

*Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder. Zijn ware aard, civiel en fiscaal. Een onderzoek naar de grondslagen van executele als erfrechtelijke verbintenis, diss. Bernard M.E.M. Schols*

De centrale onderzoeksvraag in het op 7 december 2007 aan de Radboud Universiteit Nijmegen verdedigde proefschrift van Bernard Schols luidde: wat is de *ware aard* van executele naar nieuw Nederlands erfrecht? Met de methode van het denken in termen van de *'erfrechtelijke verbintenis'* in combinatie met de externe rechtsvergelijking in Hfdst. I (Duitsland, België, Zwitserland en Frankrijk) is zijns inziens de ware aard van executele boven komen drijven.

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.'*

De erfrechtelijke verbintenis executele valt 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 het beginsel van *privatieve lastgeving*. Wie de stap zet van 'laag' naar beginsel komt volgens Schols tot de conclusie dat de drietand executele gedragen wordt door de navolgende drie *'Principles'*:

I. het verbintenisrechtelijke beginsel van *quasi*-overeenkomst van *opdracht/lastgeving* (intern) Hfdst. II.A;

II. het goederenrechtelijke beginsel van *beschikkingsonbevoegdheid* van de erfgenamen; het *bewindsaspect*, Hfdst. II.B;

III. het verbintenisrechtelijke beginsel van *onmiddellijke* vertegenwoordiging van *erflater* (extern), Hfdst. II. C.

Een sterke executeur, zoals de Nederlandse, put zijn kracht uit de 'guldenmiddenweg', te weten vertegenwoordiging *én* 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.

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 vertegenwoordiging *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*: een semi-contractuele ‘trustachtige’ rechtsfiguur waar men in erfrechtelijk Europa niet meer omheen kan. De ‘*verdrängende Vollmachtlösung*’ is geïncorporeerd.

Maar het allerbelangrijkste blijft, in welk stelsel dan ook, zich steeds te realiseren dat executeurs vertegenwoordigers van *erflater* zijn en van ‘niemand anders’. De Nederlandse wetgever heeft zich dit in art. 3:77 BW in ieder geval terdege gerealiseerd en daar de bron van het erfrechtelijke vertrouwen laten ontspringen. Art. 4:145 lid 2 BW (de executeur vertegenwoordigt de erfgenamen) zet de argeloze lezer op het verkeerde been. De auteur wijst erop dat de kracht van een executeur met name afhankelijk is van de positie van een legitimaris in een bepaald rechtsstelsel. In de dissertatie van Schols wordt ook uitgebreid aandacht besteed aan de *fiscale positie* van de executeur.

Handelseditie: Kluwer Deventer (publicaties bij wege van het Centrum voor Notarieel Recht, deel 6), promotor: Prof. mr. M.J.A. van Mourik, 602 p.