

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65104>

Please be advised that this information was generated on 2019-09-19 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2004-30

8 september 2004

Wederom een Leidse schijnaanval op de 'driesterrenexecuteur'. Verdeling door de executeur-afwikkelingsbewindvoerder? Huijgen, WPNR (2004) 6587

1. Vooraf

Gezien het zeer grote belang van de onderhavige materie voor uw estate planningspraktijk heeft de redactie besloten u deze week van een extra lange *EstateTip* te voorzien. Wij verlaten even ons motto 'kort en krachtig'.

Voorts vragen wij uw aandacht voor de hierna in *EstateTip* 2004-31 opgenomen korte *enquête*.

2. Geruststellende parlementaire bronnen

In WPNR (2004) 6587 trekt Huijgen ten strijde tegen het fenomeen executor-afwikkelingsbewindvoerder, ook wel de 'driesterrenexecuteur'¹ genaamd. Niet alleen klinkt deze term in de notariële wandelgangen, ook de kantonrechter te Zwolle hanteerde deze reeds in een van haar beschikkingen.² Dit overigens tot 'ergernis' van Luijten en Meijer.³ Hun kritiek betrof gelukkig alleen de term. Met het gebruik van de term om didactische redenen in 'leerboeken' hebben zij geen problemen, zo begrepen wij.

Huijgen werd in zijn strijd tegen de 'driesterrenexecuteur' reeds voorgegaan door zijn Leidse (emeritus) collega Kleyn en wel in JBN 2003/24. De standpunten van Kleyn werden, althans in onze bescheiden beleving, door Kraan reeds voldoende weerlegd in WPNR (2003) 6544 en door Van Mourik in WPNR (2004) 6560.

Het blijkt dat Huijgen naast een wettelijke basis voor het fenomeen 'driesterrenexecuteur', te weten artikel 4:171 BW, groot belang hecht en behoefte heeft aan een geruststellende mededeling van de minister dat de executor-afwikkelingsbewindvoerder inderdaad de verdeling van de nalatenschap *zelfstandig* tot stand kan brengen. Aan zijn behoefte kan eenvoudig voldaan worden door bijvoorbeeld passages over het nieuwe karakter van de legitieme portie er op na te slaan. In het gewijzigde karakter van de legitieme ligt de basis van de grote kracht van de afwikkelingsbewindvoerder. De reden dat men de laatste goederenrechtelijke randjes van de legitieme portie heeft afgehaald, was de volgende:⁴

‘Hierdoor [een goederenrechtelijke legitieme, SBS] wordt de opzet van de erflater dat de bewindvoerder [...] de verdeling geheel zelfstandig voorbereidt of tot stand brengt, doorkruist’,

aldus een citaat van de minister.

Vervolgens houdt hij ons voor dat door het gewijzigde systeem van de legitieme:

‘[...] de bewindvoerder zijn opdracht [lees: bovenstaand geheel zelfstandig tot stand brengen van de verdeling, SBS], [kan] uitvoeren.’

In ieder geval zeer duidelijke taal van de minister. De achterliggende gedachte is dat als de ‘legitimar’ de nalatenschap aanvaardt, hij net als iedere aanvaardende erfgenaam aan het afwikkelingsbewind met de daaraan onlosmakelijke verbonden vertegenwoordigingskracht, gebonden is. Om dit belangrijke doel, de zelfstandige verdelingsbevoegdheid van de afwikkelingsbewindvoerder, te bereiken, was de wetgever zelfs bereid de laatste goederenrechtelijke stuip trekkingen van de legitieme definitief de kop in te drukken.

Dat de bewindvoerder de macht gegeven kan worden om de verdeling zelfstandig (*zonder* toestemming en *zonder* machtiging) tot stand te brengen, blijkt ook overduidelijk uit de toelichting⁵ op artikel 3:183 BW dat handelt over de vorm van de verdeling:

‘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.’

Dit spreekt toch voor zich? Ook hier kunnen wij niets anders van maken. De tekst van artikel 3:183 lid 1 BW gaat er overigens überhaupt al van uit dat het de bewindvoerder is die ‘aan zet’ is bij de verdeling. De wetgever ziet de erfgenamen wier recht onder bewind staat niet meer als hoofdrolspelers. In het voor hen beste geval, op basis van de eventuele inhoud van de bewindsbepalingen in de uiterste wil, mogen zij hun toestemming aan de door de bewindvoerder tot stand gebrachte verdeling verlenen. Ook artikel 4:170 BW gaat ervan uit dat het de bewindvoerder is (met uitsluiting van de rechthebbende) die de actie onderneemt bij de verdeling. Dat artikel 4:170 BW van regeland recht is, wordt zelfs door Huijgen niet ontkend.

3. Huijgens twee argumenten

Het betoog van Huijgen, waarmee hij de afwikkelingsbewindvoerder een stok tussen de spaken poogt te steken, stoelt in essentie op twee argumenten:

a. De beschouwingen van Vegter zijn ‘onjuist’ voorzover hij in NTBR 1992, p. 37 e.v. aangeeft dat in het gewijzigde artikel 4:171 BW sprake was van een structurele uitbreiding van het bewindsbegrip, te weten een overgang naar een volledig open stelsel van bewind.

b. Het toekennen van een zelfstandige verdelingsbevoegdheid aan de afwikkelingsbewindvoerder valt buiten de grenzen van wat verenigbaar is met de *aard* van het bewind.

4. Visie Vegter. Gelijk of ongelijk? Het maakt geen verschil?

Stel, Vegter heeft gelijk in zijn visie dat er in artikel 4:171 BW 'nieuwe stijl' sprake is van een structurele uitbreiding van het bewindsbegrip. In dat geval is er niets aan de hand en is het betoog van Huijgen ook niet meer relevant. De executeur-afwikkelingsbewindvoerder kan in de uiterste wil de bevoegdheid gegeven worden om de verdeling geheel zelfstandig tot stand te brengen.

Laten wij echter eens advocaat van de duivel spelen en er van uitgaan dat Vegter het in 1992 'verkeerd' gezien zou hebben.

In de bewuste publicatie daagde Vegter de minister indirect uit om nu eindelijk eens een uitspraak te doen over de grenzen van het bewind. Hij concludeerde immers dat het bewind in de nieuwe versie van artikel 4:171 BW structureel wordt uitgebreid zonder dat door de wetgever nader wordt gemotiveerd waarom en hoe deze figuur in het systeem van het bestaande recht past.

Zoals Huijgen aangeeft, reageerde de minister inderdaad op kamervragen naar aanleiding van het interessante artikel van Vegter met de woorden: 'Anders dan Vegter meent, is van een structurele uitbreiding van het bewindsbegrip geen sprake [...].'

Deze woorden van de minister worden door Huijgen als rode draad voor zijn betoog gebruikt.⁶ Stel dat wij inderdaad ook de rode draad van Huijgen als uitgangspunt nemen, die erop neerkomt dat Vegter het 'verkeerd' gezien heeft en het wezen van het bewind inderdaad exact hetzelfde gebleven is als destijds in de regeling van titel 3.6.

In dat geval zouden we inderdaad met Huijgen terug in de tijd⁷ moeten om te bezien wat destijds precies bedoeld werd met de mededeling – in het kader van het uitbreiden van de beschikkingsbevoegdheid van de bewindvoerder – dat de rechthebbende ten aanzien van een goed niet een te geringe macht mag overhouden om nog als zodanig te gelden.

In de filosofie van Huijgen komt het er dan op neer dat naar de *aard* van het bewind gekeken moeten worden. Via de aard van het bewind zijn wij bij zijn tweede argument aangekomen. Onder 5 zullen wij hier nader op ingaan.

Hoe zou overigens de op de publicatie van Vegter gevolgde 'geïrriteerde' reactie van de minister (af te leiden uit de woorden: 'daargelaten wat hij [Vegter] precies met deze wending bedoelt') ook verklaard kunnen worden? Een 'vertaling' zou toch ook heel goed kunnen zijn: 'Wij wetgever waren in titel 3.6 ook al zover. Wat Vegter schrijft is niets nieuws. Er is thans geen sprake meer van een structurele uitbreiding. Die uitbreiding is er in het verleden al ingebracht.'

Als dat zo zou zijn, dan zou 'de kwestie' wel of geen geheel open stelsel ook opgelost zijn. Dit is echter slechts gissen. Daar schiet de afwikkelingsbewindvoerder niets mee op.

Terzijde merken wij op dat de door Huijgen aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis over het op eigen naam handelen van de bewindvoerder met een loodgieter die een leiding repareert of het zelfstandig innen van renten in het geheel niet terzake doen voor de onderhavige verdelingskwestie.

5. De aard van het bewind verzet zich juist niet tegen een zelfstandige verdelingsbevoegdheid?

Door Huijgen wordt grote waarde gehecht aan de parlementaire toelichting bij artikel 3.6.2.1a, de voorganger van het huidige artikel 4:171 BW. Daarbij legt hij grote nadruk op het feit dat bij de verruiming van de bevoegdheden gebleven moest worden binnen de grenzen van wat verenigbaar is met de *aard* van het bewind. Het geheel zelfstandig tot stand brengen van een verdeling, met name als één of meer van de erfgenamen zich daartegen verzet, zou vallen buiten de grenzen van wat verenigbaar is met de aard van het bewind. Dit was voor ons reden genoeg om de betreffende toelichting nog een keer 'binnenste buiten' te keren. De memorie van antwoord⁸ begint met:

'Dit nieuwe artikel legt uitdrukkelijk vast dat degene die bij rechtshandeling een bewind instelt, in beginsel vrij is de bevoegdheden van de bewindvoerder in afwijking van de desbetreffende bepalingen van deze titel te verruimen als ook te beperken.'

Tot zover niets nieuws, maar dan komt een zeer belangrijke mededeling:

'Dit is in overeenstemming met hetgeen voor het geldende recht wordt geleerd'.

En welke bronnen uit de literatuur vond de minister bepalend voor het destijds geldende recht? Dit waren er twee. En wel: Asser-Meijers-Van der Ploeg, zesde druk, p. 422, alsmede de dissertatie van Van der Ploeg, Testamentair bewind, p. 163 (nr. 142). Als Vegter 'ongelijk' zou hebben en Huijgen gelijk in die zin dat we terug zouden moeten gaan in de tijd, dan zouden we in deze twee door de minister genoemde bronnen de sleutel kunnen vinden voor de oplossing van het vraagstuk of aan een executeur-afwikkelingsbewindvoerder de zelfstandige verdelingsbevoegdheid verleend zou kunnen worden? Wij waren zeer benieuwd en de spanning steeg. Eerst moesten deze oude, doch belangrijke werken uit respectievelijk 1967 en 1945 van zolder gehaald worden en van het stof ontdaan, welke moeite zich zonder meer loonde:

a. 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 krimpen, *al naar hem goed dunkt* [cursivering van ons, SBS] [...].'

En of dat nog niet genoeg was:

b. Van der Ploeg, Testamentair bewind, diss. 1945, p. 163 (nr. 142):

'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;* [cursivering van ons, SBS] 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.'

Het lijkt er steeds meer op dat er nu juist bij *testamentair* bewind helemaal geen beperkingen zijn. Zou ons 'gissen' dan toch waarheid worden?

Het is goed om na deze reis in de tijd ook de klassieke drie grote erfrechtelijke handboeken er eens op na te slaan over het onderhavige vraagstuk of erflater de afwikkelingsbewindvoerder zelfstandige verdelingsbevoegdheid kan verlenen. Is er thans sprake van een eenduidige heersende leer? Wij hopen daarmee de notariële practicus een hart onder de riem te kunnen steken nu de Hoge Raad in zijn Maastrichtse Woningsarrest II van 15 december 1978, NJ 1979, 429 geleerd heeft dat we niet zomaar op een enkele visie in de literatuur mogen afgaan.

6. De klassieke drie grote erfrechtelijke handboeken

Zijn de *klassieke* drie grote erfrechtelijke handboeken het met elkaar eens?

c. Asser-Van der Ploeg-Perrick (1996)

Zoals gezien, had Asser-Meijers-Van der Ploeg in het verre verleden al een zeer ruime opvatting. Het zal dan ook niemand verbazen dat door Asser-Van der Ploeg-Perrick (1996),⁹ p. 378, geleerd wordt over de wijze waarop de verdeling dient te geschieden:

'Indien het betreft een bewind over het erfdeel van een erfgenaam als bedoeld in art. 1066 [lees: voor het nieuwe recht artikel 4:171 BW, SBS] behoeft de bewindvoerder niet de medewerking van de erfgenaam.'

Verderop lezen we op p. 487, wat de uitbreiding van de bevoegdheden van de executeur betreft, dat een van de mogelijke opdrachten is:

'de totstandbrenging van de verdeling'.

d. 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 rechthebbenden de nalatenschap voor verdeling gereed te maken of zelfs ook nog de zelf de verdeling tot stand te brengen.'

Er is nog meer, en wel 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 volledig buiten spel gezet worden door een in de uiterste wil opgenomen regeling.'

e. *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 rechthebbende 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!’

7. Overige literatuur

Aangezien wij de notariële practicus in de geest van genoemd Maastrichtse Woningvorderingsarrest II nog meer op zijn gemak willen stellen, volgt hierna een verdere opsomming van standpunten van auteurs:

f. *Handboek Boedelafwikkeling, Verstappen/Kolkman (2004), p. 389:*

‘De boedelbehandelaar dient te letten op de mogelijke afwijkingen van de wettelijke regeling. De testateur kan immers de bevoegdheden van de bewindvoerder op grond van art. 4:171 anders hebben ingekleurd. [...]. Is bepaald dat de bewindvoerder toestemming noch machtiging behoeft voor de verdeling (hij is afwikkelingsbewindvoerder), dan brengt dat geen bijzondere vereisten voor de verdeling met zich. Art. 3:183 lid 1 stelt immers dat in geval van bewind een verdeling kan geschieden op de wijze en in de vorm die partijen goeddunkt wanneer zij worden vertegenwoordigd door de bewindvoerder, voorzien van de daartoe vereiste toestemming of machtiging. De testateur heeft echter bepaald dat deze toestemming of machtiging niet nodig is.’

g. *Van Mourik, Verdeling door de executeur, WPNR (2004) 6560*

Op een rechtsvraag waarin onder meer de bevoegdheid van een afwikkelingsbewindvoerder om de nalatenschap *naar eigen inzicht* te verdelen op de rol staat, wordt door Van Mourik geantwoord:

‘Daarover hoeft geen twijfel te bestaan.’

h. *Kraan, Verdeling door de bewindvoerder (uit de praktijk van het Notarieel Juridisch Bureau), WPNR (2003) 6544:*

‘Ook indien, zoals bij het afwikkelingsbewind, het bewind is ingesteld in een gemeenschappelijk belang, kan aan de bewindvoerder de bevoegdheid worden verleend om zonder medewerking van de rechthebbende of machtiging van de kantonrechter beschikkingshandelingen te verrichten. Het tot stand brengen van een verdeling is ongetwijfeld een beschikkingshandeling over het aandeel in de gemeenschap en de erflater kan aan de bewindvoerder dus de bevoegdheid geven om deze beschikkingshandeling zelfstandig te verrichten.’

i. Preadvies KNB 2004, Bewind en aan bewind verwante vormen, F.W.J.M. Schols, p. 63:

‘Hoewel ik juridisch-technisch weinig haken en ogen zie, gaat het handelen van de bewindvoerder “naar eigen inzicht”, wellicht wat verder dan wenselijk.’

Een voorbeeld van het aan banden leggen van het eigen inzicht van de afwikkelingsbewindvoerder zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat een langstlevende echtgenoot alleen goederen aan zichzelf zou mogen toedelen. Het verhaal van Huijgen betreft overigens alleen het juridisch-technische aspect van de zelfstandige verdelingsbevoegdheid. Of iets – praktisch – wenselijk is, is een andere discussie.

Om de opsomming zo volledig mogelijk te maken verwijzen wij ook naar B.M.E.M. Schols, Handboek Nieuw Erfrecht (2002), p. 484 alsmede B.M.E.M. Schols, L’executeur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!, WPNR (1999) 6374 en De quasi-wettelijke verdeling als ‘Teilungsanordnung’ (I en II), WPNR (2004) 6571 en 6572.

8. Lubbers en de aard van het bewind

Wij willen toch nog even apart ingaan op de vraag wat er met een beperking door de *aard* van het bewind nu eigenlijk bedoeld zou kunnen worden. De niet door Huijgen aangehaalde toelichting bij de nota van wijzigingen (tevens eindtekst)¹⁰ bij artikel 3.6.2.1a geeft hierover uitsluitel:

‘Zo zou het verlenen van *alle* [cursivering van ons, SBS] eigenaarsbevoegdheden aan de bewindvoerder neerkomen op overdracht aan hem van de onderbewindgestelde zaak. Zo zou ook het ontnemen aan de bewindvoerder van iedere bevoegdheid tot beheer geen bewind opleveren [...].’

En dan komt Lubbers, *Bewind in NBW* (1983), p. 82 e.v. in beeld, die aan deze op het eerste gezicht duidelijke woorden van de minister nog een nuancering aanbrengt:

‘Toch betwijfel ik of wij deze waarschuwing in de bewoordingen waarin zij gegeven is, letterlijk moeten opvatten. Zolang een onderbewindgesteld goed tot het vermogen van de rechthebbende behoort en deze daarover bij testament kan beschikken (de enige die dat niet kan is de fideicommissair bezwaarde), kan onmogelijk de gedachte rijzen, dat zo’n onderbewindgesteld goed aan de bewindvoerder is overgedragen.’

Een ander belangrijk punt waar Lubbers in dit kader op wijst, waaruit blijkt dat de eigendom niet is overgegaan, is dat hetgeen het onder bewindgesteld goed aan vruchten oplevert, in beginsel ook aan de rechthebbende toekomt. Wij voegen hier ook nog aan toe dat er door de bewindvoerder altijd rekening en verantwoording afgelegd moet worden aan de rechthebbende. De minister¹¹ voegt aan het ‘rijtje’ nog toe:

‘Dat de vrijheid om de rechtsgevolgen van het bewind bij de instelling ervan te regelen niet onbeperkt is, hangt vooral samen met de gevolgen die het bewind voor derden, onder wie schuldeisers, kan hebben.’

Overigens beantwoordt Lubbers de vraag of de beschikkingsbevoegdheden van een bewindvoerder tot het *wegschenken aan derden* van onderbewindgesteld goed mogen worden uitgebreid, bevestigend. Wat houdt de beperking van de aard van het bewind dan nog in? Ook Buining¹² heeft het niet hoog op met verwijzingen in de toelichting naar de *aard* van het bewind. Hij wijst op het gevaar van het in een cirkelredenering terechtkomen. Vraagt men immers wat de rechtsgevolgen zijn, dan komt men bij de aard van het bewind terecht en vraagt men naar de aard, dan krijgt men te horen dat deze kenbaar is uit de rechtsgevolgen.

9. Commissie Erfrecht KNB en modeltestament Notarieel Juridisch Bureau KNB

Van groot belang in de onderhavige kwestie vinden wij ook het feit dat de Commissie Erfrecht van de KNB¹³ expliciet aan de minister gevraagd heeft of men bij uiterste wilsbeschikking mag bepalen dat de beschikkingsbevoegdheid uitsluitend aan de bewindvoerder toekomt.

Wat was hierop het antwoord van de minister? De erflater kan inderdaad bepalen dat de bewindvoerder *zonder* medewerking van de rechthebbende én *zonder* machtiging van de kantonrechter kan beschikken.¹⁴ Deze mededeling is tijdens de parlementaire behandeling nooit meer ingetrokken!

Voor de praktijk merken wij terzijde nog op dat het Notarieel Juridisch Bureau van de KNB¹⁵ bijvoorbeeld in het model 'testament wettelijke verdeling' blijkbaar ook uitgaat van een afwikkelingsbewindvoerder die naar *eigen inzicht* kan verdelen, en wel met het oog op een eventuele ongedaanmaking.

10. Onzijdig persoon

Er is in ons recht nog een andere figuur die met de afwikkelingsbewindvoerder zeer verwant is en dat is de onzijdig persoon. Ook deze kan, en wel op grond van artikel 3:181 BW, de belangen van de deelgenoten bij de verdeling '*naar eigen beste inzicht*' vertegenwoordigen. Zo vreemd is de bevoegdheid van de afwikkelingsbewindvoerder om zelfstandig tot verdeling over te kunnen gaan in ons burgerlijk recht derhalve niet.

11. Kantonrechter Zwolle 7 juli 2003, NJ Kort 2003, 82

Ook de kantonrechter te Zwolle ging er in haar bovenvermelde beschikking van uit dat een 'driesterrenexecuteur' in beginsel de vrije hand had. Wij citeren:

'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.'

Wel vond zij overigens – ten onrechte – dat artikel 3:183 lid 2 BW van toepassing was. Zie hierover B.M.E.M. Schols, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung' (I), WPNR (2004) 6571.

12. Lastenexecuteur

Vreemd genoeg heeft Huijgen zelfs zijn twijfels over de vraag of een ‘lastenexecuteur’ zelfstandig tot verdeling van de nalatenschap kan overgaan. Ook hier laat de wet, net als bij het afwikkelingsbewind, aan duidelijkheid niets te wensen over. Artikel 4:130 BW deelt mede dat men de executeur lasten mag opleggen. Op grond van artikel 4:144 BW behoren deze lasten vervolgens tot het takenpakket van de executeur, en op grond van artikel 4:145 lid 2 BW wordt de executeur bevoegd om deze lasten namens de erfgenamen na te komen. In de parlementaire geschiedenis is expliciet aan de orde geweest dat men aan erfgenamen de last mag opleggen om de nalatenschap op een bepaalde wijze te verdelen.¹⁶ Eveneens is er met zoveel woorden aan de orde geweest dat de executeur over alle bevoegdheden beschikt die nodig zijn om alle testamentaire lasten na te komen.¹⁷ Hier geldt: één en één is twee. We hopen wel dat Huijgen zich realiseert dat als men een bepaalde last niet nakomt (die tevens op de erfgenamen drukt), het erfdeel van de betreffende querulant vervallen verklaard kan worden. Huijgen lift ten onrechte mee op de brede rug van Van Mourik¹⁸ als het gaat om de ‘lastenexecuteur’. Wij hechten er aan uitdrukkelijk op te merken dat Van Mourik zijn kanttekening bij de lastenexecuteur heeft gemaakt in het licht van de spelregels van de legitieme portie. Terecht constateert Van Mourik dat het niet zo kan zijn dat daarmee de bevoegdheden zouden kunnen worden uitgebreid ten nadele van de legitimaris. Dit lossen wij op door aan te nemen dat uitbreiding van de bevoegdheden buiten het wettelijke takenpakket van de executeur in de zin van afdeling 4.5.6 een inferieure making oplevert. Als men bereid is dit aan te nemen, zal Van Mourik ongetwijfeld geen problemen meer hebben met het fenomeen ‘lastenexecuteur’.

Bij Luijten en Meijer¹⁹ lezen wij in ieder geval met betrekking tot de ‘lastenexecuteur’:

‘De benoeming van een executeur die de last heeft opgelegd gekregen de verdeling van (bepaalde goederen) van de nalatenschap tot stand te brengen, is mogelijk op grond van artikel 4:144 aanhef.’

13. Slot

De stellingen van Huijgen in WPNR (2004) 6587 zijn ons in zoverre niet duidelijk dat hij in *eerste instantie* in navolging van Van Mourik wel degelijk aanneemt dat de afwikkelingsbewindvoerder de verdeling tot stand kan brengen, als het maar niet ‘naar eigen inzicht’ is, terwijl hij *later* iedere bevoegdheid tot zelfstandige verdeling in twijfel trekt en opmerkt dat de afwikkelingsbewindvoerder inderdaad [slechts?, SBS] bevoegd is de nalatenschap *in staat van* verdeling te brengen. Met betrekking tot het naar eigen inzicht verdelen was wellicht een beschouwing over ‘geoorloofde’ delegatie op zijn plaats geweest. Deze ontbrak.

Anders dan Huijgen suggereert, kunnen overigens in de praktijk nooit brokken gemaakt worden met ‘afwikkelingsbewind’, zeker niet als het gaat om langstlevendetestamenten. Deze staan immers bol van vervangende keuzelegaten. Als vangnet zou de legatenexecuteur bij wijze van spreken nog een legaat kunnen afgeven onder de opschortende voorwaarde dat de verdeling (in de visie van Huijgen) ongeldig is. Als Huijgen problemen voorziet met de afwikkelingsbewindvoerder (ongeldige verdeling!), kan hij ook nog bij de afwikkeling van de betreffende verdeling aan de kantonrechter vragen of deze van mening is dat er een vervangende machtiging op grond van artikel 4:169 lid 3 BW nodig is. Twee

antwoorden zijn dan mogelijk. ‘Nee’, en dan is er niets aan de hand, en ‘Ja’, en dan is het probleem ook opgelost na ontvangst van deze machtiging. De kantonrechter zal zich immers zoals zijn hierboven genoemde collega uit Zwolle in beginsel laten leiden door de in de uiterste wil opgenomen spelregels. Wordt in de betreffende uiterste wil ook nog gewerkt met een ‘lastenexecuteur’, dan zal de kantonrechter het sowieso niet ‘op zijn geweten’ willen hebben dat het erfdeel van de dwarsliggende deelgenoot kan komen te vervallen bij niet uitvoering van de testamentaire last.

Wij sluiten af.

De opmars van de afwikkelingsbewindvoerder in de testamentenpraktijk is niet meer te stuiten, ook door het rookgordijn van Huijgen niet. In ieder geval niet op het niveau van de ‘aard’ van de rechtsfiguur. Mooier dan met de woorden van Van der Ploeg kan het niet gezegd worden: ‘Aan den bedoeling van erflater is een beperking bijna altijd vreemd.’

NOTEN

1. B.M.E.M. Schols, Van begrafenis-executeur tot turbo-executeur, Van Mourikbundel, p. 279. De begrafenisexecuteur kreeg één ster*, de beheersexecuteur kreeg twee sterren** en de afwikkelingsbewindvoerder kreeg drie sterren***.
2. Ktr. Zwolle 7 juli 2003, NJ Kort 2003, 82.
3. Nieuw Erfrecht, jurisprudentieoverzicht, april 2004.
4. MvT 17 141, nr. 3, p. 62. Niet over het hoofd mag worden gezien dat de legitieme door niet invoering van 4.3.3.8f heel zware averij heeft opgelopen.
5. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1296.
6. MvA 17 141, nr. 12, p. 60.
7. Parl. Gesch. Boek 3, p. 540.
8. Parl. Gesch. Boek 3, p. 540.
9. In de allerlaatste druk van 2002 wordt afwikkelingsbewind nog niet behandeld.
10. Parl. Gesch. Boek 3, p. 540.
11. Parl. Gesch. Boek 3, p. 475.
12. WPNR (1973) 5191.
13. Rapport Commissie Erfrecht KNB, Het testamentair bewind, mei 1991, p. 13.
14. Tweede nota van wijziging, 17 141, nr. 9, p. 17.
15. Model BTE01E, versie: 01-01-2003. Zie ook Kraan in WPNR (2003) 6544.
16. Parl. Gesch. Boek 4, p. 734.
17. MvA I, 3771, nr. 133, p. 60.
18. WPNR (2004) 6560.
19. Nieuw Erfrecht, jurisprudentieoverzicht, april 2004.