

# Artikel

## De procederende executeur

Mr. drs. R. van Dijken\*

### 1 Inleiding

De executeur<sup>1</sup> is gedurende zijn beheer en bij de vervulling van zijn taak privaatief<sup>2</sup> bevoegd de gezamenlijke erfgenamen in en buiten rechte te vertegenwoordigen.<sup>3</sup> Dat betekent dat de erfgenamen niet zelf als zodanig kunnen optreden. De ratio is dat de executeur zo in staat is zijn taak slagvaardig te vervullen, zonder hinder te ondervinden van erfgenamen.<sup>4</sup>

In rechte brengt de privaatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid met zich dat de executeur zonder instemming<sup>5</sup> en met uitsluiting van de erfgenamen voor hen kan optreden in gerechtelijke procedures. Een 'schending' van deze privaatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid – bijvoorbeeld doordat een schuldeiser alleen de erfgenamen dagvaardt – kan leiden tot niet-ontvankelijkheid, zoals ook blijkt uit een recent arrest van de Hoge Raad.<sup>6</sup> De executeur – indien aanwezig – is een centrale figuur in procedures voor en tegen de nalatenschap.

Deze bijdrage over de procederende executeur gaat – met name aan de hand van gepubliceerde jurisprudentie – in op perikelen die dit fenomeen met zich kan brengen en die in de praktijk soms tot problemen of discussies leiden.<sup>7</sup> Het startpunt is de voorvraag van wanneer tot wanneer sprake is van executele (paragraaf 2). Paragraaf 3 gaat vervolgens in op de executeur als procespartij. In paragraaf 4 staat de privaatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte centraal. Paragraaf 5 gaat tot slot kort in op de praktisch relevante vraag in hoeverre de advocaatkosten van de procederende executeur ten laste komen van de nalatenschap.

### 2 Van wanneer tot wanneer is sprake van executele?

Van executele is sprake indien de erflater in zijn testament<sup>8</sup> (ten minste) één benoembaar persoon<sup>9</sup> heeft benoemd<sup>10</sup> tot executeur en deze na het overlijden van de erflater de benoeming aanvaardt.<sup>11</sup> Deze aanvaarding kan uitdrukkelijk geschieden door de belanghebbenden daarvan op de hoogte te stellen. De aanvaarding kan evenwel ook stilzwijgend plaatsvinden doordat de benoemde zich gedraagt als executeur.<sup>12</sup> Indien nodig kan

\* Mr. drs. R. van Dijken is advocaat bij Houthoff in Amsterdam.

1 Tenzij anders aangegeven, verstaat deze bijdrage onder 'executeur': een executeur die ten minste tot taak heeft de goederen van de nalatenschap te beheren (art. 4:144 lid 1 BW).

2 Vgl. Parl. Gesch. Nieuw BW Boek 4, p. 961.

3 Art. 4:145 lid 2 BW.

4 Rb. Rotterdam 5 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:62, r.o. 4.4; Rb. Overijssel 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4121, r.o. 2.6; Rb. Rotterdam 22 maart 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV7604, r.o. 5.2. B.M.E.M. Schols, *Executele* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007/III.D.8 en IV.B.1.

5 Rb. Noord-Holland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4824, r.o. 5.1.

6 HR 1 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:495, NJ 2022/151, r.o. 3.3-3.5. Hierover: B.M.E.M. Schols, *De privaatieve 'procedeer'last*, *AdvoTip* 2022/10.

7 De onderwerpen die aan de orde komen, zijn onderwerpen waarover veel gepubliceerde rechtspraak bestaat. Buiten beschouwing blijft onder meer 'de tenuitvoerlegging van vonnissen'. Zie daarover bijvoorbeeld S. Perrick, *Procespartijperikelen*, in: A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Erfprocesrecht*, Den Haag: Sdu 2021, hoofdstuk 2; S. Perrick, *Tenuitvoerlegging van een executoriale titel strekkende tot betaling van een schuld van de nalatenschap*, *WPNR* 2012, afl. 6938, p. 517-526.

8 Of codicil onder oud recht, zie art. 79 OW.

9 Vgl. art. 4:143 lid 2 BW.

10 Art. 4:142 lid 1 BW.

11 Art. 4:143 lid 1 BW.

12 Hierover, ook in rechtsvergelijkende zin, Schols, *Executele*, III.A.3. Voor voorbeelden uit de jurisprudentie van stilzwijgende aanvaarding: Rb. Zwolle-Lelystad 25 april 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AT4596, r.o. 2; Rb. Mid-

de kantonrechter op verzoek van een belanghebbende een termijn stellen, na afloop waarvan de benoemde de benoeming niet meer kan aanvaarden.<sup>13</sup> Indien het testament dan geen andere executeur aanwijst, is er geen executeur en komt het beheer van de nalatenschap op de erfgenamen te rusten. Bij discussie over de (stilzwijgende) aanvaarding dient degene die zich op de aanvaarding beroept te stellen en – bij betwisting – te bewijzen dat sprake is geweest van een dergelijke aanvaarding.<sup>14</sup>

Het moment dat de benoemde zijn benoeming (stilzwijgend) aanvaardt, markeert de aanvang van zijn taak als executeur.<sup>15</sup> De benoeming van een executeur maakt de erfgenamen evenwel al vanaf het openvallen van de nalatenschap onbevoegd te beschikken over de nalatenschapsgoederen.<sup>16</sup> Met andere woorden: zelfs voordat de executeur zijn benoeming heeft aanvaard, zijn de erfgenamen reeds onbevoegd zelf als zodanig op te treden.<sup>17</sup> Deze onbevoegdheid brengt evenwel niet met zich dat het onmogelijk is voor of tegen de nalatenschap procedures te voeren. De erfgenamen kunnen de kantonrechter namelijk om een machtiging verzoeken zelfstandig te handelen, en dus ook om bijvoorbeeld een procedure te voeren (art. 4:145 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek; BW).<sup>18</sup> Indien een dergelijke machtiging ontbreekt, biedt zaakwaarneming (art. 6:198 BW) in bepaalde gevallen wellicht nog een vangnet.<sup>19</sup>

Na aanvaarding kan de executeur niet zomaar terugtreden. Zijn taak eindigt enkel indien zich een van de gevallen voordoet die zijn genoemd in artikel 4:149 lid 1 BW. Als de executeur vrijwillig wil terugtreden zonder dat hij zijn werkzaamheden als zodanig heeft voltooid, dient hij bij de kantonrechter te verzoeken om ontslag.<sup>20</sup> De gewezen executeur is niet meer bevoegd namens de nalatenschap te procederen, maar blijft wel verplicht datgene te doen waarvoor zonder nadeel voor de nalatenschap geen uitstel mogelijk is tot aanvaarding van het beheer door degene die na hem bevoegd is tot beheer.<sup>21</sup> Daarbij valt mogelijk te denken aan het (laten) uitbrengen van een appeldagvaarding om de appeltermijn veilig te stellen.<sup>22</sup>

den-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5377, r.o. 4.5; Rb. Zeeland-West-Brabant 23 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8694; Rb. Limburg 10 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:432, r.o. 4.1-4.2; Hof Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:921, r.o. 6.2-6.3.

13 Art. 4:143 lid 1 BW.

14 Rb. Zeeland-West-Brabant 23 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8694, r.o. 4.1; Hof Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:921, r.o. 6.2-6.3.

15 Hof Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:921, r.o. 6.2-6.3.

16 Parl. Gesch. BW Boek 4 2002, p. 849 (MvA).

17 Hof Den Haag 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2823, r.o. 9.

18 Asser/Perrick 4 2021/691. Vgl. Parl. Gesch. BW Boek 4 2002, p. 847.

19 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3267.

20 Art. 4:149 lid 2 BW.

21 Art. 4:149 lid 3 BW.

22 Vgl. Hof Leeuwarden 11 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ5282, waarin het hof oordeelde dat de gewezen executeur niet meer bevoegd was om appellante in rechte te betrekken en dat niet gesteld of gebleken was

Indien de taak van de executeur eindigt door volbrenging van zijn taak, eindigt niet van rechtswege zijn beheer.<sup>23</sup> Daarvoor dient de executeur zijn beheer te beëindigen door de goederen van de nalatenschap ter beschikking te stellen van de erfgenamen.<sup>24</sup> In de praktijk geschiedt dat door een eenvoudige kennisgeving aan de erfgenamen, waarin de executeur aangeeft zijn taak als geëindigd te beschouwen.<sup>25</sup> Ook de erfgenamen en de echtgenoot met een verzorgingsvruchtgebruik<sup>26</sup> kunnen het beheer van de executeur beëindigen. De gronden daarvoor zijn genoemd in artikel 4:150 lid 2 en 3 BW. Omdat artikel 4:145 lid 2 BW de executeur alleen privaat vertegenwoordigingsbevoegd maakt 'gedurende zijn beheer', betekent het einde van het beheer ook het einde van zijn privaat vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Een reeds gesloten executele herleeft niet indien iemand alsnog een vordering op de nalatenschap pretendeert te hebben. Zo verklaarde de rechtbank Midden-Nederland<sup>27</sup> een eiseres niet-ontvankelijk in haar vordering jegens de executeur nadat de executele was geëindigd. Deze eiseres kon haar vordering enkel nog geldend maken jegens gezamenlijke erfgenamen.

Dat in een bepaald geval sprake is van executele, maakt de executeur nog niet automatisch procespartij. Daarover gaat de volgende paragraaf.

### 3 De executeur als procespartij<sup>28</sup>

Hierna komt eerst aan de orde hoe vast te stellen of de executeur procespartij is in een procedure (paragraaf 3.1). Paragraaf 3.2 gaat in op het geval dat een executeur pas in beeld komt tijdens een lopende procedure en het geval dat een executeur zelf ontvalt tijdens een lopende procedure.

#### 3.1 Wie is de procespartij?

Het document dat een procedure inleidt – een dagvaarding of een verzoekschrift –, bepaalt in beginsel<sup>29</sup> de procespartijen in een bepaalde procedure. De Hoge Raad

dat de executeur op grond van art. 4:149 lid 3 BW verplicht of anderszins genoodzaakt was het exploit van dagvaarding (in eerste aanleg) te doen uitbrengen.

23 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:39, r.o. 4.3.

24 Art. 4:150 lid 1 BW.

25 Asser/Perrick 4 2021/704.

26 Art. 4:152 BW.

27 Rb. Midden-Nederland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:563, r.o. 4.1.

28 Deze paragraaf concentreert zich op civielrechtelijke procedures. Zie voor erf(proces)rechtelijke aspecten van bestuursrechtelijke procedures, zoals voortzetting van de procedure door de erfgenamen, I.L. Krukkert, Niet-civiele procedures: bestuursrecht, in: A.R. Autar e.a. (red.), Compendium Erfprocesrecht, Den Haag: Sdu 2021, hoofdstuk 17. Zie ook de uitgebreide noot van R. Stijnen in AB 2018/382 bij Cbb 26 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:305.

29 D.I. Barbiers & C.J.M. Klaassen, 'Wie is u?' Deformalisering versus zekerheid: enkele gedachten over de wijziging van partijhoedanigheid tijdens de procedure, TCR 2020, afl. 3, par. 2.

stelt strenge eisen aan de duidelijkheid van de formulering van het exploit en in het bijzonder aan de partij-aanduidingen.<sup>30</sup> De stukken hoeven evenwel niet steeds (uitdrukkelijk) melding te maken van de hoedanigheid van een partij.<sup>31</sup> De vaststelling wie partij zijn en in welke hoedanigheid geschiedt door uitleg van de processtukken<sup>32</sup> en vindt ambtshalve<sup>33</sup> plaats in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid.<sup>34</sup>

De partijen die in de dagvaarding staan vermeld en die de rechtshandelingen in eigen naam verrichten, zijn de formele procespartijen. De materiële procespartij is de partij waarvan de belangen het voorwerp zijn van de rechtsstrijd. De executeur is de formele procespartij die optreedt voor de belangen van de erfgenamen als materiële procespartij.

Met name in procedures waarin de executeur tevens erfgenaam is, ontstaan weleens procespartijperikelen. Illustratief is de uitspraak van de rechtbank Limburg van 17 januari 2019.<sup>35</sup> Eiseres is bij uiterste wilsbeschikking benoemd tot executeur. Na het overlijden van erflater heeft zij die benoeming aanvaard en is zij een procedure gestart over de nakoming van een koopovereenkomst die erflater voor zijn overlijden met gedaagde zou zijn aangegaan. Eiseres vermeldde in de kop van de dagvaarding niet in welke hoedanigheid zij de vordering instelde. In het lichaam van de dagvaarding stelde eiseres wel dat zij op grond van artikel 4:145 lid 2 BW bevoegd was namens de nalatenschap op te treden. In de voorgedragen pleitnota stelde zij vervolgens enerzijds te procederen als rechtsopvolgster van erflater en anderzijds dat zij als executeur bevoegd is namens de nalatenschap in rechte op te treden en dit kort geding te starten. Eiseres had verder geen verklaring van erfrecht overgelegd waaruit bleek dat zij de (enig) erfgenaam was. De rechtbank verklaarde eiseres niet-ontvankelijk, omdat onduidelijk was in welke hoedanigheid zij de vordering had ingesteld: als enig of mede-erfgenaam, of als executeur van diens nalatenschap.

Om situaties als in het vonnis van de rechtbank Limburg te voorkomen, kiest men in de praktijk soms ervoor zekerheidshalve een procedure voor de nalatenschap te starten zowel in kwaliteit van erfgenaam als in kwaliteit van executeur,<sup>36</sup> of samen met de erfgenamen.<sup>37</sup> In het omgekeerde geval – als iemand een procedure tegen de nalatenschap wil beginnen – kan het raadzaam zijn een

procedure te starten tegen zowel de erfgenamen als de executeur.<sup>38</sup> Dit kan mogelijke procespartijperikelen voorkomen.<sup>39</sup> Het (te accepteren) risico is in beide gevallen dat de rechter een partij niet-ontvankelijk verklaart in of tegen de niet-geaccepteerde kwaliteit en mogelijk een kostenveroordeling uitspreekt. Het voordeel is dat de rechter in ieder geval de vordering wel inhoudelijk zal kunnen beoordelen op grond van de ‘juiste’ kwaliteit waarin of waartegen men procedeert.<sup>40</sup>

In de uitspraak van de rechtbank Limburg was de eiseres de procedure niet (uitdrukkelijk) begonnen in meerdere hoedanigheden. Zou toch een andere uitkomst denkbaar zijn dan niet-ontvankelijkheid? Daarvoor lijken verschillende mogelijkheden te bestaan.

Ten eerste zou de rechtbank op basis van uitleg van de processtukken kunnen onderzoeken of zij kon aannemen dat eiseres haar vordering heeft ingesteld in hoedanigheid van executeur.<sup>41</sup> De rechtbank Den Haag kwam in een recente uitspraak<sup>42</sup> tot een dergelijk oordeel in een zaak waarin de erfgenamen hun vordering niet hadden ingesteld in hoedanigheid van vereffenaar, waarbij een vergelijkbare privaatieve vertegenwoordigingsbevoegdheidsregeling geldt als voor de executeur.<sup>43</sup> De rechtbank oordeelde dat voor partijen duidelijk was welke hoedanigheid de erfgenamen op dat moment hebben ten opzichte van de nalatenschap en gedaagde. De omstandigheid dat uit de omschrijving van de dagvaarding niet bleek dat zij hun vorderingen hebben ingesteld als vereffenaar, schaaft de gedaagde niet in haar belangen, aldus de rechtbank. Tot een vergelijkbaar resultaat kwam de rechtbank Den Haag eerder al in een zaak<sup>44</sup> waarin een enig erfgenaam en executeur enkel was gedagvaard als erfgenaam. Omdat de gedaagde zowel enig erfgenaam als enig executeur was, merkte de rechtbank de gedaagde om praktische redenen aan als te zijn gedagvaard in beide hoedanigheden.<sup>45</sup>

30 HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1435, r.o. 3.4.

31 HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1435, r.o. 3.5.

32 Art. 3:59 jo. art. 3:33 en 3:35 BW.

33 Voorbeelden van zaken waarin de rechter ambtshalve aan de orde stelde of de erfgenamen wel bevoegd waren te procederen in plaats van een executeur: Hof Amsterdam 4 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3267, r.o. 4.1.1; Rb. Limburg 17 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:390, r.o. 4.1;

34 Hof Amsterdam 2 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5112, r.o. 3.5.

35 Rb. Limburg 17 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:390.

36 Rb. Rotterdam 19 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4398, r.o. 4.2.

37 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7638, waarin de executeur samen met de andere erfgenaam de procedure was begonnen. De rechtbank verklaarde de erfgenaam niet-ontvankelijk.

38 Ter illustratie: Rb. Limburg 3 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3961. De rechtbank verklaarde eiser niet-ontvankelijk in zijn vordering, voor zover deze is gericht tegen de gedaagde als erfgenaam.

39 Bijvoorbeeld Hof Den Haag 2 augustus 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2787, waarin het hof oordeelde dat alleen de executeurs als procespartij kunnen optreden en dat de verweren en het incidenteel appel van de (andere) erfgenamen buiten beschouwing bleven.

40 E.E.A. Luijten & W.R. Meijer, De positie van de executeur in het geding, TE 2009, afl. 3, p. 53; E.Z. Anink & E.J. Lievense, Processuele aspecten van executeur en testamentair bewind, in: A.R. Autar e.a. (red.), Compendium Erfprocesrecht, Den Haag: Sdu 2021, par. 14.6.5. Indien de rechter het vonnis overigens wel ook tegen de gezamenlijke erfgenamen als zodanig wijst, kan de eiser deze op de persoonlijke goederen van de zuiver aanvaardende erfgenamen ten uitvoer leggen. Zie Perrick, Procespartijperikelen, par. 2.4.4.

41 M.J.P. Schipper, Bladjes op het spoor en vierkante wielen..., Advotip 2022/6.

42 Rb. Den Haag 25 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:546.

43 Art. 4:211 lid 2 BW.

44 Rb. Den Haag 27 maart 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15877.

45 Vgl. Rb. Rotterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7274, r.o. 4.3-4.4 voor een vergelijkbare redenering ten aanzien van de vereffenaar. Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2349, r.o. 5.3 voor een dergelijke ‘soepele’ benadering.

Ten tweede kan mogelijk rectificatie plaatsvinden indien sprake was van een vergissing die voor de gedaagde kenbaar was en rectificatie de gedaagde niet benadeelt of in zijn verdediging schaadt, en rectificatie tijdig plaatsvindt.<sup>46</sup> Ook hiervoor zijn aanknopingspunten te vinden in de rechtspraak. In een procedure bij de rechtbank Zutphen verzocht de eiseres tijdens de zitting rectificatie van de dagvaarding, zodat de executeur-testamentair in hoedanigheid van executeur was gedagvaard. De executeur stemde daarmee in, waarna de rechtbank overging tot inhoudelijke behandeling van de zaak.<sup>47</sup> In een andere zaak<sup>48</sup> kwam het omgekeerde aan de orde: een gedaagde was enkel in hoedanigheid van executeur gedagvaard, terwijl deze die hoedanigheid nooit heeft gehad. Eiseres heeft in de conclusie van repliek verklaard dat zij had bedoeld de gedaagde pro se te dagvaarden, en dat zij de rechtbank verzocht de hoedanigheid in die zin te wijzigen, ter voorkoming van een nieuw aanhangig te maken procedure. De rechtbank stond deze verzochte rectificatie toe, omdat voor partijen van meet af aan duidelijk moet zijn geweest dat gedaagde in verkeerde hoedanigheid is gedagvaard en de gedaagde niet (onredelijk) is benadeeld of in zijn verdediging is geschaad.

Terug naar het bovengenoemde vonnis van de rechtbank Limburg. De rechtbank heeft vastgesteld dat eiseres was benoemd tot executeur en de benoeming heeft aanvaard. Is de rechtbank dan niet te formeel in haar oordeel dat eiseres niet-ontvankelijk is, omdat onduidelijk zou zijn in welke hoedanigheid zij de vordering had ingesteld? Wellicht zit de crux erin dat eiseres geen verklaring van erfrecht had overgelegd. De rechtbank kon daardoor niet vaststellen of eiseres ook (enig) erfgenaam was. Hoewel de rechtbank dat niet uitdrukkelijk overweegt, brengt dat ook met zich dat de positie van eiseres als executeur onzeker is. Als immers een andere erfgenaam beneficiair heeft aanvaard en de executeur geen ruimschootsverklaring heeft afgegeven, dan betekent dat van rechtswege het einde van de executiele (art. 4:149 lid 1, aanhef en onder d, BW). Als zulks voorafgaand aan de procedure zou hebben plaatsgevonden, dan had eiseres nooit in hoedanigheid van executeur de procedure kunnen starten. In paragraaf 3.2 hierna komt (onder meer) nader aan de orde hoe om te gaan met de situatie dat een executeur tijdens een procedure komt te ontvallen.

### 3.2 Wijziging van procespartijen

Gedurende een procedure kunnen zich omstandigheden voordoen die leiden tot een wijziging van de procespartijen. Een procespartij kan tijdens een lopende procedure overlijden. Een executeur kan tijdens een lopende

procedure komen te ontvallen door bijvoorbeeld toepassing van de vereffeningafdeling,<sup>49</sup> of door ontslag.<sup>50</sup>

Het overlijden van een procespartij en het ontvallen van een executeur betreffen beide een schorsingsgrond in de zin van artikel 225 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Het overlijden van een procespartij is uitdrukkelijk genoemd in artikel 225 lid 1, aanhef en onder a, Rv. Bij het ontvallen van de executeur gedurende een erfrechtelijke procedure is sprake van een schorsingsgrond in de zin van artikel 225 lid 1, aanhef en onder c, Rv, omdat de betrekkingen waarin de executeur het geding voerde, ophouden.<sup>51</sup>

Schorsing van het geding op voet van artikel 225 Rv kan slechts plaatsvinden indien in de loop van een instantie een van de in die bepaling genoemde schorsingsgronden zich aandient.<sup>52</sup> Bevoegd tot schorsing is uitsluitend (de opvolger van) de partij aan de zijde waarvan de schorsingsoorzaak zich voordoet.<sup>53</sup> Indien al een dag voor het wijzen van het vonnis is bepaald (art. 225 lid 4 Rv) of een belanghebbende de schorsing achterwege laat, vindt voortzetting van de procedure plaats op naam van de oorspronkelijke partij (art. 225 lid 2 Rv). De opvolgende partij is wel degene die – na afloop van de instantie – een eventueel rechtsmiddel dient in te stellen en tegen wie een eventueel rechtsmiddel van de wederpartij dient te zijn gericht.<sup>54</sup> Indien de opvolgende partij (onverhoopt) toch niet mede is gedagvaard, biedt artikel 118 Rv nog de mogelijkheid deze alsnog in het geding te roepen.<sup>55</sup>

Na schorsing kan hervatting van de procedure plaatsvinden, waarbij de ‘nieuwe’ (opvolgende) formele procespartij de procedure voortzet (art. 227 Rv).<sup>56</sup> Indien een procespartij overlijdt en in haar testament een executeur heeft benoemd, zal de executeur de opvolgende formele procespartij zijn. Bij het ontvallen van een executeur zal hervatting – afhankelijk van de grond voor het ontvallen – plaatsvinden door een eventuele opvolgende executeur, de gezamenlijke erfgenamen of een vereffenaar.

De wijziging van procespartij kan complicaties met zich brengen. Een voorbeeld van een dergelijke complicatie is het geval dat de erflater voorafgaand aan zijn overlijden verwickeld was in een procedure tegen degene die hij heeft benoemd tot executeur. De vraag kan dan bijvoorbeeld opkomen of deze persoon bij het instellen van

46 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/27.

47 Rb. Zutphen 28 januari 2004, ECLI:NL:RBZUT:2004:AO6034, r.o. 1.

48 Rb. Noord-Nederland 14 april 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1340, r.o. 4.7-4.11.

49 Art. 4:149 lid 1, aanhef en onder d, BW.

50 Art. 4:149 lid 1, aanhef en onder f, BW.

51 Anink & Lievense, *Processuele aspecten van executiele en testamentair bewind*, par. 14.6.5.

52 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:982, r.o. 4.4.1.

53 Anink & Lievense, *Processuele aspecten van executiele en testamentair bewind*, par. 14.6.5.

54 HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:982, r.o. 4.4.1.

55 HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1311.

56 Anink & Lievense, *Processuele aspecten van executiele en testamentair bewind*, par. 14.6.5. P.G. Knoppers, *Wijziging van hoedanigheid van procespartijen gedurende een erfrechtprocedure*, JBN 2012, afl. 12, par. 5.

een rechtsmiddel dit aan zichzelf dient te richten.<sup>57</sup> Een ander voorbeeld van een complicatie betreft het geval dat na het ontvallen van de executeur het beheer van de nalatenschap op meerdere erfgenamen komt te rusten. Om niet-ontvankelijkheid op grond van de *exceptio plurium litis consortium* te voorkomen, is dan noodzakelijk dat alle erfgenamen gezamenlijk het initiatief nemen tot hervatting dan wel dat de oorspronkelijke wederpartij haar exploitatie tot hervatting richt tot alle erfgenamen.<sup>58</sup>

## 4 De privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte

Hiervoor kwam aan de orde wanneer sprake is van executele en wanneer de executeur procespartij is. Die analyse is in het bijzonder van belang in het licht van de privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte van de executeur, die in deze paragraaf aan de orde komt.

De betekenis van de privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte is al in 2006 helder verwoord door de rechtbank Rotterdam:

‘De rechtbank is van oordeel dat, gezien de strekking van de wet, het tweede lid van artikel 4:145 BW zo gelezen dient te worden dat aan de executeur een exclusieve bevoegdheid toekomt om in rechte op te treden ter zake het beheer van de nalatenschap, hetgeen met zich brengt dat een erfgenaam onbevoegd is zelfstandig in rechte op te treden, of dit nu is als eiser of als gedaagde. Gezien de wetsgeschiedenis is het doel van artikel 4:145 BW immers dat een executeur slagvaardig op kan treden zonder daarbij door een erfgenaam te worden gehinderd. Indien een erfgenaam wel bevoegd zou zijn als gedaagde in rechte op te treden zou aan dat doel voorbij worden gegaan.’<sup>59</sup>

De Hoge Raad heeft in een recent arrest<sup>60</sup> bevestigd dat de privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid met zich brengt dat de erfgenamen niet zelf als zodanig voor de nalatenschap kunnen optreden. Uit dit arrest blijkt dat een vordering ingesteld door of tegen de erfgenamen terwijl er een executeur is, leidt tot niet-ontvanke-

lijkheid van of jegens de erfgenamen. Rechters beoordelen dat ambtshalve.<sup>61</sup>

De privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte is beperkt tot het optreden ‘ter zake het beheer van de nalatenschap’.<sup>62</sup> Het ligt voor de hand hierbij aansluiting te zoeken bij artikel 3:170 BW: handelingen dienende tot gewoon onderhoud of tot behoud van een goed van de nalatenschap en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden, alsmede tot andere beheershandelingen, waaronder begrepen handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de nalatenschap verschuldigde prestaties.<sup>63</sup>

Voorbeelden uit de jurisprudentie van vorderingen die de executeur privaat kan instellen, zijn de vordering tot terugbetaling aan de nalatenschap uit hoofde van hetgeen uit die nalatenschap is betaald ter afwikkeling van de ouderlijke boedelverdeling van erflater,<sup>64</sup> de vernietiging van een schenking<sup>65</sup> op grond van artikel 1:88 BW<sup>66</sup> en een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>67</sup> De privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte strekt zich voorts uit tot bijvoorbeeld het voeren van een declaratiegeschil tegen de boedelnotaris.<sup>68</sup> Wat betreft de verwerende kant geldt bijvoorbeeld dat een legitimaris de vordering ter zake van zijn legitimaire aanspraak – op straffe van niet-ontvankelijkheid – dient te richten tot de executeur.<sup>69</sup> Onder ‘het beheer van de nalatenschap’ valt dus een ruime variëteit aan mogelijke vorderingen ter zake waarvan de executeur privaat vertegenwoordigingsbevoegd is in rechte.

De vraag die rijst is: wat valt niet meer onder het beheer van de nalatenschap? Om enige richting en een sfeerimpressie te geven ter beantwoording van die vraag, volgen hierna – op basis van gepubliceerde jurisprudentie – enkele gevallen die niet meer onder de beheersbevoegdheid van de executeur vallen en waartoe de executeur

57 Vgl. hiervoor HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:721, NJ 2017/60 m.nt. S. Perrick. Over dit arrest voorts: W.D. Kolkman & P.G. Knoppers, (Niet-)ontvankelijkheid procespartijen na overlijden eiser, TE 2016, afl. 4, p. 75-79.

58 Vgl. Anink & Lievense, Processuele aspecten van executele en testamentair bewind, par. 14.6.5. Mogelijk vormt art. 118 Rv nog wel een instrument om de andere erfgenamen alsnog in de procedure te betrekken en niet-ontvankelijkheid te voorkomen.

59 Rb. Rotterdam 22 maart 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV7605, r.o. 5.2. Hierover: B.M.E.M. Schols, Executeur breekt ook al in op het Nederlandse burgerlijk procesrecht. Artikel 4:145 BW leidt zelfs tot ‘niet-ontvankelijkheid’, EstateTip 2006/17.

60 HR 1 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:495. Hierover: Schols, De privatieve ‘procedeer’last.

61 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3267, r.o. 4.1.1.

62 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6595, r.o. 5.1.

63 HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5985, r.o. 4.2; W. Breemhaar, De uiterste wilsbeschikking (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 167; Asser/Perrick 4 2021/686; Schols, Executele, III.C.2.

64 Rb. Amsterdam 24 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3904, r.o. 4.2.

65 Rb. Rotterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4181, r.o. 4.1.

66 Rb. Midden-Nederland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:277. Zie ook B.M.E.M. Schols, Toestemming op het sterfbed?, EstateTip Review 2018/8.

67 Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5922.

68 ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3631.

69 Hof Den Haag 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2823, r.o. 9-10; Rb. Midden-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6265, r.o. 4.8. Onjuist is Rb. Overijssel 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4054, die oordeelt dat de legitimaris geen vordering tegen de executeur zou hoeven instellen, omdat hij een vordering heeft op de erfgenamen en niet op de executeur. De rechtbank miskent hier de privatieve vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur. Zie ook B.M.E.M. Schols, Privatieve erfrechtelijke proceseconomie. Legitimaris versus executeur of versus erfgenaam?, AdvoTip 2020/7.

dus niet privaat vertegenwoordigingsbevoegd is in rechte.

Een eerste geval betreft de waardevaststelling van een WOZ-beschikking. Deze is niet alleen van invloed op de waarde van de goederen en de omvang van de schulden van de nalatenschap, maar ook op de belastingheffing ten aanzien van de persoon die als erfgenaam (mede) gerechtigd is tot onroerende zaken die tot de nalatenschap behoren. De Hoge Raad oordeelde dat een erfgenaam als genotsgerechtigde met betrekking tot de onroerende zaken op verzoek in aanmerking komt voor ten name van haar gestelde voor bezwaar vatbare WOZ-beschikkingen. Daaraan deed niet af dat de executeur 'namens de erven' bezwaar had gemaakt tegen ten name van de erflater voor dat jaar gegeven WOZ-beschikkingen met betrekking tot de onroerende zaken.<sup>70</sup>

Een volgend geval is het optreden van de executeur in enquêteprocedures voor de Ondernemingskamer. Op grond van artikel 2:346 lid 1 onder b BW zijn bepaalde aandeelhouders of certificaathouders bevoegd tot het indienen van een verzoekschrift om een enquête te gelasten bij een bv of nv. De strekking van het enquêterecht brengt mee dat voor de toepassing van artikel 3:246 BW gelijkstelling plaatsvindt van de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in een vennootschap en de aandeelhouder of certificaathouder.<sup>71</sup> In de *Butôt*-beschikking<sup>72</sup> oordeelde de Hoge Raad dat ook de erfgenamen voor hun aandeel in de nalatenschap kwalificeren als verschaffer van risicodragend kapitaal en dus een enquêteprocedure moeten kunnen starten. Over de verhouding tot de privaat vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte oordeelde de Hoge Raad dat het enquêterecht niet het karakter heeft van een daad van beheer ten aanzien van de tot de nalatenschap behorende certificaten waartoe de executeur exclusief bevoegd zou zijn.<sup>73</sup> In de literatuur neemt men overigens wel aan dat de executeur naast de erfgenamen bevoegd is tot het doen van een enquêteverzoek.<sup>74</sup>

Dan nog een aantal gevallen die minder helder zijn en waarover de rechter in hoogste instantie zich nog niet heeft uitgelaten. Uit bijvoorbeeld een uitspraak van de rechtbank Den Haag<sup>75</sup> lijkt te volgen dat de vermogensrechtelijke afwikkeling van huwelijksvoorwaarden waarbij een verrekenbeding is overeengekomen, ook

niet valt onder het beheer. Daarop valt wellicht wel wat af te dingen.<sup>76</sup> In een ander geval voor de rechtbank Rotterdam had het wellicht juist meer voor de hand gelegen de erfgenamen wel toe te staan een gedaagde *pro se* te dagvaarden in plaats van in zijn hoedanigheid van executeur. In die zaak had de gedaagde uit de nalatenschap gelden onttrokken. De rechtbank oordeelde dat voor het dagvaarden van executeur *pro se* moest zijn gebleken dat hij in persoon de gelden aan zichzelf had overgemaakt en dat hij dat niet had gedaan als executeur. Wellicht is ook verdedigbaar dat de vordering voor directe schade door de onttrekking geen betrekking had op het handelen van de executeur, maar op de vraag of gedaagde *pro se* heeft gehandeld in strijd met een op hem rustende zorgvuldigheidnorm.<sup>77</sup> Tot slot is onduidelijk of de executeur in rechte een beroep kan doen op de omkeringsregel uit artikel 7:176 BW. Deze houdt in dat indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, de bewijslast van het tegendeel in principe<sup>78</sup> rust op de begiftigde. Volgens de rechtbank Amsterdam is de executeur geen belanghebbende bij een beroep op artikel 7:176 BW, dat zijn de erfgenamen.<sup>79</sup>

De privaat vertegenwoordigingsbevoegdheid in rechte kent dus grenzen. Binnen die grenzen is de executeur privaat vertegenwoordigingsbevoegd in rechte. Dat wil overigens niet zeggen dat de erfgenamen in dat geval nooit in rechte kunnen optreden. Zo kan de executeur aan de erfgenamen uitdrukkelijk<sup>80</sup> of stilzwijgend<sup>81</sup> toestemming geven om een procedure te voeren.<sup>82</sup> Volgens de rechtbank Overijssel is dat niet in strijd met de privaat vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur, omdat het doel daarvan is dat een executeur slagvaardig kan optreden zonder dat een erfgenaam hem daarbij hindert. Als de executeur toestemming geeft, is

70 HR 18 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1594.

71 Zie bijvoorbeeld HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440 (*Scheipar*); HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833 (*Chinese Workers*); C.E.J.M. Hanegraaf, De positie van de belanghebbende in het enquêterecht, *MvO* 2021, afl. 7-8, p. 255-263.

72 HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6077 (*Butôt*).

73 Zie hierover ook B.M.E.M. Schols, De executeur en de Ondernemingskamer, *EstateTip* 2010/33.

74 G.T.J. Hoff, Ondernemingskamer en geschillen over de erfenis (deel I), *AdvoTip* 2020/12; S. Perrick en M.J. Kroeze in hun annotaties bij de *Butôt*-beschikking in respectievelijk *NJ* 2010/665 en *Ondernemingsrecht* 2010/146. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman van 24 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:536, punt 4.10.

75 Rb. Den Haag 23 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3218.

76 Zie (terecht) kritisch F.W.J.M. Schols, Op het snijvlak van relatievermogensrecht, boedelafwikkeling en executele, *AdvoTip* 2018/17.

77 Vgl. Rb. Amsterdam 27 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4704.

78 Hierop geldt weer een uitzondering indien van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn (art. 7:176 BW).

79 Rb. Amsterdam 3 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:10274, r.o. 4.6. Terecht kritisch: F.W.J.M. Schols, Mag de executeur de bewijsrechtelijke joker spelen?, *AdvoTip* 2021/10. Zie voor een voorbeeld waarin de executeur wel een beroep kon doen op art. 7:176 BW Rb. Noord-Nederland 25 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:700.

80 Rb. Overijssel 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4121, r.o. 2.5; Rb. Oost-Brabant 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4616, r.o. 4.5-4.6.

81 Rb. Oost-Brabant 12 mei 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:2409, r.o. 5.2.

82 Men dient wel op te passen dat geen sprake is van een ontoelaatbare wis-seling van hoedanigheid (vgl. HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8483, r.o. 3.13). Zie Rb. Rotterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7178, waarin de erfgenamen een last hebben overgelegd volgens welke zij gerechtigd zijn om namens de executeur te procederen. De rechtbank verklaarde de erfgenamen niet-ontvankelijk wegens een wisseling van hoedanigheid. Ook volmachtverlening kan perikelen met zich brengen, omdat zij in beginsel alleen de relatie tussen de executeur en de gevolmachtigde regardeert. Dat betekent dat bijvoorbeeld een legitimarist niet kan volstaan met het instellen van een vordering jegens een gevolmachtigde erfgenaam, maar de vordering jegens de executeur moet instellen. Zie Rb. Gelderland 7 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3423, r.o. 4.2.

geen sprake van (een risico op) hindering.<sup>83</sup> Als de executeur geen toestemming wil geven, kan een erfgenaam mogelijk bij de kantonrechter om een machtiging verzoeken op grond van artikel 4:145 lid 1 BW.<sup>84</sup>

Zoals uit het bovenstaande blijkt, is de executeur in veel gevallen privaat vertegenwoordigingsbevoegd in rechte. In de praktijk rijst regelmatig – en zeker in procedures tegen erfgenamen – de vraag wie zijn advocaatkosten betaalt. De volgende paragraaf gaat daar kort op in.

## 5 De advocaatkosten van de executeur

Op grond van artikel 4:7 lid 1 onder d BW zijn de kosten van de executeur schulden van de nalatenschap. Advocatenkosten van de executeur kunnen hier ook onder vallen.<sup>85</sup>

De eerste vraag daarbij is in hoeverre de advocaatkosten zijn gemaakt door de executeur in zijn hoedanigheid als executeur. Zeker als de executeur ook nog een andere hoedanigheid heeft, en ook in die hoedanigheid optreedt, en daarbij gebruikmaakt van dezelfde advocaat, is soms onduidelijk of de executeur bepaalde advocatenkosten heeft gemaakt in hoedanigheid van executeur. Advocatenkosten die zijn toe te rekenen aan de andere hoedanigheid kunnen in ieder geval niet vallen onder artikel 4:7 lid 1 onder d BW.<sup>86</sup> Indien een advocaat voor dezelfde persoon in meerdere hoedanigheden optreedt, zal uit de specificatie van de declaratie duidelijk dienen te blijken welke advocatenkosten specifiek zijn gemaakt voor de executeur en voor welke specifieke werkzaamheden.<sup>87</sup>

Indien de advocatenkosten daadwerkelijk zijn gemaakt in hoedanigheid van executeur, is de volgende vraag in hoeverre deze ten laste van de nalatenschap kunnen komen. Uit de jurisprudentie volgt dat daarvoor het criterium is in hoeverre de executeur de advocatenkosten ‘in redelijkheid kon maken’.<sup>88</sup> Daarbij zijn in elk geval van belang de aard van deze kosten, de reden voor het ont-

staan daarvan, de verwijtbaarheid en de vermijdbaarheid daarvan en de omvang van de nalatenschap.<sup>89</sup> Zo liet gerechtshof Arnhem-Leeuwarden<sup>90</sup> de executeur zijn eigen advocatenkosten dragen, omdat deze te voorkomen waren door zijn taak naar behoren te vervullen of ontslag te nemen. Het gerechtshof Den Haag lijkt het maken van advocatenkosten überhaupt niet te willen aanmerken als in redelijkheid te maken kosten in een eenvoudige nalatenschap met een inboedel, sieraden van € 1000, een aantal bankrekeningen en een mogelijke vordering op een derde.<sup>91</sup>

Hoewel de executeur dus privaat vertegenwoordigingsbevoegd is in rechte op te treden, komen zijn eventuele advocatenkosten alleen voor rekening van de nalatenschap indien hij deze in hoedanigheid van executeur in redelijkheid kon maken.

## 6 Afsluiting

In deze bijdrage zijn aan de orde gekomen: de vraag van wanneer tot wanneer sprake is van executele, diverse procespartijperikelen, de (grenzen van de) privaat vertegenwoordigingsbevoegdheid en de advocatenkosten van de executeur. Beoogd is de praktijk – voor zover mogelijk – enige grip te geven op het fenomeen van de procederende executeur, dat nog zeker niet is uitgekristalliseerd.

83 Rb. Overijssel 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4121, r.o. 2.6.

84 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1816, r.o. 3.1.17.

85 W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 67-68.

86 Bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:881, waarin het ging om advocatenkosten in verband met een procedure die de executeur niet in zijn hoedanigheid voerde maar als gemachtigde van drie van de vier erfgenamen. Het hof oordeelde dat deze kosten niet ten laste van de nalatenschap konden komen.

87 Bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 12 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6616, r.o. 4.5 en Rb. Den Haag 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16711, r.o. 4.8.

88 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3552; Rb. Midden-Nederland 12 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6616; Hof Den Haag 13 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4316, r.o. 14; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:652. Zie ook M.J.P. Schipper, *Wie betaalt de advocaat van de executeur?*, Advotip 2017/9.

89 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3552. Zie ook bijvoorbeeld Asser/Perrick 4 2021/488; F.W.J.M. Schols, *Schulden van de nalatenschap*, in: M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/2.8.2.

90 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3552.

91 Hof Den Haag 13 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4316, r.o. 14.