



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Volmacht / Levenstestament / Bewind / Curatele
Mellema-Kranenburg, T.J.

Citation

Mellema-Kranenburg, T. J. (2021). Volmacht / Levenstestament / Bewind / Curatele. *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2021(12), 35-41. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3275783>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3275783>

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

44. Volmacht / Levenstestament / Bewind / Curatele

PROF. MR. T.J. MELLEMA-KRANENBURG

Er kunnen meerdere redenen zijn om zich te laten vertegenwoordigen door een ander. Vooral bij degenen die op hoge leeftijd zijn, is het verstrekken van een algehele volmacht (in een levenstestament) erg populair. Om misbruik te voorkomen, is het evenwel van belang dat het toezicht goed is geregeld. De auteur laat dit zien met een aantal uitspraken. Ook komt de vraag aan de orde of het verstandig is om een euthanasieverklaring op te nemen in een levenstestament.

Evenals bij het overzicht over 2019 in *Notamail Verklaard* moet dit jaar geconstateerd worden dat vertegenwoordiging van 'kwetsbare personen' in het rechtsverkeer een belangrijke rol inneemt, maar ook dat daar nog steeds misstanden te signaleren zijn die variëren van ruzie tussen de potentiële erfgenamen tot verduistering van gelden door de gevolmachtigde persoon in zo ernstige mate dat de rechter een gevangenisstraf oplegt. In het navolgende bespreek ik een aantal uitspraken ter illustratie van de problemen die daarbij spelen.

De gevolgen van schenken aan een stichting

Wanneer een erflater een substantieel deel van zijn vermogen tijdens leven of overlijden geschonken heeft aan een goededoeleninstelling leidt dit bij de erfgenamen niet altijd tot applaus. Dat was ook het geval in de situatie die leidde tot de uitspraak van Hof Amsterdam van 24 maart 2020.¹ Erflater (verder te noemen X) heeft in 1983 een stichting opgericht met als doel om financiële ondersteuning te bieden aan natuurlijke personen en rechtspersonen in het kader van het algemeen belang en meer in het bijzonder van medische, sociale, culturele en kerkelijke belangen. Vervolgens heeft X in vijf jaarlijkse termijnen van f 300.000, f 1.500.000 aan de stichting geschonken. X is zolang hij daartoe in staat was nauw betrokken geweest bij de stichting. Hij was tot zijn overlijden enig bestuurslid van de stichting.

X is in 2016 overleden. De enig erfgenaam van X vordert bij de voorzieningenrechter in kort geding dat de stichting rekening en verantwoording aflegt over de besteding van de geschonken bedragen door X nu de vrees bestaat dat sinds het overlijden van X de giften niet conform het doel van de stichting zijn besteed.

De erfgenaam wordt bij de voorzieningenrechter in het gelijk gesteld. De rechter overweegt daarbij dat de omstandigheid dat de schenkingen door X zijn gedaan en door de stichting zijn aanvaard met als strekking de besteding van de geschonken gelden aan door de stichting te selecteren goede doelen, meebrengt dat bij de schenkingsovereenkomst ook een overeenkomst van opdracht of een daarmee op één lijn te stellen rechtsverhouding is ontstaan waardoor de stichting verplicht is zich omtrent de behoorlijkheid van het door haar gevoerde vermogensrechtelijke beleid te verantwoorden tegenover X of diens rechtsopvolger (zie art. 7:403 lid 2 BW).

Hiermee strookt, aldus de voorzieningenrechter dat X tot aan zijn overlijden bestuurslid was van de stichting, hetgeen impliceert dat hij toezicht wilde houden op de wijze waarop de van hem afkomstige gelden werden besteed.

In appel heeft het hof, terecht, deze vordering afgewezen. Wat de voorzieningenrechter heeft miskend, is dat het geschonken vermogen overgegaan is uit het vermogen van de natuurlijke persoon X naar de rechtspersoon, de stichting waarvan het bestuur beslist wat er met dat vermogen gebeurt.

Dat X tot aan zijn dood op de hoogte werd gehouden van de bestedingen van de door hem geschonken gelden vloeit voort uit zijn lidmaatschap van het bestuur van de stichting en niet als schenker (privépersoon) aan de stichting, tenzij hij aan de schenking voorwaarden verbonden zou hebben. Bijzonder was in dit verband ook de creatie door de voorzieningenrechter van een verhouding tussen X en de stichting zoals de Hoge Raad bepaalde in zijn uitspraak van 9 mei 2014.²

'Noch het feit dat X nauw bij de oprichting en de doelstelling van de stichting is betrokken geweest noch het feit dat X tot zijn overlijden deel heeft uitgemaakt van het bestuur van de stichting noch ook het feit dat de stichting volgens

¹ ECLI:NL:GHAMS:2020:930, *Notamail* 2020/153.

² ECLI:NL:HR:2014:1089, *JBN* 2016/9.

haar doelstelling gehouden is tot een bepaalde besteding van haar vermogen, kan de gevolgtrekking rechtvaardigen dat krachtens ongeschreven recht tussen X en de stichting tevens een rechtsverhouding is ontstaan die de stichting verplicht om zich jegens X of diens rechtsopvolgers omtrent de behoorlijkheid van het door haar gevoerde vermogensrechtelijke beleid te verantwoorden,' aldus het hof.

Het grote verschil met de door de Hoge Raad in 2014 gedane uitspraak was dat het toen ging om het vermogen van de erflater waarover rekening en verantwoording moesten worden afgelegd.

In dit geval ging het om vermogen dat niet meer aan de erflater toebehoorde, over welk gegeven ook geen discussie bestaat.

De betrokkenheid bij het vermogen was uitsluitend op het bestuurslidmaatschap gebaseerd dat eindigde bij overlijden. Het is de vraag of de schenker zich daar voldoende van bewust is geweest en of de notaris die de statuten van de stichting heeft gemaakt dat voldoende met de oprichter heeft besproken.

Schenken door een meerderjarigenbewindvoerder

Ook in de verslagperiode zijn er weer een aantal uitspraken gesignaleerd betreffende schenkingen door een meerderjarigenbewindvoerder. Het ging in alle gevallen over de vraag of er een schenkingstraditie vereist was en of deze in dat geval aanwezig was.

De eerste betrof een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.³

De rechthebbende maakte een voortschrijdend ziekteproces door waardoor er geen kans was dat zij bij leven nog aanspraak moest maken op haar ruime financiële middelen en de voorgenomen schenkingen haar verzorging niet in de weg zouden staan. Rechthebbende was niet meer in staat haar wil te bepalen.

Als extra argument voor de voorgenomen schenkingen werd aangevoerd dat de giften een welkome aanvulling op het inkomen van begunstigden zouden zijn.

Echter, er was geen schenkingstraditie.

De kantonrechter overwoog dat van de regel van de vereiste schenkingstraditie kan worden afgeweken als het belang van de betrokkene (dat wil zeggen de rechthebbende) dat vereist of als de schenking de leefomgeving van betrokkene verbetert. Van dat laatste is niet gebleken.

Uit het feit dat eenmalig een schenking is gedaan bij de verkoop van het huis van gemachtigde kan geen schenkingstraditie worden afgeleid. De kantonrechter wijst het verzoek dan ook af.

Wel een schenkingstraditie werd aangenomen in de uitspraak van het Hof Arnhem van 7 juli 2020.⁴

De rechthebbende had in 2014, 2016 en 2017 aan alle vier kinderen bedragen geschonken en in een verder verleden

met kerst contante schenkingen van € 1.000 tot € 2.000 gedaan. In 2018 was verzuimd machtiging te vragen. Thans wordt verzocht om schenkingen te doen van € 5.428 per kind.

De rechtbank neemt geen schenkingstraditie aan. Het hof doet dat wel en verleent de machtiging.

Het Hof Den Haag⁵ wees eveneens een verzoek tot machtiging af wegens het ontbreken van een schenkingstraditie. Bovendien ging het hier om schenkingen onder schuldigerkenning waardoor de rechthebbende € 400 minder per jaar aan CAK-bijdrage verschuldigd werd, terwijl de schenkingen onder schuldigerkenning helemaal niet gunstig voor de rechthebbende waren daar hij € 600 per jaar aan rente aan de begunstigden moest betalen.

Resumerend: de schenkingstraditie blijft bij het meerderjarigenbewind waarbij machtiging door de kantonrechter voor een schenking door de rechthebbende vereist is, nog altijd een belangrijke rol spelen.

Onregelmatigheden gepleegd door de levensexecuteur

Helaas zijn er in de verslagperiode weer veel uitspraken gevonden waarbij de levensexecuteur zijn bevoegdheden niet gebruikt heeft waarvoor ze zijn verleend, wat tot civiele aansprakelijkheid en soms gevangenisstraf leidt.

Zoon (verder te noemen X) heeft op basis van een levens testament een algemene volmacht verkregen van zijn ouders (beiden ouder dan tachtig jaar).

In de volmacht is opgenomen dat deze verleend is om 'de gevormachtigde in staat te stellen mijn belangen te behartigen'. Bovendien is X op basis van het levenstestament verplicht een deugdelijke administratie te voeren.

Niets van dit alles: zoon heeft erkend dat een aantal transacties privéaankopen van hem betreffen en dat hij de desbetreffende bedragen moet terugbetalen. Hij heeft een rommelige administratie gevoerd waarbij hij zijn privé zaken niet gescheiden heeft van de zaken van zijn ouders.

Het Hof Den Haag⁶ oordeelt dan ook dat X door zijn eigen handelen in ernstige mate is tekortgeschoten in de wijze waarop hij de volmacht heeft uitgeoefend.

'Het levenstestament strekt er juist toe, dat de gevormachtigde niet zijn eigen belang dient ten koste van het belang van de volmachtgever, in dit geval twee kwetsbare oude mensen.

Het levenstestament beoogt personen op informele wijze bescherming te bieden voor de periode dat zij (deels) wils onbekwaam zullen zijn en door het maken van het levenstestament aldus de regie in handen hebben gehouden.

3 Zie ECLI:NL:RBOBR:2020:2590, *Notamail* 2020/175.

4 Zie ECLI:NL:GHARL:2020:5187, *Notamail* 2020/175.

5 Zie ECLI:NL:GHDHA:2020:1313, *Notamail* 2020/175.

6 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:677.

In het onderhavige geval bestempelt het hof het handelen van de zoon als het op een onrechtmatige wijze graaien in het vermogen van de ouders. De zoon dient derhalve de consequenties van zijn onrechtmatig handelen jegens zijn ouders te dragen. De notariële volmacht, zoals opgenomen in het levenstestament, is klip en klaar geformuleerd: de zoon moest een goede administratie bijhouden en hij diende desgewenst rekening en verantwoording af te leggen. Voorts was in de notariële volmacht nauwkeurig aangegeven wat de gemachtigde wel mocht en niet mocht. De hiervoor al weergegeven strekking van een levenstestament – dat de betrokkene veelal in de laatste en meest kwetsbare fase van zijn of haar leven belangrijk beslissingen uit handen geeft aan een vertrouweling, veelal een familielid – is hier met voeten getreden. Maatschappelijk gezien – maar eveneens in dit specifieke geval – is het van groot belang dat de volmachtgever(s) uitvoert. Dat is het oogmerk van de volmacht in het levenstestament. In dit specifieke geval is er geen sprake van te goeder trouw en in het belang van de ouders gebruik maken van de volmacht in het levenstestament.⁷

Ik heb bovenstaande overwegingen van het hof letterlijk weergegeven omdat ze mijns inziens precies de spijker op de kop slaan waar het de ratio van het levenstestament betreft.

Het hof bekrachtigt de uitspraak van de voorzieningenrechter waarin X veroordeeld is tot betaling van schadevergoeding van bijna € 230.000 omdat hij onrechtmatig heeft gehandeld jegens zijn ouders.

Vergelijkbaar met bovenstaande uitspraak is die van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 27 oktober 2020.⁷

X is bij notariële volmacht door zijn partner aangewezen tot algemeen vertegenwoordiger. Op basis van die volmacht heeft X de woning van zijn partner verkocht en de opbrengst op zijn eigen rekening over laten maken door de notaris.

Een jaar later wordt op verzoek van het kind van de partner een meerderjarigenbewind ingesteld over het vermogen van de partner en met machtiging van de kantonrechter de samenlevingsovereenkomst tussen X en de partner ontbonden.

In een procedure tussen de bewindvoerder en X oordeelt de rechtbank dat X een bedrag ter grootte van de verkoopopbrengst van de woning aan de partner moet betalen plus de wettelijke rente gerekend vanaf de dag dat het geld op zijn rekening is gestort. Het hof bekrachtigt deze uitspraak.

Een andere sanctie die opgelegd werd aan een levensexecuteur is het verbeurd verklaren van zijn erfdeel (art. 3:194 lid 2 BW).

Dit kwam in een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland⁸ aan de orde.

Een notaris startte als executeur in de nalatenschap van de levenstestateur een procedure tegen de gewezen levensexecuteur wegens grote onttrekkingen aan erflaatsters vermogen tegen het einde van haar leven.

Erflaatster had weliswaar decharge verleend aan de levensexecuteur voor zijn gevoerde beleid en activiteiten, maar erflaatster had op dat moment al een CIZ-indicatie ZZP 5, een heel zware indicatie voor personen met een ernstige vorm van dementie die behoefte hebben aan intensieve 24-uursbegeleiding en verzorging en geen grip meer hebben op hun dagelijks leven. De decharge die erflaatster verleend heeft, wordt geacht te zijn gedaan onder invloed van een geestesstoornis (art. 3:34 BW). Daarmee wordt een met dechargeverlening overeenstemmende wil geacht te ontbreken. In de uitspraak overwoog de kantonrechter dat voor zover de dechargeverlening beschouwd zou moeten worden als een ongerichte eenzijdige rechtshandeling deze nietig is. Voor zover de decharge gezien moet worden als een gerichte rechtshandeling is deze vernietigbaar.

De rechtbank vernietigt deze dan ook zekerheidshalve. In denk dat dat laatste juist is.

De decharge is gericht tot de levensexecuteur in wiens belang deze decharge is. Ik meen dan ook dat het hier om een gerichte eenzijdige rechtshandeling gaat.

De levensexecuteur moet conform de bepalingen van het levenstestament alsnog rekening en verantwoording afleggen aan de erfgenamen.

De levensexecuteur is ook creatief omgegaan met het doen van giften namens de levenstestateur. Hij heeft onder meer € 25.000 naar zichzelf overgeboekt met de omschrijving ‘voor anonieme bijdragen goede doelen’.

Hij verklaart later dat het om schenkingen gaat die hij in opdracht van erflaatster aan zichzelf heeft gedaan.

In het levenstestament staat echter dat uitsluitend giften aan de kinderen van erflaatster op dezelfde dag en voor gelijke bedragen mogen worden gedaan. En als er dan toch daadwerkelijk sprake zou zijn geweest van een opdracht van erflaatster, zou er sprake zijn geweest van misbruik van omstandigheden.

Daarnaast zijn er door de levensexecuteur nog een aantal ‘verdachte onttrekkingen’ aan het vermogen van erflaatster gedaan die ertoe leidden dat de levensexecuteur naast de vermelde bedragen een aantal onrechtmatig verkregen bedragen aan de nalatenschap moest terugbetalen. Het erfdeel van de levensexecuteur, die ook erfgenaam is, wordt daarin echter verbeurd (art. 3:194 lid 2 BW).

Maar het misbruik van door een levensexecuteur/voorzieningsrechter kan nog ernstiger en leidt helaas regelmatig tot een gevangenisstraf, zo moge uit de volgende uitspraken blijken.

Rechtbank Gelderland 26 maart 2020⁹

X heeft in 2010 een herseninfarct gehad waarna zij is opgenomen in een verpleegtehuis. Kort daarna heeft zij bij nota-

7 ECLI:NL:GHARL:2020:8714, *Notamail* 2020-270.

8 ECLI:NL:RBMNE:2020:4216, *Notamail* 2020-277.

9 ECLI:NL:RBGEL:2020:2023; ECLI:NL:RBGEL:2020:2025 en ECLI:NL:RBGEL:2020:2026, *Notamail* 2020/155.

riële akte een volmacht verleend aan een kennis (verder te noemen Y) met de meest vergaande bevoegdheden waaronder handelen met zichzelf (Selbsteintritt) en heeft zij Y tot enig erfgenaam benoemd.

In 2014 blijkt het saldo van de bankrekening flink te zijn geslonken door toedoen van Y.

Vaststaat dat een groot deel van de door Y bestede bedragen ten goede zijn gekomen aan Y en aan haar ouders.

Y heeft zich geld dat aan X toebehoorde onbevoegd en wederrechtelijk toegeëigend en zich daarmee schuldig gemaakt aan verduistering. Y wordt een gevangenisstraf van tien maanden opgelegd, de ouders van Y een gevangenisstraf van zes maanden.

Zij wisten dat hun dochter substantiële geldbedragen besteedde die afkomstig waren van X.

Het kan niet anders dan dat zij wisten dat een groot deel van het geld afkomstig was van een misdrijf zodat zij schuldig zijn aan witwassen.

Rechtbank Amsterdam 2 juli 2020¹⁰

Een 90-jarige vrouw die lijdt aan dementie heeft een volmacht verleend aan een medewerker van een notaris-kantoor om een hypotheek te vestigen op haar woning voor een geldlening van € 300.000.

Vervolgens is de bankrekening van de vrouw waarnaar het geleende geld was overgemaakt omgezet in een en-ofrekening die mede op naam staat van haar huisgenoot. Daarna heeft de huisgenoot zich het geld toegeëigend.

In de strafrechtprocedure is de huisgenoot veroordeeld tot tien maanden gevangenisstraf.

Spanningen tussen de levensexecuteurs en levenstestateur of anderen

Naarmate er meer levenstestamenten worden gemaakt, komt het vaker voor dat het levenstestament toch niet altijd de oplossing biedt om de levensexecuteur/de volmachtgever te vertegenwoordigen. Dat blijkt ook uit de volgende uitspraken.

Hof Amsterdam 17 december 2019¹¹

X heeft een notarieel levenstestament opgesteld waarbij zijn broer heeft benoemd tot algehele vertegenwoordiger. Twee van de drie kinderen van X hebben bezwaar gemaakt tegen de wijze waarop hij haar belangen behartigt. Op hun verzoek heeft de kantonrechter een meerderjarigenbewind en een mentorschap ingesteld met een professionele vertegenwoordiger.

Hiertegen zijn het andere kind en broer/oom in beroep gegaan.

Bij het hoger beroep blijkt dat er binnen de familie twee ‘kampen’ zijn. Enerzijds oom/broer en een kind, anderzijds de twee andere kinderen.

Over bijna alles hun zuster/moeder betreffende zijn ze het oneens. Partijen (de beide ‘kampen’) wantrouwen elkaar.

Oom speelt daarbij geen bemiddelende rol en verzet zich tegen de beslissingen van de kantonrechter.

Volgens het hof is het optreden van broer/oom niet in het belang van X, althans worden haar belangen onvoldoende beschermd. De kantonrechter heeft volgens het hof terecht een onafhankelijk en professioneel bewindvoerder en mentor benoemd.

Ten slotte staat in het levenstestament nog de volgende clausule:

‘Als mijn vermogen onder bewind wordt gesteld in de zin van artikel 1:409 of 1:431 BW en een ander dan de [broer/oom] de bewindvoerder is, eindigt de vertegenwoordiging niet, ook niet van het gedeelte van het vermogen dat onder bewind is gesteld.’

Broer/oom beroept zich hier op.

Deze clausule heeft volgens het hof geen betekenis, omdat de zeggenschap van X door het bewind en mentorschap is beperkt.

Dat is volgens mij juist: het bewind en het mentorschap ‘breken’ als wettelijk beschermingsregeling door het levenstestament heen.

Een dergelijke clausule, evenals bijvoorbeeld de benoeming van een persoon tot curator of bewindvoerder, is slechts een verzoek aan de rechter, waar deze niet aan gebonden is.

Rechtbank Noord-Holland 18 februari 2020¹²

Het nadeel van het levenstestament is dat het levenstestament geen of onvoldoende bescherming biedt aan de levenstestateur tegen zichzelf.

Ook al is de levensexecuteur in functie, de levenstestateur blijft zelf handelingsbekwaam handelingen te verrichten en heeft geen bescherming tegen ondoordachte handelingen. Mogelijk is hij wilsonbekwaam en zijn zijn handelingen daarom nietig, maar voordat dat in rechte wordt vastgesteld of überhaupt kan worden vastgesteld, is niet altijd eenvoudig.

Dat kan reden zijn om alsnog een meerderjarigenbewind of curatele te verzoeken bij de kantonrechter met registratie in het Centraal curatele- en bewindregister.

In de onderhavige uitspraak was dat ook aan de orde. De kantonrechter wees het verzoek tot onderbewindstelling toe. Gebleken was dat moeder met enige regelmaat verbin-tissen aanging die achteraf ongedaan gemaakt moesten worden, omdat zij wegens haar geestelijke toestand de consequenties van haar handelen niet kon overzien.

Ook maakte zij regelmatig grote geldbedragen over aan een van de kinderen nadat dat kind bij haar op bezoek was geweest.

Gebleken is dat dit kind zeer dominant en dwingend kon zijn waardoor aannemelijk is dat moeder aan de dringende verzoeken van zijn kant om geld aan hem over te maken geen weerstand kon bieden, zodat extra bescherming op zijn plaats is.

¹⁰ ECLI:NL:RBAMS:2020:3259, *Notamail* 2020/156.

¹¹ ECLI:NL:GHAMS:2019:4635, *Notamail* 2020/12.

¹² ECLI:NL:RBNHO:2020:1171, *Notamail* 2020/67.

Daarnaast is er nog onenigheid tussen de kinderen over de vraag waar moeder moet wonen. Kortom instelling van een bewind en mentorschap is vereist.

Rechtbank Noord-Holland 18 februari 2020¹³

In deze casus ging het om het geval dat de bevoegdheden van de gevolmachtigden van moeder waren verdeeld: de zoon was de enige gevolmachtigde van, laat ik het maar noemen de zakelijke handelingen, en tezamen met de andere twee kinderen voor de geneeskundige zaken. Hoewel een dergelijke verdeling of een variant hiervan wel vaker voorkomt, kan dit toch tot problemen leiden wanneer de verhoudingen niet harmonieus zijn. Aan de keuze voor een bepaalde geneeskundige behandeling kunnen ook financiële consequenties verbonden zijn en in casu besliste de zoon hierover alleen wat tot spanningen leidde.

De kantonrechter achtte de gezamenlijke zorg voor de niet-vermogensrechtelijke belangen niet werkbaar en stelde hiervoor een mentor aan.

De vermogensrechtelijke belangen werden volgens de kantonrechter goed behartigd en dus werd daarbij het levenstestament gehandhaafd.

Bij deze uitspraak heb ik mij afgevraagd: zou moeder dat gewild hebben, een buitenstaander die de zorgtaken verricht?

Zou hier geen andere oplossing gevonden kunnen zijn: een begeleider voor de kinderen, of een of twee van de kinderen de zorgtaken laten verrichten.

Hof Arnhem-Leeuwarden 13 augustus 2020¹⁴

Het gaat niet altijd om spanningen tussen kinderen, zo moge blijken uit de volgende casus.

X heeft twee broers en een zus. Al voor het opmaken van het levenstestament en het verzoek tot onderbewindstelling waren de familieverhoudingen tussen enerzijds de zus en de jongste broer en anderzijds X en de oudste broer ernstig verstoord waarbij sprake was van groot onderling wantrouwen.

X stelt een levenstestament op met benoeming van zijn oudste broer en zijn echtgenote tot gevolmachtigden.

Enkele weken nadat het levenstestament is opgesteld, heeft de kantonrechter op verzoek van de zus en de jongste broer van X zowel een meerderjarigenbewind ex art. 1:431 BW als een mentorschap ex art. 1:450 BW ingesteld met een professioneel bewindvoerder.

X en de oudste broer zijn het niet eens met de beschikking van de kantonrechter en gaan hiertegen in hoger beroep.

Het hof wijst het hoger beroep af.

In hoger beroep zijn naast bovenstaande nog een aantal omstandigheden aangevoerd, maar die zijn van minder belang.

Het hof oordeelt dat met name de ernstig verstoorde familieverhoudingen gegronde redenen vormen voor het hof om

voorbij te gaan aan de wens van X om zijn oudste broer (en diens echtgenote) zijn niet-financiële belangen te laten behartigen en het acht daarom de benoeming van een onafhankelijk bewindvoerder en mentor noodzakelijk.

Hof Den Bosch 10 september 2020¹⁵

Om kinderen gelijk te behandelen, benoemt een ouder vaak beide kinderen tot (opvolgend) levensexecuteur/gevolmachtigde. Dat lijkt mooi, maar dan moet het wel 'klikken' tussen deze gevolmachtigden. Als dat niet zo is, kan de levenstestateur dat beter niet doen.

Zo ook in onderhavige uitspraak: in casu was de verstandhouding tussen twee door de levenstestateur benoemde personen ernstig verstoord. Over en weer hebben de zonen elkaar van onterechte geldopnames van de bankrekening van moeder beschuldigd (ze waren zowel tezamen als ieder afzonderlijk bevoegd). Er waren onenigheden over het verschil in frequentie in bezoek van en/of betrokkenheid bij moeder. Zelfs Veilig Thuis is er aan te pas gekomen. Een van de zoons verzoekt bij de kantonrechter tot instelling van een meerderjarigenbewind. De kantonrechter stelt dit in en het hof bekrachtigt deze beschikking.

Hof Den Bosch 2 juli 2020¹⁶

Soms kan een reden tot benoemen van een bewindvoerder zijn dat de (notarieel) gevolmachtigde een omvangrijke bevoegdheid heeft, terwijl er geen toezicht op de volmacht is en de gevolmachtigde een tegenstrijdig belang heeft ten opzichte van de volmachtgever.

In dit geval was oom, broer van de volmachtgever, medeaandeelhouder in de bv waarin volmachtgever ook aandelen heeft. Zoon X heeft om deze reden een verzoek ingediend om een buitenstaander aan te wijzen als bewindvoerder of curator. Bij de kantonrechter heeft oom verzwegen dat hij medeaandeelhouder is. De kantonrechter wijst het verzoek van de benoeming van een bewindvoerder af.

Het hof ziet echter voldoende aanleiding om een onafhankelijk bewindvoerder te benoemen en vernietigt te beschikking van de kantonrechter.

Het voegt aan zijn oordeel toe dat aan de noodzaak tot het instellen van een bewind kan afdoen dat X er wellicht een eigen belang bij heeft dat een neutrale bewindvoerder wordt benoemd, omdat hij als legitimaris in de nalatenschap van zijn overleden moeder (met wie vader in gemeenschap van goederen was gehuwd) streeft naar helderheid omtrent de omvang van het vermogen. Dit is echter geen argument om het verzoek af te wijzen.

Varia

Euthanasieverzoek in levenstestament¹⁷

Moet een euthanasieverzoek in een levenstestament worden opgenomen en is dat met de arresten van 21 april 2020 (ECLI:NL:HR:2020:712 en ECLI:NL:HR:2020:713)

¹³ ECLI:NL:RBNHO:2020:1161, *Notamail* 2020/67.

¹⁴ ECLI:NL:GHARL:2020:6398, *Notamail* 2020/194. Zie tevens *Notamail* 2019/70, *Notamail* 2020/12, *Notamail* 2020/67 en *Notamail* 2020/158.

¹⁵ ECLI:NL:GHSHE:2020:2724, *Notamail* 2020/205.

¹⁶ ECLI:NL:GHSHE:2020:2045, *Notamail* 2020/158.

¹⁷ Zie *Notamail* 2020/174.

waarin een arts gevolg mocht geven aan een schriftelijk euthanasieverzoek met mensen met vergevorderde dementie veranderd?

Op verzoek van de Tweede Kamer heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport samen met de minister van Justitie en Veiligheid een reactie op bovenvermelde arresten gegeven.

Vanwege de complexiteit van euthanasieverzoeken als deze hebben beide ministeries in samenwerking met de KNMG een handleiding euthanasieverzoek willen opstellen.

Dient een dergelijk verzoek in een levenstestament opgenomen te worden?

Het kan natuurlijk wel en is misschien wel wenselijk, want in bovengenoemde uitspraken werd een verzoek bij personen met voortgeschreden dementie toegestaan. Een dergelijk verzoek dient schriftelijk vastgelegd te worden en daar zou het levenstestament de juiste plaats voor kunnen zijn. Maar heeft het vastleggen van een dergelijk verzoek toegevoegde waarde, het vormt immers geen garantie op het toepassen van euthanasie.

Ook al wordt voldaan aan alle zorgvuldigheidseisen dan behoudt de arts altijd de vrijheid om het verzoek niet uit te voeren. In dit kader is het derhalve essentieel dat de patiënt tijdig en herhaaldelijk het euthanasieverzoek met zijn huisarts bespreekt.¹⁸

Het kan dus zin hebben het schriftelijk verzoek in het levenstestament op te nemen, het vormt het bewijs van het schriftelijk verzoek.

Maar het verzoek moet herhaaldelijk, dus bijvoorbeeld eenmaal per twee jaar herhaald worden en uiteindelijk beslist de arts. Het is essentieel dit aan de cliënt duidelijk te maken.

Het levenstestament en Kifid

Het levenstestament dankt zijn bestaan aan een nauwe samenwerking tussen het notariaat en banken gesteund door kantonrechters.

Deze drie gremia waren ruim tien jaar geleden overtuigd van het nut van een uitgebreide volmacht voor met name ouderen die in meer of mindere mate wilsonbekwaam werden, en zo toch op eenvoudige wijze zonder veel formaliteiten aan het rechtsverkeer konden deelnemen. Diverse modellen zijn met 'input' van diverse banken ontwikkeld. Een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van 14 april 2020¹⁹ waarbij een notarieel levenstestament niet geaccepteerd werd, wekt in eerste instantie ook verbazing.

Het blijkt echter niet de juridische grondslag, maar de praktische uitvoering van het levenstestament voor in dit geval de LeasePlan Bank die de belemmering veroorzaakt.

Het gaat in dit geval om een online spaarrekening met een eenvoudige structuur.

Deze eenvoudige structuur brengt lage kosten met zich waardoor de bank een relatief hoge rente kan aanbieden. Maar de bank mag aan deze spaarrekening voorwaarden stellen door het opnemen van een clausule waarin is bepaald dat er geen gemachtigde kan worden benoemd met betrekking tot onderhavige bankrekening. Een dergelijke clausule is niet onredelijk bezwarend als bedoeld in art. 6:233 BW.

Moeder was vooraf van deze voorwaarde op de hoogte (of had dat kunnen zijn) en kan overstappen naar een andere bank (die wel een levenstestament kan verwerken), en dat zou ik als ik moeder was ofwel haar gemachtigde zeker doen!

Geen machtiging om BEM-rekening van minderjarige kinderen te gebruiken²⁰

In hoeverre moet een ouder die een bijstandsuitkering aanvraagt de BEM-rekening van haar twee minderjarige kinderen aanspreken alvorens de bijstandsuitkering te ontvangen?

De kantonrechter oordeelt dat het de bedoeling is van een BEM-clausule dat ervoor gewaakt wordt dat het geld van de minderjarige aan andere zaken wordt besteed dan aan speciale, op het persoonlijk nut van de minderjarige gerichte uitgaven.

Voor het levensonderhoud van minderjarigen en hun ouders worden deze gelden daarom gewoonlijk juist niet gebruikt aangezien ouders de verplichting hebben in het levensonderhoud van hun kinderen te voorzien. Slechts in uitzonderlijke gevallen is dat anders.

Op grond van art. 1:392 BW rust een onderhoudsverplichting op ouders ten aanzien van hun kinderen en omgekeerd. Naar het oordeel van de kantonrechter kan de verplichting echter niet zover gaan dat minderjarige kinderen verplicht worden al hun vermogen aan te wenden voor het onderhoud van hun ouder(s).

De kantonrechter acht het noodzakelijk en wenselijk dat een minderjarige in ieder geval een bedrag van € 30.000 op een rekening met een BEM-clausule aanhoudt voordat er kan worden overgegaan tot opheffing van de clausule zoals hierboven vermeld.

Een mijns inziens juiste beslissing.

Conclusie

Zoals uit het bovenstaande blijkt, kan er in gevallen van vertegenwoordiging in het privaatrecht veel misgaan (gelukkig gaat er ook heel veel goed).

Voor notarissen is het aan te bevelen dat zij doorvragen bij de benoeming van met name de opvolgende levensexecuteur.

Voor veel levenstestateurs is juist het kiezen van een gevolmachtigde/levensexecuteur de moeilijkste beslissing bij het maken van een levenstestament en steun daarbij is welkom. Wat ook opvalt, is dat de kantonrechter bij ongenoegen tussen de levensexecuteurs al snel voor een onafhankelijk

18 Zie de brief van de ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en van Veiligheid en Justitie, *Kamerstukken II 2019/20, 25424, nr. 549*.

19 Nr. 20.00152, *Notamail 2020/91*.

20 Rechtbank Noord-Holland 24 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6880.

bewindvoerder kiest. Maar ook daar is de selectie van een passende bewindvoerder van veel belang. De kwaliteit van professionele bewindvoerders verschilt en wat misschien nog belangrijker is: niet elke bewindvoerder past bij elke rechthebbende.

In bijna alle voorgaande overzichten in *Notamail Verklaard* heb ik er voor gepleit dat de levenstestateur (meer) bescherming verdient.

Die bescherming zou gelegen kunnen zijn in een toezicht-houder zoals in de vorige *Notamail Verklaard* besproken. Maar misschien zou ook (aanvullend eventueel) een register ingesteld kunnen worden zoals dat bestaat voor curatele

en beschermingsbewind. Dat is natuurlijk een inbreuk op de privacy, daarom zou de vermelding daarvan facultatief moeten zijn.

Kortom: vertegenwoordiging in het privaatrecht bij mensen die bescherming behoeven, blijft iets om over na te denken.

Over de auteur

Prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg

Hoogleraar familievermogensrecht Universiteit Leiden, notaris bij VerheesNotarissen te Katwijk.