

HET LEVENSTESTAMENT: DE REGIE IN EIGEN HANDEN, OF TOCH NIET?

“Een onderzoek naar de feiten en omstandigheden wanneer de (kanton)rechter, ondanks een levenstestament, toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap toewijst.”



Geschreven door: Yvette de Gier

16 JUNI 2020

HOGESCHOOL LEIDEN

Van Buttingha Wichers notarissen



Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?

"Een onderzoek naar de feiten en omstandigheden wanneer de (kanton)rechter, ondanks een levenstestament, toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap toewijst."

Toetsing van: Onderzoeksrapport HBR-4-AS17-AS

Aantal woorden: 11.108

Hogeschool Leiden	Opleiding HBO-Rechten
Yvette de Gier	Onderzoeksdocent: Dhr. mr. S. Kok
	Afstudeerbegeleider: Mevr. mr. V. Nieuwenhuizen
	Opdrachtgever: Van Buttingha Wichers notarissen, Mevr. mr. M. Van der Veen
1099457	16 juni 2020
	Reguliere kans
Klas 4E	Collegejaar 4

Voorwoord

Geachte lezer,

Voor u ligt mijn onderzoeksrapport 'Het levenstestament: de regie in eigen handen of toch niet?'. Dit onderzoeksrapport is geschreven in het kader van mijn afstuderen voor de opleiding HBO-rechten aan de Hogeschool Leiden en in opdracht van Van Buttingha Wichers notarissen te 's-Gravenhage, waar ik tevens ook werkzaam ben. Ik ben vanaf februari 2020 tot en met juni 2020 bezig geweest met het schrijven van dit onderzoeksrapport.

Bij deze zou ik graag degenen willen bedanken die een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van dit onderzoeksrapport. In het bijzonder mijn afstudeerbegeleider, mevrouw mr. V. Nieuwenhuizen. Zij heeft mij voorzien van uitgebreide feedback via de e-mail. Dit is in verband met de hectische tijd rondom het COVID-19 virus, waardoor de Hogeschool gesloten moest blijven. Zonder deze feedback had ik dit onderzoeksrapport niet van kwaliteit kunnen voorzien.

Daarnaast wil ik de heer mr. E.D. Smit, notaris te 's-Gravenhage, bedanken voor zijn bijdrage met betrekking tot de probleemstelling en mevrouw mr. M. van der Veen voor haar feedback en medewerking.

Ten slotte wil ik mijn ouders en mijn vriend bedanken voor al hun steun en support.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Yvette de gier

Maassluis, 16 juni 2020

Samenvatting

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van Van Buttingha Wichers notarissen (hierna: de opdrachtgever) te Den Haag. De opdrachtgever stelt regelmatig levenstestamenten op, maar ondanks het opstellen van deze levenstestamenten, zijn er inmiddels meerdere uitspraken waarbij de (kanton)rechter voorbijgaat aan de benoeming en de bevoegdheden van de gevolmachtigde zoals door de cliënt is bepaald in zijn/haar levenstestament. Het onderzoek is uitgevoerd door middel van een wetsanalyse, literatuur- en jurisprudentieonderzoek, met een vooraf geformuleerde probleemstelling:

Welk advies kan er, op basis van jurisprudentieonderzoek, aan Van Buttingha Wichers notarissen gegeven worden, met betrekking tot de vraag wanneer een (kanton)rechter – ondanks een levenstestament – beslist om toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap toe te wijzen? Welke feiten en omstandigheden zijn hierbij van belang?

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de feiten en omstandigheden waarop de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden toetst, zijn: de fysieke en mentale gesteldheid van rechthebbende, (slechte) familieverhoudingen, de woonplaats van de gevolmachtigde, mogelijk financieel misbruik, transparantie van de gevolmachtigde, de verklaringen van de deskundigen en of de belangen van de rechthebbende bij de uitoefening van de bevoegdheden vooropgesteld worden.

Op basis van het jurisprudentie- en literatuuronderzoek adviseer ik om extra waarborgen in het levenstestament op te nemen, zoals: de instelling van een toezichthouder, de voorafgaande toestemming voor het verrichten van rechtshandelingen boven een bepaald bedrag en het doen (jaarlijkse) rekening- en verantwoordingsplicht. Tevens dient het levenstestament maatwerk te zijn en te allen tijde ingeschreven te worden in het CLTR.

Ten slotte adviseer ik om in het levenstestament een hoofdstuk op te nemen voor de (kanton)rechter ten aanzien van de wensen omtrent benoembare personen indien er eventueel een mentorschap, meerderjarigenbewind of curatele wordt aangevraagd en om bij enige twijfel omtrent de wilsbekwaamheid van cliënt, een verklaring van een onafhankelijke arts te vragen. De cliënt wordt dan onderzocht op lichamelijk, psychisch en sociaal vlak. Deze onafhankelijke arts kan met zekerheid vaststellen of de cliënt wilsbekwaam is. Hiermee voorkom je dat het levenstestament achteraf ongeldig wordt verklaard en er alsnog een of meer wettelijke beschermingsmaatregelen worden opgelegd.

Inhoudsopgave

Inleiding	1
Hoofdstuk 1: Probleemanalyse	2
§1.1 Aanleiding	2
§1.2 Beschrijving van het praktijkprobleem	3
§1.3 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen	4
§1.3.1 Centrale vraag	4
§1.3.2 Deelvragen	4
§1.3.3 Afbakening	5
§1.3.4 Operationaliseren van begrippen	5
§1.4 Onderzoeksmethoden	6
§1.5 Leeswijzer	7
Hoofdstuk 2: Het levenstestament	8
§2.1 Definitiebepaling	8
§2.1.1 Wat is een levenstestament?	8
§2.1.2 Verschil testament en levenstestament	9
§2.2 Ontstaansgeschiedenis	10
§2.3 Onderdelen levenstestament	10
§2.4 Opstellen levenstestament	11
§2.4.1 Verschil notariële akte en onderhandse akte	11
§2.5 Het Centraal Levenstestamentenregister	12
§2.6 Deelconclusie	12
Hoofdstuk 3: Wettelijke beschermingsmaatregelen	14
§3.1 Curatele	14
§3.2 Meerderjarigenbewind	15
§3.3 Mentorschap	15
§3.4 Het levenstestament versus meerderjarigenbewind en mentorschap	16
§3.5 Mate van bescherming	16
§3.5.1 Waarborgen	17
§3.6 Deelconclusie	18
Hoofdstuk 4: Doorslaggevende feiten en omstandigheden	20
§4.1 Leeswijzer tabel 1	20
§4.2 De resultaten	20
§4.2.1 Topic 1: Situatie en omgevingsfactoren	20

§4.2.2 Topic 2: Reden beroep betrokkene	21
§4.2.3 Topic 3: Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de gevolmachtigde(n)?	22
§4.2.4 Topic 4: Is er ondanks het levenstestament toch bewind/mentorschap uitgesproken?	27
§4.3 Deelconclusie	27
Hoofdstuk 5: Wensen volmachtgever	29
§5.1 Resultaten onderzoek	29
§5.2 Literatuur	31
§5.3 Deelconclusie	32
Hoofdstuk 6: Conclusie	33
§6.1 Reflectie	35
Hoofdstuk 7: Aanbevelingen	36
Literatuurlijst	38
Bijlagen	1
§Bijlage 1 – Analyse schema	1
§Bijlage 2 – Adviesbrief	13

Lijst van afkortingen

Art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
CLTR	Centraal Levenstestamentenregister
EPN	Vereniging van Estate Planners in het Notariaat
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Inleiding

Het kan iedereen overkomen: geen beslissingen meer kunnen nemen over je eigen financiële en persoonlijke belangen. In sommige gevallen kun je dit zien aankomen, bijvoorbeeld als je in het ziekenhuis moet worden opgenomen of de diagnose dementie hebt gekregen. Het kan echter ook onverwachts gebeuren. Twee voorbeelden daarvan zijn het skiongeluk van Michael Schumacher in 2013 en het skiongeluk van Prins Friso in 2012. Door dit ongeluk raakte Prins Friso in een comateuze toestand. Ook Michael Schumacher heeft enkele jaren in een comateuze toestand gelegen.

In een levenstestament kun je vastleggen wat jouw wensen zijn en welke persoon beslissingen namens jou mag nemen als je dat zelf niet meer kunt¹. In een levenstestament wordt in de meeste gevallen een vertrouwenspersoon aangewezen. Deze persoon heeft dan een volmacht om namens de volmachtgever te handelen. Deze handelingen kunnen heel verstrekkend zijn, zoals het kenbaar maken van wensen met betrekking tot euthanasie, reanimatie, orgaandonatie en het ter beschikking stellen van het lichaam voor wetenschappelijk onderzoek. Een levenstestament wordt over het algemeen door de notaris geregistreerd in het Centraal Levenstestamentenregister (CLTR).

¹ Levenstestament Service 2017

Hoofdstuk 1: Probleemanalyse

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de stappen die zijn genomen ten behoeve van dit onderzoek. In paragraaf 1.1 is de aanleiding voor het onderzoek beschreven. Vervolgens staat er in paragraaf 1.2 een beschrijving van het praktijkprobleem. In paragraaf 1.3 staat de doelstelling van het onderzoek beschreven alsmede de centrale vraag en de deelvragen. Tevens zijn in deze paragraaf de afbakening en het operationaliseren van de begrippen opgenomen. In paragraaf 1.4 zijn de onderzoeksmethoden beschreven en is er uiteengezet hoe de kwaliteit van het onderzoek is gewaarborgd. Tot slot wordt in paragraaf 1.5 een leeswijzer gegeven voor de hoofdstukken in dit onderzoeksrapport.

§1.1 Aanleiding

Binnen het personen- en familierecht is het levenstestament, op het reguliere testament na, de meest gepasseerde akte in 2019 met ruim 43.000 inschrijvingen². Het levenstestament is een volmacht die men geeft aan een ander om namens de gevolmachtigde onder meer financiële zaken te regelen, zoals geld opnemen, betalingen doen en woningen en/of effecten aan- en verkopen. Tevens kunnen in een levenstestament regelingen worden opgenomen over medische zaken inhoudende wat de wensen zijn indien men ziek/terminaal wordt. In de relatie ouders-kinderen geven de ouders elkaar meestal de volmacht ingaande de datum dat zij de akte bij de notaris tekenen en krijgen de kinderen de volmacht vanaf het moment dat de ouders of de langstlevende van hen door een onafhankelijk arts wilsonbekwaam is verklaard. Het doel van het levenstestament is om te voorkomen dat men naar de (kanton)rechter moet om een bewindvoerder en/of mentor te laten benoemen, waardoor hij/zij vervolgens de regie niet meer in eigen hand heeft³.

Ondanks een levenstestament kan een (kanton)rechter toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap instellen als de cliënt niet meer in staat is om zijn financiële en niet-financiële belangen te behartigen en er feiten en omstandigheden of gegronde redenen zijn om af te wijken van het levenstestament⁴. De afgelopen jaren hebben (kanton)rechters meerdere uitspraken gedaan waarin zij het levenstestament terzijde schuiven en/of voorbijgaan aan de benoeming en de bevoegdheden van de gevolmachtigde. Dit was bijvoorbeeld het geval bij een cliënt die haar broer tot gevolmachtigde had benoemd in haar levenstestament. Twee van de drie kinderen van cliënt hadden bezwaar tegen de wijze waarop hun oom haar belangen behartigde. De (kanton)rechter had op hun verzoek een

² KNB januari 2020.

³ Teeuwen 2018.

⁴ Voskuil-Van Dijk 2018.

meerderjarigenbewind en mentorschap ingesteld met een professionele vertegenwoordiger. Vervolgens heeft het gerechtshof Amsterdam het hoger beroep verworpen dat de broer/oom en het andere kind van de cliënt hadden ingesteld tegen de beslissing van de (kanton)rechter. Volgens het gerechtshof was de cliënt niet in staat om volledig haar belangen van financiële en niet-financiële aard waar te nemen. Uit de stukken in het dossier is gebleken dat de twee kinderen enerzijds en de broer/oom en het andere kind van cliënt anderzijds onderling al jaren in strijd zijn met elkaar. Het gerechtshof was van oordeel dat een minder verstreckende maatregel zoals opgenomen in het levenstestament niet volstond en dat de (kanton)rechter terecht een onafhankelijke en professionele bewindvoerder en mentor had benoemd⁵.

In dit onderzoeksrapport zal ik verschillende uitspraken analyseren om erachter te komen welke feiten en omstandigheden de (kanton)rechter van belang acht, als hij ondanks een levenstestament, toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap uitspreekt.

§1.2 Beschrijving van het praktijkprobleem

De laatste periode is er veel vraag naar het levenstestament. In het eerste kwartaal van 2020 is het levenstestament met 16% toegenomen in vergelijking tot het eerste kwartaal van 2019⁶. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het COVID-19 virus.

De (kandidaat-)notaris stelt dit levenstestament op. Het levenstestament is voornamelijk bedoeld om de regie te behouden op het moment dat de cliënt zelf niet meer in staat is om handelingen te verrichten. Bij intredende wilsonbekwaamheid van de volmachtgever neemt een zelfgekozen vertegenwoordiger (de gevolmachtigde) aan de hand van de opgenomen specifieke wensen uit het levenstestament de belangenbehartiging waar⁷. Ondanks het opstellen van dit levenstestament zijn er inmiddels meerdere uitspraken waarbij de (kanton)rechter voorbij gaat aan de benoeming en de bevoegdheden van de gevolmachtigde zoals door de cliënt is bepaald in zijn/haar levenstestament. De cliënt heeft hierdoor een probleem, omdat zijn/haar uitdrukkelijke wens niet wordt opgevolgd. Ook de notaris heeft hier last van, omdat hij dit specifieke levenstestament geadviseerd heeft aan cliënt en vervolgens blijkt dat de tekst van het levenstestament niet geheel doorslaggevend is.

⁵ Gerechtshof Amsterdam 17 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4635

⁶ KNB april 2020.

⁷ De Hoog, JBN 2016/23.

De opdrachtgever, Van Buttingha Wichers notarissen, wil weten welke feiten en omstandigheden van belang zijn voor de (kanton)rechter als hij in zijn beslissing voorbijgaat aan de benoeming en de bevoegdheden van de gevolmachtigde zoals door de cliënt is bepaald in zijn/haar levenstestament.

§1.3 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

Het doel van dit onderzoek is het geven van advies aan de notarissen en kandidaat-notarissen van Van Buttingha Wichers notarissen met betrekking tot het opstellen van het levenstestament. Hierbij dient gekeken te worden naar welke feiten en omstandigheden van belang zijn voor de (kanton)rechter als hij in zijn beslissing voorbij gaat aan de benoeming en de bevoegdheden van de gevolmachtigde zoals door de cliënt is bepaald in zijn/haar levenstestament. Dit zal worden bereikt door verschillende uitspraken van (kanton)rechters te analyseren. Naar aanleiding van deze analyse zal er een beroepsproduct worden opgesteld, in de vorm van een interne memo aan de notarissen en kandidaat-notarissen. Aan de hand van deze memo kunnen de notarissen en kandidaat-notarissen bij het opstellen van het levenstestament de akte eventueel anders vormgeven.

§1.3.1 Centrale vraag

Welk advies kan er, op basis van jurisprudentieonderzoek, aan Van Buttingha Wichers notarissen gegeven worden, met betrekking tot de vraag wanneer een (kanton)rechter – ondanks een levenstestament – beslist om toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap toe te wijzen? Welke feiten en omstandigheden zijn hierbij van belang?

§1.3.2 Deelvragen

Theoretische deelvragen

1. Wat is een levenstestament en hoe is het levenstestament ontstaan?
2. Welke wettelijke beschermingsmaatregelen bestaan er reeds in Nederland die bescherming kunnen bieden aan meerderjarige wilsonbekwamen en wat houden deze in en welke nadelen kleven er aan het gebruik hiervan?
3. Welke mate van bescherming biedt mentorschap/meerderjarigenbewind en welke mate van bescherming biedt het levenstestament volgens de vakliteratuur?

Praktijk deelvragen

4. Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden?
5. Wat gebeurt er met de wensen die de volmachtgever in het levenstestament heeft beschreven als er een/of meer wettelijke beschermingsmaatregelen zijn opgelegd ten aanzien van de volmachtgever?

§1.3.3 Afbakening

In dit onderzoeksrapport staan het levenstestament, meerderjarigenbewind en mentorschap centraal. Deze beschermingsmogelijkheden worden toegelicht in de Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, het bijbehorende Besluit kwaliteitseisen curatele, beschermingsbewind, mentorschap en het levenstestament. Er zijn drie wettelijke beschermingsmaatregelen: curatele, meerderjarigenbewind en het mentorschap. Het meerderjarigenbewind en mentorschap worden in de praktijk veelal gecombineerd. Gelet op dit onderzoeksrapport en het onderwerp met de vraag wanneer een (kanton)rechter – ondanks een levenstestament – toch beslist om meerderjarigenbewind en/of mentorschap toe te wijzen, richt dit onderzoek zich voornamelijk tot het levenstestament, het meerderjarigenbewind en mentorschap. De curatele zal wel beschreven worden binnen het juridisch kader in hoofdstuk 3 van dit onderzoeksrapport.

§1.3.4 Operationaliseren van begrippen

Volmachtgever: degene die een ander de bevoegdheid verleent om in zijn naam (rechts)handelingen te verrichten.

Gevolmachtigde: degene die de bevoegdheid ontvangt om in naam van de volmachtgever (rechts)handelingen te verrichten.

§1.4 Onderzoeksmethoden

Voor elke deelvraag zijn er een of meerdere methoden gekozen die het meest geschikt worden geacht om de vraag te beantwoorden. De onderzoeksmethoden waar gebruik van zijn gemaakt zijn:

1. wetsanalyse;
2. literatuuronderzoek; en
3. jurisprudentieonderzoek.

Deelvraag 1: Wat is een levenstestament en hoe is het levenstestament ontstaan?

Voor de beantwoording van de deze deelvraag is gebruik gemaakt van een wetsanalyse en een literatuuranalyse.

Voor de wetsanalyse is er gekeken naar wetsartikelen en kamerstukken. Er is gekeken hoe de volmacht is vastgelegd in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

Voor het literatuuronderzoek is gebruik gemaakt van artikelen uit vakbladen, een preadvies en handboeken. De bronnen zijn te vinden in de literatuurlijst. Het preadvies is met name gebruikt om de definitie van het levenstestament te omschrijven.

Deelvraag 2: Welke wettelijke beschermingsmaatregelen bestaan er reeds in Nederland die bescherming kunnen bieden aan meerderjarige wilsonbekwamen, wat houden deze in en welke nadelen kleven er aan het gebruik hiervan?

Deze deelvraag is beantwoord door middel van een wetsanalyse.

Voor de wetsanalyse is gekeken naar de wetteksten van art. 1:378 BW, art. 1:431 BW en art. 1:450 BW. Aan de hand van deze wetteksten zijn de definities van curatele, meerderjarigenbewind en mentorschap benoemd.

Deelvraag 3: Welke mate van bescherming biedt mentorschap/meerderjarigenbewind en welke mate van bescherming biedt het levenstestament volgens de vakliteratuur?

Voor de beantwoording van deze deelvraag is er relevante literatuur bestudeerd.

Voor dit literatuuronderzoek is gebruik gemaakt van vaktijdschriften. Middels deze vaktijdschriften wordt er veel geschreven over het levenstestament. De vaktijdschriften waar gebruik van is gemaakt, zijn onder meer het FTV en het WPNR.

Deelvraag 4: Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden?

Deze deelvraag is beantwoord door middel van een jurisprudentieonderzoek. Voor dit jurisprudentieonderzoek zijn achttien rechterlijke uitspraken geanalyseerd. Bij deze achttien rechterlijke uitspraken is gekeken naar de verschillende feiten en omstandigheden op basis waarvan de (kanton)rechter de gevolmachtigde en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden toetst.

De achttien geanalyseerde rechterlijke uitspraken zijn gezocht via de zoekmachine op Rechtspraak.nl. De zoektermen 'levenstestament', 'bewind' en 'ondanks' zijn gebruikt in het zoekvenster op de website. Er is gekeken naar rechterlijke uitspraken vanaf 2015 tot en met 2020. Nadat alle zoekresultaten waren verschenen ben ik de lijst langs gegaan tot ik alle 'bruikbare' rechterlijke uitspraken had gevonden. Dit zijn rechterlijke uitspraken waarbij duidelijk naar voren komt dat het gaat om een rechthebbende met een levenstestament en er een verzoek tot meerderjarigenbewind en/of mentorschap is gedaan door een betrokkene/derde.

Zodra ik een bruikbare rechterlijke uitspraak tegenkwam schreef ik het ECLI-nummer op, zodat ik die rechterlijke uitspraak kon gebruiken voor mijn onderzoek. De rechterlijke uitspraken zijn te vinden in de literatuurlijst.

Deelvraag 5: Wat gebeurt er met de wensen die de volmachtgever in het levenstestament heeft beschreven als er een of meer wettelijke beschermingsmaatregelen zijn opgelegd ten aanzien van de volmachtgever?

Deze deelvraag is beantwoord middels een jurisprudentieonderzoek en een literatuuronderzoek. Dit jurisprudentieonderzoek bestaat uit het analyseren van voormelde rechterlijke uitspraken.

Deze rechterlijke uitspraken zijn gevonden middels de methode zoals genoemd bij deelvraag 4.

Voor het literatuuronderzoek is gebruik gemaakt van een artikel uit het vaktijdschrift: Juridische Berichten voor het Notariaat (JBN). Dit artikel is geschreven door de heer mr. L.M. de Hoog.

De rechterlijke uitspraken en het artikel zijn te vinden in de literatuurlijst.

[§1.5 Leeswijzer](#)

In hoofdstuk 2 en 3 komt het juridisch kader van het onderzoek naar voren. In hoofdstuk 2 wordt er ingegaan op de definitie van het levenstestament, de ontstaansgeschiedenis en de verschillende onderdelen die opgenomen kunnen worden in het levenstestament. Vervolgens wordt er in hoofdstuk 3 nader ingegaan op de verschillende wettelijke beschermingsmaatregelen. In hoofdstuk 4 en 5 worden de resultaten besproken van het jurisprudentieonderzoek om vervolgens in hoofdstuk 6 en 7 de conclusie en aanbevelingen te benoemen.

Hoofdstuk 2: Het levenstestament

In dit hoofdstuk wordt deelvraag 1 van het onderzoek beantwoord. De deelvraag is: ‘Wat is een levenstestament en hoe is het levenstestament ontstaan?’. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet wat een levenstestament is en hoe dit in de wet is geregeld.

In paragraaf 2.1 wordt de definitiebepaling van het levenstestament besproken. Vervolgens wordt in paragraaf 2.2 de ontstaansgeschiedenis van het levenstestament beschreven. In paragraaf 2.3 komen de verschillende onderdelen van het levenstestament aan bod. In paragraaf 2.4 staat beschreven waarom het levenstestament in een notariële akte wordt opgenomen en in paragraaf 2.5 staat informatie over het Centraal Levenstestamentenregister. Tot slot wordt in paragraaf 2.6 het antwoord op de eerste deelvraag gegeven in de deelconclusie.

§2.1 Definitiebepaling

§2.1.1 Wat is een levenstestament?

Het levenstestament is niet duidelijk gedefinieerd in het huidige Nederlands recht. In artikel 3:62 BW staat de volmacht gedefinieerd. Hierin staat dat de volmacht wordt verleend aan de gevolmachtigde. In verschillende literatuur bestaat er overeenstemming dat het levenstestament, als bijzondere ‘zorgvolmacht’, door de regels van de volmacht beheerst wordt⁸. Het levenstestament is een veelvormig instrument, waardoor het lastig is om een eenduidige definitie te bepalen. Toch kan aan de hand van het preadvies van mevrouw mr. C.G.C. Engelbertink dat voorafgaand aan de implementatie van het wetsvoorstel over dit onderwerp (wijziging van bepalingen uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek inzake curatele, onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen en mentorschap ten behoeve van meerderjarigen en enige andere bepalingen) heeft geschreven, een definitie worden bepaald⁹. In dit preadvies gebruikt zij de volgende definitie van het levenstestament: *‘een document, waarin iemand een aantal zaken vastlegt voor het geval er tijdens zijn/haar leven iets gebeurt, waardoor hij/zijzelf – al dan niet tijdelijk – niet meer kan of wil handelen’*¹⁰. Deze ‘zaken’ bestaan ruwweg uit drie onderdelen: wensen over vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen van de betrokkene, volmachten ter verlening van bevoegdheden aan een of meer gevolmachtigden om bedoelde wensen te realiseren en waarborgen omtrent de uitoefening van die bevoegdheden¹¹.

⁸ Weijers, FTV 2019/10, p. 20.

⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 33054, p.3.*

¹⁰ Engelbertink & Blankman 2013, p. 59-60.

¹¹ Brinkman & Van Anken, WPNR 2015/7064, p. 471.

§2.1.2 Verschil testament en levenstestament

Het reguliere testament is bij een breed publiek bekend, het levenstestament daarentegen is minder bekend. In een testament wordt vastgelegd wat er na het overlijden met iemands nalatenschap moet gebeuren. Dit testament werkt pas na het overlijden van die persoon, terwijl een levenstestament al tijdens het leven in werking treedt.

Het testament is geregeld in de wet in artikel 4:42 e.v. BW. In een testament benoemt de persoon die het testament opstelt (hierna: de testateur) een persoon die de nalatenschap mag afhandelen (hierna: de executeur). In een levenstestament kunnen mensen vastleggen wie hun belangen behartigt wanneer zij daar zelf niet meer toe in staat zijn (wilsonbekwaam). Wilsonbekwaamheid kan ontstaan vanwege een geestelijke stoornis, een ziekte of als gevolg van een ongeval. Het levenstestament biedt de mogelijkheid om de regie zelf in handen te houden tijdens de periode van wilsonbekwaamheid¹². In het levenstestament geeft de volmachtgever een volmacht aan een persoon in wie hij/zij veel vertrouwen heeft. Dit is erg belangrijk, omdat deze persoon (hierna: de gevolmachtigde) in naam van de persoon die het levenstestament opstelt (hierna: de volmachtgever) bepaalde financiële handelingen mag verrichten, zoals het betalen van rekeningen en verkopen van goederen. Tevens kan de volmachtgever in het levenstestament aangeven of de gevolmachtigde mag bepalen hoe er wordt gehandeld bij ziekte en eventuele wensen ten aanzien van het levenseinde van de volmachtgever¹³.

Schematische weergave van de belangrijkste verschillen testament en levenstestament¹⁴

Testament	Levenstestament
Treedt in werking ná overlijden	Treedt in werking tijdens het leven
Benoemt een executeur	Benoemt een gevolmachtigde(n)
Regelt de nalatenschap	Regelt zaken bij wilsonbekwaamheid
Legt bewind en/of voogdij vast	Legt wensen en aanwijzingen vast
Benoemt erfgenamen	-

Figuur 1

¹² Autar e.a. 2019.

¹³ KNB 2014.

¹⁴ Bogaards 2015.

§2.2 Ontstaansgeschiedenis

In 2007 werd er voor het eerst gesproken over een levenstestament in Nederland. Dit gebeurde tijdens een bijeenkomst van het toenmalige Genootschap van Estate Planners. Mevrouw mr. M.E.L. Fikkers heeft destijds de rechtswetenschap gewezen op het nut en de noodzaak van een levenstestament. Zij deed dit naar aanleiding van een vraagstuk: 'Wat is het beleid dat de (kanton)rechters hanteren indien een bewindvoerder een verzoek indient voor het doen van een schenking uit het vermogen van de rechthebbende?'. Zij stelde dat bij de reeds bestaande beschermingsmaatregelen veelal voldoende bescherming geboden kan worden voor een meerderjarige wilsonbekwame persoon. Bij deze beschermingsmaatregelen is de (kanton)rechter aan bepaalde regels en voorschriften gebonden. Zij vervolgde dat voor het doen van een schenking uit het vermogen van de rechthebbende toestemming of een machtiging van de (kanton)rechter is vereist. Dit verzoek dient doorgaans door de (kanton)rechter afgewezen te worden, omdat dit verzoek niet in het belang van de onderbewindgestelde is.

De (kanton)rechters stellen dat het lastig is om in het belang van een rechthebbende te handelen indien zijn wensen niet bekend zijn. Naar aanleiding hiervan gaf mevrouw Fikkers het advies om iedere wilsbekwame persoon in een levenstestament de wensen kenbaar te laten maken met betrekking tot de bescherming van het vermogen in het kader van estate planning¹⁵. Naar aanleiding hiervan heeft de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (hierna: EPN) in 2009 een lustrumcongres georganiseerd, met als onderwerp het levenstestament. Na afloop van dit congres werd door de EPN een commissie samengesteld die de taak kreeg een modeltekst voor het levenstestament op te stellen. De eerste versie van deze tekst werd op 24 september 2010 gepubliceerd¹⁶.

§2.3 Onderdelen levenstestament

Een levenstestament bestaat uit verschillende onderdelen. Zo mag de volmachtgever zelf bepalen of hij een algemene of een beperkte volmacht opneemt en vanaf welk moment de volmacht ingaat en dus werking heeft. Als de volmachtgever bepaalt dat het levenstestament een directe werking heeft na het passeren van de akte, dan kan de gevolmachtigde direct rechtshandelingen verrichten namens de volmachtgever. De volmachtgever kan in dat geval zelf ook blijven handelen, zolang hij wilsbekwaam is. Het is ook mogelijk te bepalen dat de volmacht pas ingaat wanneer een medische verklaring is afgegeven door een onafhankelijke arts, waaruit blijkt dat de volmachtgever

¹⁵ Engelbertink, Kwartaalbericht Estate Planning 2013/63.

¹⁶ Bruins, Notariaat Magazine 2011/5

wilsonbekwaam is. Tevens is een combinatie van een direct ingaande beperkte volmacht en een algemene volmacht die ingaat bij vaststelling van wilsonbekwaamheid, ook een mogelijkheid¹⁷.

Hieronder staat globaal aangegeven welke onderwerpen de volmachtgever in een levenstestament kan vastleggen:

- zijn financiën, onderneming, woning en andere onroerende zaken;
- schenkingen, of hij deze wil (blijven) doen en zo ja, onder welke voorwaarden;
- het geven van toestemming voor het al dan niet mogen verrichten van medische handelingen (behandelverbod) en inzage in het medisch dossier;
- een euthanasieverklaring;
- de benoeming van een eventuele mentor, bewindvoerder of curator; en
- praktische zaken zoals de (tijdelijke) opvang van kinderen, de verzorging van (huis)dieren en zaken kort na overlijden (begrafenis of crematie)¹⁸.

§2.4 Opstellen levenstestament

Het levenstestament kan op twee verschillende manieren worden opgesteld, namelijk in de vorm van een notariële akte of in de vorm van een onderhandse akte. Artikel 156 lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) luidt: "Onderhandse akten zijn alle akten die niet authentieke akten zijn". Dit houdt in het kader van dit onderzoek in, dat er zonder tussenkomst van een notaris een levenstestament is opgesteld. De notariële akte wordt in de wet niet genoemd als 'notariële' akte, maar als authentieke akten. De notariële akte is een voorbeeld van een authentieke akte. In artikel 156 lid 1 Rv staat dat akten ondertekende geschriften zijn, die bestemd zijn om tot bewijs te dienen. In beginsel is het levenstestament vormvrij, dus het mag zowel in de vorm van een notariële- als een onderhandse akte opgesteld worden.

§2.4.1 Verschil notariële akte en onderhandse akte

In bovengenoemde alinea is uitgelegd wat er wordt verstaan onder een onderhandse akte en een notariële akte. Het verschil tussen beide akten, is dat een onderhandse akte zonder tussenkomst van een notaris kan worden opgesteld. De notariële akte dient altijd door een notaris te worden opgesteld.

¹⁷ Engelbertink, Kwartaalbericht Estate Planning 2013/63.

¹⁸ Stollenwerck & Van der Heide-Van IJzinga Veenstra, FTV 2010/40.

Er zijn een aantal kenmerkende verschillen tussen een onderhandse akte en een notariële akte. Zo levert hetgeen in de notariële akte is vermeld dwingend bewijs op en staat de dagtekening vast. Daarnaast wordt de identiteit en wilsbekwaamheid van de ondertekenaar gecontroleerd¹⁹. Tevens kan de notaris deskundige begeleiding bieden bij het opstellen van het levenstestament. Dit maakt dat een notarieel levenstestament door nagenoeg alle financiële instellingen en officiële instanties geaccepteerd wordt²⁰. Een enkele keer wordt het levenstestament niet als voldoende beschouwd, zoals in de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant op 26 maart 2015²¹.

Een ander verschil met de onderhandse akte is dat er voor een notarieel levenstestament strengere eisen worden gesteld aan de manier waarop de akte bewaard en beveiligd wordt. Het is van belang dat de notaris de stukken op ordelijke wijze bewaard, op een plek die goed beschermd is tegen brand en eventuele andere gevaren²².

§2.5 Het Centraal Levenstestamentenregister

Het Centraal Levenstestamentenregister (hierna: CLTR) is een register waarin gepasseerde levenstestamenten worden geregistreerd. Registratie van het levenstestament bij het CLTR is niet verplicht, maar gebeurt vrijwillig. Dit komt omdat het levenstestament geen wettelijke basis kent. Om die reden is het de notaris verboden om zonder opdracht van de volmachtgever het levenstestament te laten administreren in het CLTR; de notaris zou anders zijn geheimhouding schenden. Daarnaast is het CLTR uitsluitend te raadplegen via een notaris (vanwege de privacy), maar het is de bedoeling dat in de toekomst ook (kanton)rechters en artsen inzage krijgen in het CLTR²³.

§2.6 Deelconclusie

Deze deelconclusie geeft antwoord op deelvraag 1 van dit onderzoek. De deelvraag luidt als volgt: ‘Wat is een levenstestament en hoe is het levenstestament ontstaan?’.

Het levenstestament is een document, waarin iemand een aantal zaken vastlegt voor het geval er tijdens zijn/haar leven iets gebeurt, waardoor hij/zijzelf – al dan niet tijdelijk – niet meer kan of wil handelen.’ Deze ‘zaken’ bestaan ruwweg uit drie onderdelen: wensen over vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen van de betrokkene, volmachten ter verlening van bevoegdheden

¹⁹ Autar e.a. 2019.

²⁰ Autar e.a. 2019

²¹ Rb. Oost-Brabant 26 maart 2015 ECLI:NL:RBOBR:2015:1997

²² Kapma, VFP 2011/(7/8).

²³ Autar e.a. 2019.

aan een of meer gevolmachtigden om bedoelde wensen te realiseren en waarborgen omtrent de uitoefening van die bevoegdheden.

Het levenstestament is ontstaan door Mevrouw mr. M.E.L. Fikkers. Zij heeft destijds de juridische beroepsgroep gewezen op het nut en de noodzaak van het levenstestament. Het levenstestament draaide om de omschrijving van de wensen van volmachtgever ten behoeve van een in te stellen meerderjarigenbewind, mentorschap of curatele, maar is inmiddels uitgegroeid tot een document dat in veel gevallen de ambitie heeft om het meerderjarigenbewind en/of mentorschap en ondercuratelestelling te voorkomen.

Hoofdstuk 3: Wettelijke beschermingsmaatregelen

Dit hoofdstuk geeft antwoord op deelvraag 2 en 3 van het onderzoek. Deze vragen luiden als volgt: 'Welke wettelijke beschermingsmaatregelen bestaan er reeds in Nederland die bescherming kunnen bieden aan meerderjarige wilsonbekwamen, wat houden deze in en welke nadelen kleven er aan het gebruik hiervan?' en 'Welke mate van bescherming biedt mentorschap/meerderjarigenbewind en welke mate van bescherming biedt het levenstestament volgens de vakliteratuur?'.

In paragraaf 3.1 wordt de wettelijke beschermingsmaatregel curatele toegelicht. Vervolgens wordt in paragraaf 3.2 de wettelijke beschermingsmaatregel meerderjarigenbewind toegelicht. In paragraaf 3.3 staat de wettelijke beschermingsmaatregel mentorschap beschreven. Daarna wordt in paragraaf 3.4 het levenstestament tegenover het meerderjarigenbewind en/of mentorschap geplaatst. In paragraaf 3.5 wordt de mate van bescherming van de wettelijke beschermingsmaatregelen en het levenstestament beschreven. Tot slot wordt in paragraaf 3.6 het antwoord op deelvraag 2 en 3 gegeven in de deelconclusie.

§3.1 Curatele

Curatele ziet toe op zowel persoonlijke als financiële zaken. De (kanton)rechter kan op verzoek van een derde of op verzoek van de betrokkene curatele instellen. De (kanton)rechter toetst of de curatele noodzakelijk is of dat een of meer lichtere beschermingsmaatregelen volstaan. In art. 1:378 t/m 1:391 BW staan alle bepalingen met betrekking tot de curatele. De definitie van curatele is volgens art. 1:378 BW: 'een meerderjarige kan door de (kanton)rechter onder curatele worden gesteld, wanneer hij tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet behoorlijk waarneemt of zijn veiligheid of die van anderen in gevaar brengt.' Het gevolg hiervan is dat deze persoon handelingsonbekwaam wordt en dat er een curator wordt benoemd die de belangen van die persoon behartigt.

Art. 1:378 BW geeft twee gegronde redenen om iemand onder curatele te stellen, namelijk:

1. wegens een lichamelijke of geestelijke stoornis; en
2. wegens gewoonte van drank- of drugsgebruik.

In art. 1:383 BW staat beschreven hoe instelling van curatele en de benoeming van de curator in zijn werk gaat. Daarnaast geeft art. 1:386 lid 1 BW aan dat tijdens het bewind van de curator er rekening en verantwoording dient te worden afgelegd.

Curatele is de meest vergaande wettelijke beschermingsmaatregel. Het nadeel is dat de betreffende persoon handelingsonbekwaam wordt en niet zonder toestemming zelfstandig rechtsgeldige rechtshandelingen kan verrichten. De eenzijdige ongerichte rechtshandelingen van een handelingsonbekwame zijn nietig, omdat de rechtszekerheid (de belangen van de derden) beschermd wordt. Indien een handelingsonbekwame een overeenkomst sluit dan is deze in beginsel vernietigbaar op grond van art. 3:32 BW.

§3.2 Meerderjarigenbewind

Meerderjarigenbewind ziet toe op financiële zaken. De (kanton)rechter stelt op verzoek van een derde of op verzoek van de rechthebbende, meerderjarigenbewind in voor de betrokken persoon. De (kanton)rechter toetst of het noodzakelijk is. In art. 1:431 t/m 1:449 BW staan alle bepalingen met betrekking tot meerderjarigenbewind. De definitie van meerderjarigenbewind is volgens art. 1:431 BW: 'Indien een meerderjarige tijdelijk of duurzaam niet in staat is ten volle zijn vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen, als gevolg van zijn lichamelijke of geestelijke toestand, dan wel verkwisting of het hebben van problematische schulden, kan de (kanton)rechter een bewind instellen over één of meer van de goederen, die hem als rechthebbende toebehoren of zullen toebehoren.' Artikel 1:441 BW geeft aan welke taken een bewindvoerder heeft. Naast deze wetsartikelen dient er gekeken te worden naar de Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap en het bijbehorende Besluit kwaliteitseisen curatele, beschermingsbewind en mentorschap²⁴.

Het nadeel van meerderjarigenbewind is dat er strenge regels opgesteld kunnen worden met betrekking tot de financiële zaken. De onderbewindgestelde dient toestemming te vragen aan de bewindvoerder als hij/zij een bepaalde rechtshandeling wil verrichten. Overigens moet de bewindvoerder ook voor bepaalde handelingen een machtiging verzoeken van de (kanton)rechter. Daarnaast kan een beschermingsbewind alleen beëindigen door een verzoek in te dienen bij de (kanton)rechter met een duidelijke motivering.

§3.3 Mentorschap

Bij mentorschap is sprake van bescherming op persoonlijk vlak, waarbij de mentor beslissingen neemt over zaken als verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding van de betrokkene. Artikel 1:450 BW geeft aan dat: 'Indien een meerderjarige als gevolg van zijn geestelijke of lichamelijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen van niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen, kan de (kanton)rechter te zijnen behoeve een mentorschap instellen.' Het

²⁴ Autar e.a. 2019.

doel van de mentor is om op te treden als raadgever, bemiddelaar en als bewaker van de zorgbelangen van de betrokkene. Artikel 1:452 BW geeft de benoeming van de mentor weer. De taken van de mentor staan in art. 1:454 BW beschreven. Mentorschap is de minst vergaande wettelijke beschermingsmaatregel. Het nadeel van mentorschap is dat de persoon beslissingen op persoonlijk vlak, niet meer zelf kunt nemen.

§3.4 Het levenstestament versus meerderjarigenbewind en mentorschap

Vanuit de Europese Unie wordt de onafhankelijkheid en zelfredzaamheid van hulpbehoevenden gestimuleerd²⁵. Om deze reden wordt het levenstestament vergeleken met meerderjarigenbewind en/of mentorschap. Het levenstestament is gericht op het zelf in handen houden van de regie. Meerderjarigenbewind en/of mentorschap is gericht op de behartiging van de belangen van de hulpbehoevende.

Bij het instellen van een meerderjarigenbewind worden de goederen van de rechthebbende vast gezet, waardoor hij niet langer zelfstandig over het onder bewind gestelde vermogen kan beschikken. Op deze manier wordt de rechthebbende tegen zichzelf in bescherming genomen. Met een levenstestament wordt de betrokkene niet tegen zichzelf in bescherming genomen, omdat een levenstestament de autonomie van de betrokkene in stand laat. Als de betrokkene schulden maakt of geld verkwist, is het van belang dat meerderjarigenbewind wordt ingesteld om het vermogen van de betrokkene te beschermen. Het levenstestament kan in zo een situatie niet altijd bescherming bieden, omdat de volmachtgever zelf bevoegd blijft rechtshandelingen te verrichten zolang hij wilsbekwaam is²⁶.

§3.5 Mate van bescherming

Het komt steeds vaker voor dat de wettelijke beschermingsmaatregelen vervangen worden door een privaatrechtelijke voorziening zoals het levenstestament of een fonds voor gemene rekening. Doordat de wettelijke beschermingsmaatregelen hun basis vinden in de wet genieten ze rechtsbescherming. Bij de totstandkoming en toepassing van het levenstestament is het de vraag of deze rechtsbescherming wel voldoende is terug te vinden. Hierin zoeken de (kanton)rechter en de notaris naar evenwicht tussen autonomie en bescherming. De heer dr. mr. K. Blankman schreef in een artikel voor de WPNR het volgende: *“Een oudere man die zijn vermogensrechtelijke belangen niet meer zelf*

²⁵ PbEU 2008, C 204/21.

²⁶ Brinkman & Van Anken, WPNR 2015/7064, p. 471.

kan behartigen, kan de (kanton)rechter verzoeken een bewind in te stellen en zijn zoon tot bewindvoerder benoemen. Hij kan echter ook de notaris verzoeken om een levenstestament op te stellen en daarin zijn zoon als gevolmachtigde aan te wijzen. Beide opties kunnen een uitkomst bieden, maar er zijn grote verschillen in rechtsbescherming''²⁷. Deze rechtsbescherming door het levenstestament kan worden bevorderd door de notaris voorlichting te laten geven en te werken met een bepaald model waarin waarborgen zijn ingebouwd.

§3.5.1 Waarborgen

Er zijn verschillende waarborgen denkbaar om het levenstestament betere rechtsbescherming te bieden. Een voorbeeld van deze waarborgen is het opnemen van een rekening- en verantwoordingsplicht. Deze rekening- en verantwoordingsplicht kan bijvoorbeeld financieel misbruik voorkomen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een man op leeftijd laat een levenstestament opstellen om zijn vermogensrechtelijke zaken en vertegenwoordiging goed op orde te hebben. De man heeft drie dochters die ook zijn enige erfgenamen zijn. Hij benoemt zijn oudste dochter tot vertegenwoordiger in zijn levenstestament en ondanks waarschuwingen van de notaris, besluit hij geen rekening- en verantwoordingsplicht op te nemen. Wanneer deze man enkele jaren later aan dementie lijdt, plundert zijn oudste dochter de bankrekening leeg. In beginsel geldt er nu van rechtswege geen rekening- en verantwoordingsplicht en kan niemand op die grond het levenstestament beëindigen om het financieel misbruik te doen ophouden. Ook de (kanton)rechter kan, behalve door het uitspreken van curatele, het levenstestament niet doen eindigen of aanpassen²⁸. Het is geen verplichting om de rekening- en verantwoordingsplicht in het levenstestament te laten opnemen, maar het mogelijk gevolg daarvan is het ongehinderd misbruiken van dit levenstestament door de vertegenwoordiger. De volmachtgever kan het levenstestament wel herroepen in dergelijke situatie, hiervoor is het wel van belang dat de volmachtgever nog wilsbekwaam is conform artikel 3:32 jo. 3:33 van het Burgerlijk wetboek.

Andere waarborgen die het levenstestament meer rechtsbescherming kan bieden zijn²⁹:

- het instellen van een toezichthouder;
- het vragen van voorafgaande toestemming aan de toezichthouder voor het verrichten van rechtshandelingen boven een bepaald bedrag;

²⁷ Blankman, WPNR 2016/7123.

²⁸ Weijers, FTV 2019/10, p. 19.

²⁹ Brinkman & Van Anken WPNR 2016/7131, p. 3.

- personen die tot gevolmachtigde benoemd worden, kunnen bijvoorbeeld bij meerderjarigenbewind, mentorschap en curatele geen bewindvoerder, mentor of curator meer zijn. Dit is in verband met de toezichthoudende functie;
- registratie van het levenstestament in de CLTR;
- de gevolmachtigde moet de (kanton)rechter inlichten, wanneer hij beslist om zijn volmacht op te zeggen;
- er moet duidelijk blijken dat bij de uitoefening van het levenstestament de rechten, de wil en de voorkeuren van de volmachtgever worden gerespecteerd;
- er mag geen sprake zijn van conflicterende belangen bij de uitoefening van het levenstestament;
- het levenstestament moet maatwerk zijn;
- het levenstestament moet, indien mogelijk, in duur beperkt zijn;
- de inwerkingtreding van het levenstestament moet met waarborgen omgeven zijn; en
- het levenstestament zou regelmatig beoordeeld moeten worden door een onafhankelijke instantie.

§3.6 Deelconclusie

Deze deelconclusie geeft antwoord op deelvraag 2 en 3 van dit onderzoek. De deelvragen luiden als volgt: 'Welke wettelijke beschermingsmaatregelen bestaan er reeds in Nederland die bescherming kunnen bieden aan meerderjarige wilsonbekwamen, wat houden deze in en welke nadelen kleven er aan het gebruik hiervan?' en 'Welke mate van bescherming biedt mentorschap/meerderjarigenbewind en welke mate van bescherming biedt het levenstestament volgens de vakliteratuur?'.

Er bestaan drie wettelijke beschermingsmaatregelen in Nederland die bescherming kunnen bieden aan meerderjarige wilsonbekwamen, namelijk: meerderjarigenbewind, mentorschap en curatele. Het instellen van een meerderjarigenbewind geschiedt veelal in combinatie met mentorschap.

Het meerderjarigenbewind ziet toe op financiële zaken en staat gedefinieerd in art. 1:431 BW. Het nadeel van meerderjarigenbewind is dat er strenge regels opgesteld kunnen worden met betrekking tot de financiële zaken. De onderbewindgestelde dient toestemming te vragen aan de bewindvoerder als hij/zij een bepaalde rechtshandeling wil verrichten. Daarnaast kan een meerderjarigenbewind alleen beëindigen door een verzoek in te dienen bij de (kanton)rechter met een duidelijke motivering.

Bij mentorschap is sprake van bescherming op persoonlijk vlak, waarbij de mentor beslissingen neemt over zaken als verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding van de betrokkene. Mentorschap staat gedefinieerd in art. 1:450 BW. Het doel van de mentor is om op te treden als raadgever,

bemiddelaar en als bewaker van de belangen van de betrokkene. Mentorschap is de minst vergaande wettelijke beschermingsmaatregel. Het nadeel van mentorschap is dat je beslissingen op persoonlijk vlak, niet meer zelf kunt nemen.

Curatele ziet toe op zowel persoonlijke als financiële zaken. Curatele staat gedefinieerd in art. 1:378 BW. Het gevolg van curatele is dat de betrokken persoon handelingsonbekwaam wordt en dat er een curator wordt benoemd die de belangen van die persoon behartigt.

Curatele is de meest vergaande wettelijke beschermingsmaatregel. Het nadeel is dat de betreffende persoon handelingsonbekwaam wordt en niet zonder toestemming zelfstandig rechtsgeldige rechtshandelingen kan verrichten.

De mate van bescherming via mentorschap en meerderjarigenbewind is hoog. Beide maatregelen vinden hun basis in de wet. Hierdoor genieten ze rechtsbescherming. Een verzoek tot mentorschap of meerderjarigenbewind moet via de (kanton)rechter worden gedaan.

De mate van bescherming via het levenstestament is minder sterk. Bij de totstandkoming en toepassing van het levenstestament, is het de vraag of de rechtsbescherming wel voldoende is terug te vinden. Deze rechtsbescherming van het levenstestament kan worden bevorderd door de notaris voorlichting te laten geven en te werken met een bepaald model waarin waarborgen zijn ingebouwd. Er zijn verschillende waarborgen denkbaar om het levenstestament betere rechtsbescherming te bieden. Een aantal voorbeelden van deze waarborgen zijn: het instellen van toezicht door het aanwijzen van een toezichthouder, het vragen van voorafgaande toestemming aan de toezichthouder voor het verrichten van rechtshandelingen boven een bepaald bedrag en het opnemen van een rekening- en verantwoordingsplicht.

Hoofdstuk 4: Doorslaggevende feiten en omstandigheden

In de voorgaande twee hoofdstukken is de theorie omtrent het levenstestament en de wettelijke beschermingsmaatregelen behandeld. In dit hoofdstuk worden de resultaten besproken van het jurisprudentieonderzoek. Dit hoofdstuk geeft antwoord op deelvraag 4 van het onderzoek; ‘Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden?’.

In paragraaf 4.1 staat de leeswijzer voor de tabel in bijlage 1. Vervolgens worden in paragraaf 4.2 de resultaten van het jurisprudentieonderzoek besproken aan de hand van de gehanteerde topics. Paragraaf 4.2 is opgedeeld in subparagrafen, waarbij elke topic apart in één subparagraaf wordt besproken. Tenslotte staat in paragraaf 4.3 de deelconclusie beschreven.

§4.1 Leeswijzer tabel 1

De resultaten van het jurisprudentieonderzoek met betrekking tot deelvraag 4 zijn verkort weergegeven in een tabel (analyse schema). Deze tabel is te vinden in **bijlage 1**. Aan de hand van vier verschillende topics is de analyse uitgevoerd, te weten: 1. Situatie en omgevingsfactoren, 2. Reden beroep betrokkene, 3. Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de gevolmachtigde(n)? en 4. Is er ondanks het levenstestament toch bewind/mentorschap uitgesproken?

§4.2 De resultaten

In de hiernavolgende subparagrafen worden de resultaten besproken aan de hand van de topics.

§4.2.1 Topic 1: Situatie en omgevingsfactoren

Van alle rechterlijke uitspraken heb ik de situatie en omgevingsfactoren geanalyseerd. Wat opvalt is dat in vier van de achttien rechterlijke uitspraken wordt aangegeven dat de rechthebbende weduwe of weduwnaar is³⁰.

In drie rechterlijke uitspraken komt naar voren dat de rechthebbende een partner heeft en in de overige elf rechterlijke uitspraken wordt niet specifiek benoemd of de rechthebbende alleenstaand of weduwe/weduwnaar is³¹.

³⁰ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1, 8, 16 en 17.

³¹ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 2, 12 en 15.

In zeven van de achttien rechterlijke uitspraken is de rechthebbende, al vooraf aan de terechtzitting, niet meer in staat om zijn of haar vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen³². Veelgenoemde diagnoses zijn dementie en de ziekte van Parkinson.

In alle rechterlijke uitspraken komt naar voren dat de rechthebbende het levenstestament heeft laten opstellen om meerderjarigebewind en/of mentorschap te voorkomen. Zij willen de regie zelf in handen houden door te laten vastleggen wie hun gevolmachtigde is in geval van wilsonbekwaamheid.

Hieruit blijkt dat als de rechthebbende alleenstaand of weduwe/weduwnaar is en er sprake is van een vastgestelde diagnose zoals dementie of de ziekte van Parkinson, de kansen toenemen dat de (kanton)rechter een bewindvoerder en/of mentor benoemd.

§4.2.2 Topic 2: Reden beroep betrokkene

Van alle rechterlijke uitspraken heb ik de reden van het beroep van de betrokkene beschreven. Dit is van belang, omdat alle omgevingsfactoren een rol spelen bij het uiteindelijke besluit van de (kanton)rechter. Ik heb in het diagram die hiernaast is weergegeven, schematisch de verschillende redenen van beroep genoemd met betrekking tot de geanalyseerde rechterlijke uitspraken. In het diagram is het aantal keren dat een bepaalde reden is genoemd, af te lezen. In een aantal rechterlijke uitspraken zijn meerdere redenen genoemd.

Er zijn twee rechterlijke uitspraken waarbij financieel misbruik als reden genoemd wordt³³.

In beide zaken wordt het levenstestament gevolgd.

Twijfels rondom de wilsbekwaamheid van de rechthebbende ten tijde van het opstellen van het levenstestament is vier keer genoemd³⁴. Hierbij heeft de (kanton)rechter in twee van de vier uitspraken het levenstestament terzijde geschoven. Deze

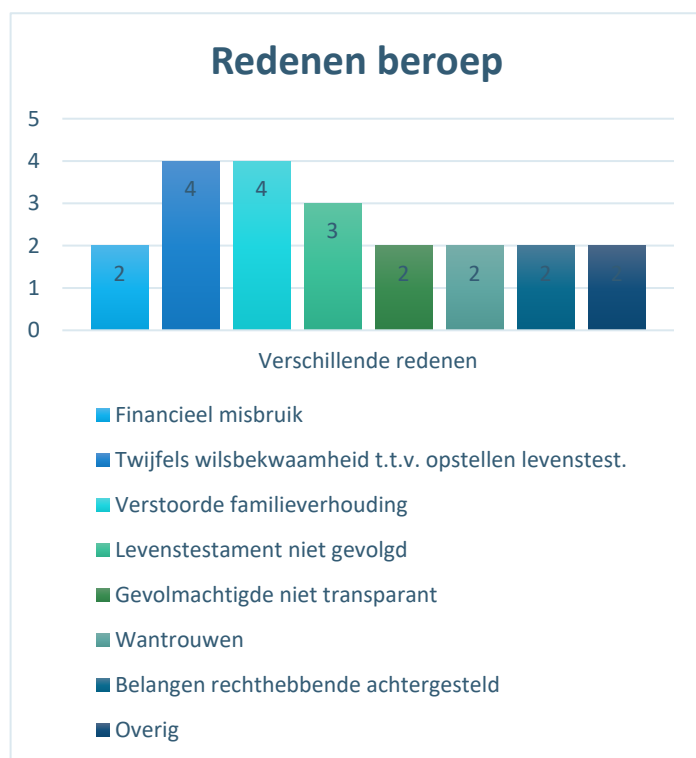


Diagram 1 - Redenen beroep

³² Zie bijlage 1, uitspraak nr. 2, 3, 6, 12, 14, 15 en 16.

³³ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1 en 14.

³⁴ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1, 7, 8 en 18.

uitspraken hebben met elkaar gemeen dat de rechthebbende al voor een lange tijd wilsonbekwaam is.

In vier andere rechterlijke uitspraken is als reden de slechte familieverhoudingen genoemd³⁵. Vrijwel altijd is de gevolmachtigde een familielid. De betrokkenen in deze uitspraken stellen dat de gevolmachtigde zijn/haar taken niet onafhankelijk kan uitvoeren door onenigheid binnen de familie. Zij eisen dan ook bij de (kanton)rechter om een onafhankelijke bewindvoerder.

Voor een (kanton)rechter zullen enkel de slechte familieverhoudingen niet doorslaggevend zijn. Dit blijkt uit het feit dat in alle onderzochte rechterlijke uitspraken meerdere omgevingsfactoren een rol speelde.

§4.2.3 Topic 3: Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de gevolmachtigde(n)?

Aan de hand van de achttien rechterlijke uitspraken heb ik geanalyseerd op basis van welke feiten en omstandigheden de (kanton)rechter, de persoon van de gevolmachtigde en zijn handelen toetst. Hieruit zijn meerdere factoren gekomen. De resultaten worden per factor besproken.

Slechte familieverhoudingen

In zeven van de achttien rechterlijke uitspraken is er sprake van slechte familieverhoudingen³⁶. In drie van deze zeven rechterlijke uitspraken wordt er door de (kanton)rechter, ondanks een levenstestament, meerderjarigenbewind en/of mentorschap toegewezen. De details van de slechte familieverhoudingen worden niet genoemd in de uitspraken.

Wat opvalt is dat de kantonrechter in rechterlijke uitspraak nummer zes het volgende benoemt: *“Dat de onderlinge verhoudingen tussen de kinderen van rechthebbende verstoord zijn acht de (kanton)rechter onvoldoende grond om een bewind in te stellen. Indien en voorzover een van de beide gevolmachtigden zich niet houdt aan hetgeen in het levenstestament van haar moeder is bepaald, staan er andere minder vergaande mogelijkheden open om dit probleem op te lossen.”*³⁷

³⁵ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 4, 6, 7 en 15.

³⁶ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 4, 6, 7, 12, 14, 15 en 16.

³⁷ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 6.

Ook in rechterlijke uitspraak nummer zeven heeft de kantonrechter aangegeven dat contactherstel tussen twee betrokkenen in beginsel niet tot het takenpakket van een bewindvoerder en mentor behoort.

Op grond van bovenstaande blijkt dat de (kanton)rechter enkel op basis van slechte familieverhoudingen niet (snel) geneigd is om meerderjarigenbewind en/of mentorschap uit te spreken. De onderlinge familieproblemen dienen zelf opgelost te worden en zijn geen directe aanleiding tot het terzijde schuiven van het levenstestament.

Financieel misbruik

In één van de achttien rechterlijke uitspraken was er een verdenking van financieel misbruik door de gevolmachtigde.³⁸ Een man had zijn twee oudste dochters aangewezen als gevolmachtigden. Twee zoons van rechthebbende stelde dat hun twee zussen zich schuldig maakten aan financieel misbruik en twijfelden aan de wilsbekwaamheid van hun vader ten tijde van het opstellen van het levenstestament. De (kanton)rechter heeft op basis van het verhoor van rechthebbende en de verklaring van de betrokken notaris geoordeeld dat er geen sprake is van financieel misbruik en er geen reden is om van het levenstestament af te wijken³⁹.

Op grond van bovenstaande blijkt dat de (kanton)rechter zwaar weegt aan het verhoor van de rechthebbende en de verklaring van de betrokken notaris.

Woonplaats

In één van de achttien rechterlijke uitspraken bleek de woonplaats van de gevolmachtigde een probleem.⁴⁰ In deze zaak ging het om een rechthebbende met vijf kinderen. Zij had een levenstestament laten opmaken en haar oudste zoon volmacht gegeven om haar vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen te behartigen in geval van wilsonbekwaamheid. Haar oudste zoon is woonachtig in Australië. Het tweede kind van rechthebbende wilde zelf benoemd worden tot gevolmachtigde van rechthebbende, omdat haar broer (de gevolmachtigde) in Australië woont en niet adequaat kan reageren.

³⁸ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1.

³⁹ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1.

⁴⁰ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 8.

De (kanton)rechter oordeelde dat er geen reden is om te twijfelen aan de geldigheid van het levenstestament, omdat niet in rechte is vast komen te staan dat het levenstestament niet geldig is en de (kanton)rechter niet bevoegd is te oordelen over de geldigheid van het levenstestament. De (kanton)rechter merkte ook op dat de dochter van rechthebbende voornamelijk de zorg uitvoert in plaats van de oudste zoon. De zoon is niet in staat om snel en adequaat te reageren op zorgvragen, noch om snel aanwezig te zijn, omdat hij in Australië woont. Tevens is er sprake van slechte familieverbanden, daarom geeft de (kanton)rechter de voorkeur aan een onafhankelijke bewindvoerder en mentor⁴¹.

Uit bovenstaande blijkt dat de (kanton)rechter in deze zaak het belang van de rechthebbende vooropstelt en daarbij de woonplaats van de gevolmachtigde in zijn uitspraak meeneemt. Het feit dat de gevolmachtigde niet snel en adequaat de benodigde zorg voor rechthebbende kan uitvoeren, is een reden om het levenstestament terzijde te schuiven.

Transparantie

In twee van de achttien rechterlijke uitspraken is gebleken dat de gevolmachtigde niet transparant was in zijn werkzaamheden als belangbehartiger van de volmachtgever.⁴² Deze twee rechterlijke uitspraken hebben betrekking op dezelfde zaak, echter is het instellen van meerderjarigebewind en/of mentorschap apart behandeld.

In deze twee zaken ging het om een rechthebbende met twee zoons. Zij had een levenstestament opgesteld en haar oudste zoon tot gevolmachtigde aangewezen. De zoon die niet gevolmachtigd is, heeft de (kanton)rechter verzocht een onafhankelijke bewindvoerder te benoemen. Hij stelt dat zijn broer niet transparant te werk gaat en dat hij het bezoek van hem aan zijn moeder heeft verhinderd.

De (kanton)rechter oordeelde dat de oudste zoon van rechthebbende, tevens gevolmachtigde, niet transparant is in zijn werkzaamheden. Hij geeft geen openheid van zaken en er valt niet te controleren of hij zijn taken ten behoeve van rechthebbende naar behoren uitvoert. Bovendien is gebleken dat tussen beide broers ernstige onenigheid bestaat⁴³.

⁴¹ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 8.

⁴² Zie bijlage 1, uitspraak nr. 9 en 10.

⁴³ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 10.

Uit bovenstaande blijkt dat de (kanton)rechter zwaar weegt aan de transparantie van de gevolmachtigde. Het feit dat de gevolmachtigde niet transparant is in zijn werkzaamheden, is een reden voor de (kanton)rechter om het levenstestament terzijde te schuiven.

Belangen rechthebbende

In vijf van de achttien rechterlijke uitspraken is gebleken dat de gevolmachtigde de belangen van de rechthebbende niet goed vertegenwoordigt⁴⁴. In vier van deze vijf rechterlijke uitspraken wordt er door de (kanton)rechter, ondanks een levenstestament, meerderjarigenbewind en/of mentorschap toegewezen.

In rechterlijke uitspraak nummer zeventien betreft het een rechthebbende met drie kinderen. Zij had in 2016 een levenstestament laten opstellen en haar dochter tot gevolmachtigde benoemd. Deze volmacht is kort daarna herroepen. In 2017 is er een nieuw levenstestament opgesteld waarin rechthebbende haar broer tot gevolmachtigde benoemd. Haar kinderen waren het hier niet mee eens. Ze zijn in beroep gegaan, waardoor er een onafhankelijke bewindvoerder/mentor is benoemd. Ook hier waren de kinderen het niet mee eens. De kinderen stellen dat rechthebbende in staat is om haar belangen zelf waar te nemen. Aangezien er een levenstestament is, is er geen reden om meerderjarigenbewind en/of mentorschap in te stellen.

Het hof oordeelde dat rechthebbende niet in staat is om haar belangen waar te nemen, omdat er sprake is van dementie. Het hof oordeelt verder als volgt: *"Partijen wantrouwen elkaar. Onvoldoende gebleken is dat de broer van rechthebbende te midden van dit alles een bemiddelende en neutrale rol heeft en/of zou kunnen hebben. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat hij tijdens de procedure in eerste aanleg geweigerd heeft zijn medewerking te verlenen aan het door de (kanton)rechter opgedragen onderzoek van de rechthebbende door dr. Hafkamp. Gelet op het vorenoverwogene is de situatie waarbij de broer van rechthebbende als vertegenwoordiger van haar optreedt niet in het belang van de rechthebbende"*⁴⁵.

Ook in rechterlijke uitspraak nummer twaalf is het hof van oordeel dat de belangen van de rechthebbende niet voldoende worden beschermd. Rechthebbende is getrouwd en samen hebben ze drie zonen en één dochter. Bij de rechthebbende is in 2012 de ziekte van Parkinson vastgesteld. Zij is niet in staat om haar vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen. Rechthebbende had in 2014 een levenstestament laten opstellen en haar echtgenoot als

⁴⁴ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 5, 11, 12, 15 en 17.

⁴⁵ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 17.

gevolmachtigde aangewezen. De echtgenoot is er niet altijd in geslaagd om de belangen van rechthebbende voorop te stellen. Daarnaast is er sprake van ernstig verstoorde verhoudingen en onderling wantrouwen binnen de familie. Mede hierom is het hof van oordeel dat er, ondanks het levenstestament, een onafhankelijke professionele bewindvoerder en/of mentor wordt benoemd.

Zwaarwegende belangen van de rechthebbende verzetten zich naar ’s hofs oordeel tegen de door de rechthebbende in het levenstestament aangegeven voorkeur voor benoeming van haar echtgenoot⁴⁶.

Op grond van bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de (kanton)rechter zich richt op de belangen van de rechthebbende. Het is de taak van de (kanton)rechter om ervoor te zorgen dat deze belangen vooropgesteld worden.

Verklaring deskundigen

Deze factor heeft betrekking op de verklaring van de deskundigen op basis waarvan de (kanton)rechter zijn uitspraak doet. In één van de achttien rechterlijke uitspraken is de verklaring van de deskundigen expliciet genoemd⁴⁷.

In deze zaak ging het om een rechthebbende met vijf kinderen, drie dochters en twee zoons. De twee zoons verzoeken de (kanton)rechter om bewind in te stellen. Rechthebbende is weduwnaar en woont in een verzorgingstehuis. Rechthebbende heeft een levenstestament gemaakt waarbij de twee oudste dochters zijn aangewezen als gevolmachtigden. De twee zoons stellen dat rechthebbende op niveau 5 van dementie zit en dus niet meer wilsbekwaam is. Daarnaast twijfelen zij aan de wilsbekwaamheid van rechthebbende ten tijde van het opstellen van het levenstestament.

De (kanton)rechter oordeelde aan de hand van de verklaring van de betrokken notaris, die het levenstestament heeft opgesteld, dat een onafhankelijke geriater de rechthebbende heeft bezocht. Dit houdt in dat rechthebbende is onderzocht op lichamelijk, psychisch en sociaal vlak. Deze onafhankelijke geriater stelde dat rechthebbende wilsbekwaam is. De betrokken notaris verklaarde verder als volgt: *“Voor de wilsbekwaamheid van rechthebbende ten tijde van de besprekingen over en ondertekening van deze volmacht, sta ik als notaris in. Naast mijn eigen waarnemingen heb ik in mijn dossier ook een gelijkkluidende verklaring van een onafhankelijke geriater die rechthebbende kort daarvoor heeft gezien. Ik heb rechthebbende ook op 21 augustus 2014 uitgebreid gesproken in het verzorgingstehuis waar hij woont.”*

⁴⁶ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 12.

⁴⁷ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1.

De (kanton)rechter gaf aan dat er omstandigheden denkbaar zijn waaronder het, ondanks een volledige volmacht, wel aangewezen is om meerderjarigenbewind uit te spreken. Van dergelijke omstandigheden is in deze zaak geen sprake. Er wordt geen meerderjarigenbewind uitgesproken⁴⁸.

Uit bovenstaande blijkt dat de verklaring van de betrokken notaris en de onafhankelijke geriater doorslaggevend zijn voor de uitspraak van de (kanton)rechter. Het is daarom van belang dat de notaris, bij twijfel over de wilsbekwaamheid van de rechthebbende, altijd nader onderzoek laat doen door een onafhankelijke arts.

§4.2.4 Topic 4: Is er ondanks het levenstestament toch bewind/mentorschap uitgesproken?

Bij alle achttien rechterlijke uitspraken heb ik aangegeven of er ondanks een levenstestament, toch meerderjarigenbewind of mentorschap is uitgesproken. Dit is van belang, omdat het een overzichtelijk beeld geeft in welke zaken het levenstestament terzijde is geschoven.

In elf van de achttien rechterlijke uitspraken heeft de (kanton)rechter, ondanks een levenstestament, meerderjarigenbewind en/of mentorschap uitgesproken⁴⁹. Wat opvalt is dat deze zaken heel erg uiteenlopen. Er is geen overeenstemmende feit of omstandigheid die in al deze zaken naar voren komt. Overigens is er in de meerderheid van deze zaken wel sprake van slechte familieverhoudingen en onderling wantrouwen.

Uit bovenstaande blijkt dat de (kanton)rechter in elke zaak, individueel de feiten en omstandigheden bekijkt.

§4.3 Deelconclusie

Deze deelconclusie geeft antwoord op deelvraag 4 van dit onderzoek. De deelvraag luidt als volgt: ‘Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden?’.

De feiten en omstandigheden waarop de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden toetst, zijn:

- de fysieke en mentale gesteldheid van rechthebbende;
- slechte familieverhoudingen;

⁴⁸ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1.

⁴⁹ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 2, 3, 5, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 17 en 18.

'Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?'

- de woonplaats van de gevolmachtigde;
- mogelijk financieel misbruik;
- transparantie van de gevolmachtigde;
- de verklaringen van de deskundigen; en
- worden de belangen van de rechthebbende vooropgesteld.

De (kanton)rechter oordeelt niet enkel op basis van slechte familieverhoudingen of de fysieke en mentale gesteldheid van de rechthebbende. Er wordt gekeken naar alle omstandigheden van het geval. Dit verschilt per zaak. Het uitgangspunt is om de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende te volgen, tenzij er gegronde redenen zijn om daarvan af te wijken.

Tevens spelen de overige feiten en omstandigheden ook een rol bij de beoordeling of er, ondanks een levenstestament, toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap wordt uitgesproken. Deze feiten en omstandigheden worden (wellicht in mindere mate) meegenomen in de beoordeling van de (kanton)rechter:

- is rechthebbende weduwe/weduwnaar;
- is er een vastgestelde diagnose, zoals: Alzheimer of de ziekte van Parkinson;
- was de rechthebbende vooraf aan de terechtzitting al niet meer in staat om zijn of haar vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen; en
- rechthebbende heeft het levenstestament laten opstellen om meerderjarigenbewind en/of mentorschap te voorkomen.

Hoofdstuk 5: Wensen volmachtgever

In het voorgaande hoofdstuk zijn de resultaten van het jurisprudentieonderzoek besproken. In dit hoofdstuk wordt er dieper ingegaan op de resultaten van het jurisprudentieonderzoek betreffende de rechterlijke uitspraken waarbij er ondanks een levenstestament, toch een wettelijke beschermingsmaatregel is opgelegd. Dit hoofdstuk geeft een antwoord op deelvraag 5 van het onderzoek; 'Wat gebeurt er met de wensen die de volmachtgever in het levenstestament heeft beschreven als er een wettelijke beschermingsmaatregel is opgelegd ten aanzien van de volmachtgever?'.

In paragraaf 5.1 worden de resultaten van het jurisprudentieonderzoek besproken op basis van de uitspraken waarbij er ondanks een levenstestament, toch een wettelijke beschermingsmaatregel is opgelegd. In paragraaf 5.2 wordt er ingegaan op relevante literatuur. Tenslotte staat in paragraaf 5.3 de deelconclusie beschreven.

§5.1 Resultaten onderzoek

In rechterlijke uitspraak vijf gaat het om een rechthebbende met een dochter. In zijn levenstestament heeft hij zijn dochter tot gevolmachtigde benoemd. De (kanton)rechter heeft bewind en mentorschap uitgesproken ten behoeve van de rechthebbende. De dochter van rechthebbende is het hier niet mee eens, omdat zij van mening is dat deze wettelijke beschermingsmaatregelen niet noodzakelijk zijn. Zij is overigens door rechthebbende in zijn levenstestament als gevolmachtigde aangewezen en betwist dat het de wens van rechthebbende is dat zijn goederen onder bewind worden gesteld.

Door de huidige bewindvoerder is echter geconstateerd dat de dochter van rechthebbende een flink bedrag heeft besteed aan uitgaven die rechtstreeks en aantoonbaar niet aan rechthebbende ten goede zijn gekomen.

Het hof geeft aan dat op grond van artikel 1:450 lid 1 BW de (kanton)rechter, indien een meerderjarige als gevolg van zijn geestelijke of lichamelijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen van niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen, te zijnen behoeve een mentorschap instellen. Ingevolge het bepaalde in de artikelen 1:435 lid 3 en 1:452 lid 3 BW volgt de (kanton)rechter bij de benoeming van betrokkene, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten. Tevens bestaat er blijkens het vierde lid van beide artikelen – voor zover hier van belang – een wettelijke voorkeur voor de benoeming van kinderen van de

rechthebbende respectievelijk betrokkene⁵⁰. Het hof oordeelt dat er sprake is van financieel misbruik en dat er, ondanks het levenstestament, meerderjarigenbewind wordt uitgesproken.

Hieruit blijkt dat de uitdrukkelijke wens en voorkeur van de rechthebbende gevolgd dient te worden, tenzij er gegronde redenen zijn om dit niet te doen. Dit is ter bescherming van de rechthebbende. In deze rechterlijke uitspraak is financieel misbruik een gegronde reden om van de uitdrukkelijke wens en voorkeur van de rechthebbende af te wijken.

In rechterlijke uitspraak acht gaat het om een rechthebbende met vijf kinderen. Zij heeft een levenstestament laten opstellen en haar oudste zoon tot gevolmachtigde benoemd. Een van de dochters van rechthebbende verzoekt de (kanton)rechter om zelf tot gevolmachtigde van rechthebbende benoemd te worden, aangezien haar broer (de oudste zoon van rechthebbende) inmiddels woonachtig is in Australië en niet adequaat kan reageren.

De (kanton)rechter geeft aan dat er gelet op het levenstestament er in beginsel geen reden is om bewind en mentorschap in te stellen. Er zijn omstandigheden denkbaar waaronder het, ondanks een volledige volmacht, wel aangewezen is om meerderjarigenbewind en/of mentorschap in te stellen. De vraag is of de specifieke omstandigheden van dit geval ertoe nopen om meerderjarigenbewind en/of mentorschap in te stellen, ondanks het levenstestament.

De (kanton)rechter oordeelt dat, de oudste zoon van rechthebbende de zorg voor rechthebbende feitelijk overlaat aan anderen en hij niet in staat is snel en adequaat te reageren en aanwezig te zijn. Hierdoor is hij niet in staat om een goed belangenbehartiger van rechthebbende te zijn. De (kanton)rechter zal daarom mentorschap instellen. In het levenstestament heeft betrokkene bepaald dat als er mentorschap wordt ingesteld, het zijn wens is om de oudste zoon tot mentor te benoemen. Uit het voorgaande volgt dat de (kanton)rechter van oordeel is dat deze zoon daartoe niet geschikt is. Om deze reden zal de (kanton)rechter aan de wens van rechthebbende voorbijgaan en een onafhankelijke professionele mentor benoemen⁵¹.

Hieruit blijkt dat het uitgangspunt is om de uitdrukkelijke wens van rechthebbende te volgen. De omstandigheden van het geval leiden er echter toe dat deze wens niet gevolgd wordt. De in het levenstestament benoemde gevolmachtigde is niet in staat om snel en adequaat te reageren. Hierdoor is hij geen geschikte belangenbehartiger voor rechthebbende.

In de overige rechterlijke uitspraken waarbij er, ondanks een levenstestament, toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap is uitgesproken, blijkt dat de betreffende (kanton)rechter

⁵⁰ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 5.

⁵¹ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 8.

altijd de uitdrukkelijke wens en voorkeur van de rechthebbende volgt, tenzij er gegronde redenen zijn om hiervan af te wijken⁵². Deze gegronde redenen verschillen per uitspraak en liggen aan de omstandigheden van het geval. Uit al deze rechterlijke uitspraken valt op te merken dat de (kanton)rechter het belang van de rechthebbende vooropstelt.

§5.2 Literatuur

Als volmachtgever mag je zelf bepalen welke wensen je wilt opnemen in het levenstestament. Deze wensen kunnen bijvoorbeeld zijn: wie de volmachtgever tot gevolmachtigde benoemt of wie hij tot curator, bewindvoerder of mentor zou willen. In art. 1:383 lid 2 BW staat dat de (kanton)rechter de uitdrukkelijke voorkeur van de volmachtgever moet volgen in de benoeming van de curator. Hetzelfde staat ook bij bewind (art. 1:435 lid 3 BW) en mentorschap (art. 1:452 lid 3 BW). De (kanton)rechter is gehouden aan de voorkeur van de volmachtgever. Echter de (kanton)rechter mag hier ook van afwijken als er gegronde redenen zijn om niet mee te gaan in de voorkeur van de volmachtgever.

De heer De Hoog, heeft in een artikel voor het JBN⁵³ vertelt dat in de keuze van de bewindvoerder de (kanton)rechter gehouden is aan wettelijke voorkeuren (artikel 1:435 lid 3 en 4 BW), zoals hierboven beschreven. De (kanton)rechter zal in beginsel de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende volgen. De (kanton)rechter kan hiervan alleen afwijken indien gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten, hetgeen dan in de beschikking dient te worden gemotiveerd.

In het levenstestament kan de uitdrukkelijke voorkeur voor een bepaald persoon als bewindvoerder blijken. Hierin kan immers anticiperend op een mogelijke onderbewindstelling de wens voor een bepaalde bewindvoerder worden uitgesproken, hetgeen kan worden opgevat als een uitdrukkelijke voorkeur. Ook als deze wens expliciet ontbreekt, kan uit het verlenen van een algemene volmacht op zich al een uitdrukkelijke voorkeur voor de gevolmachtigde als vertegenwoordiger worden afgeleid⁵⁴.

In een zaak waarin het Hof van Amsterdam op 2 februari 2016 uitspraak deed, is in het levenstestament de uitdrukkelijke wens opgenomen om de gevolmachtigde als bewindvoerder en mentor te benoemen. Het Hof vat deze wens op als uiting van een uitdrukkelijke voorkeur als bedoeld in art. 1:435 lid 3 BW, maar vindt dat er gegronde redenen aanwezig zijn om van deze voorkeur af te wijken. Bij nader onderzoek is gebleken dat de dochter van rechthebbende als gevolmachtigde schenkingen

⁵² Zie bijlage 1, uitspraak nr. 1, 3, 9, 10, 12, 15, 16, 17 en 18.

⁵³ De Hoog, JBN 2016/23.

⁵⁴ Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3131

aan zichzelf heeft gedaan. Deze schenkingen zijn niet in het belang van de rechthebbende. Het Hof besluit om voorbij te gaan aan de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende en wijst een onafhankelijke professionele bewindvoerder aan⁵⁵.

De wettelijke voorkeursregeling bepaalt dat de (kanton)rechter die niet de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende volgt, in de tweede plaats bij voorkeur een persoon uit de directe familie of omgeving van de rechthebbende tot bewindvoerder moet benoemen (art. 1:435 lid 4 BW). Indien blijkt dat in de directe omgeving van de rechthebbende geen persoon kan worden benoemd die geschikt en bereid is, kan de (kanton)rechter een onafhankelijke bewindvoerder benoemen.

§5.3 Deelconclusie

Deze deelconclusie geeft antwoord op deelvraag 5 van dit onderzoek. De deelvraag luidt als volgt: ‘Wat gebeurt er met de wensen die de volmachtgever in het levenstestament heeft beschreven als er een wettelijke beschermingsmaatregel is opgelegd ten aanzien van de volmachtgever?’.

Uit de geanalyseerde jurisprudentie en relevante literatuur blijkt dat, op grond van art. 1:383 lid 2 BW, de (kanton)rechter de uitdrukkelijke voorkeur van de volmachtgever moet volgen in de benoeming van de curator. Hetzelfde staat ook bij bewind (art. 1:435 lid 3 BW) en mentorschap (art. 1:452 lid 3 BW). De (kanton)rechter mag echter van deze uitdrukkelijke voorkeur afwijken als er gegronde redenen zijn. Deze redenen worden individueel per zaak bekeken.

⁵⁵ Zie bijlage 1, uitspraak nr. 5.

Hoofdstuk 6: Conclusie

In de voorgaande hoofdstukken zijn alle deelvragen van dit onderzoek besproken en beantwoord. In dit hoofdstuk wordt deels antwoord gegeven op de centrale vraag van dit onderzoek. In paragraaf 6.1 staat de reflectie van dit onderzoeksrapport. De centrale vraag van dit onderzoek luidt:

‘Welk advies kan er, op basis van jurisprudentieonderzoek, aan Van Buttingha Wichers notarissen gegeven worden, met betrekking tot de vraag wanneer een (kanton)rechter – ondanks een levenstestament – beslist om toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap toe te wijzen? Welke feiten en omstandigheden zijn hierbij van belang?’

Het levenstestament is een document, waarin iemand een aantal zaken vastlegt voor het geval er tijdens zijn/haar leven iets gebeurt, waardoor hij/zijzelf – al dan niet tijdelijk – niet meer kan of wil handelen.’ Het levenstestament is ontstaan in 2007 door mevrouw mr. M.E.L. Fikkers. Zij heeft destijds als voorzitter van het Landelijk Overleg Kantonrechters de juridische beroepsgroep gewezen op het nut en de noodzaak van het levenstestament. Zij stelde dat het makkelijker zou zijn voor (kanton)rechters om toestemming of machtiging voor bepaalde rechtshandelingen te verlenen indien de wensen van de rechthebbende bekend zouden zijn.

Naast het levenstestament bestaan er nog drie wettelijke beschermingsmaatregelen in Nederland die bescherming kunnen bieden aan meerderjarige wilsonbekwamen, namelijk: meerderjarigenbewind, mentorschap en curatele. Het meerderjarigenbewind ziet toe op financiële zaken. Bij mentorschap is er sprake van bescherming op persoonlijk vlak, waarbij de mentor beslissingen neemt over zaken als verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding van de betrokkene. Curatele ziet toe op zowel persoonlijke als financiële zaken.

De mate van bescherming voor het levenstestament is minder sterk dan bij wettelijke beschermingsmaatregelen. Deze rechtsbescherming voor het levenstestament kan worden bevorderd door de notaris voorlichting te laten geven en te werken met een bepaald model waarin waarborgen zijn ingebouwd. Er zijn verschillende waarborgen denkbaar om het levenstestament betere rechtsbescherming te bieden, zoals: het instellen van toezicht door het aanwijzen van een toezichthouder, het vragen van voorafgaande toestemming aan de toezichthouder voor het verrichten van rechtshandelingen boven een bepaald bedrag en het opnemen van een rekening- en verantwoordingsplicht.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de feiten en omstandigheden waarop de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden toetst, zijn:

- de fysieke en mentale gesteldheid van rechthebbende;
- slechte familieverhoudingen;
- de woonplaats van de gevolmachtigde;
- mogelijk financieel misbruik;
- transparantie van de gevolmachtigde;
- de verklaringen van de deskundigen; en
- worden de belangen van de rechthebbende vooropgesteld.

Naast bovengenoemde feiten en omstandigheden worden de volgende omstandigheden ook meegenomen in de beoordeling van de (kanton)rechter:

- is rechthebbende weduwe/weduwnaar;
- is er een vastgestelde diagnose, zoals: Alzheimer of de ziekte van Parkinson;
- was de rechthebbende vooraf aan de terechtzitting al niet meer in staat om zijn of haar vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen; en
- rechthebbende heeft het levenstestament laten opstellen om meerderjarigenbewind en/of mentorschap te voorkomen.

Tevens blijkt uit de geanalyseerde jurisprudentie en relevante literatuur dat op grond van artikel 1:383 lid 2 BW, de (kanton)rechter de uitdrukkelijke voorkeur van de volmachtgever moet volgen in de benoeming van de curator. Hetzelfde staat ook bij bewind (art. 1:435 lid 3 BW) en mentorschap (art. 1:452 lid 3 BW). De (kanton)rechter is gehouden aan de voorkeur van de volmachtgever, echter mag de (kanton)rechter hier ook van afwijken als er gegronde redenen zijn om niet mee te gaan in de voorkeur van de volmachtgever.

De wens van de volmachtgever dient altijd gevolgd te worden. Echter gebeurt dit niet altijd. De omstandigheden van het geval maken dat deze wens niet altijd gevolgd wordt.

§6.1 Reflectie

In deze paragraaf wordt er een reflectie gegeven over het uitgevoerde onderzoek.

Ten eerste was het een uitdaging om goede en relevante rechterlijke uitspraken te vinden. In mijn plan van aanpak had ik de relevante rechterlijke uitspraken al gevonden, maar tijdens mijn analyse bleken niet alle uitspraken even interessant voor mijn onderzoek. In de desbetreffende rechterlijke uitspraken kwamen er te weinig feiten en omstandigheden naar voren. Dit heeft desondanks geen invloed gehad op mijn resultaten, omdat ik nog genoeg overige relevante rechterlijke uitspraken kon gebruiken.

Ten tweede had ik verwacht dat er op basis van het jurisprudentieonderzoek direct een rode draad zou ontstaan. Deze rode draad ontstond echter pas na het combineren van het jurisprudentie- en literatuuronderzoek in mijn uiteindelijke resultaten.

Ten slotte vond ik het lastig om deelvraag 5 te beantwoorden, aangezien ik uit de geanalyseerde jurisprudentie niet direct kon afleiden wat er met de wensen van de volmachtgever gebeurt als er een wettelijke beschermingsmaatregel is opgelegd ten aanzien van de volmachtgever. Gebleken is dat de (kanton)rechter de uitdrukkelijke wens en voorkeur van de volmachtgever accepteert, tenzij er gegronde redenen zijn om daarvan af te wijken.

Hoofdstuk 7: Aanbevelingen

De aanbevelingen die hieronder worden beschreven zijn vormgegeven met behulp van de resultaten en de conclusies die in voorgaande hoofdstukken zijn benoemd.

Op basis van dit onderzoek geef ik Van Buttingha Wichers notarissen de navolgende aanbevelingen en daarmee tegelijkertijd antwoord op de centrale vraag:

1. Waarborgen opnemen

Ik adviseer om in het levenstestament waarborgen op te nemen om betere rechtsbescherming te bieden. Er zijn verschillende waarborgen denkbaar om dit te bieden:

- het instellen van toezicht door het aanwijzen van een toezichthouder;
- het vragen van voorafgaande toestemming aan de toezichthouder voor he verrichten van rechtshandelingen boven een bepaald bedrag;
- het opnemen van een rekening- en verantwoordingsplicht;
- personen die tot gevolmachtigde benoemd worden, kunnen bijvoorbeeld bij meerderjarigenbewind, mentorschap en curatele geen bewindvoerder, mentor of curator meer zijn. Dit is in verband met de toezichthoudende functie;
- het registreren van het levenstestament in het CLTR;
- bij de uitoefening van het levenstestament moet duidelijk blijken dat de rechten, de wil en de voorkeuren van de volmachtgever worden gerespecteerd;
- bij de benoeming van één gevolmachtigde, zorg dan voor openheid naar de overige familieleden toe om argwaan te voorkomen;
- het levenstestament moet maatwerk zijn;
- het levenstestament moet, indien mogelijk, in duur beperkt zijn; en
- het levenstestament zou regelmatig beoordeeld moeten worden door een onafhankelijke instantie.

2. Extra hoofdstuk

Daarnaast adviseer ik om in het levenstestament een hoofdstuk op te nemen voor de (kanton)rechter ten aanzien van de wensen omtrent benoembare personen indien er eventueel toch een mentorschap, meerderjarigenbewind of curatele wordt aangevraagd. De (kanton)rechter dient op grond van de wet de voorkeur van de rechthebbende voor een

bepaalde persoon te volgen, tenzij gegronde redenen zich daartegen verzetten (zie artikel 1:435 lid 3 BW).

3. Verklaring wilsbekwaamheid

Tot slot adviseer ik om, bij enige twijfel omtrent de wilsbekwaamheid van cliënt, een verklaring van een onafhankelijke arts te vragen. De cliënt wordt dan onderzocht op lichamelijk, psychisch en sociaal vlak. Deze onafhankelijke arts kan met zekerheid vaststellen of cliënt wilsbekwaam is. Hiermee voorkom je dat het levenstestament achteraf ongeldig wordt verklaard en er alsnog een wettelijke beschermingsmaatregel wordt opgelegd.

Beroepsproduct

In **bijlage 2** heb ik een memo geschreven voor de (kandidaat)-notarissen van Van Buttingha Wichers notarissen. Hierin staan de concrete aanbevelingen nog eens nader beschreven.

Literatuurlijst

Handboeken

- **Autar e.a. 2019**

A.R. Autar e.a., *Compendium Estate Planning 7*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019

Preadvies

- **Engelbertink & Blankman 2013**

C.G.C. Engelberink & K. Blankman, *Het levenstestament in de maatschappij, notariële bescherming ouderen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013

Vaktijdschriften

- **Blankman, WPNR 2016/7123**

K. Blankman, 'Een wettelijke regeling voor het levenstestament?', WPNR 2016/7123.

- **Bogaards 2015**

E. Bogaards, 'Wie beslist als u dat zelf niet meer kunt?', Plus Magazine, Baarn: SPN Uitgevers 2015.

- **Brinkman & Van Anken, WPNR 2015/7064**

R.E. Brinkman & J.M. van Anken, 'Levenstestament versus bewind en mentorschap', WPNR 2015/7064.

- **Brinkman & Van Anken, WPNR 2016/7131**

R.E. Brinkman & J.M. van Anken, J. M. 'Het levenstestament en/in de notariële praktijk', WPNR 2016/7131.

- **Bruins, Notariaat Magazine 2011/5**

A. Bruins, 'Levenstestament verdient Europese aanbeveling', Notariaat Magazine 2011/ 5.

- **De Hoog, JBN 2016/23**

L.M. de Hoog, 'De invloed van een levenstestament op de instelling van een beschermingsbewind', JBN 2016/23.

- **Engelbertink, Kwartaalbericht Estate Planning 2013/63**

C.G.C. Engelbertink, 'Het levenstestament, een nieuwe ontwikkeling', Kwartaalbericht Estate Planning 2013/63.

- **Kapma, VFP 2011/(7/8)**

B.O. Kapma, 'Het levenstestament', VFP 2011/(7/8), Deventer: Wolters Kluwer Uitgevers 2011

- **Stollenwerck & Van der Heide-Van Ijzinga Veenstra, FTV 2010/40**

A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. Van der Heide- van Ijzinga Veenstra, *‘Het levenstestament, een inleiding’*, FTV 2010/40, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010

- **Weijers, FTV 2019/10**

H.J. Weijers, *‘Het levenstestament en het afleggen van rekening en verantwoording’*, FTV 2019/10.

Elektronische bronnen

- **KNB 2014**

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, *‘Explosieve stijging aantal geregistreerde levenstestamenten’*, Geraadpleegd op 12 mei 2020, van <https://www.knb.nl/nieuwsberichten/explosieve-stijging-aantal-geregistreerde-levenstestamenten>

- **KNB januari 2020**

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, *‘Factsheets januari 2020’*, Geraadpleegd op 6 april 2020, van <https://www.knb.nl/actueel/factsheets>

- **KNB april 2020**

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, *‘Factsheets april 2020’*, Geraadpleegd op 7 juni 2020, van <https://www.knb.nl/actueel/factsheets>

- **Levenstestament Service 2017**

Auteur onbekend (2017) *‘Levenstestament Wat is het en wie kan je erin opnemen?’*, Geraadpleegd op 6 april 2020, van <https://levenstestamentservice.nl/levenstestament/>

- **Teeuwen 2018**

D. Teeuwen, *‘Wat staat er in een levenstestament?’*, Geraadpleegd op 12 mei 2020, van <https://notaristeeuwen.nl/nieuwsbrief-wat-staat-er-in-een-levenstestament>

- **Voskuil-Van Dijk 2018**

P. Voskuil - van Dijk, *‘Ondanks levenstestament toch bewind en/of mentorschap?’*, Geraadpleegd op 12 mei 2020, van <https://www.deboorderadvocaten.com/actualiteiten/levenstestament-bewind-mentorschap/>

Parlementaire stukken

- Kamerstukken II 2011/12, 33054, p. 3.

Europese regelgeving

- PbEU 2008, C 204/21.

Publicatieblad van de Europese Unie 2008/C 204/21, Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het thema: waarborgen voor algemeen toegankelijke en duurzaam gefinancierde langdurige zorg voor ouderen.

Jurisprudentie

- Rechtbank Oost-Brabant 16 maart 2015 ECLI:NL:RBOBR:2015:1548
- Rechtbank Oost-Brabant 26 maart 2015 ECLI:NL:RBOBR:2015:1997
- Rechtbank Oost-Brabant 31 maart 2015 ECLI:NL:RBOBR:2015:1998
- Hof Den Haag 15 juli 2015 ECLI:NL:GHDHA:2015:2121
- Hof Amsterdam 21 juli 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:3131
- Hof Amsterdam 2 februari 2016 ECLI:NL:GHAMS:2016:346
- Rechtbank Noord-Holland 13 februari 2017 ECLI:NL:RBNHO:2017:474
- Hof Amsterdam 11 april 2017 ECLI:NL:GHAMS:2017:1252
- Rechtbank Midden-Nederland 14 september 2017 ECLI:NL:RBMNE:2017:4768
- Rechtbank Noord-Holland 12 oktober 2017 ECLI:NL:RBNHO:2017:8481
- Rechtbank Noord-Holland 12 oktober 2017 ECLI:NL:RBNHO:2017:8483
- Rechtbank Midden-Nederland 12 oktober 2017 ECLI:NL:RBMNE:2017:5104
- Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2017 ECLI:NL:GHARL:2017:10353
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 december 2017 ECLI:NL:RBZWB:2017:8544
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2018 ECLI:NL:GHARL:2018:10856
- Rechtbank Midden-Nederland 14 maart 2019 ECLI:NL:RBMNE:2019:1113
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2019 ECLI:NL:GHARL:2019:9847
- Gerechtshof Amsterdam 17 december 2019 ECLI:NL:GHAMS:2019:4635
- Rechtbank Noord-Holland 18 februari 2020 ECLI:NL:RBNHO:2020:1161

Bijlagen

§Bijlage 1 – Analyse schema

Legenda:

Bovenin de tabel staan de vier topics op basis waarvan de uitspraken zijn geanalyseerd. Te weten: 1. Situatie en omgevingsfactoren, 2. Reden beroep betrokkene, 3. Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de gevolmachtigde(n)? en 4. Is er ondanks het levenstestament toch bewind/mentorschap uitgesproken? In de linker kolom van de tabel staan de uitspraken met ECLI-nummers weergegeven. De uitspraken zijn genummerd van 1 tot en met 18. In elke kolom wordt één topic besproken aan de hand van de betreffende uitspraak.

Tabel 1 - Analyse schema

	ECLI-nummer	Topic 1: Situatie en omgevingsfactoren	Topic 2: Reden beroep betrokkene	Topic 3: Op basis van welke feiten en omstandigheden toetst de (kanton)rechter de gevolmachtigde(n)?	Topic 4: Is er ondanks het levenstestament toch meerderjarigenbewin d en/of mentorschap uitgesproken?
1.	ECLI:NL:RBOBR:2015:1548	Rechthebbende heeft vijf kinderen, drie dochters en twee zoons. De zoons verzoeken de kantonrechter om bewind in te stellen. Rechthebbende is	De twee zoons van rechthebbende verdenken hun twee oudste zussen van financieel misbruik. De zoons stellen dat rechthebbende op niveau 5 van dementie	- De verklaring van de betrokken notaris - De verklaring van de onafhankelijke geriater - De verklaring van de rechthebbende	Nee, het levenstestament is gevolgd.

'Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?'

		weduwnaar en woont in een verzorgingstehuis. Rechthebbende heeft een levenstestament gemaakt waarbij de twee oudste dochters zijn aangewezen als gevolmachtigden.	zit. Tevens twijfelen zij aan de wilsbekwaamheid van rechthebbende ten tijde van het opstellen van het levenstestament.		
2.	ECLI:NL:RBOBR:2015:1997	Rechthebbenden hebben samen een dochter. Zij hebben een levenstestament opgesteld en hun dochter als gevolmachtigde aangewezen. Rechthebbenden zijn als gevolg van een lichamelijke of geestelijke toestand niet in staat om hun belangen zelf behoorlijk waar te nemen.	De dochter van rechthebbenden geeft aan dat er sprake is van een persoonsgebonden budget waarbij zij verantwoording zal moeten afleggen aan het zorgkantoor. Het zorgkantoor eist, ondanks de volmacht, bewind.	- De verklaring van de gevolmachtigde - Bewind wordt uitgesproken om het verlenen van zorg niet te frustreren	Ja, ondanks het levenstestament is er bewind uitgesproken.
3.	ECLI:NL:RBOBR:2015:1998	Rechthebbende heeft een levenstestament opgesteld en al zijn kinderen als gevolmachtigde aangewezen. Rechthebbende is als gevolg van een lichamelijke of geestelijke toestand	Twee kinderen van rechthebbende geven aan dat rechthebbende vatbaar is voor colportage.	- Rechthebbende is vatbaar voor colportage	Ja, ondanks het levenstestament is er bewind uitgesproken.

‘Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?’

		niet in staat om zijn belangen zelf behoorlijk waar te nemen.			
4.	ECLI:NL:GHDHA:2015:2121	Rechthebbende is alleenstaande en haar zoon is haar bewindvoerder. Rechthebbende heeft meerdere kinderen, welke een belang hebben bij de afwikkeling van de boedelbeschrijving van hun overleden vader. Er is sprake van gespannen familieverhoudingen.	De betrokkene vindt dat er mede door de gespannen familieverhoudingen en de complexiteit van de boedel, er een tweede onafhankelijke bewindvoerder moet worden benoemd.	- Er hebben zich geen onregelmatigheden voorgedaan naar aanleiding van het bewind - De boedelbeschrijving is opgemaakt - Er is rekening en verantwoording afgelegd	Nee, het levenstestament is gevolgd.
5.	ECLI:NL:GHAMS:2016:346	Rechthebbende is alleenstaande en heeft een dochter. Rechthebbende heeft een levenstestament opgesteld in 2014 waarin hij zijn dochter aanwijst als gevolmachtigde. Hij staat inmiddels onder bewind door een onafhankelijke partij. Rechthebbende is gediagnosticeerd met cortico basale degeneratie. Dit houdt in dat zijn	De dochter van rechthebbende verzet zich tegen de uitspraak van de rechtbank waarin een onafhankelijke bewindvoerder benoemd wordt. Zij is van mening dat dit niet de wens is van haar vader, zoals beschreven in het levenstestament. Tevens stelt zij dat haar vader niet zelf een verzoek tot meerderjarigenbewin	- Rechthebbende is niet in staat is om zijn belangen zelf behoorlijk waar te nemen - De huidige bewindvoerder heeft opgemerkt dat er hoge bedragen van de rekening gehaald zijn door de dochter van rechthebbende. - Rechthebbende wil in zijn eigen woning blijven, waartegen de dochter zich verzet.	Ja, ondanks het levenstestament is er bewind uitgesproken.

‘Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?’

		spreekvaardigheden zullen verslechteren.	d heeft ingediend. Dit moet door de hulpverleners gedaan zijn.	- In strijd met de wil van rechthebbende.	
6.	ECLI:NL:RBNHO:2017:474	Rechthebbende heeft twee dochters. Zij heeft een levenstestament opgesteld en haar beide dochters als gevolmachtigden aangewezen. Rechthebbende is als gevolg van haar lichamelijke of geestelijke toestand niet in staat om haar belangen zelf behoorlijk waar te nemen.	De onderlinge verhouding tussen de dochters van rechthebbende is verstoord. Om die reden willen de dochters dat er een onafhankelijke bewindvoerder wordt benoemd.	- Geen reden om af te wijken van het levenstestament - Onderlinge verhoudingen tussen de kinderen van rechthebbende zijn verstoord - Onvoldoende grond om een bewind in te stellen. Er staan andere minder vergaande mogelijkheden open om deze onderlinge problemen op te lossen.	Nee, het levenstestament wordt gevolgd.
7.	ECLI:NL:GHAMS:2017:1252	Rechthebbende heeft een dochter en een zoon. Zij heeft een levenstestament opgesteld en daarin haar zoon aangewezen om de financiële zaken te regelen. In 2013 zou de ziekte van Alzheimer zijn vastgesteld bij rechthebbende. Rechthebbende betwist dit.	De dochter van rechthebbende is van mening dat een onafhankelijke derde benoemd dient te worden tot bewindvoerder. Zij stelt dat haar moeder niet wilsbekwaam is vanwege de ziekte van Alzheimer, waardoor het levenstestament nooit opgesteld had mogen worden. Tevens	- Wilsbekwaamheid rechthebbende - Geen tekenen van dementie - Onderlinge verhoudingen verstoord - Contactherstel tussen de dochter en rechthebbende behoren niet tot het takenpakket van een	Nee, het levenstestament wordt gevolgd.

‘Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?’

			is er sprake van slechte familieverhoudingen, waardoor de zoon van rechthebbende niet geschikt zou zijn als mentor en bewindvoerder	bewindvoerder en mentor.	
8.	ECLI:NL:RBMNE:2017:4768	Rechthebbende is weduwe en heeft vijf kinderen. Zij heeft een levenstestament laten opstellen in 2012 en heeft volmacht gegeven aan haar oudste zoon om haar vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen te behartigen in geval van onbekwaamheid.	Het tweede kind van rechthebbende heeft verzocht om het levenstestament ongeldig te verklaren vanwege een dementieel proces dat al aanwezig was tijdens het opstellen van de akte. Tevens wil verzoeker dat zij zelf wordt aangesteld als gevolmachtigde van rechthebbende, omdat haar broer (zoon van rechthebbende) in Australië woont en niet adequaat kan reageren.	- Geldigheid levenstestament - Zoon is niet in staat snel en adequaat te reageren op zorgvragen, omdat hij in Australië woont. - Slechte familieverhoudingen - Voorkeur gaat naar een onafhankelijke bewindvoerder en mentor.	Ja, ondanks het levenstestament is er bewind uitgesproken.
9.	ECLI:NL:RBNHO:2017:8481	Rechthebbende heeft twee zoons. Zij heeft een levenstestament opgesteld in 2017 en heeft volmacht gegeven aan haar oudste zoon om haar vermogensrechtelijke en niet-	De zoon die niet gevolmachtigd is, verzoekt de kantonrechter een onafhankelijke bewindvoerder te benoemen. Hij stelt dat zijn broer niet transparant te werk	- Gevolmachtigde niet transparant in werkzaamheden. - Het bezoek van de andere zoon aan rechthebbende heeft gevolmachtigde verhinderd.	Ja, ondanks het levenstestament is er bewind uitgesproken.

'Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?'

		vermogensrechtelijke belangen te behartigen in geval van onbekwaamheid.	gaat en dat hij het bezoek van hem aan zijn moeder heeft verhinderd.	- Ernstige onenigheid tussen broers	
10	ECLI:NL:RBNHO:2017:8483	Rechthebbende heeft twee zoons. Zij heeft een levenstestament opgesteld in 2017 en heeft volmacht gegeven aan haar oudste zoon om haar vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen te behartigen in geval van onbekwaamheid.	De zoon die niet gevolmachtigd is, verzoekt de kantonrechter om mentorschap in te stellen. Hij stelt dat zijn broer niet transparant te werk gaat en heeft dat hij het bezoek van hem aan zijn moeder heeft verhinderd.	- Gevolmachtigde niet transparant in werkzaamheden. - Het bezoek van de andere zoon aan rechthebbende heeft gevolmachtigde verhinderd. - Ernstige onenigheid tussen broers	Ja, ondanks het levenstestament is er mentorschap uitgesproken.
11.	ECLI:NL:RBMNE:2017:5104	Rechthebbende heeft een levenstestament opgesteld in 2017 waarin hij [B] aanwijst als zelfstandig gevolmachtigde. Daarnaast heeft hij zijn twee kleindochters als gezamenlijk gevolmachtigden een algemene volmacht gegeven. Rechthebbende heeft tijdens een verhoor door de kantonrechter meerdere malen en op consistente wijze te kennen gegeven dat	Twee betrokkenen hebben een verzoek ingediend tot onderbewindstelling van rechthebbende, omdat ze van oordeel zijn dat hij niet in staat is ten volle zijn vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen.	- Stukken en het verhoor van rechthebbende - Rechthebbende wil voorkomen dat een bewind over zijn vermogen wordt ingesteld - In staat is om zijn vermogensrechtelijke belangen waar te nemen.	Nee, het levenstestament wordt gevolgd.

‘Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?’

		zijn wensen zijn vastgelegd in zijn levenstestament.			
12.	ECLI:NL:GHARL:2017:10353	Rechthebbende is getrouwd en samen hebben ze drie zonen en een dochter. Bij de rechthebbende is in 2012 de ziekte van Parkinson vastgesteld en is er een cognitieve achteruitgang geconstateerd. Zij is niet in staat om haar belangen zelf behoorlijk waar te nemen. Rechthebbende heeft in 2014 een levenstestament laten opstellen en haar echtgenoot als gevolmachtigde aangewezen. In 2016 heeft rechthebbende samen met haar zoon een verzoek tot onderbewindstelling van rechthebbende ingediend bij de rechtbank.	De echtgenoot van rechthebbende gaat in beroep tegen de uitspraak van de kantonrechter waarin hij de zoon en dochter tot bewindvoerder en mentor benoemd. Hij is het niet eens met de procedurele gang van zaken in eerste aanleg en heeft de authenticiteit van de handtekening van de rechthebbende aan de orde gesteld.	- Belangen rechthebbende niet voldoende beschermt - Ernstig verstoorde familieverhoudingen - Onderling wantrouwen binnen de familie - Zwaarwegende belangen	Ja, ondanks het levenstestament wordt er bewind uitgesproken.
13.	ECLI:NL:RBZWB:2017:8544	Rechthebbende heeft drie zonen en twee dochters. Tussen de kinderen is een	De zoon van rechthebbende verzoekt de kantonrechter om	- Rechthebbende niet meer in staat is om belangen zelf waar te nemen	Nee, het levenstestament wordt gevolgd.

		verstoorde verhouding. Rechthebbende heeft op 11 september 2017 een levenstestament laten opstellen met als doel dat er geen bewind/mentorschap wordt ingesteld. Als algemeen gevolmachtigden heeft ze twee andere kinderen benoemd.	bewind in te stellen ten behoeve van zijn moeder. Hij wil graag dat er een onafhankelijke professionele bewindvoerder wordt benoemd, aangezien zijn broer volgens hem zonder overleg en zonder medische verklaring de financiën van zijn moeder heeft overgenomen. Dit zou een illegale administratie zijn. Tevens stelt de zoon dat zijn moeder psychische klachten heeft die lijken op Alzheimer.	- Rechthebbende heeft met haar levenstestament zelf een passende voorziening geregeld - Uitgangspunt is zelfbeschikking van het individu.	
14.	ECLI:NL:GHARL:2018:10856	Rechthebbende heeft drie kinderen. Zij heeft in 2014 een levenstestament opgesteld en twee zonen een volmacht verleend tot het verrichten van rechtshandelingen. Zij is zelf niet meer in staat om haar belangen zelf behoorlijk waar te nemen.	De overige zoon van rechthebbende stelt dat er bij levenstestament weliswaar is bepaald dat zijn twee broers de belangen van hun moeder moet behartigen, maar zijn broers behartigen haar belangen niet goed. Hij is door zijn broers bij zijn moeder weggehouden. Ook	- Geen reden om te twifelen aan de geldigheid van het levenstestament - Huisarts heeft verklaring gegeven - De rechthebbende was compos mentis - Rechthebbende zelfstandig besloten tot het laten opmaken van een levenstestament. Het levenstestament heeft voorrang boven	Nee, het levenstestament wordt gevolgd.

			constateerde hij dat hun moeder zowel psychisch als fysiek erg achteruitging. Tevens beschuldigt hij zijn broers van financieel misbruik. Zijn moeder moet onder grote druk staan, aangezien ze hem heeft ontferd.	het instellen van een wettelijke beschermingsmaatregel.	
15.	ECLI:NL:RBMNE:2019:1113	Rechthebbende heeft drie kinderen en heeft sinds 2011 een relatie met de heer [A]. In januari 2015 is bij rechthebbende de diagnose dementie vastgesteld. Rechthebbende is zelf niet meer in staat om haar belangen behoorlijk waar te nemen. Op 10 maart 2015 heeft rechthebbende een algemene volmacht laten opstellen, waarin zij de heer [A] als gevolmachtigde benoemd om haar vermogensrechtelijke en medische belangen te behartigen. De heer [A] is in 2017 bij rechthebbende	De dochter van rechthebbende heeft thuiszorg geregeld voor haar demente moeder. Deze thuiszorgorganisatie heeft onderzoek gedaan naar de woonsituatie van de moeder en een rapportage opgesteld. Op 6 november 2018 heeft er een gesprek plaatsgevonden waarbij de kinderen en de heer [A] aanwezig waren. Naar aanleiding van dit gesprek heeft de heer [A] de thuiszorg laten weten dat hij het contract, dat ondertekend is door de dochter van rechthebbende, niet rechtsgeldig acht. Hij	- Belangen rechthebbende worden niet voldoende beschermd - Wederzijds wantrouwen en strijd tussen familieleden - Volmacht door rechthebbende afgegeven op een moment dat gelegen is na de gestelde diagnose, waardoor in twijfel kan worden getrokken of deze volmacht op eigen initiatief tot stand is gekomen.	Ja, ondanks de algemene volmacht wordt er bewind uitgesproken.

		ingetrokken en betaalt niet mee aan de hypotheeklasten of aan gas, licht en water. Op 30 oktober 2018 is er thuiszorg geregeld van di t/m za door de dochter van rechthebbende.	heeft geweigerd de kosten te betalen.		
16.	ECLI:NL:GHARL:2019:9847	Rechthebbende heeft vier kinderen, twee dochters en twee zonen. Rechthebbende woont in een verpleeghuis en is zelf niet meer in staat om haar belangen behoorlijk waar te nemen.	De kantonrechter heeft in april 2015 een bewind ingesteld over de goederen en gelden van de rechthebbende. Drie kinderen van rechthebbende zijn het hier niet mee eens. Zij stellen dat rechthebbende in haar levenstestament de uitdrukkelijke voorkeur heeft uitgesproken om de oudste dochter als bewindvoerder te benoemen. De zoon van rechthebbende voert hier verweer tegen en stelt dat er familieproblematiek is. Hij wil een onafhankelijke bewindvoerder voor rechthebbende.	- Dochter die benoemd is in het levenstestament is destijds nooit bewindvoerder geweest - Voorkeur is nooit gehandhaafd - Voorkeur in levenstestament is sindsdien achterhaald - Niet in het belang van rechthebbende om een van haar kinderen als bewindvoerder te benoemen. - Sprake van zeer complexe familieverhoudingen met veel wantrouwen.	Ja, ondanks het levenstestament wordt er bewind uitgesproken.

17.	ECLI:NL:GHAMS:2019:4635	Rechthebbende heeft drie kinderen. Zij heeft in 2016 een levenstestament opgesteld en haar dochter tot gevolmachtigde benoemd. Deze volmacht is kort daarna herroepen. In 2017 is er een nieuw levenstestament opgesteld waarin rechthebbende haar broer tot gevolmachtigde benoemd. Haar kinderen zijn het hier niet mee eens. Ze zijn in beroep gegaan, waardoor er een onafhankelijke bewindvoerder/mentor is benoemd. Ook hier zijn de kinderen het niet mee eens.	De kinderen stellen dat rechthebbende in staat is om haar belangen zelf waar te nemen. Aangezien er een levenstestament is, is er geen reden om bewind en mentorschap in te stellen. De onenigheid binnen de familie betreft de kinderen onderling en is bovendien niet zodanig dat een professionele derde tot bewindvoerder en mentor dient te worden benoemd.	- Rechthebbende niet in staat is om belangen zelf te behartigen - Diagnose dementie - Conflicten tussen kinderen en de broer van rechthebbende - Onderling wantrouwen - De broer van rechthebbende handelt volgens het hof niet in het belang van rechthebbende.	Ja, ondanks het levenstestament wordt er bewind uitgesproken.
18.	ECLI:NL:RBNHO:2020:1161	Rechthebbende heeft drie kinderen. Ze heeft in haar levenstestament d.d. 5 juni 2018 haar zoon aangewezen als algemeen gevolmachtigde op vermogensrechtelijk	De dochter van rechthebbende stelt dat het levenstestament van haar moeder nietig is. Haar moeder is zelf niet meer in staat om haar belangen zelf behoorlijk waar te	- Geen aanleiding om levenstestament terzijde te schuiven - De notaris heeft geen redenen gezien om levenstestament niet te passeren - Het is aan verzoekster zelf te wijten dat nu	Ja, ondanks het levenstestament wordt er een mentor toegewezen. De zoon van rechthebbende blijft wel gevolmachtigde met betrekking tot

'Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?'

		gebied. Voor medische zaken heeft ze haar drie kinderen tezamen benoemd als gevolmachtigde. Op 12 februari 2019 heeft een arts geconcludeerd dat rechthebbende wilsonbekwaam was ten aanzien van het opstellen van een levenstestament.	nemen, daarom is het noodzakelijk dat er een bewindvoerder wordt benoemd. De zoon en andere dochter van rechthebbende zijn het hier niet mee eens. Zij vinden dat een diagnose 'dementie' niet betekent dat iemand op elk terrein wilsonbekwaam is.	discussie is ontstaan over de vraag of rechthebbende de inhoud van het levenstestament heeft begrepen. - Wens rechthebbende voor wat betreft de medische zaken is niet werkbaar - Er wordt een onafhankelijke mentor benoemd	vermogensrechtelijke zaken
--	--	--	--	--	-----------------------------------

Memo

Aan: Van Buttingha Wichers notarissen

Van: Yvette de Gier

CC:

Datum: 16 juni 2020

Betreft: concreet advies n.a.v. onderzoeksrapport

Beste collega's,

Naar aanleiding van mijn afstuderen heb ik het onderzoeksrapport ‘Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?’ geschreven. Dit onderzoeksrapport heb ik uitgevoerd in opdracht van Van Buttingha Wichers notarissen. De centrale vraag van dit onderzoek luidt:

Welk advies kan er, op basis van jurisprudentieonderzoek, aan Van Buttingha Wichers notarissen gegeven worden, met betrekking tot de vraag wanneer een (kanton)rechter – ondanks een levenstestament – beslist om toch meerderjarigenbewind en/of mentorschap toe te wijzen? Welke feiten en omstandigheden zijn hierbij van belang?

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de feiten en omstandigheden waarop de (kanton)rechter de in het levenstestament aangewezen persoon en de aan hem opgedragen taken en bevoegdheden toetst, zijn: de fysieke en mentale gesteldheid van rechthebbende, slechte familieverhoudingen, de woonplaats van de gevolmachtigde, mogelijk financieel misbruik, transparantie van de gevolmachtigde, de verklaringen van de deskundigen en of de belangen van de rechthebbende vooropgesteld worden.

Op basis van het jurisprudentie- en literatuuronderzoek adviseer ik om extra waarborgen in het levenstestament op te nemen, zoals: de instelling van een toezichthouder, het vragen van voorafgaande toestemming aan de toezichthouder voor het verrichten van rechtshandelingen boven een bepaald bedrag en de rekening- en verantwoordingsplicht.

'Het levenstestament: de regie in eigen handen, of toch niet?'

Tevens dient het levenstestament maatwerk te zijn en te allen tijde ingeschreven te worden in het CLTR.

Ten slotte adviseer ik om in het levenstestament een hoofdstuk op te nemen voor de (kanton)rechter ten aanzien van de wensen omtrent benoembare personen indien er eventueel toch een mentorschap, meerderjarigenbewind of curatele wordt aangevraagd en om bij enige twijfel omtrent de wilsbekwaamheid van cliënt, een verklaring van een onafhankelijke arts te vragen. De cliënt wordt dan onderzocht op lichamelijk, psychisch en sociaal vlak. Deze onafhankelijke arts kan met zekerheid vaststellen of cliënt wilsbekwaam is. Hiermee voorkom je dat het levenstestament achteraf ongeldig wordt verklaard en er alsnog een wettelijke beschermingsmaatregel wordt opgelegd.

Met vriendelijke groet,

Yvette de Gier

Student Hogeschool Leiden