



Prof. mr. B.M.E.M. Schols

Bernard Schols is hoogleraar Successierecht en belastingen van rechtsverkeer aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Volmacht uit het hiernamaals, ook digitaal?

1. Prelude

In dank heb ik de uitnodiging van de redactie aanvaard om iets over de executeur te schrijven. Toen ik ruim tien jaar geleden mijn proefschrift¹ afrondde en daarmee de zoektocht naar de ware aard van de erfrechtelijk executeur, vond ik het allemaal nog heel spannend: het oeroude erfrecht overgieten met de moderne beginselen van ons algemene vermogensrecht. Ik kwam erachter dat via de gelaagde structuur er inderdaad een 'geheim' gangstelsel liep tussen het maffe en tot 2003 geïsoleerde erfrecht, dat hermetisch opgeslagen 'lag' in Boek 4 van ons Burgerlijk Wetboek, en de andere boeken van ons BW. Thans zijn de paden, die door de grote denkers al achter de schermen in grote lijnen aangelegd waren, ook ontdekt door de erfrechtbeoefenaars en kabbelen allerlei juridische beekjes of beter: stromen de rivieren dwars door ons BW om verschillende juridische denkbeelden

met elkaar te verbinden. Kortom, de erfrechtelijke ramen zijn geopend en de frisse juridische lucht komt ook de notarieel-erfrechtelijke wereld binnen. Het is overigens een wederkerig proces, want wat te denken van het best bewaarde geheim over voorwaardelijke verkrijgingen in art. 4:138 lid 1 BW:

'Wanneer een erfstelling onder een voorwaarde is gemaakt, wordt degene aan wie het vermaakte tot de vervulling der voorwaarde toekomt, als de uitsluitend rechthebbende aangemerkt voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsoverdrachten.'

Een prachtige (veelal onbekende) bepaling om in spiegelbeeld een discussie over de rechten van een

eigenaar onder opschortende voorwaarde in te luiden, maar dat terzijde.² In ieder geval bewaart het moderne erfrecht ook nog veel interessante onontgonnen geheimen voor de beoefenaars van het algemene vermogensrecht. Vroeger sprak men in dezen nog van de fideicommissaire making, thans door de invloed van het algemene vermogensrecht van de voorwaardelijke making, art. 4:141 BW.³

Voor de groep mensen die de term executeur overigens nog niets zegt, dan wel bij wie de term andere dan erfrechtelijke ofwel akelige gevoelens oproept: dat is degene die bij testament benoemd is om de nalatenschap van de overleden testateur af te wikkelen, al dan niet met nadere aanwijzingen van de overledene. In de maatschappij bestaat immers een grote behoefte aan een medium tussen leven en dood, aan een volmacht uit het hiernamaals.

¹ B.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. Deventer: Kluwer 2007. Met trots meld ik dat Van Mourik mijn promotor was. Zie over executele ook Handboek Erfrecht, Deventer: Kluwer 2015, Hfdst XIV.

² Vergelijk Hoge Raad 3 juni 2016, ECLI:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*). In erfrechtelijke terminologie: ook een erfgenaam onder opschortende voorwaarde is erfgenaam en krijgt 'bericht' van de notaris.

³ Met als specialis de voorwaarde van overleven. In populaire erfrechtelijke termen spreekt men zelfs van het tweestaptestament.

Wie houdt in de gaten dat de wensen van erflater volledig uitgevoerd worden? Komt het testament wel boven water? Wordt er wel uit het juiste vaatje getapt na de begrafenis? Heeft de overledene zijn dispuutsdas wel om? Worden de legaten wel uitgekeerd en alle schuldeisers voldaan? En niet te vergeten: wordt de buste van erflater wel regelmatig afgestoft? Iedere erflater heeft behoefte aan een *vertrouwenspersoon* die bij het definitieve vertrek naar gene zijde een erfrechtelijk oogje in het zeil blijft houden. En niet alleen wat de tafelschikking bij de koffietafel⁴ na de uitvaart betreft, maar met name ook of er niet teveel geruzied wordt bij de *verdeling* van zijn nalatenschap.⁵ Of nog compacter: de executeur is de *erfrechtelijk manager*. Vroeger spraken we van 'executeur-testamentair', een term die de sfeer van 'oude dames, poedels en bonbons' in de omgeving van Wassenaar opriep. Vroeger was deze functionaris dan ook, en nu met een Zuidelijke bril, een soort van erfrechtelijk Prins Carnaval. Hoe anders is dit thans, maar daarover hierna meer. Wel laat ik alvast de teksten vallen die de wetgever in 2003 heeft gebruikt om het erfrechtelijk fenomeen executeur in het gesloten stelsel⁶ van uiterste wilsbeschikkingen in te kaderen, te weten art. 4:144 en 4:145 BW. U weet wettelijk en de ziel van een regeling vallen lang niet altijd samen:

- Art. 4:144 BW

1. Onverminderd de testamentaire lasten die de erflater aan de executeur mocht hebben opgelegd, heeft deze, voor zover de erflater niet anders heeft beschikt, tot taak *de goederen der nalatenschap te beheren en de schulden der nalatenschap te voldoen*, die tijdens zijn beheer uit die goederen behoren te worden voldaan. (Curs. BS)

2. 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.

3. [...].
- Art. 4:145 BW

1. Is een executeur benoemd, die tot taak heeft goederen der nalatenschap te beheren, dan kunnen de erfgenamen, tenzij hij zijn benoeming niet aanvaardt,

niet zonder zijn medewerking of machtiging van de kantonrechter over die goederen of hun aandeel daarin beschikken, voordat zijn bevoegdheid tot beheer is geëindigd.

2. Gedurende zijn beheer *vertegenwoordigt* hij bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte. (Curs. BS)

Mijn onderzoeksvraag was dan ook destijds, de letterlijke wetteksten loslatende: wat is nu de ware aard van de executeur, in oude tijden ook wel boedelberedderaar genaamd. Wie is dit erfrechtelijk mystieke beestje en wat kan hij wel en wat kan hij niet. Ik heb niet alleen (op mijn studeerkamer) een denkbeeldig tochtje door Europa gemaakt om de buitenlandse collega's van de Nederlandse executeur aan een nader onderzoek te onderwerpen: de Belgische testamentuitvoerders, de Zwitserse Willensvollstrecker en niet te vergeten de Duitse Testamentsvollstrecker, maar heb mij vooral uitgeleefd op en gelaafd aan de prachtige gelaagde structuur van ons Burgerlijk Wetboek. Uit deze bronnen is de gedachte van de *erfrechtelijke verbintenis* ontsprongen. Mijn reisgids was daarbij onder meer het werk van de grote Schoordijk⁷, die mij deed inzien dat het recht zich er uitermate goed voor leent, maar ook dwingt, om zo nu en dan, van de gebaande paden af te gaan en dat er geen absolute waarheden zijn in het recht, hoogstens relatieve. Mijn promotor Van Mourik was ook in zijn juridisch denken behoorlijk geïnspireerd door Schoordijk. Voor mijn onderzoek moesten de Nijmeegse beelden over onmiddellijke vertegenwoordiging (zacht uitgedrukt) enigszins opgerekt worden en zoals gezegd hielpen de denkbeelden van Schoordijk over vertegenwoordiging mij daarbij. Door het schrijven van een proefschrift leert men dat de juridische waarheid nog al eens in het midden ligt en komt men er ook snel achter dat het recht niet stilstaat, maar constant in beweging is en blijft, ook na het 'Hora est'. Dat bleek maar weer tijdens het schrijven van dit artikel toen het Duitse Bundesgerichtshof op 12 juli 2018 uitspraak deed over 'Facebook' en de digitale nalatenschap.⁸ De rol van 'Testamentsvollstrecker' wordt in ieder geval nog groter. Zo was in het Verfassungsblog

(on Matters Constitutional, Karl Nikolaus Peifer) al te lezen over de digitale erfenis:

'Wer auch die enge Familie nicht bedenken will, der müsste *eine Person des Vertrauens* testamentarisch mit der Wahrnehmung dieser Rechte bedenken [...].' (Curs. BS)

"Door het schrijven van een proefschrift leert men dat de juridische waarheid nog al eens in het midden ligt en komt men er ook snel achter dat het recht niet stilstaat, maar constant in beweging is en blijft, ook na het 'Hora est'"

Ouders wilden toegang tot het Facebook-account van de overleden dochter en dat kregen ze niet, waarna ze uiteindelijk bij het Bundesgerichtshof terechtkwamen. Inloggen was niet gelukt omdat het account op de 'Gedenkzustand' ofwel *in memoriam* stond. De erfrechtelijke knoop moest door de rechter doorgehakt worden. Wel of geen toegang door de erfgenamen tot het Facebook-account van de overledene. Vererving of géén vererving van de zogeheten 'social media'?⁹ Dat is de kwestie. In het Nederlandse erfrecht kennen we de 'saisine', de rechtsopvolging onder algemene titel, art. 4:182 BW en in Duitsland de vergelijkbare Gesamtrechtsnachfolge § 1922 Abs. 1 BGB:

'Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.'

Van belang is ook dat in casu de vererving (die 'Vererblichkeit') niet bij overeenkomst was uitgesloten. De clou was uiteindelijk dat deze digitale rechten, inhoudende de toegang tot het Facebook-account, op dezelfde manier

vererven als *analoge* 'Dokumente', zoals dagboeken en persoonlijke brieven. Ofwel:

'Es besteht *aus erbrechtlicher Sicht* kein Grund dafür, digitale Inhalte anders zu behandeln.' (Curs. BS)

Een overweging van het Bundesgerichtshof is ook dat men tijdens leven risico loopt dat derden misbruik van het account maken en dat men (BS: dan ook maar?) bij overlijden rekening moet houden met: '*der Vererbung des Vertragsverhältnisses*'.¹⁰ In mijn woorden, in het licht van deze bijdrage: Benoem een executeur voor de social media. Een vertrouwenspersoon vertrouwt men immers zijn vertrouwelijke gegevens toe. Hij weet wat van hem verwacht wordt in dezen. Kortom, door dit (Duitse) 'arrest' zal de executeur nog belangrijker worden en vooral ook op digitaal gebied. De eigenschap '*met uitsluiting van anderen*', waarover hierna meer, zal de executeur in de digitale wereld goed van pas komen.

Interessant is ook de door het 'Bundesgerichtshof' uitgesproken gedachte over de sinds 25 mei 2018 geldende 'Datenschutz-Grundverordnung' ofwel de Europese privacyverordening AVG:

'Diese steht dem Zugang der Erben nicht entgegen. Datenschutzrechtliche Belangen der Erblasserin sind nicht betroffen, da die Verordnung *nur lebende personen schützt*.' (Curs. BS)

Alleen *levenden* worden beschermd door deze privacywetgeving. Ik realiseer me dat ik de Nederlandse executeur (al de hele tijd) onderdompel in de Duitse rechtssferen, maar we leven nu eenmaal in Europa en daar geldt vaak 'Germania docet'.¹¹

'Terug' naar de bevindingen in mijn proefschrift over het karakter van de executeur en de gedachte van de erfrechtelijke verbintenis. In de symbolische term 'erfrechtelijke verbintenis' kan het algemene vermogensrecht en het bijzondere erfrecht

⁴ In Limburg heeft de executeur uiteraard de belangrijke taak om de 'begrafenisvlaai' uit te kiezen.

⁵ Ter voorkoming van misverstanden: een executeur mag de nalatenschap niet verdelen.

⁶ Art. 4:42 BW.

⁷ De hooggeleerde Schoordijk is onlangs op 5 juli 2018 overleden en is ongetwijfeld een van de grootste juridische denkers die Nederland gehad heeft. Ik heb nog de eer gehad om hem (onder meer) tijdens mijn promotie te mogen begroeten. Hij stelde destijds de laatste vraag voordat het 'Hora est' viel.

⁸ Bundesgerichtshof 12 juli 2018 - III ZR 183/17.

⁹ Digitaal erfrechtexpert Lucienne A.G.M. van der Geld was haar tijd al ver vooruit door zich jaren geleden al de term sociale media-executeur te laten ontvallen. Zie ook L.A.G.M. van der Geld, De executeur in een nalatenschap met bitcoins en andere 'digitale bezittingen', Tijdschrift Erfrecht 2014, aflevering 6.

¹⁰ Juridisch smullen is ook de voorafgaande passage: 'Der Absender einer Nachricht kann dementsprechend zwar darauf vertrauen, dass die Beklagte (BS: Facebook) sie nur für das von ihm ausgewählte Benutzerkonto zur Verfügung stellt. Es besteht aber kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass nur der Kontoinhaber und nicht Dritte von dem Kontoinhalt Kenntnis erlangen.'

¹¹ In het voetbal is dit niet meer zo vanzelfsprekend.

samenvloeien ofwel *aaneengeschakeld* worden. Uiteraard kan deze gedachte ook bij andere erfrechtelijke rechtsfiguren, zoals een legaat of een testamentaire last gebruikt worden.

2. De erfrechtelijke verbintenissen

De erfrechtelijke verbintenis *executele* ontstaat eerst op het moment van overlijden. In art. 4:143 BW wordt voor een executele als uiterste wilsbeschikking de grens getrokken ten opzichte van een *overeenkomst*: 'aanvaarding van zijn benoeming na overlijden'. Dat neemt niet weg dat wij het overeenkomstenrecht bij wijze van analogie van toepassing zouden mogen verklaren op een erfrechtelijke rechtsfiguur.¹² Denk aan het belonen van de executeur. Heeft hij recht op een onkostenvergoeding? En hoe groot is zijn beloning als hij voortijdig zijn werkzaamheden heeft moet staken? De antwoorden bevinden zich in eerste instantie niet in het erfrecht maar in het overeenkomstenrecht. Zie art. 7:406 en art. 7:411 BW.

De erfrechtelijke verbintenis executele valt, indachtig de gelaagde structuur van ons vermogensrecht, uiteen in drie lagen, waarbij de ene laag zich, afhankelijk van de onderliggende rechtsvraag, soms meer manifesteert dan de andere laag. Analyse van de voorliggende rechtsvraag is steeds van belang. Het bindmiddel is de rechtsfiguur *privatieve lastgeving*.¹³ Wie de stap zet van 'laag' naar beginsel komt tot de conclusie dat de drietand executele gedragen wordt door de navolgende drie principes:

- I. het verbintenissenrechtelijke beginsel van quasi-overeenkomst van opdracht/lastgeving (*intern* van aard, art. 7:424 BW);
- II. het goederenrechtelijke beginsel van beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen; het *bewindsaspect*;
- III. het verbintenissenrechtelijke beginsel van onmiddellijke vertegenwoordiging van erflater (*extern* van aard, art. 3:78 BW).

"De artikelen 3:78 en 7:424 BW waren voor mij de poortjes naar de geheime gangen, die mij brachten van erfrecht naar algemeen vermogensrecht en omgekeerd om uiteindelijk de ware aard van de executeur te vinden"

De artikelen 3:78 en 7:424 BW waren voor mij de poortjes naar de geheime gangen, die mij brachten van erfrecht naar algemeen vermogensrecht en omgekeerd om uiteindelijk de ware aard van de executeur te vinden. Het in art. 3:77 BW neergelegde beginsel 'erflater leeft nog' verhoogde sowieso de erfrechtelijke feestvreugde.

3. HR 21 november 2008, NJ 2009/116.

Een jaar na het verschijnen van mijn dissertatie heeft de Hoge Raad, in zijn arrest HR 21 november 2008, NJ 2009/116,¹⁴ voor de eerste keer zijn licht laten schijnen over de ware aard van de rechtspositie van de executeur.¹⁵ Waar ik '600' pagina's nodig had, heeft de Hoge Raad maar één alinea nodig. Het gebeurt allemaal in rechtsoverweging 4.2. Met deze rechtsoverweging heeft zowel theorie als praktijk een stevig fundament gekregen om de vele rechtsvragen die dagelijks rijzen over het functioneren van de executeur te kunnen beoordelen en daar waar nodig te lijf te kunnen gaan:

“De executeur aan wie, zoals hier het geval is, het bezit van de goederen van de nalatenschap is toegekend en die is aangesteld tot beredderaar van de boedel, is bevoegd *met uitsluiting van anderen* het beheer over de goederen van de nalatenschap te voeren. Op grond van deze bevoegdheid mag hij het beheer *naar eigen inzicht* voeren en de keuzes maken die hem ten behoeve van dat beheer *geraden voorkomen*, zij het dat hij daarbij *de zorg van een goed* executeur moet betrachten.” (Curs. BS).

Ongetwijfeld is de wens ook de vader van de gedachte, maar als ik mijn benadering op de benadering van de

Hoge Raad leg, zie ik met enige juridische goede wil een principiële overeenkomst tussen de getrokken conclusies over de ware aard van de onderliggende rechtsfiguur. In de frasen ‘naar eigen inzicht’ en ‘de keuzes maken die hem geraden voorkomen’ zie ik het externe aspect in de zin van vertegenwoordigingsmacht in het rechtsverkeer. Naar derden toe is de executeur in beginsel altijd bevoegd, *zij het* dat hij indachtig het afleggen van zijn rekening verantwoording voor de verleende *opdracht*, de zorg van een goed executeur¹⁶ moet betrachten (vgl. art. 7:401 BW) ofwel dat hij in de interne relatie steeds op zijn externe functioneren aangesproken kan worden.¹⁷ Het bewindsaspect - of zo men wil het bindmiddel privatieve lastgeving - zie ik terug in de woorden: ‘met uitsluiting van anderen’. Dat erflater de opdrachtgever is illustreert een frase van een arrest van Hof Amsterdam van 22 juli 2014, ECLI:GHAMS:2014:3052: 'Mede gelet op de instructies die hem zijn gegeven, heeft [geintimeerde sub 1] zijn opdracht als executeur redelijkerwijs zo mogen begrijpen dat [...]'.¹⁸

Het is van belang om te zien dat de wetgever spreekt van vertegenwoordiging van de erfgenamen, art. 4:145 lid 2 BW, maar dat dit niet al te letterlijk genomen moet worden. Men dient dit te lezen als vertegenwoordiging van *erflater*, waarbij de rechtsgevolgen van de vertegenwoordiging toegerekend dienen worden aan de rechtsopvolgers onder algemene titel: de erfgenamen. Erflater is immers niet meer, maar heeft wel zelf nog de erfrechtelijke aftrap gedaan ofwel heeft een opdracht meegegeven met een *volmacht uit het hiernamaals*, art. 3:77 BW. Rechtsfiguren uit het algemeen vermogensrecht, zoals de volmacht worden in Boek 4 BW door het gesloten stelsel, art. 4:42 BW, opgeslurpt ofwel geordend en krijgen een eigen erfrechtelijk koosnaampje, zoals: *executeur*.

De wetgever wilde nog wat erfrechtelijke folklore behouden, althans dat denk ik, anders had

men ongetwijfeld gesproken van erfrechtelijk vertegenwoordiger of erfrechtelijk opdrachtnemer. Als men in dezen te grote stappen had gezet, had men ongetwijfeld nog vijftig jaar moeten wachten tot het nieuwe erfrecht een feit was. De wetgever heeft het inbedden van de klassieke erfrechtelijke rechtsfiguren aan de gelaagde structuur overgelaten en dat is een zeer geslaagde en verfrissende gedachte geweest.

4. De afwikkelingsbewindvoerder: de 'driesterrenexecuteur'

Wie teleurgesteld is dat een executeur wel mag beheren (managen) maar niet mag *verdelen*, dient te rade te gaan bij een bijzonder erfrechtelijk ingrediënt: *afwikkelingsbewind*, te vinden in art. 4:171 BW. Een afwikkelingsbewindvoerder mag op de schouders van de executeur gaan staan en kan door erflater bekleed worden met zelfstandige *verdelingsbevoegdheid*.¹⁹ In de praktijk spreken wij dan ook van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder als een synthese van rechtsfiguren, waarbij het afwikkelingsbewind wel nog testamentair gekneed dient te worden. Populaire toepassingen van afwikkelingsbewind in de praktijk zijn: de quasi-wettelijke verdeling en de democratieclausule. Art. 4:171 BW spreekt voor de erfrechtelijk creatieveling voor zich:

'Bij de uiterste wil kunnen de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader worden geregeld; zij kunnen *daarbij ruimer* of beperkter worden *vastgesteld* dan uit de voorgaande bepalingen van deze afdeling voortvloeit.'

Bij ruimer dient men inderdaad te denken aan het verlenen van zelfstandige verdelingsbevoegdheid aan

¹² “Door het legaat ontstaat een verbintenissenrechtelijke rechtsverhouding, welke op één lijn moet worden gezien met de verbintenissenrechtelijke verhouding, die uit een overeenkomst ontstaat”, aldus Parl. Gesch. Vast., Boek 4, p. 772.

¹³ Anders Asser/Perrick 4 2017/ 692 die van mening is dat het privatieve karakter van de bevoegdheid van de *executeur* voldoende kan worden gebaseerd op art. 4:145 lid 2 BW. De ware aard vindt men echter niet altijd in de wettekst. In de Van der Burght-bundel 2009, nr. 12, par. 5, p. 148 merkt hij wel op dat er uiteraard geen bezwaar tegen bestaat om bij de vaststelling van de rechten en verplichtingen van de *executeur* inspiratie op te doen bij de wettelijke regeling van de opdracht en de lastgeving.

¹⁴ HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5985. Het arrest werd in de *NJ* geannoteerd door Perrick.

¹⁵ Het arrest ging weliswaar over een executeur naar oud recht, maar de Hoge Raad gaf in rechtsoverweging 4.5 aan: “Naar huidig recht (...) geldt het hiervoor overwogene eveneens.”

¹⁶ Op p. 123 van mijn proefschrift merk ik op: “Met ‘sui generis’ alleen kan men in de rechtspraktijk immers geen problemen oplossen en doop, gelet op de gelaagde structuur, art. 7:401 BW, de norm voor de opdrachtnemer, vervolgens om tot een erfrechtelijke regel: ‘De executeur moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed executeur in acht nemen.’”

¹⁷ Zie over dit arrest ook de interessante annotatie van A.J.M. Nuytinck in *Ars Aequi* van januari 2009, p. 44-50. Hoewel hij zelf zegt dat het opvallend is dat “de Hoge Raad tot zesmaal toe spreekt over ‘de zorg van een goed executeur’”, waarmee volgens Nuytinck de Hoge Raad duidelijk in de trant van art. 7:401 BW inzake de overeenkomst van opdracht formuleert, komt hij uiteindelijk tot de conclusie dat de executeur een zeer bijzondere, eigensoortige vertegenwoordiger is, een vertegenwoordiger *sui generis*. Uiteraard aanvaard ik in dank de door hem aan mij verleende erfrechtelijke geuzentitel de ‘godfather’ van de executele.

¹⁸ De Hoge Raad heeft de 'lagere' rechters in zijn arrest van 21 november 2008, NJ 2009/116 een helder richtsnoer gegeven waar ze iedere executeurscasus eenvoudig mee kunnen oplossen, en wel in rechtsoverweging 4.2. in het bijzonder.

¹⁹ In erfrechtelijk jargon ook wel de derde ster genaamd.

²⁰ De executeur wordt dan executeur-afwikkelingsbewindvoerder, een synthese tussen twee rechtsfiguren.

de executeur.²⁰ Een andere veel gebruikte clausule om de verkoopbevoegdheid van de executeur uit te breiden is bijvoorbeeld:²¹

'De afwikkelingsbewindvoerder is bevoegd om over de goederen van mijn nalatenschap als vertegenwoordiger van de erfgenamen te beschikken, als ware hij enig rechthebbende en derhalve zonder medewerking/toestemming/machtiging/goedkeuring van welke aard dan ook, zulks met toepassing van het beginsel van zaaksvervanging. Dit mede met als doel een soepele boedelafwikkeling te garanderen.'

5. Het levenstestament en de levensexecuteur

Wie een executeur benoemt om de afwikkeling van zijn nalatenschap soepel te laten verlopen komt op enig moment ook op het idee om al *tijdens leven* een dergelijke *vertrouwenspersoon* aan te stellen voor de situatie dat men het zelf allemaal niet meer zo goed kan. Niet alleen wat betreft beslissingen op vermogensrechtelijk gebied, maar ook op medisch gebied: de *levensexecuteur*. Ook bij het opstellen van een *levenstestament* worden dan de rechtsfiguren volmacht (extern) en opdracht (intern) als juridische ingrediënten van stal gehaald. De sterveling die nog (niet overtuigd) het bewijs zou zoeken dat ook een executele inderdaad als grondstof de algemeen vermogensrechtelijke figuren opdracht en volmacht heeft, stelt zich de eenvoudige vraag of een rechter een 'opdracht' en een 'volmacht' (bijvoorbeeld tot verkoop of afgifte legaat) opgenomen in een uiterste wil, indachtig het in art. 4:42 BW gesloten stelsel, zou transformeren in een benoeming tot executeur. Dit blijkt al snel een retorische vraag te zijn. Ik maak bij het terugvallen op de juridische grondstof opdracht/lastgeving wel de kanttekening dat aangezien bij de levensexecuteur de achterman nog in leven is, minder behoefte zal zijn aan het privatieve karakter van de executele.²² Een andere vergelijking tussen deze vertrouwenspersonen is dat de levensexecuteur de rechterlijke overheidsbemoeienis die beschermingsbewind nu eenmaal met zich brengt, wenst te ontspringen door zelfregulering, welke zelfregulering we ook aantreffen bij de erfrechtelijk executeur. Er is

uit respect voor de autonomie van de aspirant erflater testamentair maatwerk mogelijk, zie bijvoorbeeld in het hiervoor opgenomen art. 4:144 BW de frase 'onverminderd testamentaire lasten' dat ook de invloed van de overheid in de vorm van bemoeienis van de rechterlijke macht poogt te ontlopen.²³ Denk aan de dwingende regeling van formele vereffening als concept voor de boedelafwikkeling in het belang van schuldeisers. Een executeur die een ruimschoots-toereikend-verklaring kan afleggen is niet aan de formele vereffening onderworpen in geval van een beneficiaire aanvaarding, art. 4:202 BW.

De ontwikkelingen op het gebied van de levensexecuteur/levenstestament bespoedigen de ontwikkeling van de executeur en het filosoferen over de erfrechtelijk executeur bevordert de ontwikkeling van de levensexecuteur. Deze rechtsfiguren zullen dan ook steeds meer op elkaar afgestemd worden, niet alleen qua inhoud, maar ook qua personele bezetting.

De executeur heeft zich niet alleen civielrechtelijk sterk ontwikkeld, maar de laatste jaren ook *fiscaal*. De 'Edelweissproblematiek' leek daar in eerste instantie een stokje voor te steken, maar het tegendeel was het geval. Dit heeft te maken met de nieuwe disculpatiemogelijkheid voor executeurs, waarover in de volgende paragraaf meer. Overigens heeft de executeur-afwikkelingsbewindvoerder ook bij de fiscale ontwikkeling van flexibele testamenten een belangrijke rol gespeeld.

6. De executeur fiscaal: de Edelweissexecuteur

Op grond van art. 72 SW 1956 is de executeur per 1 januari 2012 *verplicht* om aangifte te doen voor de heffing van erfbelasting.²⁴ Deze verplichting geldt - anders dan naar de letter van de wet - niet voor de 'begrafenisexecuteur', aangezien deze geen bemoeienis heeft met de afwikkeling van de nalatenschap.²⁵ In het verlengde hiervan bepaalt art 47 Invorderingswet 1990 dat executeurs en door de rechter benoemde vereffenaars van nalatenschappen *hoofdelijk aansprakelijk* zijn voor al de door en bij het overlijden van de erflater verschuldigde *erfbelasting*, tenzij de aangifte voor de erfbelasting niet door hen

is gedaan. Deze aansprakelijkheid geldt echter niet voor zover een executeur aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de aanslag tot een te laag bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven.²⁶ Deze disculpatiemogelijkheid heeft in de praktijk mijns inziens de klassieke angst bij executeurs voor de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de erfbelasting grotendeels weggenomen.²⁷

7. Enfin

De executeur staat als een huis, maar is juridisch kameleon genoeg om zich naar de maatschappelijke erfrechtelijke behoeften te blijven ontwikkelen, denk aan ontwikkelingen op het gebied van de *digitale* nalatenschap, zoals het recente, hiervoor behandelde, Duitse *Facebook*-'arrest'.²⁸ Het belangrijkste blijft vooral dat men zich in het verkeer met executeurs steeds realiseert dat men de frase 'vertegenwoordiger van de erfgenamen' niet al te letterlijk moet nemen, art. 4:145 lid 2 BW, maar - indachtig het bepaalde in art. 3:77 BW - dient te interpreteren als vertegenwoordiger van *erflater*. De 'volmacht' wordt niet gegeven door de erfgenamen maar komt uit het 'hiernamaals'. Soms zelfs digitaal. Het succes van de executeurs is met name te danken aan het feit dat hun bevoegdheden *privatief* zijn, dat zij derhalve handelen met uitsluiting van anderen. Verschillende beroepsgroepen hebben dit al aan den lijve ondervonden. Notarissen bij het beschikken over onroerende zaken: de erfgenamen zijn beschikkingsonbevoegd, advocaten bij het procederen: als ze de executeur niet in het geding betrekken: niet-ontvankelijkheid. Bankiers betaalden ten onrechte aan de erfgenamen uit en fiscalisten kunnen niet om de executeur heen bij de aangifte erfbelasting. En in de wereld van de social media en alle daarmee samenhangende vertrouwelijkheid zal, zoals reeds aangestipt, het privatieve karakter van de executeur hoge ogen gooien. Een digitale executeur zal weldra

een erfrechtelijke vanzelfsprekendheid zijn. Digitale (juridische) verbinding met het hiernamaals lijkt binnen handbereik.

"De executeur staat als een huis, maar is juridisch kameleon genoeg om zich naar de maatschappelijke erfrechtelijke behoeften te blijven ontwikkelen, denk aan ontwikkelingen op het gebied van de digitale nalatenschap, zoals het recente, hiervoor behandelde, Duitse Facebook-'arrest'"

Een laatste hartenkreet: Student, als u de kans krijgt om te promoveren in het recht, grijp hem, al dan niet als 'buitenpromovendus'. Tijd vliegt en de investering loont. Vergelijk het maar met de weg naar de Olympische Spelen. 'Vier jaar' is zo voorbij. Schrijf uw eigen Harry Potter!

"Een laatste hartenkreet: Student, als u de kans krijgt om te promoveren in het recht, grijp hem, al dan niet als 'buitenpromovendus'. Tijd vliegt en de investering loont. Vergelijk het maar met de weg naar de Olympische Spelen. 'Vier jaar' is zo voorbij. Schrijf uw eigen Harry Potter!"

²¹ Voor een tweesterrenexecuteur geldt voor het te gelde maken art. 4:147 BW.

²² Zie art. 4:145 lid 1 BW en in het algemeen vermogensrecht art. 7:423 BW (de privatieve lastgeving).

²³ Een vergelijking zou ook gemaakt kunnen worden met het vraagstuk op welk moment de regeling van het levenstestament in moet gaan, vergelijk art. 4:143 BW.

²⁴ Zie hierover uitgebreid J.P.S.A.Wouters, Executeur en erfbelasting, *WPNR* 2013/6997.

²⁵ Kamerstukken II 2011-2012, 33 004, nr. 5, p. 20-21. In jargon is de begrafeniseexecuteur de executeur met één ster.

²⁶ Deze disculpatiemogelijkheid is opgenomen in art. 47 lid 2 Invorderingswet 1990. Zie ook de voor de erfgenamen opgenomen kennisgevingsplicht in art. 10c Uitvoeringsbesluit SW. Het bepaalde in art. 66 lid 3 SW, waar onbeperkte navordering mogelijk wordt gemaakt voor verzwegen buitenlands vermogen, maakt ook onderdeel uit van de Edelweisswetgeving. De Edelweissconstructie kwam er op neer dat buitenlands vermogen buiten de Nederlandse erfbelasting werd gehouden met behulp van 'geheimhouders' en executeurs. Het was waarschijnlijk een monster van Loch Ness verhaal dat door te politiek te serieus genomen is.

²⁷ B.M.E.M. Schols, Niet iedere executeur is een Edelweissexecuteur, *FBN* 2017 nr. 19.

²⁸ Bundesgerichtshof 12 juli 2018- III ZR 183/17.