

Onder redactie van:

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. G.A. Tuinstra
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. dr. N.V.C.E. Bauhuin
Mr. E.C.E. Schnackers
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. dr. G.T.J. Hoff

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2021-19

24 november 2021

Erfrechtelijk onlosmakelijk verbonden 'stars and stripes'.

HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1646

De synthese tussen executele en afwikkelingsbewind blijft een interessante kwestie. Technisch gezien zijn het in ons prachtige gesloten erfrechtelijke stelsel twee verschillende rechtsfiguren. De erfrechtelijk boetseerder heeft er in de praktijk geen moeite mee om, indachtig het motto 'eerst vereffenen en dan pas verdelen' deze twee modelletjes aan elkaar te smeden. Dit kan echter allerlei vragen opwerpen, zoals de vraag of 'het hof de broer niet had mogen ontslaan als afwikkelingsbewindvoerder, omdat het inleidend verzoek daarop geen betrekking heeft en de beschikking van de kantonrechter daarover geen beslissing inhoudt'. De Hoge Raad moest hier onlangs over oordelen en deed dat kort en krachtig:

'3.2.1 Het hof heeft onmiskenbaar de bevoegdheden die de broer in het testament kreeg als "afwikkelingsbewindvoerder" *onlosmakelijk verbonden geacht* met de benoeming tot executeur. In rov. 3.7.4 stelt het hof voorop dat aan een executeur die tevens afwikkelingsbewindvoerder is ruime bevoegdheden kunnen worden toegekend, en gebruikt het vervolgens de omschrijving "executeur-afwikkelingsbewindvoerder". In rov. 3.7.5 overweegt het hof dat de kantonrechter de broer heeft ontslagen uit diens hoedanigheid als "executeur-afwikkelingsbewindvoerder". In rov. 3.7.6 merkt het hof op dat de kantonrechter de broer heeft ontslagen als "executeur c.a.".' (Curs. BS)

Deze passage van ons hoogste Haagse orakel is van groot belang voor het antwoord op de vraag of de twee erfrechtelijke vertegenwoordigers *onlosmakelijk* met het oog op ontslag met elkaar verbonden zijn. Ook komt het verbindingsstreepje voorbij: 'executeur-afwikkelingsbewindvoerder'. De Hoge Raad licht het als volgt nog nader toe:

'3.2.2 In de aangehaalde overwegingen ligt besloten dat volgens hof het ontslag "als executeur" in het inleidend verzoek en in de beschikking van de kantonrechter mede betrekking had op de bevoegdheden die de broer verkreeg doordat hij in art. IX van het testament niet slechts tot executeur, maar tot "executeur afwikkelingsbewindvoerder" was benoemd. De broer heeft na zijn ontslag daarom ook geen bevoegdheden meer als afwikkelingsbewindvoerder. Dat oordeel is niet

onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering. Hierop stuiten de klachten van het tweede middel af.’

De testamentenmaker (of beter: de aspirant-erflater) dient zich derhalve te realiseren dat hij het blijkbaar bij het redigeren van het testament enigszins zelf in de hand heeft in hoeverre het ontslag van de executeur ook de afwikkelingsbewindvoerder meetrekt. Plak ik de rechtsfiguren aan elkaar, als volledige synthese, of bewust niet? Men kan in dit denken nog verder gaan door niet de personen op de voorgrond te zetten, maar het instituut executele en afwikkelingsbewind. Hierbij dient men zich te realiseren dat executele meer hangt aan de persoon van de executeur en bewind meer een verband op goederen is. Dit is echter niet helemaal zwart-wit, want ook een executeur kan vervangen worden en zelfs onder omstandigheden door de kantonrechter worden benoemd, artikel 4:142 BW. Men zou dus in een voorkomend geval kunnen stellen dat weliswaar de afwikkelingsbewindvoerder als persoon ontslagen is, maar dat dit nog niet betekent dat ook het afwikkelingsbewind als zodanig is komen te vervallen. Als men dit in het achterhoofd houdt, zou men in de uiterste wil kunnen uitwerken wat in dezen de bedoeling is, oftewel de synthese verder kunnen nuanceren. Denk bijvoorbeeld aan de problematiek dat de executele eventueel geëindigd is door de vereffening, artikel 4:149 en 4:202 BW, maar dat bij de verdeling de afwikkelingsbewindvoerder nog een belangrijke taak kan hebben als de vereffenaar klaar is met zijn werkzaamheden. Een aandachtspuntje voor het model.

Het arrest van het hof wordt voor de fijnproevers in een nootje onder het arrest vermeld: hof Den Bosch 16 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1343. Ik wil u de leerzame ode van het hof aan de afwikkelingsbewindvoerder niet onthouden. Let ook op het woord ‘invloedrijke’:

‘3.7.4. Het hof stelt voorop dat – gelet op bovenstaande wetsbepalingen – aan een executeur die tevens (afwikkelings)bewindvoerder is, ruime bevoegdheden kunnen worden toegekend. Een erflater kan aldus een *invloedrijke* executeur-afwikkelingsbewindvoerder aanstellen. Hierbij komen de executeur-afwikkelingsbewindvoerder zowel de bevoegdheden van een executeur als die van een bewindvoerder toe. *Het is toegestaan in een uiterste wil te bepalen dat een afwikkelingsbewindvoerder naar eigen inzicht de nalatenschap kan verdelen.* De erflater wijkt dan af van art. 4:170 BW. In de literatuur worden als tegenwicht voor deze zelfstandige verdelingsbevoegdheid diverse waarborgen als opgenomen in afdeling 7 van titel 5 van Boek 4 genoemd, zoals de boedelbeschrijving (art. 4:160), de rekening en verantwoording (art. 4:161), het ontslag wegens gewichtige redenen (art. 4:164) en bovenal de aansprakelijkheid indien in de zorg van een goed bewindvoerder verwijtbaar wordt tekortgeschoten (art. 4:163). Dit alles naast de aan de erfgenamen toekomende wettelijke rechten zoals de dwingendrechtelijke legitieme portie.’ (Curs. BS)

Van de dwingendrechtelijke legitieme portie zal uiteraard geen enkele afwikkelingsbewindvoerder wakker liggen, nu de legitieme portie slechts een schadevergoeding in geld oplevert. De legitimaris vertrekt en de afwikkelingsbewindvoerder blijft.

Tot de volgende keer!

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
ScholsBurgerhartSchols Estate Planning

Radboud Universiteit Nijmegen



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl

Copyright 2021 © AdvoTip

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip* – *Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.