



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het levenstestament en het afleggen van rekening en verantwoording

Weijers, H.J.

Citation

Weijers, H. J. (2019). Het levenstestament en het afleggen van rekening en verantwoording. *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2019(10), 19-27. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4175858>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4175858>

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

37. Het levenstestament en het afleggen van rekening en verantwoording

H.J. WEIJERS LL.B.

Een analyse van het Nederlandse en Belgische systeem met betrekking tot het afleggen van rekening en verantwoording door de gevolmachtigde én de (on)mogelijkheden tot rechterlijk ingrijpen in geval van misbruik.

1. Inleiding

De populariteit van het (buitenwettelijke) levenstestament neemt toe, als alternatief voor wettelijke meerderjarigenbeschermingsmaatregelen.¹ Nu het levenstestament afzonderlijk niet in de wet geregeld is, ontbreekt in beginsel ook een rekening- en verantwoordingsplicht voor de vertegenwoordiger op grond van een levenstestament, hoewel deze onder omstandigheden wel degelijk aanwezig kan zijn.² Het is echter wel mogelijk een dergelijke verplichting optioneel in de volmacht op te nemen. Het doen van rekening en verantwoording ziet op het verschaffen van informatie over het gevoerde financiële beleid, de verrichte rechtshandelingen en de wijze waarop het levenstestament is uitgevoerd.³

Het is de vraag of het optioneel opnemen van een rekening- en verantwoordingsplicht wenselijk is. Zou een rekening- en verantwoordingsplicht niet verplicht moeten zijn? Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken. Een oudere dame besluit een levenstestament te maken om haar financiële zaken en vertegenwoordiging goed op orde te hebben. De dame heeft drie zonen die ook haar enige erfgenamen zijn. Ze benoemt haar oudste zoon tot vertegenwoordiger in haar levenstestament en ondanks

de waarschuwingen van de notaris⁴ besluit ze geen rekening- en verantwoordingsplicht op te nemen. Volgens de oudste zoon is dat ook helemaal niet nodig; hij zal immers goed voor moeder zorgen. Wanneer de oude dame enkele jaren later aan dementie lijdt, plundert haar oudste zoon de bankrekening leeg. In beginsel geldt er nu van rechtswege geen rekening- en verantwoordingsplicht en derhalve kan niemand op die grond het levenstestament beëindigen om het misbruik te doen ophouden.⁵ Ook de rechter kan, behalve door het uitspreken van curatele, het levenstestament niet doen eindigen of aanpassen. De zoon kan het wangedrag daarom in beginsel ongestraft voortzetten zonder enige vorm van controle.⁶ Het spreekt vanzelf dat dergelijke situaties onwenselijk zijn en dit voorkomen had moeten worden. Middels een verplichte, periodieke rekening- en verantwoordingsplicht van de oudste zoon aan de jongere zoons met de mogelijkheid tot beëindiging van de volmacht in geval van misbruik, had deze problematiek ondervangen kunnen worden.

In deze bijdrage wordt aan deze vraagstukken daarom nader aandacht besteed door middel van literatuur- en jurisprudentieonderzoek en rechtsvergelijkend onderzoek tussen het Nederlandse en Belgische recht op het terrein

1 Zie nader ook het *ftv*/Themanummer over het Levenstestament, oktober 2010, nr. 15; K. Blankman, 'Een wettelijke regeling voor het levenstestament?', *WPNR* 2016, afl. 7123, p. 823.

2 Zie hiertoe bijvoorbeeld HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4167 en HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1089 (Velázquez/Blaauw q.q.), welke nader in par. 2.2 uitgewerkt worden. Merk op dat een regeling in het geheel ontbreekt voor de situatie dat de volmachtgever ten gevolge van diens wilsonbekwaamheid zelf geen rekening en verantwoording meer vorde- ren kan.

3 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 112.

4 Overigens kan de dame ook zelfstandig op een papiertje haar zoon tot vertegenwoordiger benoemen op grond van art. 3:37 lid 1 BW (consensualisme). Voor het geldig opmaken van een levenstestament geldt immers geen vormvereiste. De waarschuwendende notaris komt dan geheel niet in beeld.

5 Dit kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in concreto anders zijn. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 11 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:1272.

6 Het misbruik leidt uiteraard wel tot schadeplechtigheid op grond van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Strafrechtelijke vervolging op grond van bijvoorbeeld verduistering (art. 321 Sr) kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook aan de orde zijn. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 8 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1712. Het misbruik wordt echter vaak pas opgemerkt wanneer de volmachtgever/erflater overleden is in het kader van de afhandeling van de nalatenschap. Het kwaad is dan reeds geschied.

van het levenstestament. In dit kader wordt ten eerste stilgestaan bij de vraag wat een levenstestament precies is en welke huidige wetgeving in dit kader op dat levenstestament van toepassing is (nr. 2.1-2.5). Ten tweede wordt de huidige wetgeving op dit terrein in België in ogenschouw genomen, aangezien daar onlangs een wettelijke regeling op het terrein van onder andere de buitengerechtelijke meerderjarigenbescherming geïntroduceerd is (nr. 3.1-3.4). Ten derde wordt met het oog op de Belgische wetgeving onderzocht of, en zo ja hoe, de huidige Nederlandse wetgeving aangepast dient te worden (nr. 4.1-4.2). Ten slotte wordt deze bijdrage met een conclusie afgesloten (nr. 5).

2. Het levenstestament in Nederland

2.1 Wat is een levenstestament en welke regelgeving is erop van toepassing?

Een wettelijke definitie van het fenomeen 'levenstestament' en bijzondere wet- en regelgeving daaromtrent ontbreekt naar huidig Nederlands recht.⁷ Van den Broeck omschrijft een levenstestament 'als een volmacht van een wilsonbekwame meerderjarige die bedoeld is om voort te duren of in werking te treden op het ogenblik dat deze meerderjarige omwille van zijn gezondheidstoestand wilsonbekwam is en dus niet meer in staat is zelf zijn beslissingen te nemen'.⁸ Een sluitende, allesomvattende definitie is er echter niet.⁹ In dit verband ontbreekt ook duidelijkheid door welke wetgeving het levenstestament beheerst wordt, gezien de onduidelijkheid over de toepasselijke regels bij het gebruik van een volmacht.

In de huidige heersende leer neemt men echter aan dat de wettelijke bepalingen inzake volmacht, lastgeving en opdracht op een levenstestament van toepassing kunnen zijn.¹⁰ Verstappen stelt dat een levenstestament niet alleen een bevoegdheid is om namens de volmachtgever handelingen te verrichten (zoals bij een volmacht), maar dat het soms ook een verplichting is om dergelijke handelingen te doen (zoals bij opdracht en lastgeving).¹¹ Dit heeft tot gevolg dat het levenstestament beheerst kan worden door de regels van volmacht, opdracht en lastgeving.¹² Bij ieder

van deze figuren zal de wet- en regelgeving nader onder de loep genomen worden, waarbij vooral zal worden gekeken naar de al dan niet aanwezige rekening- en verantwoordingsverplichting.

2.2 Rekening en verantwoording bij volmacht

In de literatuur bestaat consensus dat het levenstestament, als bijzondere 'zorgvolmacht', ten minste door de regels van volmacht beheerst wordt.¹³ De volmachtsbepalingen zijn geregeld in titel 3 van Boek 3 BW. Deze titel bevat geen bepalingen waaruit een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording door de gevolmachtigde aan de volmachtgever of zijn opvolgers (zoals erfgenamen) blijkt. Toezicht op de gedragingen van de gevolmachtigde ontbreekt derhalve.¹⁴ De volmachtgever kan een dergelijke controle wel instellen,¹⁵ maar er bestaat niet van rechtswege een plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording door de gevolmachtigde aan de volmachtgever of een toezichthouder.¹⁶ Kortmann stelt echter wel dat een gevolmachtigde een verantwoordingsplicht kan hebben jegens de volmachtgever op grond van ongeschreven recht.¹⁷ De Hoge Raad is in diverse uitspraken nader ingegaan op het afleggen van rekening en verantwoording bij volmacht.¹⁸

Zo overwoog de Hoge Raad in 1971 dat het bestaan van een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording 'een rechtsverhouding veronderstelt tussen partijen krachtens welke de een jegens de ander verplicht is zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen'.¹⁹ In 1995 overwoog de Hoge Raad dat een verplichting tot rekening en verantwoording slechts kan worden aangenomen 'indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een rechtsverhouding die een verantwoordingsplicht (...) impliceert, kan voortvloeien uit hetgeen

7 A. van den Broeck, *Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 22.
8 A. van den Broeck, 'Inspiratie uit het buitenland voor het Nederlandse levenstestament', *WPNR* 2016, afl. 7125, p. 881.
9 L.A.G.M. van der Geld, 'De verklaring van levenstestament', *WPNR* 2016, afl. 7131, p. 1043; S. Mos-van Gool, 'Het levenstestament in de praktijk', in: A.R. Autar, J.P.M. Stubbé & L.C.A. Verstappen (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu 2018, p. 79-80 met elk een eigen definiëring.
10 Van den Broeck 2016, p. 881; L.C.A. Verstappen, 'Het levenstestament: volmacht of toch opdracht/lastgeving?', *WPNR* 2013, afl. 6993, p. 931-932; M.N. Bende, 'Zorgwetgeving en het levenstestament', in: A.R. Autar, J.P.M. Stubbé & L.C.A. Verstappen (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu 2018, p. 199.
11 L.C.A. Verstappen, 'Het levenstestament: volmacht of toch opdracht/lastgeving?', *WPNR* 2013, afl. 6993, p. 931-932.
12 Zie art. 3:60 e.v. (volmacht), 7:400 e.v. (opdracht) en 7:414 e.v. (lastgeving) BW; Blankman 2016, p. 823.

13 Zie o.a. ook KNB Basismodel Levenstestament d.d. 29 juni 2016 (hoofdstuk II); art. 3:62 lid 1 BW.
14 D.F.M.M. Zaman & M. van Leeuwe-ten Berge, 'Levenstestament en toezicht: naar een adequate governance ter bescherming van het vermogen van de volmachtgever', in: A.R. Autar, J.P.M. Stubbé & L.C.A. Verstappen (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu 2018, p. 134 e.v.; L.C.A. Verstappen, 'Het levenstestament: een korte analyse van veel gebruikte modellen in de notariële praktijk', *WPNR* 2016, afl. 7132, p. 1076.
15 Een daartoe strekkende bepaling wordt dan in de volmachtverlening opgenomen. Zie S.C.J.J. Kortmann, 'Rekening en verantwoording door de mantelzorger', *WPNR* 2016/7132, p. 1072; L.M. de Hoog, 'Een nieuw KNB-model levenstestament', *JBN* 2015, nr. 27.
16 J.M. Tempelaar, 'De pot met goud, de bankrekening en het voorkomen van misbruik van volmacht', *KWEP* 2016/28, p. 51; L.M. de Hoog, 'Een nieuw KNB-model levenstestament', *JBN* 2015, nr. 27.
17 S.C.J.J. Kortmann (m.m.v. J.S. Kortmann), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Deel III. Vermogensrecht algemeen. Volmacht en vertegenwoordiging*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 100 en 101.
18 J.M. Tempelaar, 'Volmacht en rekening en verantwoording', *WPNR* 2010, afl. 6838, p. 279-281.
19 HR 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6790, *NJ* 1972/338 m.nt. E.E.A. Luijten (Hotel Jan Luyken).

onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.²⁰ Wat maatschappelijk betamelijk is, bleef destijds onduidelijk.²¹

In 2005 overwoog de Hoge Raad dat de gevolmachtigde jegens de erfgename van een overleden volmachtgever geen rekening en verantwoording hoeft af te leggen, ‘omdat *volmachtgever* bij leven geen bezwaren heeft gehad tegen de wijze waarop *gevolmachtigde* van de volmachten heeft gebruikgemaakt en *door de erfgename* niet is gesteld dat sprake is geweest van misbruik van omstandigheden door de gevolmachtigde.’²² Uit dit arrest valt af te leiden dat de volmachtsverlening als zodanig geen rechtsverhouding tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde in het leven roept op grond waarvan laatstgenoemde jegens eerstgenoemde rekening en verantwoording dient af te leggen. Het arrest impliceert dat een dergelijke rechtsverhouding pas kan ontstaan indien de volmachtgever bij leven bezwaren heeft gehad over de uitoefening van de volmacht door de gevolmachtigde en deze bezwaren ook geuit heeft.

In het belangrijke Velázquez/Blaauw q.q.-arrest uit 2014 heeft de Hoge Raad echter nadere invulling aan bovenstaand criterium gegeven. De Hoge Raad overwoog dat een dergelijke rechtsverhouding (zoals hierboven bedoeld) kan voortvloeien uit de wet, een rechtshandeling of het ongeschreven recht.²³ De Hoge Raad gaat vervolgens nader in op wat het hier bedoelde ongeschreven recht inhoudt: ‘aan het oordeel dat op grond van ongeschreven recht een verplichting bestaat om zich te verantwoorden over de behoorlijkheid van het over het vermogen van een ander gevoerd beheer, kan bijdragen dat sprake is van een rechtsverhouding die verwantschap vertoont met een of meer in de wet geregelde gevallen waarin een dergelijke verplichting is neergelegd, zoals gemeenschap, opdracht of zaakwaarneming. *Voor het overige is het antwoord op de vraag of een zodanige verantwoording geboden is, sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Omstandigheden die in dit verband een rol kunnen spelen zijn onder meer:* (I) de redenen waarom het beheer is gevoerd, (II) de verhouding die bestond tussen degene die het beheer voerde en de rechthebbende, (III) hetgeen in de relatie tussen partijen of in soortgelijke gevallen gebruikelijk is of was, (IV) de mate waarin degene die het beheer voerde, zelfstandig kon en mocht handelen, en (V) de mate waarin de rechthebbende in staat is geweest de handelingen van degene die het beheer voerde te overzien en voor zijn belangen op te komen.’²⁴

Het uitgangspunt blijft echter dat het bestaan van een volmacht niet een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording inhoudt.²⁵ Het mogelijke gevolg daarvan is het ongehinderd misbruiken van het levenstestament door de vertegenwoordiger.²⁶ Feitelijk kent de lagere rechtspraak de volmachtgever echter onder de meeste omstandigheden het recht op rekening en verantwoording wel toe.²⁷ Indien dat het geval is, wordt de manier waarop de gevolmachtigde rekening en verantwoording moet afleggen naar analogie bepaald door de wettelijke bepalingen inzake figuren die wel in de wet zijn geregeld, zoals opdracht en lastgeving.²⁸

Vanwege deze onduidelijkheid en onzekerheid voor de volmachtgever is en blijft het verstandig om een rekening- en verantwoordingsplicht in de volmacht op te nemen, zodat de belangen van de volmachtgever te allen tijde voldoende gewaarborgd zijn. De door de Hoge Raad gegeven gezichtspunten in het Velázquez/Blaauw q.q.-arrest bieden immers geen algemene regel over het bestaan van een rekening- en verantwoordingsplicht bij een volmacht aan en de omstandighedentoetsing kan ook negatief (dat wil zeggen: er is in dat specifieke geval geen rekening- en verantwoordingsplicht) uitpakken. De notaris zal daarom, vanwege zijn ‘Belehrungspflicht’, de cliënt hierover informeren en grondig waarschuwen.²⁹ Voorts zal hij in beginsel standaard een rekening- en verantwoordingsplicht in het levenstestament opnemen teneinde eventueel toekomstig ongemak en misbruik te voorkomen en daarbij een mogelijkheid tot ingrijpen te bieden.³⁰ De vraag kan rijzen of de notaris in dit verband dienst mag weigeren indien een cliënt een levenstestament zonder rekening- en verantwoordingsplicht wil laten opmaken, gelet op mogelijk toekomstig misbruik daarvan door de gevolmachtigde.³¹ De beantwoording van deze vraag gaat het onderzoekskader en -doel van deze bijdrage echter te buiten.

20 Tempelaar 2010, p. 280. Zie ook HR 8 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1911, r.o. 3.5, NJ 1996/274.

21 Tempelaar 2010, p. 280-281.

22 HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4167, r.o. 3.4.2. Cursivering toegevoegd, HJW.

23 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1089, r.o. 3.6, NJ 2014/251 (Velázquez/Blaauw q.q.).

24 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1089, r.o. 3.6, NJ 2014/251 (Velázquez/Blaauw q.q.). Deze opsomming is niet uitputtend en bestaat niet uit cumulatieve vereisten, maar uit gezichtspunten. Cursivering toegevoegd, HJW.

25 T.J. Mellema-Kranenburg, ‘model I.3.3.5.10 Levenstestament’, in: H.J. Snijders (red.), *Modellen voor de Rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2018; Tempelaar 2010, p. 280 e.v..

26 Zie ook het voorbeeld in par. 1.

27 Tempelaar 2010, p. 278 en 282. Zie ook bijvoorbeeld Rb. Utrecht 26 september 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB4405, r.o. 4.3 en 4.10. De Hoge Raad hanteert echter een engere opvatting, zoals haar jurisprudentie laat zien. Aan de erfgenamen van de volmachtgever *onthoudt* de lagere rechtspraak in beginsel echter het recht op het vorderen van rekening en verantwoording van de gevolmachtigde.

28 Zaman & Van Leeuwe-ten Berge 2018, p. 134; Kortmann 2016, p. 1071-1072.

29 Dit omvat de plicht van de notaris om cliënten te informeren over de inhoud en gevolgen van de akte en toelichting daarbij te geven. Art. 43 lid 1 jo. lid 2 Wna; E.R. Helder, ‘Hoe ver reikt de Belehrungspflicht van de notaris?’, *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 300 e.v.

30 Zie KNB Basismodel Levenstestament d.d. 29 juni 2016 (hoofdstuk II; laatste onderdeel).

31 Zie in dit verband art. 21 lid 1 Wna (ministerieplicht). De notaris is in beginsel verplicht de door de cliënt(en) verlangde werkzaamheden te verrichten. Lid 2 art. 21 Wna voegt hieraan toe dat een notaris dienst mag weigeren indien de verlangde werkzaamheid in strijd met het recht of de openbare orde is.

2.3 Rekening en verantwoording bij de overeenkomst van opdracht

Volgens Verstappen kan een levenstestament ook door de regels van opdracht beheerst worden.³² De opdrachtsbepalingen zijn geregeld in titel 7 van Boek 7 BW. De opdrachtnemer in de zin van art. 7:400 lid 1 BW is in dit verband diegene die de uitvoering van het levenstestament op zich neemt. Hij verplicht zich om bepaalde werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de opdrachtgever en moet in het kader hiervan de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.³³ Deze zorgplicht wordt volgens Tjong Tjin Tai objectief ingevuld en men mag een bepaald niveau van bekwaamheid en inzet verwachten.³⁴ In deze algemene zorgplicht wordt ook wel een basis voor de rekening- en verantwoordingsplicht gelezen.³⁵ Of de zorgplicht in een concreet geval geschonden is, hangt af van de omstandigheden.³⁶

Voorts heeft de opdrachtnemer een informatieplicht jegens de opdrachtgever, moet hij verantwoording afleggen van de wijze waarop hij zich van zijn taak heeft gekweten en dient hij rekenschap te geven indien hij in het kader van de opdracht gelden heeft uitgegeven ten laste van of ontvangen heeft ten behoeve van de opdrachtgever.³⁷ Deze verantwoordingsplicht heeft tot doel de opdrachtgever de mogelijkheid te bieden om de opdrachtnemer te controleren en is verstrekkend.³⁸ De opdrachtnemer moet openheid van zaken geven en met name uitleg geven over het door hem gevoerde financiële beleid.³⁹

Het uitgangspunt bij opdracht is dus wel een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording. De titel van opdracht is echter van regeland recht en afwijking daarvan in een overeenkomst is dus mogelijk.⁴⁰ Deze plicht in een overeenkomst van opdracht wegschrijven is zodoende toegestaan en hierdoor blijft de mogelijkheid tot misbruik in beginsel open staan.⁴¹ Hoewel art. 7:445 lid 1 BW lijkt te suggereren dat partijen niet van art. 7:403 BW

kunnen afwijken, is deze bepaling slechts van toepassing op de overeenkomst van agentuur.⁴²

2.4 Rekening en verantwoording bij de overeenkomst van lastgeving

Volgens Verstappen kan een levenstestament ook door de regels van lastgeving beheerst worden.⁴³ De lastgevingsbepalingen zijn geregeld in afdeling 2 van titel 7 van Boek 7 BW. Uit de wettelijke plaatsing van de lastgeving blijkt reeds dat de figuur van lastgeving een *lex specialis* is van opdracht.⁴⁴ De regels van opdracht zijn dus in beginsel ook van toepassing op lastgeving, tenzij bijzondere artikelen in de lastgevingsbepalingen anders bepalen.⁴⁵ Bij lastgeving gaat het om het verrichten van rechtshandelingen.⁴⁶ Art. 7:403 BW is ook van toepassing op de overeenkomst van lastgeving, aangezien er niet anders wordt bepaald. Het uitgangspunt bij lastgeving is dus ook een plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording, maar deze regels zijn eveneens van regeland recht, waardoor afwijking mogelijk is.⁴⁷

2.5 De mogelijkheden voor de rechter tot ingrijpen bij het ontbreken van een rekening- en verantwoordingsplicht

Een levenstestament wordt door de notariële praktijk vaak gegoten in de vorm van een algemene, notariële volmacht die in beginsel herroepelijk is, aangezien de omstandigheden en wensen van de opsteller kunnen wijzigen.⁴⁸ Het is de vraag in hoeverre de rechter kan ingrijpen indien dat nodig is. De Nederlandse rechter kan in beginsel niet rechtstreeks ingrijpen in een volmachtverhouding.⁴⁹ Het is wel mogelijk dat de rechter een bewind of curatele uitspreekt; deze beïnvloeden (mogelijk) de werking van het levenstestament.

De opsteller van het levenstestament kan deze in beginsel herroepen indien hij merkt dat de gevolmachtigde daarvan misbruik maakt.⁵⁰ Hiervoor is het wel van belang dat de volmachtgever nog wilsbekwaam is.⁵¹ Herroeping is immers een eenzijdige, gerichte rechtshandeling volgens Van Anken & Brinkman.⁵² Wanneer de volmachtgever wilsonbekwaam is geworden kan hij het levenstestament niet meer herroepen, daar hij zijn wil niet meer duidelijk kenbaar kan maken.⁵³ Zijn verwanten of andere belang-

32 Verstappen 2013, p. 931-932.

33 Art. 7:400 lid 1 jo. art. 7:401 BW.

34 Het gaat hierbij om een zogenaamde 'maatman' volgens Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/94.

35 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/100.

36 A.G. Castermans & H.B. Krans, commentaar op titel 7.4 BW, in: J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter & E. Verhulp (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, commentaar op art. 7:401 BW.

37 Art. 7:403 lid 1 jo. lid 2 BW. Zie uitdrukkelijker art. 7:403 lid 2 BW.

38 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/112. Zie ook HR 25 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5918, NJ 1977/448, m.nt. W.H. Heemskerk. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de verantwoordingsplicht verder strekt dan een algemene informatieplicht voortvloeiende uit en tijdens het bestaan van de opdracht.

39 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/112; L.L.M. Prinsen, *Rekenplicht en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 37-45.

40 Art. 7:400 lid 2 jo. art. 7:413 BW. Art. 7:413 BW verbiedt afwijking van enkele artikelen, maar art. 7:403 BW staat daar niet bij; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/48.

41 Kortmann 2016, p. 1073. Uiteraard kan het misbruik op grond van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW wel worden aangepakt. Dit kan echter wel bewijsrechtelijke problemen met zich meebrengen.

42 Castermans & Krans 2018, commentaar op art. 7:403 BW.

43 Verstappen 2013, p. 931-932.

44 Zie art. 7:414 lid 1 BW; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/220.

45 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/225.

46 Art. 7:414 lid 1 jo. art. 3:33 BW.

47 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/43.

48 Zie KNB Basismodel Levenstestament d.d. 29 juni 2016 (hoofdstuk VIII); art. 3:62 lid 1 BW.

49 De wettelijke bepalingen inzake volmacht bieden hiertoe geen aanknopingspunt. Dat is bijvoorbeeld anders in België, waarover nader par. 3 van deze bijdrage.

50 Art. 3:72 aanhef en onderdeel c BW.

51 Art. 3:33 BW.

52 J.M. van Anken & R.E. Brinkman, 'Verrassende vragen over het levenstestament: de grenzen van herroeping van de volmacht', *JBN* 2017, nr. 13, p. 21.

53 Art. 3:33 BW.

hebbenden kunnen wel een verzoek indienen bij de rechtbank om de volmachtgever onder curatele of diens goederen onder bewind te doen plaatsen.⁵⁴ De rechter zal dan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en gelet op de inhoud van het levenstestament, een oordeel vellen. De bestaande rechtspraak in dit verband is pragmatisch en casuïstisch, zoals hieronder nader wordt uitgewerkt.

Het uitgangspunt hierbij is het in stand houden van het levenstestament indien deze voldoende waarborgen kent en de opsteller van het levenstestament voldoende wordt beschermd.⁵⁵ De inhoud van het levenstestament is in dit verband ook belangrijk, want de rechter zal sneller een beschermingsbewind of curatele uitspreken indien het levenstestament dit zelf als beëindigingsgrond aangeeft, hierbij gelet op de wil van de opsteller.⁵⁶ Indien echter expliciet in het levenstestament de bepaling opgenomen is zoals dat ‘deze volmacht er op gericht is geen bewind, mentorschap of curatele te hoeven aanvragen’, zal de rechter, mede gelet op het recht op zelfbeschikking van het individu binnen het burgerlijk recht, veel terughoudender oordelen.⁵⁷

Een dergelijke bepaling sluit ingrijpen door de rechter echter niet uit. Volgens De Hoog moet de rechter een beslissing om curatele dan wel bewind in te stellen, terwijl er een levenstestament is, wel zorgvuldig motiveren en mag hij dit alleen doen indien daartoe gegronde redenen bestaan.⁵⁸ Motivering is in het bijzonder vereist wanneer hij een ander dan de in het levenstestament aangewezen persoon tot bewindvoerder/curator benoemt.⁵⁹ Met oog op de goede belangenbescherming en -behartiging van de opsteller kan de rechter zodoende ondanks een dergelijke bepaling toch besluiten curatele in te stellen waardoor het levenstestament (als bijzondere ‘zorgvolmacht’) ophoudt te werken.⁶⁰

Bij de instelling van een beschermingsbewind ligt dit genuanceerder. Volgens Tempelaar eindigt het levenstestament in dat geval in beginsel niet wegens het niet-intreden van handelingsonbekwaamheid.⁶¹ Een bewind rust immers op een of meerdere goederen van de onderbewindgestelde (en

niet op diens persoon) die ten aanzien van die goederen slechts beheer- en beschikkingsonbevoegd wordt.⁶²

Deze situatie kan er echter toe leiden dat er na de instelling van een bewind meerdere vertegenwoordigingsbevoegde personen zijn (de bewindvoerder en de benoemde persoon in het levenstestament).⁶³ In een levenstestament zal de notaris daardoor in beginsel opnemen dat het levenstestament eindigt door het uitspreken van bewind door de rechter.⁶⁴ Verplicht is dit echter niet en voornoemde situatie kan zich daarom voordoen. Voor dit probleem worden in de literatuur diverse oplossingen geopperd.⁶⁵ Blankman stelt bijvoorbeeld dat er een hiërarchie van vertegenwoordigers bestaat waarbij de door de rechter benoemde bewindvoerder boven de in het levenstestament aangewezen vertegenwoordiger staat en het levenstestament derhalve doet eindigen.⁶⁶ Kortmann oppert meerdere opties, waaronder die dat het levenstestament wel geldig blijft, maar dat de bewindvoerder deze *kan* herroepen.⁶⁷ Een sluitend antwoord is echter noch in de literatuur, noch in de jurisprudentie te vinden.⁶⁸ Feitelijk lijkt de hierboven behandelde lagere rechtspraak zich echter wel bij Blankmans visie aan te sluiten.⁶⁹

De rechter zal dus in beginsel terughoudend zijn met ingrijpen middels het uitspreken van curatele of bewind wanneer er een levenstestament aanwezig is. Rechtstreeks ingrijpen in het levenstestament is naar huidig recht niet mogelijk en slechts via de omweg van curatele, en wellicht ook bewind, kan de rechter het levenstestament doen eindigen.

3. Het levenstestament in België

3.1 Het huidige systeem omtrent het levenstestament en het afleggen van rekening en verantwoording in België

Het Belgische Burgerlijk Wetboek (BBW) kent sinds 2014 een regeling voor meerderjarigenbescherming die zowel gerechtelijke als buitengerechtelijke bescherming beoogt te reguleren.⁷⁰ Sindsdien kent het Belgische recht twee vormen van meerderjarigenbescherming, namelijk een gerechtelijke vorm (een bewind) en een buitengerechtelijke vorm (een

54 Art. 1:379 (curatele) en 1:432 (bewind) BW.

55 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10353, r.o. 5.6, *RFR* 2018/55 en Rb. Oost-Brabant 16 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1548, r.o. 7, *FJR* 2016/65.2.

56 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 14 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4768, r.o. 9 en 11.

57 Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 13 december 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:8544, r.o. 2.4.

58 L.M. de Hoog, ‘De invloed van een levenstestament op de instelling van een beschermingsbewind’, *JBN* 2016, nr. 23.

59 De Hoog 2016.

60 Art. 3:72 aanhef en onderdeel a BW; T. Denekamp, ‘Het levenstestament en de bank’, *WPNR* 2016, afl. 7130, p. 1015; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10353, r.o. 5.7, *RFR* 2018/55; Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNOH:2017:8481, r.o. 2.3 en 2.4.

61 J.M. Tempelaar, ‘Bewind en volmacht. Water en vuur?’, *WPNR* 2013, afl. 6987, p. 687-688.

62 Art. 1:431 lid 1 jo. art. 1:438 lid 1 en lid 2 BW.

63 Tempelaar 2013, p. 687.

64 KNB Basismodel Levenstestament d.d. 29 juni 2016 (hoofdstuk VII inzake bewind). Het model laat echter ook de optie toe om het levenstestament niet te doen eindigen.

65 Tempelaar 2013, p. 687.

66 K. Blankman in: F.W.J.M. Schols, K. Blankman & J.B. Vegter (red.), *Bewind en aan bewind verwante vormen* (Preadvies KNB 2004), Den Haag: Sdu 2004, p. 77.

67 Asser/Kortmann 3-III 2017/57.

68 Tempelaar 2013, p. 688-689.

69 Zie de hierboven reeds behandelde jurisprudentie.

70 Wet 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, *BS* 14 juni 2013 en inwerkingtreding op 1 juni 2014. In Nederland is slechts de gerechtelijke bescherming gereguleerd.

lastgeving).⁷¹ De regeling omvat art. 489-490/2 BBW en is een *lex specialis* van de Belgische algemene lastgeving uit art. 1984-2010 BBW. De lastgeving zal uitgebreid behandeld worden, daar deze lastgeving vergelijkbaar is met het Nederlandse levenstestament.⁷² Het Belgisch bewind komt kort aan bod.

De Belgische buitengerechtelijke meerderjarigenbescherming is gegoten in de vorm van een lastgeving, waarbij naast het verrichten van rechtshandelingen in naam en voor rekening van de lastgever (*belangenbehartiging*) diens *belangenbescherming* een belangrijke rol speelt.⁷³ De autonomie omtrent het bepalen van de inhoud van de lastgeving door de lastgever staat hierbij centraal.⁷⁴ Deze lastgeving ziet slechts op vermogensrechtelijke handelingen en niet op persoonsrechtelijke handelingen (zoals een bepaling omtrent een euthanasiewens) en in dat verband is de Belgische lastgeving dus beperkter van omvang dan het doorsnee Nederlandse levenstestament.⁷⁵ Deze lastgeving heeft, evenals in Nederland, geen handelingsonbekwaamheid van de lastgever tot gevolg.⁷⁶ Ook regelt de Belgische wet verplichte registratie van de lastgeving⁷⁷ en worden bepaalde personen uitgesloten tot het zijn van lasthebber (zoals zij wiens goederen zelf onder bewind staan).⁷⁸ Voor de lastgeving geldt ook een schriftelijkheidsvereiste, maar een notariële akte is niet noodzakelijk.⁷⁹

De algemene lastgeving in België is geregeld in art. 1984-2010 BBW en omvat niet de plicht rechtshandelingen voor de lastgever te verrichten, maar slechts de bevoegd-

heid.⁸⁰ Deze figuur is dus vergelijkbaar met de Nederlandse volmacht.⁸¹ De Belgische lastgeving kent diverse verplichtingen voor de lasthebber, waaronder het afleggen van rekenschap over de uitvoering van de opdracht en het doen van verantwoording over de financiën.⁸² Deze bepaling is ook van toepassing op de vorm van lastgeving in het kader van de meerderjarigenbescherming, zoals hiervoor omschreven.⁸³ In art. 490/2 BBW worden aanvullende, specifieke verplichtingen voor de lasthebber in de zin van art. 490 BBW geformuleerd. De lasthebber moet zich ten eerste houden aan de door de lastgever opgelegde richtlijnen.⁸⁴ Ten tweede moet de lasthebber regelmatig overleg voeren met de lastgever⁸⁵ en eventuele in de overeenkomst aangewezen derden op de hoogte brengen van zijn activiteiten.⁸⁶ Een wettelijke basis voor controle en toezicht op de lasthebber door de lastgever en/of door laatstgenoemde aangewezen derden is derhalve aanwezig.

3.2 Beëindiging van de lastgeving en de mogelijkheid tot ingrijpen van de rechter

Wanneer de lasthebber zich niet aan een of meer van deze verplichtingen houdt, kan de lastgever, indien hij nog wilsbekwaam is, de lastgevingsovereenkomst beëindigen.⁸⁷ Deze beëindiging wordt ook ingeschreven.⁸⁸ Wanneer de lastgever echter wilsonbekwaam is, kan hij de lastgeving niet langer doen eindigen.⁸⁹ De Belgische vrederechter⁹⁰ kan dat echter wel, daar art. 490/2 par. 2 BBW bepaalt: 'De vrederechter kan te allen tijde de (...) lastgeving bedoeld in artikel 490 (...) beëindigen, indien de wijze waarop de lasthebber de opdracht uitvoert van die aard is dat de belangen van de lastgever in het gedrang komen. Hij kan deze lastgeving (...) vervangen door rechterlijke beschermingsmaatregelen die beter overeenstemmen met de belangen van de lastgever. (...). De vrederechter kan ofwel ambtshalve, ofwel op verzoek van enige belanghebbende (...) uitspraak doen over de uitvoeringsmodaliteiten van de lastgeving of over de bevoegdheden van de lasthebber. (...).' Deze procedure wordt ook wel de 'alarmbelprocedure' genoemd, omdat iedere belanghebbende aan de alarmbel kan trekken en de rechter kan inschakelen.⁹¹ De vrederechter heeft dus een ruime bevoegdheid om maatregelen te treffen indien de

71 F. Swennen, 'Meerderjarigenbescherming in de Lage Landen', *FJR* 2013/100; N. Labeeuw & E. van Landegem, 'Het nieuwe gerechtelijke beschermingsstatuut voor wilsonbekwamen. Bespreking van de wet van 17 maart 2013', *TEP* 2014/1, p. 4; E. de Nolf & E. Everts, 'De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testen?', *Notarieel Fiscaal Maandblad* 2014/7, p. 154.

72 A. van den Broeck, *Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 21-22. De lasthebber is hierbij vergelijkbaar met de Nederlandse gevolmachtigde en de lastgever is in dit kader soortgelijk aan de opsteller van het Nederlandse levenstestament.

73 Art. 490 BBW; C. de Wulf, 'De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regeling inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus', *Tijdschrift voor Notarissen* 2013/5, p. 261. Deze bescherming blijkt bijvoorbeeld uit de rol van de vrederechter (par. 3.2).

74 H. van Wermeskerken, 'Levenstestament in het buitenland. Zoveel landen, zoveel smaken', *Notariaat magazine* 2014/11, p. 11; S. Mosselmans & A. van Thienen, 'Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013', *Tijdschrift Familierecht* 2014/3-4, p. 61.

75 Art. 489 BBW; A. van den Broeck, 'De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief', *TEP* 2014/1, p. 77-78.

76 De Nolf & Everts 2014, p. 156.

77 Art. 490 BBW.

78 Art. 490/1 par. 1 onderdeel 2 jo. art. 496/6 BBW.

79 A. van den Broeck, 'De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief', *TEP* 2014/1, p. 83.

80 Art. 1984 BBW. Het gaat om de macht (bevoegdheid) om rechtshandeling te verrichten, niet een plicht; A. van den Broeck, *Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 136-137.

81 Art. 3:60 e.v. BW.

82 Art. 1993 BBW. Genoemde verplichtingen gelden jegens de lastgever.

83 Art. 490/2 par. 1 BBW verklaart art. 1984-2010 BBW van overeenkomstige toepassing.

84 Art. 490 jo. 490/2 BBW.

85 Indien de lastgever wilsonbekwaam geworden is, wordt het overleg gevoerd met de aangewezen derden. Indien deze ontbreken, kan de vrederechter hieromtrent een beslissing nemen.

86 Art. 490/2 BBW.

87 Art. 490 BBW.

88 Art. 490 BBW.

89 Art. 490 BBW.

90 De Belgische vrederechter is vergelijkbaar met de Nederlandse kantonrechter volgens Van Wermeskerken 2014, p. 11.

91 Swennen 2013; De Nolf & Everts 2014, p. 158.

lasthebber zijn opdracht op een dusdanige wijze uitvoert ten gevolge waarvan de correcte belangenbehartiging van de lastgever in het geding kan komen. Hieronder vallen logischerwijs situaties van misbruik van geldmiddelen door de lasthebber, zoals deze wegsluizen, deze verkwisten of deze anderszins in strijd met het belang van de lastgever aanwenden.⁹²

Naast de hierboven omschreven mogelijkheid tot ingrijpen door de vredesrechter in de lastgevingsverhouding, biedt de Belgische wet nog meer mogelijkheden tot rechterlijk ingrijpen. Ook ingeval er sprake is van een belangenconflict tussen de lasthebber en de lastgever, kan men een beroep doen op de vredesrechter.⁹³ De vredesrechter stelt dan ambtshalve of op verzoek van de lastgever of een andere belanghebbende een tijdelijke lasthebber *ad hoc* aan die het conflict oplost.⁹⁴ De vredesrechter kan tevens ingrijpen indien er sprake is van een lastgevingssituatie met meerdere lasthebbers die onderlinge conflicten hebben; de vredesrechter beslist dit geschil dan met oog op het belang van de lastgever.⁹⁵

De rol van de vredesrechter in België op het gebied van deze buitengerechtelijke lastgeving is mijns inziens opmerkelijk te noemen. Het gaat immers om een buitengerechtelijke vorm van meerderjarigenbescherming en één van de doelen van de invoering van de nieuwe wetgeving op dit terrein door de Belgische wetgever was het verminderen van de werklast en werkdruk van rechters.⁹⁶ Door de rechter op allerlei punten invloed en bevoegdheden toe te kennen, zouden deze doelstellingen niet bereikt kunnen worden. Daartegenover staat wel dat uiteindelijk veel rechterlijk werk voorkomen kan worden, aangezien de uitgebreide lastgevingsregeling de noodzakelijkheid van bewinduitspraken (vermoedelijk) doet afnemen. Wanneer problemen uitblijven, hoeft men immers de rechter nooit te verzoeken om een uitspraak. Daarnaast is het bij (kleine) problemen mogelijk de rechter eenvoudig te betrekken voor slechts dat probleempunt. Hierdoor is de belangenbescherming van de lastgever gewaarborgd waardoor er – in de woorden van Swennen – een ‘hybride bescherming ontstaat’ die als het ware tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke bescherming in zweeft.⁹⁷

3.3 Samenloop gerechtelijk bewind en buitengerechtelijke lastgeving

Wanneer een persoon een lastgevingsovereenkomst gemaakt heeft, zal de vredesrechter, behoudens de hierboven omschreven omstandigheden, terughoudend zijn met het instellen van een gerechtelijk bewind.⁹⁸ Dit vloeit rechtstreeks voort uit het feit dat de vredesrechter in beginsel

voorrang moet verlenen aan de buitengerechtelijke lastgeving (subsidiariteit) en het feit dat hij de afweging tot noodzaak van bescherming middels en de strekking van een bewind dient te toetsen (proportionaliteit).⁹⁹ Wanneer de vredesrechter toch besluit een bewind in te stellen, zal de lastgeving in beginsel naast het bewind blijven voortbestaan.¹⁰⁰ In beginsel, want de lastgeving blijft slechts van toepassing in de mate dat hij verenigbaar is met het bewind.¹⁰¹ Wanneer er bijvoorbeeld sprake is van ernstig tekortschieten van de lasthebber in zijn taak of dat er sprake is van een tegenstrijdig belang tussen lasthebber en lastgever, eindigt de lastgeving zodra de vredesrechter dit heeft vastgesteld.¹⁰²

4. Het levenstestament in de toekomst

4.1 Het levenstestament: wettelijk verankeren of niet?

In de voorgaande paragrafen zijn de juridische kaders geschetst van de regelgeving op het gebied van het levenstestament in Nederland en België. In deze paragraaf staat de vraag centraal of, en zo ja hoe, de Nederlandse wetgever wetgeving voor het levenstestament moet maken die overeenkomst met de Belgische regeling.

Uit aanbevelingen van de Raad van Europa, waar Nederland lid van is, blijkt dat personen zo veel als mogelijk hun eigen zaken moeten kunnen regelen voor de toekomst zonder daarbij afhankelijk te zijn van de rechter.¹⁰³ Een informele, buitengerechtelijke optie heeft hierbij de voorkeur.¹⁰⁴ Daarnaast *vereist* het door Nederland geratificeerde Gehandicaptenverdrag¹⁰⁵ volgens Swennen ook dat het levenstestament een wettelijke grondslag krijgt en dat de drie gerechtelijke maatregelen (bewind, curatele en mentorschap) worden samengevoegd.¹⁰⁶ Blankman is eveneens van mening dat een wettelijk kader voor het levenstestament noodzakelijk is.¹⁰⁷ Ook biedt codificatie van het levenstestament meer duidelijkheid en rechtszekerheid voor de juridische wereld en de burger. In België wordt aan deze punten voldaan. Het Belgische recht kan in deze opvatting daardoor een goede bron zijn om inspiratie uit te putten teneinde de Nederlandse wet op dit punt te verbeteren.

Aan de andere kant vinden bijvoorbeeld Brinkman en Van Anken dat het levenstestament geen wettelijke grondslag nodig heeft en dat de notariële praktijk op een zelfstandige en juiste wijze het levenstestament vorm kan geven,

92 A. van den Broeck, *Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 319-320.

93 Art. 490/2 par. 1 BBW.

94 Art. 490/2 par. 1 BBW; Swennen 2013.

95 Art. 490/2 par. 1 BBW; Swennen 2013.

96 De Nolf & Everts 2014, p. 154.

97 Swennen 2013.

98 Art. 490 BBW. De lastgeving is er immers juist om dit te voorkomen.

99 Mosselmans & Van Thienen 2014, p. 61; A. van den Broeck, *Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 320.

100 Art. 492 BBW; Mosselmans & Van Thienen 2014, p. 66.

101 Art. 492 BBW.

102 Art. 492 BBW.

103 Aanbeveling CM/Rec(2009) 11, aanbeveling 1.

104 Aanbeveling CM/Rec(2009) 11, aanbeveling 1.2.

105 Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, *Trb.* 2007, 169.

106 Swennen 2013.

107 K. Blankman, ‘Modernisering van beschermingsmaatregelen voor meerderjarigen. Commentaar bij een conceptwetsvoorstel betreffende curatele, beschermingsbewind en mentorschap’, *FJR* 2010, p. 212; Blankman 2016, p. 830-831.

mede gelet op de autonomie van de persoon.¹⁰⁸ Hoewel Brinkman en Van Anken menen dat enkele bepalingen in de wet verhelderd kunnen worden (zoals een wettelijke uitgangspunt om voorrang te verlenen aan een levenstestament boven bewind), stellen ze dat de verdere ontwikkeling van het levenstestament aan de praktijk overgelaten dient te worden daar 'de notariële praktijk dit soort dienstverlening het best vanuit zijn maatschappelijke betrokkenheid en verantwoordelijkheid kan ontwikkelen.'¹⁰⁹ In deze visie heeft men geen behoefte aan het Belgisch voorbeeld.

In mijn visie doet de Nederlandse wetgever er verstandig aan om wetgeving omtrent het levenstestament te maken naar Belgisch voorbeeld. Dit komt de rechtszekerheid ten goede en biedt handvatten voor de notariële praktijk.¹¹⁰ Ook kan de rol van de rechter gemoderniseerd worden. De visie dat de notariële praktijk alle problemen omtrent het levenstestament kan oplossen, deel ik niet. Men gaat in deze visie niet of nauwelijks in op de internationale aspecten, zoals het Gehandicaptenverdrag en het advies van de Raad van Europa. Er zijn daarnaast nog te veel onduidelijkheden die de notariële praktijk naar mijn idee niet zelfstandig kan oplossen. Hierbij valt met name te denken aan het ingrijpen door de rechter indien een rekening- en verantwoordingsplicht ontbreekt.

4.2 Waaruit moet de wettelijke fundering bestaan?

De wetgever is aan zet om een wettelijke basis voor het levenstestament te creëren. Mijns inziens dient de wetgever daarin ten minste de volgende bepalingen op te nemen:¹¹¹ Ten eerste dient de wetgever nader te duiden wat een levenstestament is (definiëring) en duidelijkheid te scheppen over de toepasselijke regels bij volmacht. Het is voor de juridische praktijk dan duidelijk welke bestaande, algemene regelgeving op het levenstestament van toepassing is en hoe deze toegepast dienen te worden. Daarnaast is dit noodzakelijk om de reikwijdte van een wettelijke regeling nader te kunnen vaststellen. Mijn voorkeur gaat uit naar een combinatie van volmacht, opdracht en lastgeving, daar een gebruikelijk levenstestament veel bepalingen bevat die onder deze figuren geschaard kunnen worden.¹¹² Dit is passend bij de aard van het levenstestament.

Ten tweede dient de wetgever een specifiek voor het levenstestament bedoelde bepaling op te nemen omtrent het verplicht afleggen van rekening en verantwoording aan de opsteller van het levenstestament of aan door hem aangewezen derden met de mogelijkheid tot beëindiging van het levenstestament indien de gevolmachtigde niet rapporteert

of van het levenstestament misbruik maakt. Op deze wijze wordt een vangnet gecreëerd wanneer het levenstestament een dergelijke verplichting niet bevat. Onder duidelijke opgave van redenen moet het echter mogelijk zijn voor de opsteller om van een rekening- en verantwoordingsplicht af te zien, mede gelet op het zelfbeschikkingsrecht van ieder individu. Deze redenen zijn voor de rechter dan later ook inzichtelijk. Wanneer er vervolgens echter problemen ontstaan, zal de rechter de mogelijkheid tot ingrijpen moeten hebben.

Ten derde dient de wetgever een specifieke bepaling te construeren omtrent de mogelijkheid tot (direct) ingrijpen door de rechter in een levenstestament, zodat de rechter deze altijd kan wijzigen of doen eindigen door het instellen van bewind of curatele. Op deze wijze kan de rechter maatwerk bieden en kan hij te allen tijde ingrijpen wanneer er sprake is van financieel of andersoortig misbruik. Terughoudendheid van de rechter bij het gebruikmaken van deze bevoegdheid is hierbij echter op zijn plaats. Dit gelet op de autonomie en vrijheid van iedere opsteller van een levenstestament. Een artikel zoals in België het geval is (art. 490/2 par. 2 BBW), kan in dit verband uitstekend als voorbeeld dienen.

5. Conclusie

In de voorgaande paragrafen is grondig uiteengezet hoe in het algemeen het levenstestament en daarbij in het bijzonder de plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording in Nederland en België is vormgegeven. Ook de rol van de rechter inzake het levenstestament is uitvoerig en kritisch uitgediept. Er is in dit kader eveneens gekeken naar de vraag of een wettelijke basis voor het levenstestament in Nederland noodzakelijk is.

Concluderend kan gesteld worden dat de vertegenwoordiger inzake een levenstestament niet van rechtswege rekening en verantwoording verschuldigd is aan de opsteller daarvan.¹¹³ Ten eerste brengt het uitgangspunt van de volmachtregeling met zich mee dat er in beginsel *geen* sprake is van een dusdanige rekening- en verantwoordingsverplichting. De regelingen van opdracht en lastgeving kennen in beginsel wel een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording, maar deze zijn van regeland recht en derhalve in het levenstestament weg te schrijven. Dit gebeurt dan vaak ook door een bepaling in het levenstestament op te nemen met de strekking dat het afleggen van rekening en verantwoording niet gewenst wordt door de opsteller onder vermelding van redenen. Ten tweede is rechtstreeks ingrijpen door de rechter in een levenstestament niet mogelijk; slechts via de omweg van curatele (en mogelijk bewind) kan hij het levenstestament buiten werking stellen. In verband met het ontbreken van een

108 R.E. Brinkman & J.M. van Anken, 'Levenstestament versus bewind en mentorschap. 'waarom moeilijk doen als het samen kan'', *WPNR* 2015, afl. 7064, p. 476.

109 Brinkman & Van Anken 2015, p. 475-476.

110 A. van den Broeck, 'Inspiratie uit het buitenland voor het Nederlandse levenstestament', *WPNR* 2016, afl. 7125, p. 892.

111 Deze aanbevelingen zien slechts op de in deze bijdrage behandelde problematiek. Op andere interessante zaken (zoals verplichte registratie voor de werking van een levenstestament of een wettelijke voorrangregeling voor het levenstestament op een gerechtelijke beschermingsmaatregel) wordt derhalve op dit moment niet ingegaan.

112 Zie nader het KNB Basismodel Levenstestament d.d. 29 juni 2016.

113 Althans, voor zover het levenstestament enkel volmachten bevat en deze plicht op grond van de vaste jurisprudentie en de omstandigheden van het geval niet wordt aangenomen. Dit is anders indien er naast volmacht ook sprake is van opdracht en/of lastgeving en de daarbij behorende rekening- en verantwoordingsplicht niet is weggeschreven. In die situaties geldt de plicht wel van rechtswege.

wettelijke rekening- en verantwoordingsplicht komt dit de belangenbescherming van de opsteller van het levenstestament niet ten goede.

De *oplossing* kan gevonden worden in het Belgisch recht. Daar geldt automatisch een rekening- en verantwoordingsplicht en heeft de rechter een ruime bevoegdheid om in te grijpen in de lastgevingsverhouding waardoor hij maatwerk kan bieden. De concreet voorgestelde oplossingen om dit in Nederland toe te passen, zijn in paragraaf 4.2 uitgewerkt. Dit bestaat uit het definiëren van het begrip levenstestament en de schepping van wetgeving omtrent een rekening- en verantwoordingsplicht die verplicht dient te zijn en wetgeving aangaande de rol van de rechter in dit geheel.

Het Nederlandse recht biedt zodoende, gelet op voornoemde knelpunten, nog geen afdoende bescherming tegen misbruik door een bij een levenstestament aangewezen persoon. Het Belgische recht kan hierbij dienen als inspiratiebron voor codificatie van wetgeving betreffende buitengerechtelijke beschermingsfiguren, zoals het levenstestament. Op deze wijze is een passende oplossing voor de problematiek te realiseren.

Over de auteur

H.J. Weijers LL.B.

H.J. Weijers is momenteel vierdejaars bachelorstudent Rechtsgeleerdheid (klassiek) aan de Universiteit Leiden. Eerder rondde hij de bachelor Notarieel Recht (cum laude en met Honours) aan de Universiteit Leiden af.