' Ik zou nog een stap verder durven gaan en het kopje: '*Erflater leeft*', aandurven. M.J. HAMER, *Formele bepalingen in de Successiewet 1956* (II, slot), WPNR (2006) 6662, p. 302 noot 23 meldt onder verwijzing naar MvA 4080, nr. 5, p. 13 dat art. 44 AWR geen betrekking heeft op successierechten, verschuldigd als gevolg van het overlijden van de erflater. Zij wijst er overigens (op dezelfde pagina) op dat navorderings- en naheffingsaanslagen die na het overlijden van de belastingschuldige erflater worden vastgesteld, ten name van de *erflater* moeten worden opgelegd en dat de aanslagen die worden opgelegd aan de 'erfen van erflater' in de jurisprudentie, Hof Den Haag 27 maart 2001, V-N

‘(1) Na iemands overlijden kunnen zijn rechtverkrijgenden onder algemene titel in het uitoefenen van de bevoegdheden en in het nakomen van de verplichtingen, welke *de overledene* zou hebben gehad, *ware hij in leven gebleven*, worden vertegenwoordigd door een hunner, *de executeur*, de door de rechter benoemde vereffenaar van de nalatenschap of de bewindvoerder over de nalatenschap. Desgevorderd is ieder der in dit lid genoemde personen tot nakoming van die verplichtingen gehouden.’ (Curs. BS)<sup>5</sup>

En de fiscale post voor de overledene?<sup>6</sup>

‘(2) Stukken betreffende belastingaangelegenheden van een overledene kunnen worden gericht aan een der in het eerste lid genoemde personen.’

Een bijzondere bepaling. De executeur vertegenwoordigt de overledene fiscaal, althans zijn rechtverkrijgenden onder algemene titel, *alsof* de overledene in leven is, zo lees ik erin. De vergelijking met de in art. 3:77 BW neergelegde gedachte is, zoals opgemerkt, in ieder geval snel gemaakt. Blijkbaar is er toch een fiscale overgangperiode, of zo men wil een fase tussen ‘hemel en aarde’ waarin fiscale kwesties door een vertegenwoordiger van de overledene kunnen worden afgewikkeld<sup>7</sup> en ook dienen te worden afgewikkeld.<sup>8</sup>

### 3. **Civielrechtelijke vertegenwoordiging is fiscale vertegenwoordiging, art. 3:79 BW?**

Wat de fiscale vertegenwoordiging in het algemeen in het belastingrecht betreft, wijs ik op art. 2:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) waar geregeld is:

‘Een ieder kan zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen.’

Wie voor ‘gemachtigde’ leest executeur, ziet in art. 2:1 Awb een erkenning van het civiele vertegenwoordigingsrecht. Deze gedachte zou ook reeds uit

→ 2001, 38.3 dan ook nietig zijn geoordeeld. Is dit ook een toepassing van het beginsel ‘erflater leeft’?

5. In het Zwitserse belastingrecht geldt blijkens de dissertatie van WALTER FREI, *Die Erbenhaftung für Forderungen aus dem Steuerrechtsverhältnis* (diss. Zurich), Konstanz: Hartung Gorre Verlag 1995, p. 168 het navolgende uitgangspunt: ‘Der Willensvollstrecker ist wie im Privatrecht befugt und verpflichtet, die Steuerangelegenheiten zu erledigen. Dabei entfällt jedoch die Pflicht der Erben nicht vollumfänglich; sie bleiben Steuerpflichtige. Im allgemeinen genügen sie ihrer Verpflichtung jedoch bereits, wenn sie die Steuerbehörden an den Willensvollstrecker weiterverweisen.’
6. Zie voor de woonplaatskeuze in het successierecht art. 43 lid 1 SW 1956.
7. Interessant is ook de in § 80 (2) van de *Abgabenordnung* (1977) neergelegde gedachte met betrekking tot een in fiscalibus gegeven volmacht: ‘Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers [...] aufgehoben; [...]’
8. Art. 43 AWR spreekt niet van executeurs, maar van ‘wiens vermogen onder bewind gesteld’ is. Gelet op het feit dat art. 44 AWR expliciet spreekt van executeur en 43 AWR niet, mag deze bepaling mijns inziens niet louter op basis van het bewindsaspect van executeute worden opgerekt. Zeker nu art. 44 AWR spreekt van ‘de bewindvoerder over de nalatenschap.’ Dat wil niet zeggen dat er niet enige reflexwerking van kan uitgaan.

art. 3:79 BW afgeleid kunnen worden.<sup>9</sup> Van der Wal wijst er, met het oog op het expliciete gebruik door de wetgever van de term ‘gemachtigde’ in plaats van de term ‘gevolmachtigde’, op dat de wetgever in de Awb enerzijds uitdrukkelijk (een schijn van) rechtstreekse toepassing van titel 3.3 BW in het bestuursrecht heeft willen vermijden, terwijl anderzijds een eigen regeling in de Awb niet nodig of wenselijk werd geacht, juist in verband met gemelde *civielrechtelijke schakelbepaling* art. 3:79 BW.<sup>10</sup> De verhouding tussen de civielrechtelijke vertegenwoordigingsregels in het algemeen en specifieke fiscale vertegenwoordigingsregels komt goed naar voren in de Memorie van Toelichting op het ontwerp-AWR.<sup>11</sup>

‘Gegeven de in dezen van belang zijnde uitgangspunten van het civiele recht en het belastingrecht – enerzijds bevoegdheden verleend in het belang van de individuen, anderzijds verplichtingen en bevoegdheden ten dienste van de belastingheffing – is het duidelijk dat aan een regeling nopens de vertegenwoordiging in belastingzaken geheel andere eisen worden gesteld dan aan die geldende in privaatrechtelijke verhoudingen.’

Deze gedachten tezamen maken: via art. 3:79 BW schakelen wij als hoofdregel naar het privaatrecht, tenzij een ‘fiscale specialis’ of een fiscaal beginsel hier een stokje voor steekt.

Voor een ander fiscaal ‘vertegenwoordigings’beginsel vraagt Langereis onze aandacht in zijn dissertatie:<sup>12</sup>

9. M.W.C. FETERIS, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 52-57 die erop wijst dat een gevolg van het van toepassing zijn van titel 3.3 BW is dat de machtiging vervalt door het overlijden van degene die de machtiging heeft verleend, art. 3:72 letter a BW. In noot 195 verwijst hij hiervoor onder meer naar HR 3 februari 2006, BNB 2006, 152. Voor wat de Awb betreft merkt hij op dat deze wet voor de vertegenwoordiging van erfgenamen geen afzonderlijke, van het burgerlijk recht afwijkende, regeling kent en daar dan ook de vertegenwoordigingsregels uit het civiele recht gelden. P.VAN DER WAL, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 273 merkt op dat de vertegenwoordiging in belastingzaken krachtens volmacht wordt beheerst door het privaatrecht, voor zover daarvan niet wordt afgeweken door de eigen regeling die geldt uit hoofde van de fiscale wetten, en concludeert dat de volmacht in belastingzaken aldus inhoudelijk vooral wettelijk geregeld is in titel 3.3 BW. Art. 41 AWR is wat betreft de ‘volmacht en vergunning’ gesneuveld bij de operatie ‘Paarse krokodil’ op 1 januari 2007 met de mededeling dat dit mogelijk blijft, maar vertegenwoordiging voortaan gebaseerd is op art. 2:1 Awb juncto het *Burgerlijk Wetboek* (volmacht, zaakwaarneming), Nota naar aanleiding van het verslag 30 577, p. 20-21. De vertegenwoordigingsregels in de AWR zien in beginsel alleen op het heffingsproces.
10. P.VAN DER WAL, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 68 en noot 25.
11. MvT 4080, nr. 3, p. 20 e.v.
12. Ch. J. LANGEREIS, *Fiscale rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1986, p. 170. M.W.C. FETERIS, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 57 merkt op dat de Awb voor de vertegenwoordiging van lichamen en erfgenamen geen afzonderlijke, van het burgerlijk recht afwijkende, regeling kent, zodat daar de vertegenwoordigingsregels uit het civiele recht gelden. Feteris wijst erop dat de Awb geen regel kent als art. 43 AWR, zodat bijvoorbeeld in de Awb de failliet als regel niet in rechte kan optreden naast of in de plaats van de curator. Als ik melding maak van het feit dat de executeur fiscaal vertegenwoordigingsbevoegd is, bedoel ik daarmee niet een verwijzing naar het fenomeen ‘fiscaal vertegenwoordiger’ zoals beschreven door P.VAN DER WAL, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 109 e.v.

‘In het Nederlandse belastingrecht heeft iedere natuurlijke persoon die over een beroepsrecht beschikt, de bevoegdheid zich tot de rechter te wenden. De civielrechtelijke handelingsbekwaamheid is daarbij van geen betekenis.’

Hij wijst daarbij op het feit dat in art. 43 AWR wordt gesproken over de omstandigheid dat de bevoegdheden en verplichtingen van bijvoorbeeld een gefailleerde door een curator ‘kunnen’ worden uitgeoefend, hetgeen blijkbaar betekent dat ook de gefailleerde zelf kan optreden, ook al zou dit in strijd zijn met het burgerlijk recht. Hij doet hiervoor een beroep op de wetsgeschiedenis (MvA 4080, nr. 3, p. 21) van de AWR die inderdaad voor zich spreekt:

‘Het in het civiele recht bekende instituut van verplichte vertegenwoordiging door wettelijke vertegenwoordigers, curators en bewindvoerders is eveneens slechts ten dele voor het belastingrecht bruikbaar. Ook hier zal, in het belang van een juiste belastingheffing, aan het persoonlijk optreden van een belastingplichtige *een ruime plaats moeten worden ingeruimd*. Deze gedachte – de bevoegdheid in belastingzaken van minderjarigen, curandi en personen die in staat van faillissement zijn verklaard of wier vermogen onder bewind staat – ligt ten grondslag aan de regeling van art. 43.’ (Curs. BS)

Ook al is een executeur, zoals in het civielrechtelijk gedeelte gezien, geen ‘echte’ wettelijke vertegenwoordiger, dit neemt mijns inziens niet weg dat deze fiscale filosofie niet anders is dan bij degene wiens vermogen onder bewind is gesteld.

Deze uitgangspunten brengen in ieder geval met zich dat hierna kritisch gekeken dient te worden naar de civielrechtelijke *privatieve werking* van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur, althans daar waar het betreft de toepassing van deze ‘laag’ in het belastingrecht. Het lijkt erop dat belastingplichtige erfgenamen over, wat ik zou willen noemen een soort van *‘fiscale persoonlijkheidsrechten’* beschikken.

Opvallend is overigens dat, bijvoorbeeld in het aangestipte art. 44 AWR, in fiscalibus, anders dan in het civiele recht, geen onderscheid wordt gemaakt tussen een executeur met beheersbevoegdheid en een executeur *zonder* beheer. Dit moet een executeur zonder beheer in ieder geval ‘fiscaal’ aan het denken zetten over de vraag of hij zijn benoeming tot executeur zal aanvaarden.<sup>13</sup> Stellen zijn civielrechtelijke bevoegdheden hem immers wel in staat om eventuele fiscale verplichtingen na te komen?

Dat wat betreft de inleiding met alvast een klein fiscaal vertegenwoordigingsuitstapje, waarover in het kader van de aangifte voor het successierecht door de executeur hierna meer. Eerst zal de executeur *beloning*, oftewel de in-

13. Zie bijvoorbeeld wat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor het successierecht van de executeur betreft de kritische geluiden van B.C.M. WAAIJER, Verhaalsaansprakelijkheid de Successiewet uit en de nieuwe Invorderingswet in, WPNR (1988) 5897, p. 700-703. Men kan deze kwestie mijns inziens op drie manieren benaderen. De wetgever heeft een denkfout gemaakt, de wetgever heeft het zich zeer gemakkelijk gemaakt, of de parlementaire geschiedenis dient met een Duitse bril geanalyseerd te worden, waarover hierna meer.



terne verbintenisrechtelijke laag, aan een fiscale beschouwing onderworpen worden de quasi-overeenkomst

## **B. DE FISCALE STATUS VAN DE EXECUTEURBELONING (INTERN VERBINTENISRECHTELIJK)**

### **1. Inleiding**

#### *1.1 Niet iedere verkrijging krachtens erfrecht levert een successierechtelijk 'voordeel' op*

Zeer interessant is de vraag naar de fiscale aard van de beloning van de executeur.<sup>14</sup> De beloning heeft immers twee gezichten aan de ene kant is het een *erfrechtelijke* verkrijging (Successiewet 1956), al dan niet met een *bevoordelings* karakter, en aan de andere kant een vergoeding voor *'arbeid'* oftewel voor *erfrechtelijke* werkzaamheden (Wet IB 2001) De vraag komt meteen op of, als er door de verschillende dimensies van de beloning meerdere heffingen mogelijk zijn, er ook eventuele fiscale tegemoetkomingen zijn Mooier dan Kirnberger<sup>15</sup> kan ik het in ieder geval niet zeggen

'Über das konkrete Thema hinaus bedarf insbesondere der Bereich des *Zusammenspiels* von *Erbschaft-* und *Schenkungs-* auf der einen sowie der *Einkommensteuer* auf der anderen Seite einer grundsätzlichen Klärung, weil hier noch viele *Zweifelsfragen* offen sind, insbesondere Fragen der Konkurrenz und der Vermeidung oder der Rechtfertigung einer etwaigen *Mehrfachbelastung*' (Curs BS)

Bij het analyseren van de fiscale status van de beloning, oftewel het vraagstuk onbelaste vriendendienst of fiscaal 'verdiende loon', is kennisneming van de civielrechtelijke aard van de beloning van de executeur van groot belang Zie Hfdst VC De rode draad was of een beloning materieel gezien kon worden als een *'vergoedingslegaat'* of als een *'vrijgevighedslegaat'* dan wel een combinatie van beiden Bij het vergoeden van arbeid komt in beginsel de gedachte aan de inkomstenbelasting op en bij vrijgevigheid denkt men in beginsel aan successierecht Sprenger Van Eyk gaf het spanningsveld van 'erven' of 'zakelijk belonen' reeds in 1930 haarscherp aan<sup>16</sup>

'De belasting wordt geheven naar de *werkelijkheid*, niet naar *woorden*, en kan dus in geen enkel opzicht van een naam afhankelijk zijn'

14 Men voelt weer de spanning van de twee verschillende sferen Wie erft hoeft niet te werken is immers niet voor niets een volkswijsheid 'Erben statt arbeiten'

15 CHRISTIAN KIRNBERGER, Die Steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckungsvergütung (diss Passau) 1998, p 179

16 J P SPRENGER VAN EYK/B J DE LEEUW, De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking, 7<sup>e</sup> druk, 's-Gravenhage Martinus Nijhoff 1930, nr 387, p 437

En hoe gaat met in de (successierechtelijke) praktijk hier dan mee om:

'Of er *liberaliteit* is of niet, *moet* in de eerste plaats beoordeeld worden door den aangever; hij moet zich daaromtrent verklaren in de aangifte, door van de toekenning als van een legaat melding te maken als er liberaliteit is. Is die er niet, dan kan hij de toekenning geheel onvermeld laten' (Curs. BS)

Het feit dat er bij de verkrijging van een beloning als executeur op grond van art. 4:144 lid 2 BW sprake is van een civielrechtelijke verkrijging *krachtens erfrecht*, wil overigens nog niet zonder meer zeggen dat er successierecht verschuldigd is. De verkrijging dient immers 'waarde' voor de verkrijger te hebben en een executeur dient in beginsel voor de verkregen beloning nog een taak te vervullen, oftewel *arbeid* te verrichten. Denk bijvoorbeeld aan de voor zich sprekende term 'vergoedingslegaat.' De Hoge Raad omschreef deze successierechtelijke gedachte, dat niet iedere erfrechtelijke verkrijging een voordeel oplevert, in zijn arrest van HR 16 september 1992, BNB 1992/384 als volgt, zij het in een setting van een 'economische eigendomsoverdracht':

'Door een erflater verkochte doch ten tijde van zijn overlijden nog niet geleverde zaken maken deel uit van zijn nalatenschap. Hiervan maakt ook deel uit de verplichting tot levering van die zaken. Die verplichting behoort tot de voor de heffing van het recht van successie aftrekbare schulden. Dit is niet anders in een geval als het onderhavige, waarin de verplichting tot levering van de onroerende zaken teniet is gegaan uitsluitend omdat de schuldeiser van die verplichting de *enig erfgenaam* is geworden van de erflater-schuldenaar. Ook in een zodanig geval dient de waarde van de verplichting tot levering aangemerkt te worden als een voor de heffing van het recht van successie aftrekbare schuld. Aldus wordt recht gedaan aan het feit dat *de verkrijging krachtens erfrecht van de onroerende zaken ook in een geval als het onderhavige geen waarde toevoegt aan het vermogen van de erfgenaam en wordt voorkomen dat in strijd met het uitgangspunt van de Successiewet 1956 recht van successie zou worden gegeven over meer dan de waarde van de verkrijging.*' (Curs. BS)

Deze gedachte van de Hoge Raad is mijns inziens met enige goede wil te transponeren naar de successierechtelijke behandeling van de beloning van de executeur. Er is geen sprake van een voordeel omdat er tegenover de verkrijging *krachtens erfrecht* een dienst staat met in beginsel dezelfde waarde. Nog anders gezegd: de verkrijging moet waarde toevoegen aan het vermogen van de executeur.<sup>17</sup>

## 1.2 'Spel- en hobbysfeer' of inkomstenbelasting?

Een executeur wordt, gelet op de vertrouwensrelatie met erflater, niet zelden gekozen uit de naaste omgeving van erflater; de omgeving van *familie en bekenden*. Gubbels wijst er in dat kader op dat de vergoeding alleen met inkomstenbelasting kan worden getroffen indien de werkzaamheden van de execu-

<sup>17</sup> En die 'toevoeging' moet in beginsel ook door erflater beoogd zijn, zij het dat het antwoord op deze rechtsvraag 'geobjectiveerd' gegeven moet worden. Zie hiervoor de in het civielrechtelijke gedeelte bij de behandeling van het loon van de executeur gegeven bewijsregel, waarmee hieraan invulling kan worden gegeven.

teur de gebruikelijke hulp en bijstand in familieverband te boven gaan.<sup>18</sup> In de regel zal er dan, indachtig het Franse recht, slechts met een erfrechtelijk 'souvenir' oftewel een kleinigheidje betaald worden. Een vergelijking kan worden gemaakt met de 'spel- en hobbysfeer' die in beginsel niet belast is met inkomstenbelasting. Freudenthal merkt op dat in elk geval buiten het economisch verkeer vallen de gebruikelijke huishoudelijke activiteiten die belastingplichtigen voor elkaar verrichten in gezinsverband of in de vriendenkring en dat dit niet in de laatste plaats het geval is omdat tegenover dit soort activiteiten vrijwel nimmer een vergoeding staat.<sup>19</sup>

Men zou dan mijns inziens ook kunnen stellen dat wanneer de vergoedingen (enigszins) het begin van een zakelijk karakter gaan aannemen, althans de sfeer van het 'presentje' verlaten, hiermee het economisch verkeer betreden wordt en de omvang van de vergoeding in ieder geval een belangrijke indicatie is om aan te nemen dat de erfrechtelijke werkzaamheden zich niet meer in de privésfeer afspelen.

Overigens zal ik, ter bepaling van de gedachten, in het fiscaal gedeelte weer een Europees rondje maken, waarbij ik vooraf reeds aankondig dat in Duitsland, op 2 februari 2005 door het Bundesfinanzhof, een baanbrekende uitspraak werd gewezen<sup>20</sup> die reeds vele pennen in beweging heeft gebracht. Eerst echter een kijkje naar de Belgische fiscale 5%-regel.

Terzijde merk ik nog op dat ik in dit fiscaal gedeelte niet in zal gaan op de situatie waarin de executeur een rechtspersoon is. Vennootschapsbelastingvraagstukken zal ik derhalve laten rusten.

## 2. De Belgische forfaitaire fiscale norm

De Belgische fiscale aanpak van de beloning van de testamentuitvoerder is als volgt. Het arrest van het Beroepshof<sup>21</sup> te Gent van 9 april 1952, dat in het

18. N.C.G. GUBBELS, *Erfrecht, Fiscale aspecten van het nieuwe erfrecht*, Deventer: Kluwer (Losbladig), p. 124. Zij verwijst hierbij naar HR 16 september 1981, BNB 1981, 296. Zie ook Hof Amsterdam, 1 november 1994, V-N 1995, p. 820 waar het hof van mening was dat het legaat van de cliënte aan haar belastingadviseur gezien moest worden als uiting geven aan haar gevoelens van vriendschap jegens de adviseur, aangezien hij een van de weinigen was die zich om haar bekommerde. Het voordeel lag derhalve in de persoonlijke sfeer en was geen beloning voor verrichte werkzaamheden.

19. R.M. FREUDENTHAL, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2002, p. 34.

20. BFH 2 februari 2005, II R 18/03, FamRZ 2005, 13, GERD BRÜGGEMANN, *Vergütung: Im Spannungsfeld zwischen Einkommensteuer und Erbschaftsteuer, Erbfolgebesteuerung* 2005, 7, p. 159, DIETER GEBEL, *Vom Erblasser bestimmte Testamentsvollstreckervergütung, auch soweit unangemessen hoch, in der Regel nicht erbschaftsteuer- sondern einkommensteuerpflichtig*, *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb)*, 2005, 7, p. 221-224, MICHAEL BONEFELD, *Die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht des Testamentsvollstreckers*, *Der Fachanwalt für Erbrecht*, juli 2005, p. 14, ECKHARD WÄLZHOLZ, *Die Besteuerung unangemessen hoher Vergütungen für Testamentsvollstreckers*, *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb)*, 2005, 8, p. 247-250, HILDEGARD BILLIG, *Überhöhte Testamentsvollstreckervergütung unterliegt in der Regel nicht der Erbschaftsteuer*, *ZEV* 2005, 8, p. 357-359.

21. *Tijdschrift voor notarissen* 1952, p. 199.

civielrechtelijke gedeelte reeds aan de orde is geweest, laat zien dat de *fiscale* norm voor het aannemen van een vergoedingslegaat als beloning voor een testamentuitvoerder niet per definitie hoeft samen te vallen met de civielrechtelijke norm. Aan de testamentuitvoerder was een zodanig forfaitair bedrag gelegateerd dat het door de 'inspecteur der registratie en successie' erkend zou worden als vergoedingslegaat. De testamentuitvoerder had volgens het Hof inderdaad recht op dit bedrag, maar bepaalde dat, indien de vergoeding niettemin buiten verhouding met de te presteren diensten voorkomt, zij als een (zuiver) legaat moet worden beschouwd.

De Belgische belastingdienst gaat er voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een met successierecht te belasten legaat, vanuit dat, indien de vergoeding meer bedraagt dan 5% van de waarde van de goederen waarover de testamentuitvoerder het beheer heeft, het *volledige* aan de testamentuitvoerder toegekende bedrag als een legaat wordt aangemerkt.<sup>22</sup> Dit is opmerkelijk. In deze zou, bij overschrijding van het forfaitaire plafond, een splitsing in een reëel en een bovenmatige gedeelte meer voor de hand liggen. Het gaat overigens ook hier, net als in het Duitse recht, om 5% van de 'bruto-activa' van de nalatenschap, althans van de waarde van de goederen die de testamentuitvoerder moet beheren.<sup>23</sup> Indien de testamentuitvoerder andere goederen dan geld uit de nalatenschap verkrijgt, dan worden deze goederen sowieso als legaat belast, wat de waarde ervan ook moge zijn.<sup>24</sup>

Kortom, in België kan, doordat voor de heffing van successierechten gewerkt wordt met een *forfaitaire* regeling, de situatie zich voordoen dat er civielrechtelijk wel sprake is van een legaat en fiscaalrechtelijk niet. Dit zou – naast het forfaitaire karakter van deze fiscale benadering – ook verklaard kunnen worden door het feit dat in België de fiscale lat met de 5% norm wel erg hoog gelegd wordt, ware het niet dat in de regel het beheer van de testamentuitvoerder zich slechts tot de 'roerende zaken' uitstrekt.

Voor de heffing van het Belgische successierecht mag de beloning aan de testamentuitvoerder niet als passiefpost in de heffing meegenomen worden: 'De vergoeding ontstaat immers pas na het openvallen van de nalatenschap en was niet aanwezig in de nalatenschap', is de gedachte.<sup>25</sup>

22. VAN GRUNDERBEECK 1997, Erfenissen, schenkingen en testamenten, p. 228. Zij verwijst in het slot van noot 1 naar een uitspraak van Rb. Antwerpen van 17 juli 1847, B.J. 1849, 1321, waarin beslist werd dat enkel op wat de 5% overschrijdt, successierechten verschuldigd zouden (moeten) zijn. Bij raadpleging van de Belgische literatuur blijkt overigens dat er nog veel 'leading' rechtspraak van meer dan 100 jaar geleden bestaat op het gebied van de testamentuitvoerder. Zie ook L. WEYTS, Notarieel fiscaal recht. Deel 2: De aangifte van nalatenschap, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1997, p. 430 die het als volgt uitdrukt: 'Het is dan een legaat voor gans het bedrag.' Hij wijst voorts op het feit dat het plafond van 5% bij uitzondering mag worden opgetrokken, zo er zich bijzondere moeilijkheden voordoen die een hogere vergoeding verantwoorden.

23. Tijdschrift voor Notarissen 1952, p. 200.

24. HEDWIG DE SAEGER en BÉNÉDICTE STROBBE, Erfenissen, schenkingen en testamenten, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Mechelen: Kluwer rechtswetenschappen 2004 (losbladig), nr. 218. Dit brengt mij voor de Nederlandse verhoudingen op de gedachte dat betaling van de executeur met onroerende zaken een verkrijging krachtens erfrecht oplevert en derhalve op grond van art. 3 lid 1 letter a WBR geen belastbaar feit oplevert.

25. HEDWIG DE SAEGER en BÉNÉDICTE STROBBE, Erfenissen, schenkingen en testamenten, Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Mechelen: Kluwer rechtswetenschappen 2004 (losbladig), nr. 218. Het uitvoeringsereloon van een authentiek,

In België gaat men er overigens vanuit dat indien de geldsom fiscaal als le-  
gaat gezien wordt, successierecht verschuldigd is *in plaats van* inkomstenbe-  
lasting.<sup>26</sup>

### 3. De angemessene Zwitserse beloning

Over de Zwitserse beloning kan ik kort zijn. Zoals in het civielrechtelijke ge-  
deelte gezien wordt in het Zwitserse recht er van uitgegaan dat de beloning  
voor de Willensvollstrecker altijd 'angemessen' dient te zijn, zelfs als de belo-  
ning testamentair door erfflater wordt toegekend.<sup>27</sup> Afgezien van het feit dat  
de druk van de Zwitserse successiebelasting in de regel te verwaarlozen is,  
zijn er bij het ontbreken van een bevoordelingselement door het 'angemes-  
sene' in beginsel ook geen successierechtelijke perikelen. Het ligt dan ook  
voor de hand dat in de Zwitserse literatuur stellig wordt opgemerkt:<sup>28</sup>

'Der Willensvollstrecker hat sein Honorar als Einkommen zu versteuern.'

Thans nogmaals naar de Franse erfrechtelijke souvenirs als beloning voor de  
executeur, zij het met een fiscale bril.

### 4. De Franse fiscale driedeling van Letellier

Bij de civielrechtelijke behandeling van de Franse beloning voor de executeur  
heb ik gewezen op de driedeling die Letellier<sup>29</sup> onder het oude Franse erf-  
recht reeds gemaakt heeft met betrekking tot de executeurbeloningen:

- a. 'souvenir' (présent d'usage);
- b. vergoedingslegaat (rémunératoire);
- c. 'echt' legaat (vrijgevigheid).

→ internationaal of mystiek testament is daarentegen voor de heffing van het successierecht  
wel als passief aftrekbaar, nr. 114. Art. 27 van de Belgische Successiewet bepaalt dat in begin-  
sel voor de heffing als passief in aftrek mogen worden gebracht: de bij het overlijden be-  
staande schulden van de overledene en de begrafeniskosten. L. WEYTS, Notarieel fiscaal  
recht. Deel 2: De aangifte van nalatenschap, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1997,  
p. 430: 'De som is evenwel nooit aftrekbaar als passief. Het is immers een schuld van de nala-  
tenschap, die na overlijden ontstaat.' FRANK BUYSENS, Erfrecht en testament, HEP (5),  
Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 241. 'De aan de testamentuitvoerder toegekende ver-  
goeding wordt inzake successierechten niet aangezien als aftrekbaar passief, omdat zij haar  
oorzaak vindt in feiten na overlijden.' Ik teken daarbij aan dat ook rechten die ontstaan na het  
overlijden verkrijgingen krachtens erfrecht kunnen zijn en alsnog een 'schuld van de nalaten-  
schap' kunnen opleveren.

26. VAN GRUNDERBEECK 1997, Erfenissen, schenkingen en testamenten, p. 224.

27. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerika-  
nischen Recht (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien  
2000, p. 323.

28. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerika-  
nischen Recht (Habilitationsschrift Zurich 1998), Zurich: Schulthess Juristische Medien  
2000, p. 326.

29. FRANÇOIS LETELLIER, L'exécution testamentaire (thèse Paris II), Parijs: Defrénois  
2004, p. 58 e.v.

De successierechtelijke gevolgen zijn uit de aard van de betreffende beloning volgens Letellier als volgt:

Ad a. Gelet op het verwaarloosbaar belang van het erfrechtelijke souvenir wordt het in de aangifte opgenomen met 'taxation nul'.

Ad b. Gelet op het vergoedingskarakter geldt ook hier: 'il faut le déduire de l'actif et le taxer à 0% chez l'exécuteur (en expliquant le caractère rémunérateur de ce legs).'

Ad c. Dit is een 'echt' legaat ten titel van vrijgevigheid, waarbij geldt: 'Le legs et la nomination en qualité d'exécuteur testamentaire sont indépendants, l'intéressé peut en accepter un et renoncer à l'autre.'

Met name de laatste gedachte is er een om vast te houden. Men kan het legaat aanvaarden en de erfrechtelijke opdracht verwerpen met alle fiscale gevolgen van deze vrijgevigheid van dien.

## 5. De 'nieuwe' Duitse fiscale gedachte van het Bundesfinanzhof

Het is nog niet zo heel lang geleden dat Kirnberger in zijn fiscale dissertatie tot de afsluitende conclusie kwam: 'Die angemessene Testamentsvollstreckung unterliegt *nicht* der Erbschaft- und Schenkungsteuer', waar hij echter aan toevoegde.<sup>30</sup>

'Der *unangemessene* Teil unterliegt als *Vermächtnis* (legaat) der Erbschaft- und Schenkungsteuer.' (Curs. BS)

En:

'Der *unangemessene* Teil unterliegt *nicht* der Einkommensteuer.' (Curs. BS)

Dit leek derhalve in het Duitse fiscaal-erfrechtelijke denken 'vanzelfsprekend' te zijn totdat het Bundesfinanzhof op 2 februari 2005<sup>31</sup> orakelde:

'Das Finanzgericht hat zu *Unrecht* angenommen, dass der von ihm als *unangemessen* hoch angesehene Teil der Testamentsvollstreckervergütung der Erbschaftsteuer unterliege.' (Curs. BS)

Dit sloeg in als een bom. Geen successierecht over een bovenmatige executorbeloning.

In het Duitse successierecht is het belastbare feit in beginsel gebaseerd op het criterium: 'Erwerb von Todes wegen.'<sup>32</sup> Hieronder valt bijvoorbeeld: 'der

30. CHRISTIAN KIRNBERGER, Die Steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckungsvergütung (diss. Passau) 1998, p. 177.

31. BFH 2 februari 2005, II R 18/03, FamRZ 2005, 13.

32. § 1 Abs. 1 nr. 1 Erbschaftsteuer.

Erwerb durch Vermachtis<sup>33</sup> oftewel het legaat Waarom is er in de ogen van het 'Bundesfinanzhof' geen sprake van een legaat als een Testamentsvollstrecker 'niet passend' beloofd wordt? Het Bundesfinanzhof legt het in een interessante overweging uit

'Eine vom Erblasser als Testamentsvollstreckerhonorar bezeichnete Vergütung, die tatsächlich und rechtlich mit der Testamentsvollstreckung zusammenhängt, weil sie der Testamentsvollstrecker nur dann erhält, wenn er sein Amt ausübt, ist kein Vermachtis im Sinne dieser Vorschrift, auch soweit sie eine angemessene Höhe im Sinne des § 2221 BGB übersteigt. Einer Beurteilung als Vermachtis steht entgegen, dass der Testamentsvollstrecker aufgrund der Verfügungen des Erblassers im Testament einen Anspruch auf die Vergütung nur im Hinblick auf die Führung seines Amtes hat. Der Testamentsvollstreckervergütung fehlt, auch wenn sie überhoht ist, als Teil eines Leistungsaustausches das Merkmal der Unentgeltlichkeit (Curs BS).'

Duidelijke taal Ook een 'niet passende' vergoeding is geen legaat, omdat – zo begrijp ik de uitspraak – de vergoeding alleen dan ontvangen wordt door de executeur als hij de door erflater verleende 'opdracht' aanneemt en uitvoert. Het kenmerk 'om niet' ontbreekt.

Nog anders gezegd: hij krijgt het 'vele geld' alleen als hij de erfrechtelijke klus klaart. Neemt hij de opdracht niet aan, ook geen geld, ook niet een beetje. Terzijde merk ik, wat het 'om niet'-karakter van het legaat betreft, op dat ook het Duitse erfrecht het erfrechtelijk fenomeen 'legaat tegen inbreng van de waarde'<sup>34</sup> wel kent, maar dat dan net zoals bij ons de 'successierechtelijke grondslag' ontbreekt om tot heffing te kunnen komen.

Het Bundesfinanzhof stipte voorts nog de hiervoor in het civielrechtelijke gedeelte vermelde regelingen uit de Insolvenzordnung aan, die de strekking hebben schuldeisers te beschermen, met de 'Belehrung' dat de Erbschaftsteuer nu eenmaal geen rekening houdt met civielrechtelijke ficties. Bij ons is dat niet anders. De successiewetgeving heeft weliswaar het civiele recht als vertrekpunt, maar hoeft geen rekening te houden met een *civielrechtelijke* fictie als bijvoorbeeld de 'quasi-legatenregeling' van art. 4:126 BW. Op basis hiervan kan onder meer een kanscontract in een erfrechtelijke verkrijging getransformeerd worden. Iets anders is dat de Successiewet 1956 zelf natuurlijk bol staat van de ficties, doch dit zijn fiscale ficties.

In de woorden van het Bundesfinanzhof

'Jeder gesetzliche Tatbestand ist aus sich selbst heraus – nach seiner eigenen, spezifischen Teleologie auszulegen. Dies gilt schon innerhalb des Normengefüges des BGB und des übrigen Zivilrechts.'

Vervolgens komt het Hof tot het oordeel dat de door de Testamentsvollstrecker ontvangen beloning in volle omvang met 'Einkommensteuer' belast wordt en *niet gedeeltelijk* met 'Erbschaftsteuer'. Is er dan helemaal nooit een andere fiscale aanpak denkbaar?

33 § 3 Abs. 1 nr. 1 Erbschaftsteuer en § 2147 BGB

34 DIETER LEIPOLD, *Erbrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, p. 260

‘Nur soweit die vom Erblasser als Testamentsvollstreckerhonorar bezeichnete Vergütung aufgrund besonderer Umstände tatsächlich und rechtlich nicht mit der Testamentsvollstreckung zusammenhängt und daher nicht zu den Einkunften im Sinne [...] des Einkommensteuergesetz zählt, kommt eine Beurteilung als Vermächtnis im Sinne [...] des Erbschaftsteuergesetz in Betracht.’

Het criterium is niet ‘in geval van bijzondere omstandigheden’, maar op grond van bijzondere omstandigheden ‘geen samenhang.’ In zijn noot onder het arrest analyseert Gebel<sup>35</sup> – wat de ondergeschikte rol van de successieheffing aan de inkomstenbelasting betreft – de uitspraak als volgt:

‘[...] dass es sich bei der Testamentsvollstreckung um eine einkunftserzielende Tätigkeit handelt. Die Erbschaftsteuer kann bei einer überhohten Vergütung, die auf einer testamentarischen Anordnung beruht, erst zum Zuge kommen, wenn und insoweit feststeht dass der Testamentsvollstrecker nicht für seine Tätigkeit entlohnt, sondern mittels der Vergütung am *Nachlass beteiligt* werden sollte.’ (Curs. BS)

Interessant is ook nog te vermelden het feit dat het Bundesfinanzhof in zijn beoordeling van de samenhang van de beloning met het erfrechtelijke ambt meeneemt dat de ‘opvolgend’ executeur dezelfde beloning kreeg. Ik voeg daar aan toe: te hoog of niet te hoog, dat doet er niet toe.

Kortom, ook een te hoge beloning van een Testamentsvollstrecker wordt in beginsel belast met Duitse ‘inkomstenbelasting’ en *niet* gedeeltelijk als legaat met Duits ‘successierecht’. In die zin ‘ontwikkelt’ het Bundesfinanzhof een interessant systeem waarin in beginsel geen dubbele heffing terzake van een ‘bovenmatige’ executeurbeloning plaatsvindt.

Niet onvermeld wil ik overigens laten dat het ambt van Testamentsvollstrecker in de betreffende casus bekleed werd door een ‘Steuerberater’. De successiedruk terzake van de beloning zou, gelet op vrijstellingen en tarieven, lager uitgevallen zijn dan de inkomstenbelastingdruk. Vandaar.

In Duitsland wordt reeds uitgebreid stilgestaan bij de strategie die eventueel gevolgd zou kunnen worden om ‘Einkommensteuer’ te vermijden en de ‘Erbschaftsteuer’ op te zoeken, waarover hierna in par. 10 meer.

## **6. De Nederlandse fiscale aanpak van de beloning, meer dan honderd jaar terug in de tijd**

Na een inspirerend Europees rondje over de fiscale aanpak van de executeurbeloning zal ik thans stilstaan bij de Nederlandse fiscale behandeling. Van belang is te constateren dat wij, in tegenstelling tot het Duitse belastingrecht, allesbehalve over recente rechtspraak beschikken aangaande de fiscale behandeling van de executeurbeloning. Het is, zoals in het civielrechtelijk gedeelte bij de behandeling van HR 15 december 1905 gezien, meer dan hon-

35. DIETER GEBEL, Vom Erblasser bestimmte Testamentsvollstreckervergütung, auch soweit unangemessen hoch, in der Regel nicht Erbschaftsteuer- sondern Einkommensteuerpflichtig, Zerb 2005, 7.



derd jaar geleden dat onze Hoge Raad, in het kader van testamentaire uitlegperikelen, over de successierechtelijke gevolgen van een 'bovenmatige' executeurbeloning moest oordelen. Gelet op het fiscale belang van het arrest zal ik het hierna nogmaals opnemen. Over het inkomstenbelastingvraagstuk, zoals dat aan de orde was in de behandelde procedure bij het Bundesfinanzhof, is mij, afgezien van het hierna aan te stippen bijzondere geval van de 'Raad van Beroep voor de Directe Belastingen' uit 1924 geen vergelijkbare uitspraak voor het Nederlandse recht bekend. In zoverre kan er voor dit vraagstuk inspiratie opgedaan worden bij uitspraak van het Bundesfinanzhof. Met deze gedachten in het achterhoofd zullen wij naar het Nederlandse systeem gaan kijken. Ik realiseer mij vanzelfsprekend dat de buitenlandse aanpak met heel andere achtergronden niet 'al rechtsvergelijkende' één op één naar Nederland overgebracht kan worden. Het nut van het 'over het muurtje' kijken zit dan ook met name in het opdoen van inspiratie over mogelijke (andere) fiscale benaderingen van de executeurbeloning. Vooral als het gaat om vastgeroeste 'vanzelfsprekendheden' in het eigen stelsel.

Het vertrekpunt in het civielrechtelijke en fiscale denken over de beloning van de executeur heeft steeds als vertrekpunt het arrest van de Hoge Raad van 15 december 1905, W 8315 over het '*zo grote onevenredigheidsbeginsel*'.

De Hoge Raad moest oordelen over de casus waarin De Heer Fransen van de Putte uit Goes als executeur-testamentair (tevens neef en petekind) een voor die tijd zonder meer royale executeursbeloning van f 10000 ten deel viel. Het geschil draaide weliswaar om de vraag of er successierecht over de executeursbeloning verschuldigd was, maar de essentie van het arrest is ook voor het civiele recht van groot belang.

De Hoge Raad zag het als volgt:

'dat uit de bij art. 1068 BW aan den erflater gegeven keuze niet volgt, dat hetgeen door hem beloning voor werkzaamheden wordt genoemd alleen daarom niet inderdaad het karakter zou kunnen bezitten van eene aan het recht van successie onderworpen *liberaliteit*, hetzij geheel of ten deele; dat wel, om het bestaan van een legaat of eene belooning te kunnen aannemen, het in de eerste plaats moet blijken, dat de erflater de *bedoeling* heeft gehad en te kennen gegeven, om een legaat of eene beloning toe te kennen en de beslissing daarover is van feitelijken aard; dat echter de beantwoording der vraag, of hetgeen krachtens de beschikking des erfslaters wordt verkregen, in den zin van art. 1 der wet op het recht van successie en van overgang aan belasting onderhevig is, afhangt van den *werkelijken* aard der door hem gemaakte beschikking, die wel veelal uit de benaming welke de erflater daaraan heeft gegeven, zal kunnen worden gekend, maar niet noodwendig alleen daardoor wordt bepaald; dat de Rechtbank ten deze alzoo had behoren te beslissen of er rechtens inderdaad bestaat belooning voor werkzaamheden dan wel liberaliteit, hetzij voor het geheele bedrag hetzij voor een deel der toegekende som, waarbij het aan haar oordeel was overgelaten, uit te maken of er tusschen de als belooning toegekende som en de lasten en bezwaren aan de *opdracht* van den erflater verbonden zoo groote onevenredigheid bestaat dat die som, geheel of ten deele, niet anders dan als eene liberaliteit kan worden aangemerkt; dat echter de Rechtbank door, waar de juistheid der door den erflater gebezigde benaming van belooning door het Bestuur was betwist, niettemin de beslissing uitsluitend te doen afhangen van hetgeen erflater als zijn wil had uitgesproken en van de uitlegging aan dien wil te geven, art. 1 der wet op het recht van successie en van overgang en, in verband daarmee art. 932 BW heeft geschonden [...]' (Curs. BS)

Het arrest geeft (nog steeds)<sup>36</sup> het richtsnoer voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een *vergoedingslegaat* voor de executeur of van *liberaliteit* om de executeur te bevoordelen. De hoogte van de beloning moet in balans zijn met de zwaarte van de opdracht van erflater, oftewel er dient een 'evenredigheidstoets' aangelegd te worden, zij het dat het criterium is een *'zo grote on-evenredigheid dat het niet anders kan dan...'* In de concrete casus besliste de Rechtbank Utrecht<sup>37</sup> na terugverwijzing door de Hoge Raad dat de boedel, ondanks het belang, niet erg gecompliceerd was, zodat de beloning in generlei verhouding stond met de lasten en bezwaren en er mitsdien sprake was van liberaliteit. Ook hier blijkt weer als zo vaak dat de waarheid in het midden ligt en de rechtbank f 5000 aanmerkt als beloning en f 5000 als bevoordeling. Let wel: in de uitspraak wordt melding gemaakt van het feit dat door belanghebbende *erkend wordt* dat de betreffende werkzaamheden met f 5000 behoorlijk beloond zijn en de f 5000 'moeten geacht worden uit liberaliteit te zijn gegeven aan den naamgenoot.' Op grond van de regeling van het wettelijk loon zou de executeur overigens recht gehad hebben op f 3900. Wat de civielrechtelijke toets betreft, wijs ik hier nogmaals op het feit dat de wetgever het evenredigheidsbeginsel ook aan het bepaalde in art. 4:60 onder a BW ten grondslag heeft gelegd. Van belang is vast te houden dat gesteld zou kunnen worden, in het kader van de uitleg van de uiterste wilsbeschikking, dat het bedrag van f 5000 ook aan het petekind zou moeten toekomen als hij de executele niet aanvaard zou hebben en sterker nog dat dit wellicht van het hele bedrag ad f 10000 gesteld zou kunnen worden.

Wat staat voorop: de 'zakelijke' opdracht van executele of de vrijgevigheid aan het neefje?

## 7. De wet IB 2001 en het 'uitvoeren van een testament'

### 7.1 *Het oude Besluit 1941*

Dat de wetgever 'altijd al' met fiscale argusogen keek naar de werkzaamheden van de executeur blijkt uit artikel 28 lid 2 van het Besluit Inkomstenbelasting 1941, waarbij in het kader van de 'andere opbrengst van arbeid', aangemerkt wordt als arbeid verricht buiten dienstbetrekking: *'het uitvoeren van een testament.'* De toon voor de heffing van inkomstenbelasting is hiermee gezet. Deze gedachte is voortgezet onder de Wet IB 1964 en nergens blijkt dat deze gedachte voor de Wet IB 2001 verlaten is, zij het dat de beloning thans, voor de niet-ondernemer, belast wordt op grond van art. 3.90 e.v. van de Wet IB 2001 als resultaat uit overige werkzaamheden.<sup>38</sup> Indien er sprake is van ondernemerschap komt vanzelfsprekend voor de betreffende boedelafwikkelingswerkzaamheden de categorie 'winst uit onderneming' in beeld.

36. Zie J.A.M. KLINKERT-CINO en J.P.M. STUBBÉ, *Beloning ontvangen van de erflater*, Nieuw Erfrecht, 2004 nr. 6.

37. Rechtbank Utrecht 3 april 1907, PW 9986.

38. Zo ook J.A.M. KLINKERT-CINO en J.P.M. STUBBÉ, *Beloning ontvangen van de erflater*, Nieuw Erfrecht, 2004 nr. 6.

Zoals aangegeven, handelt het meer dan honderd jaar oude arrest van onze Hoge Raad van 1905 niet over de inkomstenbelastingaspecten. Inkomstenbelastingaspecten kwamen aan bod in de navolgende, boekdelen sprekende, casus van de Raad van Beroep voor de Directe Belastingen van 26 november 1924, B 3823.

Een executeur had aan beloning ontvangen een bedrag van ongeveer f 54000, terwijl hij op basis van de berekening volgens de wet slechts recht gehad zou hebben op ongeveer f 3000. Anders gezegd: hij ontving een beloning die achttien keer (!) de beloning was van de beloning in het 'normale geval'. Tijdens de zitting kwam de aap uit de mouw toen door de gemachtigde van belanghebbende verklaard werd:

'dat de erflaatster belanghebbende boven de andere erfgenamen heeft willen bevoordelen en teneinde deze erfgenamen niet nodeloos te grieven daarvoor niet den naam "legaat" heeft willen gebruiken doch het executeursloon op een bedrag heeft gesteld verre uitgaande boven het in art. 522 B.W. genoemde loon.'

Hier is dan ook geen sprake meer van een bedoeling bij de erflaatster om aan de executeur een goede beloning te geven, maar is het zonder meer de bedoeling geweest om een bedrag te *legateren* aan iemand die 'toevallig' ook executeur was. Uiteindelijk nam de Raad dan ook aan dat er slechts voor een bedrag van ongeveer f 9000 sprake was van een aan *inkomstenbelasting* onderworpen beloning en dat een bedrag van f 45000 '*in werkelijkheid*' als een legaat moet worden aangemerkt. Het is mijns inziens van groot belang een onderscheid te maken tussen de situatie dat erflater een executeur een zeer goede en wellicht 'te goede' beloning wil geven voor zijn werkzaamheden en de situatie dat erflater in feite een bedrag wil *legateren* aan de persoon die 'toevallig' ook executeur is. In dit laatste geval wordt de titel executeur misbruikt om iemand een verkapt legaat te doen toekomen. Erflater heeft hier niet de intentie om *arbeid* te belonen, maar om erfrechtelijk 'uit te delen.' Hier is, althans in ieder geval voor dit gedeelte, in materiele zin geen sprake van executele, maar van een legaat. Deze categorie is mijns inziens dan ook niet relevant voor de heffing van inkomstenbelasting. Er is sprake van een zonder meer met successiebelasting te belasten legaat. De door erflater gebruikte woorden zijn hier niet relevant, maar de ware aard van de geldstroom, oftewel ook hier geldt: 'substance over form'. In deze overduidelijke gevallen speelt in beginsel dan ook geen samenloop tussen inkomstenbelasting en successiebelasting. Zo lag het ook in HR 15 december 1905, W 8315 met de 'verdachte' omstandigheden rondom het '*petekind*' van erflater er wel 'erg dik bovenop'. Mijns inziens moet deze bijzondere 'uitlegproblematiek' niet verward worden met de casus die de aanleiding was voor de 'executeurs-resolutie' van 29 oktober 1945, B 8191, waarbij een beloning van f 10000 tot het inkomen van de executeur werd gerekend, maar daarnaast ook nog eens over het in gemelde f 10000 begrepen bedrag ad f 4000 successiebelasting geheven werd, omdat de 'ontvanger der successierechten' dit als een legaat beschouwde. Hier was zonder meer sprake van samenloop tussen inkomstenbelasting en successiebelasting, aangezien ik er hier wel van uitga dat er in materiele zin nog steeds sprake is van een 'volwaardige' executele, ook al is de vergoeding in de ogen van de 'ontvanger' blijkbaar veel te hoog. Belanghebbende wendde zich tot de minister met een andere resolutie in de hand,

te weten de resolutie van 13 juli 1944, nr. 3, B 8147, betreffende de samenloop van inkomstenbelasting en successierecht bij legaten en erfstellingen aan *werknemers*. Men speelde in op de navolgende passage:

‘Ik acht het wenschelijk, om, indien in de gestelde gevallen in beginsel zoowel inkomstenbelasting (loonbelasting) als successierecht verschuldigd zou zijn, de heffing van inkomstenbelasting (loonbelasting) achterwege te laten.’

Met gebruikmaking van de hardheidclausule keurde de minister goed dat de f 4000 waarover reeds successierecht was geheven niet als andere opbrengst van arbeid zou worden gerekend.

Men dient zich – afgezien van goedkeuringsbeleid – derhalve te realiseren dat het feit dat successiebelasting geheven is, in het Nederlandse fiscale recht niet automatisch met zich brengt dat er geen inkomstenbelasting terzake van de beloning verschuldigd zou zijn.

## 7.2 *De nieuwe resolutie van 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1121M*

Naar aanleiding van het in werking treden van het nieuwe erfrecht en in verband daarmee aan de staatssecretaris gestelde vragen over de *samenloop* van successierecht met loon- of inkomstenbelasting bij erfrechtelijke verkrijgingen die het karakter hebben van een beloning voor verrichte werkzaamheden, heeft de Staatssecretaris ter beantwoording hiervan op 3 augustus 2004 een besluit uitgevaardigd. Onder het opschrift: ‘5. Executeurbeloningen’ komt de onderhavige kwestie aan de orde. De kern is:

‘De executeurbeloning kan belast zijn voor de inkomstenbelasting. Dit is zeker het geval als de executeur de executeurwerkzaamheden beroepshalve verricht. Een voorbeeld is de notaris die de nalatenschap afwikkelst. Ook als de executeur de werkzaamheden niet beroepshalve verricht kan de executeurbeloning zijn onderworpen aan de heffing van inkomstenbelasting. Dit geldt zelfs voor de executeur die erfgenaam of legataris is.’

Men mag concluderen dat executeurbeloningen, of de werkzaamheden nu ‘beroepshalve’ worden uitgeoefend of niet, in de ogen van de staatssecretaris in beginsel belast kunnen worden met inkomstenbelasting. Dit is juist, mede gezien het feit dat, zoals hiervoor reeds opgemerkt, nergens gebleken is dat de wetgever heeft willen afstappen van het reeds in 1941 bestaande belastbare feit voor de inkomstenbelasting: ‘*het uitvoeren van uiterste wilsbeschikkingen*’. Indachtig en geïnspireerd door de hiervoor behandelde uitspraak van het Bundesfinanzhof voeg ik hier aan toe: ‘zelfs voor het “bovenmatige” gedeelte van de beloning.’

De executeur heeft immers alleen recht op het loon als hij de opdracht aanvaardt. Er is in beginsel *samenhang* tussen de beloning en de werkzaamheden. Daar doet de omvang van de beloning in beginsel niet aan af, afgezien van de hierboven behandelde jurisprudentie betreffende de uitleg van de ware bedoeling van erflater onder ‘verdachte omstandigheden’. Erflater wil overigens ook niet het risico lopen dat de executeur de belangrijke opdracht

niet aanvaardt en heeft derhalve met het oog hierop de natuurlijke neiging om goed te belonen.

Voor de heffing van de huidige inkomstenbelasting is (ook) nog steeds een oud arrest relevant, en wel HR 24 april 1940, B 7152, waarin de Hoge Raad over de dubbelrol executeur en erfgenaam – in een nalatenschap met twee gerechtigden en een executeurbeloning van f 1000 – terecht leerde:

‘dat belanghebbende als opbrengst der onderhavige, mede te zijnen eigenen dienste strekkende, werkzaamheid – het executeurschap – metterdaad niet f 1.000, doch slechts f 500 heeft genoten; dat hij toch de helft der f 1.000 niet op anderen kon verhalen, doch derven moest, doordien zij te zijnen eigen laste kwam;’

Bij een economische getinte belasting, hoort ook een economisch resultaat. Door zijn mede-erfgenaamschap betaalt de executeur nu eenmaal mee aan zijn eigen beloning. Het zou dan ook niet redelijk zijn de helft die uit zijn eigen portemonnee komt in de heffing te betrekken.

Voor de heffing van inkomstenbelasting vind ik nog van belang melding te maken van het feit dat twee eerdere besluiten die indirect over de executeurbeloning handelden, in het besluit van 3 augustus 2004, worden ingetrokken, en wel met de mededeling ‘dat zij hun belang verloren hebben’. Het betreft de (overigens identieke) besluiten van 13 juli 1944, nr. 3 (hierboven aangestipt en geldend voor de Wet IB 1964) en van 18 december 2000, nr. CPP2000/2723 M (Wet IB 2001), die als volgt luiden:

‘De samenloop van inkomstenbelasting en successierecht brengt met zich mee dat ik goedkeur, dat aan executeurs-testamenteair toegekende beloningen waarover successierecht is geheven, niet tot hun inkomen uit werk en woning worden gerekend.’

Nu deze toezegging in beginsel is ingetrokken, en aandacht is besteed aan de gevolgen van de executeurbeloning voor de inkomstenbelasting, is het thans zaak stil te staan bij de gevolgen van de beloning voor de successieheffing, waarna wij de eventuele *samenloop* van inkomstenbelasting en successiebelasting, mede aan de hand van gemeld besluit van 3 augustus 2004, onder de loep kunnen nemen.

## 8. De Successiewet 1956

Om tot een oordeel over de behandeling van de executeurbeloning in het successierecht te kunnen komen, is het goed om bij het belastbare feit de aftrap te nemen. Met successierecht wordt op grond van art. 1 SW 1956 belast de *‘verkrijging krachtens erfrecht’*, waarbij het successierecht ‘in beginsel het civiele recht volgt’.<sup>39</sup> Is de door erflater toegekende beloning (of indirect via de door de wet aan de benoeming gekoppelde beloning) voor de te verrichten afwikkelingswerkzaamheden een verkrijging krachtens erfrecht? Ja, art.

39. Besluit 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1121 M.

4:144 BW spreekt immers van 'komt de executeur [...] toe.' Deze beloning nestelt of vindt zijn oorsprong in het erfrecht en maakt derhalve deel uit van de nalatenschap.<sup>40</sup> Dat de waarde van de verkrijging wellicht nihil is, omdat er een verplichting tot het verrichten van 'afwikkelingswerkzaamheden' tegenover staat, doet daar niet aan af. Een legaat tegen inbreng van de waarde is immers ook een verkrijging krachtens erfrecht, ook al is de waarde van de verkrijging na het salderen met de inbrengplicht nihil. Dit komt tot uitdrukking in de waardering van het verkregene.

Van belang is te constateren dat, voor zover men bereid is deze 'formele' benadering te volgen, de successiewetgever – nu de Successiewet 1956 in beginsel vertrekt bij het civiele recht – via het begrip 'krachtens erfrecht', in ieder geval naar de letter, grip op de beloning van de executeur krijgt. In het Duitse recht wordt het vertrekpunt iets genuanceerder bepaald. Daar is het aanknopingspunt in abstracto 'slechts' *'Erwerb von Todes wegen'*<sup>41</sup> waarbij, zoals gezien, de Testamentvollstreckervergütung pas in de heffing betrokken kan worden, als het in concreto als *'Vermächtnis'* kwalificeert. Dit laatste is, zelfs bij een 'unangemessene' vergoeding, blijkens de uitspraak van het Duitse Bundesfinanzhof, niet automatisch het geval.

Van hieruit kan verklaard worden dat in het Duitse systeem – door de heffing van inkomstenbelasting op de voorgrond te plaatsen en mede gelet op de hierboven aangehaalde woorden van Dieter Gebel – samenloop met de 'Erb-schaftsteuer' zich in de regel niet zal voordoen. In de ogen van het Bundesfinanzhof ontbreekt immers bij een executeurbeloning al snel het karakter van legaat. Over de route die gevolgd dient te worden om toch bij de de Erbschaftsteuer uit te komen hierna in par. 10 meer.

Anders ligt dit bij het Nederlandse systeem. Daar hoeft mijns inziens, doordat aangeknoopt wordt bij het begrip 'krachtens erfrecht', de successierechtelijke grip op de beloning niet ter discussie te staan. Een andere vraag is hoe men de 'tegenprestatie', te weten de door de executeur te verrichten verplichte boedelwerkzaamheden, meeneemt in de waardering van de verkrijging.

Daarvoor kan – na eerst geconstateerd te hebben dat de executeurbeloning in formele zin een verkrijging krachtens erfrecht is – mijns inziens nog steeds de (materiële) benadering van de Hoge Raad van meer dan honderd jaar geleden goed dienst doen, ook in de gevallen waarin geen sprake is van de bijzondere omstandigheden die we de revue hebben zien passeren. De Hoge Raad legde destijds voor de heffing van successierecht niet de klemtoon op het verkrijgen 'krachtens erfrecht', maar op het verkrijgen krachtens 'vrij-gevigheid'.

Door de Hoge Raad werd in zijn arrest met de woorden: 'of er tussen de als beloning toegekende som en de lasten en bezwaren aan de opdracht van de erflater verbonden een *zo grote onevenredigheid* bestaat dat die som, geheel of gedeeltelijk, *niet anders dan* als een liberaliteit kan worden aangemerkt', wel een objectivering aangebracht bij de invulling van de bedoeling van erflater ten aanzien van de 'vrijgevigheid.' Zeer treffend in deze beloningskwestie

40. Zo wordt in het besluit van 3 augustus 2004 ook het salaire différencé van art. 4:36 BW benaderd. Ik benader executele ook zo, omdat de vergoeding 'namens erflater' uit de nalatenschap wordt voldaan.

41. § 1 Abs. 1 nr. 1 en § 3 Abs. 1 nr. 1 Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes.

vind ik de vergelijking, van de betreffende procureur-generaal Polis, met de *overeenkomst* van 'koop en verkoop':

'Indien eene overeenkomst van koop en verkoop voor een gedeelte kan zijn eene schenking, voor een gedeelte eene overeenkomst onder bezwarenden titel, zoo partijen dit bedoeld hebben, [...], waarom kan dan eene bij testamentaire beschikking toegekende belooning niet voor een gedeelte aangemerkt worden als loon, voor een gedeelte als liberaliteit, indien blijkt dat den erflater, onder den naam van loon, naast de toekenning eener remuneratie voor te verrichten werkzaamheden, eene gift heeft willen doen?'

Strikt formeel gezien is bij de benoeming van een executeur vanzelfsprekend geen sprake van een aanbod om een overeenkomst aan te gaan tot het verrichten van enkele diensten, maar van een *uiterste wilsbeschikking*. In zoverre is er wat de beloning betreft sprake van een verkrijging *krachtens erfrecht*. Materieel gezien daarentegen dient mijns inziens de benoeming tot executeur en de aanvaarding van deze functie aangemerkt te worden als een *quasi-overeenkomst* van opdracht met privatieve lastgeving<sup>42</sup> tussen de erflater en zijn vertrouwensman: de executeur. Deze materiële benadering heeft mede gevolgen voor de fiscale kwalificatie van de beloning van de executeur. Voor de heffing van successiebelasting is de fiscus geïnteresseerd in een eventuele in de *'overeenkomst'* tussen 'erflater' en executeur verscholen 'vrijgevigheid', derhalve in de wijze van belonen van de 'opdracht'. Door aan te knopen bij de ware aard van executele en de nadruk te leggen op de '(quasi)-overeenkomst-gedachte', zou de samenloopproblematiek met de inkomstenbelasting ook eenvoudig op te lossen te zijn, waarover hierna in nr. 9 meer. Overigens komt de benadering van executele als 'quasi-overeenkomst' ook naar voren bij de beantwoording van de vraag of een executeur over zijn loon omzetbelasting in rekening dient te brengen. Ook op deze kwestie zal hierna, in par. 12, nader worden ingegaan.

Voor de bepaling van de eventuele mate van *vrijgevigheid*, na ook hier weer geconstateerd te hebben dat in formele zin reeds van een verkrijging krachtens erfrecht sprake is, zou mijns inziens ook – mede gelet op de eenvoud hiervan – 'door en tegen' de fiscus gebruikt gemaakt kunnen worden van de in het civielrechtelijke gedeelte behandelde '1%-regel' (al dan niet forfaitair te verhogen). Let wel: alleen als praktische bewijsregel. Bij overschrijding van dit percentage wordt de 'bewijslast omgekeerd'<sup>43</sup> en zal de executeur dienen te bewijzen dat geen sprake is van 'vrijgevigheid'. Voor een professional die in de regel zal werken met een beloning gebaseerd op zijn zakelijke uurloon zal dit bewijs relatief eenvoudig te leveren zijn. Voor een familielid of een vriend met een hoge beloning ligt dit weer anders. Om aan te geven dat het aannemen van 'vrijgevigheid' in fiscalibus niet altijd even zwart-wit te benaderen is, roep ik de hulp in van Van Dijk, die in een noot<sup>44</sup> onder een arrest waarin

42. Vergelijk art. 7:423 BW.

43. Legt men het primaat vooral bij de heffing van inkomstenbelasting zoals ik hierna zal doen, dan zal het praktisch nut van de betreffende bewijsregel minder groot zijn.

44. HR 9 mei 1984, BNB 1984, 236.

samenloop van *inkomstenbelasting* en *schenkingsrecht* aan de orde was, de navolgende interessante fiscale relativering aanbracht:

'En zo kon de H.R. tot vrijgevigheid en dus tot schenking besluiten. Deze civielrechtelijke benadering is niet ongebruikelijk, maar bevredigt mij toch niet. De scheidslijn tussen overeenkomsten onder bezwarende titel en om niet wordt in deze zienswijze wel erg scherp getrokken. Moet men nu werkelijk bij een bevoordeling ter beloning een schenking aannemen met alle civielrechtelijke gevolgen van dien, zoals de inkorting in verband met een aantasting van de legitieme portie of de verschaffing van levensonderhoud indien de schenker tot armoede is vervallen [...] of een notariële akte, wil een toezegging van een lage rente ter beloning rechtsgeldig kunnen geschieden? Het komt mij voor dat men een *bandbreedte* zou moeten aanhouden waarbinnen onverplichte handelingen nog niet een schenking betekenen en dus ook niet de gevolgen oproepen die aan een schenking verbonden zijn. Met name bij niet-excessieve remuneratoire schenkingen zou een dergelijke zienswijze wenselijk zijn.' (Curs. BS)

Men zou op basis van deze zienswijze van Van Dijck voor de onderhavige problematiek een onderscheid kunnen maken tussen absolute vrijgevigheid (de categorie zoals door de Hoge Raad bedoeld in 1905, waar erfflater ten opzichte van zijn wil de onjuiste benaming gebruikt) en de relatieve vrijgevigheid (de categorie waar veel te hoog beloofd wordt, maar wel nog sprake is van een beloning). Wat in het kader van de samenloopproblematiek door Van Dijck in de betreffende casus nog niet als schenking gezien werd, werd door de Hoge Raad wel degelijk als een schenking gezien, zij het dat men economisch op hetzelfde resultaat uitkomt door de samenloopvrijstelling van art. 33 lid 1 ten 9<sup>e</sup> SW 1956 toe te passen. Een andere invalshoek voor de problematiek van de vrijgevigheid zou kunnen zijn de benadering waar ook het onderscheid schenking en gift op berust. Of zo men wil het klassieke onderscheid in ons oude Burgerlijk Wetboek: schenking in formele zin en schenking in materiële zin. Een onderscheid waarop bijvoorbeeld ook het leerstuk samenloop overdrachtsbelasting/schenkingsrecht<sup>45</sup> gebaseerd is. Ook al zit een gift 'verborgen' in de koop, de titel blijft koop. Anders gezegd ook al zit een 'gift' verborgen in de beloning van de executeur, de titel blijft beloning. Dit wordt weer anders als de 'zeer verdachte' gevallen zich voordoen waarbij erfflater niet wilde belonen, maar 'erfrechtelijk' wilde 'schenken'. Dan wordt de titel voor de beloning schenking oftewel 'absolute vrijgevigheid'. Men zou bij absolute vrijgevigheid de vraag kunnen stellen of het niet de bedoeling van erfflater is dat de executeur 'in alle gevallen', derhalve zelfs als hij de erfrechtelijke opdracht niet aanvaardt, de beloning ontvangt.<sup>46</sup> Dit onderscheid is van belang voor de door mij voorgestane behandeling van de samenloop inkomstenbelasting/successierecht, waarover in de volgende paragraaf meer.

Indien men uitgaat van de 'quasi-*overeenkomstgedachte*' ten aanzien van executele hoeft dit voor de fiscus overigens geen nadelige gevolgen te hebben,

45. Zie bijvoorbeeld W. BURGERHART, *Recht van schenking en overdrachtsbelasting; samenloop en de afloop daarvan*, Notarisklerk februari 1997 nr. 1348.

46. Men zou bij de 'absolute vrijgevigheid' derhalve nog een theoretisch onderscheid kunnen maken tussen het geval dat de executeur de 'extreem' hoge beloning sowieso ontvangt en de situatie dat de executeur de extreem hoge beloning alleen krijgt indien hij de executeurbenoeming aanvaardt (en tot een goed einde brengt).



omdat in het in art 9 van de SW 1956<sup>47</sup> opgenomen fictieve vangnet ook uitdrukkelijk heffing mogelijk gemaakt wordt terzake van – zij het te verminderen met de waarde van de tegenprestatie – een schuldiggerkenning die erflater bij testament doet, zo men al zou twijfelen over het feit dat deze schuldiggerkenning civielrechtelijk een verkrijging krachtens erfrecht is<sup>48</sup>

Het aanmerken van een gedeelte van de beloning als 'vrijgevigheid' heeft ook gevolgen voor het bepaalde in art 30 SW 1956, in het geval de executeur de functie niet zou aanvaarden<sup>49</sup>

## 9. De samenloop inkomstenbelasting en successiebelasting

### 9.1 Nogmaals het besluit van 3 augustus 2004

In het besluit van 3 augustus 2004 wordt uitgegaan van 'dubbele heffing' als hoofdregel. Inkomstenbelasting en successierecht kunnen cumuleren<sup>50</sup>. De civielrechtelijke titel, zoals schenking of erfrecht, is immers in beginsel niet relevant om tot verschuldigdheid van inkomstenbelasting te kunnen concluderen.

De executeurbeloning is, afhankelijk van de omstandigheden, met *inkomstenbelasting* belast als 'winst uit onderneming, art 38 Wet IB 2001' of 'resultaat uit overige werkzaamheden, art 390 Wet IB 2001'. Daarnaast is er sprake van een verkrijging die op grond van art 4:144 BW nestelt in het erfrecht en zodoende tot de nalatenschap<sup>51</sup> heeft behoord, maar in ieder geval in art 4:7 lid 1 letter d BW de status verwerft van schuld van de nalatenschap. In zoverre heeft op de executeurbeloning in beginsel ook successierecht gedrukt. Op grond van art 20 SW 1956, waarnaar in het besluit wordt verwezen, is de betreffende beloning immers *met* een voor het successierecht aftrekbare last. Vervolgens wordt in het besluit aan de 'dubbele heffing' tegemoetgekomen met de mededeling

47 Zie voor mogelijke toepassing van art 9 SW 1956 ook SCHUTTEVAER-ZWEMMER, De Nederlandse Successiewetgeving, Deventer: Kluwer 1998, p. 65. Onbewust wordt hier onder het kopje 'Niet-erfrechtelijke verkrijgingen' en de opmerking 'loon voor verleende diensten' wellicht de 'overeenkomstgedachte' bedoeld?

48 Zie I J F A VAN VIJFEIJKEN, Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956, Deventer: Kluwer 2002, p. 60. Gelet op de definitie van het legaat in art 4:117 BW is het belang van een fictie met het oog op de schuldiggerkenning in een uiterste wilsbeschikking niet meer zo groot.

49 J A M KLINKERT-CINO en J P M STUBBE, Beloning ontvangen van de erflater, Nieuw Erfrecht, 2004 nr. 6, die verwijzen naar PW 7666. Men zou dit ook kunnen zien als een voorwaardelijk legaat dat niet binnen de klem van art 30 SW past. De aspirant-executeur heeft immers pas recht op de beloning als hij de executele aanvaardt. Zie de Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet Art 30 SW, Aantek. 2.1 'Hetzelfde geldt zolang men als erfgename of legataris geen recht heeft, omdat een opschortende voorwaarde nog niet is vervuld'.

50 Zie over dit interessante onderwerp uitgebreid J K MOLTMAKER, Cumulatie van inkomstenbelasting en successierecht, Belastingconsulentendag '73, Deventer: Uitgeverij FED 1974.

51 Deze redenering kan men ook afleiden uit hetgeen over het salariediffere in het besluit is opgemerkt.

‘De aan (de) executeur toegekende beloning waarover successierecht is geheven, wordt niet tot zijn inkomen uit werk en woning gerekend.’

Met dien verstande dat hier nog een belangrijk voorbehoud aan toegevoegd wordt:

‘De goedkeuring geldt alleen voor de executeur die *tevens* erfgenaam of legataris is *en* de executeurwerkzaamheden *niet* beroepshalve verricht.’ (Curs. BS)

Deze extra eisen zou men, mijns inziens, als volgt kunnen verklaren. Uit het besluit blijkt dat de staatssecretaris niet helemaal ‘zeker is van zijn zaak’, hetgeen ik afleid uit de frase: ‘mede om discussies over de belastbaarheid voor de inkomstenbelasting te voorkomen.’ Bij de executeurwerkzaamheden door een ‘professional’ is hij wel degelijk zeker van zijn zaak, aangezien hun werkzaamheden zich in de regel buiten de ‘spel- en hobby sfeer’ zullen afspelen. Aan deze groep verleent hij dan ook geen tegemoetkoming. Inkomstenbelasting is alsdan terecht. Bij het belonen van een professional zal het in de regel om een zakelijk handelen gaan.

De ‘erfgenamen en legatarissen’ zijn, zo leid ik af, reeds – wat de erfgenamen betreft gezien het feit dat de executeurbeloning voor het successierecht niet als boedelschuld aftrekbaar is – geconfronteerd met successiebelasting, zodat deze ‘particulieren’ als executeur, in de ogen van de staatssecretaris, niet ook nog eens de druk van inkomstenbelasting hoeven te ondergaan.<sup>52</sup>

Specifiek op ‘bovenmatigheidsvraagstukken’ wordt overigens in het besluit niet ingegaan. Zie hiervoor de beschouwingen over onder meer het arrest van de Hoge Raad uit 1905. In zoverre is het besluit zeer cryptisch te noemen. Voor zover er sprake is van ‘vrijgevigheid’ levert dit in het huidige systeem eveneens de titel ‘legataris’<sup>53</sup> op, zodat hetgeen aan de ‘legataris’ toekomt wel een aftrekpost in de nalatenschap oplevert. De ‘niet-professionele’ legataris in de zin van het besluit kan vervolgens voor de inkomstenbelasting-tegemoetkoming van de staatssecretaris in aanmerking komen.

In tegenstelling tot het Duitse belastingrecht legt men in het besluit niet het primaat bij de inkomstenbelasting. Het is immers op het gebied van de inkomstenbelasting waar door de toezegging een stap terug wordt gedaan. Over de beloning (bij een niet-‘beroepshalve’ executeur die tevens erfgenaam of legataris is) waarover *successiebelasting* is geheven, wordt geen inkomstenbelasting geheven.

Dubbele heffing zou zich wel nog kunnen voor doen bij de ‘beroepshalve-executeur’ die ‘bovenmatig’ beloond wordt. Althans zodanig bovenmatig dat hij naast inkomstenbelasting met successiebelasting wordt geconfronteerd. De ‘tegemoetkoming’ geldt zoals gezien immers alleen voor de ‘amateur’-executeur.

52. Dat is mijns inziens de reden dat er naar art. 20 SW 1956 verwezen wordt en ‘tussen de regels door’ de eis gesteld wordt dat de executeur onder meer tevens erfgenaam moet zijn. Het loon dient aan de executeur voldaan te worden en levert desondanks geen successierechtelijke aftrekbaarheid op.

53. Dan wel zoals hierboven aangegeven de titel ‘quasi-contractspartij’.

## 9.2 Hoe zou het – geïnspireerd door het Bundesfinanzhof – ook kunnen?

Hoe zou – mede geïnspireerd door de filosofie van het Bundesfinanzhof – de problematiek ook benaderd kunnen worden. Men stelt het karakter van beloning voor het verrichten van *arbeid* voorop en gaat er in beginsel vanuit dat de executeurbeloning met *inkomstenbelasting* getroffen wordt, of de vergoeding nu te hoog is of niet. Het blijft in beginsel een beloning voor de te verrichten werkzaamheden, die de executeur nu eenmaal alleen ontvangt als hij de opdracht aanvaardt en uitvoert. In zoverre is er ‘samenhang.’ Aangezien de vergoeding in het *Nederlandse systeem* vanuit een formele benadering *tevens* aangemerkt kan worden als een verkrijging *krachtens erfrecht*, is het recht op de beloning ook (niet-afrekbaar) onderdeel van de nalatenschap en bij de executeur in de successieheffing te betrekken, zij het dat waarde van dit recht verminderd dient te worden met de tegenprestatie, zijnde door de executeur te verrichten werkzaamheden. Voor zover er sprake is van ‘vrijgevigheid’ is er sprake van een te belasten (en in de boedel aftrekbare) waarde voor het successierecht. Er is dan – afgezien van het besluit van 3 augustus 2004 – in beginsel sprake van dubbele belasting bij de executeur. Indachtig de Duitse, en volgens mij juiste, benadering, is immers de vergoeding (ook de ‘hoge’) reeds aan de heffing van inkomstenbelasting onderworpen. Bij de inkomstenbelasting ligt het primaat. Dit brengt mijns inziens vervolgens met zich dat het in art. 33 lid 1 ten 9e SW 1956 voor het schenkingsrecht neergelegde beginsel (gelet op de quasi-overeenkomstgedachte) analoog zou kunnen worden toegepast op de beloning van de executeur waarin de ‘relatieve vrijgevigheid’ schuil gaat. Er is immers geen schenkingsbelasting (lees: successiebelasting) over een verkrijging verschuldigd:

‘door iemand te wiens laste over die verkrijging inkomstenbelasting of een voorheffing van die belasting wordt geheven.’

Voor het analoog van toepassing verklaren van deze vrijstelling op de onderhavige *successierechtelijke* verkrijging in formele zin, zoals hiervoor gezien, hebben wij derhalve twee ingrediënten, oftewel twee gedachten. Wij combineren de gedachte: executele is een *quasi-overeenkomst* met de gedachte dat bij een bovenmatige beloning sprake is van ‘relatieve *vrijgevigheid*’. Het reeds met inkomstenbelasting getroffen voordeel is dan op grond van art. 33 lid 1 ten 9e SW 1956 niet meer met ‘schenkingsrecht’ en bij wijze van analogie derhalve ook niet meer met successierecht belast. Ook uit de door de Hoge Raad in zijn arrest van 9 mei 1984, BNB 1984, 236 gekozen bewoordingen blijkt overigens duidelijk dat het verrichten van arbeid en vrijgevigheid elkaar niet uitsluiten:

‘dat immers [...] de geldgeefster aan belanghebbende een *persoonlijke beloning* wilde geven voor het werk dat hij in het kader van zijn kantoor voor haar deed; [...]

dat de relatie waarin belanghebbende tot de geldgeefster stond ertoe leidt dat een – eventueel aanwezig – rentevoordeel zich manifesteert als een voordeel dat genoten is hetzij als loon uit de door hem als *belastingconsulent* vervulde dienstbetrekking hetzij uit *niet in dienstbetrekking verrichte werkzaamheden* en dien-

sten; [...] dat op grond van *dit verband* moet worden aangenomen dat de *onverplichte bevoordeling uit vrijgevigheid* is geschied.' (Curs. BS)

In deze situatie legt de Hoge Raad het primaat bij de inkomstenbelasting en wordt de betreffende schenking op grond van het bepaalde in artikel 33, lid 1 ten 9<sup>e</sup> SW 1956 vrijgesteld. Mijns inziens kan deze gedachte niet alleen probleemloos naar de werkzaamheden van de executeur verplaatst worden, maar ook van vrijstellen van schenkingsrecht naar vrijstellen van successierecht. Door het quasi-overeenkomstenkarakter en niet het erfrechtelijke karakter bij executele op de voorgrond te stellen, verschuift het vraagstuk van de samenloop als het ware van successierecht naar schenkingsrecht. Waarom zou het overigens ook verschil (moeten) maken of de betreffende 'belasting-consulent' tijdens de rit of op het (erfrechtelijk) scheiden van de markt belood wordt?

De ratio van de samenloopvrijstelling in de Successiewet is van 'huis uit' het vrijstellen van gevallen waarin een werkgever een aan inkomstenbelasting onderworpen uitkering doet aan een werknemer.<sup>54</sup> Ook dit ligt mijns inziens dicht bij de problematiek van de beloning van de executeur, zij het dat het daar 'resultaat uit overige werkzaamheden' of 'winst uit onderneming' betreft.

Ook als men in een concrete casus twijfelt over de vraag of er wel sprake is van 'vrijgevigheid', zoals Van Dijk in zijn hierboven vermelde noot in feite doet, kan art. 33 lid 1 ten 9<sup>e</sup> SW 1956 nog altijd als praktisch 'vangnet' (voor het geval dat) gebruikt worden ter voorkoming van dubbele belasting. Immers, voor zover er sprake is van vrijgevigheid is dit met inkomstenbelasting belaste voordeel toch vrijgesteld van schenkingsbelasting. Een conclusie die niet verschilt van het uiteindelijke resultaat van de Hoge Raad in BNB 1984/236.

Den Boer wijst in zijn noot onder BNB 1980/235 in het kader van de samenloop inkomstenbelasting/successierecht, erop dat de door het toenmalige kamerlid Hofstra gegeven toelichting wijst in de richting van een zo ruim mogelijke voorkoming van de samenloop van beide belastingen (met daarbij prioriteit voor de inkomstenbelasting) en dat de absolute druk van beide belastingen daar ook voor zou pleiten. Creusen<sup>55</sup> geeft in zijn dissertatie wat betreft de samenloop van inkomstenbelasting en successiebelasting aan dat, voor zover gesproken wordt van dubbele heffing, eerst een tweetal vragen bevestigend beantwoord dient te worden:

- a. Is het subject waarvan geheven wordt bij beide belastingen hetzelfde?
- b. Zijn de belastingen die de samenloop veroorzaken hetzelfde, althans vergelijkbaar, en, daarmee samenhangend, is het object van heffing hetzelfde?

Deze tweede vraag mag wat Creusen betreft met een economische bril beantwoord worden. Creusen vindt het jammer dat bij de meest recente herziening van de Successiewet aan het probleem van de dubbele heffing (inkomstenbelasting/successiebelasting) geen aandacht is geschonken en ook hij komt in

54 Zie het 'Rapport Moltmaker', Werkgroep modernisering successiewetgeving, De warme, de koude en de dode hand, Den Haag: Ministerie van Financien, 6 2.6.

55. E.M.G. CREUSEN, Inkomsten uit andere arbeid (diss. Groningen) 1981, p. 120 e.v.

algemene zin tot de gedachte dat voor de successiebelasting wellicht aansluiting had kunnen worden gezocht bij de anti-samenloopbepaling betreffende schenkingsrecht en inkomstenbelasting.

Als men het primaat legt bij de inkomstenbelasting, zoals door mij voorgesteld, en het successierecht via een vrijstelling terugtreedt is het praktisch belang van de 1%-regel (al dan niet verhoogd met een percentage) in fiscalibus niet erg groot. Wel is het van belang steeds een onderscheid te maken tussen de absolute vrijgevigheid en de relatieve vrijgevigheid, omdat zich bij de absolute vrijgevigheid ('bijzondere omstandigheden') in beginsel geen samenloop voordoet. Hier is in materiële zin zonder meer sprake van een legaat, zij het dat het erfrechtelijke 'beestje' willens en wetens onder een andere naam door het leven gaat (beloning). Er is sprake van absolute vrijgevigheid, waardoor men zelfs zou kunnen verdedigen dat men ook recht heeft op de beloning als men de erfrechtelijke opdracht niet aanvaardt. De 1%-regel (al dan niet verhoogd met een percentage), zij het 'slechts', zoals in het civielrechtelijke gedeelte aangegeven, als bewijsregel, zou wel een rol kunnen spelen bij de bepaling van eventuele successiedruk, als de vergoeding om welke reden dan ook niet aan inkomstenbelasting onderworpen zou zijn.

Illustratief voor de onderhavige materie is ook het feit dat, naar aanleiding van de betreffende beslissing van het Bundesfinanzhof, in de Duitse literatuur<sup>56</sup> wordt opgemerkt dat deze gedachte ook zou moeten worden doorgetrokken naar de 'Schenkungssteuer', waarbij als voorbeeld wordt gegeven de casus van de arts die van een patiënt uit dankbaarheid naast zijn honorarium een 'extraatje' krijgt. Omdat dit extraatje ook met inkomstenbelasting getroffen wordt, zou er eigenlijk geen aanleiding meer moeten zijn voor schenkingsbelasting. In het Nederlandse systeem vinden wij deze gedachte die fiscale samenloop voorkomt, zoals gezien, reeds in art. 33 lid 1 ten 9<sup>e</sup> SW 1956.

### 9.3 *De Duitse passiefzijde en onze 'nieuwe' schulden van de nalatenschap*

Om een volledig beeld te krijgen van de Duitse samenloopproblematiek in het licht van de uitspraak van het Bundesfinanzhof, dient melding gemaakt te worden van de wijze waarop in § 10 (5) 3 van het Erbschaftsteuergesetz bij de bepaling van het 'Steuerpflichtiger Erwerb' naast onder meer de schulden van erflater, de legitieme portie, legaten, lasten en begrafeniskosten aan de *passiefzijde* rekening gehouden wordt met de kosten van boedelafwikkeling:

'die dem Erwerber unmittelbar im Zusammenhang mit der *Abwicklung, Regelung oder Verteilung* des Nachlasses oder mit der Erlangung des Erwerbs entstehen. Für diese Kosten wird insgesamt ein Betrag von 10 300 Euro ohne Nachweis abgezogen. Kosten für die Verwaltung des Nachlasses sind nicht abzugsfähig.' (Curs. BS)

Het is wellicht dan toch niet voor niets dat in de Fiscale Encyclopedie Vakstudie Successiewet 1956 wordt opgemerkt:<sup>57</sup>

56. HILDEGARD BILLIG, ZEV 2005, 8, p. 359.

57. Bij art. 20 SW 1956, Aantek. 2, Lasten, Beschouwing.

‘Dergelijke kosten worden vanaf 1 januari 2003 krachtens art. 4:7, onderdeel b, c, en d, als schulden van de nalatenschap aangemerkt. De tekst van de Successiewet 1956 lijkt op dit punt *niet voldoende te zijn aangepast aan het sedert 1 januari 2003 geldende erfrecht*. Bij art. 5, aant. 3.1, is reeds opgemerkt dat het begrip schulden in art. 5, eerste lid, slechts betrekking heeft op de in rechte afdwingbare schulden *van de erflater* en niet op de schulden in de zin van art. 4:7, eerste lid, BW. Het begrip lasten in art. 20, eerste lid, omvat met name ook de in art. 4:7, eerste lid, onderdeel b, c, en d, BW, genoemde kosten.’

Blijkbaar is men er niet gerust op. In navolging van de bewerker van de Vakstudie merk ik dan ook op dat de tekst van art. 20 van de SW 1956 aangepast zou dienen te worden aan het per 1 januari 2003 geldende nieuwe begrip ‘schulden van de nalatenschap’ van art. 4:7 BW, op basis van welke regeling ook vereffeningskosten (letter c) en kosten van executele (letter d) als schulden van de nalatenschap aangemerkt zouden kunnen worden. Deze zouden mijns inziens ook in aftrek op de nalatenschap moeten kunnen komen, al dan niet met een maximum. Ook vanuit de filosofie dat bij executele de overeenkomstgedachte dient te prevaleren, is de aftrek van door een executeur veroorzaakte ‘boedelkosten’ mijns inziens zonder meer reëel. Bij de erfgenaam wordt dan successierechtelijk het netto-voordeel als erfrechtelijke verkrijging belast.

In het besluit van 3 augustus 2004 wordt in ieder geval uitdrukkelijk opgemerkt dat voor de regeling van het successierecht de executeurbeloning géén last is die van de nalatenschap kan worden afgetrokken.<sup>58</sup> Bij Van Vijfeijken lees ik over de term lasten in de zin van art. 20 lid 1 SW 1956:<sup>59</sup>

‘In dit lid wordt onder lasten verstaan kosten die worden opgeroepen door het overlijden van de erflater, zoals de kosten van lijkbezorging, kosten van beheer van de boedel, *executeursbeloning*, afwikkelingskosten en mogelijke proces- en invorderingskosten.’ (Curs. BS)

Echter niet te vroeg juichen:

‘Op grond van het bepaalde in dit lid zijn de lasten slechts zeer beperkt aftrekbaar voor de berekening van het verschuldigde successierecht. Alleen de kosten van lijkbezorging komen in mindering op de nalatenschap.’

Toch zou men mijns inziens de redenering<sup>60</sup> die ten grondslag heeft gelegen aan de aftrek van de *kosten van lijkbezorging* ook ten grondslag kunnen leg-

58. Zo ook SCHUTTEVAER/ZWEMMER, De Nederlandse successiewetgeving, Deventer: Kluwer 1998, p. 77.

59. I.J.F.A. VAN VIJFEIJKEN, T & C Erfrecht, Deventer: Kluwer 2006, Art. 20 SW 1956, Aantek. 1, p. 681.

60. J.P. SPRENGER VAN EYK/B.J. DE LEEUW, De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking, 7<sup>e</sup> druk, s-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, nr. 559, p. 577. Op p. 578 noot 2 wordt in het kader van de vraag of onder de begrafeniskosten ook kunnen worden begrepen de kosten van godsdienstige en kerkelijke plechtigheden een interessant besluit aangehaald dat voor zich spreekt: ‘Art. 3 van het Besluit van 28 februari 1814 (Stbl. no. 31) sloot de kosten van de kerkelijke plechtigheden uitdrukkelijk uit: “Onder de schulden des Boedels, welke volgens art. 22 der ordonnantie van den 4den October 1805, tot het begrooten van het saldo of zuiver bedragen der nalatenschap mogen afgetrokken worden, zullen niet

gen aan het toestaan van een beperkte aftrek van de executeurbeloning oftewel de Duitse methode:

'Aftrek daarvan is in overeenstemming met het beginsel der successiebelasting, een belasting op het *zuiver saldo* van elks verkrijging uit den boedel van een ingezetene des Rijks. Toch heeft de wet dien aftrek niet onbeperkt toegelaten, maar daaraan eischen gesteld, die bestemd zijn om ontduiking tegen te gaan [...]' (Curs. BS)

Aftrek is redelijk, doch in het kader van ontduiking 'mondjesmaat'.

Zowel voor het Duitse als voor het Nederlandse recht geldt dat voor zover een executeurbeloning 'om welke reden dan ook' als *legaat* zou worden aange-merkt, dit legaat, in het kader van de successierechtelijk communicerende vaten, sowieso voor het successierecht als passiefpost van de nalatenschap aftrekbaar is. Het legaat wordt immers in beginsel bij de legataris in de heffing betrokken.

## 10. Duitse estate planningsstrategie

Zoals hiervoor aangegeven hebben de Duitse vakbladen uitgebreid aandacht besteed aan de beslissing van het Duitse Bundesfinanzhof van 2 februari 2005. Zo verheugt Wälzholz<sup>61</sup> zich al op de nieuwe mogelijkheden die de uitspraak biedt voor de Duitse estate planningspraktijk:

'Für die Gestaltungspraxis ist die neue Rechtslage zu begrüssen. Es besteht mehr Rechtssicherheit. Der Testamentsgestalter erhält nunmehr das Wahlrecht, entweder für unangemessen hohe Testamentsvollstreckergebühren zugunsten der Erbschaftsteuer oder zugunsten der Einkommensteuer zu optieren. Eine Doppelbesteuerung ist ausgeschlossen.'

Hij gaat er overigens vanuit dat men in de regel de neiging zal hebben om voor de Duitse 'successiebelasting' te gaan in plaats van voor 'de inkomstenbelasting'. Dit in verband met de in beginsel hogere inkomstenbelastingtarieven. Hoe kan erflater dit realiseren? Door ervoor te zorgen dat het betreffende bedrag 'unabhängig von der Amtsübernahme gewährt wird.' Met een vertrouwenspersoon is dat niet zo moeilijk.

Erflater dient zich er dan wel van bewust te zijn dat de beoogd executeur het bedrag ook ontvangt als deze de erfrechtelijke klus niet aanneemt. Als men bereid is om dit risico daadwerkelijk te lopen, is het doorbreken van de samenhang waarschijnlijk een feit.

→ begrepen zijn eenige betalingen voor kerkdiensten, noch ook *eenige bepaalde sommen*, bij testament aan *executeurs* toegelegd of wel door dezelve voor *executeurloon* in rekening gebracht.'" (Curs. BS)

61. ECKHARD WALZHOLZ, Zerf 2005, 8, p. 249.

Wälzholz geeft in zijn bijdrage ook nog mee dat de progressie in de inkomstenbelasting gedrukt zou kunnen worden door de opeisbaarheid van de vergoeding over meerdere jaren uit te smeren.<sup>62</sup>

## 11. Resumé

Zeker nu de executeur als 'erfrechtelijke wonderdokter'<sup>63</sup> in het nieuwe erfrecht niet meer weg te denken is en met zijn beloning steeds grotere bedragen gemoeid zijn, is het goed om uitgebreid bij de fiscale implicaties van zijn 'verdiende' loon stil te staan. Met name bij de problematiek van de samenloop van inkomstenbelasting en successiebelasting. Ook de staatssecretaris heeft in een besluit van 3 augustus 2004 in de vorm van een tegemoetkoming oog gehad voor deze samenloopproblematiek. Wat de successierechtelijke aspecten van de executeurbeloning betreft moeten wij het nog steeds doen met een arrest van meer dan honderd jaar geleden van onze Hoge Raad, waarvan de onderliggende casus ook nog eens zeer 'bijzondere omstandigheden' betrof. Een goede aanleiding om de samenloop van heffingen over de executeurbeloning te analyseren was – naast het meergemeld besluit van 3 augustus 2004 – een in Duitsland als 'spectaculair' ontvangen beslissing van het Bundesfinanzhof van 2 februari 2005.

Mijns inziens moet bij de oplossing van de samenloopproblematiek – anders dan het besluit van 3 augustus 2004 – ook bij de particuliere executeur het primaat gelegd worden bij de inkomstenbelasting. Het successierecht dient ter voorkoming van dubbele belasting te wijken, voor zover over de vergoeding inkomstenbelasting verschuldigd is. Nu executeur als erfrechtelijke verbintenis het karakter heeft van een 'quasi-overeenkomst' rechtvaardigt dit ingrediënt naar mijn mening een analoge toepassing van art. 33 lid 1 ten 9<sup>o</sup> van de Successiewet 1956. Mede gelet op het arrest van de Hoge Raad van 1905 over 'vrijgevigheid' bij het toekennen door erfplater van de executeurbeloning en de bijzondere omstandigheden die daar aan de orde waren bij het toekennen van een executeurbeloning, dient mijns inziens voor de oplossing van de samenloopproblematiek een onderscheid gemaakt te worden tussen 'absolute vrijgevigheid' en 'relatieve vrijgevigheid'.

Bij absolute vrijgevigheid ontbreekt zonder meer het karakter van de beloning (zodat er geen inkomstenbelasting geheven wordt, doch 'slechts' successiebelasting). Er is sprake van een legaat en legaten kwalificeren als een successierechtelijk aftrekbare schuld van de nalatenschap.

Bij relatieve vrijgevigheid blijft – ondanks de 'unangemessenheit' – het karakter van beloning overeind en ligt het primaat bij de inkomstenbelasting. De heffing van successierecht dient mijns inziens bij eventuele relatieve vrij-

62 Wellicht een aandachtspunt voor de Nederlandse testamente makers?

63. Zoals hij door KLEIJN in zijn noot onder Hoge Raad 3 december 2004, NJ 2005, 28 genoemd wordt, zij het wellicht met 'enige' spot?



gevigheid op basis van analoge toepassing van art. 33 lid 1 ten 9<sup>e</sup> SW achterwege te blijven.<sup>64</sup>

Voorts dienen de kosten van executele als schuld van de nalatenschap in aftrek voor de regeling van het recht van successie te mogen worden gebracht. Een argument is te vinden in de nieuwe regeling van art. 4:7 BW waar kosten van vereffening en executele als 'schulden van de nalatenschap' worden aangemerkt. Ook een legitimaris moet tot op zekere hoogte dulden dat in ieder geval de kosten van vereffening in mindering op de legitimaire massa worden gebracht, waarom de fiscus dan niet.<sup>65</sup>

Men kan zich na meer dan 'honderd jaar' ook de vraag stellen of het Nederlandse arrest uit 1905 en de uitspraak van het 'Bundesfinanzhof' niet dichterbij elkaar liggen dan op het eerste gezicht lijkt. Op voorhand mag niet uitgesloten worden dat de corrigerende uitleg van de Hoge Raad, indachtig het in Duitsland geïntroduceerde samenhangbeginsel, bij 'consequent doorredeneren' zelfs met zich brengt (of zou moeten brengen) dat de executeur in kwestie het betreffende als 'vrijgevigheidslegaat' aan te merken gedeelte ook zou ontvangen als hij de executele niet aanvaard zou hebben.<sup>66</sup> Met de komst van het nieuwe erfrecht zijn wellicht de beloningskaarten ook 'ietsje Duitser' komen te liggen, omdat het nieuwe beloningsartikel, te weten art. 4:144 BW in tegenstelling tot 4:1068 (oud) BW niet meer spreekt van de mogelijkheid van een 'bijzonder *legaat*' als beloning. Zo wijst Hildegard Billig<sup>67</sup> bijvoorbeeld op het feit dat nu de Duitse wetgever erflater geheel vrijlaat in de hoogte van de vergoeding, en de 'angemessenheidsregel' pas een rol speelt bij het ontbreken van een door erflater vastgestelde vergoeding, er eigenlijk helemaal geen ruimte is om een beloning als een legaat aan te merken. Dit neemt niet weg dat men mijns inziens de Nederlandse, in art. 4:144 lid 2 BW opgenomen, wettelijke beloningsregel als een species van een legaat zou kunnen zien, zij het een legaat waar het vergoedingskarakter voorop staat, en door de wetgever op basis van de vermoedelijke wil van erflater toegekend. Wil men de Duitse 'Einkommensteuer' ontgaan en de beloning voor de Erbschaftsteuer als legaat aangemerkt krijgen dan dient 'samenhang' voorkomen te worden. Dit kan, aldus de Duitse literatuur, door in het testament te bepalen dat de 'executeur' een door erflater bepaald bedrag ook toekomt als hij het betreffende erfrechtelijke ambt niet aanvaardt.

Ik sluit deze paragraaf af met de woorden: ook een goede beloning is een beloning.

64. Bij een zakelijke beloning alleen inkomstenbelasting. Er is in mijn beleving bij de erfgenamen geen successiedruk, omdat de beloning (tot op zekere hoogte) aftrekbaar zou moeten zijn en alleen de netto-verkrijging belast wordt. Bij een relatieve bevoordeling van de executeur is er sprake van inkomstenbelasting en treedt de successiewetgever terug op grond van art. 33 lid 1 ten 9<sup>e</sup> SW 1956. Bij een absolute bevoordeling van de executeur is er geen inkomstenbelasting verschuldigd, maar wel successierecht.

65. Men zou kunnen stellen: de basiskosten van executele, indachtig de 1%-regel of bijvoorbeeld de 1,5 %-regel, zijn kosten van vereffening. De kosten van executele zijn immers in beginsel niet aftrekbaar van de legitimaire massa, art. 4:65 BW.

66. Ik realiseer mij dat ook een legaat onder voorwaarde van aanvaarding van de executele mogelijk is, zij het dat dit legaat materieel gezien toch weer het karakter krijgt van een beloning, met alle in dit hoofdstuk besproken kwesties van dien.

67. HILDEGARD BILLIG, ZEV 2005, 8, p. 358.

## 12. De quasi-overeenkomstgedachte in de omzetbelasting

### 12.1 *Maakt de executeur-adviseur erfrechtelijke omzet? De Wet OB 1968*

Een interessante fiscale vraag is of de executeur-ondernemer, bijvoorbeeld een notaris of een belastingadviseur aan de erfgenamen omzetbelasting in rekening dient te brengen. En, zo ja, dan resteert de nog interessantere vraag of de vergoeding *inclusief* BTW is dan wel verhoogd dient te worden met omzetbelasting.

Over deze rechtsvraag moest de redactie van Vakstudienieuws zich buigen.<sup>68</sup>

Het betrof een casus van een executeur die tevens accountant van erflater was. Dat het een interessante rechtsvraag was, blijkt alleen al uit het feit dat de betreffende executeur van drie verschillende inspecteurs twee verschillende antwoorden had gekregen. In het testament was opgenomen: 'Ik ken de uitvoerder van mijn uiterste wilsbeschikkingen een beloning toe van f 15000 in plaats van het wettelijk loon.' De betreffende accountant heeft dit bedrag verhoogd met de BTW.

Welke argumenten hadden de inspecteurs die van mening waren dat geen omzetbelasting verschuldigd was? Drie punten waren hun inziens van belang. Ten eerste: het uitvoeren van een uiterste wilsbeschikking is geen dienst in de zin der omzetbelasting. Ten tweede: omdat de executeurbeloning bij wet is vastgesteld, is er geen sprake van een overeenkomst. En ten derde: het werk is niet uitgevoerd binnen het kader van een onderneming.

De redactie van Vakstudienieuws was het daar niet mee eens, aangezien het bij het uitvoeren van een uiterste wilsbeschikking om een prestatie gaat die tegen een daarvoor in het vooruitzicht gestelde vergoeding wordt verricht. Dit kan de vergoeding volgens de wet zijn maar ook een, door de 'opdrachtgever', hoger vastgestelde vergoeding, zoals in casu de f 15000. Zeer treffend, in het licht van de erfrechtelijke verbintenis, vind ik de door de redactie voor de beantwoording van de rechtsvraag gekozen benadering om tot een 'oplossing' van het vraagstuk te komen:

*'Weliswaar is er geen sprake van een civielrechtelijke overeenkomst waarbij ook de vergoeding is overeengekomen, maar wel degelijk van een door de "opdrachtnemer" aanvaard aanbod met een daarbij in het vooruitzicht gestelde vergoeding van zekere omvang.'* (Curs. BS)

Proeven wij hier de quasi-overeenkomstgedachte?

Ook merkt men op dat het uitvoeren van uiterste wilsbeschikkingen wel degelijk binnen een onderneming kan geschieden. Uiteindelijk komt men tot de volgende conclusie:

*'dat in gevallen waarin een zelfstandige beroepsbeoefenaar of soortgelijke ondernemer kennelijk om diens professionele kundigheid als executeur-testamenteir wordt aangewezen in beginsel aan de heffing van omzetbelasting zal zijn*

68. V-N 1990, p. 1425, nr. 22.

onderworpen, ook al zou diens beloning slechts uit het wettelijk loon bestaan (al zal in die gevallen wel vaker van een in het vooruitzicht gestelde hogere vergoeding sprake zijn) Heffing van omzetbelasting lijkt ons daarentegen niet aan de orde te komen indien de aanwijzing van de executeur-testamentair meer op persoonlijke achtergronden berust, ook al zou de betrokkene op het vlak van de verrichten werkzaamheden wel een zekere professionele kundigheid bezitten'

## Dan het antwoord op de hamvraag inclusief of exclusief?

'met het vorenstaande is nog niet gezegd dat degene die voor zijn werkzaamheden als executeur-testamentair verplicht is omzetbelasting af te dragen daarmee ook de bevoegdheid heeft die belasting boven de aan hem in het vooruitzicht gestelde wettelijke of hogere beloning ten laste van de boedel en dus uiteindelijk van de erfgenamen te brengen Hetgeen deze laatsten uit de boedel van erflater toevalt zal doorgaans niet op grond van zakelijke verhoudingen worden verkregen, maar in de prive-sfeer In die sfeer pleegt omzetbelasting in de prijzen te zijn begrepen'

Voor een 'inclusief' benadering als werkbare hoofdregel is iets te zeggen Ook art 38 van de Wet op Omzetbelasting 1968 verbiedt de ondernemer om aan particulieren diensten aan te bieden tegen prijzen met zodanige aanduidingen dat de omzetbelasting niet in de prijzen zou zijn begrepen<sup>69</sup> Complicatie blijft dat het niet de ondernemer is die zijn beloning vaststelt, maar erflater (al dan niet met tussenkomst van de wetgever) Wel kan vanzelfsprekend de executeur het aanbod van erflater niet aanvaarden, indien er met de erfgenamen geen overeenstemming wordt bereikt over het BTW-vraagstuk Wellicht kan ook de kantonrechter in voorkomende gevallen op grond van de onvoorziene omstandigheden-regel van art 4 144 lid 3 BW juncto 4 159 lid 3 BW de BTW-knoop doorhakken Het blijft echter in de praktijk een lastig (civielrechtelijk) testamentair uitlegvraagstuk, dat op zich genomen slechts van academische aard zou moeten zijn Erflater kan in zijn uiterste wilsbeschikking hierover immers expliciet een uitspraak doen De notaris dient aan dit vraagstuk dan ook aandacht te besteden bij het voorbereiden van de uiterste wil van erflater Men zou overigens bij de uitleg ook nog een rol kunnen laten spelen wat de adviseur gewoon was aan erflater tijdens leven in rekening te brengen, althans in zoverre er nog een koppeling te maken is naar de diensten die tijdens leven verricht werden, bijvoorbeeld met het uurloon dat de adviseur(executeur) in rekening bracht

Aangezien er buiten de betreffende rechtsvraag in Vakstudienieuws bij mijn weten geen andere (specifieke) literatuur beschikbaar is over de executeurbeloning en de omzetbelasting, ook voor dit vraagstuk maar weer een kijkje naar het Duitse recht

<sup>69</sup> Zie bijvoorbeeld HR 2 november 1983, BNB 1984, 47 waar een psycholoog er ten onrechte van uitging dat hij vrijgesteld was van de heffing van de omzetbelasting en dus prijzen zonder omzetbelasting berekende Toen de psycholoog probeerde de BTW op de afnemers van zijn diensten te verhalen, oordeelde de Hoge Raad dat de psycholoog de belasting uit de oorspronkelijk in rekening gebrachte bedragen dient te voldoen

## 12.2 De 'Umsatzsteuer'

Het zal niet verbazen dat onze Oosterburen zich eveneens over de onderhavige BTW-vraagstukken gebogen hebben en dat Lieb in zijn dissertatie<sup>70</sup> over de eventuele verschuldigdheid van 'Umsatzsteuer' over de 'vergoeding' van de Testamentsvollstrecker tot de conclusie gekomen is dat:

'Voraussetzung ist lediglich, dass die fragliche Tätigkeit wenigstens mittelbar mit dem Gegenstand des eigentlichen Unternehmens zusammenhangt. Führt folglich ein Rechtsanwalt, Notar oder Steuerberater aber auch eine Bank oder Versicherung eine Testamentsvollstreckung durch, löst dies wegen der Nähe Haupttätigkeit grundsätzlich Umsatzsteuer aus. [...]'

Bij welke beroepsgroep dient de grens voor de 'BTW-plicht' getrokken te worden?

'Die Grenze der Einbeziehung ist aber erreicht, wenn sich unter keinem Blickwinkel mehr ein einheitliches Gesamtbild ergibt, weil dem Unternehmen die Testamentsvollstreckung völlig wesensfremd ist (etwa bei einem Ingenieur als Testamentsvollstrecker).'

Een ingenieur als uitvoerder van een uiterste wilsbeschikking neemt blijkbaar niet meer als 'ingenieur deel aan het economisch verkeer'.

Birk wijst er in zijn dissertatie<sup>71</sup> op dat ook voor notarissen, advocaten en belastingadviseurs de 'grens bereikt' is als zij erfgenaam of legataris zijn en 'toevallig' ook 'executeur'. De executeur mag in zijn ogen dan niet voor zijn beroep 'gestraft' worden met 'Umsatzsteuerpflicht', althans als hij zich niet laat ondersteunen door zijn praktijk. Mijsns inziens zal de executeur echter in voorkomende gevallen al snel geneigd zijn om gebruik te maken van de kantoorgemakken van zijn professie. Recentelijk heeft het Bundesfinanzhof echter de touwtjes op BTW-gebied wat aangetrokken. In een uitspraak<sup>72</sup> van 7 september 2006, was niet alleen de afwikkeling van slechts twee nalatenschappen (Auseinandersetzung-Testamentsvollstreckung) reeds voldoende om 'ondernemerschap' aan te nemen, maar was dit zelfs het geval bij een executele die 'nebenberuflich' en als mede-erfgenaam '*aus privatem Anlass*' vericht werd. Dit laatste is voor het Duitse recht een nieuwe invalshoek, waaruit blijkt dat de stap van privésfeer naar de ondernemings sfeer, althans voor het Duitse recht, snel gezet is.

In de Duitse literatuur is ook het bruto of netto-vraagstuk uitgebreid aan de orde geweest.

70. A. LIEB, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers (diss. Mainz), Angelbachtal: Zerb Verlag 2004, p. 165.

71. R. BIRK, Vergütung und Aufwendersersatz des Testamentsvollstreckers (diss. Konstanz) 2002, p. 159.

72. BFH 7 september 2006, V R6/05, Umsatzsteuerpflicht für Testamentsvollstreckung und Nachlassverwaltung auch bei privatem Anlass, ZEV 2007, 1 met noot van LUDWIG KRONTHALER.

Van huis uit is heersende leer dat men van een bruto-vergoeding<sup>73</sup> moet uitgaan, omdat nu eenmaal civielrechtelijk van bruto-vergoedingen uitgegaan wordt. Deze klassieke leer staat echter in recente literatuur onder druk, onder meer op basis van de gedachte dat het 'onder de streep' voor de netto-beloning niet mag uitmaken of de executeur professional of particulier is. Voorts is de gedachte geopperd dat het, gezien de strekking van de 'Umsatzsteuer', de erfgenaam (als afnemer van de dienst) is die de uiteindelijke belastingdruk moet voelen en niet de executeur. Hiervoor heb ik opgemerkt dat er iets te zeggen is om van de 'bruto-benadering' uit te gaan, maar uit een blik op de (recente) Duitse literatuur blijkt dat er net zo goed wat te zeggen valt voor de 'netto-benadering'. Het is vanzelfsprekend niet meer dan een 'gedachte'. Het zal dan ook niet verbazen dat ook in de Duitse literatuur<sup>74</sup> wordt opgeroepen om in de uiterste wilsbeschikking over het bruto-nettovraagstuk uitdrukkelijk een uitspraak te doen. Uit het inclusief of exclusief-vraagstuk voor de omzetbelasting bleek overduidelijk dat als erflater 'duidelijk' is in zijn laatste wil, fiscale vraagstukken voorkomen kunnen worden.

## C. DE EXECUTEUR ALS VERTEGENWOORDIGER (EXTERN VERBINTENISRECHTELIJK)

### 1. De successie-aangifte: fiscale vertegenwoordiging en/of fiscaal 'eigen' recht?

Na reeds enkele inleidende opmerkingen gemaakt te hebben over de verhouding van civielrechtelijke en fiscale vertegenwoordiging en na bij art. 44 AWR in het bijzonder te hebben stilgestaan bij vertegenwoordiging van een *overledene*, zal ik thans uitgebreider ingaan op de betekenis van de externe laag van executele in fiscalibus, de (privatieve) vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur. Met name wil ik ingaan op de bevoegdheid (en onder omstandigheden) verplichting van de executeur om de successie-aangifte in te dienen zoals geregeld in art. 72 SW 1956.

Dat de status van de executeur successierechtelijk niet geheel duidelijk is, blijkt bijvoorbeeld uit de wetsgeschiedenis met betrekking tot de totstandkoming van de Successiewet 1956, waar in de toelichting op art. 40 SW 1956 wordt opgemerkt:<sup>75</sup>

'Doch ook in gevallen, waarin de successie-aangifte door de executeur-testamentair geschiedt, is de bepaling rationeel aangezien de executeur toch *in zekere zin* kan worden aangemerkt als *vertegenwoordiger* van de *erfgenamen*. Overigens bedenke men, dat de verplichting slechts betrekking heeft op bedeelde schenkingen, voor zover deze aan de aangevers bekend zijn.' (Curs. BS)

73 R. BIRK, Vergütung und Aufwendersersatz des Testamentsvollstreckers (diss. Konstanz) 2002, p. 160.

74 A. LIEB, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers (diss. Mainz), Angelbachtal: Zerb Verlag 2004, p. 174.

75. MvT 915, nr. 3, p. 26

Interessant. De executeur als een vertegenwoordiger ‘in zekere zin’. Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat hij in de ogen van de fiscale wetgever opereert krachtens een eigen recht of dat hij geen door de erfgenamen aangestelde vertegenwoordiger, maar een door *erflater* aangestelde vertegenwoordiger, is. Dezelfde twijfel kwam ik tegen in de dissertatie van Van der Wal, zij het op het terrein van het ‘eigen recht’.<sup>76</sup> Hij concludeert dat de regeling in art. 72 SW 1956 geen vertegenwoordiging betreft, maar naar zijn oordeel is in het betreffende artikel:

‘in aanvulling op art. 44 AWR een regeling gecreëerd die een eigen verplichting bewerkstelligt voor de betrokken derden, die in *eigen naam* optreden.’ (Curs. BS)

Ook hier lijkt er vanuit te worden gegaan dat vertegenwoordiging en de eigen bevoegdheid van een executeur zich zonder meer uitsluiten. Met de fiscaal-erfrechtelijke vertegenwoordigingsmaterie wordt ook geworsteld door Hamer:<sup>77</sup>

‘De vraag uit eigen hoofde of als vertegenwoordiger wordt door de Hoge Raad dus niet expliciet beantwoord. [...]’

En:

‘Daaruit kan niet anders geconcludeerd worden dan dat de executeur ter zake geacht moet worden te handelen in zijn hoedanigheid van executeur.’

Het handelen in zijn hoedanigheid van executeur sluit het handelen als vertegenwoordiger toch niet uit, zou mijn eerste gedachte zijn. Ik kom terug op art. 72 SW 1956, maar besteed, wederom om inspiratie op te doen, eerst aandacht aan de voorhanden zijnde Belgische en Duitse benaderingen van de rol van de executeur bij de aangifte voor het ‘successierecht’.

## 2. **Bevoegd doch niet verplicht, art. 74 Belgisch Wetboek der Successierechten**

Art. 74 Belgisch Wetboek der Successierechten kent een regeling omtrent de status van de testamentuitvoerder bij de aangifte. De bepaling luidt als volgt:

‘De vertegenwoordigers der erfgenamen, legatarissen en begiftigden, de curators van onbeheerde nalatenschappen, de sequesters, de *testamentuitvoerders* en

76. P.VAN DER WAL, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005, p. 114. Zie ook p. 113 waar wordt opgemerkt: ‘Enerzijds lijkt hier geen sprake te zijn van vertegenwoordiging, omdat de wet in art. 72 SW eigen bevoegdheden en verplichtingen creëert voor derden, naast die van de erfgenamen. De erfgenamen worden aldus niet vertegenwoordigd, maar de door de wet genoemde personen treden in eigen naam op naar de Belastingdienst. Anderzijds zullen de erfgenamen wel worden getroffen door de juridische gevolgen van het handelen van de bedoelde personen.’ Met deze laatste opmerking is mijns inziens de stap naar vertegenwoordiging zeer klein of zelfs reeds gezet.

77. M.J. HAMER, *Formele bepalingen in de Successiewet 1956* (1) WPNR (2006) 6661, p. 280.

alle anderen die tot opdracht hebben of de last op zich genomen hebben de aangifte in te leveren, zijn tegenover de Staat aansprakelijk voor de rechten van successie of van overgang bij overlijden, voor de interesten en de boeten, voor zoveel het van hen heeft afgehangen in de nakoming van de wet te voorzien.' (Curs. BS)

Wel bevoegd, *niet* verplicht, zij het dat als de testamentuitvoerder aangifte doet, hij dit met de nodige zorg moet doen, zo wordt uit deze bepaling afgeleid. Aangenomen wordt ook dat de aangifte van de testamentuitvoerder de erfgenamen in beginsel bindt.<sup>78</sup> In zoverre kan mijns inziens gesproken worden van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Belgische testamentuitvoerder. Civielrechtelijk zwaarder dan de Belgische testamentuitvoerder is de Duitse Testamentsvollstrecker. Hoe is zijn successierechtelijke positie?

### 3. De verplichte Duitse Steuererklärung, § 31 (5) ErbStG

In § 31 (5) Erbschaftsteuergesetz wordt de Duitse Testamentsvollstrecker een successierechtelijke *verplichting* opgelegd.<sup>79</sup>

'Ist ein Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter vorhanden, ist die Steuererklärung von diesem abzugeben.'

In het civielrechtelijke gedeelte hebben wij gezien dat de Testamentsvollstrecker, indachtig de Amtstheorie, in beginsel niet als vertegenwoordiger<sup>80</sup> wordt aangemerkt, waardoor mijns inziens de navolgende toevoeging aan gemeld voorschrift helemaal in de Duitse benadering past:

'Das Finanzamt kann verlangen, dass die Steuererklärung auch von einem oder mehreren Erben mitunterschrieben wird.'

De erfgenamen (of een van de erfgenamen) 'bekrachten' op verzoek van de Belastingdienst de aangifte desgewenst. Deze bepaling wordt dan ook gezien als 'gewissermassen der Ausgleich für die Abweichung vom bürgerlichen Recht', waarmee men eigenlijk bedoelt te zeggen dat een fiscale aangifte een *hoogstpersoonlijke* aangelegenheid is, die alleen de erfgenamen zelf aangaat. De spijker wordt in het navolgende citaat zonder meer op zijn kop geslagen en valt wat mij betreft onder zowel civielrechtelijk als fiscaal proza.<sup>81</sup>

78. L. WEYTS, Notarieel fiscaal recht. Deel 2. De aangifte van nalatenschap, Antwerpen. Kluwer rechtswetenschappen 1997, p.76. VAN GRUNDERBEECK 1997, p.200, FRANK BUYSSSENS, Erfrecht en testament, HEP (5), Brussel: De Boeck & Larcier 2005, p. 236.

79. PIETZ/SCHULZ/ZEILFELDER, Erbschaftsteuer/Schenkungsteuer, Achim bei Bremen: Erich Fleischer Verlag 2004, p. 40. e.v.

80. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p 644, noot 22.1. Met betrekking tot de onderhavige problematiek wordt weer geschermd met 'wettelijke' vertegenwoordiging, BFH 7 december 1999, DStZ 2000, 457.

81. KAPP/EBELING, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Köln: Verlag Otto Schmidt (losbladig), § 31 ErbStG, nr. 6, Rn. 18.

‘Diese Vorschrift stellt eine bemerkenswerte Abweichung vom bürgerlichen Recht dar, wonach es nicht Aufgabe des Testamentsvollstreckers als Verwalter des Nachlassvermögens ist, die *öffentlich-rechtlichen* Pflichten des Erben zu erfüllen und damit gleichzeitig auch dessen höchstpersönliche Rechte und Pflichten wahrzunehmen. *Höchstpersönliche* Rechte sind Rechte, die so stark mit der Person ihres Inhabers verknüpft sind, dass sie von diesem nicht gelöst und daher auch grundsätzlich nicht von dem Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden können.’ (Curs. BS)

Wij hebben in de ons omringende landen twee ‘uitersten’ gezien. Een ‘executeur’ kan (vertegenwoordigings)bevoegd zijn om de succesie-aangifte in te dienen en hij kan verplicht zijn om aangifte te doen, waarmee nog niet gezegd is dat de erfgenamen (redelijkerwijs) hieraan gebonden zijn. Door ‘mede-ondertekening’ door de erfgenamen kan deze binding niet alleen gecreëerd worden, maar kan door de Belastingdienst met name ook nog worden tegemoetgekomen aan de fiscale ‘schending’ van de ‘persoonlijke rechten’ van de belastingplichtige erfgenamen.

Interessant is overigens ook om kennis te nemen van het navolgende Duitse fiscale beginsel dat geschreven is voor ‘executeurs’. De ‘Merksatz’ luidt als volgt:<sup>82</sup>

‘Die steuerlichen Pflichten des Testamentsvollstreckers können nie weiter reichen als seine zivilrechtlichen Befugnisse.’

Zonder meer weer een Duitse wijsheid om vast te houden. Dit beginsel is overigens gecodificeerd in § 34 (3) Abgabenordnung (AO):

‘Steht eine Vermögensverwaltung anderen Personen als den Eigentümern des Vermögens oder deren gesetzlichen Vertretern zu, so haben die Vermögensverwalter die in Absatz 1 bezeichneten Pflichten, *soweit ihre Verwaltung reicht*.’ (Curs. BS)

Geén beschikkingsmacht, géén fiscale verplichtingen, oftewel slechts ‘soweit die Verwaltung reicht’.

In het Duitse recht is eveneens geregeld wie in beginsel de aanslag krijgt toegezonden en wie voor de betaling moet zorgdragen. Ook daarbij speelt de Testamentsvollstrecker weer een belangrijke rol. § 32 ErbStG luidt als volgt:

‘In den Fällen des § 31 Abs. 5 ist der Steuerbescheid [...] dem Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter bekanntzugeben. Diese personen haben für die Bezahlung der Erbschaftsteuer zu sorgen.’

82. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Zerb Verlag Angelbachtal (2005), p. 630. De clou is: ‘Die Befugnisse eines Testamentsvollstreckers können je nach den Anordnungen des Erblassers sehr unterschiedlich ausgestaltet sein.’ De beperking wordt gebaseerd op BFH 7 oktober 1970, BStBl. II 1971, 119.



De betalingsplicht van de Testamentsvollstrecker en het gegeven dat hij adressant van de aanslag is, is niet onlogisch als men zich steeds weer realiseert dat in het Duitse recht alleen fiscale verplichtingen voor de Testamentsvollstrecker gelden voor zover hij *'beschikkingsmacht'* heeft. 'Bezwaar- en beroepstermijnen' beginnen bij ontvangst van de aanslag door de Testamentsvollstrecker in beginsel reeds te lopen. In de Duitse praktijk is het dan ook gebruikelijk dat door de belastingdienst aan de erfgenamen 'eine Kopie des Bescheides zur Kenntnis gebracht' (wordt), 'damit er seine Rechtsbehelfsbefugnis wahrnehmen kann.'<sup>83</sup> Dit is echter niet een 'keiharde' verplichting.

De vraag komt op wat de fiscale gevolgen zijn als de Testamentsvollstrecker bijvoorbeeld 'op vakantie' is en de termijn laat verstrijken. Als ik het goed zie, krijgt de erfgenaam alsdan een jaar respijt om de zaak te redden:<sup>84</sup>

'Versäumt der Testamentsvollstrecker die Unterrichtung, kann der Erbe gegen den Fristablauf gem § 110 AO die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand verlangen, sofern nicht schon ein Jahr nach dem Ende der Rechtsbehelffrist verstrichen ist.'

Nogmaals: het is niet voor niets dat het praktijk is dat een kopie van de aanslag naar de erfgenamen gaat. Zij zijn ook degenen die bevoegd zijn om in beroep te gaan tegen de aanslag, oftewel 'Einspruch einzulegen'.<sup>85</sup> De Testamentsvollstrecker is hiertoe niet bevoegd.

Het is dan ook begrijpelijk dat in de Duitse handboeken<sup>86</sup> de Testamentsvollstrecker op het hart gedrukt wordt: 'Der Testamentsvollstrecker sollte stets unmittelbar nach Erhalt des Erbschaftsteuerbescheides diesen den jeweiligen Erwerbem zuleiten, die von diesem Bescheid betroffen sind und deshalb möglicherweise dagegen einspruchsbefugt sind.' Gaat in dezen met het 'doorsturen' iets fout dan is de Testamentsvollstrecker hiervoor in beginsel *ci-vielrechtelijk* aansprakelijk.<sup>87</sup>

Overigens kan de Belastingdienst wat een belastingteruggave betreft alleen bevrijdend betalen aan de Testamentsvollstrecker.<sup>88</sup>

83. JENS PETER MEINCKE, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Munchen: Verlag C.H. Beck 2004, p. 692.

84. JENS PETER MEINCKE, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Munchen: Verlag C.H. Beck 2004, p. 695.

85. KARL WINKLER, Der Testamentsvollstrecker, Regensburg/Berlin: Fachverlag Walhalla 2005, p. 326. Dit ligt vanzelfsprekend anders als de erfgenamen hiervoor een volmacht afgeven, KAPP/EBELING, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Koln: Verlag Otto Schmidt (losbladig), § 32 ErbStG, nr. 2, Rn. 16.

86. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 656.

87. § 2219 BGB.

88. KAPP/EBELING, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Koln: Verlag Otto Schmidt (losbladig), § 31 ErbStG, nr. 6, Rn. 19. Zie voor het Nederlandse successierecht PW 14 085 waar eveneens wordt aangegeven dat een teruggaaf aan de executeur dient te geschieden, tenzij deze reeds door de erfgenamen is gedechargeerd. Hier staat weer de civielrechtelijke private vertegenwoordigingspositie op de voorgrond

Hoe is het met de Nederlandse variant gesteld? Ligt na twee uitersten de waarheid in het midden? De Duitse successierechtelijke wijsheden nodigen in ieder geval uit om kritisch naar de Nederlandse regeling te kijken.

#### 4. **Bevoegd en soms verplicht tot aangifte, art. 72 SW 1956**

##### 4.1 *Inleiding*

Naar aanleiding van het feit dat de Duitse Belastingdienst als ‘best practice’ in beginsel een kopie van de aanslag zendt aan de erfgenamen en in de Duitse literatuur de Testamentsvollstrecker ook nog op het hart gedrukt wordt om de aanslag spoedig door te sturen naar de erfgenamen om zo de, voor hem dreigende, civielrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen, komt ongetwijfeld de vraag op of een executeur ‘lang en in het buitenland op vakantie’ mag. De stap naar de ‘Holiday on ice-arresten’, HR 7 oktober 2005, BNB 2005/375 en HR 27 januari 2006, BNB 2006/135 is in de Nederlandse verhoudingen vervolgens gauw gezet.<sup>89</sup>

Een executeur die op vakantie gaat of anderszins gedurende langere tijd afwezig is, lijkt zich immers successierechtelijk gezien op glad ijs te begeven. Niet ondenkbaar is dat tijdens zijn afwezigheid een aanslag successierecht op de deurmat valt en de bezwaartermijn onbenut verstrijkt. Het ontijdig dan wel niet handelen van de executeur kan niet alleen gevolgen hebben voor zijn eigen positie maar met name ook voor de positie van de erfgenamen, waarover hierna meer. Dat de belangen groot kunnen zijn, lijkt alleen al een feit als ik aangeef dat in de eerste kwestie waarin de Hoge Raad geroepen werd een oordeel te geven, (meer dan) 14 miljoen ‘gulden’ werd verkregen, hetgeen in casu een aanslag van (meer dan) 9 miljoen ‘gulden’ betekende.<sup>90</sup> Het belang is in ieder geval niet gering. Over deze belangrijke arresten, die op het eerste gezicht in strijd met elkaar lijken te zijn, hierna in par. 4.4 meer.

##### 4.2 *Uitbreiding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid en beperking van de private werking*

Eerst terug naar de basis. Het vertrekpunt betreffende de positie van de executeur in het Nederlandse successierecht is steeds het eerste lid van art. 72 SW 1956:

‘Executeurs van nalatenschappen zijn, op gelijke wijze als de erfgenamen, tot vervulling van al de aan deze bij deze wet opgelegde *verplichtingen gehouden*, in geval al de erfgenamen *buiten het Rijk* hun woonplaats hebben. Zij zijn tot het doen van aangifte *bevoegd*, bijaldien één of meer van de erfgenamen hun woonplaats binnen het Rijk hebben. Indien zij van deze bevoegdheid hebben gebruik gemaakt, zijn zij, op gelijke wijze als de erfgenamen, tot vervulling van al de aan deze bij deze wet opgelegde verplichtingen gehouden.’ (Curs. BS)

89. B.M.E.M. SCHOLS, Fiscale ‘holiday on ice’ van en met de executeur, FBN 2006 nr. 58, p. 4-8.

90. Een ‘dure vakantie’.

Een op het eerste gezicht onschuldige bepaling, zo lijkt het. De bepaling heeft echter drie diepere betekenissen.

*Ten eerste* slaat deze bepaling de brug naar de *hoofdelijke aansprakelijkheid* van de executeur als bedoeld in art. 47 Invorderingswet 1990:

‘Executeurs [...] zijn *hoofdelijk* aansprakelijk voor al het door en bij het overlijden van de erflater verschuldigde recht van successie, *tenzij de aangifte voor het recht van successie niet door hen is gedaan.*’ (Curs. BS)

Een executeur zonder beheer, oftewel zonder boedelgelden onder zich, doet er derhalve wijs aan geen successie-aangifte te doen, dan wel in geval van een verplichting tot aangifte, de executele niet te aanvaarden. Hier geldt het adagium: ‘Bezint eer gij begint’.

Deze bepaling zal hierna in par. E, in het verlengde van de bewindaspec-ten van executele, behandeld worden.

*Ten tweede* zou voorzichtig gesteld kunnen worden dat art. 72 SW 1956 een ‘fiscale specialis’ is ten opzichte van de bepalingen van executele in het burgerlijk recht (‘Titel 5.6 boek 4 BW’), die de bevoegdheden van de executeur in zekere zin zowel vergroot, als ook verkleint. Wat dit laatste betreft lijkt Hamer<sup>91</sup> de bevoegdheden van de executeur op dit vlak helemaal te willen uitwissen. Zij is van mening dat de executeur in beginsel niets van doen heeft met de aangifte en beschouwt art. 72 lid 1 SW 1956 als ‘niet meer van deze tijd’ en vindt dat deze bepaling ook reeds om die reden dient te vervallen. ‘Onbewust’ dringt de gedachte aan het hierboven geciteerde Duitse civielrechtelijke en fiscale proza over de ‘*hoogstpersoonlijkheid*’ zich op. Wellicht ten overvloede merk ik op dat civielrechtelijk, blijkens art. 4:144 BW, executeurs niet alleen het *exclusieve* beheer hebben over de goederen van de nalatenschap, maar in het verlengde daarvan ook bevoegd (en verplicht) zijn tot voldoening van de schulden van de nalatenschap (die tijdens hun beheer uit die goederen behoren te worden voldaan). Tot die schulden behoren ook, zoals uit art. 4:7 lid 1 letter e BW blijkt, de schulden uit *belastingen* die terzake van het opvallen van de nalatenschap worden geheven (voor zover deze op de erfgenamen komen te rusten). Waarom zou men dan toch kunnen spreken van verkleinen van de bevoegdheden van de executeur door de onderhavige successierechtelijke regel? Uit art. 72 SW 1956 zou afgeleid kunnen worden dat de ‘erfrechtelijke’ exclusiviteit van de bevoegdheden van de executeur, de privatieve werking, wordt weggenomen daar waar het de *aangifte* successierecht betreft. De bepaling verklaart immers de executeur uitdrukkelijk (ook (vertegenwoordigings)bevoegd (*naast* de erfgenamen). Dit doet ons meteen denken aan de in de inleiding geschetste benadering van Langereis, gebaseerd op de beschouwingen in de parlementaire geschiedenis over de vertegenwoordiging van bijvoorbeeld minderjarigen en gefailleerden in art. 43 AWR.

91. M.J. HAMER, Formele bepalingen in de Successiewet 1956, WPNR (2006) 6661 en 6662, p. 282.

De inspecteur kan de erfgenaam op grond van art. 6 AWR uitnodigen om aangifte te doen en indien de uitnodiging niet (tijdig) wordt ontvangen, is de erfgenaam op grond van art. 2 lid 2 Uitvoeringsregeling AWR verplicht om een aangiftebiljet te verzoeken. Dit geldt zowel in de situatie dat er een executeur is benoemd als in de situatie dat er géén executeur is benoemd. De erfgenamen zijn en blijven derhalve bevoegd aangifte te doen. Ik laat in het midden of de wetgever de executeur in deze 'doordacht' niet privaat bevoegd gemaakt heeft of dat het een fiscale toevalstreffer betreft.<sup>92</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een kwestie die de gemoederen bleef bezighouden onder meer het antwoord op de vraag was, hoe een eventuele aangifte door de erfgenamen zich tot een eventuele aangifte door de executeur zou verhouden.<sup>93</sup> De Hoge Raad lijkt in een heel oud arrest uit 1841 over een voorloper van art. 72 SW 1956 gezegd te hebben dat 'geenerlei verplichting op den executeur-testamentair rustte, en art. 23 noodig was om de *bevoegdheid* van den executeur om aangifte te doen boven twijfel te stellen.'<sup>94</sup> 'Bevoegdheid' lees ik met een moderne vertegenwoordigingsbril als fiscale vertegenwoordigingsbevoegdheid.<sup>95</sup> De Memorie van Toelichting geeft mij de ruimte:<sup>96</sup>

'De voorgestelde bepaling heeft geen andere strekking dan om het gemak en de rust der ingezetenen te verbinden aan eene richtige uitvoering der wet.'

Het betreft naar mijn mening derhalve een bevoegdheid die niet de strekking heeft om de erfgenamen de bevoegdheid te ontnemen om aangifte te doen, maar vrij vertaald alleen een 'gemakkelijke, de erfrechtelijke rust bevorderende' bepaling.

Er is overigens ook veel gediscussieerd over de vraag of er een *verplichting* om aangifte te doen voor de executeur moest worden opgenomen. Daarover lees ik onder andere het volgende:<sup>97</sup>

'Intusschen zullen deze *moelijkheden* tot de uitzonderingen behooren, nu ten gevolge der bemoeiingen van de heeren GODEFROI, OLIVIER en POORT-

92. Zie ter illustratie van de problematiek, althans wat het *civiele* recht betreft, de recente beslissing van Rechtbank Rotterdam van 22 maart 2006, Notafax 2006, 75 dat de aanwezigheid van een executeur de erfgenamen op grond van art. 4:145 BW in beginsel onbevoegd maakt om zelfstandig in rechte op te treden terzake van het beheer van de nalatenschap. Niet-ontvankelijkheid zo luidde het oordeel van de rechter.

93. J.P. SPRENGER VAN EYK/B.J. DE LEEUW, De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking, 7<sup>e</sup> druk, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, nr. 717, p. 740: 'Die welke het laagste bedrag voor het recht aanwijst wordt door de andere buiten gevolg gesteld.' Zie ook nr. 320, p. 380.

94. J.P. SPRENGER VAN EYK/B.J. DE LEEUW, De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking, 7<sup>e</sup> druk, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, nr. 296, p. 356.

95. De Memorie van Toelichting bij art. 23 van de Wet van 1897 mag nog steeds 'gebruikt' worden en wel omdat in de Memorie van Toelichting bij de Successiewet 1956, 915, nr. 3, p. 29 opgemerkt is bij art. 72: 'Deze bepaling stemt overeen met artikel 23 van de geldende wet.' De voorganger art. 2, lid 4 van de Wet van 1817 doet sterk denken aan het hiervoor behandelde art. 74 van het Belgische Wetboek der Successierechten.

96. J.P. SPRENGER VAN EYK/B.J. DE LEEUW, De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking, 7<sup>e</sup> druk, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, nr. 296, p. 358.

97. J.P. SPRENGER VAN EYK/B.J. DE LEEUW, De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking, 7<sup>e</sup> druk, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, nr. 297, p. 360.

MAN de verplichting tot aangifte niet meer op den executeur rust, zoodra slechts één der ergenamen binnenlands woont.' (Curs. BS)

De 'moeilijkheden' betreffen de executeur die de nalatenschap niet in 'bezit' had. Thans nog steeds een bekend probleem. Hierop kom ik hierna terug.

Kenmerkend voor de successierechtelijke vertegenwoordigingsproblematiek is ook de rechtsvraag die reeds in 1930 in 'Sprenger van Eyk' werd gesteld.<sup>98</sup> 'Wanneer er meer dan één executeur is, doet zich de vraag voor of allen tot de aangifte moeten medewerken, dan wel of één hunner haar alleen kan doen.' Het aldaar gegeven antwoord is mijns inziens niet goed, maar ook niet fout. Het raakt de kern van de onderhavige materie. Het antwoord luidde als volgt:

'De vraag moet, bij het stilzwijgen der successiewet ook op dit punt, beantwoord worden door art. 1063 BW.'

Waarom 'fout'? Nu art. 72 SW 1956 een uitbreiding van de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur inhoudt, met beheer of zonder beheer, hoeft de belastingdienst zich in beginsel niet aan een afwijkende civielrechtelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid te storen. Anders gezegd: art. 72 SW 1956 betreft een (fiscale) 'publiekrechtelijke' vertegenwoordigingsregel.<sup>99</sup>

Waarom 'goed'? De executeurs dienen zich in hun onderlinge verhouding, of jgens erflater en zijn rechtsopvolgers: de ergenamen, in beginsel wel aan de eventuele civielrechtelijke (testamenteaire) beperkingen te houden.

Deze rechtsvraag legt mijns inziens bloot dat de fiscale vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur, naar huidige maatstaven begrepen, ziet op de verhouding met de overheid en dat de civielrechtelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid in de 'interne' verhoudingen anders kan zijn.

Terug naar de (diepere) betekenis van art. 72 SW 1956.

Ten derde is op de executeur die aangifte heeft gedaan art. 76 SW 1956 van toepassing:

'Hij die een aangifte heeft ingediend of moet indienen uitsluitend of mede ten behoeve van de heffing van belasting, welke ingevolge de bepalingen van deze wet door anderen verschuldigd is, is gehouden tot het verstrekken van gegevens, inlichtingen en inzage op dezelfde wijze en onder dezelfde bepalingen alsof die belasting te zijnen aanzien was of zou moeten worden geheven.'

98. J.P. SPRENGER VAN EYK/B.J. DE LEEUW, De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking, 7<sup>e</sup> druk, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930, nr. 300, p. 361. Zie ook nr. 301, p. 362: 'Bij het maken der wet van 1859 heeft men er zich mede vergenoegd, in enkele korte bepalingen zware verplichtingen op te leggen, zonder die verplichtingen, in veel gevallen zwaarder dan die uit het burgerlijk recht voortspruitende, behoorlijk te omschrijven en er ook voldoende rechten tegenover te stellen.'

99. Zie ook PW 11 012 en PW 14 909.

Deze informatieplicht is nader uitgewerkt in art. 47 lid 1 AWR.

### 4.3 *De woonplaatskeuze in de aangifte successierecht, art 43 SW 1956*

Een andere bepaling die in de onderhavige kwestie van belang is, is het eerste lid van art. 43 SW 1956:

‘In iedere aangifte wordt één woonplaats gekozen binnen het Rijk. De stukken betreffende de heffing van de belasting *kunnen worden gezonden* hetzij aan de *gekozen* woonplaats hetzij aan de werkelijke woonplaats of plaats van vestiging. Artikel 57 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen blijft buiten toepassing.’ (Curs. BS)

De executeur die aangifte doet, zal in de regel zijn eigen adres aan de fiscus doorgeven. Deze woonplaatskeuze speelt bij de hierna te behandelen arresten een belangrijke rol.

In deze arresten is de termijn overschreden waarbinnen bezwaar tegen een aanslag successierecht zou kunnen worden aangetekend. Bijvoorbeeld omdat de executeur ‘op vakantie’ was. De kapstok op basis waarvan de Hoge Raad eventueel over zijn hart kon strijken en een fiscale herkansing kon geven, is neergelegd in art. 6:11 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb):

‘Ten aanzien van een na afloop van de termijn ingediend bezwaar- of beroepschrift blijft een niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege indien *redelijkerwijs* niet kan worden geoordeeld dat de indiener *in verzuim* is geweest.’ (Curs. BS)

In beide procedures was voor art. 6:11 Awb de hoofdrol weggelegd oftewel werd de vraag gesteld of de termijnoverschrijding *verschoonbaar* was.

### 4.4 *De ‘Holiday on ice’-arresten*

#### 4.4.1 HR 7 oktober 2005, BNB 2005/375

Het eerste geval. Een executeur (die tevens bestuurder van de rechtspersoon/erfgenaar was) deed *qualitate qua*, en dus niet in de hoedanigheid van bestuurder van een rechtspersoon of een door de rechtspersoon aangestelde vertegenwoordiger, op grond van art. 72 SW 1956 aangifte voor het recht van successie. In de aangifte was woonplaats gekozen op zijn huisadres, art. 43 SW 1956. Een bijzonderheid in het feitencomplex is dat de executeur, zoals aangestipt, een dubbelrol vervulde. Naast executeur was hij ten tijde van het doen van de aangifte tevens voorzitter van het bestuur van de rechtspersoon/erfgenaar. Ten tijde van het verzenden van het aanslagbiljet bekleedde hij deze bestuursfunctie echter niet meer. De voorzitter werd ontheven van zijn functie wegens disfunctioneren, hetgeen reeds zes dagen later, door de rechtspersoon, werd doorgegeven aan de belastingdienst. Drie weken later wordt de aanslag opgelegd en verzonden naar de executeur. Had een en ander elkaar gekruist? De executeur geeft niets door aan de erfgenaar en pas maanden later verneemt de erfgenaar van de betreffende aanslag. De ter-

mijn om bezwaar te maken was reeds verstreken en het betreffende hof verklaarde het beroep tegen de niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar ongegrond. De executeur had nu eenmaal zijn standpunt bepaald (en besloten geen bezwaar aan te tekenen). Dat de erfgenaam (na de bestuurswisseling) een ander standpunt heeft ingenomen, is geen reden om verschoonbaarheid van termijnoverschrijding aan te nemen als bedoeld in art. 6:11 Awb, aldus het hof.

De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof omdat het oordeel gelet op de omstandigheden onvoldoende gemotiveerd was. Op welke grond de termijnoverschrijding niet verschoonbaar is, wordt door het hof niet inzichtelijk gemaakt. Het belang van de door de Hoge Raad in deze geformuleerde rechtsregel maakt dat ik hem in zijn geheel overneem:

'Mocht in die redengeving besloten liggen het oordeel dat de overschrijding van de bezwaartermijn niet verschoonbaar is (mede) vanwege de wetenschap van E in zijn hoedanigheid van executeur-testamentair dat de aanslag op [...] was opgelegd dan wel vanwege zijn keuze om daartegen geen bezwaar te maken, dan geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Nu de executeur-testamentair *niet een door belanghebbende aangestelde vertegenwoordiger is, mag voor de toepassing van artikel 6:11 Awb* diens zojuist bedoelde wetenschap dan wel keuze niet worden toegerekend aan belanghebbende, die als erfgenaam bevoegd was om *zelfstandig bezwaar* te maken tegen de aanslag.' (Curs. BS)

Met deze huiswerkopdracht verwijst de Hoge Raad de zaak naar een ander hof.

Wat leid ik uit de bewoordingen van ons hoogste rechtscollege af?

De betreffende rechtsregel lijkt toegespitst te worden op de verschoonbaarheidskwestie in de Awb ('voor de toepassing van ...'). Het is niet uitgesloten dat voor andere fiscale vraagstukken de wetenschap van de executeur wel degelijk aan de belastingplichtige zou kunnen worden toegerekend. Vergelijk vermeld art. 76 SW 1956.

De executeur dient niet gezien te worden als een ('vrijwillig' aangestelde) vertegenwoordiger door de erfgenamen, maar, vul ik aan: als een door *erflater* benoemde vertegenwoordiger die zijn bevoegdheden ook *tegen de wil* van de erfgenamen kan gebruiken.

Een interessant arrest, waarbij ik niet uitsluit dat de Hoge Raad zich heeft laten leiden door het in art. 3:77 BW neergelegde beginsel dat de executeur een door *erflater* aangestelde vertegenwoordiger is.

De bevoegdheid om bezwaar te maken is *géén* *privatieve*, *géén* exclusieve, bevoegdheid van de executeur die binnen zijn beheerstaken past, maar is een zelfstandige bevoegdheid van de erfgenamen die door de aanwezigheid van een executeur niet beperkt wordt. Dat wil mijns inziens niet zeggen dat in een concrete situatie de executeur niet bevoegd zou zijn om tijdig bezwaar of beroep aan te tekenen. Het is slechts geen exclusieve bevoegdheid van de executeur. De *privatieve* werking van de executele kan in het belastingrecht

doorbroken worden. Met de door de Hoge Raad gekozen formulering ‘*zelfstandig bevoegd*’ lijkt de stap naar wat de Duitsers noemen de ‘*hoogstpersoonlijke*’ rechten van de erfgenamen gezet.

Ik teken hierbij nogmaals aan dat ondanks het doorbreken van de private werking van executele door de Hoge Raad, de executeur nog steeds de status van *vertegenwoordiger* heeft. Waarom is dit van belang? Omdat indien de erfgenamen de executeur als vertegenwoordiger ‘laten begaan’, de belastingdienst in beginsel ervan uit mag gaan dat de erfgenamen stilzwijgend in de gebondenheid berusten. De erfgenamen zullen zelf ‘in actie’ moeten komen willen zij van hun ‘fiscale persoonlijkheidsrechten’ gebruik maken. Dit blijkt mijns inziens uit het navolgende arrest.

#### 4.4.2 HR 27 januari 2006, BNB 2006/135

Enkele maanden later werd door de Hoge Raad weer een arrest gewezen over een executeur die aangifte voor het successierecht gedaan heeft en te laat bezwaar maakt tegen de aanslag, zij het hier niet ‘willens en wetens’, maar door ‘vakantieperikelen’. Ten tijde van de verzending van de aanslag naar zijn adres verbleef de executeur in het buitenland. Op het moment dat de executeur bij zijn terugkomst van de aanslag kennisnam, was de bezwaartermijn reeds verstreken. Wellicht dat belanghebbenden onder de noemer ‘opgewekt vertrouwen’ een door de Belastingdienst (drie weken na het indienen van de aangifte) aan de executeur verstuurd brief met de navolgende inhoud nog kon baten: ‘Hierbij deel ik u mee, dat ik heb besloten dat geen aangifte hoeft te worden gedaan voor het recht van successie [...]. Als een van de erfgenamen meer verkrijgt dan de vrijstelling die voor hem geldt, moet wel aangifte voor het recht van successie worden gedaan. U kunt in dat geval het aangiftetiljet bij mij aanvragen.’ Het hof heeft echter het beroep van belanghebbende tegen de niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar door de inspecteur, ongegrond verklaard. Geoordeeld werd dat aan de bewuste brief niet het vertrouwen mocht worden ontleend dat geen successierecht verschuldigd zou zijn. En dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige als van feitelijke aard in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst, aldus de Hoge Raad:

‘Er ligt immers in besloten dat belanghebbenden erop bedacht dienden te zijn dat hun een aanslagbiljet zou kunnen worden toegezonden. *Onder die omstandigheid komt het niet-treffen van maatregelen als hiervoor bedoeld voor hun risico.*’ (Curs. BS)

Ondanks dat het arrest door de Hoge Raad niet vernietigd wordt, krijgt het hof toch nog een juridisch tikje op de vingers. Het hof had geoordeeld dat, ook al mocht men wel vertrouwen aan de betreffende brief van de Belastingdienst ontlene, dat nog steeds geen sprake was van verschoonbaarheid in de zin van art. 6:11 Awb. Deze gedachte wordt echter door de Hoge Raad in zijn overwegingen afgestraft met de mededeling dat men onder die omstandigheid niet bedacht hoefde te zijn op toezending van de aanslag en het niet voor hun risico zou zijn dat de executeur geen maatregelen had getroffen die ertoe strekten dat er tijdig bezwaar gemaakt zou kunnen worden tegen de aanslag.



Het al dan niet treffen van ‘vakantie’maatregelen lijkt in ieder geval de rode draad.

#### 4.4.3 De zorgvuldigheidsrichtlijn van HR 16 maart 1994, BNB 1994/179

Een klein uitstapje naar een arrest uit 1994 waar de Hoge Raad een belangrijke successierechtelijke spelregel ontwierp op het gebied van zorgvuldig aanslaan:

‘3.8 In het onderhavige geval is het aanslagbiljet *niet* verzonden naar een notaris of naar een gemachtigde die voor wat betreft *kennis en ervaring op het gebied van de heffing en invordering van successierecht met een notaris op één lijn staat*. In een zodanig geval brengt het tot de beginselen van behoorlijk bestuur behorende zorgvuldigheidsbeginsel mee dat als de ontvanger op de voet van artikel 68 van de Wet (BS: bedoeld wordt de Invorderingswet) een aanslagbiljet waarop verschillende aanslagen zijn verenigd, naar de gekozen woonplaats verzendt, hij aan de geadresseerde mededeelt dat de personen aan wie een aanslag is opgelegd daarover tijdig moeten worden geïnformeerd.’ (Curs. BS)

Terzijde en wellicht ten overvloede merk ik op dat J.P. Scheltens in zijn noot onder het arrest de notaris (in het algemeen) eveneens een ‘tien’ geeft wat zijn deskundigheid betreft op successierechtelijk gebied. De notarieel executeur dient derhalve nog meer op zijn hoede te zijn. Noblesse oblige. De overwegingen van de Hoge Raad doen ook weer ‘Duits’ aan. De Testamentsvollstrekker werd immers, zoals hiervoor gezien, eveneens uitdrukkelijk op het hart gedrukt dat hij als adressant van de aanslag, de aanslag naar zijn achterban moest doorsturen.

In de hiervoor besproken procedure BNB 2005/375 werd door de belanghebbende bij het hof een beroep gedaan op de zorgvuldigheidsregel uit het arrest BNB 1994/179, aangezien de aanslag niet naar belanghebbende maar naar de executeur was verzonden. Het hof wijst dit echter af met de mededeling dat het in het betreffende arrest (BNB 1994/179), anders dan in casu, ging om toezending van een aanslag aan iemand die zelf aangifte had gedaan en die domicilie had gekozen op het adres van een ander, die tegen die aanslag geen rechtsmiddel kon aanwenden.

#### 4.4.4 Vermeende tegenstrijdigheid?

Op het eerste gezicht lijken de arresten BNB 2005/375 en BNB 2006/135 in zoverre ‘tegenstrijdig’ te zijn, dat in het ene geval fiscaal handelen van een executeur niet voor risico van de erfgenamen lijkt te komen en in het andere wel. Ik merk daarover allereerst op dat de Hoge Raad in het algemeen streng is over vakanties en het verblijf in het buitenland bij het onderhavige verschoonbaarheidsvraagstuk. Zie bijvoorbeeld HR 21 juni 2000, BNB 2000/304. In de Aantekening 3.1.2 bij art. 6:11 Awb, Vakstudie Algemeen deel, Algemene wet bestuursrecht wordt over dit arrest (BNB 2000/304) dan ook opgemerkt:

‘Vakantie of verblijf in het buitenland zijn als regel geen omstandigheden die een termijnoverschrijding verschoonbaar maken. De indiener moet in die gevallen de maatregelen treffen die nodig zijn om tijdig aan zijn wettelijke verplichtingen te kunnen voldoen. Indien men deze achterwege laat, draagt men zelf het risico van te late indiening.’

Deze strenge regel kan blijkbaar wel opzij gezet worden, als de Belastingdienst inderdaad het vertrouwen zou hebben gewekt, quod non, dat er geen successierecht verschuldigd zou zijn. Anders, de annotator van Vakstudie-nieuws in V-N 2006/8.3 die ook in dat geval de ‘vakantieregels’ streng lijkt toe te passen.

Voorts is met de terugverwijzing naar een ander hof overigens nog niet gezegd dat het in BNB 2005/375 goed zal aflopen voor de belastingplichtige. Het betreft immers een feitelijk oordeel. Al lijkt de erfgenaam in zoverre sterke papieren te hebben, omdat terstond na het afzetten van het bestuurslid (binnen zes dagen) een brief naar de Belastingdienst is gezonden, oftewel ‘maatregelen getroffen zijn’. Meer had men immers niet kunnen doen?

De arresten zijn mijns inziens dan ook niet in strijd met elkaar omdat het in het eerste geval om bijzondere omstandigheden gaat (een dubbelrol) en er sprake is van een motiveringsgebrek dat tot cassatie heeft geleid. Wat de vermeende tegenstrijdigheid betreft merk ik tevens op dat twee dezelfde raadsheren bij beide arresten betrokken waren. Er lijkt in de verwijzingszaak nog (meer dan) een sprankje hoop te zijn voor de erfgenaam. Wellicht wordt de bijzondere status van de executeur in deze (gewezen bestuurslid van de rechtspersoon/erfgenaam) en het alert reageren van de erfgenaam richting Belastingdienst, oftewel het ‘doorbreken’ van de privatieve werking, de fiscale redding.

Hoe het bij het verwijzingshof ook afloopt, het gebruikmaken van de fiscale bevoegdheden van de executeur is allesbehalve vrijblijvend. Het betreft een glibberige materie waar men zich bij de boedelafwikkeling steeds bewust van dient te zijn. Zo kan de successierechtelijke woonplaatskeuze door de executeur, gelet op art. 43 lid 1 SW 1956, grote gevolgen hebben in geval van een voorgenomen ‘vakantie’. Om van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de executeur voor de heffing van het successierecht in art. 47 IW 1990, waarover hierna onder E. meer, nog maar niet te spreken.

Kortom, de executeur dient bij zijn huidige civielrechtelijke opmars behoed te worden voor fiscaal glad ijs. De executeur is immers ook in fiscalibus vertegenwoordiger, zij het dat de erfgenamen op grond van hun fiscale persoonlijkheidsrechten de privatieve werking van zijn bevoegdheid kunnen doorbreken. Zij dienen hiervoor wel zelf in actie te komen, oftewel in de woorden van de Hoge Raad: ‘maatregelen te treffen’.

## D. WIE IS 'HOUDER VAN PENNINGEN'? (HET BEWINDSASPECT)

Een voor de fiscale positie van de executeur eveneens belangrijke regeling treffen wij aan in art. 19 lid 2 Invorderingswet 1990:

'Een huurder, een pachter, een curator in een faillissement en een *houder van penningen* is op vordering van de ontvanger verplicht uit de gelden die hij aan de belastingschuldige verschuldigd is of uit de gelden of de penningen die hij ten behoeve van de belastingschuldige onder zich heeft, de belastingaanslagen van de belastingschuldige te betalen. Een curator in een faillissement van de belastingschuldige is voorts bevoegd uit eigen beweging uit de gelden die hij ten behoeve van de belastingschuldige onder zich heeft, de belastingaanslagen van de belastingschuldige te betalen.' (Curs. BS)

Het karakter van de onderhavige regeling is een vereenvoudigd derdenbeslag. De procedure loopt buiten de rechter om. Het gaat blijkens de Memorie van Toelichting<sup>100</sup> hierbij om gelden die primair het karakter van kapitaal of vermogen dragen en die bovendien ten behoeve van de belastingschuldige worden gehouden. De vraag komt op of de executeur ook als '*houder van penningen*' kan worden aangemerkt. De Memorie van Toelichting geeft eveneens het antwoord:

'Houders van penningen kunnen bijvoorbeeld zijn notarissen, rentmeesters, bewindvoerders en *executeurs*-testamentair.' (Curs. BS)

Duidelijk. Fiscaal heeft de executeur de status van 'houder van penningen' met alle gevolgen van dien. Het moet gaan om gelden die in beginsel afgescheiden van het eigen vermogen van de derde (lees: de executeur) worden gehouden.<sup>101</sup>

Uit de onderhavige bepaling blijkt dat het *bewindskarakter* van executele, de gedachte aan een 'afgescheiden vermogen', in beginsel ook in fiscalibus heeft te gelden.

## E. DE HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ART. 47 INVORDERINGSWET 1990

Hiervoor is reeds bij de behandeling van art. 72 SW 1956 de *hoofdelijke aansprakelijkheid* van executeurs op basis van art. 47 Invorderingswet 1990 aangestipt. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid ligt in het verlengde van het be-

100. MvT 20 588, nr. 3, p. 54-56.

101. R.W.J. KERCKHOFFS, Fiscaal Commentaar, Invordering, Deventer: Kluwer 2001, p. 227 wijst er op dat deze voorwaarde streng geïnterpreteerd lijkt te worden en geeft onder verwijzing naar Hof Amsterdam 14 mei 1998, V-N 1998, p. 3125 het voorbeeld van de notaris die een gouden handdruk van een werkgever onder zich houdt in afwachting van prestaties van de werknemer. De conclusie is dat de notaris de gelden houdt voor de werkgever en niet voor de werknemer. Zie ook J.J. VETTER, P.J. WATTEL en M.H.M. VAN OERS, Invordering van belastingen, Deventer: Kluwer 2005, p. 188.

windsaspect van executele. Het is immers de erfrechtelijk beheerder die 'de penningen' onder zich houdt. De erfgenamen zijn, gelet op art. 4:145 lid 1 BW, niet bevoegd om over de boedelgelden te beschikken. In zoverre kan men enig begrip voor de regeling opbrengen.

Van belang is zich steeds te realiseren dat deze aansprakelijkheid 'slechts' geldt als de executeur *aangifte* heeft gedaan voor de heffing van het successierecht. De gedachte komt vervolgens wellicht op: dan heeft de executeur het zich immers zelf aangedaan.

Dat laatste is niet helemaal juist, aangezien, zoals gezien, zich ook de situatie kan voordoen dat de executeur *verplicht* is om aangifte te doen, te weten als *alle* erfgenamen in het buitenland wonen. Hier zou vervolgens weer tegen ingebracht kunnen worden: dan had de executeur de *quasi-overeenkomst*' maar niet moeten aanvaarden.

Nogmaals merk ik op dat deze fiscale bepaling geen onderscheid maakt tussen beheersexecuteurs en executeurs die *niet* het beheer over de goederen van de nalatenschap beschikken.<sup>102</sup> Deze laatste categorie dient, voor zover mogelijk, zich in beginsel dan ook te onthouden van het doen van aangifte successierecht, althans in ieder geval zich van de onderhavige problematiek terdege bewust te zijn.<sup>103</sup> 'Geruststellend' is in ieder geval dat in de Memorie van Toelichting op de Invorderingswet is toegezegd:<sup>104</sup>

'Ter informatie van de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen zal van de onderhavige aansprakelijkheidsbepaling in de toelichting op het aangiftelibjet successierecht melding worden gemaakt.'

Een gewaarschuwd executeur telt immers voor twee. Vetter geeft met betrekking tot art. 47 IW 1990 in ieder geval de navolgende 'waarschuwing' af:<sup>105</sup>

'Tegen die achtergrond zal in veel gevallen ter vermindering van risico's ofwel de executeur de aangifte successierecht niet willen ondertekenen ofwel willen wachten met het uitkeren van de erfdelen en legaten totdat de inspecteur de aangifte successierecht heeft beoordeeld.'

Een executeur *zonder* beheersbevoegdheid heeft echter niets uit te keren en kan onder omstandigheden verplicht worden om te 'ondertekenen'.

102. Zie ook B.C.M. WAAIJER, Verhaalsaansprakelijkheid de Successiewet uit en de nieuwe invorderingswet in, WPNR (1988) 5897, M.P. BONGARD, De executeur: taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), 2004 nr. 5, alsmede B.M.E.M. SCHOLS, De executeur fiscaal, Fiscaal Praktijkblad 2006 nr. 6.

103. Zie ook HR 10 mei 1907, PW 10 055 waaruit blijkt dat ook nadat de executeur civielrechtelijk gedechargeerd is, nog een aanslag successierecht bij hem kan worden ingevorderd, althans als hij de aangifte heeft gedaan.

104. MvT 20 588, nr. 3, p. 112.

105. J.J. VETTER, P.J. WATTEL en M.H.M. VAN OERS, Invordering van belastingen, Deventer: Kluwer 2005, p. 42.

Gelet op het belang van de bepaling voor executeurs is het goed om aandacht te besteden aan hetgeen in de parlementaire geschiedenis<sup>106</sup> over de strekking ervan is gezegd:

‘Deze bepaling bevat slechts wat thans reeds in artikel 72 van de Successiewet 1956 is geregeld en betekent derhalve een bestendiging van de huidige situatie. De aansprakelijkheid van de executeur-testamentair vloeit voort uit het feit dat hij in de gevallen waarin hij verplicht is aangifte te doen (namelijk indien alle erfgenamen in het buitenland wonen; zie artikel 72, eerste lid, eerste volzin, van de Successiewet 1956) of wanneer hij de verantwoordelijkheid van het doen van aangifte op zich neemt (artikel 72, eerste lid, tweede en derde volzin, van genoemde wet), krachtens artikel 1054 van het Burgerlijk Wetboek dan wel krachtens met de erfgenamen te maken afspraken, de *beschikkingsmacht* heeft, over de nalatenschap. In die gevallen heeft hij ook de *mogelijkheid* zich voor de voldoening van de successierechten *zeker te stellen*. Daarbij is van belang dat op grond van artikel 72, tweede lid, van de Successiewet erfgenamen het *bezit van de executeur-testamentair eerst kunnen doen ophouden* als zij hem in staat stellen tot betaling van de successierechten of hem doen blijken dat deze reeds zijn voldaan.’ (Curs. BS)

Wie het Duitse successierechtelijke beginsel, dat de Testamentsvollstrecker alleen fiscale verplichtingen heeft voor zover zijn *civilrechtelijke beschikkingsmacht* dit toestaat, nog in het achterhoofd heeft, kan op grond van bovenstaande toelichting wellicht inspiratie opdoen om, in afwijking van de letterlijke tekst, art. 47 IW 1990 zo uit te leggen dat de wetgever *de bedoeling* heeft gehad om deze fiscale verplichting alleen te laten gelden voor executeurs die beschikkingsmacht hebben, oftewel alleen voor beheersexecuteurs. In de parlementaire geschiedenis is in ieder geval de munitie voor de onderbouwing van deze stelling voorradig, en al helemaal voor degene die zich heeft laten prikkelen door de Duitse literatuur. Opmerking in dit kader behoeft ook het feit dat in de toelichting wel degelijk een koppeling met het ‘bezit’ (thans beheer) gelegd lijkt te worden.

In het kader van zijn hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in art. 47 IW 1990 handelt de executeur uit de aard van de materie niet als vertegenwoordiger, aangezien hij zelf, naast de erfgenamen, aansprakelijk wordt gesteld voor de invordering van de betreffende belastingschuld. De strekking van de aansprakelijkheidsbepaling moet, gelet op zijn ‘bewindspositie’, gezien worden als het trachten zeker te stellen van de inning van het verschuldigde successierecht. De voldoening van de schuld bevrijdt (vanzelfsprekend) ook de erfgenaam van zijn betalingsplicht.<sup>107</sup>

106. MvA 20 588, nr. 6, p. 67.

107. In zoverre komt, indachtig de kwaliteitsrekening van de executeur, de vertegenwoordigingsgedachte wel weer boven drijven. Het rechtstreeks aanspreken van de executeur doet weer denken aan het ‘eigen recht’, het private aspect. Op grond van art. 4:144 BW juncto art. 4:7 lid 1 letter e BW dient de beheersexecuteur reeds de schulden uit belastingen die terzake van het opvallen van de nalatenschap worden geheven te voldoen.

Dat de civielrechtelijke verhoudingen door art. 47 IW 1990 opzij worden gezet blijkt uit de navolgende voor zich sprekende opmerking in de literatuur.<sup>108</sup>

‘Zoveel executeurs, zoveel aansprakelijken. De fiscus heeft het voor het uitkiezen.’

In de parlementaire geschiedenis<sup>109</sup> is ook nog aan de orde geweest of het leerstuk van de *onrechtmatige daad* voldoende waarborg zou zijn voor de fiscus om de voldoening van het successierecht veilig te stellen. Dit is echter afgewezen met de mededeling dat de onrechtmatige daad pas in te roepen is wanneer de executeur schuld heeft bij ten detrimente van de fiscus verrichte of nagelaten activiteiten.

Wat de samenloop met aansprakelijkheid van een erfgenaam betreft, constateert Raaymakers dat de aansprakelijkheid van de erfgenaam beleidsmatig voorgaat, zij het dat als de ontvanger echter bij voorbaat weet dat een deel van het successierecht niet kan worden verhaald op de erfgenaam, hij direct de executeur kan aanspreken.<sup>110</sup> Gelet op de sterke positie van de executeur onder nieuw erfrecht en het feit dat hij, althans een beheersexecuteur, in de regel de boedgelden onder zich zal hebben, is er onder nieuw erfrecht naar mijn mening ‘redelijkerwijs’ meer ruimte om (beleidsmatig) bij de executeur ‘te beginnen.’

## F. OVERIGE FISCALE REGELINGEN EN GEDACHTEN

### 1. De belastingadviseur-executeur, zijn beloning en de ‘Raad van Tucht’

De ‘amateur’-executeur zal ongetwijfeld steeds meer vervangen gaan worden door de ‘professional’, al is het maar vanwege de hiervoor gesignaleerde fiscale haken en ogen die aan executele gekoppeld zijn. Ook hier geldt overigens ‘Germania docet’ nu het Bundesgerichtshof<sup>111</sup> op 11 november 2004, I ZR 182/02 beslist heeft dat een ‘Steuerberater’ zich op zijn ‘homepage’ mag aanbieden als Testamentsvollstrecker en dat dit niet ‘um die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten handelt.’ En dat niet alleen. Het is niet voor niets dat men de executeur indachtig zijn beloning ook wel betiteld heeft als: ‘de ware erfgenaam’.<sup>112</sup> Om maar een voorbeeld te noemen. In de hiervoor behandelde

108. E.R.H. HEIJMANS/J.H.P.M. RAAIJMAKERS, Aansprakelijkheden Invorderingswet 1990, Deventer: Kluwer 1995, p. 221, waarbij opgemerkt wordt dat ook bij meerdere executeurs dus weer de mogelijkheid ontstaat dat de fiscus voor meer dan honderd procent aansprakelijk kan stellen, maar dat de fiscus nooit meer dan honderd procent zal kunnen innen.

109. MvA 20 588, nr. 6, p. 67.

110. J.H.P.M. RAAIJMAKERS, Fiscaal Commentaar Invorderingswet 1990, Deventer: Kluwer 2001, p. 484.

111. GERD BRÜGGEMANN, Der Steuerberater als Testamentsvollstrecker, Erbfolgebesteuerung 2005, 7, p.160.

112. CRISTIAN KIRNBERGER, Die steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckungsvergütung (diss. Passau) 1998, p. 3.

uitspraak van het Bundesfinanzhof van 2 februari 2005 bedroeg de beloning voor de Testamentvollstrecker (een belastingadviseur) maar liefst netto 226646 DM, oftewel 9% van de activa van de nalatenschap.

Een tuchtrechtelijk intermezzo. Aangezien een belastingadviseur zich niet alleen met fiscaal-technische vraagstukken bezighoudt, maar ook steeds vaker allerlei tuchtrechtelijke vraagstukken op zijn pad tegenkomt, is het interessant om in het kader van de beloning van de belastingadviseur-executeur nog heel kort stil te staan bij een uitspraak van de Raad van Tucht van 29 december 1992 (1992/4).<sup>113</sup> Het betrof een Federatie-belastingadviseur die over de afwikkeling van een relatief eenvoudige nalatenschap met een actief van ongeveer f 800000 en (voor zover ik kan nagaan) zonder schulden, niet alleen 34 maanden uittrok, maar ook nog als executeurbeloning f 125000 in rekening bracht. Blijkbaar was dit op basis van een door erflater vastgestelde beloning. Ter bepaling van de gedachten: onder het nieuwe erfrecht zou, zoals in het civielrechtelijk gedeelte gezien, de wettelijke beloning 1% van f 800000 bedragen hebben oftewel f 8000. Een van de argumenten van de executeur was dat de klacht niet ontvankelijk was, omdat de klacht gericht was op zijn functioneren als executeur, en niet op zijn functioneren als belastingadviseur. De Raad van Tucht maakte hier korte metten mee met de mededeling dat de tuchtrechtspraak niet slechts tot doel heeft het weren van misslagen van Federatie-belastingadviseurs, maar mede het weren van aantasting van de eer van de stand van de Federatie-belastingadviseurs. Hierbij werd van belang gevonden dat beklagde in zijn schriftelijke contacten met de betreffende klagende erfgenaam regelmatig gebruik heeft gemaakt van *brieffpapier* waarop zijn hoedanigheid van Federatie-belastingadviseur was vermeld. Daardoor raken zijn handelingen en gedragingen als executeur niet alleen hem persoonlijk, maar kunnen zij in beginsel ook afbreuk hebben gedaan aan het vertrouwen dat het publiek stelt en ook moet kunnen stellen, in degenen die het beroep van Federatie-belastingadviseur uitoefenen.

De Raad was in de concrete casus ieder geval van mening dat niet alleen de afwikkeling lang heeft geduurd, maar dat daarbij komt dat de lange duur van afwikkeling niet los kan worden gezien van de omstandigheid dat beklagde gedurende de gehele afwikkelingsperiode aanzienlijke bedragen aan honorarium in rekening is blijven brengen. Uiteindelijk kwam men dan ook tot het oordeel dat de overtreding dermate ernstig was dat, indien hij nog lid van de Federatie zou zijn geweest, de Raad zijn lidmaatschap vervallen zou hebben verklaard.

Wat er ook van zij, een gewaarschuwd declarerende executeur 'telt' (niet?) voor twee.

113 Weekblad Fiscaal Recht 1993, 6068. Zie ook B.M.E.M. SCHOLS, Wie is de executeur? De (belasting)adviseur, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV) mei 2001, nr. 5, p. 21-27 waarin wordt opgemerkt: 'De executeur-(belasting)adviseur houdt zich bijvoorbeeld alleen met "financiële en juridisch-technische" zaken bezig, terwijl de eerstelijns-executeur zich met het "opruimen" van het sterfhuus en aanverwante zaken bezig houdt.' Zou dit de kans op het ontstaan van (tuchtrechtelijke) 'brandhaarden' verkleinen?

## 2. Het 'pakketje' van de overleden executeur en de opening van de 'gesloten kist', art. 8 en art. 74 SW 1956

Ook een executeur is maar een mens en kan derhalve komen te overlijden. In de regel is de kans groot dat hij dan in het kader van het beheer van goederen van de nalatenschap, goederen van 'derden', van erfgenamen onder zich heeft. Naar de letter valt deze situatie onder de 'pakketjesbepaling' van art. 8 SW 1956 en zou bij zijn overlijden krachtens fictie in beginsel belast zijn. De successiewetgever heeft dit voorzien en heeft in art. 8 lid 3 ten 2<sup>e</sup> SW 1956 een vrijstelling opgenomen voor de goederen die de overledene onder zich had in de hoedanigheid van executeur.

De executeur komt in de Successiewet ook nog in beeld in het kader van de 'opening van de gesloten kist' in de zin van art. 74 SW 1956. Deze regeling hangt, naast de aangifteplicht op grond van art. 73 SW 1956, als verlengstuk van art. 8 SW 1956, samen met het feit dat een bewaarnemer op grond van art. 7:605 lid 4 BW in beginsel gehouden is de zaak terug te geven in de staat waarin deze is ontvangen. In het kader van de successieaangifte op grond van art. 8 SW 1956 zal de gesloten kist of de verzegelde envelop echter geopend dienen te worden. Zowel voor de *executeur*, de notaris, de kantonrechter als de inspecteur is een taak weggelegd bij de openingsceremonie en de afwikkeling daarvan. Gelet op het feit dat het niet om een alledaagse bepaling gaat, neem ik art. 74 SW 1956 in zijn geheel op:

'(1) In alle gevallen, waarin de mogelijkheid bestaat, dat zich in een gesloten kist of onder een verzegelde omslag goederen niet zijnde registergoederen of daarop betrekking hebbende bewijsstukken bevinden, waarvan op grond van de artikelen 8 of 73 aangifte moet geschieden, zal op verzoek van de *executeur* of door de rechter benoemde vereffenaar van de nalatenschap, van de erfgenamen of van de houder, de opening, vóór de afgifte, geschieden door een *notaris*, die wordt aangewezen door de *kantonrechter* van de rechtbank van het arrondissement waarin de kist of de omslag zich bevindt.' (Curs. BS)

En wat de administratieve afhandeling van de opening betreft:

'(2) De notaris zal van de opening een proces-verbaal opmaken, waarin de uitwendige toestand en de inhoud van het ter opening aangeboden worden beschreven. De notaris zendt een dubbel van het proces-verbaal aan de *inspecteur*.' (Curs. BS)

Een hele kleine successierechtelijke taak voor de executeur. Belangrijker is de taak van een executeur bij de afwikkeling van een 'quasi-wettelijke verdeling' zoals in de navolgende paragraaf zal blijken.



# G. DE 'QUASI-WETTELIJKE VERDELING' IN FISCALIBUS

## 1. Inleiding

In het civielrechtelijke gedeelte<sup>114</sup> is de quasi-wettelijke verdeling reeds aan een beschouwing onderworpen, thans een fiscale blik op deze nieuwe testamentaire estate planningstechniek. De achtergrond voor het ontstaan van deze testamentaire variant is met name het feit dat men in de praktijk, vanuit fiscaal oogpunt, nog al eens 'stukloopt' op de korte driemaandstermijn van art. 4:18 BW als mechanisme voor een combinatietestament.<sup>115</sup> Belangrijke erfrechtelijke grondstoffen voor de quasi-wettelijke verdeling zijn: *executele* en *afwikkelingsbewind*. Vandaar de (fiscale) aandacht voor deze testamentaire variant.

Er zijn in beginsel drie varianten van de quasi-wettelijke verdeling in omloop:

- a. de bevoegdheidsvariant;
- b. de verplichtende variant; en
- c. een combinatie van beide varianten als 'veiligheidssynthese'.

Hierna zal ik kort stil staan bij de verschillen.

Voor de langstlevendebescherming is overigens de (quasi-)wettelijke verdeling geen must. Dit omdat het bepaalde in art. 4:82 BW eveneens het 'ongestoord voortleven' via andere wegen mogelijk maakt. De legitieme kan immers met behulp van deze bepaling ten behoeve van de langstlevende *niet* opeisbaar worden gemaakt.

## 2. De drie varianten 'quasi-wettelijke verdeling'

### 2.1 *Algemeen: eerst de goederenrechtelijke variant buiten toepassing verklaren*

In *iedere* variant van de 'quasi-wettelijke verdeling' wordt de 'echte', de wettelijke (goederenrechtelijke) verdeling buiten toepassing verklaard. Art. 4:13 BW bepaalt immers dat de wettelijke verdeling (in de setting echtgenoot en kind) alleen niet werkt als de hele afdeling buiten toepassing is verklaard. Na buiten toepassingverklaring is de testateur verlost van het (behoudens het 'rijtje van 5 plus 1')<sup>116</sup> niet op maat te snijden versterferfrecht. Men onder-

114. Zie ook B.M.E.M. SCHOLS, De 'quasi-wettelijke verdeling' als 'Teilungsanordnung' (I en II), WPNR (2004) 6571 en 6572. Zie voor een fiscale behandeling B.M.E.M. SCHOLS en F.A.M. SCHOENMAKER, De 'quasi-wettelijke verdeling in fiscalibus', KWEP 2004, 4. Met dank aan Martin Schoenmaker.

115. Zie hierover het WAR-EPNadvies in KWEP 2004, 3, p. 30, Het gebruik van de wettelijke verdeling in de estate planningspraktijk; wetswijziging gewenst ofwel is de driemaandstermijn van art. 4:18 BW te kort?

116. B.M.E.M. SCHOLS, Aan de grenzen van de wettelijke verdeling en het 'inhoudelijk overeenkomen'. Het 'rijtje van 4 plus 1', Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), 2000, 4, p. 25.

vindt vervolgens geen hinder meer van het inflexibele art. 4:18 BW (de korte driemaandstermijn). In huwelijkse voorwaarden doet men met de wettelijke gemeenschap van goederen overigens ook niet anders. Ook dit wettelijke basisstelsel moet, door een huwelijksvermogensrechtelijke notariële ingreep, nog al eens het veld ruimen voor contractueel maatwerk.<sup>117</sup>

## 2.2 *De bevoegdheidsvariant*

Nadat de wettelijke verdeling buiten toepassing is verklaard, bevinden de erfgenamen zich in een onverdeeldheid. Het eerste instrument om vervolgens een wettelijke verdeling na te bootsen is het *afwikkelingsbewind*. Dit bewind wordt bij uiterste wilsbeschikking ingesteld, waarbij de afwikkelingsbewindvoerder op grond van art. 4:171 BW *de bevoegdheid* krijgt om *zelfstandig* een verdeling tot stand te brengen. Hierbij staat de wettelijke verdeling model. Deze wordt als een soort ‘algemene voorwaarde’ gebruikt. Overigens is het ook voor de rekening en verantwoording van de afwikkelingsbewindvoerder wenselijk dat hij een richtsnoer heeft op welke wijze hij zijn taak mag en kan uitoefenen.

Op het richtsnoer kunnen allerlei nuances aangebracht worden. Zo kan bepaald worden, als een van de spelregels van het testamentair bewind, dat de bewindvoerder *bevoegd* is de betreffende verdeling ook *gedeeltelijk* tot stand te brengen. Met name zal er echter behoefte zijn aan de bepaling dat bij wijze van een tenzij-clausule door de langstlevende ook nog een beslissing genomen kan worden op een later tijdstip dan de in art. 4:18 BW opgenomen termijn, bijvoorbeeld tot twee jaar na het overlijden. Deze tweejaarstermijn treft men aan in vele fiscale regelingen,<sup>118</sup> zodat er vaak vanuit fiscale optiek de wens zal bestaan om bij deze termijn aan te sluiten. Men kan de ongedaanmakingstechniek van art. 4:18 BW gebruiken door er in het bewind naar te verwijzen, zij het met een aanpassing van de termijn. De langstlevende wordt in beginsel tot afwikkelingsbewindvoerder benoemd. De verdelingsbevoegdheid van de bewindvoerder is alsdan voorwaardelijk oftewel afhankelijk van de wil van de langstlevende, waarover hierna meer.

Dit wat de bevoegdheidsvariant van de ‘quasi-wettelijke verdeling’ betreft, waarbij men gebruik maakt van een afwikkelingsbewind.

Als meer de nadruk gelegd moet worden op de *verplichting* voor de erfgenamen om te verdelen als ware er een wettelijke verdeling, dan wordt gewerkt met de verplichtende variant.

## 2.3 *De verplichtende variant*

De verplichtende variant bestaat uit een combinatie van *executele* en *testamentaire last*. De executeur (en daarmee blijkens art. 4:130 BW in beginsel

117. Zo is men met finale (verplicht-wederkerige) verrekenbedingen reeds lang gewend te handelen *alsof* er bijvoorbeeld een wettelijke gemeenschap van goederen is.

118. Bijvoorbeeld bij de verdeling van een zich in de nalatenschap bevindende aanmerkelijk belangpakket in verband met de mogelijkheid tot geruisloze doorschuiving voor de inkomstenbelasting, art. 4.17 Wet IB 2001. De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet volgen de verdeling indien deze binnen twee jaar na het overlijden plaatsvindt, art. 53a SW 1956.

ook de erfgenamen) krijgt van de erflater *de verplichting* opgelegd om de nalatenschap te verdelen *alsof* de wettelijke verdeling gegolden zou hebben. Op grond van art. 4:144 en art. 4:145 BW heeft de executeur alle bevoegdheden die nodig zijn om als vertegenwoordiger van de erfgenamen de betreffende last uit te voeren.<sup>119</sup> De flexibiliteit wordt in de regeling gebracht door het feit dat hier een verbintenisrechtelijke versie van art. 4:18 BW (ongedaanmaking) gecreëerd wordt. Deze ‘voorwaarde of voorziening’ kan probleemloos als brug of anders gezegd ‘tenzij-clausule’ in het combinatietestament worden ingebouwd, nu de door de Hoge Raad in het arrest ‘voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling’, HR 17 januari 1996, BNB 1996/112c, gegeven regel over de grenzen van delegatie bij een door erflater gewenste verdeling van zijn nalatenschap, nog steeds geldt. Met het beginsel van testeervrijheid als uitgangspunt valt niet in te zien waarom aan een testamentaire beschikking geen ‘voorwaarden of voorzieningen’ (lees: ongedaanmakingsvarianten) verbonden zouden kunnen worden, aldus de Hoge Raad. De regeling past ook binnen het ‘gesloten stelsel’ van uiterste wilsbeschikkingen, aangezien een testamentaire beschikking onder voorwaarde<sup>120</sup> kan worden gemaakt. Wel dient het verplichtende karakter van de last gehandhaafd te worden. Dit vormt geen probleem. De erfgenamen/afstammelingen blijven (ondanks de faciliteit voor de langstlevende) in beginsel verplicht tot uitvoering van de testamentaire last. Zij zijn immers niet bevoegd om de ‘verbintenisrechtelijke’ ongedaanmakingsverklaring (met betrekking tot de last) uit te brengen. Dit kan alleen de langstlevende echtgenoot. De kinderen niet.

Voor de goede orde: ook deze ongedaanmakingsverklaring met betrekking tot de last kan ‘partieel’ van aard zijn.

Vanzelfsprekend werkt een ‘quasi-wettelijke verdeling’ op het moment van openvallen van de nalatenschap slechts ‘schuldrechtlich’,<sup>121</sup> en niet goederenrechtelijk, met dien verstande dat een executeur-afwikkelingsbewindvoerder net als de Testamentsvollstrecker, voor goederenrechtelijk effect van de verbintenisrechtelijke verdeling kan zorgen. Hij kan immers zelfstandig handelen, oftewel zonder inmenging van de erfgenamen.

## 2.4 De veiligheidssynthese

Onder het mom ‘meer is (in de regel) beter’, zouden vanzelfsprekend ook beide systemen gecombineerd kunnen worden. Men zou naast de testamentaire last op deze executeur, de executeur ook nog (uitdrukkelijk) met een afwikkelingsbewind kunnen bekleden. De *bevoegdheidsvariant* zal met name ook een belangrijke rol gaan spelen als de langstlevende de ‘verbintenisrechtelijke’ ongedaanmakingsverklaring met betrekking tot de testamentaire last heeft afgelegd en de *verplichtingen* uit de last zijn komen te vervallen. Via het afwikkelingsbewind als *vangnet* houdt de langstlevende nog (gedurende een bepaalde periode) grip op de verdeling van het nalatenschapsvermogen.<sup>122</sup>

119 MvA I, 3771, nr. 133, p. 60

120 Vergelijk KLAASSEN-LUIJTEN-MEIJER, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 167 over de ‘testamentaire last onder voorwaarde’.

121. PALANDT/EDENHOFER, München. C.H. Beck 2006, p. 2217.

122. Dit vangnet wordt in de praktijk het ‘Droste-effect’ genoemd. Achter ieder testamentair vangnet zit, met het oog op de eventuele ongedaanmaking, veelal weer een nieuw vangnet.

Dat was kort (nogmaals) de civielrechtelijke vormgeving van de 'quasi-wettelijke verdeling'. Hoe staat het met dit nieuwe fenomeen *in fiscalibus*?

### 3. Fiscale faciliteiten voor wettelijke verdelingachtigen?

Aanleiding voor de estate planningspraktijk om zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij de maatschappelijk gewenste gedachte achter de wettelijke verdeling, is voor een groot deel gelegen in de fiscaliteit. Voor de wettelijke verdeling zijn immers 'faciliteiten' ingebouwd in de Successiewet 1956 en in de Wet op de Inkomstenbelasting 2001. En niet alleen voor de wettelijke verdeling, doch ook voor de wettelijke verdelingachtigen oftewel *inhoudelijk overeenkomende* varianten, zoals bijvoorbeeld de ouderlijke boedelverdeling. Reden genoeg om bij deze fiscale faciliteiten stil te staan.

Ter voorkoming van misverstanden merk ik reeds op dat als van de verbintenrechtelijke ongedaanmakingsverklaring (in zijn geheel dan wel gedeeltelijk) gebruik gemaakt wordt bij een 'quasi-wettelijke verdeling', er in beginsel geen sprake meer is van een verdeling die inhoudelijk overeenkomt met de wettelijke verdeling. Het enkel opnemen van een 'tenzij-clausule' zegt echter nog niets over het feit of er ook daadwerkelijk gebruik van gemaakt zal worden. Overigens zou men ook na een 'ongedaanmaking' nog kunnen verdelen alsof er een wettelijke verdeling was.

### 4. Defiscalisatie in de inkomstenbelasting, art. 5.4 Wet IB 2001

Een van de fiscale faciliteiten voor de wettelijke verdeling vinden we in art. 5.4 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

Het hele erfrechtelijke pakket aan vorderingen wegens onderbedeling en schulden wegens overbedeling die bestaan tussen langstlevende echtgenoot en kinderen, worden in geval van een wettelijke verdeling of een ouderlijke boedelverdeling geweerd uit de boxen 1 en 2 en in beginsel getransporteerd naar box 3.<sup>123</sup> In box 3 deelt de wetgever mee dat het hele erfrechtelijke pakket wordt *genegeerd*, in die zin dat de langstlevende de schulden wegens overbedeling *niet* in mindering mag brengen op de rendementsgrondslag, zij het dat daar tegenover staat dat de kinderen hun vorderingen wegens onderbedeling *niet* hoeven aan te geven in de rendementsgrondslag van box 3. Een-

123. Zie als aanloop naar het systeem van 'defiscalisatie' de artikelen 3.16 lid 10, 3.95, 3.120 lid 10, 4.15 lid 2 (stap 1: geen rente-aftrek). Art. 2.14 lid 3 Wet IB 2001 (stap 2: geen rente-aftrek betekent verwijzing naar box 3). Art. 5.4. Wet IB 2001 maakt het erfrechtelijk verhaal compleet met een vrijstelling voor de rendementsgrondslag in box 3 voor zowel de vorderingen wegens overbedeling van de kinderen als de daarmee samenhangende schulden van de langstlevende echtgenoot. Zie bijvoorbeeld L.E. WELKERS, Beleidsvoornemens naar aanleiding van de evaluatie van de Wet IB 2001, FBN 2006 nr. 24, p. 9 die opmerkt: 'De regeling van de defiscalisering is in de literatuur al menigmaal aan de orde gesteld, omdat zij vanwege haar redactie en door de wetgever daaraan gegeven invulling slechts beperkt kan worden toegepast.'

voud troef, mede ingegeven door de gedachte dat invoering van het maatschappelijk gewenste erfrecht niet tot fiscale obstakels moest leiden.

De vraag komt op of deze *defiscalisatie* alleen geldt voor de wettelijke verdeling en de ouderlijke boedelverdeling, of ook voor de 'quasi-wettelijke verdeling'.

Art. 5.4 lid 1 letter a Wet IB 2001 is soepel en stelt niet de eis van een uiterste wilsbeschikking. De cumulatieve criteria voor defiscalisatie zijn:

- *alle* goederen naar de langstlevende echtgenoot,<sup>124</sup>
- evenals *alle* schulden; en
- dat krachtens *verdeling* van een nalatenschap.

Zelfs een zuivere *contractuele* verdeling, een verdeling zonder dat er een uiterste wilsbeschikking aan ten grondslag ligt, kan defiscaliseren. Deze soepelheid is ontstaan door het feit dat er een periode bestaan heeft dat het boxenstelsel er wel al was (2001) en het 'maatschappelijk gewenste' nieuwe erfrecht nog op zich liet wachten (tot 2003). Het moest mogelijk zijn om zelf (al) een *contractuele* verdeling te maken volgens het model van de wettelijke verdeling. Het oude erfrecht kende immers de onverdeeldheid als hoofdregel. Art. 5.4 Wet IB 2001 werd in die geest gewijzigd. Toen het 2003 werd, is deze soepelheid nooit meer aangepast of in een overgangsrechtelijk jasje gegoten. Blijkens de toelichting<sup>125</sup> op het 'nieuwe' art. 5.4 Wet IB 2001 blijven de voorbeelden genoemd bij de voorloper van dit artikel van belang. Alles wat met een *zuivere* contractuele verdeling wordt gefacilieerd, wordt ook gefacilieerd als het in een uiterste wilsbeschikking als 'quasi-wettelijke verdeling' neergelegd wordt.

Voor de defiscalisatie van bloot-eigendomswilsrechten is art. 5.4 lid 4 Wet IB 2001 van belang. Ook hier zien wij terugkomen dat de mogelijkheid bestaat om '*inhoudelijk overeenkomende*' wilsrechten onder het stramien van defiscalisatie te laten vallen. Dit is blijkbaar niet alleen weggelegd voor de 'echte' wilsrechten die aan een wettelijke verdeling gekoppeld zijn. Door het criterium van inhoudelijk overeenkomen, komt ook voor deze faciliteit in beginsel een 'quasi-wettelijke verdeling' met 'nagebootste' wilsrechten in beeld.

Resumerend: de vraag hoe de 'quasi-wettelijke verdeling' op het terrein van de inkomstenbelasting ontvangen wordt, kan in beginsel beantwoord worden met de mededeling: 'Niet anders dan de wettelijke verdeling'. Art. 5.4 Wet IB 2001 is mijns inziens hiervoor ruim genoeg geformuleerd.

Thans stappen wij over naar de Successiewet 1956 om te bezien welke faciliteiten er zijn opgenomen voor de wettelijke verdeling die ook voor de 'quasi-wettelijke verdeling' van belang zouden kunnen zijn.

124. Er wordt uitdrukkelijk gesproken over echtgenoot. De langstlevende samenwoner valt hier niet onder, terwijl ook daar de mogelijkheid bestaat om alle goederen van de nalatenschap aan hem/haar toe te delen waartegenover een schuld ontstaat aan de kinderen. Defiscalisatie hoeft overigens niet altijd gunstig te zijn.

125. V-N BP 21/18.4, p. 4088 e.v.

## 5. Faciliteiten in de Successiewet 1956 voor de wettelijke verdeling Wettelijke analogie?

Welke faciliteiten zijn er in de fiscale aanpassingswet op grond van het nieuwe erfrecht in de Successiewet 1956 opgenomen voor de wettelijke verdeling?

Allereerst de 'ventieltechniek'<sup>126</sup> van art. 1 lid 2 SW 1956 oftewel de mogelijkheid om na het overlijden de rente over de vordering van overbedeling nog te wijzigen zonder schenkingsperikelen en waarbij deze nadere overeenkomst voor de heffing van het successierecht gevolgd wordt.

Een ander interessant feit is dat de ongedaanmakingshandeling van art. 4:18 BW geen schenking<sup>127</sup> is en geen handeling is in de zin van art. 30 SW 1956.<sup>128</sup> Daarnaast worden onderbedelingsvorderingen renteloos gewaardeerd bij het eerste overlijden zelfs al is er een 'kleine' rente op grond van de wet, en het omzetten van vererfbaar vermogen in niet vererfbaar vermogen gaat via de brug van de wilsrechten voor art. 10 SW 1956 vrijuit.<sup>129</sup> Immers, hetgeen wordt verkregen krachtens uitoefening van een wilsrecht, wordt voor de toepassing van de Successiewet niet aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht aldus de slotzin van art. 1 lid 2 SW 1956.<sup>130</sup>

De vraag is of al deze faciliteiten ook van toepassing zouden zijn op de 'quasi-wettelijke verdeling'.

De Successiewet 1956 biedt een mooi aanknopingspunt voor *analoge* toepassing van deze faciliteiten op de 'quasi-wettelijke verdeling'. En wel in art. 1 lid 5 SW 1956:

126. Zie onder meer W. BURGERHART, B.M.E.M. SCHOLS en FW.J.M. SCHOLS, 'De ventielbepaling'; het successierechtelijk opblazen en laten leeglopen van erfrechtelijke verkrijgingen, FBN 2003 nr. 23 en recentelijk hierover B.M.E.M. SCHOLS en J.P.M. STUBBÉ, Erfflater spreekt, ook over de rente!, FBN 2007 nr. 34. In deze laatste bijdrage wordt ingegaan op de beperkte uitleg van de belastingdienst van het fenomeen 'ventieltechniek' en wordt het ministerie opgeroepen om duidelijkheid te verschaffen.

127. Art. 1 lid 3 SW 1956.

128. Zie art. 30 lid 1 SW 1956, alsmede EstateTip Review 2004-32, De stekker uit de verdeling trekken is géén handeling in de zin van art. 30 SW, oftewel neem in ieder flexibel langstlevendentestament een verdeling op, Boom Juridische uitgevers Den Haag.

129. M.J. HOOGEVEEN, Quasi-wettelijke verdeling: art. 10 SW 1956 proef?, NTFR 2006, 1306 suggereert in de betreffende opinie dat de quasi-wettelijke verdeling onder art. 10 SW 1956 zou kunnen vallen. Anders J.P.M. STUBBÉ, Reactie. De toepassing van de fictie van art. 10 SW 1956 leidt wel tot erg veel misverstand, NTFR 2006, 1373. Mijns inziens kunnen de navolgende argumenten worden ingebracht tegen de stelling dat art. 10 SW 1956 van toepassing zou kunnen zijn op de quasi-wettelijke verdeling (en andere langstlevendetestamenten). Ten eerste. Art. 10 SW 1956 ziet niet op eenzijdige rechtshandelingen zoals een uiterste wilsbeschikking. Ten tweede. Uit art. 4:201 BW blijkt dat legaten (lees: de vorderingen) van rechtswege verkregen worden. Ten derde. Indien art. 10 SW 1956 van toepassing zou zijn, zou er sprake zijn van 'dubbele heffing'. Art. 10 lid 4 SW 1956 kent geen faciliteit voor teruggaaf van successierecht verschuldigd bij het 'eerste' overlijden. Ten vierde. In MvT 27 245, nr. 3, p. 20 wordt in het kader van de fiscale behandeling van de wilsrechten geconstateerd dat de rechten van de kinderen *rechtstreeks voortvloeien uit de wet* en derhalve geen sprake is van een rechtshandeling in de zin van art. 10 SW 1956. Voor 'wet' mag mijns inziens ook gelezen worden: (voortvloeien uit) de uiterste wilsbeschikking.

130. Aldus ook nog een keer uitdrukkelijk vermeld in de parlementaire geschiedenis, TK 27 245, nr. 3 p. 20.

‘Indien ten gevolge van *uterste wilsbeschikkingen* die inhoudelijk overeenkomen met het bepaalde in afdeling 1 van titel 3 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek geldvorderingen of wilsrechten opkomen, worden die voor de toepassing van deze wet op dezelfde wijze behandeld als de geldvorderingen en wilsrechten bedoeld in artikel 13, derde lid, onderscheidenlijk de artikelen 19, 20, 21 en 22 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek.’ (Curs. BS)

Ook hier weer de gevleugelde woorden ‘*inhoudelijk overeenkomen*’. Woorden die we herkennen uit de conceptversie van art. 5.4 Wet IB 2001. Als leidraad voor art. 1 lid 5 SW 1956 ligt het dan ook voor de hand om aan te sluiten bij de hierboven aangestipte criteria: *alle* goederen naar de langstlevende, *alle* schulden, krachtens *verdeling* van de nalatenschap.

Tot nader bericht kan men het er op houden dat de wetgever met art. 1 lid 5 SW 1956 de deur ook open heeft gezet voor een analoge toepassing van de faciliteiten op bepaalde *uterste wilsbeschikkingen*. Zo niet, dan blijft de *flexibiliteit* van de ‘quasi-wettelijke verdeling’ nog steeds overeind.<sup>131</sup>

Toch de vraag hoe de ‘quasi-wettelijke verdeling’ in het systeem van de Successiewet ingepast zou worden als de analogiegedachte van art. 1 lid 5 SW 1956 niet zou bestaan (dan wel niet van toepassing zou zijn).<sup>132</sup> Bij de beantwoording van deze belangrijke vraag ontkomt men niet aan de vraag naar de plaats van de *zuivere* contractuele verdeling in de Successiewet. Zeker nu Monteiro in haar commentaar onder het besluit van 12 augustus 2004 in het NTFR 2004/1298 het volgende opmerkt:

‘Voormelde antwoorden doen de vraag rijzen hoever de fiscale wetgever wenst te gaan met het faciliteren van verdelingen die een soortgelijke uitkomst hebben als de wettelijke verdeling. In de Estate Planningspraktijk kent men bijvoorbeeld het instrument van de “*quasi-wettelijke verdeling*”. [...] De quasi-wettelijke verdeling vloeit niet voort uit de wet en wordt anders dan de ouderlijke boedelverdeling niet van rechtswege per tijdstip van overlijden geëffectueerd, maar pas op een later tijdstip tot stand gebracht. Of de uitkomst van een dergelijke quasi-wettelijke verdeling -al dan niet partieel uitgeoefend- successierechtelijk wordt gevolgd is onderwerp van discussie. Mijns inziens zou het *niet goed binnen het systeem* van de SW 1956 passen om de uitkomst van een quasi-wettelijke verdeling te volgen, nu in het successierecht de hoofdregel geldt dat niet de uitkomst van een verdeling wordt gevolgd, maar dat de erfrechtelijke gerechtigdheid per overlijdensdatum bepalend is.’ (Curs. BS)

Nogmaals: als de ‘quasi-wettelijke verdeling’ reeds rechtstreeks onder de analogiegedachte van art. 1 lid 5 SW 1956 valt, komen we aan de door Monteiro opgeworpen ‘systeemkwesitie’, waarbij zij zich laat leiden door de *erfrechtelijke gerechtigdheid per overlijdensdatum*, in beginsel niet meer toe. Vooraf merk ik op, dat men anders dan Monteiro lijkt te doen, steeds voor ogen dient te hou-

131. De praktijk loopt geen risico en redt zich thans met de zogeheten ‘handmatige ventueltechniek’ gebaseerd op het successierechtelijke beginsel: ‘erflater spreekt’.

132. Dit speelt als men zich op het standpunt stelt dat *uterste wilsbeschikking* in art. 1 lid 5 SW 1956 gelezen dient te worden als een in een *uterste wilsbeschikking bevestigde* wettelijke verdeling. Men zou ook kunnen stellen dat de faciliteiten ten behoeve van de wettelijke verdeling alleen gegeven worden, omdat het ‘*versterferrecht*’ is en geen *uterste wilsbeschikking*.

den dat een quasi-wettelijke verdeling uit de aard een uiterste wilsbeschikking is en geen contractuele regeling tussen erfgenamen. Hierna, in de volgende paragrafen, zal ik argumenten aandragen waarmee naar mijn mening de stelling van Monteiro weerlegd kan worden.

Hiervoor kan inspiratie worden opgedaan bij de successierechtelijke benadering door de Duitse Successiewetgever van de 'Adam en Eva' van de 'quasi-wettelijke verdeling', te weten de *'Teilungsanordnung'* (§ 2048 BGB). Een instrument dat in de loop der jaren 'body' heeft gekregen met het vlees en bloed van de *Testamentsvollstrecker* (§ 2208 BGB). Ingrediënten die ons zonder meer doen denken aan het *verdelen* van de nalatenschap door een *executeur-afwikkelingsbewindvoerder*.

Overigens wordt een *Teilungsanordnung* ook nog al eens opgetuigd met een 'Auflage' (§1940 BGB), waarbij gedacht moet worden aan onze testamentaire last.

Het is goed om op te merken dat een *Teilungsanordnung* net als een 'quasi-wettelijke verdeling' slechts *verbintenisrechtelijk* van aard is en niet zoals de ouderlijke boedelverdeling goederenrechtelijk van aard. Aan de *Teilungsanordnung* dient dan ook na het overlijden nog uitvoering te worden gegeven. Dit valt vanzelfsprekend onder de 'core business' van de *Testamentsvollstrecker*.

## 6. De 'Teilungsanordnung' in de Duitse 'Erb-schaftsteuer'

Het ligt in de rede, gezien de gelijkenis tussen beide figuren, de Duitse successierechtelijke benadering van de *Teilungsanordnung* model te laten staan voor de behandeling van de 'quasi-wettelijke verdeling' in de Nederlandse successiewetgeving of zoals opgemerkt in ieder geval daar inspiratie op te doen. Bovendien wordt net als in ons Nederlandse systeem (waarover hierna meer) voor de heffing van de Duitse 'Erb-schaftsteuer' de verdeling van de nalatenschap in beginsel als een neutrale handeling gezien.<sup>133</sup> De verdeling beïnvloedt de heffing niet. In het *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* lezen wij dan ook:<sup>134</sup>

'Der BFH vertritt die Auffassung das nur die Erbquote massgeblich und das Ergebnis der Abwicklung und der Erbauseinandersetzung unbeachtlich ist. Das gilt auch unter Beachtung einer Teilungsanordnung. [...] Steuerpflichtig ist der Erwerb durch Erbanfall und nicht "auf Grund" eines Erbfalls.'

Helder. Een *Teilungsanordnung* is niet relevant voor de heffing van *Erb-schaftsteuer* oftewel is 'erbschaftsteuerlich unbeachtlich'. Dit past naadloos in

133. Zie over de Duitse *Erb-schaftsteuer* onder meer JENS PETER MEINCKE, *Erb-schaftsteuer und Schenkungssteuergesetz Kommentar*, München: C.H. Beck 2004 en voor de *Teilungsanordnung* in het bijzonder p. 76-78.

134. MICHAEL SOMMER en KATRIN KERSCHBAUMER, 'Echte und uberquotale' *Teilungsanordnungen*, ZEV 2004, 1.



de gedachte van Monteiro over de systematiek van heffing van successierecht ten aanzien van de verdeling. Er is echter meer. In het Duitse recht wordt een belangrijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds de 'reine' oftewel 'echter' Teilungsanordnung en anderzijds de 'unechter' of ook genaamd 'überquotaler' Teilungsanordnung. Alleen voor de echte Teilungsanordnung geldt bovenstaande neutrale successierechtelijke benadering. Ter voorkoming van misverstanden een definitie van de 'reine', de 'echter' Teilungsanordnung.<sup>135</sup>

'der Wille des Erblassers darf jedoch allein auf die Durchführung der feststehenden Erbfolgeregelung, nicht auf darüber hinausgehende Zuwendungen gerichtet sein.'

Als iemand in waarde uitgedrukt meer goederen toebedeeld krijgt dan zijn erfdeel, moet er door de betreffende erfgenaam 'ausgeglichen werden'. In welk geval wij spreken van: 'ontstaat er een schuld wegens overbedeling'.

Thans aandacht voor de *onechte* Teilungsanordnung.

Allereerst dienen we stil te staan bij de strekking van de term 'überquotaal' (oftewel 'unecht').<sup>136</sup> Deze wordt gebruikt:

'wenn mit der Teilungsanordnung einzelnen Erben höhere Vermögenswerte zugewiesen werden, als ihnen gemäss ihrer Erbquote zustehen.'

Het grote verschil met de 'echte' Teilungsanordnung is dat een bepaald voordeel niet 'ausgeglichen' wordt, welk voordeel vervolgens wordt gekwalificeerd als een 'Vorausvermächtnis'. Vrij vertaald als: een legaat aan een erfgenaam. Een echte Teilungsanordnung behelst geen voordeel. Tegenover ieder voordeel staat een schuld wegens overbedeling.

De 'onechte' Teilungsanordnung is daarentegen 'wertverschiebend'.<sup>137</sup> Hoe dient deze 'waardeverschuiving' voor de 'Erbchaftsteuer' door de 'bevoordeelde' aangegeven te worden?<sup>138</sup>

'Er hat also den *zusammengerechneten Wert aus Erbanteil und Vermächtniswert* zu versteuern.'

De betreffende Teilungsanordnung, ook al is hij op overlijdensdatum slechts van verbintenisrechtelijke aard, heeft derhalve wel degelijk gevolgen voor de Duitse 'successiebelasting'.

Het antwoord op de vraag hoe de onechte Teilungsanordnung voor de Erbschaftsteuer behandeld wordt, roept vervolgens de hamvraag op of de 'quasi-wettelijke verdeling' een echte of een onechte verdeling is in het systeem van de Nederlandse Successiewet.

135. LANGE/KUCHINKE, *Erbrecht*, München: C.H. Beck 2001, p. 1151.

136. ZEV 2004, 1, p. 13.

137. NIEDER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: C H. Beck 2000, p. 648

138. ZEV 2004, 1, p. 17.

## 7. Een 'wertverschiebende' 'quasi-wettelijke verdeling' in de Nederlandse Successiewet

### 7.1 Art. 18 SW 1956 als kapstok

Vertrekpunt bij de 'quasi-wettelijke verdeling' is (de verwijzing) naar het basismodel wettelijke verdeling. Deze wettelijke verdeling kenmerkt zich door het feit dat de langstlevende echtgenoot wordt overbedeeld. Immers, alle goederen van de nalatenschap worden door de wetgever rechtstreeks aan de langstlevende toebedeeld. In verband met deze overbedeling krijgen de kinderen een vordering wegens onderbedeling. Op het eerste gezicht correspondeert deze vordering met hun erfdeel. Er is echter meer aan de hand. Allereerst is deze vordering *met* direct bij het overlijden van de eerststervende opeisbaar. De kinderen gaan in beginsel de wachtkamer in tot het overlijden van de langstlevende. De contante waarde van deze vordering zou met hun erfdeel kunnen corresponderen als de wetgever van een *zakelijke rente* zou zijn uitgegaan. Dit is echter niet het geval. Art. 4:13 lid 4 BW boekt, zoals bekend, van de wettelijke rente maar liefst 6 procentpunten af. In de regel is de betreffende vordering derhalve renteloos of nagenoeg renteloos. Het is in dat geval duidelijk dat de contante waarde van de vordering niet correspondeert met de waarde van de erfdelen van de kinderen. De kinderen krijgen derhalve 'minder erfdeel' en de langstlevende 'meer', althans in economische zin. De 'quasi-wettelijke verdeling' gaat als hoofdregel van hetzelfde principe uit.

Hoe kan het *voordeel* dat in deze manier van verdelen opgesloten zit, of het nu goederenrechtelijk of verbintenissenrechtelijk is, in ons successierechtelijk systeem verwerkt worden? Allereerst zal het duidelijk zijn dat er bij een 'quasi-wettelijke verdeling' met een in eerste instantie renteloze vordering voor de kinderen, sprake is van een onechte Teilungsanordnung. De kinderen krijgen immers minder in waarde dan waar zij, op grond van hun erfdeel, recht op hebben.

Ook lijkt dit voordeel op een 'Vorausvermächtnis', een legaat aan een erfgenaam en wel aan de langstlevende echtgenoot, zij het dat dit voordeel wellicht niet als een civielrechtelijk legaat gekwalificeerd kan worden. Dit is voor de Successiewet 1956 echter niet relevant, aangezien daar naar de waarde van de verkrijging in *economische* zin gekeken wordt. In het systeem van de Successiewet wordt voor deze gedachte in art. 18 een wettelijke basis geschapen.

Art. 18 SW 1956 luidt als volgt:

'Onder vruchtgebruik worden, voor de toepassing van deze wet, mede verstaan vruchtgenot, gebruik en bewoning, vruchten en inkomsten, jaarlijkse opbrengst en soortgelijke uitkeringen uit daartoe aangewezen goederen.'

Een heel ruim, economisch benaderd, begrip vruchtgebruik. In ieder geval zo ruim toe te passen dat de Hoge Raad op 10 juli 1989, BNB 1989/260 van mening was dat als er geen zakelijke rente vergoed werd over de niet-opeisbare onderbedelingsvorderingen van de kinderen terzake van een ouderlijke boedelverdeling, de langstlevende dan een voordeel genoot dat successierechtelijk bestempeld kon worden als een *fictief* vruchtgebruik, oftewel een

vruchtgebruik als bedoeld in art. 18 SW 1956. Onze Oosterburen zouden spreken van een 'unechter Teilungsanordnung'. Een verdeling met een ingebouwd (fictief) 'Vorausvermächtnis'.

Om een 'wertverschiebend' fictief vruchtgebruik aan te nemen, volstaat een economische *gerechtigheid per overlijdensdatum*. De goederenrechtelijke effectuering van de uiterste wil per overlijdensdatum is geen must. In de Successiewet 1956 is geen enkele basis te vinden voor de gedachte dat reeds een afwikkeling in goederenrechtelijke zin plaats dient te hebben gevonden per overlijdensdatum. Dit is ook bijvoorbeeld de reden waarom een legataris successierecht is verschuldigd over hetgeen de erflater aan hem/haar heeft toebedacht. Het legaat levert slechts een verbintenis op tot afgifte van een bepaald goed.<sup>139</sup> Of het legaat goederenrechtelijk wordt geëffectueerd is voor de successieheffing niet relevant<sup>140</sup> (tenzij het legaat wordt verworpen).<sup>141</sup>

## 7.2 *Bevoegdheidsvariant is geen zuiver contractuele verdeling, doch een op een uiterste wilsbeschikking gebaseerde verdeling*

Het vertrekpunt is dat ook het Nederlandse systeem de 'normale' verdeling van de nalatenschap in beginsel als een neutrale handeling ziet die de heffing niet beïnvloedt. Dit volgt uit het bekende arrest van de Hoge Raad van 2 januari 1903, PW 9536. Dit arrest legt de nadruk op het feit dat de Successiewet géén rekening heeft willen houden met *zuiver contractuele* handelingen tussen de deelgenoten ná het overlijden die geheel los staan van de testamentair geuite wens van de erflater. Anders gezegd: erflater spreekt niet meer bij uiterste wilsbeschikking of via zijn aan zijn vertrouwenspersoon 'geoorloofd gedelegeerde' wil. Het aanknopingspunt in de Successiewet is in beginsel de situatie op het moment van overlijden. Nauwkeuriger: het gaat om het vermogen van de erflater in *overgang* naar de erfgenamen dat men met succesbelasting heeft willen treffen. En daar past niet bij dat daar achteraf nog invloed op zou kunnen worden uitgeoefend door onderling 'afspraken te maken' of anders gezegd door verdelingshandelingen. Tot zover geen discussie.

Bij een 'quasi-wettelijke verdeling' is echter het vertrekpunt de *uiterste wilsbeschikking* van de erflater. Deze uiterste wilsbeschikking bepaalt de marsroute voor de verkrijgingen in economische zin van de erfgenamen. Op de spelregels van het afwikkelingsbewind kunnen de erfgenamen in beginsel geen invloed uitoefenen. Hier geldt slechts: graag of niet, oftewel aanvaarden of verwerpen.<sup>142</sup>

Ook al zou de executeur-afwikkelingsbewindvoerder, anders dan uit art. 3:77 BW blijkt, gezien moeten worden als een vertegenwoordiger van de erfgenamen, dan is dit nog zeker niet van voldoende gewicht om zonder meer te spreken van een zuivere contractuele verdeling in de zin van het betreffende arrest van de Hoge Raad uit 1903. Op zijn zachtst gezegd ontwaren wij hier

139. Zie HR 11 mei 1984, NJ 1985, 374 (Verhoeven-Peeters).

140. Zie hierover niet alleen art. 4:201 BW, maar ook de uitspraak van Hof Arnhem van 24 januari 2002, Notafax 2002, 104.

141. Aan de mogelijkheid dat artikel 30 SW 1956 bij verwerping aan de orde kan komen, wordt hier voorbijgegaan.

142. Al dan niet met 'contantenverklaring', art. 4:63 lid 3 BW.

toch wel enige elementen van ‘dwangvertegenwoordiging’, zij het niet ex lege, doch op grond van de wil van de erflater. Bij een afwikkelingsbewind is het immers de erflater die spreekt, zij het bij monde van de afwikkelingsbewindvoerder. Er geldt niet wat ‘partijen goedgevond’. Bij de strekking van de uiterste wil van erflater tracht de successiewetgever zo veel mogelijk aan te sluiten, oftewel in de recente woorden van Hof Den Bosch: het uitgangspunt van de Successiewet is dat zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij de werkelijkheid.<sup>143</sup>

### 7.3 Ook al is beschermingsbewind niet waardedrukkend, een ‘onecht’ afwikkelingsbewind wel

Door het arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 1995, BNB 1996/10c over de waardering van onder bewind gesteld vermogen, zou men wellicht op het verkeerde been gezet kunnen worden. Dit arrest dient mijns inziens echter in een bepaalde context geplaatst te worden en wel in de context van beschermingsbewind en niet in de context van *afwikkelingsbewind*. Bewind is geen waardedrukkende factor in de visie van de Hoge Raad. Op zich is dit juist.<sup>144</sup> Het enkele feit dat een vermogensbestanddeel onder bewind valt, maakt bijvoorbeeld niet dat de huuropbrengst lager zal zijn of dat het onderliggende vermogensbestanddeel bij verkoop minder zou opbrengen. Bij afwikkelingsbewind daarentegen is het goed denkbaar dat de spelregels van het bewind zodanig geformuleerd zijn dat de contante waarde van hetgeen door de bewindvoerder toebedeeld wordt wellicht minder waard is dan de waarde van het erfdeel. Denk hierbij aan het hierboven aangestipte fictief vruchtgebruik dat bij een ‘quasi-wettelijke verdeling’ ten behoeve van de langstlevende kan bestaan. Een beschermingsbewindvoerder heeft primair als taak het vermogen van de rechthebbende te ‘beschermen’, oftewel het vermogen in stand te houden, terwijl een afwikkelingsbewindvoerder primair als taak heeft de nalatenschap van erflater te *verdelen* conform de door deze opgestelde regels en de door erflater gegeven bevoegdheden.

Ook Moltmaker merkt in zijn conclusie onder het arrest op dat aan het bewind *in casu* geen waardedrukkende invloed kan worden toegekend. Dit zou dus ook anders kunnen zijn. Voor de onderhavige problematiek zou het overigens in navolging van de Duitse leer verhelderend kunnen werken te onderscheiden tussen een ‘echt’ en een ‘onecht’ afwikkelingsbewind, waarbij een ‘quasi-wettelijke verdeling’ dan in beginsel stoelt op een ‘onecht’ afwikkelingsbewind.

Zou men nog twifelen over de gedachte dat bewind onder omstandigheden wel degelijk waardedrukkend zou kunnen zijn, dan raadplege men art. 4:75 BW lid 5:

‘Bij de vaststelling van de op de legitieme portie toe te rekenen waarde wordt met het bewind slechts rekening gehouden, indien [...]’

143. Hof Den Bosch 16 juni 2004, Notafax 2004, 209.

144. Het ging in de betreffende casus overigens om een ‘afwezigbewind’.

Voor de volledigheid merk ik op dat als men zich op het standpunt zou stellen dat er per overlijdensdatum nog geen aanleiding is om met het afwikkelingsbewind als waardedrukkende factor rekening te houden, bijvoorbeeld omdat men met Monteiro van mening is dat het goederenrechtelijk geëffectueerd zijn van de verdeling, zoals bij de ouderlijke boedelverdeling, een vereiste is, ook dan bestaat in de Successiewet nog steeds het corrigerend systeem van art. 45 en 53 SW 1956. De strekking van dit mechanisme van de 'nadere aan-gifte' is dat de wet tot uitdrukking heeft willen brengen dat de heffing van het successierecht zich richt naar hetgeen *uiteindelijk* als gevolg van de *erf-rechtelijke overgang* wordt verkregen.<sup>145</sup> De erfgenamen hebben nu eenmaal een erfdeel (onlosmakelijk) belast met afwikkelingsbewind verkregen, en als een bewind met daaraan gekoppelde zelfstandige verdelingsbevoegdheden van de afwikkelingsbewindvoerder aanleiding is tot een vermogensverschui-ving, zal in het systeem van heffing omwille van het bereiken van het uitein-delijke resultaat hiermee rekening gehouden worden. De gedachte aan het in art. 3:77 BW neerlegde beginsel: 'erflater leeft' en de quasi-overeenkomstge-dachte, als een door erflater in het leven geroepen rechtsverhouding, komt weer op. Erflater spreekt immers ook nog na overlijdensdatum en wel door middel van zijn vertegenwoordiger: de executeur-afwikkelingsbewindvoer-der. Een rechtsverhouding die de Successiewet 1956 niet mag en niet kan ne-geren.

Ingehaakt zou kunnen worden bij 'de uitoefening van een wilsrecht, voort-spruitende uit ten sterfdage reeds bestaande of *ontstane rechtsverhouding*' De crux van een wilsrecht is immers dat het gaat om een door erflater gegeven recht om *eenzijdig* een rechtsgevolg in het leven te roepen. Zo wordt een optie bijvoorbeeld gezien als een wilsrecht.<sup>146</sup> Hoe ruim mag men het begrip 'wils-recht' zien?

Schuttevaer-Zwemmer<sup>147</sup> ziet het ruim en stelt me gerust. Met name de elasticiteit die deze auteurs de wet in 'de maatschappelijke tijdgeest' toedich-ten spreekt mij erg aan:

"Dat de term "wilsrecht" is geïntroduceerd, zonder definiering van dit zelfs ci-velrechtelijk vage begrip kan men de wetgever slechts ten goede houden. De uitdrukking laat ruimte voor zinvolle interpretatie tegen de achtergrond ook van de economisch-maatschappelijke gezichtspunten. De wetgever heeft – zie de MvT – tot uitdrukking willen brengen dat de wet de mogelijkheid kent van latere herrekening "indien door een gebeurtenis na het overlijden aan de erfge-namen de voordelen van de uitoefening van een aanspraak als evenbedoeld als-nog toevallen". Van zodanige gebeurtenissen geeft de wetgever eerder voorbeel-den " de instelling van een rechtsoverdracht, (een bevoegdheid tot) het inroe-pen van een wettelijk erfdeel en dergelijke wilsrechten "

145 Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, de Successiewet 1956, art. 45 en 53

146 Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, de Successiewet 1956, art. 45, aantek. 8

147 SCHUTTEVAER-ZWEMMER, De Nederlandse Successiewetgeving, Fiscale Hand- en Studieboeken nr. 7, Deventer: Kluwer 1998, p. 42

En überhaupt is interessant hun gedachte die daaraan voorafgaat:

'Heffing van successie- en schenkingsrecht is in beginsel een heffing voor één keer, welke geschiedt ten laste van elke verkrijger persoonlijk. Daarom zou onredelijk worden gehandeld, als halt werd gemaakt bij een momentopname van de toestand ten tijde van de verkrijging. Van oudsher is aangenomen dat bij de rechtsheffing acht moet worden geslagen op latere ontwikkeling van op het moment van de verkrijging *lopende rechtsverhoudingen*.'

Van belang is dat wij ons steeds realiseren dat de term wilsrecht niet vastomlijnd is in de Successiewet en slechts tot doel heeft de ontwikkeling van een ten sterfdage ontstane rechtsverhouding te kunnen blijven volgen totdat hij definitief 'uitgewerkt' is.

Een executeur-afwikkelingsbewindvoerder heeft naar mijn mening dan een (soort van) '*wilsrecht*' om van de aan erflater op basis van art. 3:77 BW ontleende *vertegenwoordigingsbevoegdheid* gebruik te maken. Erflater heeft zijn wil als het ware (civielrechtelijk) 'geoorloofd gedelegeerd'. Een erfgenaam is aan deze wil gebonden alsof erflater de rechtshandeling zelf verricht heeft. De in het civielrechtelijke gedeelte getrokken conclusies dienen in beginsel ook voor de vraag wat successierechtelijk verkregen is, gevolgd te worden.

Naast het corrigerende systeem van de Successiewet 1956 bestaat er ook nog altijd het instituut van de testamentaire last van art. 4:130 BW. Een instituut dat gelet op de in art. 4:144 BW opgenomen passage: 'onverminderd de testamentaire lasten' niet los van executele gezien worden.

### 7.5 Testamentaire '*wertverschiebende*' lasten worden altijd gevolgd

Niet alleen uit civielrechtelijk oogpunt is het 'veilig' om in de 'quasi-wettelijke verdeling' een testamentaire last op te nemen die de kinderen (of de kantonrechter) immers niet zomaar naast zich neer kunnen leggen, doch ook uit successierechtelijk oogpunt is dit onder het mom 'dubbel genaaid is extra stevig' verstandig.<sup>148</sup> Dit omdat de testamentaire last in het systeem van de Successiewet een 'status aparte' heeft. Verstraaten geeft deze status<sup>149</sup> kort en krachtig aan:

'Een lastbevoordeelde verkrijgt namelijk krachtens erfrecht, hetgeen inhoudt dat voor hem de lastbevoordeling een met successierecht te belasten verkrijging is. Daar staat tegenover dat degene die de last heeft moeten uitvoeren deze verplichting in aftrek kan brengen voor het successierecht (zie art. 5, lid 1).'

Duidelijker kan het niet gezegd worden. Een andere behandeling in het systeem krijgt echter de *onpersoonlijke* last. In de woorden van Verstraaten:

148. Zie noot 54 van B.M.E.M. SCHOLS, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung' II, WPNR (2004) 6572.

149. R.T.G. VERSTRAATEN, Cursus Belastingrecht, Successiebelastingen, Deventer: Kluwer 2006, p. 25.

‘Als een last geen lastbevoordeling inhoudt (een zogenoemde onpersoonlijke last) komt aftrek niet aan de orde, waartegenover staat dat anderzijds terzake daarvan ook geen successierecht kan worden geheven.’

Wat is nu het te belasten ‘bevoordelende’ element van de testamentaire last<sup>150</sup> bij een ‘quasi-wettelijke verdeling’?

Dit is de ‘waardeverschuiwing’ die ontstaat doordat aan de langstlevende goederen worden toebedeeld waartegenover geen zakelijke onderbedelingsvordering hoeft te worden vergoed, doch een niet-opeisbare renteloze vordering. Vanzelfsprekend komt dit voordeel weer neer op het fictief vruchtgebruik in de zin van BNB 1989/260. Dat toch ook onder nieuw erfrecht de mogelijkheid van de *derde bevoordelende* last erkend wordt en derhalve het gebruik van de begrippen ‘bevoordeling’ en ‘last’ niet per definitie op gespannen voet staat, blijkt mede uit het preadvies van de KNB over ‘Bewind’, en wel uit het gedeelte van de hand van Vegter. Hij merkt op dat volgens de wetgever uit de testeervrijheid voortvloeit dat de erflater aan de bevoordeelde het vorderingsrecht kan onthouden.<sup>151</sup>

Als er overigens door de langstlevende echtgenoot van de ‘tenzij-clausule’ gebruik wordt gemaakt om de testamentaire last niet uit te voeren, kan dit in het successierechtelijke systeem zonder meer gezien worden als de vervulling van een voorwaarde in de zin van art. 45 en art. 53 SW 1956. Het betrof immers een *testamentaire* verplichting onder een ontbindende *voorwaarde*.

## 8. HR 2 januari 1903, PW 9536 geldt niet als ‘erflater spreekt’

Het befaamde arrest van meer dan honderd jaar geleden (HR 2 januari 1903, PW 9536) over de plaats van de *contractuele* verdeling in de Successiewet is mijns inziens nog steeds ten volle van belang, doch niet van toepassing op de onderhavige kwestie.<sup>152</sup> De ‘quasi-wettelijke verdeling’ heeft successierechtelijk te gelden als een *semi-non-contractuele testamentaire* verdeling met dezelfde aard als een ‘*unechter Teilungsanordnung*’.

Aangezien in de notariële praktijk de bevoegheidsvariant in de regel ook nog gecombineerd wordt met de verplichtende variant, blijft men door deze ‘veiligheidssynthese’ in ieder geval buiten het toepassingsbereik van het arrest van de Hoge Raad van 2 januari 1903.

De fiscale mijmeringen over de quasi-wettelijke verdeling sluit ik af met de woorden van de redactie van Vakstudie Nieuws onder het besluit van 12

150. Bij een testamentaire last ontbreekt het vorderingsrecht, aldus art. 4:130 BW.

151. J.B. VEGTER, Bescherming familievermogens met behulp van eigendom ten titel van beheer. Preadvies KNB (2004), Bewind en aan bewind verwante vormen, Den Haag: SDU Uitgevers 2004, p. 123, waarbij hij verwijst naar MvA, 3771, nr 133, p. 33.

152. Zie ook A.P.M. VAN RIJN, WFR 2003, 6534, De verdeling van de huwelijksgemeenschap en de heffing van het successie- en schenkingsrecht, die tot de conclusie komt dat het arrest van HR 2 januari 1903, PW 9536 slechts beperkte betekenis heeft

augustus 2004<sup>153</sup> over de toepassing van art. 30 SW 1956, waar ik mij graag bij aansluit:

‘Uit de hiervoor opgenomen antwoorden zou naar onze mening kunnen worden afgeleid dat ook voor andere testamenten dan de ouderlijke boedelverdeling voor de heffing van het successierecht wordt aangesloten bij de door de erfgenamen gekozen verdeling van de nalatenschap. Voorwaarde is dat deze wijze van verdeling is terug te vinden in het testament van de erflater.’

Kortom, daar waar ‘erflater spreekt’, oftewel een alternatief aangeeft, is geen sprake van ‘afstand van rechten’.<sup>154</sup>

## **H. AAN HET BEGIN VAN DE FISCALE ERFRECHTELIJKE OPDRACHT**

Uit het bovenstaande blijkt dat de drietand executele in beginsel fiscaal ook overeind blijft en dat dit slechts anders wordt daar waar het verzekeren van de heffing daarom vraagt, dan wel de *fiscale persoonlijkheidsrechten* van de belastingplichtige gewaarborgd dienen te worden. De fiscale persoonlijkheidsrechten van de belastingplichtige verzetten zich met name tegen de privatieve werking van de op de beheersbevoegdheid gebaseerde vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur.

Met de komst van het nieuwe erfrecht staat de executeur-(afwikkelingsbewindvoerder) aan het begin van een grote fiscale opdracht. Ook al heeft hij de Testamentsvollstrecker civielrechtelijk ingehaald, op de fiscale denkpiste kan hij nog veel van zijn Duitse collega's leren.

Nieuwe civielrechtelijke mogelijkheden betekent ook nieuwe interessante fiscale vraagstukken.

Het onderzoek wordt afgesloten met een slotbeschouwing.

153. V-N 2004/44.18.

154. Wat betreft de toepassing van art. 30 SW 1956. Men zou kunnen stellen dat het bevoegd handelen van een executeur-afwikkelingsbewindvoerder een wijze van geoorloofde delegatie is die de abstracte uiterste wil van erflater concretiseert. De erfrechtelijke vertegenwoordiger spreekt als het ware namens erflater.





## SLOTBESCHOUWING

‘Wird dem Testamentsvollstrecker zur *Verstärkung* seiner Rechtsstellung *zusätzlich eine Vollmacht* erteilt, kann er gegen einen Widerruf der Vollmacht nach h M dadurch geschützt werden, dass die Beibehaltung derselben den Erben zur Auflage gemacht wird [. .].’ (Curs BS)

J Mayer, Testamentsvollstreckung (2005), p 174

## A. DE ERFRECHTELIJKE VERBINTENIS ALS FAIT ACCOMPLI

De centrale onderzoeksvraag luidde: wat is de *ware aard* van executele naar nieuw Nederlands erfrecht? Met de methode van het denken in termen van de *erfrechtelijke verbintenis*<sup>1</sup> in combinatie met de externe rechtsvergelijking<sup>1</sup> in Hfdst. I is naar mijn mening de *ware aard* van executele boven komen drijven. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis indirect een voorzet gegeven om erfrechtelijke vraagstukken op deze wijze te benaderen. Thans is mij dan ook duidelijk wat de wetgever, ter afsluiting van zijn hierna opgenomen overwegingen, met de uitdagende woorden: ‘[...] *het begin kan vormen van een rechtsontwikkeling, welke zich thans niet laat voorzien*’ symbolisch, althans wellicht mede als opstapje naar de ontwikkeling van de erfrechtelijke verbintenis, bedoelde aan te geven:<sup>2</sup>

‘Anders ligt het in het geval, dat artikel 5a beoogt te regelen Door het *legaat* ontstaat een verbintenisrechtelijke verhouding, *welke op één lijn moet worden gezien met de verbintenisrechtelijke verhouding, die uit een overeenkomst ontstaat* Met het oog op *het contractenrecht* wordt artikel 6.5 3 11 voorgesteld, waarvan de regeling in artikel 5a met het oog op de daarin geregelde materie wordt herhaald Er zij op gewezen, dat artikel 6 5 3 11 [ ] (Curs BS)’

- 1 In het onderzoek zijn meegenomen de landen Duitsland, België, Zwitserland en Frankrijk
- 2 Parl. Gesch. Vast. Boek 4, p 772 Het betreft een toelichting op art. 4:123 BW (4:4:2:5a) in het verslag van het mondeling overleg tevens eindverslag. Een bepaling over ‘onvoorzienige omstandigheden’ en de ‘maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ in het erfrecht. De frase over de ‘rechtsontwikkeling’ in het citaat ziet weliswaar op het bepaalde in art. 6:258 BW (6:5:3:11), maar kan, nu ook de wetgever ‘doorschakelt’ van ‘contractenrecht’ naar legaat, mijns inziens eveneens ‘symbolisch’ gebruikt worden voor de erfrechtelijke verbintenis. De contractuele redelijkheid en billijkheid is immers niet anders dan de erfrechtelijke redelijkheid en billijkheid. De verbintenisrechtelijke wind waait overal even sterk. Ook het erfrecht profiteert mee.

Zo zou inderdaad (nog) onderzocht kunnen worden in hoeverre de regels van *schenking*<sup>3</sup> ook op het legaat kunnen worden toegepast, de regels van *koop* op het legaat tegen inbreng van de waarde en zou wellicht nog een stap verder kunnen worden gegaan en de vraag worden gesteld in hoeverre de regels van 'onrechtmatige daad' een aanvulling zouden kunnen zijn op de regels met betrekking tot de legitieme portie.<sup>4</sup> Op enig moment ontstaat dan een volledige synthese tussen Boek 4 en de overige Boeken van ons Burgerlijk Wetboek. Als de sluizen eenmaal openstaan is het verfrissende verbintenisrechtelijke water niet meer tegen te houden. Een dergelijke benadering ligt overigens in een vermogensrechtelijk stelsel, dat gebaseerd is op een *gelaagde structuur*, voor de hand, zij het dat deze stap vervolgens ook daadwerkelijk nog gezet dient te worden. Poortjes genoeg, ze hoeven alleen nog maar (ver genoeg) open gezet te worden.<sup>5</sup>

Het mes snijdt echter aan twee kanten. Door bijvoorbeeld onze geest te verruimen op het gebied van executele kan ook de geest verruimd worden op het gebied van *privatieve lastgeving* en het denken over *vertegenwoordiging* in het algemeen. Zo heeft dit onderzoek naar mijn mening uitgewezen dat het 'eigen' recht van de executeur niet op gespannen voet hoeft te staan met de aanname dat zijn handelen *onmiddellijke* vertegenwoordiging tot gevolg heeft.<sup>6</sup> Dit handelen dient overigens *niet*, zoals in buitenlandse rechtsstelsels lijkt te gebeuren, te snel als 'wettelijke vertegenwoordiging' afgedaan te worden, aangezien deze benadering de ruimte voor de invulling van de executele door de *autonome wil* van erflater miskent. Het is erflater die de aftrap neemt, en de vergelijking kan dan ook worden gemaakt met de 'gevolmachtigde' die ook handelt op basis van de autonome wil van de volmachtgever en derhalve (eveneens) niet als wettelijke vertegenwoordiger is aan te merken.

Hierna nog een enkele, afsluitende opmerking over hoe deze benadering zich, mijns inziens, verhoudt tot het erfrechtelijk gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Eerst een, althans wat het onderhavige onderzoek betreft, 'laatste' blik op de erfrechtelijke verbintenis.

De term '*erfrechtelijke verbintenis*' heeft, het geheel overziende, drie dimensies. Op drie manieren kan zij verklaard worden:

1. Als *denkmodel* waarbij met name, maar niet alleen, regels van overeenkomstenrecht en vertegenwoordiging op een erfrechtelijke rechtsfiguur, zoals bijvoorbeeld executele, kunnen worden toegepast om daarmee een zich eventueel manifesterende 'dode' erfrechtelijke hoek nader in te vullen. Dit was de rode draad van het onderhavige onderzoek. Ook al zou de gevonden ware aard geen geldend recht zijn, dan kan de benadering nog steeds dienen als denkmodel. Het erfrechtelijk 'herschrijven' van algemeen vermogensrechtelijke wetsbepalingen kan het denkproces ondersteunen.
3. Met het quasi-cenzijdige karakter van art. 7:175 lid 2 BW heeft de wetgever al de eerste stap gezet.
4. Hetzelfde zou ook gezegd kunnen worden van de 'andere wettelijke rechten', zij het dat daar het alimentair karakter meer op de voorgrond staat.
5. Zie bijvoorbeeld art. 3:78 BW en art. 7:424 BW.
6. Art. 4:145 lid 2 BW stelt dit buiten twijfel.

2. Als *'optelsom'* oftewel verzameling van 'alle' erfrechtelijke verbintenissen die uit de erfrechtelijke bron 'Boek 4' ontspringen. Denk bijvoorbeeld aan de legitieme portie, de andere wettelijke rechten, het legaat of de testamentaire last. Men zou de erfrechtelijke input in ons vermogensrecht nader in kaart kunnen – of trachten te – brengen, zij het dat verstarring door 'ordening' dient te worden voorkomen.
3. *Symbolisch*. Om hiermee aan te geven dat de muur die onder het oude Burgerlijk Wetboek en ook nog daarna tussen Boek 4 en de overige Boeken van ons vermogensrecht 'de facto' is blijven bestaan, dient te worden afgebroken. Het gebruik van woorden als 'erfrechtelijke verbintenis' is bedoeld om dit proces te stimuleren en te versnellen. Het schemergebied eenzijdige erfrechtelijke rechtshandelingen en overeenkomsten kan zo geheel ontsloten worden.

Wie nog steeds moeite heeft met de term erfrechtelijke verbintenis doet er goed aan het, in de dagen dat ik deze slotbeschouwing schreef, gewezen vonnis van de Voorzieningenrechter te Arnhem tot zich te nemen.<sup>7</sup> Toeval bestaat niet. De rechter moest in het licht van art. 49 van de Wet op het notarisambt onderzoeken of onder een *erfrechtelijke aanspraak* voortvloeiend uit de wet ook een aanspraak (lees: *verbintenis*) uit een herroepen *uiterste wilsbeschikking* kon vallen.

Vanzelfsprekend moest eerst het karakter van een uiterste wilsbeschikking ontrafeld worden:

'Het karakter van de uiterste wilsbeschikking wordt gekenmerkt door de eenzijdigheid en de werking ná overlijden. Blijkens de MvA, nr. 6 , p. 21. Parl. Gesch. Vast, p. 217 wordt een rechtsbetrekking na overlijden beoogd. Tijdens het leven worden geen rechtsbanden geschapen tussen testateur en degene die de testateur wenst te bevoordelen. Kortom: er bestaat tijdens leven geen enkele binding [...]. Hieruit vloeit naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter voort dat het in een testament benoemd zijn tot erfgerechtigde op zichzelf nog geen aanspraak of recht op de erfenis geeft. Die aanspraak ontstaat pas op het moment van het overlijden van de erfflater.'

De conclusie was dan ook dat 'een aanspraak uit een herroepen testament (uiterste wilsbeschikking)' niet onder de regeling van art. 49 Wna (inzage in het testament) viel. Uit het feit dat degenen die slechts een 'voorwaardelijke' testamentaire aanspraak hebben, geen recht hebben op inzage in de uiterste wilsbeschikking (anders dan in hun hoedanigheid van versterferfgenamen) blijkt duidelijk het 'geheime', besloten karakter van een in een notariële akte neergelegde uiterste wilsbeschikking.

Let wel: de rechter heeft niet gezegd dat er geen erfrechtelijke verbintenissen bestaan, maar alleen wanneer zij ontstaan: eerst op het moment van overlijden. Dit is het moment waar erfrecht en overeenkomstenrecht elkaar (driegen te) raken. Wie daarover nog twijfelt, raadpleegt nogmaals art. 4:143 BW.

7. VZR Rechtbank Arnhem 19 juni 2007, LJN BA9083, gepubliceerd op 9 juli 2007.

Daar wordt voor een executele de grens getrokken: 'aanvaarding van zijn benoeming *na overlijden*.' Het is niet voor niets dat de wetgever daar het geheim van de 'erfrechtelijke verbintenis' openbaart. De executeur mag niet alleen het door erflater in hem gestelde vertrouwen nog niet tijdens leven omzetten in een verbintenis, maar nog belangrijker, erflater hoeft dit vertrouwen tijdens leven nog niet te laten blijken. De spanning is op de grens altijd om te snijden en op de grens wordt nog wel eens een 'hek' geplaatst. Zo geschiedde in art. 4:143 BW. Ik breng in herinnering de erflater die 'zijn notaris' tijdens het passeren van de uiterste wilsbeschikking vraagt of hij zijn nalatenschap wenst af te wikkelen. Overeenkomst of uiterste wilsbeschikking? Het enkele feit dat binding later tot totstandkomt, maakt de op de rechtsverhouding toepasselijke regels toch niet (heel) anders, zeker niet in een tijd waar (vermogensrechtelijke) 'grenzen' steeds meer opengaan.

## B. DE DRIE 'PRINCIPLES' VAN EXECUTELE

Zoals in dit onderzoek gezien valt de erfrechtelijke verbintenis executele uiteen in drie lagen, waarbij de ene laag zich, afhankelijk van de onderliggende rechtsvraag, soms manifesteert dan de andere laag. Analyse van de voorliggende rechtsvraag is steeds van belang. Het *bindmiddel* is het beginsel van *privatieve lastgeving*. Wie de stap zet van 'laag' naar beginsel komt tot de conclusie dat de drieland executele gedragen wordt door de navolgende drie beginselen, en met een Europese bril drie 'Principles':

1. Het verbintenisrechtelijke beginsel van *quasi-overeenkomst van opdracht/lastgeving* (intern) Hfdst. II.A.

Voor de oplossing van vraagstukken in de interne relatie tussen erflater/erfgenamen aan de ene kant en de executeur aan de andere kant, kan aansluiting gezocht worden bij de regels van *overeenkomstenrecht*, te weten de regels van *opdracht/lastgeving*, daar waar de erfrechtelijke speciesregeling geen antwoord geeft. Dit maakt executele echter nog niet tot een overeenkomst, maar tot een 'quasi-overeenkomst', aangezien er nog geen binding tijdens leven van erflater bestaat. Het is *erflater* die het 'aanbod' tot het aangaan van de rechtsverhouding heeft gedaan.

Denk in dit kader bijvoorbeeld aan de vraag of een executeur recht heeft op een onkostenvergoeding bij de vervulling van zijn werkzaamheden. De regels van opdracht/lastgeving kunnen het antwoord geven. Zie art. 7:406 lid 1 BW. Denk voorts aan het '*zorgvuldigheidsbeginsel*' dat voor iedere opdrachtnemer en derhalve ook voor de executeur geldt. Wat het slaan van bruggen betreft tussen eenzijdige erfrechtelijke rechtshandelingen en overeenkomstenrecht dient ook niet vergeten te worden dat bijvoorbeeld in ons algemeen vermogensrecht een rechtsfiguur als volmacht aan de ene kant in beginsel, net als een uiterste wilsbeschikking, een eenzijdige rechtshandeling is, doch aan de andere kant veelal geïncorporeerd wordt in bijvoorbeeld een overeenkomst van lastgeving. Het bevreemdt dan ook niet dat in het erfrechtelijke verlengde daarvan de quasi-overeenkomst van executele zich op de grens van uiterste wilsbeschikking en overeenkomst bevindt.

## 2. Het goederenrechtelijke beginsel van *beschikkingsonbevoegdheid* van de erfgenamen; het *bewindsaspect*, Hfdst. II.B.

Voor een goed functioneren van executele dienen de erfgenamen *beheers-* en *beschikkingsonbevoegd* te zijn. Executeurs dienen door de erfgenamen zo min mogelijk ‘voor de voeten’ gelopen te worden bij de afwikkeling van een nalatenschap. Een *beschikkingsonbevoegdheidsregel*, zoals in ons stelsel art. 4:145 lid 1 BW, heeft de vereiste (vergaande) *privatieve werking* van executele tot gevolg.

Er kan in het verlengde van het bewindsaspect ook een verband gelegd worden tussen executele en de regeling van de *kwaliteitsrekening*. Een door een executeur beheerde bankrekening met daarop gelden die tot de nalatenschap behoren, kan onder omstandigheden gezien worden als een kwaliteitsrekening. Door de rechthebbenden hun beschikkingsbevoegdheid te ontnemen en de vertegenwoordiger enige vrijheid van handelen te geven, ontstaat vanzelf een vorm van relatief ‘*dual ownership*’ oftewel een trustachtige rechtsfiguur, ook al wordt de executeur de iure niet de rechthebbende van het banktegoed.

Eveneens in het verlengde van het bewindsaspect van executele kan de beschikkingsbevoegdheid van een executeur met *afwikkelingsbewind* uitgebreid worden tot de bevoegdheid om *zelfstandig* de nalatenschap te *verdelen*. In ons recht is dit geregeld in art. 4:171 BW.<sup>8</sup>

Dit afwikkelingsbewind kan ook onderdeel zijn van een, op een executeur rustende, testamentaire last. De testamentaire last is geregeld in art. 4:130 BW. Zo kan aan een executeur de last opgelegd worden om de nalatenschap op een bepaalde wijze te verdelen.

## 3. Het verbintenissenrechtelijke beginsel van *onmiddellijke* vertegenwoordiging van *erflater* (extern), Hfdst. II. C.

Van belang is zich, bij het oplossen van de vraagstukken rond de positie van de executeur, steeds te realiseren dat een executeur niet als een vertegenwoordiger van de erfgenamen gezien dient te worden, doch als *vertegenwoordiger van erflater*.

Voor ons huidige Nederlandse erfrecht wordt art. 4:145 lid 2 BW ‘gecorrigeerd’ door het bepaalde in art. 3:77 BW. Hiermee wordt de vertegenwoordiging van het niveau van de erfgenamen naar het niveau van de erflater getild.

De verbinding tussen het ‘in naam van’ vereiste van onmiddellijke vertegenwoordiging en het op ‘eigen naam’ handelen van de executeur kan, gelet op de erfrechtelijke ‘Gleichgültigkeit’, gelegd worden via het vertegenwoordigingsrechtelijke uitgangspunt van het handelen voor een ‘*nader te noemen meester*’, zoals in ons stelsel is neergelegd in art. 3:67 BW.<sup>9</sup> Het is immers

8 Dit is een van de ingrediënten, al dan niet in combinatie met art. 4:130 BW, waarop de ‘quasi-wettelijke verdeling’ gebaseerd is.

9 Recentelijk, op 2 augustus 2006, LJN BA8931, besliste de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle nog: ‘Orcom “*valt er tussenuit*” nu zij binnen de grenzen van haar bevoegdheid – dat laatste is niet in twijfel getrokken – en *in naam van* [A] – zij het vooralsnog als *nader te noemen meester* – een rechtshandeling met V.V.M. heeft verricht. Op grond van die be-

(nog) niet altijd ‘meteen’ na overlijden even duidelijk wie de rechtsopvolgers van erflater zijn. Erfgenamen dienen veelal nog opgespoord te worden of zijn zich eventueel nog aan het ‘beraden’ over het al dan niet aanvaarden van de erfenis. De gedachte van handelen voor een nader te noemen meester kan in de erfrechtelijke context van executele gelezen worden als: handelen namens de nader te noemen rechtsopvolgers onder algemene titel van de erfrechtelijke meester.<sup>10</sup>

Een ander voorbeeld van een belangrijke vertegenwoordigingsrechtelijke bepaling uit titel 3.3 die op executele kan worden toegepast, is art. 3:75 lid 1 BW inzake het ‘notarieel vastleggen’ van het einde van een volmacht. In de praktijk is immers voor het rechtsverkeer niet altijd even duidelijk wanneer het beheer van een executeur geëindigd is oftewel of er ‘Freigabe’ plaatsgevonden heeft. Het notariaat kan bij de ‘publicatie’ hiervan een belangrijke rol gaan spelen.

De toetsing van de juistheid van de gevonden drie lagen kwam het best tot zijn recht in het onderzoek naar de bevoegdheid van de executeur om de goederen van de nalatenschap *te gelde te maken*, Hfdst. IV.A. Hier bleek niet alleen het grote belang van de conclusie dat een executeur *vertegenwoordiger van erflater* is en niet van de erfgenamen, maar hier kwam eveneens duidelijk voor het voetlicht het verschil tussen de *interne* en de *externe* verbintenrechtelijke aspecten van de *quasi-overeenkomst*, nu immers het ontbreken van een intern werkende toestemming nog niet automatisch met zich bracht dat de executeur geen vertegenwoordigingsmacht heeft. En bij de analyse van de positie van een *failliete* erfgenaam kwam ook de betekenis van het *bewindsaspect* van executele, vanzelf bovendrijven.

## C. VAN WARE AARD NAAR SYNCHRONISATIE VAN EUROPEES ERFRECHTELIJK BEHEER

De juridische kruisbestuiving geldt vanzelfsprekend ook voor de Europese erfrechtelijke stelsels onderling. De Nederlandse executeur leert van de knelpunten en sterke punten die bij Europese executeurs bestaan, en de Europese

→ paling is er derhalve een *rechtstreekse contractsband* ontstaan tussen [A] en W.M.’ De klemtoon werd door de rechter gelegd op lid 1 van art. 3:66 BW: ‘Een door de gevolmachtigde bin- nen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling treft in haar gevolgen de volmachtgever.’

10. D. BUSCH, *Middellijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht Deventer: Kluwer 2002, p. 23 merkt op dat de term ‘in naam van-vereiste’ misleidend is, aangezien anders dan zij doet vermoeden niet noodzakelijk is dat de tussenpersoon de naam van de principaal ten tijde van het sluiten van het contract uitdrukkelijk noemt. Men kan zijns inziens beter spreken van het ‘kenbaarheidsvereiste’. Men zou kunnen stellen dat met het noemen van de erfrechtelijke hoedanigheid executeur aan het ‘kenbaarheidsvereiste’ voldaan is. Veelal zal overigens in het rechtsverkeer ook *de naam* van de *overledene* genoemd worden in plaats van de namen van de erfgenamen. Wat er ook van zij, het onderscheid tussen middellijke en onmiddellijke vertegenwoordiging is voor de ‘tussenfiguur’ en erfrechtelijke tussenpersoon de executeur niet altijd even zwart-wit. Het in art. 3:67 BW neergelegde beginsel kan echter zwart met wit verbinden. Ook de artikelen 7:419-421 BW laten zien dat het onderscheid niet altijd even zwart-wit te maken is

executeurs kunnen (veel) van (de ware aard van) de Nederlandse executeur leren. Temeer nu Meijers de voorzet heeft gegeven voor een modern erfrecht, dat niet alleen door zijn Europese kijk op de materie een uitvloeisel is van allerlei Europese erfrechtelijke ingrediënten en derhalve eenvoudig exportabel is, maar ook een erfrecht dat eveneens ingebed is in een modern *algemeen vermogensrecht*, een omgeving die executeurs maar node kunnen missen. Er van uitgaande dat de Europese landen hun veelal klassieke erfrechtelijke stelsels zullen gaan moderniseren, zoals bijvoorbeeld Duitsland, dan wel, zoals Nederland en Frankrijk, onlangs reeds gemoderniseerd hebben, is de kans groot dat men binnen Europa steeds meer naar elkaar zal toegroeien. In dit proces is met name van belang hoe de erfrechtelijke systemen omgaan met de belangrijkste tegenspeler van de executeur: *de legitimaris*. In de woorden van Van der Grinten heet het immers: de legitieme is de crux van het erfrecht.<sup>11</sup> Erfrechtelijk moderniseren betekent veelal een verbintenisrechtelijke legitieme en een verbintenisrechtelijke legitieme betekent veelal<sup>12</sup> een sterke executeur. Dit geldt helemaal als, zoals in ons stelsel is geschied in art. 4:82 BW, de legitieme portie ten behoeve van echtgenoten en andere 'levensgezellen' *met-direct opeisbaar* te maken is en dit zelfs onafhankelijk van de vermogenspositie van deze langstlevende partners.

Een executeur zal, steeds vaker over de grens heen moeten gaan opereren in verband met zich in het buitenland bevindende vermogensbestanddelen, zodat het navenant belangrijker wordt dat er een, door zoveel mogelijk landen erkend, *certificaat* komt waarmee de *Europese erfrechtelijke beheerder* zich kan legitimeren. Indien in navolging van het in Nederland voor het rechtsverkeer zo belangrijke art. 4:187 BW, *vertrouwd* mag worden op het Europese certificaat van executele, is de eerste stap in het erfrechtelijke Europese harmonisatieproces boedelafwikkeling gezet, Hfdst. III.D.7. Op Europees niveau is derhalve het derde beginsel (het externe verbintenisrechtelijke aspect) in combinatie met bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen het belangrijkste.

Nogmaals: hierbij wordt ervan uitgegaan dat op het niveau van de afgifte van het certificaat de hindernis legitimaris reeds is genomen. Want wederom: de kracht van executele staat en valt immers met de kracht van zijn tegenspelers. Worden de Europese tegenspelers zwakker, zoals in het Europese, steeds verbintenisrechtelijker wordende, klimaat het geval is, dan wordt de Europese erfrechtelijke beheerder vanzelf sterker en wordt de kans op harmonisatie groter.

De belangrijkste handeling van een executeur is, naast het uitvoeren<sup>13</sup> van de uiterste wilsbeschikking, het in het kader van *beheer* innen van vorderingen, zoals met name banktegoeden, om daarmee '*schulden van de nalatenschap*' te kunnen voldoen. Zie art. 3:170 BW en art. 4:144 BW.

11. W.C.L. VAN DER GRINTEN, Van der Ploegbundel: Recht zo die gaat, Opstellen aangeboden aan P.W. Van der Ploeg, Zwolle. Tjeenk Willink 1976.

12. Dit hoeft niet zonder meer het geval te zijn.

13. In het Nederlandse recht heeft de wetgever hiervoor ruimte gelaten in art. 4:144 BW in de vorm van een testamentaire last.



Het moet niet gecompliceerd zijn, zo dit niet al het geval zou zijn, begrip-  
pen als *'beheer, Verwaltung of possession'* op Europees niveau te synchronise-  
ren. Een volgende stap is dat ook wordt erkend de bevoegdheid om (onroende)  
goederen te gelde te maken teneinde uit de opbrengst de erfrechtelijke  
schulden te voldoen. Er steeds weer van uitgaande dat de 'legitimaris' zich  
niet meer als een dwarsligger zou kunnen manifesteren. De derde stap zou  
kunnen zijn de zelfstandige verdelingsbevoegdheid van een 'executeur'(-af-  
wikkelingsbewindvoerder), doch dit laatste gaat verder dan het slechts ver-  
eenvoudigen van de afwikkeling van een internationale nalatenschap met  
een Europees certificaat van erfrechtelijk beheer.

## **D. BIJVANGST: DE ZES KNELPUNTEN VERDWENEN EN DE TESTAMENTSFULLSTRECKER VOORBIJ**

Niet alleen de ware aard van executele is onderzocht, maar in het onderzoek  
is ook meegenomen in hoeverre de (vele) *knelpunten* die onder het oude erf-  
recht op het gebied van executele bestonden, met de komst van het nieuwe  
erfrecht verdwenen zijn. De in de inleiding gegeven zes knelpunten zijn de  
ene keer direct en de andere keer meer indirect aan de orde geweest. Ik vat  
kort samen:

- a. De mystieke term *'bezit'* is in art. 4:144 BW vervangen door de term *'beheer'*  
als bedoeld in art. 3:170 BW. Zie Hfdst. III.C. Het overgangsrecht houdt  
hier in art. 133 Overgangswet rekening mee. Het takenpakket van de exe-  
cuteur onder nieuw erfrecht is duidelijk omschreven in afdeling 4.5.6 BW,  
waaronder begrepen de in art. 4:147 BW gegeven bevoegdheid om goede-  
ren te gelde te maken. De inbedding in de *gelaagde structuur* zorgt voor de  
onontbeerlijke toegang tot het algemene vermogensrecht. De ontaarde  
*'boedelberedderaar'* kan onder nieuw erfrecht echter maar moeilijk aarden.  
Ook via het overgangsrecht blijft deze bijzondere rechtsfiguur maar moei-  
lijk in te passen. Het notariaat kan het knelpunt 'boedelberedderaar' zo  
snel mogelijk verhelpen door toekomstige erflaters er zoveel mogelijk op te  
wijzen deze benoemingen te herroepen en eventueel te vervangen door  
een beheersexecuteur en/of afwikkelingsbewindvoerder. Zie Hfdst.VI.B.
- b. De sterke goederenrechtelijke positie van de legitimaris onder het oude  
erfrecht is onder nieuw erfrecht komen te vervallen. De legitieme is niet  
slechts verbintenisrechtelijk van aard, maar onder omstandigheden ook  
*niet direct opeisbaar*, art. 4:82 BW. Het arrest van de Hoge Raad van 24 fe-  
bruari 1933, NJ 1933, 645 geldt onder het nieuwe erfrecht niet meer. Uit  
art. 4:72 en art. 4:73 BW blijkt dat een executele onder nieuw erfrecht *geen*  
*inferieure* verkrijging oplevert. Een afwikkelingsbewind daarentegen wel.  
Door de gewijzigde aard van de legitieme portie onder nieuw erfrecht  
raakt dit de positie van de afwikkelingsbewindvoerder echter in beginsel  
niet. Zie voor de *zeven zwakke plekken* van de nieuwe legitieme portie  
Hfdst. III. D.1.3.

- c. Art. 4:202 BW heeft als strekking dat men onder nieuw erfrecht door louter *beneficiaire aanvaarding* de positie van de executeur niet kan verzwakken, Hfdst. III.D.4.  
In dit doel is, mede gelet op de eerste rechtspraak, de wetgever geslaagd.
- d. Uit art. 4:144 BW en art. 4:145 BW blijkt dat het beheer van de executeur onder nieuw erfrecht *privatief* is en in het verlengde hiervan dat de erfgenamen beschikkingsonbevoegd zijn, Hfdst. III.C en Hfdst. IV.B.
- e. De wettelijke regeling van de beloning onder nieuw erfrecht is niet meer 'manipuleerbaar en onwerkbaar.' Alleen de term '*vermogen*' in art. 4:144 lid 2 BW kan vragen oproepen. Het is verstandig om dit begrip in de uiterste wilsbeschikking nader te definiëren, Hfdst IV.C.
- f. Art. 20 Wet op het notarisambt maakt duidelijk dat de benoeming van de notaris tot executeur geen verboden begunstiging oplevert. De notaris-executeur is *partij*-notaris. De boedelnotaris is onpartijdig, Hfdst III.B.

Kortom, de knelpunten die onder het oude erfrecht met betrekking tot executele bestonden, zijn onder het nieuwe erfrecht in beginsel opgelost. De positie van de Nederlandse executeur-afwikkelingsbewindvoerder is dan ook sterk te noemen, Hfdst V.

Lauer<sup>14</sup> gaf aan dat de Duitse Testamentsvollstrecker een van de sterkste 'executeurs' ter wereld is. Naar mijn mening heeft het onderhavige onderzoek aangetoond dat de Nederlandse executeur-afwikkelingsbewindvoerder de Testamentsvollstrecker voorbijgestreefd is en daarmee in ieder geval in Europa vooraan loopt.<sup>15</sup> Ik breng met het oog hierop niet alleen in herinnering enkele belangrijke erfrechtelijke bepalingen zoals art. 4:63 BW, art. 4:72 BW, art. 4:73 BW, art. 4:82 BW, art. 4:130 BW en niet te vergeten art. 4:171 BW, maar ook de algemeen vermogensrechtelijke pijlers als art. 3:67 BW, art. 3:77 BW, art. 3:168 BW, art. 3:170 BW en art. 7:423 BW, maar met name het feit dat de executeur onder nieuw erfrecht überhaupt een '*ware aard*' gekregen heeft, op basis waarvan antwoord op een voorliggende rechtsvraag gegeven kan worden.

14. CAROLIN LAUER, Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse (diss. Würzburg) 1999, p. 3: '[...] die Tatsache, dass dem Testamentsvollstrecker in der deutschen Rechtsordnung eine so weitgehende Rechtsmacht verliehen wurde wie in kaum einer anderen.'

15. Wie ten opzichte van de Duitse 'Dauer'-vollstreckung nog een zwakke plek zou willen signaleren, kan wijzen op het feit dat het verlengstuk van executele: afwikkelingsbewind op grond van art. 4:180 BW na het verstrijken van vijf jaar na het overlijden, opgezegd kan worden.

## E. ERFRECHTELIJKE GOEDERENRECHTELIJKE GESLOTENHEID EN/OF VERBINTENISRECHTELIJKE OPENHEID

Men kan mij tegenwerpen dat ik aan de ene kant steeds gewezen heb op de dwingende aanzuigende werking van ons gesloten erfrechtelijke stelsel en aan de andere kant getracht heb de algemeen vermogensrechtelijke deuren zo wijd mogelijk open te zetten. Deze benadering kan mijns inziens verklaard worden vanuit het feit dat het gesloten stelsel met name ziet op de *goederenrechtelijke* kant van executele en afwikkelingsbewind, waarbij gedacht moet worden aan vragen als: Wat omvat de beheersbevoegdheid van een executeur en wanneer eindigt dit beheer? Zijn de erfgenamen beschikkingsonbevoegd? Wanneer eindigt het afwikkelingsbewind? Dit zijn de bewindsaspecten oftewel de goederenrechtelijke aspecten die uit de aard nu eenmaal zeer dwingend omlijnd zijn door ons gesloten erfrechtelijke goederenrechtelijke stelsel.<sup>16</sup> Een 'echte' trust heeft dan ook nog niet kunnen ontstaan.<sup>17</sup> Het dwingende einde van het beheer van de executeur volgt uit art. 4:150 BW en het dwingende einde van een afwikkelingsbewind heeft de wetgever in art. 4:180 BW geregeld. Het afwikkelingsbewind kan na vijf jaar door de rechthebbende opgezegd worden, mede vanuit de gedachte dat ieder het recht heeft om, binnen vijf jaar na het ontstaan van de onverdeeldheid, verdeling te vorderen.<sup>18</sup>

Hoe anders is het met het *verbintenisrechtelijke* erfrecht? De op het eerste gezicht gesloten erfrechtelijke circuits, zijn door het opnemen van allerlei '*tenzijtes*' in de wet eenvoudig verbintenisrechtelijk te openen. Denk in het kader van executele en afwikkelingsbewind met name aan twee belangrijke bepalingen: de 'grote tenzij' in art. 4:171 BW, maar ook aan de wellicht nog onderschatte frase: 'onverminderd de testamentaire lasten' in art. 4:144 BW. Erfflater kan op het verbintenisrechtelijk vlak (extern en intern) net als hij zou kunnen bij het verlenen van een 'volmacht' of het aangaan van een overeenkomst van opdracht/lastgeving, heel ver gaan. Het *einde* van de bevoegdheden in het rechtsverkeer is echter dwingend omschreven. Een ander voorbeeld van de verbintenisrechtelijke relativering van de aanzuigende werking

16. S.C.J.J. KORTMANN en H.L.E. VERHAGEN, Principles of European Trust Law, National Report for the Netherlands, Deventer: Kluwer Law International-W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 195: 'Dutch law does not recognize a legal institution directly equivalent to the common law trust.' Waarom niet? 'The common law trust leads to a splitting-up of ownership rights, or the creation of rights *in rem*, in a matter not provided for by law, and therefore infringes our closed system (*numerus clausus*) of rights *in rem*. Like most civil law jurisdictions, Dutch law recognizes an absolute and indivisible notion of ownership.'

17. Zie kritisch over het einde van testamentair bewind J.B. VEGTER, Onwenselijke aspecten van de beëindigingsregeling van het testamentaire bewind in het nieuwe erfrecht, WPNR (1997) 6272, p. 353-354 die concludeert: 'Indien het Nederlandse erfrecht onvoldoende aan de wensen van de erfflater tegemoetkomt bestaat bij erfslaters de neiging te onderzoeken of dezelfde bezwaren ook verbonden zijn aan bepaalde rechtsinstellingen van vreemd recht. Men kan dan bijvoorbeeld denken aan de Anglo Amerikaanse trust.' Ik merk hierbij op dat wat een afwikkelingsbewind betreft de verdeling in de regel binnen vijf jaar na het overlijden zal hebben plaatsgevonden.

18. Op grond van art. 3:178 lid 5 BW kan voor een periode van maximaal vijf jaar de bevoegdheid om verdeling te vorderen uitgesloten worden.

van het gesloten stelsel met de verbintenissenrechtelijke variant van het *legaat* krijgt een erflater (heel) veel vrijheid en bij een goederenrechtelijke variant als de *wettelijke verdeling* maar (zeer) weinig<sup>19</sup>

## F. DE ERFRECHTELIJKE LAKMOESPROEF

Wie twijfelt over de ware aard van executele stelt zich de vraag wat er zou gebeuren als een notaris in een *'uiterste wilsbeschikking'* een aanbod tot het aangaan van een (onopzegbare) privatieve last zou opnemen, als bedoeld in 7:423 BW, die eerst werkt oftewel eerst aanvaard kan worden na overlijden. De inhoud van de last is de afwikkeling van de nalatenschap, zoals omschreven in afdeling 4:56 BW. Hoe loopt deze 'erfrechtelijke lakmoesproef' af?

Het zal mijns inziens niet ter discussie staan dat dit aanbod, zelfs al zou het tot de lasthebber 'gericht' zijn, als een 'benoeming' van de lasthebber tot executeur gezien wordt. De aanzuigende werking van het erfrechtelijk gesloten stelsel heeft dit nu eenmaal tot gevolg. Indien de bevoegdheden van de lasthebber verder zouden gaan dan de bevoegdheden als bedoeld in afdeling 4:56 BW, dan zal er sprake zijn van de instelling van een afwikkelingsbewind. Zijn, zoals in de lakmoesproef, alleen de bevoegdheden van afdeling 4:56 BW toegekend, dan brengt het 'bewindsaspect' van executele met zich dat het beheer van de executeur op grond van art. 4:150 BW beëindigd kan worden. Is er sprake van afwikkelingsbewind dan kan het uiterlijk vijf jaar na het overlijden worden opgezegd, art. 4:180 BW.

## G. DE DRIETAND GELDT, MET INACHTNEMING VAN DE FISCALE PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN EN WAARBORGEN VOOR DE HEFFING, OOK IN FISCALIBUS

In het fiscale deel is naar mijn mening gebleken dat in het Nederlandse fiscale recht de drie beginselen van executele als uitgangspunt overeind blijven, Hfdst. VII. Zeer sprekend is art. 44 AWR, waarbij het beginsel 'erflater leeft' zelfs gecodificeerd is. Zo bezien vormt dit een fiscale toepassing van art. 3:77 BW oftewel de executeur vertegenwoordigt erflater en niet de erfgenamen.

De *quasi-overeenkomstgedachte* werd niet alleen gevolgd voor de BTW-problematiek, maar ook voor de successierechtelijke en inkomstenbelastingaspecten van de *beloning*.

Voor een nieuwe benadering van het spanningsveld samenloop successierecht en inkomstenbelasting terzake van de ('unangemessene') executeurbeloning kan inspiratie op gedaan worden bij de nieuwe kijk op de materie door het Duitse Bundesfinanzhof op 2 februari 2005, IIR18/03, FamRZ 2005, 13.

<sup>19</sup> Denk aan het 'rijtje van 5 plus 1'.

Door de toepassing van de quasi-overeenkomstgedachte is er ook toegang tot de anti-cumulatieregeling van art. 33 lid 1 ten 9<sup>e</sup> SW 1956 die geschreven is voor de schenking.

Het *bewinds*aspect van executele kwam terug in art. 19 Invorderingswet 1990, de regeling van ‘houders van penningen’, welke kwalificatie blijkens de parlementaire geschiedenis ook op executeurs van toepassing is.

In beginsel wordt, mede gelet op het bepaalde in art. 3:79 BW, de civielrechtelijke kwalificatie van de executeur, fiscaal ook gevolgd, zij het dat men niet uit het oog dient te verliezen dat, gelet op de administratiefrechtelijke aard van het belastingrecht, dit rechtsgebied vanzelfsprekend ook zijn eigen regels kent met als doel om aan de ene kant de heffing veilig te stellen en aan de andere kant de belastingplichtige als individu te beschermen. Dit brengt met zich dat in fiscalibus de *privatieve* werking van de executele kan worden doorbroken. Dit was aanleiding, om met het oog hierop, te spreken van de ‘*fiscale persoonlijkheidsrechten*’ van de belastingplichtige erfgenamen.

Interessant is het Duitse fiscale rechtsbeginsel dat op een Testamentsvollstrecker niet meer fiscale verplichtingen rusten dan zijn civielrechtelijke beschikkingsmacht toestaat.

Ook in het fiscale recht wordt met betrekking tot de positie van de executeur geworsteld met het vraagstuk vertegenwoordiging en/of eigen recht. Van belang is steeds een onderscheid te maken tussen (fiscale) externe vertegenwoordigingsbevoegdheid en de interne rechtsverhouding.

## H. TOT BESLUIT. DE ‘VERDRÄNGENDE VOLLMACHTLÖSUNG’ IS GEINCORPOREERD

Een sterke executeur, zoals de Nederlandse, put zijn kracht uit de ‘guldenmiddenweg’, te weten vertegenwoordiging *en* eigen recht, maar blijft vooral in het vertegenwoordigingsspoor. Veel ‘eigen recht’ maakt de executeur op het eerste gezicht sterk, maar maakt dat er problemen ontstaan met betrekking tot het antwoord op de vraag aan wie zijn handelen dient te worden toegerekend. Met klassieke vertegenwoordiging alleen redt men het ook niet, aangezien hiermee het handelen tegen de wil van de erfgenamen maar moeilijk kan worden verklaard. Oftewel, wat het Duitse vertegenwoordigingsrecht betreft, niet eenvoudig in te passen is:<sup>20</sup>

‘da eine *verdrängende* Vollmacht unserem Recht fremd ist.’ (Curs. BS)

In een stelsel met een sterke executeur op basis van een ‘eigen ambtelijk recht’, zoals in Duitsland het geval is, blijft veel behoefte bestaan aan het verlenen van (onherroepelijke) volmachten post mortem door erflater en/of erfgenamen. Deze behoefte aan een ‘*Vollmachtlösung*’ is verklaarbaar, omdat verte-

20. MAYER/BONEFELD/WÄLZHOLZ/WEIDLICH, Testamentsvollstreckung, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005, p. 208.

genwoordiging *post mortem* nu eenmaal tot het wezen van de executeur behoort en, zoals de Nederlandse wetgever voorzien heeft, niet losgekoppeld kan worden van zijn erfrechtelijk functioneren.

Men dient dan ook steeds oog te hebben voor de dubbele bodem in zijn ware aard: niet alleen 'eigen recht' maar ook 'vertegenwoordiging' oftewel erfrechtelijke *privatieve lastgeving*:<sup>21</sup> een semi-contractuele 'trustachtige' rechtsfiguur waar men in erfrechtelijk Europa niet meer omheen kan. Maar het allerbelangrijkste blijft, in welk stelsel dan ook, zich steeds te realiseren dat executeurs vertegenwoordigers van *erflater* zijn en van 'niemand'<sup>22</sup> anders'. De Nederlandse wetgever heeft zich dit in art. 3:77 BW in ieder geval terdege generaliseerd en daar de bron van het erfrechtelijke vertrouwen laten ontspringen.<sup>23</sup>

Ik sluit het onderzoek af.

Erfrechtelijke beheerders 'beheren', vertrouwen wekt vertrouwen, en erfgenamen erven.<sup>24</sup> In die 'volgorde'.

21. Enige 'Anglo-Amerikaanse vertegenwoordigingstrekjes' kan deze Nederlandse rechtsfiguur niet ontzegd worden, al is het maar door de bril van Schoordijk. Voor zover men in Europa steeds meer Anglo-Amerikaanse invloeden toelaat, groeit men vanzelf steeds meer naar elkaar toe.
22. Niet te verwarren met het feit dat de rechtshandeling op grond van de "saisine" uiteindelijk aan een levend persoon (de erfgenamen) toegerekend zal moeten worden. Dit mag echter het denkpatroon niet vertroebelen.
23. Hetgeen resulteerde in de erfrechtelijke verbintenis: 'executele'.
24. Het is van groot belang dat het rechtsverkeer erop mag 'vertrouwen' dat het vertrouwen in het vertrouwen van erflater wordt beschermd. Een vergelijking, althans wat de relatie executeur, erfgenaam en de bescherming van het rechtsverkeer betreft, zou zelfs getrokken kunnen worden met het verschil in de positie van het bestuur van een naamloze vennootschap en de positie van de aandeelhouders, LJN BA7971, HR 13 juli 2007, BANK OF AMERICA-ABN AMRO BANK NV. ('La Salle') oftewel: 'In het bijzonder de in het handelsverkeer *vereerde rechtszekerheid* verzet zich ertegen dat bij het ontbreken van een wettelijke of statutaire regeling de algemene vergadering van aandeelhouders zodanig verstrekkende bevoegdheden zouden toekomen enkel op grond van regels van ongeschreven recht, die afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval toepassing zouden moeten vinden. *Zo moeten derden erop kunnen vertrouwen* dat door het bestuur van de vennootschap in overeenstemming met de wettelijke en statutaire voorschriften verrichte rechtshandelingen *in beginsel onaantastbaar zijn* en dat, voor zover zij wel aantastbaar zijn, de mogelijkheid daartoe alleen bestaat op *rechtsgonden die uit de wet of de statuten voor derden bekend hadden kunnen zijn*. Ook de *slagvaardigheid* waarmee het bestuur moet kunnen handelen bij het bepalen en uitvoeren van de strategie van de aan de vennootschap verbonden onderneming pleit daarvoor.' (Curs. BS) En in de eerdere woorden van H.C.F. SCHOORDIJK, Tijd voor een amicus curiae, Nederlands Juristenblad, 15 juni 2007, nr. 24: 'Dit blijkt uit de wijze waarop zij kritiekloos achter een vage notie van corporate governance zijn aangelopen en gewoon vergeten hebben *hetgeen nu juist wel zeker is* dat the Bank of America *geen enkele boodschap* heeft aan de *slechts intern geldende gedragsregels*.' (Curs. BS)



# Lijst van geraadpleegde en al dan niet aangehaalde literatuur

## (Hand)boeken

### ADAMS 1997

S. Adams, *Interessenkonflikte des Testamentsvollstrecker* (diss. Bochum 1996), Frankfurt am Main: Peter Lang 1997.

### AERTSEN 2004

D.W. Aertsen, *De Trust, Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

### ANN 2001

Christoph Ann: *Die Erbengemeinschaft*, Koln: Heymanns Verlag 2001.

### ASSER 1999

W.H. Asser, *Partij-vertegenwoordigers in het civiele proces, Vertegenwoordiging en tussenpersonen* (serie Onderneming & Recht, deel 17), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

### ASSER/VAN DER GRINTEN 1990

W.C.L. van der Grinten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

### ASSER/KORTMANN/DE LEEDE/THUNNISSSEN 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, Arbeidsovereenkomst en aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

### ASSER/VAN DER GRINTEN/KORTMANN 2004

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. De vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.



ASSER/HARTKAMP 2004

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

ASSER/HARTKAMP 2004

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2004.

ASSER/HARTKAMP 2006

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. Verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

ASSER/VAN DER PLOEG/PERRICK 1996

S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Erfrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

ASSER/PERRICK 2002

S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6A. Erfrecht en Schenking*, Deventer: Kluwer 2002.

ASSER/PERRICK 2005

S. Perrick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6B. Erfrecht en Schenking*, Deventer: Kluwer 2005.

VAN BAALEN 2006

S.B. Van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

BAEL 2006

J. Bael, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen* (diss. Gent 2002), Mechelen: Kluwer 2006.

BARTELS 2004

S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

BAUMANN/SCHULZE ZUR WIESCHE 1997

Wolfgang Baumann & Dieter Schulze zur Wiesche, *Handbuch der Vermögensnachfolge: bürgerlich-rechtliche und steuerrechtliche Gestaltung der Vermögensnachfolge von Todes wegen und unter Lebenden*, Berlin: Erich Schmidt 1997.

BENGEL/REIMANN 2001

Manfred Bengel, Wolfgang Reimann e.a., *Handbuch der Testamentsvollstreckung*, München: C.H. Beck 2001.

**DE BLÉCOURT/FISCHER 1967**

A.S. de Blécourt & H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlandsrecht*, Groningen 1967.

**BLOEMBERGEN 1998**

A.R. Bloembergen, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1998.

**BOCK/GOTTWALD**

Ralf Bock & Uwe Gottwald e.a., *Praxishandbuch Erbrecht*, Kissing: Recht & Praxis (losbladig).

**BOEKRAAD 1997**

G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**DE BOER 1982**

M.B.B. de Boer, *Het bewind* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1982.

**BONEFELD/KROISS/TANCK 2002**

M. Bonefeld, L. Kroiss & M. Tanck, *Der Erbprozess*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2001.

**BONEFELD 2004**

M. Bonefeld, *Die Entlastung des Testamentsvollstreckers* (diss. Hamburg) 2004.

**BREEMHAAR 1992**

W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992.

**BREGSTEIN/PRAKKEN 1950**

M.H. Bregstein & A. Prakken, *De onherroepelijke volmacht*, praeadvies ten behoeve van de Algemene Vergadering van de Broederschap der Candidaat-notarissen op 16 juni 1950.

**BUSCH 2002**

D. Busch, *Middellijke vertegenwoordiging in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.

**BUYSENS 2005**

F. Buysens, *Erfrecht en testament* (HEP 5), Brussel: De Boeck & Larcier 2005.

**CAILLEMER 1901**

Caillemer, *Origines et développement de l'exécution testamentaire* (diss. Lyon), Lyon: A. Rey 1901.

CAPPON 1992

C.M. Cappon, *De opkomst van het testament in het Sticht Utrecht* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 1992.

CAUFFMAN 2005

C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

DAMMINGH 2002

J.J. Dammingsh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002.

DAMRAU 2002

J. Damrau, *Der Minderjährige im Erbrecht*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2002.

DAMRAU 2004

J. Damrau, *Praxiskommentar Erbrecht*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2004.

DEKKERS/VISSER VAN IJZENDOORN 1953

R. Dekkers & A.F. Visser Van Ijzendoorn, *praeadviezen en gezamenlijk rapport over uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en vereffenaars van nalatenschappen*, ten behoeve van de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1953.

DELAHAYE 2004

Th. Delahaye, *L'administrateur provisoire, Loi du 3 mai 2003, Les dossiers du journal des tribunaux nr. 45*, Brussel: De Boeck & Larcier 2004.

DELFOSSÉ/PENGUEL 2006

A. Delfosse & J.F. Penguel, *La réforme des successions et des libéralités*, Parijs: Litec 2006.

DITTMANN e.a. 1999

Dittmann e.a., *Testament und Erbvertrag*, Kriftel: Luchterhand 1999.

DÖRRIE 1994

R. Dörrie, *Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personenhandelsgesellschaften und der GmbH* (diss. Mannheim 1993), Berlin: Duncker & Humblot 1994.

EBENROTH 1992

C.E.Th. Ebenroth, *Erbrecht*, München: C.H. Beck 2001.

EGGENS 1938

J. Eggens, *Huwelijksgoederenrecht en -erfrecht* (J.G. Klaassen), Arnhem: Gouda Quint 1938.

ERNES 2000

A.L.H. Ernes, *Onbevoegde vertegenwoordiging* (diss. Heerlen 2000), Deventer: Kluwer 2000.

**ESSER**

W. Esser, *Die Testamentsvollstreckung*, Schriftenreihe des Deutschen forums für Erbrecht, München.

**EULBERG/OTT-EULBERG 1999**

B. Eulberg & M. Ott-Eulberg, *Die Nachlasspflegschaft in der anwaltlichen Praxis*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1999.

**FETERIS 2007**

M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

**FLICK/PILTZ 1999**

H. Flick & D. Piltz e.a., *Der Internationale Erbfall*, München: C.H. Beck 1999.

**FLORIJN 1995**

E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht) 1995.

**FREI 1995**

W. Frei, *Die Erbenhaftung für Forderungen aus dem Steuerrechtsverhältnis* (diss. Zürich), Konstanz: Hartung-Gorre 1995.

**FREUDENTHAL 2002**

R.M. Freudenthal, *Resultaat uit overige werkzaamheden*, Deventer: Kluwer 2002.

**GARLICHS 1996**

E.Th. Garlichs, *Passivprozesse des Testamentsvollstreckers* (diss. Konstanz 1995), Konstanz: Hartung-Gorre 1996.

**VAN GERVEN**

W. van Gerven, *Bewindsbevoegdheid, Een rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen* (diss. Leuven), Brussel: Établissements Émile Bruylant 1962.

**GREGOR 2000**

K. Gregor, *Erbscheinsverfahren*, Kriftel: Luchterhand 2000.

**GREUTER-VREEBURG I 1987**

Y.M.I. Greuter-Vreeburg, *De codificatie van het erfrecht 1798-1838*, nr. 16, Zutphen: Walburg Pers 1987.

**GREUTER-VREEBURG II 1987**

Y.M.I. Greuter-Vreeburg, *De codificatie van het erfrecht 1798-1820*, nr. 17, Zutphen: Walburg Pers 1987.

**VAN DER GRINTEN 1993**

W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving*, Deventer: Kluwer 1993.

**GROEFSEMA 1993**

L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

**GROLL e.a. 2001**

K.M. Groll e.a., *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, Koln: Otto Schmidt 2001.

**VAN GRUNDERBEECK 1997**

D. van Grunderbeeck, 'Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen', in: M. Coene, W. Pintens, A. Vasteravendts e.a., *Commentaar Erfenissen, Schenkingen en Testamenten*, Antwerpen: Kluwer 1997.

**HAAZEN 2001**

O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.

**HAEGELE/WINKLER 1999**

K. Haegle & K. Winkler, *Der Testamentsvollstrecker nach burgerlichem, Handels- und Steuerrecht*, Regensburg/Bonn: Walhalla 1999.

**HANDBOEK NIEUW ERFRECHT 2002**

(voorafgegaan door naam van auteur),

M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Nieuw Erfrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.

**HANDBOEK ERFRECHT 2006**

(voorafgegaan door naam van auteur),

M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

**HARTKAMP 2002**

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

**HARTMANN 1983**

B. Hartmann, *Testamentsvollstreckung, Niessbrauch und Vorerbschaft, zur Sicherung der Nachfolge des Einzelunternehmers im Zivil- und Steuerrecht*, Koln: Otto Schmidt 1983.

**HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN 1999**

D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann en H.L.E. Verhagen, *Principles of European Trust Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999

**HEINRICH/SCHWAB 2001**

D. Heinrich & D. Schwab, *Familienrecht und Testierfreiheit im europaischen Vergleich*, Bielefeld: Gieseking 2001.

**VAN HEMEL 1998**

W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

HESSELINK 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

HIDMA 1992

T.R. Hidma, *Op het kruispunt van notariële en rechterlijke functie*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen op 2 juni 1992, Arnhem: Gouda Quint 1992.

HIJMA/VAN DAM/VAN SCHENDEL/VALK 2004

J. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004.

HILLEBRAND 1998

S.R. Hillebrand, *Die Nachlassverwaltung – unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungs – und Verfügungsrecht des Nachlassverwalters* (diss. Bochum), Aachen: Shaker 1998.

HOOG 1996

M. Hoog, *Das niederländische Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht*, Köln: O. Schmidt 1996.

HÜBNER 1930

R. Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Neudruck der 5. Auflage Leipzig (1930), Aalen: Scienta Verlag 1969.

HUX 1985

Th. Hux, *Die Anwendbarkeit des Auftragsrecht auf die Willensvollstreckung, die Erbschaftsverwaltung, die Erbschaftsliquidation und die Erbenvertretung* (diss. Zürich) 1985.

VAN IJZENDOORN 1953

V. van IJzendoorn, *'Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en vereffenaars van nalatenschappen'*, Praeadvis voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1953.

ISENBECK 1995

A. Isenbeck, *Traditionelles niederländisches Familienrecht und europäische Einflüsse* (diss. Münster 1994), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1995.

JOCHUM/POHL 1999

G. Jochum & K. Pohl, *Nachlasspflegschaft*, Köln: Bundesanzeiger 1999.

JOPPE 1980

I.S. Joppe, *Vademecum internationaal erfrecht*, Deventer: Kluwer 1980.

JUCHLER 1999

R. Juchler, *Anfang und Ende der Willensvollstreckung* (diss. Zürich) 1999.

KALKMAN 1992

W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering en notariaat*, preadvies KNB 1992, Lelystad: Koninklijke Vermande 1992.

KALKMAN 2007

W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2007.

KASDORP e.a. 1998

J.E. Kasdorp e.a., *Compendium Erfrecht*, Deventer: Kluwer 1998.

KASDORP/HUIJGEN e.a. 2005

J.E. Kasdorp & W.G. Huijgen e.a., *Compendium Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

KASPER 1999

M.A. Kasper, *Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht*, München: Beck 1999.

KERSCHER/TANCK 1997

K.L. Kerscher & M. Tanck, *Pflichtteilsrecht in der Anwaltlichen praxis*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1997.

KERSCHER/TANCK/KRUG 1998

K.L. Kerscher, M. Tanck & W. Krug, *Das erbrechtliche Mandat*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1998.

KIPP/COING 1990

Theodor Kipp & Helmut Coing, *Erbrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1990.

KIRNBERGER 1998

Chr. Kirnberger, *Die steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckungsvergütung* (diss. Passau), Frankfurt am Main: Peter Lang 1998.

KLAASSEN/EGGENS/LUIJTEN 1989

E.A.A. Luijten, *Huwelyksgoederen- en erfrecht, Tweede gedeelte: Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

KLAASSEN/LUIJTEN/MEIJER 2002

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelyksgoederen- en erfrecht, Tweede gedeelte: Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

KLEYN 1969

W.M. Kleyn, *De boedelscheiding* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1969.

KOKKINI-IATRIDOU e.a. 1998

D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 1998.

KOLKMAN 2006

W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

KOPPENOL-LAFORCE 1997

M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997.

KRACHT 2000

R. Kracht, *Checkbuch Testamentsgestaltung*, Köln: O. Schmidt 2000.

KRUG 2002

W. Krug, *Erbrecht*, München: C.H. Beck 2002.

KÜLLER 1882

A.A. Küller, *De uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, Aantekeningen op artt. 1052 en 1065 BW* (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwil 1882.

KÜNZLE 1998

H.R. Künzle, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Habilitationsschrift Zürich (1998), Zürich: Schulthess Juristische Medien 2000.

VAN LAARHOVEN 2006

M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

VAN LAER 1997

C.J.P. Van Laer, *Het nut van comparatieve begrippen, Een studie omtrent de toepassing van begrippen in de rechtsvergelijking* (diss. Maastricht), Antwerpen-Groningen: Intersentia 1997.

LANGE/KUCHINKE 2001

H. Lange & K. Kuchinke, *Erbrecht*, München: C.H. Beck 2001.

LANGENFELD 1998

G. Langenfeld, *Testamentsgestaltung: Einzeltestament – Ehegattentestament – Unternehmertestament*, Köln: Otto Schmidt 1998.

LANGENFELD 2002

G. Langenfeld, *Testamentsgestaltung*, Köln: Otto Schmidt 2002.

LANGEREIS 1986

C.H.J. Langereis, *Fiscale rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1986.

LAUER 1999

C. Lauer, *Der Testamentsvollstrecker in der Grauzone rechtlicher Befugnisse* (diss. Würzburg) 1999.



LEFEBVRE 2006

F. Lefebvre, *Les successions et les libéralités après la réforme*, Parijs: Editions Francis Lefebvre 2006.

LEIPOLD 1998

D. Leopold, *Erbrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998.

LETELLIER 2004

F. Letellier, *L'exécution testamentaire* (thèse Paris II), Parijs: Defrénois 2004.

LORZ 1995

R. Lorz, *Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht* (diss. Konstanz), München: Beck 1995.

LUBBERS 1983

A.G. Lubbers, *Bewind in NBW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983.

MAATMAN 2004

R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

MALAURIE/AYNÈS 2006

Ph. Malaurie & L. Aynès, *Drout Civil, Les Successions Les Libéralités*, Parijs: Defrénois 2006.

MARTENS 1928

C.H.C.M. Martens, *De aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving* (diss. Leiden), Utrecht: Futura 1928.

MAYER 1998

J. Mayer, *Der Übergabevertrag*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1998.

MAYER e.a. 2000

J. Mayer, M. Bonefeld & H.P. Daragan, *Testamentsvollstreckung*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2000.

MAYER 2003

J. Mayer, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003.

MAYER e.a. 2005

J. Mayer, M. Bonefeld, E. Walzholz, D. Weidlich, *Testamentsvollstreckung*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2005.

S.YTh. MEIJER 1999

S.YTh. Meijer, *Middelrijke vertegenwoordiging* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1999.

**MEIJER 2004**

W.R. Meijer, *Time-out in het nieuwe erfrecht* (Ars Notariatus 124), Deventer: Kluwer 2004.

**MEIJER 2004**

W.R. Meijer, *Tekst en Toelichting Nieuw Erfrecht*, Den Haag: SDU uitgevers 2004.

**MEIJER 2005**

W.R. Meijer, *Gevolgen van erfopvolging*, Mon. BW B22, Deventer: Kluwer 2005.

**MEIJERS 1948**

E.M. Meijers, *De algemene Begrippen van het Burgerlyk Recht (Algemene leer van het Burgerlyk Recht, deel 1)*, Leiden: Universitaire pers 1948.

**MEINCKE 2004**

J.P. Meincke, *Erbchaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz Kommentar*, Munchen: C.H. Beck 2004.

**MELIS/WAAIJER 2003**

J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2003.

**MELLEMA-KRANENBURG 2006**

T.J. Mellema-Kranenburg, *Executele en bewind*, als onderdeel van het preadvies Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, KNB/SDU uitgevers Den Haag (2006), onder redactie van B.F.P. LHOËST en N.J.M. SJERPS, met een inleiding van A.L.G.A. STILLE.

**MERTENS 1989**

R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1989.

**MICHAEL 1998**

A. Michael, *Testamentsvollstreckung am Anteil einer Gesellschaft burgerlichen Rechts* (diss. Bochum 1996), Frankfurt am Main: Peter Lang 1998.

**MICHALSKI 1999**

L. Michalski, *BGB-Erbrecht*, Heidelberg: Muller 1999.

**MOHR 2001**

R. Mohr, *Unternehmertestament*, Koln: O. Schmidt 2001

**MOLITORIS 2005**

K. Molitoris, *Die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker* (diss. Regensburg 2004), Aachen: Shaker Verlag 2005.

VAN MOURIK e.a. 1996

M.J.A. van Mourik e.a., *Notarieller Rechtsverkehr mit den Niederlanden*, Deutsches Anwaltinstitut, Fachinstitut für Notare, symposium Münster 12 oktober 1996.

VAN MOURIK Overgangsrecht 2002

M.J.A. van Mourik e.a., *Nieuw Erfrecht Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

VAN MOURIK Nieuw Erfrecht 2002

M.J.A. van Mourik, *Nieuw Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

VAN MOURIK Gemeenschap 2006

M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2006.

VAN MOURIK/VERSTAPPEN 2006

M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006.

MUSCHELER 1994

K. Muscheler, *Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung*, Tübingen: Mohr 1994.

NIEDER 2000

H. Nieder, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: Beck 2000.

NIEPER/WESTERDIJK

Nieper & Westerdijk, *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, Den Haag: Kluwer Law International 1996.

OFFERGELD 1995

A. Offergeld, *Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers* (diss. Münster 1994), Berlin: Duncker & Humblot 1995.

VAN OOSTROM-STREEP 2006

N.C. Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

PALANDT-EDENHOFER 2006

Palandt-Edenhofer, *BGB*, München: Beck 2006.

PERRICK 1986

S. Perrick, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1986.

PETERS 1998

D. Peters, *Die Eignung der Testamentsvollstreckung, zur unternehmerischen Vermögensverwaltung an Grossvermögen*, Aachen: Shaker 1998.

PIOTET 1978

P. Piotet, *Schweizerisches Privatrecht IV/1, Erbrecht Erster Halbband*, Basel und Stuttgart: Helbing en Lichtenhahn 1978.

PITLO 1941

R.W.H. Pitlo, *De ontwikkeling der executeele* (diss. Leiden), Gouda: NV. Drukkerij Joh. Mulder 1941.

PITLO/VAN DER BURGHT 1997

Gr. van der Burght, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5. Erfrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1997.

PITLO/VAN DER BURGHT/EBBEN 2004

Pitlo, Gr. van der Burght & E.W.J. Ebben, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

PLANK 1998

S. Plank, *Testamentsvollstreckung und Handelsregister* (diss. Regensburg), Aachen: Shaker 1998.

VAN DER PLOEG 1945

P.W. van der Ploeg, *Testamenteair bewind* (diss. Leiden), Amsterdam: De Bezige Bij 1945.

POLAK/PANNEVIS 2005

Polak & M. Pannevis, *Failissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

POLAK/WESSELS 2001

Polak & B. Wessels, *Insolventierecht, Bestuur en beheer na faillietverklaring, deel IV*, Deventer: Kluwer 2001.

PRINSEN 1995

L.L.M. Prinsen, *Rekenplicht en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink 1995.

PUELINCKX-COENE 1996

M. Puelinckx-Coene, *Erfrecht*, Antwerpen: Kluwer 1996.

PUES 1998

L. Pues, *Stiftungen, Vermogen ubertragen und verwalten*, Stuttgart: Deutscher Sparkassenverlag 1998.

VAN DER PUTTEN 1993

W.G.H.M. van der Putten, *Handboek Wet op de lykbezorging*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1993.

PÜTTER 1999

Th. Putter, *Der Nachlassverwalter als Unternehmer* (diss. Munster), 1999.

RANK-BERENSCHOT 2001

E.B. Rank-Berenschot, *Bezit*, Deventer: Kluwer 2001.

REIMANN/ZIMMERMANN 2006

M. Reimann, R. Zimmermann (redactie), M.J. de Waal, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: University Press 2006.

RIBBIUS/LIJDSMAN 1912

H.R. Ribbius & A.H. Lijdsman, *Preadviezen over de rechten en verplichtingen van den executeur-testamentair volgens bestaand recht en de wenschelijke wijziging daarvan*, ten behoeve van de Algemene Vergadering van de Broederschap van Candidaat-notarissen op 9 september 1912.

RIEBEL 1999

A. Riebel, *Freiheit und Bindung des Testamentsvollstreckers* (diss. Tübingen), Ravensburg: Felka 1999.

RÖSLER 2001

M. Rosler, *Erbrechtsberatung*, Köln: Otto Schmidt Verlag 2001.

ROTH 2007

W. Roth, *Strategie und Taktik im Erbrecht*, München: C.H. Beck 2007.

SAGAUT 2006

J.F. Sagaut, *Le nouveau droit des successions*, Parijs: Editions Dallaz 2006.

SALOMONS 1997

A.F. Salomons, *2014 tot 1950, De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde* (diss. UvA Amsterdam), Deventer: Kluwer 1997.

SAMOY 2005

I. Samoy, *Middelleyke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening* (diss. Leuven), Antwerpen/London: Intersentia 2005.

SARRES 1999

E. Sarres, *Die Erbgemeinschaft*, Kriftel: Luchterhand 1999.

VAN SCHAICK 1999

A.C. van Schaick, *Volmacht*, Deventer: Kluwer 1999.

SCHELHAMMER 2004

K. Schelhammer, *Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2004.

SCHILD 1998

Chr. Schild, *Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt* (diss. Regensburg), Aachen: Shaker 1998

SCHIM 2006

B.F.L.M. Schim, *Giraal effectenverkeer en goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006.

SCHMUCKER 2002

A. Schmucker, *Testamentsvollstrecker und Erbe* (diss. Mannheim 2001), Frankfurt am Main: Peter Lang 2002.

B. SCHOLS 2006

B.M.E.M. Schols, *De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal*, als onderdeel van het preadvies Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, KNB/SDU uitgevers Den Haag (2006), onder redactie van B.F.P. LHOËST en N.J.M. SJERPS, met een inleiding van A.L.G.A. STILLE.

F. SCHOLS 2004

FW.J.M. Schols, *Testamenteir bewind naar nieuw erfrecht. Theoretische en praktische varia*, als onderdeel van het preadvies Bewind en aan bewind verwante vormen. KNB 2004. Den Haag: SDU uitgevers 2004.

F. SCHOLS 2005

FW.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

SCHÖMMER/BAUER 2001

H.P. Schommer & K. Bauer, *Internationales Erbrecht Niederlande*, München: Beck 2001.

SCHOORDIJK 2003

H.C.F. Schoordijk, *De notariële en andere derdenrekeningen*, Deventer: Kluwer 2003.

SCHULTZE 1895

A. Schultze, *Die Langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung*, Breslau. Wilhem Koebner 1895.

SCHUTTEVÅER/ZWEMMER 1998

H. Schuttevåer & J.W. Zwemmer, *De Nederlandse Successiewetgeving*, Deventer: Kluwer 1998.

VAN SETTEN 1998

L.D. van Setten, *De commissionair in effecten* (diss. Utrecht), Deventer. Kluwer 1998.

SIELEMANN 1980

F. Sielemann, *Belgische en Duitse aspecten bij Nederlandse boedelscheidingen*, Deventer: Kluwer 1980.

**SIELEMANN 1981**

F. Sielemann, *Het Duitse huwelijksgoederen- en erfrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

**SMELT 2006**

A.A.J. Smelt, *Goederen met een negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

**SMITS/WIJERS 1995**

P. Smits & A.H.F.M. Wijers, *Duits verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

**SNIJDERS 1996**

H.J. Sniijders, *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

**SONNEVELDT 2000**

F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (diss. Utrecht), Amersfoort: SDU 2000.

**SPRENGER VAN EYK/DE LEEUW 1930**

J.P. Sprenger van Eijk & B.J. de Leeuw, *De Wetgeving op het recht van Successie, van Overgang en van Schenking*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1930.

**VON STAUDINGER 1996**

J. von Staudinger, *Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch Erbrecht*, Berlin: Sellier-de Gruyter 1996.

**VON STAUDINGER 2003**

J. von Staudinger, *Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch Erbrecht*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2003.

**STENEKER 2005**

A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

**STRUYCKEN 2007**

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

**SUIJLING/DUBOIS 1931**

Suijling & H.F.R. Dubois, *Inleiding tot het Burgerlijk recht*, 6e stuk (erfrecht), Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1931.

SUMMER/WARENDORF 2005

I. Summer & H. Warendorf, *Inheritance Law Legislation of the Netherlands, A translation of Book 4 of the Dutch Civil, procedural provisions and private international law legislation*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

SÜSS 2003

R. Suss, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, Angelbachtal: Zerb Verlag 2003.

SÜTÖ 1997

V.J.A. Suto, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1997.

TANCK/KERSCHER/KRUG 1999

M. Tanck, K-L. Kerscher & W. Krug, *Testamente in der anwaltlichen und notariellen Praxis*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag 1999.

THÖNE 1999

Th. Thone, *Die Verwaltung des Testamentsvollstreckers* (diss. Freiburg), Frankfurt am Main: Peter Lang 1999.

THUYSBAERT/SIELEMANN 1980

M.E. Thuysbaert & F. Sielemann, *Belgische en Duitse aspecten bij Nederlandse boedelscheidingen*, Deventer: Kluwer 1980.

TJONG TJIN TAI 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

UNIKEN VENEMA 1954

C A.E. Uniken Venema, *Trustrecht en bewind. Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met bewind, executele en andere parallelfiguren in het Nederlandse recht* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

VEGTER 1989

J.B. Vegter, *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht* (diss. Leiden) 1989.

VEGTER 2004

J.B. Vegter, *Bescherming familievermogens met behulp van eigendom ten titel van beheer*, als onderdeel van het preadvies Bewind en aan bewind verwante vormen, KNB 2004, Den Haag: SDU uitgevers 2004

VAN DE VELDE 1955

I. van de Velde, *Enige grepen uit het nieuwe erfrecht, De boedelafwikkeling in het nieuwe erfrecht*, preadvies ten behoeve van de Algemene Vergadering van de Broederschap der Candidaat-notarissen op 17 juni 1955.



**VERSTAPPEN 1996**

L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

**VERSTIJLEN 1998**

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

**VERSTRAATEN 2006**

R.T.G. Verstraaten, *Successiebelastingen (Cursus Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2006.

**VETTER/WATTEL/VAN OERS 2005**

J.J. Vetter, P.J. Wattel & M.H.M. van Oers, *Invordering van belastingen*, Deventer: Kluwer 2005.

**VAN VIJFEIJKEN 2002**

I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer: Kluwer 2002.

**VOLLMER 2001**

J. Vollmer, *Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht und das Pflichtteilsrecht* (diss. Marburg 1999), Frankfurt am Main: Peter Lang 2001.

**VOS 1975**

J.W.M. de Vos, *De notariële verklaring van erfrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint BV. 1975.

**VAN DER WAL 2005**

P. van der Wal, *Vertegenwoordiging en bijstand in belastingzaken* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005.

**WEHRSTEDT 2000**

M. Wehrstedt (geb. Sielemann), *Der Pflichtteilsanspruch im deutschen, französischen und niederländischen Recht* (diss. Heerlen), 2000.

**WEIDLICH 1993**

D. Weidlich, *Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften* (diss. Nürnberg 1992), Köln: Carl Heymanns Verlag 1993.

**WEINGÄRTNER 2005**

H. Weingartner, *Vermeidbare Fehler im Notariat*, Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag 2005.

**WENDEL 2003**

C. Wendel, *Der Unilateral Contract, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen dem englische und US-amerikanische Recht und dem deutschen Recht* (diss. Passau 2003), Frankfurt am Main: Peter Lang 2005.

WENNEKER 2002

R. Wenninger, *Der Testamentsvollstrecker in der Umwandlung* (diss. Regensburg), 2002.

WEYTS 1997

L. Weyts, *Notarieel fiscaal recht. Deel 2: De aangifte van nalatenschap*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1997.

WINKLER 2005

K. Winkler, *Der Testamentsvollstrecker*, Regensburg/Berlin: Walhalla 2005.

TEN WOLDE 1995

M.H. ten Wolde, *Vereffening en verdeling in het Nederlandse internationaal erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

ZIMMERMANN 2001

W. Zimmermann, *Die Nachlasspflegschaft*, Bielefeld: Gieseking 2001.

ZIMMERMANN 2003

W. Zimmermann, *Die Testamentsvollstreckung*, Berlin: Erich Schmidt 2003.

### **Bijdragen in bundels**

AERTSEN 1997

DW. Aertsen, 'Lastgeving tot verkoop en levering in eigen naam', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum & H.L.E. Verhagen (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht* (serie Onderneming & Recht, deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

BAEL 2006

J. Bael, *Een pleidooi voor een fundamenteel andere interpretatie van het verbod van erfovereenkomsten*, Over Erven, Liber amicorum Mieke Puelinckx-Coene, Mechelen: Kluwer 2006.

VAN DONGEN 1996

R.C. van Dongen, 'De Duitse Treuhand in de spiegel van het Haagse Trustverdrag', in: *Vertrouwd met de trust*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

VON DICKHUTH-HARRACH 1998

Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach, 'Ärgernis Pflichtteil? Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung im Überblick', in: *Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft: Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats*, Köln: O. Schmidt 1998.

FISCHER 1951

H.F.W.D. Fischer, 'De voorgeschiedenis van het testament in Nederland', in: *Het Testament*, Arnhem: Gouda Quint 1951.

VAN HEES 1999

J.J. van Hees, 'Het einde van de last als gevolg van faillissement', in: *Vertegenwoordiging en tussenpersonen* (serie Onderneming & Recht, deel 17), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

HEUFF 1995

W. Heuff, *Hoe vrij is de testateur?* (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995.

HIJMA 2004

J. Hijma, *Testament als rechtshandeling* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000.

KORTMANN/FABER 1996

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees & S.H. de Ranitz (red.), *De curator, een octopus* (serie Onderneming & Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

KORTMANN 1996

S.C.J.J. Kortmann, *Vertegenwoordiging volgens Struycken* (Struycken-bundel), Deventer: Kluwer 1996.

KORTMANN 2000

S.C.J.J. Kortmann, *De curator als partij bij notariële akten* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000.

KORTMANN/VERHAGEN 1999

S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen, '(Middellijke) vertegenwoordiging: een terreinafbakening', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.A.M. Strens-Meulemeester (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen* (serie Onderneming & Recht, deel 17), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

KÜNZLE 2001

H.R. Künzle, 'Die Befugnisse des Willensvollstreckers', in: *Der Willensvollstrecker*, St. Gallen: 2001.

KÜNZLE 2004

H.R. Künzle, *Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme*, Referate des Weiterbildungsseminars der Universität St. Gallen vom 30 september 2003, Zürich/Basel/Gent: Schulthess Juristische Medien 2004.

KÜNZLE 2006

H.R. Künzle, *Erbengemeinschaft und Willensvollstrecker*, Festschrift zum Schweizerischen Juristentag, Zürich 2006.

## LEIJTEN 1996

A.F.J.A. Leijten, 'Privatieve lastgeving en trustachtige verhoudingen', in: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, A.V.M. Struycken & N.E.D. Faber (red.), *Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements* (serie Onderneming & Recht, deel 5), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

## NEVE 1995

P.L. Neve, *De legitime portie, Enkele historische beschouwingen* (Ars Notariatus LXIX), Deventer: Kluwer 1995.

## NIESKENS-ISPORDING 1998

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Volmacht (Boek 3, titel 3 BW)', in: *Vijf jaar nieuw Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1998.

## RANK 1997

W.A.K. Rank, 'Privatieve last tot hypotheekvestiging: een nieuwe zakelijke zekerheid', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum & H.L.E. Verhagen (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht* (serie Onderneming & Recht, deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

## REINHARTZ/CAPPON 2006

B.E. Reinhartz & C.M. Cappon, 'Rechtszekerheid en doelmatigheid in het testamentair erfrecht, De opstelling en afwikkeling van testamenten in Nederland, Frankrijk, België en Duitsland mede bezien in historisch perspectief', in: *Pro forma?*, Opstellen over de rol van formele regels en vormvoorschriften in het privaatrecht, onder redactie van A.F. Salomons en G.J.P. de Vries, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

## B. SCHOLS 2000

B.M.E.M. Schols, *Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000.

## SCHOORDIJK 2000

H.C.F. Schoordijk, *De zogenaamde privatieve last van art. 7:423 BW en aanverwante rechtsfiguren* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000.

## VAN DE VELDE 1951

I. van de Velde, 'Een modelregeling voor de executeur-testamentair', in de bundel *Het Testament*, uitgegeven ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Broederschap der Candidaat-notarissen, Arnhem: Gouda Quint/D. Brouwer & Zoon 1951.

## WESSELS/MEIJER 1999

B. Wessels & S.Y.Th. Meijer, 'Schakelbepalingen en vertegenwoordiging', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.A.M. Strens-Meulemeester (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen* (serie Onderneming & Recht, deel 17), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

**ALBERS-DINGEMANS 2004**

R.L. Albers-Dingemans, 'Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap', *WPNR* (2004) 6585.

**BALDUS/ROLAND 2006**

Chr. Baldus & A. Roland, 'Verjährungsfrist der Ansprüche des Erben gegen den Testamentsvollstrecker', *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Rechtsprechung (ZEV)* 2006/7.

**BARTELS 2006**

S. Bartels, 'Ook bij faillissement van de cliënt is de notaris ten aanzien van de notariële kwaliteitsrekening exclusief bevoegd', *WPNR* (2006) 6687.

**BECQUÉ 2006**

P. Becqué, 'Une réforme en profondeur: la réforme des successions et des donations en droit français', *Tijdschrift Estate Planning (TEP)* 2006/5.

**BEEKHUIS 1955**

C.H. Beekhuis, 'De eerbiediging van de wens, dat het stoffelijk overschot worde verbrand', *NJB* 1955, nr. 38.

**BLOKLAND 2003**

P. Blokland, 'Een erfrechtelijke processie van Echternach: het (oude) vruchtgebruiktestament in het nieuwe erfrecht', *JBN* 2003, nr. 14.

**BOSSE 2006**

W. Bosse, 'Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang; HR 14 juli 2006 en stand van zaken', *JBN* 2006, nr. 69.

**BURGERHART 1997**

W. Burgerhart, 'Recht van schenking en overdrachtsbelasting; samenloop en de afloop daarvan', *Notarisklerk*, nr. 1348, februari 1997.

**BURGERHART 2001**

W. Burgerhart, 'De executeur als entrepreneur, of als bedrijfsopvolgingsrequisiteur?', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2001, nr. 5.

**VAN DER BURGHT 2006**

Gr. van der Burght, 'Nieuw erfrecht in eigen koninkrijk', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV)*, juli-augustus 2006, nr. 32.

**CAUFFMAN 2001**

C. Cauffman, 'De Principles of European Contract Law', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2001-3.

**CHRISTIAANS 2004**

C.R. Christiaans, 'ProCall en het einde van de kwaliteitsrekening', *Vermogensrechtelijke annotaties* 2004/1.

**CHRISTIAANS/VAN WECHUM 1995**

C.R. Christiaans & T.H.M. van Wechum, 'Artikel 7:423 BW tegen het licht gehouden', *WPNR* (1995) 6193.

**CREUTZBERG 1988**

A.A. Creutzberg, 'Van auteursrechten en nalatenschappen', *WPNR* (1988) 5856.

**DARAGAN 2007**

H.P. Daragan, 'Trusts und gespaltenes Eigentum', *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2007/5.

**DIRIX 2006**

E. Dirx, Boekbespreking, 'Wederom een Belgische (relativerende) kijk op de Nederlandse beladen materie', *WPNR* (2006) 6687.

**DIRIX/SAGAERT 2004**

E. Dirix & V. Sagaert, 'De kwaliteitsrekening herbezocht', *Tijdschrift Privaatrecht (TPR)* 2004-1.

**EGGENS 1927**

J. Eggens, 'Vertegenwoordiging', *WPNR* (1927) 2989.

**EGGENS 1937**

J. Eggens, 'De executeur, de legitimaris, de schuldenaar en de goede trouw', *WPNR* (1937) 3525 en 3526.

**GIAN SANDRO GENNA 2006**

G.S. Genna, 'Willensvollstreckung durch Banken in der Schweiz', *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb)*, 2006/9.

**GRESSER 2006**

E. Gresser, 'Grundzüge des geänderten französischen Erbrechts (ab 1. Januar 2007)', *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb)*, 2006/12.

**DE GROOT 1995**

J.J.A. de Groot, 'Privatieve last en economische eigendom (I en II slot)', *WPNR* (1995) 6180 en 6181.

**GRUNSKY/ HOHMANN 2005**

W. Grunsky & A. Hohmann, 'Die Teilbarkeit des Testamentsvollstreckeramtes', *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2005/2.

**TER HAAR 2006**

J.H.M. ter Haar, 'Het testamentair minderjarigenbewind', *WPNR* (2006) 6692.

HAAS/LIEB 2002

U. Haas & A. Lieb, 'Die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nach § 2221 BGB', *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb)* 2002/8.

HAMER 2006

M.J. Hamer, 'Formele bepalingen in de Successiewet 1956 (I en II slot)', *WPNR* (2006) 6662 en 6661.

VAN HEUSDEN 1950

A.C.J. van Heusden, 'Uitoefening van stemrecht op aandelen door executeurs-testamentair', *WPNR* (1950) 4147.

HILLEN-MUNS 2007

M.I.W.E. Hillen-Muns, 'Verblijvensbeding en onherroepelijke volmacht', *WPNR* (2007) 6697.

HOENS 2006/2007

F.M.H. Hoens, 'Het notariaat en de invoering van het nieuwe (levens-)verzekeringsrecht', *De Notarisklerk* 2006, nr. 10 en 11, 2007, nr. 1, 2, 3 en 4.

HOENS 2007

F.M.H. Hoens, 'Redelijkheid en billijkheid altijd en overal van begunstiging tot as!', *EstateTip Review* 2007-23.

HOLTMAN 2004

R.J. Holtman, 'Tweede reactie op "Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een Nalatenschap" van de Werkgroep deontologie nieuw erfrecht', *WPNR* (2004) 6585.

HOLTMAN 2005

R.J. Holtman, 'Frustreren van rechten van derden of gefrustreerde legitimarissen? Gelaten nalaten!', *WPNR* (2005) 6627.

HOLTMAN 2006

R.J. Holtman, 'Meldingsplicht jegens de fiscus', *WPNR* (2006) 6666.

HOOGEVEEN 2006

M.J. Hoogeveen, 'Quasi-wettelijke verdeling: art. 10 SW 1956 proof?', *NTRF* 2006/1306.

HUIJGEN 1995

W.G. Huijgen, 'Economische eigendom van aandelen: het vennootschapsrecht opzij gezet', *WPNR* (1995) 6166.

HUIJGEN 2003

W.G. Huijgen, 'Vereffening van nalatenschap na beneficiaire aanvaarding', *JBN* 2003, nr. 59.

HUIJGEN 2004

W.G. Huijgen, 'Verdeling door de executeur-afwikkelingsbewindvoerder?', *WPNR* (2004) 6587.

KISCHEL 2005

U. Kischel, 'Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Vorsicht, Rechtsvergleichung!', (10) VII. Und die Moral..., februari 2005, nr. 1.

KLEYN 1999

W.M. Kleyn, 'Vragen uit de praktijk betreffende uitvoering van een verblijvingsbeding', *JBN* 1999, nr. 46.

KLEYN 2003

W.M. Kleyn, 'Wat zijn de mogelijkheden voor een afwikkelingsbewindvoerder om zelf te verdelen?', *JBN* 2003, nr. 24.

KLEYN 2003

W.M. Kleyn, 'De bijzondere positie van de legataris bij een legaat tegen inbreng', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2003, nr. 5.

KLIMA 2006

P. Klima, 'Reform des Erbrechts und der Vermögensübertragungen in Frankreich', *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2006/10.

KLINKERT CINO/STUBBÉ 2004

J.A.M. Klinkert Cino & J.P.M. Stubbé, 'Beloning ontvangen van erflater', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 6.

KOLKMAN 2002

W.D. Kolkman, 'Het einde van een testamentair bewind', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2002, nr. 5.

KOLKMAN 2003

W.D. Kolkman, 'Exit oude legitieme', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2003, nr. 5.

KOLKMAN 2004

W.D. Kolkman, 'Verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 5.

KRAAN 2001

C.A. Kraan, 'Testament en onherroepelijk volmacht', *JBN* 2001, nr. 50.

KRAAN 2003

C.A. Kraan, 'Verdeling door de bewindvoerder', *WPNR* (2003) 6544.

KRAAN 2005

C.A. Kraan, 'Boekbespreking: Asser-Perrick 6B, Erfrecht en schenking', *WPNR* (2005) 6646.



**KRAAN/SCHMAL 2003**

C.A. Kraan & J.P. Schmal, 'De positie van de legitimaris bij wijziging van de inkortingsvolgorde', *WPNR* (2003) 6558.

**DE LANGE 2001**

K.D. de Lange, 'De plicht van de notaris om, na overlijden van de testateur, belanghebbenden te informeren over de inhoud van het testament', *WPNR* (2001) 6453.

**DE LANGE 2006**

K.D. de Lange, 'Gouden tijden voor de executeur?', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2006, nr. 5.

**LEHMANN 2007**

D. Lehmann, 'Die Zukunft des deutschen gemeinschaftlichen Testaments in Europa', *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2007/5.

**LUIJTEN 1998**

E.A.A. Luijten, 'De obv si voluero', *WPNR* (1998) 6334.

**LUIJTEN 2006**

E.A.A. Luijten, 'De ene notaris is de ander niet', *JBN* 2006, nr. 13.

**LUIJTEN/MEIJER 2004**

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'Jurisprudentieoverzicht', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 2.

**LUIJTEN/MEIJER 2005**

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'Jurisprudentieoverzicht', *Tijdschrift Erfrecht* 2005, nr. 2.

**LUIJTEN/MEIJER 2007**

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'Ontslag van de executeur wegens gewichtige redenen', *Tijdschrift Erfrecht* 2007, nr. 1.

**VAN DER MARCK 2006**

Q.J. van der Marck, 'De afwikkeling van een nalatenschap met internationale aspecten: het Nederlandse IPR in vogelvlucht', *WPNR* (2006) 6672.

**VAN DER MARCK 2007**

Q.J. van der Marck, 'Nieuw Frans erfrecht met ingang van 1 januari 2007', *WPNR* (2007) 6699.

**MEIJER 1995**

S.Y.Th. Meijer, 'Lastgeving met privatieve werking staat buitenspel', *NJB* 1995, nr. 8.

**MEIJERS 1912**

E.M. Meijers, 'De rechten en verplichtingen van den executeur-testamentair I & II (Slot)', *WPNR* (1912) 2227 en 2228.

**MELLEMA-KRANENBURG 1999**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'De onherroepelijke volmacht in een testament', *JBN* 1999, nr. 37.

**VAN MOURIK 1996**

M.J.A. van Mourik, 'De uiterste wil als rechtshandeling', *WPNR* (1996) 6213.

**VAN MOURIK 2006**

M.J.A. van Mourik, 'Vergaar, verdeel en heers!', *Liber Amicorum Afscheid M. Puelinckx-Coene*, Mechelen (België): Kluwer 2006.

**MUSCHELER 1996**

K-H. Muscheler, 'Die Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker', *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 1996/11.

**NOWAK 2002**

R.G.J. Nowak, 'De "privatieve stemvolmacht" aan certificaathouders in de nieuwe structuurregeling', *WPNR* (2002) 6491.

**NUYTINCK 2006**

A.J.M. Nuytinck, 'Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen: weg ermee!', *WPNR* (2006) 6683.

**PERRICK 1991**

S. Perrick, 'Overige wijzigingen in boek 4', *WPNR* (1991) 6018.

**PERRICK 2001**

S. Perrick, 'Over schulden van de nalatenschap onder Boek 4 NBW' (I en II slot), *WPNR* (2001) 6435 en 6436.

**PERRICK 2005**

S. Perrick, 'Beschikken over goederen onder voorbehoud van bewind', *WPNR* (2005) 6626.

**PERRICK 2005**

S. Perrick, 'Verhaal van schulden op onder bewind staande goederen', *WPNR* (2005) 6628.

**PERRICK 2006**

S. Perrick, 'Erfrechtelijke aspecten van de sommenverzekering', *WPNR* (2006) 6658.

**PERRICK 2006**

S. Perrick, 'De boedelnotaris en de bewindvoerder', *WPNR* (2006) 6672.

**PERRICK 2006**

S. Perrick, 'Nieuw erfrecht in de praktijk (boekbespreking preadvies KNB 2006)', *WPNR* (2006) 6678.

**PERRICK 2007**

S. Perrick, 'Schulden der nalatenschap (boekbespreking diss. W. Kolkman)', *WPNR* (2007) 6707.

**PUELINCKX-COENE/VERSTRAETE/GEELHAND/VERHAERT  
2005**

M. Puelinkx-Coene, J. Verstraete, N. Geelhand & I. Verhaert, 'Overzicht van Rechtspraak, Erfenissen 1996-2004', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2005-2.

**DE QUAY 1999**

P.P. de Quay, 'Het instellen van testamentair bewind', *WPNR* (1999) 6381.

**REINHARTZ 2007**

B.E. Reinhartz, 'Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?', vol. 11.1 *Electronic Journal of Comparative Law* May 2007.

**VAN RIJN 2003**

A.P.M. van Rijn, 'De verdeling van de huwelijksgemeenschap en de heffing van het successie- en schenkingsrecht', *WFR* 2003/6534.

**ROMBACH 1978**

J. Rombach, 'De kameleontische "boedelberedderaar", redder uit de notariële boedelafwikkelingsnood?', *WPNR* (1978) 5458.

**SIEBERT 2007**

H. Siebert, 'Die wichtigsten Eckpfeiler auf einen Blick', *Erbrecht Effektiv* 2007/6.

**SAGAERT 2007**

V. Sagaert, 'The French can not tame the trust', *NTBR* 2007, 5.

**VAN SCHAICK/SCHOORDIJK 2001**

A.C. van Schaick & H.C.F. Schoordijk, 'Rechten en verplichtingen van schenker en begiftigde', *WPNR* (2001) 6445.

**B. SCHOLS 1998**

B.M.E.M. Schols, 'Gouden tijden voor de executeur-testamentair!', *WPNR* (1998) 6327.

**B. SCHOLS 1999**

B.M.E.M. Schols, 'L'executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!', *WPNR* (1999) 6374.

**B. SCHOLS 2000**

B.M.E.M. Schols, 'Executele en estate planning oftewel twee handen op één buik', *Kwartalbericht Estate planning*, september 2000.

- B. SCHOLS 2000  
B.M.E.M. Schols, 'Het Testament van de 21e Eeuw', *Tydschrift Nieuw Erfrecht* 2000, nr. 3.
- B. SCHOLS 2001  
B.M.E.M. Schols, 'Het "legatum per vindicationem" in de gedaante van executeur-testamentair als "Vermachtisvollstrecker"', *WPNR* (2001) 6436.
- B. SCHOLS 2001  
B.M.E.M. Schols, 'Wie is de executeur? De (belasting)adviseur?', *Fiscaal Tydschrift Vermogen (FTV)*, 2001, nr. 5.
- B. SCHOLS 2001  
B.M.E.M. Schols, 'De "verplichte" begrafenisclausule', *Tydschrift Nieuw Erfrecht* 2001, nr. 1.
- B. SCHOLS 2001  
B.M.E.M. Schols, 'De executeur en zijn sterren', *Tydschrift Nieuw Erfrecht* 2001, nr. 5.
- B. SCHOLS 2001  
B.M.E.M. Schols, 'Erflater is dood, maar de executeur leeft; een vraag- en antwoordspel', *Tydschrift Nieuw Erfrecht* 2001, nr. 5.
- B. SCHOLS 2004  
B.M.E.M. Schols, 'Enquête ontwikkeling "driesterrenexecuteur" in de praktijk', *EstateTip Review* 2004-31.
- B. SCHOLS 2004  
B.M.E.M. Schols, 'De "Mini-Maxi"-executeur verzoekt inderdaad niets aan de Kantonrechter', *EstateTip Review* 2004-02.
- B. SCHOLS 2004  
B.M.E.M. Schols, 'Wederom een Leidse schijnaanval op de "driesterren-executeur"', *EstateTip Review* 2004-30.
- B. SCHOLS 2004  
B.M.E.M. Schols, 'Tweemaal goud voor de "driesterrenexecuteur"! De uitslagen van de enquêtes', *EstateTip Review* 2004-36.
- B. SCHOLS 2004  
B.M.E.M. Schols, 'Tikt er een tijdbom onder uw ouderlijke boedelverdeling? Maak hem onschadelijk met de "OBV-plus"', *EstateTip Review* 2004-39.
- B. SCHOLS 2004  
B.M.E.M. Schols, 'De quasi-wettelijke verdeling als "Teilungsanordnung" (I en II, slot)', *WPNR* (2004) 6571 en 6572.

- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Frustreren van rechten van derden of gefrustreerde legitimarissen', *WPNR* (2005) 6643.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, Reactie op "Tweede reactie op "Enige beschouwingen over de notariële bij een nalatenschap" van de Werkgroep deontologie nieuw erfrecht van R.J. Holtman in *WPNR* (2005) 6627'.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Laat de sterren op de executeurspet van moeder maar stralen', *JBN* 2005, nr. 10.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Een erfrechtelijke "star is born". Hij kan niet alleen uw testament uitvoeren, vollstreken of executeren, maar ook eigenhandig uw nalatenschap verdelen!', (Belgisch) *Tijdschrift Estate Planning* (TEP) 2005-2.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'De "belangrijkste persoon" is nog veel belangrijker!' (Een reactie op Bennenbroek), *Notarisklerk* 2005, nr. 1451.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Driemaal is scheepsrecht! Met verschijnen van nieuw Asserdeel', *EstateTip Review* 2005-03.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Beschikkingsonbevoegdheid staat in de sterren, ook bij een ouderlijke boedelverdeling. "Freigabe" van de erfrechtelijke wielklem met behulp van de "EX-SCAN"', *EstateTip Review* 2005-06.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Habemus...executeur! Maak een synthese tussen executele en afwikkelingsbewind', *EstateTip Review* 2005-30.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Het "broedertwist"-testament. Gebruik het "meeste stemmen gelden-bewind" oftewel de "democratieclausule"', *EstateTip Review* 2005-18.
- B. SCHOLS 2005  
B.M.E.M. Schols, 'Een nieuw fenomeen: "de aanstelling van de Maastrichtse notariële erfrechtelijke beheerder". Artikel 3:168 BW biedt uitkomst bij het ontstaan van een "vereffeningsgat"', *EstateTip Review* 2005-26.
- B. SCHOLS 2006  
B.M.E.M. Schols, 'Boedelnotaris en/of betrokken notariële executeur', *WPNR* (2006) 6672.

- B. SCHOLS 2006  
B.M.E.M. Schols, 'Vier sterren voor de driesterrenexecuteur', *WPNR* (2006) 6690.
- B. SCHOLS 2006  
B.M.E.M. Schols, 'De executeur fiscaal', *Fiscaal Praktijkblad* 2006, nr. 6.
- B. SCHOLS 2006  
B.M.E.M. Schols, 'Derde ster in rechte Rechtbank Den Haag 11 oktober 2006 "Het staat erflater vrij de door hem benoemde afwikkelingsbewindvoerder een zelfstandige beschikkingsbevoegdheid te geven"', *EstateTip Review* 2006-40.
- B. SCHOLS 2006  
B.M.E.M. Schols, 'De "executeur-testamentair" krijgt ook "postuum" een "derde ster" (Hof Den Haag 1 november 2006): "alstoen niet, behoudens" en "onverminderd legitimaire aanspraken"', *EstateTip Review* 2006-42.
- B. SCHOLS 2006  
B.M.E.M. Schols, 'Vier sterren voor de driesterrenexecuteur. De afwikkelingsbewindvoerder kan zelfstandig beschikken op grond van de doctrine, de wet, het testament en zijn zorgplicht', *WPNR* (2006) 6690.
- B. SCHOLS 2007  
B.M.E.M. Schols, 'Sportieve wetenschapsbeoefening! Ook Stollenwerck geeft "Michelin sterren" aan de executeur-afwikkelingsbewindvoerder (Podium FTV 2006/52)', *EstateTip Review* 2007-01.
- F. SCHOLS 2007  
FW.J.M. Schols, 'De erfrechtelijke IPR-cautio? Naherberechtigung en "re-torsie" in het internationale erfrecht', *WPNR* (2007) 6703
- F. SCHOLS 2007  
FW.J.M. Schols, 'Erfrechtelijk chillen op de Antillen', *WPNR* (2007) 6717.
- SCHOLS/BURGERHART/SCHOLS 2003  
B.M.E.M. Schols, W. Burgerhart & FW.J.M. Schols, 'Nogmaals: Ten laste van wie komt die "lastige" legitieme?', *JBN* 2003, nr. 33.
- B. SCHOLS/SCHOENMAKER 2004  
B.M.E.M. Schols & F.A.M. Schoenmaker, 'De quasi-wettelijke verdeling in fiscalibus', *Kwartaalbericht Estate Planning* 2004-4.
- SCHOLS/SCHOLS 2002  
B.M.E.M. Schols & FW.J.M. Schols, 'De klappen van de erfrechtelijke zweep', *Tydschrift Nieuw Erfrecht* 2002, nr. 3.
- SCHOLS/SCHOLS 2002  
B.M.E.M. Schols & FW.J.M. Schols, 'Krijgt de legitimaris bericht?', *WPNR* (2002) 6513.

SCHÖNAU 1995

J. Schönau, 'Reactie op De Groot', *WPNR* (1995) 6194.

SCHOORDIJK 2000

H.C.F. Schoordijk, 'Het "op naam vereiste" bij de vertegenwoordiging honderd jaar na Schlossman', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2000-3.

SCHOORDIJK 2005

H.C.F. Schoordijk, 'Een principiële en leerrijke arrest. Huwelijkse voorwaarden en daaraan contrair gedrag (HR 18 juni 2004)', *WPNR* (2005) 6611.

SCHOORDIJK 2006

H.C.F. Schoordijk, 'En de Hoge Raad ploegde voort', *WPNR* (2006) 6662.

SCHOORDIJK 2006

H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking: Benevolent intervention in another's affairs, Study Group on a European Civil Code, Chairman: Christian von Bar, Osnabrück, Publ.: Sellier, Bruylant, Staempfli, 2006', *WPNR* (2006) 6673.

SCHOORDIJK 2006

H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking: Jeroen Kortmann, Altruïsme in Private Law, Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio, Oxford University Press 2005', *WPNR* (2006) 6654.

SCHOORDIJK 2007

H.C.F. Schoordijk, 'Het rechtsbeginsel "gij zult een ander niet op het foute been zetten" en zijn reikwijdte', *WPNR* (2007) 6693.

SCHOORDIJK 2007

H.C.F. Schoordijk, 'Tijd voor een amicus curiae', *NJB* 2007, nr. 24.

SIEGMANN 2006

M. Siegmann, 'Pflichtteilsansprüche bei Testamentsvollstreckung und Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben', *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 2006/9..

H.J. SNIJDERS 2004

H.J. Snijders, 'De kwaliteitsrekening nader beschouwd', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2004-1.

W. SNIJDERS 1999

W. Snijders, 'Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I, II en III, slot)', *WPNR* (1999) 6365, 6366 en 6367.

W. SNIJDERS 2003

W. Snijders, 'Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren' (boekbespreking preadvies KNB 2003), *WPNR* (2003) 6547.

**W. SNIJDERS 2005**

W. Snijders, 'Ongeregeligheden in het vermogensrecht (II, slot)', *WPNR* (2005) 6608.

**STOLLENWERCK 2004**

A.H.N. Stollenwerck, 'Alleen de Guide de Michelin geeft drie sterren!', *FTV* 2004/9.

**STOLLENWERCK 2006**

A.H.N. Stollenwerck, 'Ook de rechter geeft drie sterren!', *FTV* 2006/52.

**STORME 1998**

M.E. Storme, 'Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht', *Tydschrift voor Privaatrecht* 1998, nr. 778 e.v

**STORME 2005**

M.E. Storme, 'Beginselen van Europees overeenkomstenrecht aangevulde versie – Nederlandse tekst', *Tydschrift Privaatrecht (TPR)* 2005-4.

**STORME 2006**

M.E. Storme, 'Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden (1), als onderdeel van het, "Belgische preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland 2006"', *Tydschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2006-2, nr. 259-266.

**STUBBÉ 2006**

J.P.M. Stubbé, 'Reactie. De toepassing van de fictie van art. 10 SW 1956 leidt wel tot erg veel misverstand', *NTFR* 2006/1373.

**TJITTES 2007**

R.P.J.L. Tjittes, 'Frohliche Wissenschaft (Redactionele kanttekeningen)', *RMThemis* 2007-1.

**TUINSTRAS 2006**

G.A. Tuinstra, 'Vererving van auteursrechten: de auteur is dood, leve zijn auteursrecht?', *EstateTip Review* 2006-28.

**TUINSTRAS 2006**

G.A. Tuinstra, 'Vererving van auteursrechten: wie volgt op in het volgrecht?', *EstateTip Review* 2006-31.

**UNIKEN VENEMA 2005**

C.Æ. Uniken Venema, 'Boekbespreking, D.W. Aertsen: De Trust, Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht', *NTBR* 2005, 55.



VASSEL-KNAUF 2006

A. Vassel-Knauf, 'EU-Kommissie: Die deutschen Vorschriften zur Besteuerung der Leistungen von Testamentvollstrecker verstossen teilweise gegen EU-Recht', *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (Zerb)*, 2006/5.

VEGTER 1992

J.B. Vegter, 'Aspecten van bewind in het licht van het nieuwe testamentair bewind', *NTBR* 1992, 2.

VEGTER 1993

J.B. Vegter, 'Een kleine rechtsvergelijking (II, slot)', *WPNR* (1993) 6104.

VEGTER 1993

J.B. Vegter, 'Boekbespreking FW.J.M. Schols, Quasi-erfrecht met bindende elementen', *WPNR* (2006) 6684.

VEGTER 1996

J.B. Vegter, 'Erfopvolging, vereffening en zuivere aanvaarding in het nieuwe erfrecht', *WPNR* (1996) 6229.

VAN VELTEN 2007

A.A. van Velten, 'Boekbespreking, V. Sagaert, Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten, inaug. oratie Leuven 2005, TPR 2005-3, p. 983-1086' alsmede 'Boekbespreking, T.H.D. Struycken, De numerus clausus in het goederenrecht, diss. Nijmegen 2007, serie Onderneming & Recht deel 37 (Kluwer 2007), XIX en 870 p., ISBN 90 13 04105 1', *WPNR* (2007) 6708.

VERBEKE 2000

A. Verbeke, 'De legitieme ontbloot of dood? Leve de echtgenoot!', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2000, p. 1111-1236.

VERBEKE 2002

A. Verbeke, 'Elfknelpuntentocht voor Nederlanders', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV)*, april 2002.

VERBEKE 2002

A. Verbeke, 'Belgisch testamentair erfrecht', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV)*, januari 2002.

VERBEKE 2002

A. Verbeke, 'Commentaar vanuit Belgische hoek (een schriftelijk interview)', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2002, nr. 6.

VERBEKE 2006

A. Verbeke, 'Over de Grenzen (Editoriaal)', *Tijdschrift Estate Planning (TEP)* 2006/5.

**VERREST 1998**

P.A.M. Verrest, 'L'affaire Picabia: het eeuwige leven voor morele rechten', *Informatierecht/AMI* april 1998, nr. 4.

**VLAS 2003**

P.Vlas, 'Naar een EG-Verordening IPR-Erfrecht?', *WPNR* (2003) 6533.

**VAN VRIJBERGHE DE CONINGH 1944**

A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, 'De rechtspositie van den executeur-testamentair (Slot)', *WPNR* (1944) 3866.

**WAAIJER 1988**

B.C.M. Waaijer, 'Verhaalsaanpakelijkheid de Successiewet uit en de nieuwe Invorderingswet in', *WPNR* (1988) 5897.

**WAAIJER 1996**

B.C.M. Waaijer, 'Handelen zoals in het notarisambt betaamt', *WPNR* (1996) 6222.

**WÄLZHOLZ 2005**

E. Wälzholz, 'Gestaltungsmöglichkeiten zur Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen', *der Fachanwalt für Erbrecht* 2005/2.

**WELKERS 2006**

L.E. Welkers, 'Beleidsvoornemens naar aanleiding van de evaluatie van de Wet IB 2001', *FBN* 2006, nr. 24.

**WESSELS 1999**

B. Wessels, 'De wondere wereld van het overgangsrecht', *NTBR* 1999, 3.

**WESSELS 2000**

B. Wessels, 'Overgangsrecht Boek 4 BW Erfrecht', *WPNR* (2000) 6388.

**WESSELS 2002**

B. Wessels, 'Naar een eigen beroeps-, gedrags- en tuchtrecht voor de faillissementscurator', *NJB* 2002, nr. 4.

**WESSELS 2006**

B. Wessels, 'Toerekening van kennis van een adviseur aan de cliënt (II, slot)', *WPNR* (2006) 6660.

**WIEGAND 2007**

Wiegand, 'Reformfragen des Pflichtteilsrechts', *Deutsche Notar Zeitschrift* 2007/2.

**WOLFERT 2003**

E.C.M. Wolfert, 'Van Slis-Stroom (1984) tot Coöperatie Beatrixziekenhuis/Procall (2003); het einde van een tijdperk', *WPNR* (2003) 6541.

## WOLFERT 2006

E.C.M. Wolfert, 'De kwaliteitsrekening met één paar voorwaardelijk belanghebbenden; een dilemma voor de notaris', *WPNR* (2006) 6687.

## Parlementaire geschiedenis

### *Parl. Gesch. Boek 3*

Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, C.J. van Zeben en J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, Deventer: Kluwer 1981.

### *Parl. Gesch. Boek 6*

Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Vermogensrecht in het algemeen, C.J. van Zeben en J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, Deventer: Kluwer 1981.

### *Parl. Gesch. Inv. Boek 3, 5 en 6*

Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, onder redactie van C.J. van Zeben, Deventer: Kluwer 1991.

### *Parl. Gesch. Vast. Boek 4 BW*

Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Vaststellingswet Boek 4 Erfrecht, Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben, M.R. Kremer, Deventer: Kluwer 2002.

### *Parl. Gesch. Inv. Boek 4 BW*

Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 4 Erfrecht, Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben, M.R. Kremer, Deventer: Kluwer 2003.

## Rapporten

### RAPPORT COMMISSIE ERFRECHT KNB I, 1960

Rapport uitgebracht door de commissie, ingesteld door het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en het Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-notarissen, ter bestudering van boek 4 van het ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk wetboek, maart 1960.

### RAPPORT COMMISSIE ERFRECHT KNB II, 1963-1966

Rapport uitgebracht door de commissie, ingesteld door het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en het hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-notarissen, ter bestudering van het gewijzigd ontwerp van wet voor boek 4 Nieuw Burgerlijk wetboek, 1963-1966.

# Trefwoordenregister

- Aanvaarding III.A.1, III.A.3
- Afgescheiden vermogen II.B.3
- Afwikkelingsbewind V.A. e.v.
  - democratieclausule V.H.1
  - fiscaal – GVII.3
  - kantonrechter VD
- Amtstheorie I.C.6, II.C.2.1
- Andere wettelijke rechten III.D.3
- Antillen II.A.3, V.K
- Assumptie III.A.5
- Auftrag I.C.8
- Auteursrecht III.C.10
  
- Beheer III.C
  - art. 3:170 BW III.C.3
  - einde – III.E.3
- Benoeming III.A.2
- Betrokken notaris III.B.2.4
- Bezit III.C.1
- Boedelberedderaar VI.B, IV.A.2
- Boedelbeschrijving III.4.2
- Boedelnotaris III.B.2.3
  
- Codicil III.A.2.2
  
- Delegatie V.G
  
- Eigenrechtstheorie I.C.3
- Erbschaftsteuer VII.B.5, VII.C.3, VII.G.6
- Erfrechtelijke verbintenis II.A.9, II.B.5, II.D.I, II.E, VIII.A
- Exécuteur testamentaire I.G, VII.D.4

Faillissement II.B.3, IV.A.7  
Freigabe III.E.3

Houder van penningen VII.D  
Huwelijksvermogensrecht III.D.2, IV.A.7.6

Informatieplicht III.D.6  
Inkomstenbelasting VII.B.7, VII.G.4  
samenloop successierecht VII.B.9  
Invorderingswet VII.E

'Joop en Toon' III.D.1.5

Kwaliteitsrekening II.C.4.2  
Kwijting en décharge III.E.5

Lastgeving II.A.6.6, II.D.3.2  
einde – II.D.3.2  
privatief II.D.3.2  
selbsteintritt II.D.3.2  
Legitieme portie II.D  
Legatenexecuteur III.C.7  
Levensverzekering III.C.9  
Lijkbezorging III.C.6.2  
Loon IV.C  
legitimaire massa IV.C.12  
omzetbelasting VII.B.12  
onkosten IV.C.10

Mandaat post mortem I.D  
mandat à effet posthume I.G.3  
postmortale volmacht II.A.4, II.E

Nader te noemen meester II.C.4.1, II.C.4.2.2

Onherroepelijke volmacht II.A.4  
Onzijdig persoon V.F.6  
Opdracht II.A.6.5, II.D.3.1  
aanwijzingsbevoegdheid II.D.3.1  
beloning II.D.3.1  
einde III.E  
onkosten II.D.3.1  
opzegging II.D.3.1  
rekening en verantwoording II.D.3.1  
Ouderlijke boedelverdeling III.D.5  
Overgangsrecht VI.A  
art. 4:145 BW IV.B.5  
art. 4:147 BW IV.A.10  
loon IV.C.14

Pflichtteil III.D.1.2.2  
Possession III.C.1  
Principles (van executele) VIII.B  
Privatieve lastgeving I.G.4, I.G.5, II.C.2.2, III.C.4  
Procesrecht III.D.8

Quasi-executeur II.A.7  
Quasi-legaat II.A.5  
Quasi-overeenkomst II.A.6, II.A.10, II.E, VIII.B  
Quasi-saisine II.A.6.2  
Quasi-wettelijke verdeling V.H.2  
fiscaal VII.G

Rekening en verantwoording III.D.4

Schulden van de nalatenschap III.C.5, IV.A.7.2  
Selbsteintritt III.C.7  
Stemrecht (op aandelen) III.C.4  
Subrogatie III.A.5  
Successierecht II.B.2.6, VII. B.8, VII.C.4, VII.F.2, VII.G.5, VII.G.7, VIII.G

Tabellenstreit IV.C.6  
Te gelde maken IV.A.7  
toestemming IV.A.7.5  
overleg IV.A.7.4  
Teilungsanordnung V.F  
Testamenteir bewind V.A., V.D.1  
Testamenteire last III.C.6, V.F.3  
Testamentsvollstrecker I.C, III.C.7.1, IV.A.5, VIII.D  
Testamentsvollstreckerzeugnis III.D.7.2  
theorienstreit I.C  
Testamentuitvoerder I.D, IV.A.3, VII.B.2  
Theorie 'des neutralen Handelns' I.C.4  
Transmortale volmacht II.A.4, II.D  
Treuhandtheorie I.C.5  
Trias Politica III. B.2.7  
Trust I.G.5, VIII.B  
- à la Française I.G.5

Uiterste wilsbeschikking II.A.2  
inzage - III.8.3  
Umsatzsteuer VII.B.12

Verbindende eenzijdige belofte II.A.6.3  
Vereenvoudigde overeenkomst-constructie II.A.6.4  
Vereffening III.D.4  
- ouderlijke boedelverdeling/Wettelijke verdeling III.D.5  
'ruimschoots voldoende' III.D.4.1  
loon vereffenaar IV.C.13  
Verfügungsbefugnis/Verfügungsmacht IV.A.5, IV.A.6

Verklaring van executele III.D.7  
Vermogen III.C.8  
Vertretertheorie I.C.2  
Verwaltung III.C.1  
Volmacht II.A.4  
    bekrachtiging – II.D.4  
    bewijs II.D.4  
    einde – II.D.4  
    handelingsonbekwaamheid II.D.4  
    instaan II.D.4  
    nader te noemen meester II.D.4  
    ondervolmacht II.D.4  
    onherroepelijk II.D.4  
    Selbsteintritt II.D.4  
    stilzwijgend II.D.4  
Vormundgericht V.D.4  
  
Wettelijke verdeling III.D.5  
Willensvollstrecker I.F  
    de drie modaliteitenleer van Künzle I.F.4.1  
    loon (fiscaal) VII.B.3  
    verfügungsmacht IV.6  
Woonplaatskeuze VII.C.4.3  
  
Zorgvuldigheidsbeginsel III.C.3

# Jurisprudentieregister

## *Nederlandse Rechtspraak*

### *Hoge Raad*

- 19 april 1861, W 2268 III.C.7  
4 maart 1881, W 4622 III.C.7  
2 januari 1903, PW 9536 VII.G.8  
15 december 1905, W 8315 IV.C.7, VII.B.6  
10 mei 1907, PW 10055 VII.E  
30 september 1925, PW 12040 V.G  
18 juni 1926, NJ 1926, p. 1132 III.A.5  
22 januari 1931, NJ 1931, 382 V.F.6  
24 februari 1933, NJ 1933, 645 (Bünker/Amsterdamsche Bank;  
EMM) III.C.2, III.D.1, IV.A.1, VIII.D  
24 april 1940, B 7152 VII.B.7  
25 juni 1946, NJ 1946, 503 III.C.6  
2 juni 1961, NJ 1961, 410 V.F.6  
24 januari 1964, 460 (Viruly/Kindt) I.C.9  
2 maart 1966, BNB 1966/106 V.G  
25 januari 1977, NJ 1977, 362 (Hoge Valksedijk) I.C.9  
11 maart 1977, NJ 1977, 521 (Kribbebijter) II.C.2, II.D.3  
7 april 1978, RvdW 1978, 44 III.A.3  
7 april 1978, NJ 1978, 624 III.D.8  
16 september 1981, BNB 1981/296 VII.B.1  
26 november 1982, NJ 1983, 442 IV.A.7  
2 november 1983, BNB 1984/47 VII.B.12  
9 mei 1984, BNB 1984/236 VII.B.8, VII.B.9  
11 mei 1984, NJ 1985, 374 (Verhoeven/Peeters) III.C.7, VII.G.7  
15 januari 1988, NJ 1988, 888 IV.C.8  
9 september 1988, NJ 1989, 239 (Erven van der Kammen) V.D.3  
2 juni 1989, NJ 1990, 253 (Christenhusz/Brunsveld) I.C.9  
29 september 1989, NJ 1990, 307 (Van Spijk-Beeldrecht) II.D.3  
11 september 1992, NJ 1992, 730 II.B.3, IV.A.7



16 september 1992, BNB 1992/384 VII.B.I  
 16 maart 1994, BNB 1994/179 VII.C.4  
 18 maart 1994, NJ 1995, 410 (Van Tholen/Nationale  
 Nederlanden;WMK) III.C.2, III.D.2  
 8 februari 1995, BNB 1995/105 III.D.2  
 7 april 1995, NJ 1996, 486 (Vossen-Swinkels) III.D.1  
 15 september 1995, NJ 1996, 629 IV.A.8  
 17 januari 1996, BNB 1996, 112c (Tenzij-clausule) III.D.1,V.G,V.H.1,  
 VII.G.2  
 19 januari 1996, NJ 1996, 617 (Rensing-Polak I) III.D.1  
 28 maart 1997, NJ 1997, 454 (Wisman/Trijber) II.D.3  
 23 mei 1997, NJ 1998, 192 II.D.3  
 8 september 2000, NJ 2001, 604 III.D.8  
 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.; HJS) II.C.2, II.C.4  
 20 december 2002, NJ 2003, 325 II.D.3  
 13 juni 2003, NJ 2004, 196 (ProCall; WMK) II.A.8, II.C.2, II.C.4  
 18 juni 2004, NJ 2004, 399 III.D.1  
 13 mei 2005, Notafax 2005/129 III.E.4  
 7 oktober 2005, BNB 2005/375 VII.C.4  
 27 januari 2006, BNB 2006/135 VII.C.4  
 3 februari 2006, BNB 2006/152 VII.A.3  
 14 april 2006, JOL 2006, 238 (Redaco/Multiwal) II.C.4  
 19 januari 2007, Notafax 2007/21 II.D.2  
 26 januari 2007, Notafax 2007, 32 IV.A.7  
 13 juli 2007, LJN: BA7971 (Bank of America-ABN AMRO Bank NV ('La  
 Salle') VIII.H.

### *Gerechtshoven*

Amsterdam 26 oktober 1926, NJ 1950, 196 III.B.2  
 Amsterdam 8 september 1994, NJ 1995, 700 IV.A.2, IV.A.7, VI.B.7, VI.B.15  
 Amsterdam 12 maart 1998, WPNR (1998) 6336 IV.A.2  
 Den Bosch 8 juli 1998, Kort Geding 1998, nr. 1495 III.D.4  
 Den Bosch 20 maart 2001, NJ 2002, 67 III.D.4  
 Arnhem 24 januari 2002, Notafax 2002/104 VII.G.7  
 Amsterdam 16 mei 2002, nr. 1050/01 III.B.2  
 Amsterdam 5 februari 2004, Notariaat Magazine 2004, nr.4, p. 9 III.B.2  
 Den Bosch 16 juni 2004, Notafax 2004/209 VII.G.7  
 Amsterdam 1 juli 2004, JBN 2005, nr. 18 IV.A.8  
 Den Haag 25 mei 2005, LJN: AW 7422, AW 7448 III.C.3  
 Amsterdam 30 juni 2005, NJF 2005, 402 II.D.3, III.C.3, IV.A.7  
 Amsterdam van 24 november 2005, LJN: AU 7278 III.D.1  
 Amsterdam van 8 december 2005, LJN: AU 8187 III.B.2  
 Arnhem 27 december 2005, NJF 2006, 153 IV.A.8  
 Den Bosch 3 januari 2006, Notafax 2006/46 IV.B.3  
 Den Bosch, 31 januari 2006, LJN: AW2564 II.A.4, II.C.4, III.C.2, III.C.3  
 Amsterdam, 16 maart 2006, LJN: AV 6822 III.B.2  
 Amsterdam 18 mei 2006, rekestnummer 1106/05 NOT III.B.2  
 Den Haag, 2 augustus 2006, Notafax 2006/298 III.D.4  
 Amsterdam, 5 oktober 2006, RN 2007, 2 III.A.1, III.B.2

Amsterdam 19 oktober 2006, Notafax 2006/262 III.D.4  
Den Haag 1 november 2006, EstateTip Review 2006-42 IV.A.1, V.D.1  
Den Bosch 7 november 2006, Notafax 2007/112 III.C.3, IV.A.7  
Den Bosch 21 november 2006, LJN: AZ4506 III.E.2  
Den Haag 6 december 2006, Rekestnummer 1070-H-05 III.D.5, III.D.6  
Den Bosch 27 februari 2007, LJN: BAO869 III.A.1  
Amsterdam 22 maart 2007, RN 2007,60 III.B.2  
Amsterdam 22 maart 2007, LJN: BA2131 III.B.2  
Amsterdam 22 maart 2007, Notafax 2007/95 III.C.7  
Leeuwarden 9 mei 2007, Notafax 2007/126 IV.C.8  
Arnhem 19 juni 2007, Notafax 2007/170 III.D.4, III.D.5

### *Rechtbanken*

Utrecht 3 april 1907, PW 9986 IV.C.7, VII.B.6  
Amsterdam 11 oktober 1929, NJ 1930, 41 I.B.6  
Arnhem 27 april 1939, NJ 1940, 570 III.E.5  
Haarlem 30 maart 1943, NJ 1943, 857 I.B.6  
Roermond 26 februari 1987, NJ 1988, 249 III.C.4  
Zutphen 4 februari 2003, Notafax 2003/27 III.D.4  
Maastricht 3 december 2003, Notafax 2003/286 IV.B.5.  
Assen 9 februari 2005, NJF 2005, 150 I.B.6, III.B.2  
Zwolle 25 april 2005, Notafax 2005/99 III.D.1  
Arnhem 14 december 2005, Notafax 2006/40 III.D.1, IV.A.8  
Roermond 17 augustus 2005, NJF 2005/360 IV.B.4  
Den Haag 17 augustus 2005, zaaknummers: 219342 en 227927,  
rolnummers: 04-1228 en 04-2996 III.E.4, IV.A.8  
Zwolle 13 januari 2006, Notafax 2006/22 V.D.5  
Zwolle-Lelystad 18 januari 2006, Notafax 2006/118 III.E.4  
Rotterdam 22 maart 2006, NJF 2006, 583 III.D.8, VII.C.4  
Zwolle (voorzieningenrechter) 2 augustus 2006, LJN: BA8931 VIII.B  
Haarlem 13 september 2006, LJN: AY8287 III.D.5  
Den Haag 11 oktober 2006, Notafax 2006/243 IV.A.2, V.J.1  
Zwolle (voorzieningenrechter) 12 oktober 2006, Notafax 2007, 164 III.D.7  
Dordrecht 17 oktober 2006, Notafax 2006/246 II.D.4  
Arnhem 1 november 2006, Notafax 2006/298 III.E.4  
Arnhem (voorzieningenrechter) 19 juni 2007, LJN: BA9083 VIII.A

### *Sector Kanton*

Zwolle, sector kanton, 7 juli 2003, NJ Kort 2003, 82 III.D.4, V.D.5  
Leeuwarden, sector kanton, 10 oktober 2003, Notafax 2004/118 III.A.5  
Zwolle, sector kanton, 28 oktober 2004, LJN: AR4899 IV.A.7  
Maastricht, sector kanton, 13 januari 2005, EstateTip Review 2005-  
26 II.B.4  
Zwolle, sector kanton, 31 maart 2005, Notafax 2005/75 IV.A.7  
Haarlem, sector kanton, 2 mei 2005 en 13 juni 2005, Praktijkgid 2005/  
142 III.D.6  
Zwolle, sector kanton, 2 december 2005, Notafax 2006/23 IV.A.7  
Arnhem, sector kanton, 27 juli 2006, Notafax 2006/186 III.D.4  
Leeuwarden, sector kanton, 6 februari 2007, Notafax 2007/37 III.E.2

*Kamers van Toezicht*

KvT Arnhem 2 maart 2004, nr. 07.831.1/29 III.A.3  
KvT Almelo 11 mei 2005, EstateTip Review 2005-34 IV.B.6

*Belgische rechtspraak*

Hof van Cassatie 28 april 1994 (De Brouwer/De Brouwer) I.D.4  
Hof van Beroep Gent 9 april 1952, Tijdschrift voor notarissen 1952,  
p.199 IV.C.3,VII.B.2  
Hof van Beroep Antwerpen 29 juni 1998, TBBR/RGDC 99/4 IV.C.3

*Duitse Rechtspraak*

Bundesverfassungsgericht 19 april 2005, DNotz 2006-60 III.D.1

BFH 2 februari 2005, FamRZ 2005/13 VII.B.1,VII.B.5,VII.B.10  
BFH 7 september 2006, ZEV 2007/1 VII.B.12

BGH 2 oktober 1957, BGHZ 25, 275 en 279 I.C.7  
BGH 11 november 2004, Zerb 2005/65 II.D.3  
BGH 26 januari 2005, ZEV 2005/5 IV.B.1  
BGH 11 mei 2006, IX ZR 42/05, FamRZ 2006/15 II.B.3  
BGH 18 april 2007, ZEV 2006/7 I.C.8

OLG Bay 8 juni 2001, FamRZ 2001/14 V.H.1  
OLG Hamm 23 maart 2004, ZEV 2004/7 III. D.7  
OLG Bay 15 september 2004, FamRZ, 2004/11 III.E.2  
OLG Hamm 20 september 2005, FamRZ 2006/8 III.D.1  
OLG Karlsruhe 20 oktober 2005, ZEV 2006/7 I.C.8





# SUMMARY

## **From executor to Testamentsvollstrecker to afwikkelingsbewindvoerder:**

### **his true nature, civil and fiscal**

#### **An investigation into the principles of execution as an inheritance law obligation**

##### *The three principles underlying execution*

The central research question was: what is the *true nature* of execution according to the new Dutch inheritance law? In the author's view, considering this matter in terms of an '*inheritance law obligation*' in combination with the external comparison outlined in Ch. I (Germany, Belgium, Switzerland and France) has brought the true nature of execution to the surface.

The inheritance law obligation with regard to execution does not become effective until the moment of death. Section 4:143 of the Dutch Civil Code provides a characterisation of execution in the [testator's] last will and testament as the executor's '*acceptance* of his appointment *after* [that testator's] *death*.'

In terms of an inheritance law obligation, execution is three-tiered; one or the other of the layers may manifest itself more, depending on the underlying point of law. It is always important to underline the point of law in question. The principle of the *privative mandate* constitutes the *binding factor*. If one makes the step from 'layer' to principle, it can be concluded that the trident of execution rests on the following three *principles*:

I. the obligations law principle of the *quasi-contract* of *instruction/mandate* (internal); Ch. II.A;

Where the inheritance law species provisions do not provide an answer, a solution to issues that may arise in the internal relationship between the testa-

tor/heirs on the one hand and the executor on the other may be found in conjunction with the rules of *contract law*, i.e. the rules of *instruction/mandate*. However, this does not turn execution into a contract but into a 'quasi-contract', since there is no binding aspect yet during the testator's life. It is the *testator* who has 'offered' to enter into the legal relationship in question.

Against this background, there is the matter of whether an executor is entitled to expenses during the fulfilment of his tasks, for example. The rules of instruction/mandate may clarify this: see section 7:406 subsection 1 of the Dutch Civil Code. Another issue is the '*principle of due care*' that applies to any party that accepts a mandate, so also to the executor. In bridging the gap between unilateral acts of inheritance law and contract law it should also be noted that in principle, on the one hand a legal concept like a mandate is a unilateral legal act, just like a last will and testament, whereas on the other, this can usually be incorporated into, for example, a mandate agreement. In line with this it is hardly surprising, therefore, that according to contract law, the execution quasi-contract is on the border line between a last will and testament and an agreement.

II The law of property principle of heirs having *no power of disposition* the *administrative* aspect, Ch II B,

For execution to function well the heirs should have *no power of administration* and disposition. While the estate is being settled the heirs should get in the executor's way as little as is possible. A rule of *no power of disposition* as provided in section 4:145 subsection 1 of the Dutch Civil Code has the required (far-reaching) *private effect* on execution.

In line with this administrative aspect a connection may be made also between execution and the opening of a *designated account*. Under some conditions, an account that is administered by the executor, which contains the money that belongs to the estate, may be seen as a designated account. By depriving the statutory heirs of their power of disposition and giving the representative some liberties to act, a form of relative '*dual ownership*' ensues: a legal concept not unlike a trust, even if the executor does not de iure become the rightful owner of the cash.

Also in line with the administrative aspect of execution, the executor's power of disposition may be added to by the *administration of the estate*, giving him the authority to *divide* the estate *independently*. Under our law, this possibility is provided in section 4:171 of the Civil Code. This administration of the estate can also be part of the executor's testamentary encumbrance as provided in section 4:130 of the Dutch Civil Code. In this way, the executor may be charged with dividing the estate in a specified manner, for example.

III The contract law principle of *direct* representation of the *testator* (external), Ch II C

In solving the various issues surrounding the position of the executor it is always important to realise that an executor should not be seen as a representative of the heirs but as the *testator's representative*.

For our current Dutch inheritance law, section 4:145 subsection 2 of the Dutch Civil Code has been 'corrected' by the provisions in section 3:77, in which representation is lifted from the level of the heirs to the level of the testator.

In view of the inheritance law principle of '*Gleichgültigkeit*', the link between the 'in the name of'-requirement of direct representation and the executor's activities as carried out 'in his own name' may be laid through the representative law principle of acting for a '*yet to be further specified master*', as provided in our system in section 3:67 of the Dutch Civil Code. After all, 'immediately' after the testator is deceased it (may) not be clear who his/her legal successors are. In many cases the heirs have yet to be found or may still be 'making up their mind' about whether or not they will accept their inheritance. In the inheritance law context of execution, the concept of acting on behalf of a yet to be further specified master can be read as: acting on behalf of yet to be specified legal successors by universal title of the master according to inheritance law.

Another example of an important representation law provision in title 3.3 that is applicable to execution is section 3:75 of the Dutch Civil Code concerning the 'notarial record' of the termination of a mandate. After all, in legal matters it is not always clear in practice when the administration of an executor has ended or whether '*Freigabe*' has taken place. The notarial profession can play a significant part in the 'publication' of this.

A test of the correctness of the three layers that were found was most effective in the study of the authority of the executor to *convert* the goods in the estate *into cash*, Ch. IV.A. This did not just show the great significance of the conclusion that an executor *represents the testator*, not the heirs; the difference between the *internal* and *external* contract law aspects of the *quasi-contract* also became quite apparent now that the lack of an internally functioning permission did not automatically deprive the executor of his representative power. Besides this, the analysis of the position of a *bankrupt* heir also brought to the surface the significance of the *administrative aspect* of execution.

#### *Synchronisation of European inheritance law administration*

Naturally, legal cross-pollination does not just affect inheritance law and general property law but also European systems of inheritance law. The Dutch executor learns from the bottlenecks and the strong points found among European executors; European executors can learn (much) from (the true nature of) the Dutch executor. This applies even more now that Meijers has made the first move towards a contemporary inheritance law that is a product of all kinds of European inheritance law through its European outlook, which makes it easily exportable, but that also constitutes inheritance law embedded in a contemporary *general property law*: a domain almost indispensable to executors. On the assumption that European countries are starting to modernise their largely classical systems of inheritance law, in the way that Germany, or the Netherlands and France, have recently done, chances are that inside Europe, the systems of the various countries will grow closer. The main issue in this process is how the inheritance law sys-



tems deal with the executor's most important opposite number: *the statutory heir*. Inheritance law modernisation usually entails the contract law demarcation of the legitimate portion; in principle, this means a strong executor. This is especially true where, as was provided in our system in section 4:82 of the Dutch Civil Code, the legitimate portion for the benefit of spouses and other 'life partners' can be made *not immediately claimable* even independently from these surviving spouses' financial position.

Increasingly, an executor will have to work cross-border because of assets being located abroad; accordingly, the significance of having a *certificate* with which a *European administrator of inheritance law* can legitimise himself is growing. If, in pursuance of section 4:187, which is so important for the Dutch legal system, this European certificate for execution may be relied upon, the first step in the harmonisation process for European inheritance law will have been made; see Ch. III.D.7. As such, on the European level the third principle (the external contract law aspect) in combination with the protection of justifiable reliance is most important.

Once again: the assumption here is that, on the level of the issuing of a certificate, the hurdle of the statutory heir has already been taken; after all, the power of execution is dependent on the power of the executor's opponents. If the European opponents become weaker, as is the case in a European climate that is coming to rely increasingly on obligation law, the European inheritance law administrator becomes stronger as a result, which enhances the opportunities for harmonisation.

In the framework of *administration* an executor's main activity, besides executing the last will and testament, is to collect claims, mainly bank balances, so as to pay the '*debts of the inheritance*'; see sections 3:170 and 4:144 of the Dutch Civil Code.

Where this has not already taken place, it should not be too complicated to synchronise concepts such as '*beheer, Verwaltung* or *possession*' on a European level. A next step is for the authority to convert (immovable) property into cash in order to pay the inheritance law debts out of the proceeds thereof to be acknowledged, always assuming that the 'statutory heir' will no longer manifest himself as an obstructionist. The third step could be for an estate administrator to be given independent authority to divide an estate; however, this would obviously surpass a mere simplification of the settlement of an international estate through the introduction of a European administrative inheritance law certificate.

#### *Six bottle necks removed – beyond the Testamentsvollstrecker*

Not just the true nature of execution was researched: this study has also investigated to what extent the (many) *bottle necks* with regard to execution under the old inheritance law have disappeared with the arrival of the new. The six bottle necks listed in the introduction were considered, sometimes directly, sometimes less so:

a. The mystical term '*possession*' in section 4:144 of the Dutch Civil Code was replaced by the term '*administration*' as intended in section 3:170 of the Dutch

Civil Code; see Ch. III.C. Transitional law has taken this into account in section 133 of the Transitional Act. Execution under the new inheritance law is clearly described in part 4.5.6 of the Dutch Civil Code, including the authority to convert goods into cash provided in section 4:147 of the Dutch Civil Code. The embedding in the *layered structure* ensures the entry to general property law that is so indispensable. The depraved ‘*boedelberedderaar*’ is not really at home in new inheritance law, however, nor does transitional law really accommodate this unusual legal concept. The notarial profession may remedy the ‘*boedelberedderaar*’ bottle neck as quickly as possible by pointing out to future testators that such appointments should be revoked wherever possible, to be replaced by an administrative executor and/or an estate administrator. See Ch.VI.B.

b. The strong property-legal position of the statutory heir under the old inheritance law has disappeared under the new. The legitimate portion is not just of a contract law nature: under specific circumstances it is also *not immediately claimable*, section 4:82 of the Dutch Civil Code. The ruling of the Netherlands Supreme Court of 24 February 1933, NJ 1933, 645 no longer applies under the new inheritance law. Sections 4:72 and 4:73 of the Dutch Civil Code show that execution under the new inheritance law does *not* yield *inferior* acquisition. Administration of an estate does, however. However, because of the changed nature of the legitimate portion under the new inheritance law, basically this does not affect the position of the estate administrator. For the *seven weak points* of the new legitimate portion see Ch. III. D.1.3.

c. Section 4:202 of the Dutch Civil Code provides that under the new inheritance law, the position of the executor cannot be undermined through mere *beneficiary acceptance*; Ch. III.D.4. Also in view of the first legislation the legislator has succeeded in this respect.

d. Sections 4:144 and 4:145 of the Dutch Civil Code show that under the new inheritance law, the administration of the executor is *private*, and in line with this, that the heirs have no power of disposition, Chs. III.C and IV.B.

e. The legal provision regarding remuneration under the new inheritance law can no longer be ‘manipulated’ and is no longer ‘unworkable.’ Only the term ‘*capital*’ in section 4:144 subsection 2 of the Dutch Civil Code may still give rise to questions. It would be wise to define this concept further in the last will and testament, Ch. IV.C.

f. In section 20 of the Notaries Act it is explained that the appointment of a civil notary as executor will not result in illicit favouritism. The notary-executor is a *party*-notary whereas the estate civil-law notary is impartial, Ch. III.B.

In short, all the bottle necks that existed in regard to execution under the old Dutch system of inheritance law have been solved under the new system. As such, the position of the Dutch executor-estate administrator may be termed a strong one, Ch.V.

The German Testamentsvollstrecker is seen as one of the most powerful 'executors' in the world. In the author's view, the current study has shown that the Dutch executor-estate administrator has surpassed the Testamentsvollstrecker and taken the lead, in any case in Europe. With a view to this, not just inheritance law provisions such as sections 4:63, 4:72, 4:73, 4:82, 4:130 and in particular 4:171 are significant, but also the pillars of general property law as provided in sections 3:67, 3:77, 3:168, 3:170 and 7:423 of the Dutch Civil Code; however, the main significant fact is that under the new inheritance law, the executor has actually been imbued with a 'true nature' based on which an answer may be given to a relevant point of law.

### *Fiscal position*

In the author's view, the fiscal part of this study has shown that in Dutch tax law, the three principles of execution have been retained, Ch.VII. Section 44 of the State Taxes Act is very telling in this respect: even the 'testator lives' principle has been codified in this. This provides a fiscal application of section 3:77 of the Dutch Civil Code in this respect, i.e., the executor represents the testator, not the heirs.

The quasi-*contract idea* was followed not just for the VAT issue, but also for the inheritance- and income tax aspects of the *remuneration*.

Inspiration for a new approach to the field of tension regarding the concurrence of inheritance tax and income tax in respect to the ('*unangemesene*') executor remuneration may be found in the novel perspective taken by the German Bundesfinanzhof on this matter.

Application of the quasi-*contract idea* has also created access to the anti-cumulation rule of section 33 subsection 1 under 9 of the Inheritance Tax Act of 1956, which was written in respect of the gift.

The *administrative aspect* of execution was considered again in section 19 of the Collection of State Taxes Act of 1990, which provides for '*houders van penningen*', a qualification shown to be applicable to executors also in parliamentary history.

In principle, also in view of the provisions in section 3:79 of the Dutch Civil Code, the civil law qualification of the executor is followed also in fiscal respect, although it should not be forgotten that, in view of the administrative law nature of tax law, this area of the law naturally also has its own rules that purport to safeguard the levy on the one hand and protection of the tax payer as an individual on the other. This entails that the *privative* effect of execution may be broken in *fiscalibus*. With a view to this aspect, this was a reason to consider the '*fiscal moral rights*' of the heirs liable to pay tax.

Interesting also is the German fiscal legal principle that a Testamentsvollstrecker does not have more fiscal obligations than are compatible with his civil law powers of disposition.

Also in tax law, in regard to the position of the executor the issue of representation and/or own rights is a thorny one. It is important always to distinguish between (fiscal) external representative authority and internal legal relationships.

### *Conclusion*

A powerful executor such as the Dutch one will derive his strength from the proper middle course, i.e. *both* representation and personal rights, but will mainly stay on the representative path. A lot of 'own right' may seem to give the executor power at first view, but results in problems in relation to the question who should be liable for his actions. Classical representation alone will not suffice, either, since this will not serve to properly explain activities carried out against the heirs' will.

In a system with a strong executor based on an 'official right', as seen in Germany, the need for the testator and/or the heirs to grant (irrevocable) mandates *post mortem* continues. This need for a '*Vollmachtlosung*' is understandable, after all, representation *post mortem* is part of the essence of execution and cannot be separated, or so the Dutch legislator rightly concludes, from his functioning in accordance inheritance law.

As such, the hidden meaning of the executor's true nature should never be forgotten: his domain entails not just 'own rights' but also 'representation', i.e. a *privative mandate* in accordance with inheritance law: a semi-contractual 'trust-like' legal concept unavoidable in inheritance law in Europe. The '*verdrangende Vollmachtlosung*' has been incorporated.

However, the main thing is that any system should always be aware that the executor represents the *testator* and 'no-one else'. At least the Dutch legislator has thoroughly realised this in section 3:77 of the Dutch Civil Code and made it the source of inheritance law reliance.

*Vertaling* Karin H.M. van den Berg, verbonden aan het UTN  
(Universitair Taal- en Communicatiecentrum Nijmegen)



# ZUSAMMENFASSUNG

## Vom Exécuteur testamentaire über den Testamentsvollstrecker zum Afwikkelingsbewindvoerder

### Sein wahres Gesicht, zivilrechtlich und steuerlich

#### Eine Untersuchung der Grundlagen der Ernennung zum Testamentsvollstrecker [nach dem neuen niederländischen Erbrecht] als erbrechtliche Verpflichtung

##### *Die drei 'Prinzipien' der Testamentsvollstreckung*

Im Mittelpunkt der Untersuchung stand die Frage nach der *wahren Natur* der Anordnung der Testamentsvollstreckung nach neuem niederländischen Erbrecht. Durch die Verwendung von Begriffen wie *'erbrechtliche Verpflichtung'* in Kombination mit dem externen Rechtsvergleich in Kapitel I (Deutschland, Belgien, Schweiz und Frankreich) ist meiner Meinung nach die wahre Natur der Anordnung der Testamentsvollstreckung deutlich geworden.

Die erbrechtliche Verpflichtung 'Testamentsvollstreckung' entsteht erst zum Zeitpunkt des Todes. Artikel 143 Band 4 BW [niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch] macht den Unterschied zwischen einer Vereinbarung und der Testamentsvollstreckung als letztwilliger Verfügung *'Annahme seiner Ernennung nach dem Tode'*

Die erbrechtliche Verpflichtung Testamentsvollstreckung gliedert sich in drei Ebenen, wobei eine Ebene, je nach sachgegenständlicher Rechtsfrage, manchmal von größerer Bedeutung als eine andere ist. Daher ist grundsätzlich die Analyse der sachgegenständlichen Rechtsfrage von Bedeutung. *Bindglied* ist das Prinzip der *privativen Beauftragung*. Unternimmt man den Schritt von 'Ebene' hin zu Prinzip, kommt man zu der Schlussfolgerung, dass der Trident Testamentsvollstreckung auf den drei folgenden *'Prinzipien'* beruht.

## I Das im Schuldrecht enthaltene Prinzip der *Quasi-Vereinbarung* über einen *Auftrag/Beauftragung* (intern), Kapitel II A

Für die Beantwortung von Fragen bezüglich des internen Verhältnisses zwischen Erblasser/Erben einerseits und Exécuteur andererseits können die Vorschriften des *Vertragsrechts*, d. h., die Vorschriften bezüglich *Auftrag/Beauftragung* in Fällen herangezogen werden, in denen das Erbrecht nicht weiterhilft. Dadurch wird die Anordnung der Testamentsvollstreckung jedoch noch nicht zu einer Vereinbarung, sondern zu einer 'Quasi-Vereinbarung', da es zu Lebzeiten des Erblassers noch keine Verpflichtung gab. Es ist der Erblasser, der das 'Angebot' zum Eingehen eines Rechtsverhältnisses unterbreitet hat.

In diesem Zusammenhang kann man z. B. an die Frage denken, ob ein Exécuteur Anspruch auf den Ersatz seiner ihm durch die Ausübung seiner Tätigkeiten entstehenden Unkosten hat. Hier können die Vorschriften bezüglich des Auftrags/der Beauftragung herangezogen werden (siehe Artikel 406 Band 7, Absatz 1 BW). Weiterhin ist an die 'Sorgfaltspflicht' zu denken, die für jeden Auftragnehmer und daher auch für den Exécuteur gilt. Geht es darum, Brücken zwischen einseitig erbrechtlichen Rechtshandlungen und dem Vertragsrecht zu bauen, darf man auch nicht vergessen, dass z. B. im niederländischen allgemeinen Vermögensrecht die Vollmacht als Rechtsfigur genau wie die letztwillige Verfügung einerseits eine einseitige Rechtshandlung ist, jedoch andererseits vielfach z. B. in eine Vereinbarung der Beauftragung inkorporiert wird. Es erstaunt daher nicht, dass sich in der erbrechtlichen Verlängerung dieser Praxis die Quasi-Vereinbarung der Anordnung der Testamentsvollstreckung auf der Grenze zwischen einer letztwilligen Verfügung und einer Vereinbarung befindet.

## II. Das im Guterrecht enthaltene Prinzip der *Nicht-Verfügungsberechtigung* der Erben, der *Verwaltungsaspekt*, Kapitel II B

Wenn die Testamentsvollstreckung reibungslos vonstatten gehen soll, dürfen die Erben *keine* Verwaltungs- und Verfügungsberechtigung haben. Die Erben sollten den Exécuteur bei der Auseinandersetzung des Nachlasses möglichst wenig 'behindern'. Eine '*beschikkingsonbevoegdheidsregel*' [Nicht-Verfügungsberechtigungs-Vorschrift], wie sie im niederländischen System in Artikel 145 Band 4, Absatz 1 BW enthalten ist, hat die erforderliche (weit gehende) *privative Wirkung* der Anordnung der Testamentsvollstreckung zur Folge.

Man kann in der Verlängerung des Verwaltungsaspekts auch eine Verbindung zwischen Testamentsvollstreckung und dem *Anderkonto* herstellen. Ein vom Exécuteur verwaltetes Bankkonto für die zum Nachlass gehörenden Gelder kann unter Umständen als ein Anderkonto angesehen werden. Dadurch, dass den Berechtigten ihre Verfügungsberechtigung entnommen und dem Vertreter ein gewisser Handlungsspielraum zuerkannt wird, entsteht automatisch eine Art relative '*dual ownership*' bzw. eine der Treuhandschaft ähnelnde Rechtsfigur, obwohl der Exécuteur de jure keinen Anspruch auf das Bankguthaben hat.

Im Rahmen des Verwaltungsaspekts der Testamentsvollstreckung kann die Verfügungsberechtigung eines Executeur mit *'afwikkelingsbewind'* um die Befugnis zur *selbstständigen* Verteilung des Nachlasses erweitert werden. Im niederländischen Recht ist dies in Artikel 171 Band 4 BW vorgesehen. Diese Abwicklungsverwaltung kann dem Executeur auch durch testamentarische Auflage auferlegt worden sein. Diese Auflage ist in Artikel 130 Band 4 BW vorgesehen. So kann einem Executeur auferlegt werden, den Nachlass auf eine bestimmte Art und Weise zu verteilen.

### III. Das aus dem Schuldrecht stammende Prinzip der *unmittelbaren* Vertretung des *Erblassers* (extern) Kapitel II. C.

Bei der Beantwortung der Fragen bezüglich der Stellung des Executeurs muss man sich vor Augen halten, dass ein Executeur nicht als Vertreter der Erben zu sehen ist, sondern *als Vertreter des Erblassers*.

Im heutigen niederländischen Erbrecht wird Artikel 145 Band 4, Absatz 2 BW durch Artikel 77 Band 3 BW 'korrigiert'. In diesem wird die Vertretung von den Erben hin zum Erblasser verlagert.

Die Verbindung zwischen der unmittelbaren Vertretung aufgrund des 'im Namen des' und dem Handeln des Executeurs 'im eigenen Namen' kann in Anbetracht der erbrechtlichen *'Gleichgültigkeit'* über den vertretungsrechtlichen Ausgangspunkt des Handelns für einen *'näher zu benennenden Vollmachtgeber'*, wie er in unserem System in Artikel 67 Band 3 BW enthalten ist, hergestellt werden. Schließlich ist (noch) nicht immer 'sofort' nach dem Tod deutlich, wer die Rechtsnachfolger des Erblassers sind. Oft müssen Erben erst noch aufgespürt werden oder 'überlegen' noch, ob sie die Erbschaft annehmen werden. Das Handeln im Namen eines näher zu benennenden Vollmachtgebers kann im erbrechtlichen Kontext der Testamentsvollstreckung folgendermaßen zu verstehen sein: Handeln im Namen der näher zu benennenden Rechtsnachfolger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge des erbrechtlichen Vollmachtgebers.

Ein weiteres Beispiel für eine wichtige vertretungsrechtliche Bestimmung aus Titel 3.3, die auf die Testamentsvollstreckung angewandt werden kann, ist Artikel 75 Band 3 BW, der die 'notarielle Festlegung' des Ablaufs einer Vollmacht zum Inhalt hat. Schließlich ist es in der Praxis im Rechtsverkehr nicht immer deutlich, wann die Verwaltung des Executeurs endet, bzw. ob eine *'Freigabe'* stattgefunden hat. Das Notariat kann bei der diesbezüglichen 'Bekanntgabe' eine wichtige Rolle spielen.

Das Überprüfen des Zutreffens der drei identifizierten Ebenen fand vor allem im Rahmen der Untersuchung bezüglich der Befugnis des Executeurs, die Güter des Nachlasses *zu veräußern*, statt (Kapitel IV.A.). Hieraus ergab sich nicht nur die Bedeutung der Schlussfolgerung, dass ein Executeur *Vertreter des Erblassers* und nicht der Erben ist; darüber hinaus wurde auch der Unterschied zwischen den *internen* und den *externen* schuldrechtlichen Aspekten der *Quasi-Vereinbarung* deutlich, dass das nicht Vorhandensein einer intern wirksamen Zustimmung nicht automatisch zur Folge hatte, dass der Executeur nicht vertretungsberechtigt ist. Bei der Analyse der Stellung eines



*zahlungsunfähigen Erben* ergab sich wie von selbst auch die Bedeutung des *Verwaltungsaspekts* der Testamentsvollstreckung.

### *Synchronisierung der europäischen erbrechtlichen Verwaltung*

Die juristische Fremdbestäubung gilt nicht nur für das Erbrecht und das allgemeine Vermögensrecht, sondern selbstverständlich auch für das europäische erbrechtliche System. Der niederländische Executeur lernt aus den Engpässen und den Vorteilen, die es bei europäischen Testamentsvollstreckern gibt, während europäische Testamentsvollstrecker (viel) über den niederländischen Executeur (bzw. dessen wirkliche Bedeutung) lernen können. Dies gilt umso mehr, da Meijers eine Vorlage für ein modernes Erbrecht geliefert hat, das nicht nur aufgrund seiner europäischen Sichtweise auf die Materie ein Folge des Zusammenwirkens verschiedenster europäischer erbrechtlicher Ingredienzen ist, sondern auch ein Erbrecht, das darüber hinaus in ein modernes *allgemeines Vermögensrecht* eingebettet ist, was für Testamentsvollstrecker von großem Vorteil ist. Davon ausgehend, dass die europäischen Länder ihre oft traditionellen erbrechtlichen Systeme modernisieren werden, wie z. B. Deutschland es tun wird, bzw. die Niederlande und Frankreich es kürzlich bereits getan haben, besteht die Chance, dass sich die Systeme in Europa einander weiter annähern werden. In diesem Prozess ist vor allem wichtig, wie die erbrechtlichen Systeme mit dem wichtigsten Widerpart des Executeurs umgehen: dem *Pflichtteilsberechtigten*. Modernisierung des Erbrechts bedeutet oft ein Pflichtteil schuldrechtlicher Natur (Geldanspruch), was wiederum im Prinzip einen starken Executeur bedeutet. Dies gilt vor allem dann, wenn, so wie es in unserem System in Artikel 82 Band 4 BW der Fall ist, der Pflichtteil zugunsten von Ehegatten und sonstigen 'Lebenspartnern' *nicht unmittelbar einklagbar* ist und dies sogar unabhängig von der Vermögensposition dieses überlebenden Partners.

Ein Executeur wird im Zusammenhang mit Vermögensbestandteilen, die sich im Ausland befinden, stets öfter im Ausland operieren müssen, so dass es dementsprechend wichtiger wird, dass ein durch möglichst viele Länder anerkanntes *Zertifikat* (ein Zeugnis) eingeführt wird, mit dem sich der *europäische erbrechtliche Verwalter* ausweisen kann. Falls man, wie es in den Niederlanden mit dem für den Rechtsverkehr immens wichtigen Artikel 187 Band 4 BW der Fall ist, auf ein europäisches Zertifikat über die Anordnung der Testamentsvollstreckung vertrauen könnte, wäre der erste Schritt zu einem europäischen Harmonisierungsverfahren der erbrechtlichen Abwicklung der Hinterlassenschaft getan, Kapitel III.D.7. Auf europäischer Ebene ist deshalb das dritte Prinzip (der externe schuldrechtliche Aspekt) im Zusammenhang mit dem Schutz des berechtigten Vertrauens das Wichtigste.

Noch einmal: Ausgangspunkt ist, dass auf der Ebene der Ausstellung des Zertifikats das Hindernis Pflichtteilsberechtigter bereits aus dem Weg geräumt wurde. Denn nochmals: Die Stellung des Executeurs steht und fällt mit der Kraft seiner Gegenspieler. Werden die europäischen Gegenspieler schwächer, wie es im europäischen Umfeld, das sich stets mehr am Schuldrecht orientiert, der Fall ist, dann wird der europäische erbrechtliche Verwalter automatisch stärker und steigen die Aussichten auf eine Harmonisierung.

Die wichtigste Aufgabe eines Executeur, abgesehen vom Ausführen der letztwilligen Verfügung, ist es, im Rahmen seiner *Tätigkeiten* Außenstände einzutreiben, vor allem Bankguthaben um daraus die *'Schulden des Nachlasses'* bezahlen zu können. Siehe Artikel 170 Band 3 BW und Artikel 144 Band 4 BW.

Es dürfte nicht zu kompliziert sein, Begriffe wie *'Verwaltung'* oder *'Besitz'* auf europäischer Ebene zu harmonisieren, falls dies nicht bereits der Fall ist. Ein weiterer Schritt wäre dann, dass auch die Befugnis (unbewegliche) Güter zu veräußern, um mit dem Ertrag die Schulden des Nachlasses zu bezahlen, anerkannt wird. Auch hierbei ist der Ausgangspunkt, dass der *'Pflichtteilsberechtigte'* sich dabei nicht als Quertreiber verhalten kann. Der dritte Schritt könnte die selbstständige Verteilungsbefugnis eines *'Execteur-Afwikkelingsbewindvoorders'* sein; dies geht jedoch über die ledigliche Vereinfachung der Abwicklung eines internationalen Nachlasses mit einem europäischen Zertifikat über die erbrechtliche Verwaltung hinaus.

*Die sechs Engpässe sind aus dem Weg geräumt; über den Testamentsvollstrecker hinausgehend*

Es wurde nicht nur die wirkliche Bedeutung der Anordnung der Testamentsvollstreckung untersucht, sondern auch, inwieweit die (vielen) *Engpässe*, die unter dem alten Erbrecht auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung bestanden, durch das neue Erbrecht beseitigt wurden. Die in der Einleitung skizzierten sechs Engpässe wurden dabei direkt und indirekt behandelt:

a. Der mystische Begriff *'Besitz'* wurde in Artikel 144 Band 4 BW durch den Begriff *'Verwaltung'* im Sinne von Artikel 170 Band 3 BW ersetzt (siehe Kapitel III.C.). Das *'übergangsrecht'* [Übergangsrecht] berücksichtigt dies in Artikel 133 Übergangswet. Die Aufgaben des Executeurs im neuen Erbrecht sind in Abt. 4.5.6 BW deutlich umschrieben; dazu gehört die in Artikel 147 Band 4 BW enthaltene Befugnis, Güter zu veräußern. Diese Eingliederung in die aus *verschiedenen Ebenen* bestehende Struktur sorgt für den unentbehrlichen Zugang zum allgemeinen Vermögensrecht. Der entwurzelte *'boedelberedderaar'* [Nachlassabwickler] kann sich im neuen Erbrecht nur schwer eingewöhnen. Auch das Übergangsrecht eignet sich nicht dazu, diese außergewöhnliche Rechtsfigur einzugliedern. Notare können diesen Engpass *'Nachlasspfleger'* schnellstmöglich beseitigen, indem sie Erblassern zukünftig empfehlen, entsprechende Ernennungen zu widerrufen und eventuell durch Ernennung eines Verwaltungs-Executeurs und/oder Afwikkelingsbewindvoerder zu ersetzen (siehe Kapitel VI.B.).

b. Die starke vermögensrechtliche Stellung, die der Pflichtteilsberechtigte im alten Erbrecht hatte, hat er im neuen Erbrecht nicht mehr. Der Pflichtteil ist nicht ausschließlich schuldrechtlicher Natur, sondern unter Umständen auch *nicht sofort einklagbar*, Artikel 82 Band 4 BW. Das Urteil des Hoge Raad [niederländischer Oberster Gerichtshof] vom 24. Februar 1933, NJ [Nederlandse Jurisprudentie]1933, 645 gilt im neuen Erbrecht nicht mehr. Aus Artikel 72 Band 4 und Artikel 73 Band 4 BW geht hervor, dass eine Anordnung der Testamentsvollstreckung unter neuem Erbrecht im Gegensatz zum *'afwikkelingsbewind'* keinen *inferieure verkrijging* (nachgeordneten Erhalt) au-

slöst. Aufgrund der geänderten Stellung des Pflichtteils im neuen Erbrecht berührt dies die Stellung des Afwikkelingsbewindvoerder im Prinzip jedoch nicht. Bezüglich der *sieben Schwachstellen* des neuen Pflichtteils siehe Kapitel III. D.1.3.

c. Artikel 202 Band 4 BW sagt aus, dass man unter dem neuen Erbrecht durch ausschließlich *Annahme* mit beschränkter Haftung, die Position des Executeurs nicht beeinträchtigt, Kapitel III.D.4.

Dieses Ziel hat der Gesetzgeber, auch angesichts erster ergangener Urteile, erreicht.

d. Aus Artikel 144 Band 4 BW und Artikel 145 Band 4 BW geht hervor, dass die Verwaltung des Executeurs unter dem neuen Erbrecht *privativ* ist und die Erben nicht verfügungsberechtigt sind, Kapitel III.C und Kapitel IV.B.

e. Die gesetzliche Regelung der Entlohnung ist im neuen Erbrecht nicht mehr 'manipulierbar' und 'unausführbar'. Lediglich der Begriff '*Vermögen*' in Artikel 144 Band 4 Absatz 2 BW kann Fragen hervorrufen. Es ist zu empfehlen, diesen Begriff in der letztwilligen Verfügung genau zu definieren, Kapitel IV. C.

f. Artikel 20 des [niederländischen] Notargesetzes verdeutlicht, dass die Ernennung des Notars zum Executeur keine verbotene Begünstigung darstellt. Der Notar-Executeur ist *Partei*-Notar, während der Nachlassnotar unparteiisch ist (siehe Kapitel III.B.).

Das heißt, die Engpässe des alten niederländischen Erbrechts hinsichtlich der Testamentsvollstreckung wurden im neuen Erbrecht im Prinzip beseitigt. Der niederländische Executeur-Afwikkelingsbewindvoerder kann daher als stark bezeichnet werden (siehe Kapitel V).

Der deutsche Testamentsvollstrecker wird weltweit als einer der stärksten 'Testamentsvollstrecker' angesehen. Meiner Meinung nach hat diese Untersuchung nachgewiesen, dass der niederländische Executeur-Afwikkelingsbewindvoerder den deutschen Testamentsvollstrecker 'überholt' hat und auf jeden Fall in Europa an erster Stelle steht. Diesbezüglich sind nicht nur erbrechtliche Bestimmungen wie Artikel 63 Band 4 BW, Artikel 72 Band 4 BW, Artikel 73 Band 4 BW, Artikel 82 Band 4 BW, Artikel 130 Band 4 BW und vor allem auch Artikel 171 Band 4 BW sowie die allgemeinen vermögensrechtlichen Prinzipien aus z.B. Artikel 67 Band 3 BW, Artikel 77 Band 3 BW, Artikel 168 Band 3 BW, Artikel 170 Band 3 BW und Artikel 423 Band 7 BW von großer Bedeutung. Es ist überhaupt wichtig, dass der Executeur im neuen Erbrecht eine '*wahre Bedeutung*' erhalten hat, auf deren Grundlage sich ergebende Rechtsfragen beantwortet werden können.

#### *Steuerliche Position*

Im steuerlichen Teil hat sich nach meiner Meinung herausgestellt, dass im niederländischen Steuerrecht die drei Prinzipien der Testamentsvollstreckung als Ausgangspunkt erhalten geblieben sind (Kapitel VII). Sehr illustrativ ist Artikel 44 AWR [niederländisches Allgemeines Gesetz über die

Staatssteuern], in dem das Prinzip 'Erblasser lebt' sogar kodifiziert wurde. Dies bedeutet eine steuerliche Anwendung von Artikel 77 Band 3 BW, d. h., der Exécuteur vertritt den Erblasser und nicht die Erben.

Die Anlehnung an die Quasi-Vereinbarung fand nicht nur bei der BTW [MwSt.]-Problematik statt, sondern wird auch bezüglich der Aspekte der Erbschafts- und Einkommensteuer der *Entlohnung* angewandt.

Für einen neuen Ansatz beim Spannungsfeld Zusammentreffen von Erbschaftssteuer und Einkommensteuer bezüglich der ('unangemessenen') Entlohnung des Exécuteurs kann man sich von der neuen Betrachtungsweise des deutschen Bundesfinanzhofes inspirieren lassen.

Durch den Bezug auf die Quasi-Vereinbarung bietet sich auch Anwendung der Anti-Kumulierungsvorschrift von Artikel 33 Absatz 1 Nr. 9 SW [niederländisches Gesetz über die Erhebung von Erbschafts-, Schenkungs- und Übertragungssteuer 1956], der die Schenkung zum Gegenstand hat, an.

Der *Verwaltungsaspekt* der Testamentsvollstreckung findet sich in Artikel 19 Invoorderingswet [niederländisches Beitreibungsgesetz] 1990, mit der Regelung bezüglich des '*Inhabers von Geldern*', einer Qualifikation die, wie aus der parlamentarischen Geschichte hervorgeht, auch auf Exécuteurs Anwendung findet.

Im Prinzip wird unter anderem aufgrund der Bestimmung von Artikel 79 Band 3 BW die zivilrechtliche Qualifikation des Exécuteurs auch steuerlich angewandt, wobei man nicht vergessen sollte, dass das Steuerrecht aufgrund seiner verwaltungsrechtlichen Natur seine eigenen Vorschriften hat, deren Ziel es ist, einerseits die Erhebung zu gewährleisten und andererseits den Steuerpflichtigen als Individuum zu schützen. Dies bedeutet, dass in *fiscibus* die *privative* Wirkung der Anordnung der Testamentsvollstreckung durchbrochen werden kann. Das war der Grund dafür, von den '*steuerlichen Persönlichkeitsrechten*' der steuerpflichtigen Erben zu sprechen.

Interessant ist das deutsche steuerliche Rechtsprinzip, gemäß dem ein Testamentsvollstrecker nicht mehr steuerliche Verpflichtungen hat, als es aufgrund seiner zivilrechtliche Verfügungsgewalt der Fall ist.

Auch im Steuerrecht wird bezüglich der Position des Exécuteur die Frage Vertretung und/oder eigenes Recht aufgeworfen. Hierbei ist es wichtig, zwischen (steuerlicher) externer Vertretungsbefugnis und internem Rechtsverhältnis zu unterscheiden.

### *Schluss*

Ein starker Exécuteur, wie der niederländische, verdankt seine Stärke dem 'goldenen Mittelweg', das heißt, sowohl Vertretung *als auch eigene Rechte*, bleibt jedoch vor allem auf dem Weg der Vertretung. Eine Fülle 'eigener Rechte' verleiht dem Exécuteur zwar Stärke, führt jedoch zu Problemen bezüglich der Frage, zu wessen Gunsten er handelt. Auch mit der klassischen Vertretung lässt sich das Problem nicht lösen, da damit Handeln gegen den erklärten Willen der Erben schwierig zu erklären wäre.

In einem System mit einem starken Testamentsvollstrecker auf Basis 'eigener amtlicher Rechte', wie es in Deutschland der Fall ist, bleibt es trotzdem erfor-

derlich, (unwiderrufliche) Vollmachten durch den Erblasser und/oder die Erben post mortem erstellen zu lassen. Dieses Bedürfnis nach einer 'Vollmachtlosung' lässt sich damit erklären, dass Vertretung *post mortem* nun einmal zur Art des Testamentsvollstreckers gehört und, auf diesen Standpunkt hat sich der niederländische Gesetzgeber gestellt, nicht losgelöst von dem erbrechtlichen Handeln gesehen werden kann.

Man muss sich daher stets des doppelten Bodens in seiner wirklichen Art bewusst sein. Nicht nur 'eigenes Recht', sondern auch 'Vertretung' bzw. erbrechtliche *privative Auftragserteilung*. Eine semi-vertragliche 'treuhänderische' Rechtsfigur, um die man in Europa auf dem Gebiet des Erbrechts nicht herumkommen wird. Die Losung 'verdrängende Vollmacht' ist dabei inbegriffen.

Das wichtigste in jedem System ist und bleibt es jedoch, sich immer darüber im Klaren zu sein, dass ein Exécuteur Vertreter des Erblassers und 'niemand sonst' ist. Der niederländische Gesetzgeber war sich dessen – in Anbetracht von Artikel 77 Band 3 BW – sehr wohl bewusst und lässt aus dieser Quelle denn auch das erbrechtliche Vertrauens entspringen.

*Vertaling* Gabriele de Koning, verbonden aan het UTN  
(Universitair Taal- en Communicatiecentrum Nijmegen)

# SYNTHÈSE

## **D'exécuteur testamentaire à Testamentsvollstrecker à afwikkelingsbewindvoerder**

### **Sa vraie nature, dans le domaine civil et fiscal**

### **Une étude portant sur les fondements de l'exécution testamentaire en tant qu'obligation successorale**

#### *Les trois 'Principes' de l'exécution testamentaire*

La question centrale de notre étude était: quelle est la *vraie nature* de l'exécution testamentaire dans le nouveau droit successoral néerlandais ? Nous estimons que la vraie nature de l'exécution testamentaire est montée en surface grâce à la méthode de réflexion en termes d'*obligation successorale* d'une part et grâce à l'emploi de droit comparé externe dans le Chapitre I (Allemagne, Belgique, Suisse et France) d'autre part.

L'obligation successorale de l'exécution testamentaire ne s'établit pas avant le moment du décès. L'article 143 du livre 4 du Code Civil Néerlandais fait la distinction entre une exécution testamentaire en tant qu'acte de dernière volonté et une convention: *'acceptation de sa désignation après le décès.'*

L'obligation successorale d'exécution testamentaire revête trois niveaux différents. En fonction de la question de droit sous-jacente, un niveau peut parfois se manifester plus clairement que les autres. Il convient de toujours analyser la question de droit qui se présente. Le principe de *mandat privatif* constitue le *ciment*. En faisant le pas de 'niveau' vers principe, on aboutit à la conclusion que le trident de l'exécution testamentaire contient les trois '*Principes*' suivants:

I. Le principe de *quasi*-convention, un principe qui relève du droit des obligations, de *délégation/mandat* (interne) Chapitre II.A;

Pour résoudre les questions portant sur la relation interne entre le testateur/les héritiers d'un côté et l'exécuteur testamentaire de l'autre, il est possible de consulter les règles du *droit des conventions*, à savoir les règles de *délégation/mandat*, dans les cas où le règlement successoral en espèce ne fournit pas de réponse. L'exécution testamentaire n'est pas une convention pour autant, mais une 'quasi-convention', étant donné qu'il n'existe pas de lien pendant la vie du testateur. C'est le *testateur* qui a fait 'l'offre' de s'engager dans un rapport de droit.

Dans ce contexte se situe par exemple la question si un exécuteur testamentaire a droit à une indemnité pour la réalisation de ses activités. Les règles de délégation/mandat peuvent fournir la réponse à cette question. Voir l'article 406 paragraphe 1, livre 7 du Code Civil Néerlandais. À cet égard le '*principe de sollicitude*' joue un rôle aussi. Ce principe s'applique à tout exécutant et donc à l'exécuteur testamentaire également. Pour jeter des ponts entre des actes juridiques unilatéraux en droit successoral et le droit des conventions il ne faut pas perdre de vue que dans notre droit patrimonial général une forme juridique comme le mandat est en partie en principe un acte juridique unilatéral, tout comme un acte de dernière volonté, mais que le mandat peut fréquemment aussi être intégré dans une convention de mandat. Il n'est donc point étrange que dans le prolongement successoral de cela, la quasi-convention de l'exécution testamentaire se situe sur la frontière entre acte de dernière volonté et convention.

## II. Le principe en matière de biens d'*incapacité de disposer* des héritiers ; l'aspect *administration*, Chapitre II.B;

Pour que l'exécution testamentaire fonctionne bien, les héritiers doivent être *incapables* de *gérer* et de *disposer*. Pendant la liquidation de la succession, les héritiers doivent 'déranger' l'exécuteur testamentaire le moins possible. Une *disposition sur l'incapacité de disposer*, telle que notre système stipule dans l'article 145 paragraphe 1, livre 4, Code Civil Néerlandais, mène à l'*effet* (fortement) *privatif* requis de l'exécution testamentaire.

Dans le prolongement de l'aspect *administration*, un lien peut être construit entre l'exécution testamentaire et le dispositif de 'compte tiers/compte séquestre de notaire'. Un compte bancaire géré par un exécuteur testamentaire avec des fonds appartenant à la liquidation, peut dans certains cas être considéré comme un 'compte tiers/compte séquestre de notaire'. En ôtant la capacité de *disposer des ayants droit et en accordant au représentant une certaine latitude*, un '*dual ownership*' relatif s'installe tout naturellement, c'est à dire une forme juridique ressemblant au trust, même si l'exécuteur ne devient pas de iure l'ayant droit du solde bancaire.

Toujours dans le prolongement de l'aspect *administration* de l'exécution testamentaire, la capacité de disposer d'un exécuteur testamentaire chargé de l'*administration de la liquidation* peut être étendue à la compétence de *partager* la succession de *façon indépendante*. Dans notre droit l'article 171, livre 4 du Code Civil Néerlandais règle cette question. Cette administration de la liquidation peut également faire partie d'un mandat testamentaire dont est chargé l'exécuteur testamentaire. Le mandat testamentaire est réglé par l'arti-

cle 130, livre 4 du Code Civil Néerlandais. Un exécuteur testamentaire peut être obligé par mandat de partager la succession d'une certaine manière.

III. Le principe provenant du droit des obligations de représentation *immédiate/directe* du *testateur* (externe), Chapitre II. C.

Pour résoudre les questions sur la situation de l'exécuteur testamentaire il convient de se rendre compte du fait qu'un exécuteur testamentaire ne doit pas être considéré comme représentant des héritiers, mais comme *représentant* du *testateur*.

Dans notre droit successoral néerlandais actuel l'article 145 paragraphe 2, livre 4 du Code Civil Néerlandais est 'corrigé' par les stipulations de l'article 77, livre 3, du Code Civil Néerlandais. Effectivement, cet article soulève la représentation du niveau des héritiers au niveau du testateur.

Le lien entre l'exigence de la représentation directe 'au nom de' et les actions 'en nom propre' de l'exécuteur testamentaire peut, vu la '*Gleichgültigkeit*' successorale, être établi par le biais du point de départ en matière de droit de représentation d'actions pour un '*maître à être précisé*', comme notre système le stipule dans l'article 67, livre 3 du Code Civil Néerlandais. En effet, il n'est pas toujours clair 'immédiatement' après le décès qui sont les successeurs du testateur. Souvent, il faut trouver les héritiers. Dans d'autres cas, les héritiers prennent en 'considération' si oui ou non ils souhaitent accepter l'héritage. Dans le contexte successoral de l'exécution testamentaire, le principe d'actions pour un maître à être précisé peut être interprété comme: agir au nom de successeurs à titre universel du maître successoral qu'il convient de préciser.

Un autre exemple d'une disposition en matière de droit de représentation importante du titre 3.3. qui peut s'appliquer à l'exécution testamentaire est l'article 75, livre 3 du Code Civil Néerlandais, au sujet de l' 'établissement notarié' de la fin d'une procuration. En effet, en pratique il n'est pas toujours clair pour le commerce juridique quand l'administration de l'exécuteur testamentaire est terminée, c'est-à-dire quand la '*Freigabe*' a eu lieu. Le notariat peut jouer un rôle important dans la 'publication'.

Le contrôle de l'exactitude des trois niveaux trouvés s'est avéré le plus pertinent dans les recherches sur la compétence de l'exécuteur testamentaire quand il s'agit de *convertir en espèces* les biens de la succession, Chapitre IV.A. Il en est ressorti l'importance de la conclusion qu'un exécuteur testamentaire *représente le testateur* et non les héritiers. Il s'est aussi avéré clairement quelle est la différence entre les aspects *internes* et *externes* en matière de droit des obligations de la *quasi-convention*: en effet, le manque d'une permission à effet interne ne signifie pas pour autant que l'exécuteur n'a pas de pouvoir de représentation. Et en analysant la situation d'un héritier *en faillite* la signification du *côté administration* de l'exécution testamentaire est 'remontée en surface' tout naturellement.

*Synchronisation de la gestion successorale européenne*

La pollinisation croisée juridique ne s'applique pas seulement au droit successoral et au droit patrimonial général mais bien entendu également aux



régimes successoraux européens. L'exécuteur néerlandais tire des leçons des goulots d'étranglement et des points forts des exécuteurs testamentaires européens et les exécuteurs testamentaires européens peuvent (en) apprendre (long) de la (vraie nature) de l'exécuteur testamentaire néerlandais. Ceci est d'autant plus vrai vu que Meijers a donné a pris le premier pas pour un droit successoral moderne qui non seulement peut facilement être exporté, vu que par son approche européenne de la matière il est un corollaire de divers ingrédients successoraux européens, mais qui constitue aussi un droit successoral ancré dans un *droit patrimonial général* moderne, un contexte primordial pour les exécuteurs testamentaires. En supposant que les pays européens moderniseront leurs régimes successoraux, pour la plupart conventionnels, comme par exemple l'Allemagne ainsi que les Pays-Bas et la France l'ont fait récemment, il est probable que les régimes européens se rapprocheront de plus en plus les uns des autres. Dans ce processus la façon dont les systèmes successoraux traitent l'adversaire le plus important de l'exécuteur testamentaire: *le descendant réservataire* revête une grande importance. De la modernisation successorale il découle souvent une réserve en matière de droit des obligations et une réserve en matière du droit des obligations signifie souvent que la position de l'exécuteur testamentaire est forte. Ceci est encore plus vrai quand, comme c'est le cas dans notre système dans l'article 82 du livre 4 du Code Civil Néerlandais, la réserve des descendants pour les époux /épouses et autres 'compagnons/compagnes de vie' ne peut pas devenir immédiatement exigible, même indépendamment de la situation patrimoniale des partenaires survivants.

De plus en plus souvent, un exécuteur testamentaire devra opérer au-delà des frontières parce qu'il y a des éléments du patrimoine à l'étranger. Il devient donc de plus en plus important de créer un *certificat*, reconnu par le plus grand nombre de pays possibles, avec lequel l'*administrateur successoral européen* peut justifier de son identité / de sa capacité. Si, à l'exemple de l'article 187 du livre 4 du Code Civil Néerlandais, un article fort important pour le commerce juridique aux Pays-Bas, on peut *se fier* au certificat européen d'exécution testamentaire, le premier pas dans un processus d'harmonisation européenne en matière de liquidation successorale a été fait, Chapitre III.D.7. Il en découle qu'au niveau européen, le troisième principe (l'aspect externe relatif au droit des obligations), joint à la protection de la confiance justifiée, est le plus important.

Je tiens à répéter qu'il s'agit du cas de figure où l'obstacle du descendant réservataire a déjà été surmonté quant à la délivrance du certificat. En effet, force est de constater à nouveau que la puissance de l'exécution testamentaire dépend entièrement de la puissance de ses adversaires. Si les adversaires européens deviennent plus faibles, comme c'est le cas dans le contexte européen qui relève de plus en plus du droit des obligations, l'*administrateur successoral européen* devient naturellement plus fort et les possibilités d'harmonisation augmentent.

À part effectuer l'acte de dernière volonté, l'action la plus importante de l'exécuteur testamentaire est de percevoir les créances dans le contexte de l'*administration*, telles que notamment les soldes en banque, pour pouvoir acquitter

les *'dettes de la succession'*. Voir l'article 170 du livre 3 du Code Civil Néerlandais et l'article 144 du livre 4 du Code Civil Néerlandais.

Il ne devrait pas s'avérer trop difficile de synchroniser des termes comme *'beheer, Verwaltung* ou *'possession'* au niveau européen, si ce n'est pas déjà chose faite. Un pas suivant serait de reconnaître également la compétence de convertir des biens (immobiliers) en espèces pour pouvoir acquitter les dettes successorales avec le montant rapporté. Là encore, en tenant compte du fait que le descendant réservataire pourrait agir en tant que forte tête. Le troisième pas pourrait être la compétence de partage indépendante d'un 'exécuteur testamentaire' (exécuteur liquidateur), mais ce dernier pas va au-delà d'une simplification de la liquidation d'une succession internationale avec un certificat européen d'administration successorale.

*Les six goulots d'étranglement ont disparu, le Testamentsvollstrecker est dépassé*

Nous n'avons pas seulement examiné la vraie nature de l'exécution testamentaire mais notre étude tient également compte de la mesure dans laquelle les (nombreux) *goulots d'étranglement* qui existaient dans l'ancien droit successoral en matière d'exécution testamentaire ont disparu. Les six goulots d'étranglement évoqués dans l'introduction ont été abordés plus ou moins directement :

a. Le terme mystique *'possession'* a été remplacé dans l'article 144 du livre 4 du Code Civil Néerlandais par le terme *'gestion'* dans le sens de l'article 170 du livre 3 du Code Civil Néerlandais. Voir le Chapitre III.C. Le droit transitoire en tient compte dans l'article 133 Loi Transitoire. L'ensemble des tâches de l'exécuteur testamentaire selon le nouveau droit successoral est décrit clairement dans la section 4.5.6 du Code Civil Néerlandais, y compris la compétence stipulée dans l'article 147 du livre 4 du Code Civil Néerlandais de convertir des biens en espèces. L'ancrage dans la *structure stratifiée* rend possible l'accès indispensable au droit patrimonial général. Le *'boedelberedderaar'* dénaturé trouve difficilement sa place sous le nouveau droit successoral. Cette forme juridique particulière reste difficile à intégrer, aussi au niveau du droit transitoire. Le notariat néerlandais peut résoudre le goulot d'étranglement de *'boedelberedderaar'* au plus vite en conseillant aux testateurs futurs de révoquer de telles désignations et de les remplacer le cas échéant par un exécuteur gestionnaire et/ou un exécuteur liquidateur. Voir le Chapitre VI.B

b. La position forte du descendant réservataire en matière de biens dans l'ancien droit successoral est absente du nouveau droit successoral. Non seulement la réserve des descendants relève du droit des obligations, mais dans certains cas elle *n'est pas non plus immédiatement exigible*, article 82, livre 4, Code Civil Néerlandais. L'arrêt de La Cour Suprême des Pays-Bas du 24 février 1933, NJ 1933, 645 n'est plus applicable selon le nouveau droit successoral. Il découle des articles 72 et 73 du livre 4 du Code Civil Néerlandais que selon le nouveau droit successoral l'exécution testamentaire ne donne *pas lieu à une acquisition de type inférieur*, à l'opposé d'une administration de la liquidation. Vu la nature modifiée de la réserve des descendants selon le nouveau droit successoral, ceci n'a en principe pas d'impact sur la situation de l'exécuteur administrateur. Voir le Chapitre III. D. 1.3. pour les *sept points faibles* de la nouvelle réserve des descendants.

c. La teneur de l'article 202 du livre 4 du Code Civil Néerlandais est que selon le nouveau droit successoral il n'est pas possible d'affaiblir la position de l'exécuteur testamentaire par une pure *acceptation bénéficiaire*, Chapitre III.D.4.

Le législateur a réussi cet objectif ce qui ressort également de la première jurisprudence à cet égard.

d. Il découle des articles 144 et 145, livre 4 du Code Civil Néerlandais, que l'administration de l'exécuteur testamentaire est *privative* selon le nouveau droit successoral et que, dans le prolongement de cela, les héritiers n'ont pas le droit de disposer, Chapitres III.C et IV.B.

e. Le régime légal qui règle la rémunération n'est plus, selon le droit successoral nouveau 'manipulable et ingérable.' Seul le terme de '*patrimoine*' de l'article 144, paragraphe 2, livre 4 du Code Civil Néerlandais peut prêter à confusion. Il serait sensé de définir ce concept plus en détail dans l'acte de dernière volonté, Chapitre IV.C.

f. L'article 20 de la Loi sur la profession de notaire montre que la désignation du notaire comme exécuteur testamentaire ne donne pas lieu à un favoritisme interdit. Le notaire-exécuteur testamentaire est notaire pour *une partie*. Le notaire liquidateur est impartial, Chapitre III.B.

En bref, les goulots d'étranglement qui existaient en matière d'exécution testamentaire selon l'ancien droit successoral néerlandais n'existent plus. La position de l'exécuteur liquidateur néerlandais est forte, Chapitre V.

Le Testamentsvollstrecker est perçu comme l'un des 'exécuteurs testamentaires' les plus forts au monde. J'estime que la présente étude a montré que l'exécuteur testamentaire liquidateur néerlandais a dépassé le Testamentsvollstrecker et est en tête de file, en tout cas en Europe. À cet égard les dispositions testamentaires telles que les articles 63, 72, 73, 82, 130 et bien sûr aussi 171, livre 4, du Code Civil Néerlandais revêtent une grande importance, tout comme les piliers de droit patrimonial général comme les articles 67, 77, 168 et 170 du livre 3 du Code Civil Néerlandais et l'article 423, livre 7 du Code Civil Néerlandais. Ce qui importe le plus, cependant, est notamment le fait que selon le nouveau droit successoral l'exécuteur testamentaire a obtenu une '*vraie nature*' permettant de répondre à la question de droit qui se présente.

### *Position fiscale*

J'estime que la partie fiscale a montré que dans le droit fiscal néerlandais les trois principes de l'exécution testamentaire restent valables comme point de départ, Chapitre VII. L'article 44 AWR [AWR : Code Général des Impôts Néerlandais] en dit long en codifiant même le principe de 'survie de la personne décédée'. Il s'agit de l'application fiscale de l'article 77 du livre 3 du Code Civil Néerlandais qui revient à dire que l'exécuteur testamentaire représente le testateur et non les héritiers.

L'idée de quasi-convention n'a pas seulement été employée pour la problématique de la TVA, mais aussi pour le droit successoral et l'impôt sur le revenu s'appliquant à la *rémunération*.

Pour une nouvelle approche de la zone de tension relative au concours du droit de succession et de l'impôt sur le revenu quant à la rémunération ('*unangemessene*') de l'exécuteur testamentaire, la nouvelle approche de la matière par le Bundesfinanzhof allemand peut s'avérer utile.

L'application de l'idée de quasi-convention donne également accès à la règle anti-cumul de l'article 33 paragraphe 1 sous 9 SW [Loi néerlandaise relative aux droits de succession, de donation et de mutation] 1956 qui est axée sur le don.

On retrouve l'aspect d'administration de l'exécution testamentaire dans l'article 19 de la Loi sur le recouvrement 1990, dans les dispositions sur les '*détenteurs de monnaie*', une qualification qui s'applique aussi à l'exécuteur testamentaire selon l'histoire parlementaire.

En principe la qualification de l'exécuteur testamentaire en droit civil est également employée en matière fiscale, surtout au vu des dispositions de l'article 79, livre 3 du Code Civil Néerlandais. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que, en raison de la nature administrative du droit fiscal, ce domaine de droit a naturellement ses propres règles de jeu, visant d'une part à mettre la taxe en sécurité et d'autre part à protéger le contribuable en tant qu'individu. Dès lors, l'effet *privatif* de l'exécution testamentaire peut être levé in *fiscalibus*. C'est pour cette raison que j'ai évoqué les '*droits moraux en matière fiscale*' des héritiers contribuables.

La notion de droit fiscal allemand qu'un Testamentsvollstrecker ne peut pas avoir davantage d'obligations fiscales que ne le permet son droit de disposer en droit civil est une notion intéressante.

Dans le droit fiscal également, la question de représentation et/ou droit propre est une question difficile. Il convient de continuer à faire la distinction entre la compétence de représentation externe (fiscale) et la relation de droit interne.

### *En conclusion*

Un exécuteur testamentaire fort, comme aux Pays-Bas, puise sa force du 'juste milieu', à savoir représentation *et* droit propre, mais agit surtout en tant que représentant. Beaucoup de 'droit propre' semble à première vue rendre l'exécuteur testamentaire fort, mais cause des problèmes quant à la question de savoir à qui sont imputables les actions de l'exécuteur testamentaire. La représentation classique ne suffit pas non plus, étant donné qu'elle rend difficile à comprendre les actions contre le gré des héritiers.

Dans un régime avec un exécuteur testamentaire fort, avec une 'propre droit officiel' comme fondement, tel qu'il existe en Allemagne, le besoin d'octroi de procurations (irrévocables) *post mortem* par le testateur et/ou l'héritier (ou les héritiers) se fait fortement ressentir. Ce besoin d'une '*Vollmachtlösung*' est compréhensible, parce que la représentation *post mortem* est tout bonnement et simplement l'élément substantiel de l'exécuteur testamentaire et, comme l'a prévu le législateur néerlandais, ne peut pas être dissocié de son fonctionnement successoral.

Il faut donc toujours tenir compte du double fonds de sa vraie nature : pas seulement *'droit propre'* mais aussi *'représentation'*, donc un *mandat privatif* successoral: une forme juridique semi-contractuelle 'de type trust' devenue incontournable en Europe. La *'verdrängende Vollmachtlösung'* est intégrée.

Le plus important demeure, dans quelque régime que ce soit, de garder en tête que les exécuteurs testamentaires représentent le *testateur* et 'personne d'autre'. Le législateur néerlandais en tient compte dans l'article 77 du livre 3 du Code Civil Néerlandais et a fait jaillir la source de confiance successorale de cet article-là.

*Vertaling:* Anne-Marijn Kuethe, verbonden aan het UTN  
(Universitair Taal- en Communicatiecentrum Nijmegen)

# Curriculum vitae

Bernard M.E.M. Schols, geboren te Heerlen op 13 december 1963, is naast vader van Sterre, Sebastiaan en Lune, gehuwd met hun moeder, zijn geliefde: Lisette Legius.

Hij studeerde, na opgegroeid te zijn in het Limburgse land (Vaals en Spaubeek) en het doorlopen van het St. Michiel (gymnasium-a) te Geleen, notarieel recht en Nederlands recht aan de (destijds nog) Katholieke Universiteit Nijmegen, alsmede belastingkunde (post-doctoraal) aan de (eveneens destijds nog) Katholieke Universiteit Brabant.

Schols is thans als docent notarieel (belasting)recht verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen, vennoot bij 'ScholsBurgerhartSchols' estate planning te Nijmegen, alsmede rechter-plv. bij de rechtbank Arnhem.

Na ongeveer vijftien jaar notariaat (deels als notaris), heeft Bernard Schols zich 'in woord en geschrift' volledig toegelegd op estate planning en houdt hij over deze interessante familierechtelijke, vermogensrechtelijke en fiscaalrechtelijke materie rond 'leven en dood' vele voordrachten in den lande.

Naast vaste medewerker van het WPNR, redacteur van EstateTip Review, is hij lid van de hoofdredactie van Fiscale Berichten voor het Notariaat (FBN), van de hoofdredactie van het Tijdschrift Erfrecht en het (losbladige) Handboek Estate Planning. Voorts is hij als auteur verbonden aan het Handboek Erfrecht, de Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht (NDFR), onderdeel Successiewet en Belastingen van Rechtsverkeer, Tekst & Commentaar (Erfrecht), en het Handboek Familievermogensrecht.

Zijn stokpaardje is de executeur(-testamentair), het onderwerp van de onderhavige dissertatie.

STELLINGEN behorende bij het proefschrift van  
Bernard M.E.M. Schols

*Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot  
afwikkelingsbewindvoerder. Zijn ware aard, civiel en fiscaal. Een  
onderzoek naar de grondslagen van executele als  
erfrechtelijke verbintenissen*

I. Een executeur vertegenwoordigt erflater. Art. 4:145 lid 2 BW zet de  
argeloze lezer op het verkeerde been.

II. De erfrechtelijke verbintenis is het spiegelbeeld van het  
contractuele erfrecht.

III. Een notaris-executeur is partij-notaris.

IV. Aan de hand van de erfrechtelijke rechtsfiguren executele en  
afwikkelingsbewind kan het 'hele' privaatrecht en belastingrecht  
bestudeerd worden.

V. Erfrechtelijke en huwelijksvermogensrechtelijke geschillen lenen  
zich veelal voor informele mondelinge rechtspraak.

VI. De aanduiding: Successiewet '1956' is misleidend.

VII. De gedachte dat 'alle' stof 'behandeld' zou moeten worden is de  
doodsteek voor het moderne universitaire onderwijs.

VIII. De trein is een rijdend terras.

IX. Het geheim van een gelukkig leven is dat je moet weten wanneer  
je moet stoppen, en dan nét even verder gaan (Inspector Morse, The  
silent world of Nicholas Quinn).

X. 't Is 'n kwestie van geduld, rustig wachten op de dag dat heel  
Holland Limburgs ... (Jack Poels, Rowwen Hèze).





