



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ondernemer en zijn levenstestament en het testament voor de nalatenschap

Mellema-Kranenburg, T.J.

Citation

Mellema-Kranenburg, T. J. (2017). De ondernemer en zijn levenstestament en het testament voor de nalatenschap. *Pe-Tijdschrift Voor De Bedrijfsopvolging*, 2017(2), 31-37. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/71545>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/71545>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Ref: 20170201.01 TM MS

De ondernemer en zijn levenstestament1. Inleiding

Het is voor een ondernemer belangrijk zijn opvolging te regelen.

Hij kan dat tijdens zijn leven doen, waarbij hij zelf nog aanwezig is en weerwoord kan geven en hij kan dat bij testament doen. Dat laatste zal met name het geval zijn als hij er nog niet aan toe is om zijn bedrijf over te dragen, bijvoorbeeld omdat de juiste bedrijfsopvolger nog niet in beeld is, of omdat hij nog jong is.

Maar in al deze gevallen kan het ook zijn dat de ondernemer overvallen wordt door een gebeurtenis als een herseninfarct, auto- of skiongeluk, dat hij wel overleeft, maar waardoor hij zijn taken als ondernemer niet of niet meer zoals voorheen kan verrichten.

Voor die gevallen is in de praktijk het levenstestament ontwikkeld. Het levenstestament is eigenlijk niets anders dan een volmacht waarbij de levenstestateur, ook wel volmachtgever genoemd, de levensexecuteur, ook wel gevolmachtigde genoemd, de bevoegdheid verleent bepaalde taken te verrichten. Dat kan heel algemeen zijn, maar ook heel specifiek, bijvoorbeeld slechts voor één handeling, zoals de verkoop van het bedrijf.

In het onderstaande zal ik beschrijven hoe aan een levenstestament vorm en inhoud kan worden gegeven en wat de knelpunten zijn die kunnen optreden.

2. Het kader waarbinnen levenstestamenten/volmachten bestaan

Het aantal levenstestamenten is de afgelopen jaren explosief gestegen. In 2016 zijn er volgens cijfers van de KNB (de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie) zo'n 20.000 levenstestamenten per kwartaal gepasseerd.

Daarvoor zijn verschillende oorzaken aan te wijzen: de ingewikkeldheid van de samenleving (administratieve rompslomp zoals het invullen van formulieren voor PGB's), de vergrijzing van de samenleving, de afkeer van arbeidsbemoeienis met het privéleven, wat bijvoorbeeld bij de instelling van een beschermingsbewind (onder toezicht van de kantonrechter) wel gebeurt.

Daarnaast zijn er ook internationaal aanbevelingen gedaan door het Comité van Ministers van de Raad van Europa om de zelfbeschikking van meerderjarigen voor het geval zij wilsonbekwaam zijn te bevorderen door het verlenen van volmachten en andere wilsverklaringen die van kracht zijn en blijven bij wilsonbekwaamheid.

Hierbij is het van belang dat de juridische vormgeving van beschermingsmaatregelen niet dieper en verder ingrijpen op het recht van zelfbeschikking dan strikt noodzakelijk is. Als volstaan kan worden met een minder zware maatregel dan moet voor die minder zware maatregel gekozen worden. Door de zelfredzaamheid die daardoor ontstaat, vinden er echter verschuivingen plaats van wettelijke regelingen (bewind, curatele) naar eigen regelingen. Daarbij moet goed in de gaten gehouden worden dat er voldoende bescherming geboden wordt aan de levenstestateur. De levenstestateur is vaak kwetsbaar en kan zelf niet controleren of de levensexecuteur zijn boekje niet te buiten gaat. Soms kan dit opgelost worden door een toezichthouder aan te stellen, waarover hieronder meer.

3. De vorm van het levenstestament

Als we ervan uitgegaan dat het levenstestament een volmacht is, zouden we deze ook in een onderhands stuk kunnen vastleggen.

Toch worden de levenstestamenten in de notariële vorm opgemaakt. Dat is ook nodig daar de instanties, zoals banken, zorgverzekeraars en andere bedrijven, de notariële vorm wensen. Ook voor inschrijving in het Centraal Levenstestamentenregister is de notariële vorm vereist.

Maar ook om andere redenen is de notariële vorm gewenst. De inhoud van de levenstestamenten gaat heel ver. Het is dringend noodzakelijk dat de notaris de levenstestateur erop wijst wat de consequenties van de aan de levensexecuteur gegeven bevoegdheden zijn. De notaris is de aangewezen persoon om die voorlichting te geven. Hij moet ook overeenkomstig zijn ambtsplicht deze voorlichting ('Belehrung') geven.

4. De inhoud van het levenstestament

a. Algemeen

In het levenstestament kan in beginsel alles geregeld worden wat men maar wil. In de eerste plaats wordt in het levenstestament een algemene bevoegdheid verleend tot het verrichten van rechtshandelingen (art.3:62 lid 1 BW). In beginsel vallen daar alle denkbare juridische handelingen onder op het gebied van het vermogensrecht. Daarnaast wordt er in het algemene deel bepaald of de gevolmachtigde al dan niet een ondervolmacht mag afgeven, iets wat niet altijd door de levenstestateur gewenst wordt. Ook kan bepaald worden dat de levensexecuteur al dan niet rechtshandelingen met zichzelf als wederpartij mag verrichten. Bijvoorbeeld: kan een levensexecuteur goederen van de gevolmachtigde aan zichzelf verkopen (art.3:68 BW, 'selbsteintritt').

b. Concrete bevoegdheden

Vervolgens worden in het levenstestament de concrete bevoegdheden uitgewerkt. In beginsel is dit een beperking van de algemene volmacht zoals deze onder a. is verwoord. Bij concrete zaken moet gedacht worden aan bankzaken, leningen verstrekken en kredietfaciliteiten afsluiten, hypotheekrechten en pandrechten vestigen, borgstelling of juist het verbod daartoe. Maar ook het doen van giften of een bespreking tot bepaalde personen is een onderwerp om in het levenstestament te regelen evenals de vertegenwoordiging bij de afwikkeling van het testament.

Veelal worden ook bepalingen opgenomen met betrekking tot een eventuele verkoop van de woning en alles wat daarbij komt kijken. Ook de mogelijkheid tot verhuur en verpachting kan expliciet genoemd worden.

Ook het beheer en de administratie van alles wat de levenstestateur bezit wordt vermeld in het levenstestament. Daar hoort ook bij het doen van aangifte van belastingen en het optreden in rechte namens de gevolmachtigde. Tegenwoordig wordt ook een aparte passage gewijd aan het persoonsgebonden budget. De gevolmachtigde wordt expliciet bevoegd verklaarde alle handelingen die daarvoor nodig zijn te verrichten.

Als het het levenstestament van een ondernemer betreft kunnen specifieke bevoegdheden worden opgenomen. Dat kan een algemene bepaling zijn, waarin hem alle bevoegdheden worden verleend die nodig zijn de onderneming draaiende te houden. Een en ander is natuurlijk ook afhankelijk van een eventuele samenwerkingsvorm waarin de onderneming gedreven wordt. Het maatschapscontract of de statuten van de besloten vennootschap kunnen daar bepalingen over bevatten.

In de meest levenstestamenten staat wel een zinnetje als 'in het algemeen al het nodige doen, alles zonder dat een onjuiste of onvolledige omschrijving van de bevoegdheden aan de gevolmachtigde kan worden tegengeworpen'. Hier zou de gevolmachtigde van de ondernemer mee uit de voeten kunnen.

Maar wat geldt als de gevolmachtigde handelingen verricht namens de besloten vennootschap waarvan de volmachtgever direct en groot aandeelhouder is? Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in zijn uitspraak van 9 december 2014 (GHARL:2014:9610) dat in dat geval de gevolmachtigde niet bevoegd was als algemeen gevolmachtigde de besloten vennootschap van de volmachtgever te verkopen daar de gevolmachtigde geen bestuurder van de besloten vennootschap was, welke kwaliteit vereist was voor de verkoop.

Uit de volmacht bleek niet voldoende dat de gevolmachtigde ook bevoegd was de volmachtgever als bestuurder van zijn besloten vennootschap te vertegenwoordigen. Deze uitspraak toont aan dat het in ieder geval verstandig is in de volmacht aan te geven wat de hoedanigheid van de volmachtgever is.

Het is bijvoorbeeld mogelijk in de volmacht aan te geven dat hij deze volmacht ook verleent in de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap.

Concluderend kan gesteld worden dat een volmacht die door de ondernemer gemaakt wordt, zo concreet kan zijn als de volmachtgever wenst. Als de volmachtgever een algemene volmacht verleent is het zeer verstandig nauwkeurig de hoedanigheid te vermelden waarin hij de volmacht verleent.

c. De medische volmacht

In veel levenstestamenten wordt ook een medische paragraaf opgenomen. In deze medische paragraaf wordt de levensexecuteur de bevoegdheid gegeven om in de behandelrelatie die de volmachtgever met zijn geneeskundige hulpverleners heeft diens belangen te behartigen in de zin van art. 7:465 BW.

Dat kan dus zijn het namens de levensexecuteur verlenen van toestemming voor een behandeling of juist een behandelverbod, maar ook het hebben van inzage in een medisch dossier. Zelfs aanwijzingen met betrekking tot euthanasie kunnen worden opgenomen. Gezegd moet wel worden dat de medische volmacht een ander karakter heeft als de algemene volmacht. Het samenspel tussen arts en patiënt valt meestal beperkt te beïnvloeden. Maar met deze volmacht wordt in ieder geval een contactpersoon aangewezen.

5. Rekening en verantwoording

In het levenstestament wordt vrijwel altijd aan de levensexecuteur de verplichting opgelegd periodiek rekening en verantwoording af te leggen. Het zal echter vaak zo zijn dat de levenstestateur zelf niet meer in staat is de rekening en verantwoording aan te nemen. Voor die situaties is het mogelijk een toezichthouder te benoemen. Een toezichthouder is een persoon tegenover wie de levensexecuteur de rekening en verantwoording af moet leggen. Denkbaar is ook dat er een toezichthouder voor specifiek omschreven bevoegdheden wordt aangewezen. Waar het een onderneming betreft zou bijvoorbeeld onderscheid gemaakt kunnen worden tussen de zakelijke transacties, die de onderneming betreffen en overig handelen. Het is niet verplicht om in een levenstestament een paragraaf over rekening en verantwoording op te nemen.

Dat wil overigens nog niet zeggen dat er dan geen juridische grond is rekening en verantwoording te vragen door bijvoorbeeld de erfgenamen. De Hoge Raad heeft in zijn beslissing van 9 mei 2014 geoordeeld dat in geval er niet sprake is van een expliciete juridische grond, aansluiting gezocht moet worden bij wel in de wet geregelde gevallen.

6. Wie worden tot levensexecuteur benoemd?

Vaak is een van de moeilijkste beslissingen bij het opmaken van een levenstestament wie tot levensexecuteur benoemd moet worden. Waar het handelingen in de privésfeer betreft zal vaak de echtgeno(o)t(e) tot levensexecuteur gekozen worden en bij opvolging de kinderen. Daarbij kan nog weer onderscheid gemaakt worden tussen de algemene volmacht en de medische volmacht.

Voor handelingen die de onderneming betreffen, zal veelal een ander persoon aangewezen worden met kennis van de onderneming.

Vooraf wanneer het een buitenstaander betreft zal de regeling van de rekening en de verantwoording belangrijk zijn en is een toezichthouder zeer aan te bevelen.

7. Begin en einde van de volmacht

In de meeste gevallen vangt de bevoegdheid van de levensexecuteur aan op het moment dat de levenstestateur wilsonbekwaam is. Maar wanneer is iemand wilsonbekwaam?

Het is duidelijk als iemand een herseninfarct heeft gehad of onder een lawine terecht is gekomen.

Maar wat wanneer hij aan het dementeren is?

In het levenstestament kan bepaald worden dat de volmacht direct ingaat maar dat hij pas gebruikt mag worden bij wilsonbekwaamheid. Er hoeft dan niemand meer aan te pas te komen.

Het alternatief is dat een deskundige onafhankelijke arts bepaalt of de wilsonbekwaamheid aanwezig is. Dit staat wel enigszins de zelfredzaamheid die vanuit Europa gepropageerd wordt, in de weg.

8. Einde van de volmacht

In het levenstestament wordt bepaald wanneer de volmacht eindigt. De belangrijkste beëindigingsgrond is het overlijden van de volmachtgever.

Overigens kan in het levenstestament bepaald worden dat de volmacht in bepaalde in de wet genoemde gevallen nog doorloopt na het overlijden (art.3:73 BW).

Een van die gronden is dat er rechtshandelingen verricht moeten worden, die nodig zijn voor het beheer van een onderneming.

Veelal is kort na het overlijden de verklaring van erfrecht of executele nog niet afgegeven en dan is het doorlopen van de volmacht buitengewoon praktisch.

De levensexecuteur kan een verleende volmacht ook intrekken. De levensexecuteur kan de volmacht opzeggen.

In de meeste volmachten wordt ook bepaald dat hij eindigt als de volmachtgever onder curatele of bewind wordt gesteld of een mentor wordt aangesteld.

Op deze manier wordt vermeden dat er twee regelingen naast elkaar bestaan.

Toetsvragen

1. Leidt een levenstestament tot een bevoegdheid of een verplichting voor de levensexecuteur?
2. Kan men meerdere levensexecuteurs benoemen?
3. Wat is een toezichthouder?
4. Wanneer eindigt de volmacht niet door de dood?
5. Is de levenstestateur zelf nog bevoegd naast de levensexecuteur?

De executeur

1. Inleiding

In steeds meer testamenten benoemt een erflater een executeur. Een executeur heeft tot taak de goederen van de nalatenschap te beheren en de schulden van de nalatenschap te voldoen. Zeker wanneer er sprake is van een nalatenschap waar een onderneming deel van uitmaakt is het verstandig een executeur te benoemen.

De executeur kan al zodra een verklaring van executele is afgegeven (en dat kan vrij snel na het openvallen van de nalatenschap) zijn taak aanvangen en het beheer van de nalatenschap ter hand nemen (art.4:144 BW).

Het is mogelijk dat de erflater in zijn testament regelt hoe een executeur met de onderneming omgaat. Dat kan bijvoorbeeld zijn de onderneming binnen een bepaalde periode verkopen. In het onderstaande zullen de belangrijkste taken en bevoegdheden van de executeur beschreven worden.

2. Aanstellen van de executeur

De executeur is een zeer belangrijke figuur bij de afwikkeling van de nalatenschap. Bij de keuze van de executeur is het belangrijk dat de erflater een persoon aanwijst die op het vertrouwen van de erfgenamen kan rekenen. Weliswaar is het zo dat de erfgenamen de keuze van de executeur moeten accepteren, maar met onwillige erfgenamen is het kwaad kersen eten.

De erflater kan ook meerdere executeurs, hetzij gezamenlijk, hetzij bij opvolging benoemen.

Denkbaar is dus dat de erflater een speciale executeur die belast is met het beheer en de afwikkeling van de onderneming benoemt. Voorts heeft de executeur op grond van de wet (art.4:142 BW) de bevoegdheid om een of meer executeurs aan zich toe te voegen (assumptie) of voor zich in de plaats te stellen (subrogatie).

Wanneer een executeur komt te ontbreken, kan de kantonrechter op verzoek van een belanghebbende een executeur benoemen. Die bevoegdheid moet de erflater wel in zijn testament hebben vastgelegd.

Wanneer in het testament geen executeur is benoemd of bij het ontbreken van de executeur, het testament niet voorziet in de benoeming van een opvolgend executeur, kan aan de rechtbank gevraagd worden een vereffenaar te benoemen (art.4:203-205 BW). De vereffeningprocedure is echter een formele regeling, die tijd kost en in het algemeen veel kostbaarder is.

Een executeur moet zijn taak aanvaarden (art.4:143 BW).

Vanaf zijn benoeming heeft de executeur het beheer van de nalatenschap. De erfgenamen hebben tijdens het beheer van de executeur geen bevoegdheid tot beheer van de goederen van de nalatenschap.

3. Taken en bevoegdheden executeur

De executeur heeft de taak de goederen van de nalatenschap te beheren en de schulden van de nalatenschap te voldoen.

Beheren wil zeggen het verrichten van rechtshandelingen die voor een normale exploitatie van het goed dienstbaar zijn. Maar wat is een normale exploitatie? Gedacht moet worden aan de economische werkzaamheid, zoals het rentedragend houden van goederen. Dus waar het een onderneming betreft: het draaiend houden van de onderneming.

Als de executeur belangrijke beslissingen moet nemen, doet hij er goed aan de erfgenamen te raadplegen.

De executeur vertegenwoordigt de erfgenamen in en buiten rechte. Er wordt ook wel eens gesteld (bijv. door B.M.E.M. Schols) dat hij de erflater vertegenwoordigt (vergelijk de doorlopende volmacht van de levensexecuteur in het vorige hoofdstuk).

Dat verschil kan van belang zijn als de ideeën van de erflater uiteenlopen met die van (één) van de erfgenamen.

Het is ook mogelijk dat een executeur slechts het beheer heeft van één of meer goederen van de nalatenschap, bijvoorbeeld de onderneming.

De andere belangrijke taak van de executeur is het voldoen van de schulden van de nalatenschap, zoals de kosten van de lijkbezorging, de kosten van executiele, de erfbelasting en de legaten.

De executeur kan ook door hem beheerde goederen te gelde maken (verkopen) voor zover dat nodig is voor de tot zijn taak behorende voldoening van de schulden van de nalatenschap. Hij kan over die goederen dus ook beschikken.

Hij zal van deze bevoegdheid bijvoorbeeld gebruik kunnen maken om de erfbelasting te betalen. Een en ander neemt niet weg dat de executeur ondanks deze vergaande bevoegdheid, zoveel mogelijk overleg met de erfgenamen dient te plegen.

Sinds 1 januari 2012 is de executeur op grond van art. 72 SW verplicht om aangifte te doen voor de erfbelasting. Hij is ook hoofdelijk aansprakelijk voor al de door en bij overlijden verschuldigde erfbelasting tenzij de aangifte niet door hem gedaan is.

Hij kan zich ook disculperen voor zover hem niet te verwijten is dat een te laten of geen aanslag is opgelegd.

Met deze wetgeving is geprobeerd meer vat te krijgen op buitenlands vermogen dat vóór 2012 in geval een termijn van 10 jaar verstreken was sinds het overlijden van de erflater, niet meer in de heffing kon worden betrokken. Gezien het feit dat het hier vooraf om de jacht op Zwitserse nummerrekeningen ging werd ook wel gesproken over de 'Edelwiessroute'.

De erflater kan -voorzover dat binnen de grenzen van de wet blijft- de bevoegdheden van de erflater uitbreiden maar ook beperken. De meest in het oog vallende uitbreiding van de bevoegdheden van de executeur is het aantal van wat men in de praktijk is gaan noemen het 'afwikkelingsbewind'.

De executeur-afwikkelingsbewindvoerder is niet alleen beheerder van de nalatenschap, maar kan ook over de goederen van de nalatenschap beschikken en ze verdelen.

5. Beloning van de executeur

Wanneer daarover in het testament niets is bepaald, komt aan de executeur toe het loon van (1%) van de waarde van het vermogen van de erflater op diens sterfdag (art. 4:144 lid 2 BW). Overigens kan één procent van de waarde van de nalatenschap in verhouding tot de werkzaamheden die de executeur moet verrichten hoog zijn of juist laag.

De erflater zal bij het opstellen van het testament rekening moeten houden met onder andere welke werkzaamheden hij zelf zal verrichten en welke hij uit handen geeft.

Voorts is het zo dat ook de schulden van de nalatenschap veel werk veroorzaken, deze vallen buiten de beloning, sterker nog leiden tot een later saldo waarover het loon berekend wordt.

Wanneer werkzaamheden en loon niet met elkaar in verhouding staan, kan de executeur herziening van zijn beloning vragen bij de kantonrechter.

De erflater kan in plaats van de executeur een beloning te geven de executeur ook met een legaat bedenken.

Hij dient het bedrag dan -eventueel met een vangnetbepaling- in zijn testament vast te leggen. Ook fiscale motieven kunnen een rol bij de keuze bepalen. Als de executeur tevens erfgenaam of legataris is en de executeurswerkzaamheden niet ambtshalve verricht worden, wordt aangenomen dat er geen inkomstenbelasting verschuldigd is, wel erfbelasting (Besluit Staatssecretaris van Financiën van 10 juni 2010, nr. DGB 2010/676).

Bij een professionele executeur is voorts van belang te bedenken dat over het in rekening te brengen loon BTW verschuldigd is.

6. Einde taak executeur

De taak van de executeur is beëindigd als hij de afwikkeling van de nalatenschap heeft voltooid (art.4:150 lid 1 BW). Dat is het geval als hij de schulden betaald heeft en de lasten is nagekomen. Hij geeft in dat geval de goederen die hij beheert aan de erfgenamen terug (art.4:150 lid 3BW). Als de erfgenamen verdeeld zijn, loopt het beheer van de executeur nog door. Hij kan het dan niet beëindigen.

Een andere grond voor beëindiging is dat een vereffenaar is aangesteld door de rechtbank. De executeur zal dan rekening en verantwoording moeten afleggen. Deze situatie doet zich voor bij negatieve nalatenschappen en ruzie-nalatenschappen.

Daarnaast kan in het testament opgenomen zijn wanneer de executiele eindigt: bijvoorbeeld als de onderneming is verkocht.

De executeur kan ook ontslagen worden door de kantonrechter. Dat kan niet zomaar, daar moeten gewichtige redenen voor aanwezig zijn (art.4:149 BW). Die zijn er niet zomaar. Alleen wantrouwen van de erfgenamen is meestal niet voldoende voor ontslag wegens gewichtige redenen.

7. Rekening en verantwoording door de executeur (art.4:151 BW)

Aan het eind van zijn beheer moet de executeur rekening en verantwoording afleggen aan degene die na hem tot beheer bevoegdheid is. Dat zijn dus meestal de erfgenamen of een opvolgend executeur of vereffenaar. Tussentijds hoeft een executeur geen rekening en verantwoording af te leggen, maar hij moet wel binnen de grenzen van de redelijkheid en de billijkheid de erfgenamen informatie verschaffen.

Toetsvragen

1. Wat zijn de taken van een executeur?
2. Zijn er meerdere executeurs naast elkaar nodig?
3. Wat is het loon van de executeur?
4. Wat is een executeur-afwikkelingsbewindvoerder?
5. Hoe vaak moet een executeur rekening en verantwoording afleggen?