

Niet de boedelnotaris maar de executeur is de baas!



PROF. MR. FONS H.N. STOLLENWERCK¹

Anders dan onder het oude erfrecht is de positie van de executeur in het huidige erfrecht², dat op 1 januari 2003 in werking trad, uitvoerig geregeld. De executeur werd onder het oude recht weliswaar met de mooie naam executeur-testamentair getooid, maar zijn positie was niet sterk. Erfgenamen, die het niet met hem eens waren, konden de executeur-testamentair vrijwel machteloos maken. Legitimarissen konden hem gewoon links laten liggen. Thans is de positie van de executeur aanmerkelijk versterkt en zijn nieuwe bevoegdheden in de wet uitgewerkt. De executeur is de sleutelfiguur geworden met betrekking tot de nalatenschap. Dat blijkt niet alleen uit de wettelijke regeling, maar ook uit de rechtspraak die de centrale positie van de executeur nog verder heeft uitgewerkt. Deze positie heeft de executeur niet alleen ten opzichte van erfgenamen, legitimarissen en derden in het rechtsverkeer, maar ook in zijn relatie met de boedelnotaris.

In de praktijk blijkt echter dat bij erfgenamen en legitimarissen en zelfs bij executeurs de misvatting bestaat dat de boedelnotaris als een soort onafhankelijke magistraat de doorslaggevende stem heeft. Niets is minder waar. Zoals uit een hierna te bespreken recente uitspraak van het Hof Amsterdam blijkt, moet de boedelnotaris de juridische positie en bevoegdheden van de executeur eerbiedigen. Omdat dit arrest een duidelijk onderscheid maakt tussen rechtspositie en bevoegdheden van de executeur en die van de boedelnotaris, beschrijf ik eerst de belangrijkste taken en bevoegdheden van de executeur en van de boedelnotaris kort.

1. Taak executeur

1.1. Algemeen

De hoofdtaken van de executeur worden omschreven in art. 4:144 BW. Voorzover de erflater niet anders heeft beschikt heeft de executeur tot taak de goederen van de nalatenschap te beheren en de schulden van de nalatenschap te voldoen die tijdens dat beheer behoren

te worden voldaan. Onder beheer wordt verstaan alle handelingen die voor een normale exploitatie dienstig kunnen zijn, evenals het aannemen van aan de gemeenschap (= de nalatenschap) verschuldigde prestaties.³ Voor de niet-jurist en soms zelfs voor de jurist enigszins vage begrippen, want onder beheer kunnen ook daden van beschikking vallen indien die nodig zijn voor een normale exploitatie. Een voorbeeld: een executeur treft in de nalatenschap een effectenportefeuille aan. Moet hij verkopen of brengt zijn beheerstaak nu juist mee dat hij niet mag verkopen? Verkopen is immers een beschikkingshandeling. Kan de executeur die niet verkoopt aansprakelijk worden gesteld voor koersdalingen tussen het openvallen en de verdeling van de nalatenschap? Het Hof 's-Hertogenbosch vond⁴ van niet. Evenals de rechtbank besliste het Hof dat van een executeur niet verwacht behoeft te worden dat hij het initiatief neemt tot herbelegging. Als één of meer erfgenamen ter zake actie van de executeur zouden hebben gewild, hadden ze de executeur maar op de voet van art. 4:148 BW om informatie moeten vragen. Het Hof Amsterdam besliste⁵ in een casus waarin vaststond dat de executeur geen specifieke deskundigheid bezat op het terrein van aandelenbeheer en niet gebleken was dat de executeur en de erfgenamen een gezamenlijke visie daar over hadden (afgesproken), dat het toekennen van een schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Het Hof overwoog ook nog fijntjes “dat aandelenbezit op zichzelf risico meebrengt.” De executeur loopt echter wel risico als in de nalatenschap aangetroffen contanten of van nalatenschapsbankrekeningen opgenomen gelden worden gestolen. Contant geld kan immers tegen diefstal worden beveiligd door storting op een bankrekening.⁶ Dit alles neemt natuurlijk niet weg dat een verstandige executeur de erfgenamen raadpleegt over het al of niet herbeleggen of verkopen van effecten (of andere niet-renderende goederen) van de nalatenschap.

Niet verkopen kan bijvoorbeeld aangewezen zijn in een dalende markt of om uit de effectenportefeuille de

¹ Notaris en partner bij AKD Prinsen Van Wijmen te Rotterdam, bijzonder hoogleraar aan de VU te Amsterdam en redacteur van Estate Planner Digitaal.

² Boek 4 BW.

³ Art. 3:170 lid 2 BW.

⁴ 7 november 2006, nr. C0500995/BR.

⁵ 30 juni 2005, NJF 2005, 402.

⁶ Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, nr. C0500256/BR.

successierechten te betalen. De executeur zal ook het beleggingsbeleid van de erflater in aanmerking nemen. Beleggen blijft altijd speculeren en zoals dezer dagen ook maar weer eens blijkt kunnen zich grote koersdalingen voordoen. Veel goeddoeleninstellingen hebben de policy effectenportefeuilles meteen te verkopen. Zolang de executeur het beheer heeft zijn zij echter afhankelijk van zijn medewerking en is deze niet gehouden de beslissing van de erfgenaam of erfgenamen te volgen. De kantonrechter kan anders beslissen door de erfgenaam of erfgenamen machtiging te verlenen zonder medewerking van de executeur over de goederen van de nalatenschap te beschikken.⁷ Het beheer van de executeur is privaat. Zolang de executeur het beheer voert zijn de erfgenamen niet bevoegd tot het verrichten van beheershandelingen.⁸

Zoals hiervoor al bleek, dient de executeur ook de schulden van de nalatenschap te voldoen, voorzover die tijdens zijn beheer behoren te worden betaald. De executeur heeft dus ter zake beschikkingsbevoegdheid als vervreemding nodig is om nalatenschapsschulden te betalen. De wet verplicht de executeur wel zoveel mogelijk in overleg te treden met de erfgenamen over de vraag welke goederen te gelde moeten worden gemaakt om nalatenschapsschulden te betalen.⁹ Levert het overleg geen overeenstemming met de executeur op dan stelt de executeur de erfgenamen in de gelegenheid de beslissing van de kantonrechter in te roepen. De erflater kan in zijn testament de executeur van de verplichting tot overleg ontheffen. Doorgaans wordt de langstlevende echtgenoot of partner door de erflater van die overlegverplichting ontslagen.

De erflater kan ook bepalen dat de executeur voor de tegeldemaking van een goed de toestemming van de erfgenamen nodig heeft.¹⁰

1.2. Uitbreiding bevoegdheden

De erflater kan de bevoegdheden van de executeur uitbreiden. Hij kan ze ook beperken bijvoorbeeld door te bepalen dat de executeur alleen tot taak heeft de legaten uit te keren – de zogenoemde legatenexecuteur – of uitsluitend de uitvaart te regelen – de zogeheten begrafeniseexecuteur – of anderszins een beperkte taak en daarmee bevoegdheid geven. De executeur met zulke beperkte taken wordt in de praktijk wel de éénsterexecuteur genoemd. De executeur met de taken en bevoegdheden als beschreven onder 1.1. hiervoor wordt daarentegen de tweesterexecuteur genoemd.

De erflater kan de executeur tevens afwikkelingsbewindvoerder maken. Deze executeur wordt de driesterexecuteur genoemd. Men zal tevergeefs in de wet zoeken naar deze executeur. Het is één persoon die twee verschillende hoedanigheden in zich verenigt: die van executeur en die van afwikkelingsbewindvoerder. In de literatuur is uitvoerig gediscussieerd over het antwoord op de vraag of art. 4:171 BW zo kan worden uitgelegd dat de erflater aan de afwikkelingsbewindvoerder de bevoegdheid kan verlenen beschikkingshandelingen te verrichten, in het bijzonder de bevoegdheid tot verdelen van de nalatenschap. De heersende leer en de rechtspraak¹¹ beantwoorden die vraag bevestigend, zodat de erflater kan bepalen dat de bewindvoerder zonder medewerking van de erfgenamen en zonder machtiging van de kantonrechter kan beschikken over de goederen van de nalatenschap.

Hoewel die verruimde bevoegdheden worden toegekend aan de afwikkelingsbewindvoerder en niet aan de executeur als zodanig, is er praktisch gezien natuurlijk wel sprake van een executeur met ruime bevoegdheden indien de afwikkelingsbewindvoerder en de executeur zich in één persoon verenigen.

2. De boedelnotaris

De wet geeft geen definitie van het begrip ‘boedelnotaris’. Dit begrip wordt in de praktijk veelvuldig gebruikt, maar wie is dat en wat zijn zijn taken en bevoegdheden? In de rechtspraak wordt de notaris ten overstaan van wie de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap of de nalatenschap plaatsvindt veelal aangeduid als de boedelnotaris.¹² Sinds de invoering van het nieuwe erfrecht kennen we in art. 4:186 BW de bij de afwikkeling van de nalatenschap betrokken notaris. Deze kan maar hoeft niet de boedelnotaris te zijn. Beiden moeten zich overigens doen inschrijven in het boedelregister.¹³ Een notaris is op grond van deelopdrachten betrokken bij onderdelen van de afwikkeling van een nalatenschap, zoals het afgeven van een verklaring van executele/erfrecht of het verlijden van de akte van boedelbeschrijving.

De boedelnotaris daarentegen is m.i. de notaris onder wiens leiding de afwikkeling van de nalatenschap plaatsvindt, waaronder in het bijzonder de verdeling is begrepen.¹⁴

De taak van de boedelnotaris is niet die van een

⁷ Art. 4:145 BW.

⁸ Art. 4:145 BW.

⁹ Art. 4:147 lid 2 BW.

¹⁰ Art. 4:147 lid 3 BW.

¹¹ Rechtsbank Den Haag 11 oktober 2006, Notafax 2006, 243.

¹² Vgl. bijvoorbeeld HR 12 februari 1999, NJ 1999, 365.

¹³ Art. 4:186 lid 2 BW.

¹⁴ Zie over de boedelnotaris nader het themanummer De Boedelnotaris van het WPNR 2006/6672.

vereffenaar, maar veeleer die van een deskundige raadgever. De boedelnotaris en zelfs de notaris, die door de rechter op de voet van art. 677 Rv is belast met de verdeling, heeft nauwelijks wettelijke of door de rechtspraak ontwikkelde bevoegdheden. De wettelijke verdeling is nagenoeg geheel gebaseerd op de overtuigingskracht van de notaris, die deze zou moeten ontleen aan zijn deskundigheid en (vermeend) gezag.¹⁵

3. Verhouding tussen de executeur en de boedelnotaris

Voorop moet worden gesteld dat de met het beheer van de nalatenschap belaste executeur privaat bevoegd is de boedelnotaris aan te wijzen.¹⁶ De door de executeur aangewezen boedelnotaris stelt de erfgenamen van deze benoeming op de hoogte. De executeur mag ook van boedelnotaris veranderen. Dat kan een al door de erfgenamen benoemde boedelnotaris zijn of een door de executeur zelf benoemde boedelnotaris.

De boedelnotaris moet de belangen van de erfgenamen, legitimarissen en legatarissen op onpartijdige wijze en met de groots mogelijke zorgvuldigheid behartigen en daarbij zoveel mogelijk in harmonie met de executeur samenwerken, maar het is de executeur die – om met Schols te spreken – de erfrechtelijke marsroute aangeeft.¹⁷

De erfgenamen kunnen zich natuurlijk wenden tot een andere notaris dan de door de executeur aangewezen notaris. Deze door de erfgenamen aangewezen notaris is partijnotaris en is niet de boedelnotaris. Over de verhouding boedelnotaris-executeur is het Hof Amsterdam bij arrest van de Notariskamer¹⁸ duidelijk: “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-testamenteir 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-testamenteir bepaald.”

De notaris had er in de visie van het Hof verstandiger aan gedaan al tijdens de eerste boedelbeschrijving op zijn kantoor klaagster te informeren dat hij geen rol vervulde bij de afwikkeling van de nalatenschap en dat zij zich in verband hiermee tot de executeur diende te wenden. “Op de notaris rust géén zelfstandig controlerende taak.” Daar is geen woord Frans bij. De executeur heeft geheel en al de regie van de afwikkeling van de nalatenschap. De boedelnotaris komt alleen dan aan de bal als de executeur deze naar hem afspeelt.

Wat de verhouding tussen de executeur en de erfgenamen betreft verdient aandacht een vonnis van de Rechtbank Rotterdam¹⁹ waarin als volgt wordt overwogen: “Gezien de wetsgeschiedenis is het doel van art. 4:145 BW immers dat een executeur slagvaardig op kan treden zonder daarbij door een erfgenaam te worden gehinderd. Indien een erfgenaam wel bevoegd zou zijn als gedaagde (of als eiser, toevoeging van mij AS) in rechte op te treden zou aan dat doel voorbij worden gegaan.” De privatieve werking van de executeur wordt door de rechtbank derhalve ook op het gebied van het procesrecht bevestigd.

Het komt natuurlijk voor dat de boedelnotaris zich geconfronteerd ziet met een luie of een onbekwame of gewoon een onwillige executeur. De erfgenamen beklagen zich bij hem over de executeur. Zij hebben geen vertrouwen meer in de executeur en geven de boedelnotaris rechtstreeks opdrachten.

Dit was het geval in de casus die aanleiding gaf tot het arrest van de Notariskamer van het Hof Amsterdam van 17 januari 2008.²⁰

4. Het arrest van de Notariskamer van 17 januari 2008

Klager in deze zaak is de executeur die de notaris – kort samengevat en voorzover hier van belang – het navolgende verwijt.

De notaris heeft de netto-verkoopopbrengst van een in opdracht van de executeur overgedragen en tot de nalatenschap behorende woning, ondanks diverse verzoeken daartoe, niet aan de executeur overgemaakt. Ook heeft de notaris uit (deze) gelden betalingen gedaan zonder overleg met, laat staan met toestemming van, de executeur. Bovendien heeft de notaris zonder overleg of toestemming van de executeur beschikt over bankrekeningen die q.q. ten name van de executeur stonden door deze gelden te doen overmaken naar

¹⁵ Vgl. WPNR 2006/6672.

¹⁶ Art. 4:146 lid 1 BW.

¹⁷ Bernard M.E.M. Schols, Van executeur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder, diss. Nijmegen 2007, p. 222.

¹⁸ 6 maart 2006, LJA AV 6822.

¹⁹ 22 maart 2006, NJF 2006, 583.

²⁰ LJA BC 2842 Not.

de derdenrekening van de notaris. Veelzeggend detail was dat de notaris niet door de executeur, maar door de erfgenamen als boedelnotaris was aangewezen.

De notaris verweert zich door te stellen, dat hij zijn uiterste best heeft gedaan de ruziënde erfgenamen tot een vergelijk te laten komen en dat de executeur daarbij in geen velden of wegen was te bekennen. Vragen van de beide erfgenamen liet hij onbeantwoord. Met de aangifte voor het recht van successie wilde de executeur niets van doen hebben. De notaris heeft daarom maar zelf en in overleg met de erfgenamen de aangifte ingediend en de aanslag uit de onder hem zijnde gelden betaald. De levering van de voormelde woning ging gepaard met een ruzie tussen de executeur en de koper. Omdat de executeur nooit thuis gaf is de notaris door de erfgenamen aangewezen tot boedelnotaris en heeft hij in overleg met de erfgenamen alle betalingen – lopende nalatenschapsschulden en geldlegaten – verricht. Een legaat aan de executeur is niet afgegeven. Volgens de notaris kwam hij vooral klem te zitten tussen de erfgenamen en de executeur toen deze laatste aandrong op uitbetaling van de meervermelde nettoverkoopopbrengst en de erfgenamen zich krachtig tegen uitbetaling verzetten.

Hoewel het Hof er begrip voor heeft dat de notaris het gevoel had dat hij klem zat tussen de erfgenamen en de executeur heeft de notaris de situatie in deze nalatenschap op onjuiste wijze afgehandeld.

Het lag in een situatie als deze voor de hand dat eerst het ontslag van de executeur zou worden bewerkstelligd voordat de notaris die hiervoor omschreven handelingen verrichtte. Zolang de executeur in functie is zijn die handelingen voorbehouden aan de executeur. ‘De notaris had hiervoor zijn ministerie aan de beide erfgenamen moeten weigeren. Wat er ook zij van het

functioneren van een executeur, zolang deze in functie is, dient de notaris diens juridische positie en bevoegdheden te eerbiedigen’. Volgens het Hof had de notaris op relatief eenvoudige wijze de vooromschreven gang van zaken kunnen voorkomen door het ontslag van de naar het oordeel van de beide erfgenamen slecht functionerende executeur te (laten) bewerkstelligen en tot het moment van het ontslag zijn ministerie aan de beide erfgenamen te weigeren voorzover dit de exclusieve bevoegdheden van de executeur zou betreffen. De notaris wordt de maatregel van berisping opgelegd.

5. Slotsom

Hoezeer iedere notariële practicus evenals het Hof begrip kan opbrengen voor de handelingen van de notaris, die zich ongetwijfeld uitsluitend heeft laten leiden door de belangen van de erfgenamen, heeft deze zich toch te veel laten meeslepen en daarbij zijn eigen rechtspositie en bevoegdheden als boedelnotaris in relatie tot die van de executeur uit het oog verloren.

Het Hof formuleert heldere en voor de praktijk goed hanteerbare regels. Zolang de executeur in functie is – ook al functioneert die nog zo slecht – heeft de (boedel)notaris diens juridische positie en bevoegdheden te eerbiedigen. Hij komt dan niet klem te zitten tussen de erfgenamen en de executeur. Hij kan immers, sterker nog, hij moet dan zijn ministerie aan de erfgenamen weigeren. Dit arrest bevestigt opnieuw de sleutelpositie van de executeur – zoals die ook uit de wet en de wetsgeschiedenis blijkt – en geeft het notariaat een duidelijke handleiding hoe te handelen in situaties als deze. De moraal van het verhaal: boedelnotaris ken je plaats!