

De rechtspositie van de executeur naar oud en geldend erfrecht, alsmede het rechtskarakter van de verdeling

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 21 november 2008, LJN: BD5985 (mrs. J.B. Fleers, A. Hammerstein, F.B. Bakels, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser; A-G mr. F.F. Langemeijer)

Erfrecht; verdeling nalatenschap; bevoegdheden executeur en door deze in acht te nemen zorg; schadeplichtigheid executeur; beheer effectenportefeuille door executeur; aanvaarding effecten door erfgenaam geen verdeling als bedoeld in artikel 3:182 BW.

(vii) Op 16 november 2001 heeft eiser 2.202,6408 aandelen Robeco verkocht om het successierecht te kunnen voldoen. Op dezelfde dag heeft hij 1.290 aandelen (de helft van de resterende aandelen) overgeboekt naar de rekening van verweerder. De koers van het aandeel Robeco bedroeg op dat tijdstip € 14,85.

De feiten¹

- (i) Partijen zijn broers. Zij zijn door hun tante (hierna: de erflaatster) in haar uiterste wil van 10 januari 1991 aangewezen als haar enige erfgenamen. In het testament heeft de erflaatster eiser benoemd tot uitvoerder van haar uiterste wilsbeschikkingen, beredderaar van haar boedel en besteller van haar uitvaart en begraving, met de macht tot inbezitting van de zaken van haar nalatenschap zolang de vereffening voortduurt.
- (ii) De erflaatster is overleden op 2 oktober 2000. Op 17 oktober 2000 heeft de notaris de verklaring van executeur afgegeven.
- (iii) In opdracht van eiser heeft een accountant/belastingadviseur een boedelbeschrijving opgemaakt en de aangifte voor het successierecht verzorgd.
- (iv) Op 29 juni 2001 heeft eiser aangifte voor het successierecht gedaan. Volgens de aangifte bestond de nalatenschap onder meer uit inboedelgoederen, bank-saldi ten bedrage van € 110.166,- en (na splitsing) 4.782,6408 aandelen Robeco. De koers van het aandeel Robeco bedroeg op de datum van overlijden van de erflaatster € 44,88.
- (v) Het successierecht bedroeg € 165.667,44.
- (vi) Op 9 november 2001 heeft eiser aan verweerder het testament en de aangifte voor het successierecht overhandigd.

Het geding in feitelijke instanties²

Verweerder heeft in eerste aanleg de verdeling van de nalatenschap gevorderd. Verweerder heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat eiser in strijd met zijn wettelijke verplichtingen als executeur heeft gehandeld. Zo heeft eiser nagelaten verweerder in een vroeg stadium te informeren over het feit dat hij mede-erfgenaam was en de boedelbeschrijving op te maken in het bijzijn van verweerder. Verweerder stelt te zijn benadeeld als gevolg van de koersdaling van de aandelen na het overlijden van de erflaatster. Eiser heeft ten onrechte aandelen verkocht en de resterende aandelen verdeeld zonder voorafgaand overleg met verweerder. Eiser heeft aldus ook onrechtmatig jegens verweerder gehandeld.

De rechtbank heeft de vordering afgewezen op de grond dat het gestelde niet kan leiden tot een bevel tot verdeling van de opengevallen nalatenschap, omdat deze volgens de eigen stellingen van verweerder reeds is verdeeld. Wanneer een executeur zijn taak niet naar behoren verricht, kan dit volgens de rechtbank onder omstandigheden een onrechtmatige daad van de executeur jegens de erfgenamen opleveren, maar aan de stelling van verweerder dat eiser onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, kan de rechtbank geen rechtsgevolg verbinden, omdat de vordering daarop niet is ingericht.

1 Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van de middelen*) van het arrest van de Hoge Raad.

2 Ontleend aan de punten 3.2, 3.3.1 en 3.3.2 (onder *Beoordeling van de middelen*) van het arrest van

de Hoge Raad.

In hoger beroep heeft verweerder zijn vordering aldus gewijzigd, dat daaraan een subsidiaire vordering is toegevoegd, die kort gezegd neerkomt op een verklaring voor recht dat eiser als executeur toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, met veroordeling van eiser tot vergoeding van de schade die verweerder heeft geleden ter zake van het koersverlies van de aandelen, begroot op € 37.436,-.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de primaire vordering van verweerder aldus toegewezen, dat het 'de verdeling, althans de voltooiing daarvan, van de nalatenschap' heeft bevolen, met als peildatum voor de waardering 2 oktober 2000.

Hetgeen het hof daartoe heeft overwogen, houdt samengevat het volgende in.

- a. Partijen zijn verdeeld over het optreden van eiser als executeur. (rov. 3)
- b. De verdeling van de nalatenschap dient, behoudens uitzonderingen die hier niet aan de orde zijn, ingevolge artikel 3:182 BW door alle deelgenoten te geschieden. Op 16 november 2001 heeft in zoverre een verdeling van de nalatenschap in de zin van artikel 3:182 BW plaatsgevonden, dat eiser de helft van de (resterende) aandelen heeft toegedeeld aan verweerder door deze op zijn naam te stellen en dat verweerder deze toedeling heeft aanvaard. Daarmee is de verdelingshandeling echter nog niet voltooid, omdat de tot deze verdeling behorende vergoeding wegens overbedeling nog niet is vastgesteld, zodat de verdeling daarmee dient te worden aangevuld. (rov. 4)
- c. Voor de berekening van die overbedelingsvordering moet, in afwijking van de hoofdregel dat de waardering van de aandelen geschiedt naar het tijdstip waarop de verdeling plaatsvindt, in dit geval op grond van maatstaven van redelijkheid en billijkheid de datum van het openvallen van de nalatenschap (2 oktober 2000) als peildatum worden gehanteerd. Daarvoor is redengevend dat eiser, zonder rechtvaardigingsgrond, in strijd heeft gehandeld met de op hem als executeur rustende plichten en inbreuk heeft gemaakt op de rechten van verweerder als erfgenaam, doordat hij verweerder niet tijdig heeft medegedeeld dat hij mede-erfgenaam was en dat hijzelf tot executeur was benoemd, en doordat hij – zonder enig overleg – geen of onvoldoende maatregelen heeft getroffen om na het openvallen van de nalatenschap het risico van koersdaling van de tot de nalatenschap behorende effecten te vermijden. Daarom behoort het handelen van eiser nadat de nalatenschap is opengevallen voor diens rekening en risico te komen. (rov. 5)
- d. Eiser is wettelijke rente verschuldigd over het bedrag dat hij uit hoofde van onderbedeling aan verweerder is verschuldigd. (rov. 7)

Inleidende beschouwingen van de Hoge Raad

Het gebeurt niet vaak dat de Hoge Raad zijn beoordeling van de cassatiemiddelen laat voorafgaan door inleidende beschouwingen. Dat zegt al iets over het principiële karakter van zijn arrest. Voordat hij toekomt aan de beoordeling van het middel in het principale beroep en die van

het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep, geeft hij mooie beschouwingen ten beste over de rechtspositie van de executeur naar oud en geldend erfrecht.

4.1 Alvorens de tegen deze oordelen gerichte klachten te behandelen, wordt met betrekking tot de verplichtingen van een executeur, in het bijzonder ten aanzien van een onder zijn beheer vallende effectenportefeuille, en de gevolgen van een handelen of nalaten in strijd met die verplichtingen, het volgende vooropgesteld.

In deze zaak dient daarbij ingevolge art. 133 Overgangswet nieuw BW het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht tot uitgangspunt genomen te worden, nu het gaat om de beoordeling van de door eiser als executeur verrichte gedragingen in de periode vanaf de aanvang van de executele tot 16 november 2001.

4.2 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. Hij is bevoegd om goederen van de nalatenschap te verkopen ten behoeve van de afwikkeling van de nalatenschap, bijvoorbeeld teneinde een schuld uit een legaat of een (andere) schuld van de nalatenschap te voldoen.

Voor de aan het beheer te ontnemen bevoegdheden kan voorts aansluiting worden gezocht bij art. 3:170 lid 2 BW, volgens welke bepaling onder beheer begrepen zijn alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn; dit omvat ook daden van beschikking die door een normale exploitatie van het goed worden gevorderd (vgl. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 581). Ook op deze grond kan de executeur derhalve bevoegd zijn tot verkoop van onder zijn beheer vallende goederen. Met betrekking tot een aandelenportefeuille kan dit de bevoegdheid meebrengen de samenstelling daarvan te wijzigen, of de portefeuille te verkopen teneinde de opbrengst op andere wijze te beleggen, een en ander bijvoorbeeld met het oog op een beter rendement dan wel het beperken van koersrisico's.

4.3 Bij de taken en bevoegdheden van een executeur met bezit, tevens boedelberedderaar, past niet dat hij in persoon zonder meer het risico zou moeten dragen van een waardedaling van bepaalde goederen. Dat zal pas het geval kunnen zijn indien hij, gegeven zijn bevoegdheid tot zelfstandig beheer, in de zorg van een goed executeur tekortschiet door geen maatregelen te treffen ter voorkoming van dreigend nadeel voor de erfgenamen. De omstandigheid dat hij de bevoegdheid had een bepaald goed te verkopen dat (aan het einde van de executele) in waarde blijkt te zijn gedaald, is dan ook onvoldoende om hem jegens de rechthebbenden aansprakelijk te houden voor het geleden nadeel. Voor die aansprakelijkheid is nodig dat de executeur is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur doordat hij niet (tijdig) van zijn bevoegdheid tot verkoop van dat goed gebruik heeft gemaakt (bijvoorbeeld bij goederen waarvan aangenomen moet worden dat die door bederf waardeloos worden). Het ligt op de weg van de rechthebbenden om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen, die het oordeel rechtvaardigen dat aan dit vereiste is voldaan.

Meer in het bijzonder geldt met betrekking tot (het beheer van) een aandelenportefeuille, dat in de aard daarvan besloten ligt dat de waarde in de loop van de tijd kan fluctueren. Met het oog daarop kan de van de executeur te verlangen zorg meebrengen dat hij de portefeuille geheel of gedeeltelijk te gelde maakt en de opbrengst, zij het mogelijk tegen een lager rendement, vastzet teneinde daarmee in ieder geval de schulden van de nalatenschap, waaronder de successierechten, te kunnen voldoen. Tot een dergelijke verkoop is hij in beginsel bevoegd (zie de slotalinea van 4.2). Maar ook hier geldt dat het enkele niet gebruik maken van deze bevoegdheid onvoldoende is om de executeur aansprakelijk te houden voor het nadeel van de rechthebbenden indien de aandelen bij het einde van de executele in waar-

de gedaald zijn (evenmin als hij aansprakelijk gehouden kan worden vanwege het enkele feit dat hij wel tot verkoop is overgegaan terwijl de aandelen nadien juist in waarde zijn gestegen).

Het zal van de door de rechthebbenden te stellen en zo nodig te bewijzen verdere omstandigheden afhangen of geoordeeld kan worden dat de executeur, door niet (of juist wel) tot verkoop over te gaan, is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur. In dat verband kunnen onder meer de aard van de portefeuille (hoog of laag risico), de verwachting van deskundigen omtrent het verdere koersverloop, en alternatieve beleggingsmogelijkheden van belang zijn.

4.4 Indien in het licht van de concrete omstandigheden van het geval geoordeeld moet worden dat de executeur is tekortgeschoten in de van hem te vergen zorg, is hij, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, aansprakelijk jegens de rechthebbenden die als gevolg daarvan benadeeld zijn. Hij is op die grond gehouden de schade van de benadeelden te vergoeden.

Indien de executeur tevens mede-erfgenaam is, is voorts niet uitgesloten dat hij, in zijn hoedanigheid van deelgenoot, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden is om bij de verdeling van de nalatenschap genoeg te nemen met een bepaalde wijze van toedeling en/of een van het tijdstip van de verdeling afwijkende peildatum voor de waardering, indien daardoor het nadeel van zijn mede-erfgenamen geheel of gedeeltelijk kan worden goedge maakt. Zo is denkbaar dat een executeur die aansprakelijk is voor een waardevermindering van tot de nalatenschap behorende aandelen, in zijn hoedanigheid van erfgenaam alle aandelen krijgt toebedeeld, onder gehoudenheid om aan de andere erfgenamen een vergoeding wegens overbedeling te voldoen die is berekend naar de peildatum waarop hij tekortschoot in de zorg van een goed executeur.

4.5 Naar huidig recht – waarin de executeur, voor zover de erflater niet anders heeft beschikt, van rechtswege is belast met het beheer van de goederen der nalatenschap (art. 4:144 lid 1 BW) – geldt het hiervoor overwegene eveneens.

Beoordeling van het middel in het principale beroep door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door eiser tegen het arrest van het hof gerichte cassatiemiddel in zijn verschillende onderdelen in het principale beroep als volgt.

5.1 Vooropgesteld wordt dat in rov. 5 van het bestreden arrest ligt besloten dat eiser zonder meer schadelijktig is jegens verweerder. Het hof is immers van oordeel dat het handelen van eiser nadat de nalatenschap is opgevallen, voor diens rekening en risico behoort te komen omdat eiser inbreuk heeft gemaakt op de rechten van verweerder als erfgenaam en zich heeft gedragen in strijd met de op hem rustende verplichtingen als executeur door verweerder niet tijdig op de hoogte te stellen van diens erfgenaamschap en van zijn benoeming tot executeur, en door geen, of in onvoldoende mate, maatregelen te treffen ter vermijding van het risico van een koersdaling van de tot de nalatenschap behorende effecten.

5.2 Uit hetgeen het hof in rov. 4 en 5 heeft overwogen en in het dictum van zijn arrest heeft beslist kan, in onderlinge samenhang, geen andere conclusie volgen dan dat het hof van oordeel was dat de schade die verweerder heeft geleden als gevolg van de door het hof aangenomen schending door eiser van diens verplichtingen als executeur, dient te worden vergoed door bij de verdeling van de nalatenschap in afwijking van de gebruikelijke peildatum uit te gaan van de datum waarop de nalatenschap is opgevallen. Wat het hof zich daarbij precies heeft voorgesteld, kan in het midden blijven op grond van hetgeen hierna wordt overwogen, maar opmerking verdient dat in het geval van een verdeling van de aandelen bij helfte, zoals het hof hier tot uitgangspunt heeft genomen, vaststelling van een peildatum voor de waardebeoordeling van die aandelen geen vordering wegens overbede-

ling van de ene erfgenaam op de andere kan teweeg brengen, aangezien die peildatum geldt voor de waardebeoordeling van de aan elke erfgenaam toegedeelde aandelen.

5.3 Het hof is bij zijn in rov. 5 neergelegde oordeel uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel heeft het zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Indien het hof heeft geoordeeld dat op eiser als executeur zonder meer de verplichting rustte om het risico van koersdaling van de aandelen na het openvallen van de nalatenschap te voorkomen door de aandelen direct tegen de toen geldende koers te verkopen, en dat hij jegens verweerder schadelijktig is omdat hij zulks heeft nagelaten, is het blijkens hetgeen hiervoor in 4.3 is overwogen uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het hangt immers van de – door verweerder te stellen en te bewijzen – verdere omstandigheden af of geoordeeld kan worden dat eiser, door niet (tijdig) tot verkoop over te gaan, is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur.

Indien het hof dit niet heeft miskend, heeft het zijn oordeel dat eiser als executeur in strijd met zijn verplichtingen heeft gehandeld door de aandelen niet (tijdig) na het openvallen van de nalatenschap te verkopen, onvoldoende gemotiveerd. Tegen de door verweerder gestelde aansprakelijkheid heeft eiser immers in de feitelijke instanties ten verweere aangevoerd, kort gezegd, dat van algemene bekendheid is dat de koerswaarde van aandelen fluctueert en dat het risico van koersdaling inherent is aan het houden van aandelen; dat van speculatie door hem geen sprake is geweest en dat het onderhavige aandelenfonds van Robeco juist algemeen bekend staat als een zeer defensief fonds; dat hij evenveel nadeel heeft geleden door het koersverlies als verweerder; dat verweerder zelf altijd in het bezit is geweest van eigen aandelen en die aandelen – ook in de onderhavige periode – nimmer heeft verkocht; dat hij (eiser) heeft gehandeld overeenkomstig het advies van banken de aandelen te behouden tot zich een structureel opgaande koersontwikkeling zou hebben voorgedaan (bij pleidooi in hoger beroep aldus gepreciseerd dat een bankmedewerker van ABN AMRO hem adviseerde de aandelen vast te houden tot betere tijden zouden aanbreken); dat het enkele feit dat koersverlies is opgetreden onvoldoende grond is voor aansprakelijkheid; en dat verweerder in gebreke blijft aan te geven waaruit de geschonden norm (onrechtmatigheid), de causaliteit en de schade bestaan. Het hof heeft deze stellingen in het geheel niet besproken en daarom zijn oordeel dat eiser jegens verweerder aansprakelijk is onvoldoende gemotiveerd.

Indien het hof heeft geoordeeld dat eiser in strijd met zijn verplichtingen als executeur heeft gehandeld omdat hij verweerder niet (direct) op de hoogte heeft gesteld van zijn mede-erfgenaamschap en van het feit dat hijzelf tot executeur was benoemd, en dat dit reeds leidt tot zijn aansprakelijkheid voor het uit het koersverlies voortvloeiende nadeel van verweerder, heeft het hof miskend dat daarmee het causaal verband tussen deze gedragingen en de schade wegens koersverlies nog niet gegeven is, en dat de stelplicht en bewijslast ook te dien aanzien op verweerder rusten. Ook voor het oordeel omtrent dit causaal verband zijn de zojuist weergegeven stellingen die eiser ten verweere heeft aangevoerd van belang, aangezien in deze stellingen besloten ligt dat ook indien eiser ter zake van het beheer van de aandelen met verweerder zou hebben overlegd, geen andere handelwijze zou zijn gevolgd. Het hof heeft, door deze stellingen niet te bespreken, ook zijn oordeel omtrent het causaal verband onvoldoende gemotiveerd.

De op het vorenstaande gerichte klachten van de onderdelen 2.2 – 2.7 zijn derhalve gegrond. Deze onderdelen, alsmede de overige onderdelen van het middel, behoeven verder geen behandeling.

Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door verweerder tegen het arrest van het hof gerichte cassatiemiddel in zijn beide onderdelen in het voorwaardelijke incidentele beroep als volgt.

6.1 Nu het bestreden arrest in het principale beroep wordt vernietigd, is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, vervuld.

6.2 Onderdeel 1 bevat een aantal rechts- en motiveringsklachten met betrekking tot rov. 4 van het arrest van het hof voor zover daarin zou zijn geoordeeld dat verdeling van de nalatenschap heeft plaatsgevonden doordat verweerder daaraan zijn medewerking heeft verleend door de hem feitelijk toebedeelde effecten niet te weigeren en door deze te hebben behouden. Deze klachten kunnen evenwel bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof overweegt weliswaar in zijn rov. 4 dat door het feitelijk aanvaarden van de effecten door verweerder sprake is van een verdeling als bedoeld in art. 3:182 BW, doch heeft daarop onmiddellijk doen volgen dat de verdelingshandeling niet is voltooid. Ook al is niet zonder meer duidelijk wat het hof in dit verband voor ogen heeft gestaan, dan nog laat het arrest geen andere lezing toe dan dat naar het oordeel van het hof van een (voltooid) verdeling geen sprake is geweest, nu het hof in rov. 6 uitdrukkelijk heeft overwogen dat het de verdeling van de nalatenschap zal gelasten en deze vervolgens in het dictum van zijn arrest heeft bevolen.

6.3 Ook onderdeel 2 kan niet tot cassatie leiden, omdat het onderdeel onvermeld laat op grond waarvan de daarin bedoelde stelling van verweerder een essentiële stelling was waaraan het hof niet had mogen voorbijgaan.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt in het principale beroep het arrest van het Haagse hof van 1 november 2006³ en verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Bossche hof. Hij veroordeelt verweerder in de kosten van het geding in cassatie.

De Hoge Raad verwerpt in het incidentele beroep het door verweerder tegen het arrest van het hof ingestelde cassatieberoep. Hij veroordeelt ook in dit beroep verweerder in de kosten van het geding in cassatie.

Noot

1 Inleiding

Voor ons ligt een glashelder en uitvoerig gemotiveerd arrest van de Hoge Raad, dat aan duidelijkheid niets te wensen overlaat en waarin twee onderwerpen centraal staan, te weten de rechtspositie van de executeur naar oud en geldend erfrecht (rov. 4.1 – 4.5 en 5.1 – 5.3), alsmede het rechtskarakter van de verdeling (rov. 6.2). Opvallend uitgebreid zijn de inleidende beschouwingen van de Hoge Raad, waarmee hij een aanloop neemt naar de eigenlijke beoordeling van de verschillende cassatiemiddelen. Hierboven heb ik opgemerkt dat dit al iets zegt over het principiële karakter van zijn arrest. Bovendien zijn uitspraken van de Hoge Raad over executele, laat staan recente uitspraken van hem over dit onderwerp, dun gezaaid, zodat alleen al om deze reden het onderhavige arrest van de Hoge Raad de nodige aandacht verdient.⁴

Overigens heeft A-G Langemeijer in zijn doorwrochte en uitvoerig gedocumenteerde conclusie uitstekend voorwerk gedaan. Ook dat mag hier niet onvermeld blijven.

2 Welk recht is van toepassing op de onderhavige executele?

Laat ik beginnen met het overgangsrecht. Op grond van artikel 133 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, waarnaar de Hoge Raad zelf ook verwijst (rov. 4.1, tweede alinea), is op de benoeming van een uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen, gedaan vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet (bedoeld is de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht op 1 januari 2003), vanaf dat tijdstip of, indien de executele nadien aanvangt, vanaf dit latere tijdstip, afdeling 4.5.6 (art. 4:142-152 BW) van toepassing, tenzij aan de uitvoerder van de uiterste wilsbeschikkingen het recht van inbezitneming der nalatenschapsgoederen niet is toegekend en behoudens voor zover bij de benoeming regelingen zijn getroffen die van afdeling 4.5.6 BW afwijken. Omdat het in het onderhavige geval gaat om een executele vanaf 2 oktober 2000 (de sterfdatum van de erflaatster) tot 16 november 2001, is het oude erfrecht hierop van toepassing (art. 1052-1069 BW oud).

3 Rechtspositie van de executeur naar oud en geldend erfrecht

Naar oud erfrecht bestonden drie soorten van executeurs, te weten de executeur zonder bezit van de nalatenschap, de executeur met bezit daarvan en de executeur-boedelberedderaar, die de meest uitgebreide bevoegdheden had. Onder het oude erfrecht heette de executeur nog executeur-testamentair.

Ook naar geldend erfrecht bestaan drie soorten van executeurs, te weten de begrafeniseexecuteur, de beheersexecuteur en de executeur-afwikkelingsbewindvoerder. Deze driedeling komt in grote lijnen overeen met de driedeling van het oude erfrecht. De begrafeniseexecuteur heeft van de erflater minder dan de wettelijke bevoegdheden gekregen, meestal uitsluitend bevoegdheden met betrekking tot de begrafenis of crematie. Hij is een executeur met één ster. De beheersexecuteur met de normale wettelijke bevoegdheden heeft in beginsel, dus 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 (art. 4:144 lid 1 jis. art. 3:170 lid 2 en 4:7 BW). Deze executeur is ook bevoegd door hem beheerde goederen te gelde te maken, voor zover dit nodig is voor de tot zijn taak behorende voldoening van schulden der nalatenschap en de nakoming der hem opgelegde lasten (art. 4:147 lid 1 BW). Deze executeur heeft twee sterren. De executeur die tevens afwikkelingsbewindvoerder in de zin

3 Hof's-Gravenhage 1 november 2006, LJN: AZ2124. Dit arrest is verbeterd bij het niet gepubliceerde herstelarrrest van 17 januari 2007.

4 Veel verder dan HR 24 februari 1933, NJ 1933, 645 (*Bünker-Amsterdamsche Bank*; concl. A-G Berger; m.nt. E.M. Meijers) en HR 7 april

1978, NJ 1978, 624 (*Mertens-De Groot*; concl. A-G Berger; m.nt. W.M. Kleijn) kom ik niet.

van artikel 4:171 lid 1 BW is, heeft de meest uitgebreide bevoegdheden en heeft drie sterren. Deze terminologie – de executeur met één ster en die met twee of drie sterren – is afkomstig van Schols, de (zoals hij inmiddels wel kan en mag worden genoemd) ‘godfather’ van de executele.⁵ Dat ook A-G Langemeijer hierover zo denkt, moge blijken uit het feit dat hij in zijn conclusie maar liefst achtmaal naar Schols verwijst.⁶

Men kan zich afvragen wat ‘beheer’ in het oude erfrecht en in de zin van artikel 4:144 lid 1 BW betekent.⁷ In Boek 4 BW is deze term niet gedefinieerd en dus is het logisch dat de Hoge Raad (rov. 4.2, tweede alinea) aansluiting zoekt bij de omschrijving van artikel 3:170 lid 2, tweede volzin, BW, volgens welke bepaling voor de toepassing van titel 3.7 BW betreffende de gemeenschap ‘onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties’. De Hoge Raad concretiseert dit met betrekking tot een aandelenportefeuille aldus, dat de executeur met bezit c.q. de beheersexecuteur de bevoegdheid kan hebben de samenstelling van de aandelenportefeuille te wijzigen of de portefeuille te verkopen teneinde de opbrengst op andere wijze te beleggen, een en ander bijvoorbeeld met het oog op een beter rendement dan wel het beperken van koersrisico’s. De executeur is zonder meer bevoegd tot het te gelde maken van door hem beheerde goederen, voor zover dit nodig is voor de tot zijn taak behorende voldoening van schulden der nalatenschap en de nakoming der hem opgelegde lasten (art. 4:147 lid 1 BW). Denk aan de door de Hoge Raad (rov. 4.2, eerste alinea, laatste volzin) genoemde voorbeelden van het aan de fiscus verschuldigde successierecht of de schuld uit een legaat (art. 4:7 lid 1, aanhef en onder e en h, BW; zie ook art. 72 lid 1 Successiewet 1956). Maar wat nu als de executeur de aandelenportefeuille te gelde zou willen maken, terwijl dit *niet* nodig is ter voldoening van schulden van de nalatenschap? Schols⁸ verdedigt in dit geval de opvatting dat de eis van een zorgvuldig beheer kan meebrengen dat de executeur over de aandelenportefeuille beschikt. De Hoge Raad lijkt het hiermee eens te zijn, nu beheer blijkens de parlementaire geschiedenis⁹ ook omvat daden van beschikking die door een normale exploitatie van het goed worden gevorderd, waaraan de Hoge Raad (rov. 4.2, tweede alinea, tweede volzin) toevoegt dat ook op deze grond de executeur derhalve bevoegd kan zijn tot verkoop van onder zijn beheer vallende goederen. Iets verderop herhaalt de Hoge Raad

(rov. 4.3, tweede alinea) dat de executeur tot een dergelijke verkoop in beginsel bevoegd is. Deze volzin volgt op de passage ‘teneinde daarmee *in ieder geval* de schulden van de nalatenschap, waaronder de successierechten, te kunnen voldoen’ (cursivering van mij, AJMN). ‘In ieder geval’ betekent naar mijn oordeel ‘ten minste’; de aandelenportefeuille verkopen voor een ander doel mag de executeur dus ook.

De executeur die is tekortgeschoten in de van hem te vergen zorg, is in beginsel aansprakelijk jegens de rechthebbers die als gevolg daarvan zijn benadeeld, aldus de Hoge Raad (rov. 4.4, eerste volzin). De Hoge Raad neemt helaas geen stelling in de discussie of de grondslag van een eventuele aansprakelijkheid van de executeur is gelegen in de wet (de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW) dan wel in een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW) of een quasi-overeenkomst. Men zie wat dit laatste betreft Schols, die in dit verband spreekt over de ‘erfrechtelijke verbintenis’.¹⁰ Wél is opvallend dat de Hoge Raad tot zesmaal toe (eenmaal in rov. 4.2, driemaal in rov. 4.3, eenmaal in rov. 4.4 en eenmaal in rov. 5.3) spreekt over ‘de zorg van een goed executeur’, waarmee hij duidelijk in de trant van artikel 7:401 BW inzake de overeenkomst van opdracht formuleert. Dit artikel bepaalt dat de opdrachtnemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Uit de door de Hoge Raad gebezigde redactie mag men echter niet de conclusie trekken dat hij op het contractuele spoor zit. Dit zou trouwens ook niet logisch zijn, omdat de bevoegdheden van de executeur uiteindelijk zijn gebaseerd op de desbetreffende uiterste wilsbeschikking van de erflater en op de wet (art. 4:142 e.v. BW), voor zover de erflater hiervan in zijn uiterste wil niet is afgeweken, maar niet op een (quasi-)overeenkomst. Verderop in het arrest (rov. 5.3, derde alinea, voorlaatste volzin) valt de term ‘onrechtmatigheid’, maar dit is geen door de Hoge Raad zelf gebruikte term, maar een door de eiser in een van zijn verweren gebruikte term. Zelf houd ik het ervoor dat de aansprakelijkheid van de executeur er een is op grond van onrechtmatige daad, dus een wettelijke en geen (quasi-) contractuele aansprakelijkheid. De executeur is een zeer bijzondere, eigensoortige vertegenwoordiger, een vertegenwoordiger *sui generis*. Gedurende zijn beheer vertegenwoordigt hij bij de vervulling van zijn taak de erfgenamen in en buiten rechte (art. 4:145 lid 2 BW). Zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid is dus niet op een volmacht, maar op de wet gebaseerd. Wel is een aantal bepalingen van titel 3.3 BW betreffende de volmacht van overeen-

5 B.M.E.M. Schols, *Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoeder. Zijn ware aard, civiel en fiscaal. Een onderzoek naar de grondslagen van executele als erfrechtelijke verbintenis* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007; B.M.E.M. Schols, *Handboek Erfrecht*, hoofdstukken XIV en XV (‘Executele’ en ‘Testamentair bewind’), Deventer: Kluwer 2006, p. 517-575; B.M.E.M. Schols, ‘Van begrafeniseexecuteur tot turbo-executeur’, in: S.C.J.J. Kortmann, V.A.E.M. Meijers, M. van Olfen, A.H.M. Rieter, L.C.A. Verstappen en R.T.G. Verstraaten (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer:

Kluwer 2000, p. 277-283. Van de tijdschriftartikelen noem ik onder andere B.M.E.M. Schols, ‘Gouden tijden voor de executeur-testamentair!’, *WPNR* 1998-6327, p. 573-574; B.M.E.M. Schols, ‘L’executeur testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!’, *WPNR* 1999-6374, p. 745-750, alsmede B.M.E.M. Schols, ‘Vier sterren voor de driesterrenexecuteur. De afwikkelingsbewindvoerder kan zelfstandig beschikken op grond van de doctrine, de wet, het testament en zijn zorgplicht’, *WPNR* 2006-6690, p. 841-842.

6 Conclusie A-G F.F. Langemeijer, voetnoten 7, 14, 15, 16, 18, 20, 21 en 24.

7 Alles wat de Hoge Raad in de inleidende beschouwingen van zijn arrest te berde brengt, geldt gelijkelijk naar oud en geldend erfrecht (rov. 4.5).

8 B.M.E.M. Schols, diss. (zie voetnoot 5), p. 360-364, in het bijzonder p. 360-361.

9 C.J. van Zeven en J.W. du Pon met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 581.

10 B.M.E.M. Schols, diss. (zie voetnoot 5), passim, in het bijzonder p. 120-122, 135-136, 157-160, 197-198 en 545-548.

komstige toepassing op de executeur, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit, en wel op grond van de schakelbepaling van artikel 3:78 BW, die is geschreven voor iedere persoon die optreedt als vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht.¹¹

De Hoge Raad verwijt het hof een onjuiste rechtsopvatting dan wel een onvoldoende motivering van zijn oordeel (rov. 5.3). Het hof heeft te snel schadeplichtigheid van eiser jegens verweerder aangenomen. Verweerder moet verdere omstandigheden stellen en bewijzen, die het oordeel rechtvaardigen dat eiser, door niet (tijdig) tot verkoop van de aandelenportefeuille over te gaan, is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur. Wat de Hoge Raad het hof met name kwalijk neemt is, dat het de stellingen die eiser ten verweerde tegen zijn eventuele aansprakelijkheid jegens verweerder heeft aangevoerd, in het geheel niet heeft besproken. Daarom heeft het hof zijn oordeel dat eiser jegens verweerder aansprakelijk is, onvoldoende gemotiveerd. Dit geldt ook voor het oordeel van het hof omtrent het causaal verband tussen de gedragingen van de executeur en de schade wegens koersverlies (rov. 5.3, derde en vierde alinea). Om deze reden moet de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigen.

4 Rechtskarakter van de verdeling

Nog een enkel woord over het rechtskarakter van de verdeling. Na mijn annotatie van een belangrijk arrest van de Hoge Raad uit 2006¹² kunnen mijn opmerkingen hierover beperkt blijven. Er zijn drie soorten van verdeling, te weten:

1. de contractuele verdeling (art. 3:182 BW);
2. de rechterlijke verdeling of *adiudicatio*¹³ (art. 3:185 BW);
3. de wettelijke verdeling (art. 4:13 BW).

In het onderhavige geval gaat het om de contractuele verdeling in de zin van artikel 3:182 BW, waarvan de eerste volzin als volgt luidt: 'Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerkers en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen'. De opheffing van de onverdeeldheid, ten minste ten aanzien van één deelgenoot en ten minste ten aanzien van één goed,¹⁴ moet dus zijn gebaseerd op de wilsovereenstemming tussen alle deelgenoten. Welnu, in deze zaak is in het kader van de verdeling van de nalatenschap van de erflaterster blijkbaar geen sprake geweest van enig overleg tussen de beide broers als erfgenamen (eiser en verweerder in deze procedure), zodat de Hoge Raad

(rov. 6.2) volkomen terecht de conclusie trekt dat in de visie van het hof in dit geval van een verdeling geen sprake is geweest. Inderdaad *kan* hier geen verdeling aan de orde zijn bij gebreke van wilsovereenstemming tussen de beide deelgenoten.¹⁵

In mijn in voetnoot 12 genoemde annotatie heb ik al gewezen op het bestaan van vele misverstanden omtrent het begrip 'verdeling', nu in de rechtsliteratuur hierover telkens andere omschrijvingen voorkomen, zoals toe(be)deling, verdeling, (obligatoire) overeenkomst *tot* verdeling, (goederenrechtelijke) overeenkomst *van* verdeling en goederenrechtelijke effectuering van de verdeling (levering na verdeling). Het arrest van het hof in de onderhavige zaak maakt het er allemaal niet duidelijker op. Het hof (rov. 4) overweegt weliswaar dat door het feitelijk aanvaarden van de effecten door verweerder sprake is van een verdeling als bedoeld in artikel 3:182 BW, doch heeft daarop onmiddellijk doen volgen dat de verdelingshandeling niet is voltooid. Ook de Hoge Raad (rov. 6.2) worstelt met de zienswijze van het hof. Het is niet zonder meer duidelijk wat het hof in dit verband voor ogen heeft gestaan, zegt hij. Bedoelt het hof dat behalve de aandelenportefeuille ook nog andere goederen van de nalatenschap moeten worden verdeeld, zodat de verdeling van deze portefeuille slechts een partiële verdeling is? Volgens de successieaangifte bestond de nalatenschap immers *onder meer* uit inboedelgoederen, banksaldi en aandelen Robeco (zie hierboven onder punt (iv) van de feiten). Of bedoelt het hof dat de verdeling nog niet is voltooid, omdat de leveringsformaliteiten nog in acht moeten worden genomen (art. 3:186 lid 1 BW)? Een verdeling sorteert immers pas effect nadat de verdeelde goederen aan ieder der deelgenoten zijn geleverd. Het hof bedoelt, gelet op zijn eigen woorden (rov. 4, laatste volzin), dat de tot de verdeling behorende vergoeding wegens overbedeling nog niet is vastgesteld, zodat de verdeling daarmee dient te worden aangevuld. Ik vind dat het hof deze volzin op een nogal ongelukkige wijze heeft geformuleerd. Duidelijker zou zijn geweest als het hof had overwogen dat van een verdeling bij gebreke van wilsovereenstemming tussen de beide deelgenoten geen sprake kan zijn geweest, in het bijzonder niet nu partijen geen wilsovereenstemming hadden bereikt over een essentieel onderdeel van de verdeling, te weten de vaststelling van de overbedelingsvergoeding. Hoe dit ook zij, de Hoge Raad (rov. 6.2, laatste volzin) beëindigt zijn arrest terecht met de constatering dat het arrest van het hof geen andere lezing toelaat dan dat naar het oordeel van het hof van een (voltooide) verdeling van de nalatenschap geen sprake is geweest, nu het hof (rov. 6) uitdrukkelijk heeft

11 Zie ook Asser-Van der Grinten-Kortmann 2-I, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 17 en 35. Van der Grinten en Kortmann zouden de bevoegdheid van de executeur tot vertegenwoordiging niet als volmacht willen aanmerken (nr. 35, slot).

12 HR 28 april 2006, NJ 2008, 165 (*vernietiging van een verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap op grond van dwaling*; concl. A-G C.L.

de Vries Lentsch-Kostense; m.nt. J. Hijma; AA 2006, p. 621-627, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20060621), in het bijzonder de punten 2 en 4 van mijn noot over de verdeling en de peildatum, AA 2006, p. 624-625 respectievelijk p. 626-627. Ik moge hiernaar verwijzen.

13 Zie onder het oude boedelscheidingsrecht HR 28 juni 1963, NJ 1963, 507 (*adiudicatio*; concl. P-G Langemeijer).

14 Hetgeen betekent een zodanige opheffing van de onverdeeldheid, dat ten minste één deelgenoot met uitsluiting van de overige deelgenoten, dus exclusief, tot ten minste één goed is gerechtigd; zie AA 2006, p. 624, linkerkolom (AA20060621).

15 Aldus ook punt 3.24 van de conclusie van A-G F.F. Langemeijer.

overwogen dat het de verdeling van de nalatenschap zal gelasten en deze vervolgens in het dictum van zijn arrest heeft bevolen.

Ten slotte nog iets over de peildatum. In mijn in voetnoot 12 genoemde annotatie heb ik hierover ook al gesproken. Naar welk tijdstip moeten de nalatenschapsgoederen worden gewaardeerd? Volgens constante jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁶ moet bij de verdeling van tot een gemeenschap behorende goederen ter bepaling van hun waarde in beginsel worden uitgegaan van de waarde ten tijde van de verdeling, maar uit hetgeen door partijen is overeengekomen en uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat hiervan wordt afgeweken. De volgende vraag is dan natuurlijk wat precies het tijdstip van de verdeling is. Volgens Burgerhart¹⁷ blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad een voorkeur voor de *feitelijke* verdelingsdatum, te weten het moment waarop het goed ter vrije, feitelijke beschikking komt van de deelgenoot die door partijen als verkrijger wordt beschouwd.

In deze zaak klemmt dit vraagstuk van de peildatum te meer, nu de koers van het aandeel Robeco op de datum van overlijden van de erflaatster (2 oktober 2000) € 44,88 bedroeg en op de datum van verkoop van een aantal aandelen Robeco om het successierecht te kunnen voldoen (16 november 2001) nog maar € 14,85, dus € 30,03 minder (zie hierboven onder de punten (iv) en (vii) van de feiten)!

Ook de Hoge Raad besteedt aandacht aan dit probleem (rov. 4.4 en 5.2). Hij overweegt dat, indien de executeur tevens mede-erfgenaar is, niet is uitgesloten dat hij, in zijn hoedanigheid van deelgenoot, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is gehouden om bij de verdeling van de nalatenschap genoeg te nemen met een bepaalde wijze van toedeling en/of een van het tijdstip van de verdeling *afwijkende peildatum voor de waardering*, indien daardoor het nadeel van zijn mede-erfgenaamen geheel of gedeeltelijk kan worden goedge maakt. Zo is denkbaar, aldus nog

steeds de Hoge Raad, dat een executeur die aansprakelijk is voor een waardevermindering van tot de nalatenschap behorende aandelen, in zijn hoedanigheid van erfgenaam alle aandelen krijgt toebedeeld, onder gehoudenheid om aan de andere erfgenamen een vergoeding wegens overbedeling te voldoen *die is berekend naar de peildatum waarop hij tekortschoot in de zorg van een goed executeur* (rov. 4.4, tweede alinea; cursiveringen van mij, AJMN). En even verderop concludeert de Hoge Raad uit het arrest van het hof dat het van oordeel was dat de schade die verder heeft geleden als gevolg van de door het hof aangenomen schending door eiser van diens verplichtingen als executeur, dient te worden vergoed door bij de verdeling van de nalatenschap *in afwijking van de gebruikelijke peildatum uit te gaan van de datum waarop de nalatenschap is opengevallen* (rov. 5.2, eerste volzin; cursivering van mij, AJMN).

5 Hoe nu verder in deze zaak?

De Hoge Raad kan deze zaak uiteraard niet zelf afdoen. Het hof waarnaar de Hoge Raad de zaak verwijst, moet immers beoordelen of en zo ja, in hoeverre de executeur aansprakelijk is jegens zijn broer/mede-erfgenaar. Daartoe zal dit hof moeten onderzoeken of de executeur met zijn handelwijze is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur, het criterium dat de rode draad in het arrest van de Hoge Raad is. Het hof zal daarbij in het bijzonder moeten onderzoeken of er (voldoende) causaal verband bestaat tussen de gedragingen van de executeur en de schade wegens koersverlies, en wel met inachtneming van *alle* stellingen die de executeur ten verweere tegen de door zijn broer gestelde aansprakelijkheid heeft aangevoerd. Het hof kan bij zijn beslissing volop inspiratie putten uit de prachtige en indrukwekkende inleidende beschouwingen van het arrest van de Hoge Raad.¹⁸ ■

¹⁶ Zie de door mij opgesomde uitspraken in AA 2006, p. 626, voetnoot 22 (AA20060621).

¹⁷ W. Burgerhart, *Waarde en erfrecht. Beschouwingen over de waarde van een onderneming in het erfrecht en enige verwante wetten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 260.

¹⁸ De in executiele en testamentair bewind, alsmede

in de verdeling geïnteresseerde lezer verwijs ik ten slotte nog even naar de verschillende handboeken betreffende het erf- en gemeenschapsrecht, in chronologische volgorde: Pitlo-Van der Burgh-Ebben, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 431-472, Asser-Perrick 6B, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 506-582,

Van Mourik e.a. (B. Schols), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. XIV.1-XIV.12.4 en XV.1-XV.17.4, Asser-Perrick 3-IV, *Goederenrecht. Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 81-154 en Klaassen-Luijten-Meijer II, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 342-497b.