

Erfrechtelijke geschillen
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Het levenstestament gewikt en gewogen

Inhoudsopgave	
1. Inleiding	1
2. Nadere duiding van het levenstestament en wilsonbekwaamheid	3
3. Wettelijke beschermingsmaatregelen	6
3.1. De beschermingsmaatregelen vergeleken	7
3.2. Curatele	8
3.3. Beschermingsbewind	12
3.4. Mentorschap	16
4. Een staalkaart van geboden, verboden en wensen in een levenstestament	18
5. Enkele veel voorkomende bepalingen in levenstestamenten	24
5.1 Volmacht	24
5.2 Bankzaken en overige financiële zaken	27
5.3 Medische wilsverklaringen	29
6. Centraal Levenstestamentenregister	35
7. Het levenstestament in de rechtspraak	36
7.1 Het (niet) treffen van een beschermingsmaatregel	36
7.2 Het (niet) volgen van de voorkeur van de levenstestateur bij de benoeming van een curator, bewindvoerder of mentor	46
7.3. Volmacht met betrekking tot vennootschappelijke aangelegenheden	47
7.4. Rechtsgeldigheid van het levenstestament	50
7.5. Afleggen van rekening en verantwoording	53
7.6. Onrechtmatige onttrekkingen	61
7.7. Strafrechtelijke vervolging na misbruik van de volmacht	65
Bijlage: KNB Basismodel Levenstestament van 29 juni 2016	70
Bijlage: KNB Model Levenstestament van 22 april 2021	71

1. Inleiding

Het levenstestament is in trek. Uit de *factsheet* testamenten van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) blijkt dat de laatste jaren ongeveer 150.000 nieuwe levenstestamenten per jaar worden gepasseerd. Een groot deel daarvan wordt ingeschreven in het Centraal Levenstestamentenregister (CLTR). Het levenstestament kent als zodanig geen wettelijke regeling. Het levenstestament betreft een notariële volmacht

(als bedoeld in titel 3 van Boek 3 BW) en/of elementen van een overeenkomst van opdracht of lastgeving (als bedoeld in titel 7 van Boek 7 BW) van de levenstestateur aan een vertrouwenspersoon om allerlei aangelegenheden in de laatste levensfase te kunnen regelen. Te denken valt daarbij aan uiteenlopende onderwerpen, zoals financiële zaken, medische zorg, orgaandonatie, verzorging van huisdieren, uitvaartwensen en dergelijke (zie verder § 4).

De term levenstestament is een *contradictio in terminis*: het document regelt niets ter zake van de dood van de levenstestateur, maar juist allerlei zaken van het leven, ook al betreft het dan zaken in de eindfase van de betrokkene en wel op een moment dat de betrokkene daartoe zelf niet meer in staat is. Het begrip levenstestament is inmiddels echter ingeburgerd.

Een gebruikelijke omschrijving van een levenstestament is een akte waarin een natuurlijk persoon één of meer geboden, verboden en/of wensen met betrekking tot zijn vermogen (bezittingen en schulden), zijn verzorging en leven/dood heeft opgenomen met de bedoeling dat in geval van zijn wilsonbekwaamheid dienovereenkomstig wordt gehandeld. Het levenstestament wordt veelal opgemaakt bij notariële akte en kan dan worden geregistreerd in het Centraal Levenstestamentenregister (§ 6).

Waarom is deze belangstelling voor levenstestamenten opeens ontstaan? Veelal wordt er dan op gewezen dat kantonrechters moeite ondervonden om desverzocht machtiging aan een bewindvoerder of curator voor bepaalde rechtshandelingen te verlenen als de wensen van de rechthebbende waarvoor een wettelijke beschermingsmaatregel (bewind of curatele) is getroffen niet bekend zijn. Zo heeft een bewindvoerder in geval van een ingesteld beschermingsbewind een machtiging van de kantonrechter nodig om een schenking namens de rechthebbende te kunnen doen (art. 1:441 lid 2 onder a BW). De kantonrechter houdt dan rekening met de 'Aanbevelingen meerderjarigenbewind' (waarvan de laatste versie van 31 januari 2023 dateert), vastgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht (LOVCK&T).¹ In die aanbevelingen wordt op p. 16 vermeld:

“Een door de bewindvoerder ingediend verzoek om te worden gemachtigd tot het doen van een schenking namens een betrokkene die zijn wil niet kan bepalen, zal als hoofdregel worden afgewezen indien er geen schenkingstraditie wordt aangetoond. Een dergelijke schenkingstraditie kan worden afgeleid uit aangetoonde repeterende handelingen van de betrokkene voorafgaand aan instelling van het bewind (jaarlijkse donaties aan bepaalde goede doelen; periodieke gift aan kinderen van groter omvang dan regulier verjaarscadeau). Er is dan geen reden om van dit gebruik af te wijken, tenzij sprake is van zodanig afgenomen vermogen dat voortzetting van die traditie de toekomstige verzorging van betrokkene in gevaar brengt.”

Is het niet mogelijk om een schenkingstraditie aan te tonen, dan heeft de kantonrechter geen houvast om de machtiging tot het doen van een schenking aan de bewindvoerder of de curator te verlenen. Aangenomen mag immers worden dat de schenking in het algemeen niet in het belang van de schenker zal zijn. Met behulp van een levenstestament zou de levenstestateur in een dergelijk geval zijn wens toch te kennen kunnen geven om bepaalde schenkingen te doen. Hiermee was het idee van een levenstestament geboren.

¹ Zie daarvoor www.rechtspraak.nl.

Het door de kantonrechters afgegeven signaal is door het notariaat met verve opgepakt en met succes tot een nieuw notarieel product vermarkt.

Een andere reden voor de opkomst van het levenstestament is de vergrijzing van de bevolking. Onze levensverwachting stijgt. Tezelfdertijd geldt dat een groot aantal mensen lijdt aan dementie.² Dementie houdt in dat een persoon niet meer in staat is tot een redelijke waardering van de bij zijn handelingen betrokken belangen, zodat door hem geen geldige rechtshandelingen meer verricht kunnen worden (art. 3:34 BW). De wetgever heeft met deze ontwikkeling rekening gehouden door wettelijke beschermingsmaatregelen (curatele, bewind en mentorschap) in Boek 1 BW te introduceren (§ 3). Op deze wijze kunnen namens deze personen toch bepaalde rechtshandelingen verricht worden. Met behulp van een op maat gesneden levenstestament kan met deze algemene ontwikkelingen en de persoonlijke omstandigheden en wensen van betrokkene ook rekening worden gehouden. Een vertrouwenspersoon van de levenstestateur zou deze (rechts)handelingen dan namens hem kunnen verrichten. Het instellen van een wettelijke beschermingsmaatregel kan met een levenstestament in voorkomend geval zelfs vermeden worden (§ 7.1).

2. Nadere duiding van het levenstestament en wilsonbekwaamheid

Het levenstestament heeft - anders dan een testament - geen wettelijke grondslag. Algemeen wordt geleerd dat een levenstestament een (notariële) akte is waarin de levenstestateur één of meer geboden, verboden of wensen formuleert met betrekking tot zijn vermogen, zijn persoonlijke verzorging en aangelegenheden van leven en dood met de bedoeling dat in geval van wilsonbekwaamheid van de levenstestateur overeenkomstig deze bedoeling wordt gehandeld (of juist niet). Het levenstestament wordt veelal uitgebreid met de benoeming van een gemachtigde of levensexecuteur aan wie de uitvoering van de geboden, verboden en wensen wordt verzocht of opgedragen. In toenemende mate wordt in levenstestamenten tevens voorzien in de benoeming van één of meer toezichthouders die belast zijn met het uitoefenen van toezicht op de werkzaamheden van de levensexecuteur. Ondanks deze ontwikkeling om het levenstestament steeds meer 'aan te kleden', zijn er toch ook nog steeds notarissen die een levenstestament een synoniem achten van een algemene notariële volmacht waaraan niet meer dan twee A4-tjes notarieel aktepapier besteed behoeven te worden.

Volmacht, opdracht of lastgeving?

Wie kennis neemt van (modellen van) levenstestamenten valt op dat geregeld uitsluitend gebruik wordt gemaakt van de rechtsfiguur van de volmacht (titel 3 van Boek 3 BW)). Die volmacht wordt dan vervolgens in het levenstestament op maat gesneden door aan de gemachtigde bepaalde bevoegdheden toe te kennen, bijzondere wensen voor de uitoefening van die bevoegdheden te formuleren en bepaalde geboden en verboden aan de gemachtigde op te leggen. Dat roept meteen de vraag op of in een levenstestament soms (ook) het terrein van de bijzondere overeenkomsten van opdracht dan wel lastgeving wordt betreden (titel 7 van Boek 7 BW)? Wie aanneemt dat de werkelijkheid boven een bepaalde naamgeving van een document dient te prevaleren (*substance over form*), zal bij

² Zie daarvoor ook www.alzheimer-nederland.nl.

de kwalificatie van een rechtshandeling en bij de daaraan verbonden toepassing van bepaalde rechtsregels oog (moeten) hebben voor de betekenisvolle verschillen van deze van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren. Wat zijn die verschillen dan tussen de volmacht en de overeenkomst van opdracht en lastgeving?

Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten (art. 3:60 lid 1 BW). De *overeenkomst van opdracht* is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (art. 7:400 lid 1 BW). De *overeenkomst van lastgeving* ten slotte is de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever één of meer rechtshandelingen te verrichten (art. 7:414 lid 1 BW). Die last kan inhouden te handelen in eigen naam ten behoeve van de lastgever, maar ook te handelen in naam van de lastgever (art. 7:414 lid 2 BW).

Uit deze begripsomschrijvingen blijkt duidelijk dat volmacht slechts het verlenen van een bevoegdheid aan een gemachtigde inhoudt, een eenzijdige rechtshandeling derhalve. Bij opdracht en lastgeving komt - na aanvaarding door de opdrachtnemer of de lasthebber - een overeenkomst tot stand, waarbij over en weer rechten en plichten ontstaan in verband met het uitvoeren van bepaalde werkzaamheden. Er zijn ook verschillende gevolgen aan deze rechtsfiguren verbonden. De opdrachtnemer/lasthebber kan privaatief (ofwel exclusief) bevoegd gemaakt worden om bepaalde rechtshandelingen te verrichten. Dat is de privaatieve last van art. 7:423 BW. Met volmacht kan dat niet. De volmacht heeft geen privaatieve werking; de volmachtgever blijft bevoegd de bewuste rechtshandeling zelf te verrichten. De volmacht eindigt in beginsel met het overlijden van de volmachtgever (art. 3:72 en art. 3:73 BW). De overeenkomst van opdracht eindigt daarentegen niet door de dood van de opdrachtgever (art. 7:410 BW). De overeenkomst van lastgeving eindigt weer wel door de dood van de lastgever (art. 7:422 BW). Bij het uitoefenen van een bevoegdheid op grond van een volmacht is een toerekenbare tekortkoming in de uitvoering van een verbintenis niet aan de orde. Een dergelijke toerekenbare tekortkoming kan weer wel spelen bij de overeenkomsten van opdracht en lastgeving. Bij de uitvoering van een opdracht of last dient de opdrachtnemer c.q. lasthebber bovendien de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW). Al die verschillen komen naar voren als een belanghebbende of een toezichthouder meent dat de levensexecuteur zijn bevoegdheden of taken niet of niet naar behoren heeft uitgeoefend.

Daarnaast komen in een levenstestament op diverse terreinen wensen van de levenstestateur voor. Die wensen kunnen de vorm aannemen van instructies aan personen die een rol in het levenstestament hebben te vervullen (een gemachtigde, een zorgverlener, een toezichthouder e.d.). Die wensen kunnen van belang zijn bij de invulling van de zorgplicht die de gemachtigde heeft bij de uitoefening van werkzaamheden of het verrichten van rechtshandelingen ten behoeve van of namens de levenstestateur. In dat opzicht kunnen die wensen juridisch relevant zijn of worden.

Handelings(on)bekwaam en wils(on)bekwaam

Een nadere duiding is op haar plaats wat betreft de begrippen handelings(on)bekwaamheid en wils(on)bekwaamheid.

Ons burgerlijk vermogensrecht gaat ervan uit dat iedere natuurlijk persoon zelfstandig in het rechtsverkeer kan optreden en rechtshandelingen kan verrichten, voor zover de wet niet anders bepaalt (art. 3:32 lid 1 BW). Deze uitzondering wordt vervolgens in de wet uitgewerkt, waarbij gebruik gemaakt wordt van de begrippen handelingsonbekwaamheid en wilsonbekwaamheid. In beide gevallen geldt dat een door een onbekwame verrichte rechtshandeling nietig of vernietigbaar is. Een eenzijdige rechtshandeling van een onbekwame, die niet tot één of meer bepaalde personen was gericht (zoals bijvoorbeeld het opmaken van een testament), is nietig. In andere gevallen (zoals bijvoorbeeld het sluiten van een overeenkomst) is de door een onbekwame verrichte rechtshandeling vernietigbaar. Een dergelijke rechtshandeling is volkomen geldig, evenwel totdat in of buiten rechte een beroep op de vernietigbaarheid daarvan is gedaan door degene die zich op een wilsgebrek beroept. Na de vernietiging wordt de rechtshandeling van aanvang geacht nietig te zijn geweest.

Handelingsonbekwaamheid speelt onder meer bij curatele en minderjarigheid. Uitgangspunt is dat de curandus handelingsonbekwaam is (art. 1:381 BW). Bij een minderjarige geldt een iets ander uitgangspunt: als algemene regel geldt dat de minderjarige handelingsbekwaam is, mits hij handelt met toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger (art. 1:234 lid 1 BW). Handelingsonbekwaamheid op een bepaald terrein speelt bij bewind (financiële aangelegenheden) en mentorschap (zorgaangelegenheden). In deze gevallen ontstaat handelingsonbekwaamheid door een wettelijk voorschrift (minderjarigheid) of een rechterlijke uitspraak (curatele, bewind en mentorschap). Kenmerkend voor handelingsonbekwaamheid is dat de wetgever heeft bepaald dat bepaalde te beschermen personen (bepaalde) rechtshandelingen niet *mogen* verrichten als een beschermingsmaatregel is getroffen.

Dat ligt anders bij wilsonbekwaamheid. In dat geval staat het niet *kunnen* in een concrete situatie centraal. Van wilsonbekwaamheid wordt gesproken als de persoon niet in staat is of niet in staat wordt geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen (art. 3:34 lid 1 BW). Duidelijk is dat deze subjectieve norm geobjectiveerd wordt: het gaat om een redelijke waardering van de bij de rechtshandeling betrokken belangen. Naar het begrip 'wilsbekwaamheid' is de afgelopen decennia meer aandacht uitgegaan, omdat deze een voorwaarde is voor het verkrijgen van rechtsgeldige toestemming voor allerhande medische ingrepen en medisch-wetenschappelijk onderzoek (§ 5.3).

Het nuttige effect van standaardisering

Het levenstestament wordt doorgaans vastgelegd in een notariële akte. Dat biedt uiteraard voordelen. Zo bestaat zekerheid omtrent de handtekening van de levenstestateur en de notaris zal bovendien – zoals vereist bij het passeren van alle notariële partij-akten – wilscontrole uitoefenen. Onderdeel van de zorgplicht van de notaris is dat hij zich bij het passeren van een akte ervan dient te overtuigen dat hetgeen in die akte wordt opgenomen ook daadwerkelijk door de levenstestateur is gewild en begrepen. Een voordeel van het registreren van het levenstestament in het Centraal Levenstestamentenregister is dat voor

derden - waaronder bijvoorbeeld banken - duidelijk is dat de persoon in kwestie een levenstestament heeft, en dat deze nog steeds geldig en dus niet herroepen is.

Bij de redactie van het levenstestament verdient de praktische hanteerbaarheid van levenstestamenten grote aandacht. Dat spreekt met name aan bij bijvoorbeeld de regeling van bancaire zaken. Banken wensen zoveel als mogelijk te werken met standaardregelingen, omdat vanwege de massaliteit van het betalingsverkeer en de daarbij behorende automatisering met elke bijzondere wens van een cliënt nu eenmaal geen rekening kan worden gehouden. Voor banken was de inhoud van levenstestamenten soms praktisch niet uitvoerbaar, bijvoorbeeld wanneer er meerdere gevolmachtigden waren die alleen samen mogen handelen. Een bank kan niet zien of de gevolmachtigden samen achter de computer zitten om te internetbankieren of met zijn tweeën bij de geldautomaat staan om geld te pinnen. Ook hadden de banken liever dat bijzondere afspraken over geld die alleen tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde gelden, niet in de volmacht kwamen. De bank kan bijvoorbeeld niets doen met een afspraak dat er per week niet meer dan € 250 gepind mag worden. Ook dienen banken zekerheid te hebben omtrent de geldigheid van de volmacht.

Overleg tussen de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) heeft geleid tot een nieuw model van het levenstestament (zie daarvoor de [Bijlage](#) bij dit onderdeel). Hierin is een apart onderdeel voor het regelen van de financiële zaken opgenomen, waardoor het levenstestament werkbaar is geworden voor banken. De onduidelijkheid die bij banken bestond of iemand wel of niet de volledige zeggenschap had over de financiën van een derde behoort daarmee tot het verleden. Levenstestamenten die gemaakt worden volgens het nieuwe model worden door de bij de NVB aangesloten banken geaccepteerd.

Het bestaande model voor levenstestamenten is naar aanleiding van het gevoerde overleg tussen de KNB en de NVB op een aantal belangrijke punten gewijzigd. Zo wordt expliciet aandacht besteed aan de reden die iemand heeft voor het maken van een levenstestament. Een bank weet dan zeker dat het de bedoeling is dat de volmacht ook geldt als de klant bijvoorbeeld dement is. Daarnaast krijgt de gevolmachtigde nu de ruimst mogelijke bevoegdheden. Iedere gevolmachtigde mag zelfstandig de bankzaken regelen, ook als er meerdere gevolmachtigden zijn. Om mogelijk misbruik van de ruimere bevoegdheden van de gevolmachtigde tegen te gaan, is een andere beschermingsregeling ingebouwd: de bepalingen over rekening en verantwoording en toezicht zijn in het model sterk uitgebreid (zie verder § 5.2).

3. Wettelijke beschermingsmaatregelen

Het levenstestament zal voorzieningen in het belang van de levenstestateur bevatten in geval van zijn wilsonbekwaamheid. Ook Boek 1 BW bevat diverse maatregelen ter bescherming van meerderjarigen. Meerderjarigen kunnen die bescherming nodig hebben, hetzij op grond van hun geestelijke toestand, hetzij op grond van hun lichamelijke toestand. Die wettelijke beschermingsmaatregelen van Boek 1 BW zijn:

- curatele (art. 1:378 e.v. BW);
- beschermingsbewind (art. 1:431 e.v. BW); en
- mentorschap (art. 1:450 e.v. BW).

Ook om andere redenen verdienen deze beschermingsmaatregelen hier de nodige aandacht. In de 'Aanbevelingen meerderjarigenbewind' wordt op p. 4 vermeld:

"De kantonrechter treedt terughoudend op met het uitspreken van curatele, bewind of mentorschap als de betrokkene in een levenstestament of volmacht regelingen heeft getroffen op dit vlak."

Het treffen van een adequate regeling in een levenstestament kan daarmee ongewenst geacht overheidsingrijpen in de vorm van het treffen van één of meer van de wettelijke beschermingsmaatregelen mogelijk voorkomen. Het levenstestament beoogt personen op informele wijze bescherming te bieden voor een periode dat zij (deels) wilsonbekwaam zullen zijn en door het maken van het levenstestament zelf de regie in handen wensen te houden. Het levenstestament is aldus een alternatief voor beschermingsbewind, curatele of mentorschap.

Zelfs als een dergelijke beschermingsmaatregel toch zou worden getroffen, kan het levenstestament nog uitkomst bieden. De wettelijke regeling van de diverse beschermingsmaatregelen voorziet erin dat bij de benoeming van de bewindvoerder, de curator of de mentor *"de uitdrukkelijke voorkeur"* van de betrokkene wordt gevolgd, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten (vgl. art. 1:435 lid 3, art. 1:383 lid 2 en art. 1:452 lid 3 BW).

3.1. De beschermingsmaatregelen vergeleken

De beschermingsmaatregelen curatele, beschermingsbewind en mentorschap hebben uiteenlopende gevolgen. Curatele is bijvoorbeeld ingrijpender dan de andere twee maatregelen. Het mentorschap is van de drie beschikbare beschermingsmaatregelen de minst ingrijpende maatregel.

Bij de beschermingsmaatregelen kan een onderscheid worden gemaakt naar: (i) rechtsgevolgen, (ii) kenbaarheid en (iii) toepassingsgebied.

Rechtsgevolgen

Curatele leidt in beginsel tot handelingsonbekwaamheid (art. 1:381 lid 2 BW). Beschermingsbewind leidt tot handelingsonbevoegdheid, bestaande uit beheersonbevoegdheid (art. 1:438 lid 1 BW) en beschikkingsonbevoegdheid (art. 1:438 lid 2 BW) met betrekking tot de onder bewind gestelde goederen. Ook mentorschap leidt tot handelingsonbevoegdheid ten aanzien van bepaalde zorgaangelegenheden (art. 1:453 lid 1 BW).

Kenbaarheid

Een ondercuratelestelling wordt gepubliceerd in een openbaar register (art. 1:390 en art. 1:391 BW). Een onderbewindstelling wordt soms verplicht, soms facultatief gepubliceerd (art. 1:391 en art. 1:436 lid 3 BW). In het curatele- en bewindregister worden rechtsfeiten aangetekend die betrekking hebben op curatele en bewind. De Raad voor de rechtspraak

is het aangewezen orgaan dat het openbaar register houdt. Een mentorschap wordt niet gepubliceerd.

Toepassingsgebied

Bij curatele behartigt de curator zowel de vermogensrechtelijke als de niet-vermogensrechtelijke belangen van de onder curatele gestelde (art. 1:378 BW). Bij beschermingsbewind gaat het uitsluitend om de waarneming door de bewindvoerder van de vermogensrechtelijke belangen van de betrokkene (art. 1:431 lid 1 BW). Bij mentorschap gaat het uitsluitend om de waarneming door de mentor van belangen van niet-vermogensrechtelijke aard van de betrokkene (art. 1:450 lid 1 BW).

Het voorgaande betekent dat curatele en beschermingsbewind niet naast elkaar kunnen bestaan, en evenmin kunnen curatele en mentorschap naast elkaar bestaan (art. 1:389 lid 1 aanhef en onder c, art. 1:449 lid 1 en art. 1:462 lid 1 BW). Beschermingsbewind en mentorschap kunnen wel naast elkaar bestaan.

Gedurende lange tijd was curatele de enige beschermingsmaatregel in Boek 1 BW. Deze beschermingsmaatregel is in 1982 met het beschermingsbewind uitgebreid en pas in 1995 met het mentorschap. Het beschermingsbewind kan een nuttige functie vervullen bij het vermogensbeheer van bejaarden in gevallen waarin curatele te ver zou gaan (zie ook § 3.3). Ook de lichtste beschermingsmaatregel - het mentorschap - blijkt in een grote behoefte te voorzien.

3.2. Curatele

Instelling

De oudste en meest ingrijpende beschermingsmaatregel voor wilsonbekwame meerderjarigen is de curatele. De curatele is geregeld in titel 16 van Boek 1 BW (art. 1:378 e.v.). Zie ook de 'Aanbevelingen curatele' (waarvan de laatste versie dateert van 4 maart 2021).³

De kantonrechter kan een meerderjarige die vanwege zijn geestelijke stoornis of door gewoonte van drank- of drugsgebruik niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen zelfstandig te behartigen, onder curatele stellen en over hem één of twee curatoren aanstellen (art. 1:378 lid 1 BW). De kantonrechter heeft een mogelijkheid om het verzoek tot ondercuratelestelling af te wijzen in het geval de belangenbehartiging ook op andere wijze even goed kan plaatsvinden, bijvoorbeeld door zaakwaarneming, mentorschap en/of onderbewindstelling. Als *“een meer passende en minder verstrekkende voorziening”* kan ook het levenstestament in aanmerking komen.⁴ Het is aan de rechter aan wie een verzoek tot ondercuratelestelling is voorgelegd, om uiteindelijk te beoordelen of de omstandigheden van het geval wettigen dat de volmacht in een levenstestament als een meer passende en minder verstrekkende voorziening moet worden aangemerkt. Dat zal

³ Zie daarvoor www.rechtspraak.nl.

⁴ Zo valt in *Kamerstukken II, 2011-2012, 33 054, nr. 3, p. 18*, te lezen: *“Tenslotte wordt tot uitdrukking gebracht dat de maatregel proportioneel moet zijn, dat wil zeggen dat een voldoende belangenbehartiging niet met een meer passende en minder verstrekkende voorziening kan worden bewerkstelligd. Hiermee wordt de bestaande praktijk van een uitdrukkelijke wettelijke basis voorzien.”*

niet altijd het geval zijn. De rechter is niet gehouden om voorrang te verlenen aan een volmacht in een levenstestament. Het zal steeds van de omstandigheden van het geval afhangen of met een volmacht verleend in een levenstestament een voldoende behartiging van de belangen van de meerderjarige wiens ondercuratelestelling is verzocht, mogelijk is.

De rechter kan een verzoek tot instelling of opheffing van een curatele afwijzen en tegelijk ambtshalve een mentorschap en/of een beschermingsbewind instellen (art. 1:451 lid 3 en 4 en art. 1:432 lid 3 en 4 BW).

Een curatele kan, evenals een beschermingsbewind of een mentorschap, al tijdens de minderjarigheid worden uitgesproken wanneer te verwachten is dat op het moment van het meerderjarig worden aan de grond voor instelling van de maatregel is voldaan (art. 1:378 lid 2, art. 1:431 lid 2 en art. 1:450 lid 2 BW).

In gevallen van spoed kent de wet het provisioneel bewind (art. 1:380 BW). Tijdens de procedure tot instelling van een curatele kan op verzoek of ambtshalve een 'voorlopige curatele' worden ingesteld indien onmiddellijke bescherming nodig is en de uiteindelijke beslissing niet kan worden afgewacht. Deze voorlopige curatele eindigt wanneer de curator zijn taak aanvangt (art. 1:383 lid 11 BW).

Indien in hoger beroep een beschikking waarbij een curatele is uitgesproken, wordt vernietigd, eindigt de taak van de curator daags na deze uitspraak. De inmiddels door hem of met zijn toestemming verrichte rechtshandelingen blijven van kracht (art. 1:384 BW).⁵

Benoeming van een curator

De rechter die de curatele instelt, benoemt meteen of zo spoedig mogelijk daarna één of twee curatoren. De rechter vergewist zich van de bereidheid en vormt zich een oordeel omtrent de geschiktheid van de te benoemen persoon (art. 1:383 lid 1 BW). In beginsel volgt de rechter bij de benoeming van de curator "*de uitdrukkelijke voorkeur*" van de onder curatele te stellen persoon. Dit is anders indien gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten (art. 1:383 lid 2 BW).

Is deze uitdrukkelijke voorkeur niet gevolgd, dan moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin de onder curatele te stellen persoon is gehuwd, een geregistreerd partnerschap is aangegaan of anderszins een levensgezel heeft, en de situatie waarin een echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel niet aanwezig is. In de eerste situatie wordt bij voorkeur de levenspartner benoemd. In de tweede situatie wordt bij voorkeur één van de ouders, kinderen, broers of zusters van de onder curatele te stellen persoon tot curator benoemd.

Aan een curator die buiten de familiesfeer ten behoeve van drie of meer personen bewindvoerder, curator of mentor is, worden kwaliteitseisen gesteld (art. 1:383 lid 7 t/m 9 BW). Deze eisen zijn opgenomen in het Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren.⁶

De beloning van curatoren is geregeld in de Regeling beloningen curatoren, bewindvoerders en mentoren.⁷ Wat de hoogte van de beloning betreft maakt de regeling

⁵ Deze regeling geldt ook bij bewind (art. 1:448 lid 4 BW) en mentorschap (art. 1:461 lid 4 BW).

⁶ Zie daarvoor *Staatsblad* 2021, 469.

⁷ Zie daarvoor *Staatscourant* 2014, nr. 577811. N.B. De indexeringspercentage vindt in beginsel eens per drie jaar plaats. Dat hangt af van de hoogte van het indexeringspercentage.

een onderscheid tussen vertegenwoordigers uit de familiesfeer en beroepsmatig werkende curatoren.

Gevolgen van curatele

Het gevolg van de ondercuratelestelling is dat de meerderjarige curandus vanaf het moment van de uitspraak van de rechter handelingsonbekwaam wordt (art. 1:381 lid 1 en 2 BW). Dat betekent dat de door de curandus zonder toestemming van de curator verrichte rechtshandelingen vernietigbaar zijn. Deze rechtshandelingen en de daaraan verbonden gevolgen kunnen eenvoudig door de curator ongedaan gemaakt worden.

Op de handelingsonbekwaamheid van de curandus bestaan drie uitzonderingen. In de *eerste* plaats is de curandus handelingsbekwaam wanneer hij een rechtshandeling verricht met toestemming van de curator (art. 1:381 lid 3 BW). In de *tweede* plaats is hij handelingsbekwaam als het gaat om door de curator ter beschikking gestelde gelden die ten behoeve van zijn levensonderhoud worden uitgegeven (art. 1:381 lid 5 BW). In de *derde* plaats is de curandus handelingsbekwaam als de wet dat bepaalt (art. 1:381 lid 2 BW). Zo bevatten diverse wetten op het gebied van de gezondheidszorg een regeling waarbij de handelingsonbekwaamheid pas intreedt in geval van wilsonbekwaamheid.⁸ Daarnaast kan gewezen worden op art. 1:382 BW waarin wordt bepaald dat degene die uit hoofde van gewoonte van drank- of drugsgebruik onder curatele is gesteld, bekwaam blijft tot het verrichten van familierechtelijke handelingen voor zover de wet niet anders bepaalt.

Taak van de curator

De taak van de curator en de handelingsonbekwaamheid van de curandus betreffen niet alleen vermogensrechtelijke kwesties, maar ook beslissingen ten aanzien van behandeling of verpleging. Voor een aantal handelingen heeft de curator machtiging nodig van de kantonrechter (art. 1:386 lid 1 j° art. 1:345 lid 1 BW).⁹ Het gaat dan om ingrijpende handelingen met betrekking tot het vermogen van de curandus, zoals de verkoop van zijn woning of het doen van een grote gift. Voor ingrijpende handelingen ten aanzien van de persoon van de curandus is geen machtiging van de rechter vereist.

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de curator op niet-vermogensrechtelijk gebied wordt op verschillende manieren beperkt.

In de *eerste* plaats wordt aangenomen dat vertegenwoordiging door de curator niet mogelijk is wanneer het een hoogstpersoonlijke beslissing van de curandus betreft, zoals de sluiting van een huwelijk of het maken van een testament. Datzelfde geldt voor hoogstpersoonlijke beslissingen op het terrein van de gezondheidszorg. Een curator kan geen beslissing over euthanasie nemen. Ook maakt de wet vertegenwoordiging onmogelijk bij een onvrijwillige opname van een curandus in een psychiatrisch ziekenhuis als bedoeld in de Wet bijzondere opnemingspsychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz). Deze kan niet als vrijwillig worden opgevat indien de curator de opname wil of ermee akkoord

⁸ Te noemen zijn onder meer de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 BW (zie verder § 5.3).

⁹ De wettelijke regeling van curatele verklaart in generieke zin op het bewind van de curator de omtrent het bewind van de voogd gegeven voorschriften van overeenkomstige toepassing (art. 1:386 lid 1 BW).

gaat (art. 2 lid 5 Wet Bopz). Wanneer de curandus bereid is opgenomen te worden en de curator maakt daartegen bezwaar, dan is een machtiging van de rechter vereist. Bij andere beslissingen is die vertegenwoordigingsbevoegdheid niet altijd even duidelijk. De teneur van de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst is dat de curator in beginsel voor alle handelingen vertegenwoordigingsbevoegd is, maar bijvoorbeeld een niet-behandelverklaring in de zin van art. 7:450 lid 3 BW wordt over het algemeen opgevat als een beslissing waarbij vertegenwoordiging niet mogelijk is.

In de *tweede* plaats geldt een beperking dat, ook al geeft de curator zijn toestemming, een voor de patiënt ingrijpende behandeling of verrichting niet mag worden uitgevoerd als de curandus zich hiertegen verzet. Slechts als niet handelen zou leiden tot ernstig nadeel voor de patiënt is behandeling onder dwang toegestaan (art. 1:435 lid 5 BW). De wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst honoreert het recht op integriteit van het menselijk lichaam ook als het verzet tegen een ingreep afkomstig is van een ter zake wilsonbekwame curandus.

In de *derde* plaats is er de beperking die uit de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst voortvloeit betreffende de mogelijkheid voor de hulpverlener om de wil en opvatting van de curator naast zich neer te leggen. De medische hulpverlener heeft een eigen professionele verantwoordelijkheid die tot uiting komt in de door hem in acht te nemen zorg van een goed hulpverlener (art. 7:453 BW). Uit art. 7:465 lid 4 BW vloeit voort dat de hulpverlener niet zonder meer de mening van de curator hoeft te volgen en uit te voeren.

Toezicht van de kantonrechter

Ten behoeve van het toezicht van de kantonrechter bestaan verschillende instrumenten, zoals de door de curator op te stellen boedelbeschrijving of een vervangende verklaring die bij de kantonrechter moet worden ingeleverd, voor professionele curatoren een plan van aanpak en periodieke rekening en verantwoording. Ook is de curator - zoals hiervoor vermeld - gehouden voor ingrijpende handelingen de machtiging van de kantonrechter te vragen (art. 1:386 lid 1 j° art. 1:345 BW).

Publicatie en derdenbescherming

De curatele wordt gepubliceerd in de Nederlandse Staatscourant en geregistreerd in het curatele- en bewindregister bij de rechtbank Den Haag (art. 1:390 en art. 1:391 BW). De griffier draagt voor publicatie en inschrijving zorg. De publicatie van de curatele in twee dagbladen is in 2014 afgeschaft.

Een beroep op handelingsonbekwaamheid van de curandus (vgl. art. 1:381 lid 2 BW) slaagt altijd, ongeacht de eventuele goede trouw van de wederpartij waarmee door de curandus is gehandeld.

Einde van de curatele

De curator kan te allen tijde op eigen verzoek, wegens gewichtige redenen of omdat hij niet meer voldoet aan de (kwaliteits)eisen om te worden benoemd, worden ontslagen (art. 1:385 lid 1 onder d BW).

De kantonrechter kan de curatele opheffen indien de noodzaak daartoe niet meer bestaat of voortzetting van de curatele niet zinvol is gebleken. Hij kan dit ambtshalve doen, op verzoek van de (mede)curator of op verzoek van één van degenen die bevoegd was de instelling van de curatele te verzoeken. De kantonrechter kan tijdens deze ontslagprocedure voorlopige voorzieningen treffen (art. 1:386 lid 1 j° art. 1:370 BW). De curatele eindigt ook wanneer de curatele wordt vervangen door een meerderjarigenbewind of een mentorschap, maar hierbij bepaalt de wet in art. 1:389 lid 1 onder c BW dat de curatele pas eindigt als de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan (ofwel onherroepelijk is geworden).

3.3. Beschermingsbewind

Instelling

Ter bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van een geestelijk of lichamelijk gehandicapte of een psychiatrische patiënt kan diens vermogen of een deel daarvan onder bewind worden gesteld. De onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen is geregeld in titel 19 van Boek 1 BW (art. 1:431 e.v. BW). Zie daarvoor ook de 'Aanbevelingen meerderjarigenbewind'.¹⁰

De kantonrechter kan een beschermingsbewind over één of meer van de goederen instellen wanneer de betrokkene niet in staat is zijn vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen als gevolg van (a) zijn lichamelijke of geestelijke toestand, dan wel (b) verkwisting of het hebben van problematische schulden (art. 1:431 lid 1 BW). In de regel betreft het beschermingsbewind alle goederen van de betrokkene. In een enkel geval wordt het bewind beperkt tot de bankrekeningen of tot de gelden van het persoonsgebonden budget.

Het beschermingsbewind kan worden verzocht door nagenoeg dezelfde personen die bevoegd zijn een curatele of een mentorschap te verzoeken (art. 1:432 lid 1 en 2 BW). Alleen voor het bewind geldt dat ook het college van burgemeester & wethouders van de gemeente waar de rechthebbende woonplaats heeft bevoegd is een verzoek te doen tot instelling van een schuldenbewind (art. 1:432 lid 2 BW). Het kan dan alleen gaan om een onderbewindstelling op grond van verkwisting of het hebben van problematische schulden. Die bevoegdheid van het college past bij de taak die de gemeente heeft op grond van art. 3 van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening¹¹ om zorg te dragen voor schuldhulpverlening aan de inwoners van de gemeente.

Benoeming van een bewindvoerder

De kantonrechter benoemt een bewindvoerder die onder zijn toezicht het bewind uitvoert (art. 1:435 lid 1 BW). Het is ook mogelijk twee bewindvoerders te benoemen (art. 1:437 lid 1 BW). De kantonrechter vergewist zich van de bereidheid en vormt zich een oordeel over de geschiktheid van de te benoemen persoon. Een rechtspersoon kan tot bewindvoerder benoemd worden (art. 1:435 lid 5 BW).

¹⁰ Zie daarvoor www.rechtspraak.nl.

¹¹ Zie *Staatsblad* 2012, 78.

Bij de benoeming van de bewindvoerder heeft de kantonrechter te maken met “*de uitdrukkelijke voorkeur*” van de betrokkene (art. 1:435 lid 3 BW) en met de voorkeur van de wetgever voor de levenspartner of anders de familieleden (art. 1:435 lid 4 BW).

Aan een bewindvoerder die buiten de familiesfeer ten behoeve van drie of meer personen bewindvoerder is, worden kwaliteitseisen gesteld (art. 1:435 lid 7 t/m 9 BW). Deze eisen zijn opgenomen in het Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren.¹²

De beloning van bewindvoerders is geregeld in de Regeling beloningen curatoren, bewindvoerders en mentoren.¹³ Wat de hoogte van de beloning betreft maakt de regeling een onderscheid tussen vertegenwoordigers uit de familiesfeer en beroepsmatig werkende bewindvoerders.

Gevolgen van beschermingsbewind

Het belangrijkste gevolg van het beschermingsbewind is de handelingsonbevoegdheid van de betrokkene. Hij wordt beheersonbevoegd (art. 1:438 lid 1 BW) en beschikkingsonbevoegd als hij alleen optreedt (art. 1:438 lid 2 BW). Gedurende het bewind komt het beheer over de onder bewind gestelde goederen niet meer toe aan de betrokkene, maar aan de bewindvoerder. Onder beheer wordt verstaan: alle handelingen die verricht moeten worden voor een normale exploitatie van de onder bewind gestelde goederen. Slechts met medewerking van de bewindvoerder kan de betrokkene over de onder bewind gestelde goederen beschikken. Onder beschikken wordt verstaan: het vervreemden of bezwaren van de onder bewind gestelde goederen.

De betrokkene kan wel met medewerking van de bewindvoerder of, indien deze weigerachtig is, met vervangende machtiging van de kantonrechter over de onder bewind staande goederen beschikken.

Taak van de bewindvoerder

De wet legt diverse verplichtingen op aan de bewindvoerder. In de eerste plaats heeft de bewindvoerder de verplichting een inventarisatie op te maken van de aan het bewind onderworpen goederen en hiervan een beschrijving op te stellen. Deze boedelbeschrijving dient de bewindvoerder bij de griffie van de kantonrechter in te leveren. Indien de waarde van de onder bewind gestelde goederen minder bedraagt dan € 11.250 kan de bewindvoerder volstaan met het indienen van een vervangende verklaring (art. 1:436 lid 2 j° art. 1:399 BW).

In de tweede plaats heeft de bewindvoerder in het geval registergoederen onder bewind zijn gesteld de verplichting ervoor zorg te dragen dat een aantekening van het bewind in de openbare registers wordt opgenomen. Tevens dient bij een onderneming een aantekening van het bewind in het handelsregister te worden opgenomen.

In de derde plaats dient de bewindvoerder zo spoedig mogelijk na instelling van het bewind een bankrekening te openen. Deze rekening dient zoveel mogelijk gebruikt te worden door de bewindvoerder voor transacties die bij de uitvoering van zijn taak behoren.

¹² Zie daarvoor *Staatsblad* 2021, 469.

¹³ Zie daarvoor *Staatscourant* 2014, nr. 577811. N.B. De indexeringspercentage vindt in beginsel eens per drie jaar plaats. Dat hangt af van de hoogte van het indexeringspercentage.

De taken en bevoegdheden van de bewindvoerder zijn beschreven in art. 1:441 BW. Indien het bij de behartiging van de vermogensrechtelijke belangen van de betrokkene komt tot procedures, is de bewindvoerder de formele procespartij.

De bewindvoerder dient zorg te dragen voor een doelmatige belegging van het onder bewind gestelde vermogen, voor zover dit vermogen niet besteed behoeft te worden voor een voldoende verzorging van de betrokkene (art. 1:441 lid 1 BW). De bewindvoerder kan voorts alle handelingen verrichten die aan een goed bewind bijdragen.

Toezicht van de kantonrechter

Het toezicht van de kantonrechter op de werkzaamheden van de bewindvoerder vindt plaats (i) bij aanvang van het bewind, (ii) tijdens het bewind en (iii) na beëindiging van het bewind.

Bij aanvang van het bewind ontvangt de kantonrechter de boedelbeschrijving of vervangende verklaring en - bij professionele bewindvoerders die aan de kwaliteitseisen moeten voldoen - een plan van aanpak.

Tijdens het bewind dient de bewindvoerder bij ingrijpende beslissingen waar de betrokkene niet mee kan of wil instemmen, de kantonrechter om een machtiging te verzoeken (art. 1:441 BW). Voor schenkingen uit het vermogen van de betrokkene waarbij geen schenkingstraditie bestaat, wordt in de regel geen machtiging verleend. Ook is de bewindvoerder gehouden jaarlijks rekening en verantwoording af te leggen. Deze periodieke rekening en verantwoording wordt afgelegd aan de betrokkene indien hij ter zake wilsbekwaam is. In andere gevallen is het de kantonrechter die de rekening opneemt (art. 1:445 lid 1 en 2 BW). De kantonrechter kan de bewindvoerder te allen tijde oproepen voor verhoor, mogelijk naar aanleiding van een afgelegde periodieke rekening en verantwoording. De wet voorziet de kantonrechter van instrumenten om de gewenste informatie te verkrijgen (art. 1:436 lid 5 en 6 BW). De bewindvoerder is verplicht de kantonrechter te informeren over feiten die voor het bewind of het voortduren ervan belangrijk zijn. De bewindvoerder is bovendien verplicht na uiterlijk vijf jaar een verslag in te leveren waarbij hij ingaat op de vraag of de maatregel van het beschermingsbewind nog nodig is (art. 1:446a BW).

Na beëindiging van het beschermingsbewind dient rekening en verantwoording afgelegd te worden. Deze vindt plaats aan de betrokkene en ten overstaan van de kantonrechter. Deze ontvangt een kopie van alle stukken. Indien de betrokkene de rekening niet kan opnemen, vindt de rekening plaats aan de kantonrechter. Goedkeuring van de eindrekening belet niet dat de betrokkene na het einde van het bewind nogmaals rekening en verantwoording vraagt voor zover dit niet onredelijk is (art. 1:445 lid 2 BW). Deze bepaling maakt het ook mogelijk dat de erfgenamen van betrokkene na zijn overlijden nogmaals aan de ex-bewindvoerder rekening en verantwoording vragen. In de Aanbevelingen meerderjarigenbewind wordt het recht van de erfgenamen om de ex-bewindvoerder te verzoeken tot het afleggen van rekening en verantwoording beperkt tot het lopende jaar tot aan het tijdstip waarop de betrokkene is overleden. Alleen als over de daaraan voorafgaande periode nog geen (reguliere) rekening en verantwoording is afgelegd, dient die periode daarbij betrokken te worden.¹⁴

¹⁴ Zie Aanbevelingen meerderjarigenbewind, B.27.

Publicatie en derdenbescherming

Het zogeheten schuldenbewind moet op grond van art. 1:391 lid 1 onder 2° BW geregistreerd worden in het curatele- en bewindregister. Een regulier beschermingsbewind kan geregistreerd worden (art. 1:391 lid 1 onder 3° j° art. 1:436 lid 3 BW). Tot een dergelijke inschrijving kan door de kantonrechter ambtshalve worden besloten of op verzoek van de bewindvoerder of één van de personen die bevoegd zijn om een beschermingsbewind te verzoeken.

Aangezien het beschermingsbewind lang niet altijd geregistreerd wordt, kunnen derden daar niet altijd van op de hoogte zijn. De wet biedt dan ook bescherming aan de derde die het bewind niet kende of had behoren te kennen en een rechtshandeling met de betrokkene heeft verricht (art. 1:439 lid 1 BW). Inschrijving van het bewind in het curatele- en bewindregister zal ertoe leiden dat de derde zich minder gemakkelijk op goede trouw kan beroepen.

Einde van beschermingsbewind

Het beschermingsbewind eindigt door de dood of de ondercuratelestelling van de betrokkene (art. 1:449 lid 1 BW). Het bewind kan ook eindigen door opheffing indien de noodzaak daartoe niet meer bestaat of voortzetting van het bewind niet zinvol is gebleken (art. 1:449 lid 2 BW).

Bewind of curatele?

Welke overwegingen spelen zoal een rol bij de afweging om de instelling van een beschermingsbewind dan wel curatele te verzoeken?

Een belangrijke reden voor beschermingsbewind zal zijn dat meer dan bij curatele rekening wordt gehouden met de eigen mogelijkheden van de rechthebbende. Het bewind gaat namelijk ten aanzien van ingrijpende vermogensrechtelijke handelingen uit van samenwerking tussen de bewindvoerder en de rechthebbende. Zo nodig kan de kantonrechter een vervangende machtiging geven. Bij curatele is een curator niet verplicht voor ingrijpende vermogensrechtelijke handelingen eerst de medewerking van de rechthebbende te verkrijgen. De curator vraagt veelal rechtstreeks machtiging aan de rechter, ook al zal goed curatorschap hem nopen - waar mogelijk - enige afstemming bij de uitoefening van zijn taak te zoeken.

Een reden om te kiezen voor curatele kan zijn om de (vermogende) rechthebbende in vergaande mate te beschermen. Bij curatele kunnen door de rechthebbende verrichte rechtshandelingen te allen tijde ongedaan gemaakt worden. Bij beschermingsbewind kan dat alleen als de andere partij wist van het bewind of het bewind behoorde te kennen. Is het bewind ingeschreven in het curatele- en bewindregister, dan zal de andere partij niet snel beschermd worden.

Soms wordt voor curatele gekozen om geheel andere redenen. Zo kan het voorkomen dat het niet wenselijk is dat de betrokkene ouderlijk gezag uitoefent, huwt of een testament maakt. In geval van curatele is het uitoefenen van ouderlijk gezag niet mogelijk en is toestemming van de curator of de kantonrechter vereist om te kunnen huwen of te testeren (art. 1:246 BW, art. 1:37 en art. 1:38 BW en art. 4:55 lid 2 BW).

3.4. Mentorschap

Instelling

Sinds 1995 kan de kantonrechter een mentorschap instellen en een mentor benoemen. Het mentorschap ten behoeve van meerderjarigen is geregeld in titel 20 van Boek 1 BW (art. 1:450 e.v. BW). Zie ook de 'Aanbevelingen mentorschap' (waarvan de laatste versie van 2 december 2019 dateert).¹⁵

Een mentorschap wordt ingesteld indien een meerderjarige (of een bijna-meerderjarige) als gevolg van zijn geestelijke of lichamelijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen van niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen (art. 1:450 lid 1 BW).¹⁶ Het werkterrein van de mentor ziet dus op belangen van niet-vermogensrechtelijke aard van de betrokkene, waaronder worden verstaan *"aangelegenheden betreffende zijn verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding"* (art. 1:453 lid 1 BW). Hierin onderscheidt het mentorschap zich van de curatele en het beschermingsbewind.

Het mentorschap kan worden verzocht door de betrokken persoon zelf, zijn echtgenoot (of geregistreerde partner) of andere levensgezel, zijn bloedverwanten in de rechte lijn en die in de zijlijn tot en met de vierde graad, zijn voogd, zijn curator of bewindvoerder (art. 1:451 lid 1 BW). Daarnaast kan het mentorschap worden verzocht door de zorginstelling¹⁷ waar betrokkene verblijft of die begeleiding biedt en door het Openbaar Ministerie (art. 1:451 lid 2 BW).

Hoewel de kantonrechter niet verplicht is een mentorschap in te stellen, blijken de meeste verzoeken daartoe ingewilligd te worden. Het is niet vereist dat de betrokkene instemt met het verzoek. In veel gevallen wordt het mentorschap gecombineerd met een beschermingsbewind (§ 3.3).

Benoeming van een mentor

De kantonrechter die het mentorschap instelt, benoemt zo spoedig mogelijk een mentor (art. 1:452 lid 1 BW). Hij vergewist zich van de bereidheid van de te benoemen persoon om tot mentor benoemd te worden en vormt zich een oordeel over zijn geschiktheid. In de praktijk wordt meestal in het verzoekschrift een persoon voorgedragen die bereid is het mentorschap op zich te nemen. Een direct betrokken of behandelend hulpverlener mag niet tot mentor benoemd worden (art. 1:452 lid 6 onder c BW).

Bij de benoeming van een mentor dient *"de uitdrukkelijke voorkeur"* van de betrokkene gevolgd te worden, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten (art. 1:452 lid 3 BW). Indien de betrokkene niet blijkt geeft of kan geven van een voorkeur, wordt bij voorkeur de echtgenoot of levensgezel benoemd. Ontbreekt deze of is deze niet bereid of geschikt, dan wordt bij voorkeur één van de ouders, kinderen, broers of zussen van betrokkene benoemd. Zie hiervoor art. 1:452 lid 4 BW. In sommige gevallen worden

¹⁵ Zie daarvoor www.rechtspraak.nl.

¹⁶ Het mentorschap kan tevens worden verzocht en uitgesproken als nog niet aan de grond voor instelling daarvan is voldaan, maar te verwachten is dat een meerderjarige binnen afzienbare tijd in de toestand als bedoeld in art. 1:450 lid 1 BW zal komen te verkeren (art. 1:450 lid 3 BW).

¹⁷ Diverse zorginstellingen voor psychiatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten achten benoeming van een mentor wenselijk voor hun wilsonbekwame bewoners die geen familie hebben of daarvan niets te verwachten hebben.

'professionele' mentoren benoemd, vooral in situaties dat er geen geschikte mentor binnen de familie kan worden gevonden. Zo vermeldt de website www.mentorschap.nl over de regionale stichtingen die bij Mentorschap zijn aangesloten:

"Een groeiend aantal mensen heeft behoefte aan mentorschap, maar kan hiervoor niet terugvallen op familie of vrienden. Voor deze groep willen wij opkomen door het werven van mensen die bereid zijn om op vrijwillige basis op te treden als mentor. Wij gaan zorgvuldig op zoek naar een mentor die bij de cliënt past en ondersteunen hem of haar bij de aanvraag van het mentorschap bij de rechtbank.

Mentorschap zorgt voor kwalitatief goede en betrouwbare mentoren door hen te scholen en te ondersteunen bij de uitvoering van hun verantwoordelijke taak. Ook bieden wij familiementoren en professionele mentoren cursussen en ondersteuning aan."

Aan een mentor die buiten de familiesfeer ten behoeve van drie of meer personen mentor is, worden kwaliteitseisen gesteld (art. 1:435 lid 7 t/m 9 BW). Deze eisen zijn opgenomen in het Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren.¹⁸

De beloning van mentoren is geregeld in de Regeling beloningen curatoren, bewindvoerders en mentoren.¹⁹ Wat de hoogte van de beloning betreft maakt de regeling een onderscheid tussen mentoren uit de familiesfeer en beroepsmatig werkende bewindvoerders.

Gevolgen van het mentorschap

De betrokkene is tijdens het mentorschap onbevoegd rechtshandelingen te verrichten die betrekking hebben op zijn verzorging, verpleging, behandeling of begeleiding, tenzij uit wet of verdrag anders voortvloeit (art. 1:453 lid 1 BW). Met betrekking tot deze rechtshandelingen wordt de betrokkene vertegenwoordigd door de mentor, *"tenzij op grond van wet of verdrag vertegenwoordiging uitgesloten is"* (art. 1:453 lid 2 BW). Deze uitzondering is van belang omdat er verschillende wettelijke bepalingen zijn die de meerderjarige ondanks zijn mentorschap pas onbevoegd achten wanneer hij ter zake wilsonbekwaam is, en dus niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen. Een voorbeeld hiervan is de geneeskundige behandelingsovereenkomst, geregeld in Boek 7 BW.²⁰ De verplichtingen van de hulpverlener uit hoofde van de geneeskundige behandelingsovereenkomst - bedoeld wordt hierbij op het verkrijgen van toestemming voor een geneeskundige behandeling - dienen te worden nagekomen jegens de meerderjarige die een mentor heeft indien hij in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Dat betekent dat zolang de betrokkene de gevolgen van zijn beslissingen overziet en begrijpt het waar het om gaat (oftewel niet wilsonbekwaam is), hij zelf mag beslissen. Pas wanneer hij ter zake wilsonbekwaam is, is hij onbevoegd en treedt de mentor op.

¹⁸ Zie daarvoor *Staatsblad* 2021, 469.

¹⁹ Zie daarvoor *Staatscourant* 2014, nr. 577811. N.B. De indexeringspercentage vindt in beginsel eens per drie jaar plaats. Dat is afhankelijk van de hoogte van het indexeringspercentage.

²⁰ Vergelijkbare regeling zijn te vinden in bijvoorbeeld de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, de Wet maatschappelijke ondersteuning, de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek en de Wet op de orgaandonatie.

De mentor kan de betrokkene toestemming geven deze rechtshandelingen zelf te verrichten. Wanneer de betrokkene met toestemming handelt, is hij niet onbevoegd. Aangenomen wordt wel dat de mentor eigenlijk verplicht is de betrokkene toestemming te geven zelf op te treden als hij daartoe in staat is. Als gezegd, geven diverse zorgwetten reeds aan dat de cliënt of patiënt – ook als hij een mentor heeft – zelfstandig mag optreden bij wilsbekwaamheid.

Taak van de mentor

De mentor vertegenwoordigt de betrokkene bij zorgaangelegenheden, oftewel aangelegenheden betreffende zijn verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding (art. 1:453 lid 2 BW). De mentor is verplicht de betrokkene zoveel mogelijk bij de uitoefening van zijn taak te betrekken. Hij betracht de zorg van een goed mentor (art. 1:454 lid 2 BW). De mentor geeft de betrokkene raad in aangelegenheden van niet-vermogensrechtelijke aard en waakt over diens belangen ter zake (art. 1:453 lid 4 BW).

Toezicht van de kantonrechter

De kantonrechter houdt op verschillende manieren toezicht. Zo dient de mentor desgevraagd van zijn werkzaamheden verslag te doen aan de kantonrechter (art. 1:459 lid 1 BW). Ook dient de mentor jaarlijks een verslag van zijn werkzaamheden op te stellen en in te leveren (art. 1:459 lid 2 BW). Daarnaast kan de kantonrechter de mentor te allen tijde oproepen (art. 1:459 lid 1 BW)). De mentor is bij die gelegenheid verplicht om alle door de kantonrechter gewenste inlichtingen te geven.

Einde van het mentorschap

De mentor kan onder meer om gewichtige redenen door de kantonrechter worden ontslagen (art. 1:461 lid 1 onder e en lid 2 BW). Het mentorschap eindigt verder door de dood of de ondercuratelestelling van de betrokkene (art. 1:462 lid 1 BW) of door opheffing van het mentorschap op verzoek van de (mede)mentor of een van de (rechts)personen die bevoegd was het mentorschap te verzoeken (art. 1:462 lid 2 BW). De mentor doet aan het einde van zijn mentorschap van zijn werkzaamheden schriftelijk verslag, dat moet worden ingeleverd bij de kantonrechter (art. 1:459 lid 4 BW).

4. Een staalkaart van geboden, verboden en wensen in een levenstestament

Het opschrift van deze paragraaf zou mogelijk de indruk kunnen wekken dat met behulp van een staalkaart een poging wordt ondernomen een dekkend overzicht op te stellen van alle aangelegenheden die in een levenstestament geregeld kunnen worden. Het opstellen van een dergelijk overzicht zou een sisyfusarbeid vergen, waartoe ik mij niet gekwalificeerd acht en evenmin toe veroordeeld voel.²¹ Levenstestamenten bestaan er nu eenmaal in alle

²¹ Volgens een verhaal uit de Griekse mythologie was Sisyfus een zeer slecht mens. Hij was door Zeus voor zijn misdaden veroordeeld om in de onderwereld een groot rotsblok tegen een berg op te duwen. Zodra hij de top bijna had bereikt, tuimelde het blok naar beneden. Dan kon hij weer van voren af aan beginnen.

soorten en maten. Desalniettemin is het mogelijk een overzicht te geven van de thema's waaraan in het levenstestament aandacht besteed zou kunnen worden. Om het overzicht op te stellen, is gebruik gemaakt van het KNB Basismodel Levenstestament van 29 juni 2016 ([Bijlage](#)) en van het KNB Model Levenstestament van 22 april 2021 (Bijlage).

Preambule

Het levenstestament kan vooraf worden gegaan door een preambule waarin de levenstestateur de belangen die hij wenst na te streven en de verhoudingen die hij met diverse betrokkenen wenst te regelen onder woorden brengt. Deze preambule kan eventueel behulpzaam zijn bij de uitleg van het levenstestament.

Aan het basismodel van de KNB ontleen ik enkele alinea's die de structuur en het doel van het levenstestament goed weergeven:

“Met dit levenstestament wil ik mede voorzien in de situatie dat ik om wat voor reden dan ook niet meer zelf mijn wil kan bepalen en beslissingen kan nemen. Ik tref daartoe de volgende maatregelen.

Ik geef een algemene volmacht om mijn vermogensrechtelijke en andere zakelijke belangen te behartigen. Ik heb aanwijzingen ter zake van de uitoefening van de volmacht geformuleerd en wensen neergelegd die belangrijk zijn voor mijn welbevinden. Ik wijs een gevolmachtigde aan om mij te vertegenwoordigen bij het nemen van geneeskundige behandelbeslissingen, inclusief verplegen en verzorgen en ik heb wilsverklaringen geformuleerd. Deze wilsverklaringen laat ik aan mijn medisch dossier toevoegen.

Ik tref deze maatregelen om te voorkomen dat ik onder curatele word gesteld, dat over mijn goederen beschermingsbewind of ten behoeve van mij mentorschap wordt ingesteld. Ook als ik niet meer wilsbekwaam ben, dat wil zeggen dat ik lijd aan een stoornis in de zin van artikel 3:34 Burgerlijk Wetboek en/of dat ik niet meer in staat word geacht tot een redelijke waardering van mijn belangen zoals bedoeld in artikel 7:465 lid 3 Burgerlijk Wetboek, blijft dit levenstestament met de daarin opgenomen volmachten gelden. Ik ben mij ervan bewust dat ik dan zelf niet meer in staat zal zijn om mijn gevolmachtigde rekening en verantwoording te vragen of de volmacht in te trekken.

Het is mijn uitdrukkelijke bedoeling dat de gevolmachtigde(n) de wensen die ik in dit levenstestament heb neergelegd, ter kennis brengen aan de personen of instanties, zoals de rechterlijke macht of behandelend artsen, die bevoegd zijn beslissingen te nemen over mijn persoon of mijn goederen.”

Volmacht

Het levenstestament zal diverse bepalingen bevatten over de volmacht. De volmacht kan direct ingaan, maar het is ook mogelijk om de volmacht eerst in te laten gaan nadat een verklaring is afgegeven dat de levenstestateur wilsbekwaam is. Daarmee wordt bedoeld dat de levenstestateur niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. De verklaring moet dan worden afgegeven door een ter zake van de medische situatie waarin de levenstestateur dan verkeert deskundige en onafhankelijke arts.

Tevens zullen bepalingen opgenomen worden over de reikwijdte van de volmacht. Meestal betreft het een algemene volmacht als bedoeld in art. 3:62 lid 1 BW. Soms wordt

een ondervolmacht gegeven om de bank- en financiële zaken te behartigen, zodat door de gemachtigde(n) alleen en zelfstandig opgetreden kan worden.

Het is belangrijk dat de gemachtigde evenwichtig wordt voorgelicht over zijn taak en daarbij behorende verantwoordelijkheid. Een voorbeeld van een daarop toegesneden bepaling in een levenstestament is de volgende:

“Geen opdracht/lastgeving

Het is niet mijn intentie om een overeenkomst van opdracht en/of lastgeving in het leven te roepen. De gevolmachtigde is niet juridisch afdwingbaar verplicht om mijn zaken te behartigen (als een soort informeel bewind). Ik ga er evenwel vanuit en vertrouw erop dat wanneer ik wilsonbekwaam word de door de mij aangewezen gevolmachtigden gebruik zullen maken van de volmacht bij wijze van nakoming van een verplichting van moraal en fatsoen.

Indien de gevolmachtigde van de volmacht gebruik maakt, kan dit evenwel wel verplichtingen voor de gevolmachtigde meebrengen. Tot deze verplichtingen kan ook horen dat de gevolmachtigde rekening en verantwoording moet afleggen over de (rechts)handelingen die de gevolmachtigde uit mijn naam heeft verricht en over het gevoerde beheer over mijn vermogen. Ik raad daarom de gevolmachtigde aan een administratie bij te houden van de handelingen die hij uit mijn naam verricht. Ik vertrouw erop dat de gevolmachtigde handelt in overeenstemming met de instructies die ik geef.

Indien de gevolmachtigde gebruik maakt van de volmacht dient hij zich te gedragen zoals een goed gevolmachtigde betaamt.

Schending van de verplichtingen kan onder omstandigheden leiden tot aansprakelijkheid van de gevolmachtigde en de verplichting tot het betalen van schadevergoeding.”

Rekening en verantwoording

De gevolmachtigde zal periodiek rekening en verantwoording hebben af te leggen, waarna aan hem decharge verleend wordt. Daarbij kan in het levenstestament bepaald worden aan welke eisen de rekening en verantwoording dient te voldoen. De rekening en verantwoording wordt afgelegd aan de levenstestateur of - als deze niet meer in staat is rekening en verantwoording af te nemen - aan een in het levenstestament benoemde toezichthouder.

Bepaald kan ook worden dat de gevolmachtigde rekening en verantwoording aflegt aan de erfgenamen van de levenstestateur, of juist niet. Zo zou bepaald kunnen worden dat de gevolmachtigde rekening en verantwoording aflegt aan de erfgenamen over de periode waarover tijdens het leven van de levenstestateur geen rekening en verantwoording is afgelegd en in ieder geval over het laatste jaar voorafgaand aan het overlijden van de levenstestateur.

Bevoegdheden van de gevolmachtigde

In de regel bevat het levenstestament een algemene volmacht als bedoeld in art. 3:62 lid 1 BW. De gemachtigde mag de volmachtgever dan op allerlei terreinen vertegenwoordigen en zelfs ook daden van beschikking verrichten. Teneinde derden meer houvast te geven omtrent de reikwijdte van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gemachtigde

worden de bevoegdheden van de gemachtigde in het levenstestament niet alleen in *abstracte* zin omschreven, maar ook in *concrete* zin. Zo kan ter verduidelijking van de reikwijdte van de algemene volmacht in het levenstestament een opsomming gegeven worden van de bevoegdheden van de gevolmachtigde met betrekking tot: (i) bankzaken en overige financiële zaken, (ii) beheer en administratie, (iii) belegging en beschikking, (iv) borgtocht, (v) optreden in rechte, (vi) nalatenschappen en giften, (vii) e-mail en andere elektronische dienstverlening, (viii) toestemming ex art. 1:88 BW voor bepaalde rechtshandelingen, (ix) persoonsgebonden budget en (x) diverse bevoegdheden. Het levenstestament heeft door deze ellenlange opsomming (en dat is een opsomming die in het model steeds verder wordt uitgebreid met nieuwe situaties) wel monsterlijke proporties gekregen. Het model van 2021 telt inmiddels 18 bladzijden.

Aanwijzingen voor de gevolmachtigde

Aan de ene kant pleegt de levenstestateur de gevolmachtigde de bevoegdheid te verlenen naar eigen inzicht in het belang van de levenstestateur rechtshandelingen aan te gaan, maar aan de andere kant wordt als leidraad bij de uitoefening van uit de volmacht voortvloeiende bevoegdheden een aantal aanwijzingen gegeven. De aanwijzingen hebben niet het doel de reikwijdte van de volmacht te beperken. Die aanwijzingen zouden met de volgende bepaling bijvoorbeeld kunnen worden ingeleid:

"Bijlagen: interne werking

De bijlagen die aan deze akte worden gehecht, worden geacht deel uit te maken van onderhavige akte. In de bijlagen zijn nadere instructies aan de gevolmachtigde en nadere wensen van mij neergelegd met betrekking tot het gebruik van de volmacht, die - met uitzondering van de medische wilsverklaringen - uitsluitend interne werking hebben tussen mij en de gevolmachtigde en de gevolmachtigden onderling. Derden behoeven van deze bijlagen geen kennis te nemen voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de vertegenwoordigingshandeling door de gevolmachtigde. Voor die beoordeling is het bepaalde in deze akte zonder bijlagen leidend."

Giften

Het kan aangewezen zijn om in het levenstestament te bepalen of de gevolmachtigde al dan niet schenkingen mag doen. Ook een verbod om schenkingen te doen, kan worden opgenomen. Verder is het mogelijk te bepalen dat schenkingen aan (klein)kinderen gedaan mogen worden met het oog op belastingbesparing, en dat (klein)kinderen daarbij gelijk behandeld moeten worden.²² Aan het doen van schenkingen kan een maximum worden verbonden, bijvoorbeeld het bedrag van de jaarlijkse vrijstelling voor de schenkbelasting. Ook is het mogelijk te bepalen dat voldoende liquide vermogen moet overblijven om in de verzorging van de levenstestateur te voorzien (en in de uitkering van legaten waarin het testament eventueel voorziet). Bij het vaststellen van de ondergrens van het vermogen kan aansluiting worden gezocht bij het bedrag dat wordt genoemd in de Aanbevelingen meerderjarigenbewind (alwaar wordt bepaald dat, ook als er sprake is van een

²² Gelijke behandeling blijkt multi-interpretabel te zijn. Is ieder kleinkind gelijk, of moet gelijkheid op het niveau van de staak beoordeeld worden?

schenkingstraditie, het liquide vermogen van de betrokkene door de schenking niet minder dan € 30.000 komt te bedragen).²³

Door in het levenstestament specifieke wensen over schenkingen op te nemen, weet de gevolmachtigde wat de bedoeling van de levenstestateur is, zodat hij overeenkomstig die wensen van de levenstestateur schenkingen kan doen. In voorkomend geval weet ook de kantonrechter in een geval waarin voor een onderbewindgestelde om machtiging wordt verzocht voor het doen van een schenking wat de wensen van betrokkene zijn (art. 1:441 BW).

In het levenstestament kunnen meer modaliteiten ingevuld worden voor het doen van schenkingen. Te denken valt aan nadere voorschriften voor schenkingen met een in- of uitsluitingsclausule, schenkingsbewind of tweetrapsschenkingen. Gelet op de eis dat papieren schenkingen bij notariële akte en hoogstpersoonlijk aangegaan moeten worden (art. 7:177 lid 1 BW), is het niet mogelijk een bevoegdheid tot het doen van dit soort schenkingen (of andere schenkingen ter zake des doods) in een levenstestament aan een gemachtigde toe te kennen.²⁴

Huwelijkse voorwaarden

Stel dat A en B gehuwd zijn met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen (koude uitsluiting). A heeft door een verkeersongeval een ernstige hersenaandoening gekregen. A verblijft daardoor in een ziekenhuis en zal vermoedelijk niet meer herstellen. B is in het levenstestament aangewezen als levensexecuteur. Omdat A veel vermogender dan B is, wenst B op basis van de volmacht in het levenstestament de huwelijkse voorwaarden te laten vervallen.

Tegen de honorering van de wens van B zijn diverse bezwaren aan te voeren. De algemene volmacht van B lijkt niet toereikend om ook de huwelijkse voorwaarden te kunnen wijzigen. Er is ook een formeel beletsel in dit geval. Volgens art. 1:115 lid 2 BW moet een volmacht tot het aangaan van huwelijkse voorwaarden schriftelijk worden verleend en moet deze de in de huwelijkse voorwaarden op te nemen bepalingen bevatten.

Voogdij

Op grond van art. 1:292 lid 1 BW kan een ouder bepalen wie na zijn overlijden de voogdij over zijn minderjarige kinderen kan uitoefenen. Die aanwijzing kan plaatsvinden in een testament of door middel van een aantekening in het gezagsregister.

Het is denkbaar dat een ouder tijdens leven niet meer in staat is voor zijn minderjarige kinderen te zorgen en dat er iemand feitelijk het gezag over de minderjarige kinderen zal moeten uitoefenen. Dan kan de rechter een voogd benoemen. In een levenstestament kunnen de wensen over de persoon van de te benoemen voogd worden vastgelegd. De rechter is uiteraard niet gebonden aan die wensen, maar er bestaat een reële mogelijkheid dat bij de benoeming van de voogd daarmee rekening wordt gehouden. Ook kunnen eventuele wensen en aanwijzingen omtrent de verzorging en de opvoeding van de kinderen vastgelegd worden.

²³ Zie Aanbevelingen meerderjarigenbewind, D.4.

²⁴ Zie verder de onderdelen 'Schenking en erfrecht' en 'The Dutch gift: schenken op papier'.

Eigen woning en inboedel

Bepaald kan worden dat de woning van de levenstestateur verkocht mag worden, zodra deze zijn intrek neemt in een verpleeg- of verzorgingsinstelling en terugkeer naar de woning blijvend niet meer mogelijk is. Over de wijze van verkoop en het voeren van overleg daarover met kinderen kunnen aanwijzingen worden opgenomen.

Huisdieren

Heeft de levenstestateur huisdieren dan kunnen in het levenstestament aanwijzingen opgenomen worden voor de verzorging. Wie gaat er voor zorgen? Wat te denken van een regeling voor de kosten van voedsel, eventuele medische zorg en de verzorging van huisdieren? Ook kan worden bepaald dat de huisdieren naar een asiel gaan.

Sociale media

Ook voor het beheer van sociale media en e-mailaccounts kunnen voorzieningen opgenomen worden in het levenstestament. Moeten deze opgeheven worden en wat moet met de content daarvan gebeuren? Als de gevolmachtigde actie moet ondernemen, dan dient hij te beschikken over gebruikersnamen en wachtwoorden en weten hoe hij daaraan kan komen.

Bewind/mentorschap/curatele

Het levenstestament is er veelal op gericht om geen beschermingsbewind, mentorschap of curatele te hoeven aanvragen. Voor het geval de rechter toch één of meer van deze beschermingsmaatregelen instelt, kan het levenstestament voorzien in een opgave van personen die bij voorkeur door de rechter als bewindvoerder, mentor of curator benoemd worden.

Belangrijk is om aan te geven wat de gevolgen voor de volmacht in het levenstestament zijn als een beschermingsbewind wordt ingesteld. Aangenomen wordt dat de volmacht dan niet vervalt, aangezien de wet niet bepaalt dat een volmacht vervalt bij wilsonbekwaamheid.²⁵ Een volmacht eindigt wel door een ondercuratelestelling van de volmachtgever (art. 3:72 BW).

Orgaandonatie

De levenstestateur kan - in aanvulling op de registratie in het Donorregister - specifieke wensen met betrekking tot orgaandonatie in een levenstestament vastleggen. In het levenstestament kan uitgelegd worden waarom de levenstestateur orgaandonatie wel of niet wenst, zodat de nabestaanden uitleg over of toelichting op de wensen krijgen. Ook om een andere reden is opname van deze wens belangrijk. Nabestaanden kunnen orgaandonatie namelijk tegenhouden als zij aannemelijk maken dat de registratie in het Donorregister niet overeenkomt met de wens van de overledene. Het levenstestament verschaft hierover dan uitsluitel.²⁶

²⁵ Zie gerechtshof Den Haag 14 maart 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:801](#).

²⁶ Zie daarvoor het onderdeel 'Lijkbezorging en verwante zaken des doods'.

Geneeskundige aangelegenheden

Op dit terrein kunnen uiteenlopende aanwijzingen door de levenstestateur gegeven worden: behandelverbod, euthanasieverbod of -wens, te plegen overleg over behandelbeslissingen (§ 5.3).

Toezicht op de levensexecuteur

Degene die niet meer bekwaam is om zijn eigen belangen te behartigen, is ook niet meer in staat de levensexecuteur te controleren. Om die reden voorzien levenstestamenten soms - in aanvulling op een regeling voor het afleggen van rekening en verantwoording - in toezicht op en controle van de gevolmachtigde door een toezichthouder. Het houden van toezicht kan een bijdrage leveren aan het voorkomen of in elk geval zoveel als mogelijk beperken van financieel ouderenmisbruik. Niet onbelangrijk is ook dat met adequaat toezicht het ontstaan van ernstig verstoorde familieverhoudingen na het overlijden van de levenstestateur beperkt kan worden.

Uitvaart

Uitvaartwensen komen in een testament voor. Omdat met het verkrijgen van een testament enige tijd gemoeid kan zijn, worden deze wensen ook wel in een levenstestament opgenomen. Daarmee wordt bereikt dat deze uitvaartwensen tijdig bekend zijn. Uitvaartondernemingen verstrekken tegenwoordig ook uitvaartcodicillen voor het vastleggen van de uitvaartwensen. Deze uitvaartwensen zouden ook bij het levenstestament gevoegd kunnen worden.²⁷

5. Enkele veel voorkomende bepalingen in levenstestamenten

Hierna volgt een bespreking van enkele aspecten van veel voorkomende bepalingen in levenstestamenten.

5.1 Volmacht

In de regel wordt een *algemene volmacht* in het levenstestament opgenomen. Onder algemene volmacht wordt verstaan de volmacht die alle zaken van de volmachtgever en alle rechtshandelingen omvat, met uitzondering van hetgeen ondubbelzinnig is uitgesloten (art. 3:62 lid 1 BW). Een algemene volmacht strekt zich slechts uit tot daden van beschikking, indien schriftelijk en ondubbelzinnig is bepaald dat zij zich ook tot die daden uitstrekt (eveneens art. 3:62 lid 1 BW).

Daarnaast kennen we de *bijzondere volmacht*. Iedere volmacht die niet algemeen is als bedoeld in art. 3:62 lid 1 BW, is bijzonder. Is een bijzondere volmacht in algemene bewoordingen verleend, dan strekt deze zich slechts uit tot daden van beschikking indien dit ondubbelzinnig is bepaald (art. 3:62 lid 2 BW). Niettemin strekt een volmacht die voor

²⁷ Zie daarvoor ook het onderdeel 'Lijkbezorging en verwante zaken des doods'.

een bepaald doel is verleend, zich uit tot alle daden van beheer en beschikking die dienstig kunnen zijn tot het bereiken van dit doel (eveneens art. 3:62 lid 2 BW).

Notariële akte

Bij een volmacht die in een notariële akte is opgenomen, mag ervan worden uitgegaan dat (i) de levenstestateur de volmacht zelf heeft laten opstellen, (ii) de volmacht weloverwogen is gegeven en (iii) de levenstestateur de gevolgen van de verlening van de volmacht heeft overzien en begrepen. Van een volmacht die in een notariële akte is opgenomen, kan ook achterhaald worden of deze inmiddels is herroepen. Dat kan worden nagegaan via het Centraal Levenstestamentenregister of via een aantekening op de minuutakte (art. 3:75 BW).²⁸ Een onderhandse volmacht biedt al deze voordelen niet. Deze komen in de praktijk bij levenstestamenten dan ook nauwelijks voor.

Ingaan van de volmacht

Het Basismodel levenstestament biedt voor de ingang van de volmacht een aantal keuzemogelijkheden. Er kan gekozen worden voor een onmiddellijke ingang van de volmacht, dat wil zeggen vanaf het moment direct na het ondertekenen van het levenstestament. Dat de volmacht meteen ingaat, wil niet zeggen dat daarvan meteen ook gebruik gemaakt wordt als de levenstestateur nog zelf in staat is de regie over zijn leven te voeren. Een andere mogelijkheid is dat de volmacht eerst ingaat na afgifte van een verklaring van wilsonbekwaamheid, waaronder de situatie wordt verstaan dat de levenstestateur niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen.²⁹ Bepaald is dat een dergelijke verklaring moet worden afgegeven door een ter zake van de medische situatie waarin de betrokkene dan verkeert deskundige, onafhankelijke arts. Dat kan niet de behandelend huisarts zijn, maar bijvoorbeeld wel een VIA-arts (VIA staat voor Vereniging van indicerende en adviserende artsen).

Afzonderlijk/gezamenlijk handelen

Een volmacht kan blijkens het Basismodel levenstestament aan twee of meer personen gegeven worden. Deze gemachtigden kunnen ieder zelfstandig handelen (bijvoorbeeld ieder op een bepaald gebied) of zij moeten gezamenlijk optreden. Daarbij geldt dat deze gemachtigden aan elkaar ook een beperkte of algemene ondervolmacht kunnen geven.

Zoals hierna blijkt, is het in bankzaken gezamenlijk optreden onwerkbaar. Het Basismodel levenstestament voorziet dan ook in een ondervolmacht voor bankzaken voor de situatie dat gemachtigden gezamenlijk moeten handelen.

²⁸ In geval van een bij notariële akte verleende volmacht tekent de notaris die de minuut onder zijn berusting heeft, op verzoek van de volmachtgever het einde van de volmacht daarop aan. Dat leidt ertoe dat nadien afgegeven afschriften van deze op de minuut gestelde aantekening blijf geven. Eerder afgegeven expedities worden ontkracht doordat de volmacht na het einde daarvan teruggegeven moet worden.

²⁹ Andere formuleringen komen ook wel voor, zoals de bepaling dat de gemachtigde pas bevoegd is bij 'belet of ontstentenis' van de volmachtgever. Een derde is veelal niet in staat een mededeling van deze strekking van de gemachtigde te verifiëren. Het verdient daarom de voorkeur te bepalen dat een doktersverklaring moet worden overgelegd als objectief bewijs van de ingang van de volmacht.

Ondervolmacht

De gevolmachtigde kan een hem verleende volmacht aan een ander verlenen (art. 3:64 BW). Bij een volmacht wordt dan van een ondervolmacht of substitutie gesproken. In de regel wordt in het levenstestament hiervoor een voorziening opgenomen, zodat de gemachtigde bijvoorbeeld geen, een beperkte of zelfs een algemene ondervolmacht mag verstrekken. Bij een ondervolmacht kan ervoor gekozen worden dat de ondervertegenwoordiger in naam mag handelen van de gemachtigde dan wel in naam van de levenstestateur. Ik geef hierna een voorbeeld van een dergelijke ondervolmacht.

"Ondervolmacht

Voor zover het gaat om de uitoefening van de hiervoor onder het opschrift 'Bankzaken en overige financiële zaken' bedoelde bevoegdheden, kunnen, ingeval er meer gevolmachtigden zijn, deze gevolmachtigde gezamenlijk aan één of meer van hen een ondervolmacht geven, zodat elk van de ondergevolmachtigden afzonderlijk bevoegd is mij te vertegenwoordigen ter zake mijn bank- en financiële zaken."

Einde van de volmacht

Het Basismodel levenstestament sluit wat betreft het einde van de volmacht aan bij de in de wet genoemde gronden, zoals overlijden van de levenstestateur, zijn ondercuratelestelling of faillissement (art. 3:72 BW). Andere gronden waarop de volmacht eindigt, zijn herroeping van de volmacht door de levenstestateur en opzegging van de volmacht door de gemachtigde. Deze beëindigingsgronden zijn alle objectief geformuleerd, en daarmee ook te controleren voor derden. Dat geldt bijvoorbeeld niet voor onhanteerbare gronden, zoals bijvoorbeeld de beëindiging van de samenwoning van de levenstestateur met de gemachtigde partner.

Het is mogelijk om van de in art. 3:72 BW genoemde beëindigingsgronden af te wijken. Zo kan binnen zekere grenzen worden bepaald dat de volmacht onherroepelijk is (en dat herroeping zonder effect blijft) of dat de dood van de volmachtgever niet tot het einde van de volmacht leidt (art. 3:74 lid 1 BW). Een volmacht kan slechts onherroepelijk zijn en de dood van de volmachtgever zal niet tot het einde van de volmacht leiden, voor zover de volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of een derde. De ratio van deze beperking is dat het belang van de gevolmachtigde of een derde kan meebrengen dat een volmacht niet eindigt door herroeping of de dood van de volmachtgever. Hiermee kunnen de belangen van de gevolmachtigde of een derde zeker gesteld worden. Is een volmacht onherroepelijk, dan sluit deze bepaling - tenzij anders blijkt - in dat deze volmacht evenmin eindigt door de dood van de volmachtgever. De wederpartij waarmee wordt gehandeld, mag in dit geval aannemen dat aan het voor de geldigheid van die bepaling gestelde vereiste is voldaan, tenzij het tegendeel voor de wederpartij duidelijk kenbaar is (art. 3:74 lid 2 BW). Art. 3:74 lid 4 BW biedt de erfgenamen nog de mogelijkheid om de bepaling dat de volmacht niet eindigt door de dood door de rechtbank te laten wijzigen of buiten werking te stellen wegens gewichtige redenen, zodat de volmacht wel eindigt met de dood.

5.2 Bankzaken en overige financiële zaken

Van het Basismodel levenstestament dat is opgesteld in goed overleg tussen de KNB en de NVB maakt een bancaire paragraaf – met als opschrift ‘Bankzaken en overige financiële zaken’ – deel uit. Het voordeel daarvan is dat deze uniforme regeling door alle banken wordt geaccepteerd.

Een belangrijk uitgangspunt van deze bancaire paragraaf in het Basismodel levenstestament is dat de gemachtigde *extern* – dat wil zeggen: in relatie tot derden – onbepaald vertegenwoordigingsbevoegd is om bankzaken te regelen. Eventuele beperkingen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gemachtigde werken uitsluitend *intern*, in de verhouding tussen de levenstestateur en de gemachtigde. Deze beperkingen kunnen worden opgesomd in de paragraaf ‘Aanwijzingen voor de gevolmachtigde’ van het Basismodel levenstestament. Dat deze beperkingen uitsluitend intern werken, houdt verband met de omstandigheid dat de bank door de massaliteit van het betalingsverkeer niet in staat is op de naleving daarvan door de gemachtigde controle uit te oefenen.

Het belang van de bank om beperkingen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een gemachtigde niet te hoeven accepteren, acht de bank zelfs zo groot dat zij het recht heeft bedongen een dergelijke volmacht te kunnen weigeren.³⁰ Ten overvloede wordt in het model nog bepaald dat de bank geen controle uitoefent op de handelingen van de gemachtigde en dat de bank erop mag vertrouwen dat een gemachtigde handelt in overeenstemming met de bevoegdheden die hij heeft in het kader van de volmacht. Het voorgaande neemt niet weg dat er zich bijzondere situaties kunnen voordoen dat een zeer opmerkelijk gebruik van de volmacht de bank opvalt of zou moeten opvallen en dat zij de gemachtigde uit hoofde van haar bancaire zorgplicht daarop aanspreekt en om een toelichting vraagt en zo nodig zelfs op een bepaalde wijze ingrijpt.

Opsomming van toegestane handelingen

De volmacht is veelal een algemene volmacht. De gemachtigde mag bijvoorbeeld de levenstestateur:

“(...) in alle zaken [vertegenwoordigen] en namens mij alle rechtshandelingen (...) verrichten op het gebied van het burgerlijk recht, het belastingrecht, het procesrecht en elk ander rechtsgebied voor zover de wet dat toestaat. Deze volmacht strekt zich uitdrukkelijk uit tot daden van beschikking.”

Desalniettemin verdient het soms aanbeveling om in aanvulling daarop de handelingen die (niet) onder het bereik van de volmacht vallen te preciseren. In de regel gebeurt die precisering in een preambule of het formuleren van wensen en/of instructies in een bijlage. Ten aanzien van de bankzaken is dat gebeurd door een opsomming te geven van wat onder bankzaken en overige financiële zaken wordt verstaan, zoals allerlei handelingen met betrekking tot bankrekeningen, safeloket, effecten, lenen en zekerheid en verzekeringen.

³⁰ Zie hiervoor art. 9 van de Algemene Bankvoorwaarden. Op grond hiervan kan de bank regels en beperkingen stellen aan de mogelijkheid dat een klant zich door een ander laat vertegenwoordigen.

Vertegenwoordiging van een vennootschap

Het Basismodel levenstestament voorziet ook in het geval de levenstestateur de hoedanigheid heeft van *“bestuurder en/of aandeelhouder van een rechtspersoon”*. De volmacht strekt zich dan mede tot deze hoedanigheid uit, zodat de gemachtigde ook kan beschikken over de bankrekening van de vennootschap waarvan de levenstestateur bijvoorbeeld enig aandeelhouder en bestuurder is (zie echter ook § 0 onder de kopjes ‘Aandeelhouder krachtens volmacht’ en ‘Bestuurder krachtens volmacht’).

Gemeenschappelijke bankrekening

Tot besluit van deze paragraaf over bankzaken maak ik nog een enkele opmerking over in de praktijk veel voorkomende vragen over bankrekeningen bij overlijden.

- Bankrekening op naam van de erflater

Een algemene regel is dat een bankrekening die alleen op naam van de erflater staat, geblokkeerd wordt zodra de bank het bericht van overlijden heeft ontvangen. Dit betekent dat de erfgenamen geen geld kunnen opnemen van deze bankrekening. Daarvoor is een verklaring van erfrecht, een verklaring van executele en/of een boedelvolmacht nodig.

Dienen bepaalde, noodzakelijke betalingen gedaan te worden, dan is dat veelal bespreekbaar voor de bank.

- Bankrekening op naam van de erflater, met een volmacht

Een volmacht komt te vervallen door het overlijden van de erflater-volmachtgever (art. 3:72 BW).

- Gemeenschappelijke of en/of-bankrekening

Bij een gemeenschappelijke bankrekening (ten name van X en Y gezamenlijk of ten name van X en/of Y) kan ieder van de rekeninghouders jegens de bank zelfstandig over het saldo van de bankrekening beschikken. De interne verhouding tussen de rekeninghouders is bepalend voor de vraag in welke verhouding het saldo aan één of beide rekeninghouders toekomt. Daar staat de bank verder buiten. Zij zal in de regel niet bekend zijn - en overigens ook niet bekend willen zijn - met de gerechtigdheid van de rekeninghouders tot het saldo en eventuele afspraken die daarover gemaakt zijn.

Komt één van de rekeninghouders van een en/of-rekening te overlijden, dan kan de ander nog steeds over de bankrekening beschikken. Om die reden wordt er nog wel eens voor gekozen om een kind mede-rekeninghouder van de aan de ouder toebehorende bankrekening te maken. Dat komt de continuïteit in het regelen van de bankzaken van de erflater ten goede. Facturen kunnen dan op de normale wijze ten laste van deze bankrekening betaald worden. Het nuttige effect hiervan is overigens beperkt tot die bewuste gemeenschappelijke bankrekening. Andere met de bank te regelen bankzaken vallen daarbuiten, zoals het openen van een nieuwe bankrekening, het kiezen voor een nieuwe rente van een hypothecaire lening, het wijzigen van een risicoprofiel van een effectenportefeuille e.d.

5.3 Medische wilsverklaringen

De levenstestateur die de regie over zijn eigen leven wenst te houden, kan ervoor kiezen om in een levenstestament schriftelijke wilsverklaringen aangaande behandelbeslissingen tijdens leven en verzoeken aangaande euthanasie op te laten nemen. Immers, voor de zorgverlener en de patiënt is het van belang te weten wat een patiënt wenst en niet wenst voor het geval de patiënt op enig moment in de toekomst niet meer in staat is zijn wil te bepalen. Een notarieel levenstestament kan dan de gewenste duidelijkheid bieden. Hierna zal nagegaan worden welke eisen aan medische wilsverklaringen worden gesteld en of de op schrift gestelde wilsverklaringen afdwingbaar zijn.

Op twee plaatsen in de wet komen schriftelijke wilsverklaringen aangaande behandelbeslissingen voor. In de eerste plaats is dat de schriftelijke wilsverklaring in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst. In de tweede plaats is dat de schriftelijke wilsverklaring in de Euthanasiewet.

Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst

De wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst is te vinden in afdeling 5 van titel 7 (Opdracht) van Boek 7 BW. De geneeskundige behandelingsovereenkomst is één van de benoemde overeenkomsten (art. 7:446 e.v. BW).

In art. 7:450 lid 3 BW is met zoveel woorden bepaald dat de zorgverlener alsmede de vertegenwoordiger van de patiënt dienen op te volgen:

“(...) de kennelijke opvattingen van de patiënt, geuit in schriftelijke vorm toen deze tot bedoelde redelijke waardering nog in staat was en inhoudende een weigering van toestemming (...)”.

Deze regel geldt voor het geval een patiënt van zestien jaar of ouder niet meer in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. De weigering van toestemming van de patiënt ziet op verrichtingen ter uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 7:450 lid 1 BW).

Bij deze regeling van de schriftelijke wilsverklaring past een aantal kanttekeningen. Ten eerste is dat de kanttekening dat deze schriftelijke wilsverklaring een beperkte reikwijdte heeft. Het betreft uitsluitend een negatieve wilsverklaring, waarbij de patiënt aangeeft een bepaalde geneeskundige behandeling niet te willen. Hij onthoudt daarmee zijn toestemming aan een inbreuk op zijn persoonlijke integriteit. Een voorbeeld van een dergelijke negatieve wilsverklaring is de niet-reanimatieverklaring.

De tweede kanttekening is dat voor de rechtsgeldigheid van deze wilsverklaring vereist is dat de patiënt ten tijde van het opstellen van de wilsverklaring zestien of ouder was en wilsbekwaam was, of in de woorden van de wet: toen deze tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat was.

Een derde kanttekening is dat de zorgverlener met wie de patiënt een behandelingsovereenkomst heeft gesloten, de schriftelijke wilsverklaring mag passeren indien hij daartoe *“gegronde redenen”* aanwezig acht (art. 7:450 lid 3 BW). Dat betekent dat de zorgverlener een behandelverbod in de wind mag slaan in geval van *gegronde redenen*.

Een vierde kanttekening ten slotte is dat de wet geen bijzondere vormvereisten – anders dan de eis van een schriftelijke verklaring – stelt aan de wilsverklaring. Met name bepaalt de wet ook niets over de geldigheidsduur van een dergelijke verklaring.

Euthanasiewet

De schriftelijke wilsverklaring treffen we ook aan in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (ook wel bekend onder de benaming 'Euthanasiewet'). Deze wet vult een aantal bepalingen aan van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Zo is in art. 293 lid 1 Sr strafbaar gesteld degene die *"opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigt"*. In lid 2 is een strafuitsluitingsgrond opgenomen: het feit is niet strafbaar indien het is begaan door een arts die daarbij voldoet aan de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in art. 2 van de Euthanasiewet. Daarnaast moet de arts hiervan mededeling doen aan de gemeentelijk lijkschouwer overeenkomstig art. 7 lid 2 van de Wet op de lijkbezorging.

In art. 294 lid 2 Sr is vervolgens strafbaar gesteld degene die *"opzettelijk een ander bij zelfdoding behulpzaam is of hem de middelen daartoe verschaft"* en de zelfdoding daarna volgt. In dat geval geldt dezelfde strafuitsluitingsgrond als bedoeld in art. 293 lid 2 Sr.

Wat houdt deze strafuitsluitingsgrond van de Euthanasiewet in? Volgens art. 2 lid 2 van deze wet kan de arts aan een schriftelijke verklaring van een patiënt van zestien jaar of ouder die niet langer in staat is zijn wil te uiten, maar die ten tijde van het afleggen van de verklaring tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat werd geacht, aan het verzoek om levensbeëindiging gevolg geven. Daarbij gelden de zorgvuldigheidseisen dat de arts:

- a. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van een vrijwillig en weloverwogen verzoek van de patiënt;
- b. de overtuiging heeft gekregen dat er sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt;
- c. de patiënt heeft voorgelicht over de situatie waarin deze zich bevond en over diens vooruitzichten;
- d. met de patiënt tot de overtuiging is gekomen dat er voor de situatie waarin deze zich bevond geen redelijke andere oplossing was;
- e. ten minste één andere, onafhankelijke arts heeft geraadpleegd, die de patiënt heeft gezien en schriftelijk zijn oordeel heeft gegeven over de zorgvuldigheidseisen als hiervoor onder a tot en met d bedoeld; en
- f. de levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding medisch zorgvuldig heeft uitgevoerd.

In de Euthanasiewet worden geen nadere eisen gesteld aan de vorm of de geldigheidsduur van de verklaring. Opgemerkt wordt dat deze verklaring verder gaat dan de negatieve wilsverklaring. In dit geval kan de patiënt met deze wilsverklaring – de euthanasieverklaring genaamd – zijn gemachtigde en zorgverlener verzoeken om zijn dood te bespoedigen door

bepaalde handelingen juist wel te verrichten. Deze levensbeëindiging resulteert dan in de bewoordingen van de Wet op de lijkbezorging in een niet-natuurlijke dood, waarbij de Regionale Toetsingscommissie Euthanasie een oordeel geeft over de zorgvuldigheid waarmee is gehandeld en de Officier van Justitie - bij niet-naleving van de zorgvuldigheidseisen - tot strafrechtelijke vervolging kan overgaan.

Aan welke eisen moet een schriftelijke medische wilsverklaring voldoen? Aan onder meer de rechtspraak van de medische tuchtrechter en de literatuur kunnen de volgende aan een medische wilsverklaring te stellen eisen ontleend worden:

- de authenticiteit van de medische wilsverklaring dient vast te staan;
- de patiënt was wilsbekwaam ten tijde van het (laten) opstellen van de medische wilsverklaring;
- de zorgverlener weet van de medische wilsverklaring;
- de inhoud van de medische wilsverklaring is (voldoende) duidelijk; en
- het naleven van de medische wilsverklaring is in overeenstemming met goed hulpverlenerschap.

Authenticiteit

Met een notarieel levenstestament zal aan de eis dat het geschrift authentiek en afkomstig is van de patiënt voldaan zijn. De notaris dient immers voorafgaand aan het passeren van de notariële akte de identiteit van zijn cliënt vast te stellen. In voorkomend geval zal de notaris zich ook moeten overtuigen van de wilsbekwaamheid van de levenstestateur. Een zorgverlener kan er vervolgens op vertrouwen dat de notaris op het moment van het passeren van de notariële akte heeft vastgesteld dat de levenstestateur wilsbekwaam is.

Met de authenticiteit van de schriftelijke wilsverklaring houdt ten nauwste verband dat de patiënt zijn zorgverlener van het bestaan van de medische wilsverklaring op de hoogte heeft gesteld en de inhoud daarvan met hem heeft besproken. Deze medische wilsverklaring kan ook deel uitmaken van het medisch dossier, zodat waarnemers van de zorgverlener of eventuele opvolgers met deze verklaring bekend zijn en erop kunnen vertrouwen dat de verklaring afkomstig is van de patiënt en dat de inhoud van de wilsverklaring overeenkomt met zijn wensen.

Wilsbekwaamheid

Vereist is dat de medische wilsverklaring opgesteld is door een persoon die op dat moment nog tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat was. De levenstestateur dient derhalve wilsbekwaam te zijn.

Bij een notarieel levenstestament mag de zorgverlener ervan uitgaan dat de levenstestateur wilsbekwaam was. Zo nodig kan een notaris een beroep doen op een arts om de wilsbekwaamheid van een patiënt vast te stellen als daarover twijfels zouden bestaan. In dit verband kan ook gewezen worden op het Stappenplan beoordeling

wilsbekwaamheid ten behoeve van de notariële dienstverlening van de KNB. Het stappenplan biedt een toetsingskader aan notarissen die zich in voorkomend geval een oordeel dienen te vormen over de wilsbekwaamheid van een cliënt bij notariële dienstverlening (wilscontrole).

Kenbaarheid

Pas als de zorgverlener bekend is met de medische wilsverklaring kan daarmee rekening worden gehouden. Het is daarom belangrijk dat de medische wilsverklaring deel uitmaakt van het medisch dossier.³¹ Als gezegd, kunnen op deze wijze waarnemers en opvolgers van de zorgverlener kennis nemen van de wensen van de patiënt. Ook van een patiënt mag in dit opzicht het nodige verwacht worden.³²

Ook via het Centraal Levenstestamentenregister (CLTR) en de notaris die het levenstestament heeft opgemaakt, kan daarin inzage worden genomen (§ 6). Zorgverleners hebben echter niet altijd de tijd om – al dan niet via het register – na te gaan of een schriftelijke wilsverklaring aanwezig is.

Duidelijkheid

De medische wilsverklaring moet duidelijk zijn voor degene tot wie deze is gericht. Duidelijk moet ook zijn voor welke situatie de wilsverklaring bedoeld is. Het levenstestament dat door de notaris is opgesteld, moet aansluiten bij het door de zorgverleners gebezigde jargon. Daaruit blijkt dat bij het opstellen van een levenstestament goede samenwerking en communicatie tussen levenstestateur, zorgverlener en notaris van groot belang is. Daarmee kunnen pijnlijke missers worden voorkomen. Zo bevatten levenstestamenten nog wel eens de clausule dat de gemachtigde van de levenstestateur onbepaald het recht wordt toegekend om inzage te nemen in het medisch dossier en over allerlei behandelingen kan beslissen. Aan een dergelijke volmacht zal geen uitvoering gegeven kunnen worden. Het goed hulpverlenerschap kan leiden tot het beperken van informatieverstrekking aan de gemachtigde.³³ Om dezelfde reden kan geen gehoor worden gegeven aan elke door een gemachtigde genomen behandelbeslissing, ook al zou het levenstestament die ruimte wel bieden.

De KNB, de KNMG, het Nederlands Huisartsengenootschap en Patiëntenfederatie Nederland zijn in 2017 een gezamenlijk project gestart om knelpunten rondom schriftelijke wilsverklaringen te identificeren, tegen te gaan en de naleving van de wilsverklaringen te bevorderen. Onderdeel daarvan is het houden van bijeenkomsten met informatie-uitwisseling over de rol van de arts en de notaris bij de totstandkoming van medische wilsverklaringen.

Zorg van een goed hulpverlener

Een zorgverlener is gehouden de professionele standaard na te leven; hij zal bij zijn werkzaamheden “de zorg van een goed hulpverlener” in acht moeten nemen en daarbij

³¹ Richtlijn omgaan met medische gegevens, KNMG 2020, p. 113-114.

³² Te denken valt aan het dragen van een niet-reanimeerpenning. Sommige mensen brengen hun wensen hierover tot uitdrukking door middel van een tatoeage.

³³ Richtlijn omgaan met medische gegevens, KNMG 2020, p. 140.

handelen “in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard” (art. 7:453 BW). Dat houdt in dat de zorgverlener altijd moet toetsen of het gehoor geven aan de in de medische wilsverklaring opgenomen instructies en/of wensen verenigbaar is met de eisen van goed hulpverlenerschap. Hetzelfde geldt ook – of misschien wel des te sterker – als die instructies of wensen aan de zorgverlener kenbaar worden gemaakt door een gemachtigde van de patiënt. Ook deze gemachtigde dient “de zorg van een goed vertegenwoordiger” na te leven (art. 7:465 lid 5 BW). Deze gemachtigde is bovendien gehouden de patiënt zoveel mogelijk bij de vervulling van zijn taak te betrekken. Met zoveel woorden wordt bepaald dat indien nakoming van verplichtingen jegens een gemachtigde niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener, de zorgverlener die verplichtingen dan niet nakomt (art. 7:465 lid 4 BW).

Volgens het Centraal College voor de Gezondheidszorg (CTG) geldt als uitgangspunt dat een zorgverlener een schriftelijk behandelverbod als wilsuiking van de patiënt serieus moet nemen bij de beoordeling of de patiënt geacht kan worden in te stemmen met de ingezette of voorgenomen medische behandeling. De eigen verantwoordelijkheid van de arts voor de zorg die hij als goed hulpverlener moet bieden, doet daaraan niet af. De arts zal er in beginsel van moeten uitgaan dat in het behandelverbod de actuele wil van de patiënt is opgenomen.³⁴ Alleen indien de arts redenen heeft daaraan te twijfelen op grond van concrete aanwijzingen zal hij met voortvarendheid en bij voorkeur in goed overleg met de gemachtigde moeten nagaan of het behandelverbod overeenstemt met de wil van de patiënt op het laatste moment dat deze nog in staat was deze te uiten. Reden voor twijfel kan ontstaan gelet op de ouderdom van de verklaring of de verstandelijke vermogens van de patiënt ten tijde van het tekenen van de verklaring.

Voorbeeld van een behandelverbod:

“Behandelverbod

Dit is een behandelverbod. Het is bedoeld voor iedereen die mij medisch behandelt of verzorgt. Het geldt vanaf het moment dat ik mijn wensen op medisch gebied niet meer zelf ken vertellen.

Dit behandelverbod geldt vanaf het moment dat ik lijd zonder kans op verbetering (uitzichtloos lijden). Dat betekent dat ik geen medische behandelingen meer wil als:

- er geen kans is op een voor mij menswaardig bestaan in de toekomst;
- mijn lichamelijke en/of geestelijke achteruitgang verergerd.

Ernstige dementie en onomkeerbaar coma

Voor alle duidelijkheid geef hierbij aan dat ik onder de hiervoor genoemde toestand uitdrukkelijk ook versta een toestand van ernstige dementie of van onomkeerbare coma die, gezien de oorzaak, de duur ervan en mijn leeftijd geen grond geeft aan de verwachting dat ik kan terugkeren naar een voor mij waardige levensstaat.

Inhoud verbod medische behandeling

Kom ik in een situatie waarin ik lijd zonder kans op verbetering (uitzichtloos lijden) dan verbied ik mijn behandelend arts medische handelingen uit te voeren. Dat geldt ook voor

³⁴ CTG 22 januari 2013, [ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2608](https://www.ecli.nl/TGZCTG:2013:YG2608).

medische behandelingen die erop zijn gericht mijn leven te verlengen, zoals reanimatie of het kunstmatig toedienen van vocht en voedsel.

Een eerder ingezette medische behandeling die, gezien mijn hiervoor omschreven toestand, niet meer gekwalificeerd kan worden als een reële behandelingsmogelijkheid, dient te worden beëindigd.

Uitzondering: het verlichten/tegengaan van pijn, jeuk, benauwdheid of onrust. Kortom, zorg die erop is gericht het leven draaglijk te houden en niet gericht is op genezen (palliatieve zorg).

Accepteren gevolgen

Ik accepteer de gevolgen van dit behandelverbod. Ik accepteer ook dat mijn behandelend arts dit behandelverbod opvolgt als ik zelf niet bij bewustzijn ben. Door dit behandelverbod aanvaard ik bewust de mogelijkheid dat een arts het verbod volgt, waarover ik bij actueel bewustzijn misschien anders zou zijn gaan denken.

Ik aanvaard eveneens bewust het risico dat ik door uitvoering van dit behandelverbod eerder kan komen te overlijden dan wanneer ik nog wel was behandeld.

Geldigheid van behandelverbod

Dit behandelverbod is een door de wet erkende schriftelijke verklaring en moet altijd worden nageleefd. Dit behandelverbod geldt vanaf het moment dat ik het heb ondertekend. Het is van toepassing vanaf het moment dat ik mijn wensen op medisch gebied niet meer zelf kan vertellen of zelf kan beslissen over mijn medische situatie (artikel 7:450 van het Burgerlijk Wetboek). Dit behandelverbod blijft onverminderd van kracht, ongeacht de tijd die mocht zijn verstreken na de ondertekening van deze verklaring.

Het is mij volkomen duidelijk dat ik dit behandelverbod kan herroepen."

Voorbeeld van een euthanasieverzoek:

"Euthanasieverzoek

Dit is een euthanasieverzoek. Het is bedoeld voor iedereen die mij medisch behandelt of verzorgt. Het geldt vanaf het moment dat ik mijn wensen op medisch gebied niet meer zelf kan vertellen.

Dit euthanasieverzoek geldt vanaf het moment dat ik lijd zonder kans op verbetering (uitzichtloos lijden). Dat betekent dat ik wil dat mijn arts mij middelen toedient of geeft waardoor mijn leven eindigt als:

- er geen kans is op een voor mij menswaardig bestaan in de toekomst;
- mijn lichamelijke en/of geestelijke achteruitgang verergert.

Ernstige dementie en onomkeerbaar coma

Voor alle duidelijkheid geef hierbij aan dat ik onder de hiervoor genoemde toestand uitdrukkelijk ook versta een toestand van ernstige dementie of van onomkeerbare coma die, gezien de oorzaak, de duur ervan en mijn leeftijd geen grond geeft aan de verwachting dat ik kan terugkeren naar een voor mij waardige levensstaat.

Het verlies van eigen regie en controle, het vooruitzicht op totale ontluistering en verlies van persoonlijke waardigheid acht ik bij ernstige dementie als geestelijk ondraaglijk lijden. Indien ik buiten bewustzijn ben en er geen kans is op een menswaardig bestaan wanneer ik weer bij bewustzijn zou komen, wil ik niet meer leven. Indien ik niet meer bij bewustzijn kan

komen, wil ik ook niet meer leven. Ik wil niet als kasplantje in leven gehouden worden. Indien ik geen schim meer ben van de persoon die ik nu ben, of een totaal ander persoon door dementie, wil ik niet meer leven.

Accepteren gevolgen

Ik accepteer de gevolgen van dit euthanasieverzoek. Ik accepteer ook dat mijn behandelend arts dit euthanasieverzoek opvolgt als ik zelf niet bij bewustzijn ben. Door dit euthanasieverzoek aanvaard ik bewust de mogelijkheid dat een arts het verzoek uitvoert, waarover ik bij actueel bewustzijn misschien anders zou zijn gaan denken.

Ik aanvaard eveneens bewust het risico dat ik door uitvoering van dit euthanasieverzoek eerder kom te overlijden.

Ik accepteer dat ik ervoor kies mijn leven te (laten) beëindigen bij ernstige dementie en onomkeerbaar coma.

Geldigheid van de verklaring

Dit euthanasieverzoek is een door de wet erkende schriftelijke verklaring. Dit euthanasieverzoek geldt vanaf het moment dat ik het heb ondertekend. Het wordt gebruikt op het moment dat ik niet meer in staat ben mijn wil te uiten en niet meer in staat ben tot een redelijke waardering van mijn belangen een en ander als bedoeld in artikel 2 lid 2 van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding.

Dit euthanasieverzoek blijft onverminderd van kracht, ongeacht de tijd die mocht zijn verstreken na de ondertekening van deze verklaring.

Het is mij volkomen duidelijk dat ik dit euthanasieverzoek kan herroepen."

6. Centraal Levenstestamentenregister

Levenstestamenten kunnen sinds mei 2011 worden ingeschreven in het Centraal Levenstestamentenregister (CLTR), dat is ingesteld door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) te Den Haag. Op deze manier zou in voorkomend geval eenvoudig te achterhalen moeten zijn of iemand een levenstestament heeft opgesteld. Registratie van een levenstestament in het CLTR, een register dat geen wettelijke basis kent, is evenwel niet verplicht. Voor de registratie in het register is toestemming nodig van de levenstestateur. In het levenstestament kan daarin worden voorzien. De kosten van inschrijving bedragen € 5,50 exclusief BTW. De notaris kan het levenstestament niet op eigen initiatief laten registreren.

Het register is om redenen van privacy niet door eenieder te raadplegen. Uitsluitend leden van de KNB kunnen het register raadplegen. In voorkomend geval dient ten behoeve van zorgverleners of kantonrechters het register geraadpleegd te worden. Het CLTR biedt geen inzage in de inhoud van het levenstestament, maar beantwoordt wel de vraag of iemand een levenstestament heeft en bij welke notaris het document zich bevindt. Het voordeel van het registreren van een levenstestament is dat het op deze wijze voor derden duidelijk is dat iemand een levenstestament heeft, en dat dit nog geldig is.

Een bepaling over inschrijving van een levenstestament in het CLTR zou als volgt kunnen luiden:

“CLTR

Ik geef opdracht aan de notaris die deze akte heeft verleden om mijn gegevens (zoals hieronder genoemd) te registreren in het centrale levenstestamentenregister (CLTR), dat wordt gehouden door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB), Spui 184, 2511 BW Den Haag of een door deze organisatie aan te wijzen rechtspersoon.

Ik geef toestemming aan de KNB, de houder van het CLTR, om deze gegevens op te nemen in dit register en daaruit inlichtingen te geven aan Nederlandse notariskantoren, of aan de kantonrechter of de arts die deze informatie nodig heeft om rekening te kunnen houden met mijn wensen en aan overige personen die daar belang bij hebben en die op grond van de voorwaarden van het desbetreffende register recht op inzage hebben. Ik geef toestemming om deze opdracht tot inschrijving aan de houder van het CLTR te geven.

Mijn opdracht en toestemming gaan over de volgende gegevens;

- *mijn volledige naam, geboorteplaats en -datum;*
- *identificerende gegevens van de notariële akte waarin ik een levenstestament of algehele volmacht heb opgenomen en/of verklaringen uit een eerder levenstestament of een eerdere volmacht heb herroepen;*
- *een korte aanduiding van het soort verklaringen die in de akte staan.*

Ik heb de privacyverklaring van het CLTR kunnen lezen voordat ik deze toestemming heb gegeven.”

7. Het levenstestament in de rechtspraak

In toenemende mate speelt het levenstestament in de rechtspraak een belangrijke rol. De thema's die daarbij aan de orde zijn gekomen, zijn:

- het (niet) treffen van een beschermingsmaatregel, terwijl een levenstestament aanwezig is;
- het (niet) volgen van de voorkeur van de levenstestateur bij de benoeming van een curator, bewindvoerder of mentor;
- volmacht met betrekking tot vennootschappelijke aangelegenheden;
- rechtsgeldigheid van het levenstestament;
- afleggen van rekening en verantwoording door de gevolmachtigde;
- onrechtmatige onttrekkingen door de gevolmachtigde; en
- strafrechtelijke vervolging in verband met misbruik van de volmacht.

7.1 Het (niet) treffen van een beschermingsmaatregel

In relatief veel procedures is de vraag aan de orde of één van de beschermingsmaatregelen – curatele, beschermingsbewind of mentorschap – moet worden getroffen als de betrokkene een levenstestament heeft opgesteld. Uit de Aanbevelingen meerderjarigenbewind blijkt dat de kantonrechter zich terughoudend dient op te stellen opstelt met het uitspreken van één van de beschermingsmaatregelen als de betrokkene in een levenstestament voorzieningen op dit vlak heeft getroffen (§ 3).

Een voorbeeld van die aan de dag gelegde terughoudendheid is de beschikking van de kantonrechter van de rechtbank Oost-Brabant van 16 maart 2015,

[ECLI:NL:RBOBR:2015:1548](#), waarin het verzoek tot instelling van een beschermingsbewind over alle goederen van de betrokkene werd afgewezen. Het verzoek was ingediend door de kinderen die niet met de zorg van hun vader waren belast en aan wie in het levenstestament geen volmacht was gegeven. Uit de beschikking blijkt dat de kantonrechter de betrokkene heeft bezocht in het zorgcentrum waar hij verbleef. De kantonrechter besteedt in zijn beschikking de nodige aandacht aan de rechtsgeldigheid van het levenstestament, waarna de afwijzing van het verzoek als volgt wordt onderbouwd:

“Gezien de verklaring van de notaris mr. A.M.Th. Rothfus heeft de kantonrechter geen reden te twijfelen aan de wilsbekwaamheid van rechthebbende ten tijde van het opmaken van het levenstestament. De notaris mr. A.M.Th. Rothfus die het levenstestament in oktober 2013 op verzoek van rechthebbende heeft opgesteld heeft bij brief het volgende verklaard:

“Voor de wilsbekwaamheid van [rechthebbende] ten tijde van de besprekingen over en ondertekening van deze volmacht, sta ik als notaris in. Naast mijn eigen waarnemingen heb ik in mijn dossier ook een gelijklopende verklaring van een onafhankelijke geriater die [rechthebbende] kort daarvoor heeft gezien. Ik heb [rechthebbende] ook op 21 augustus 2014 uitgebreid gesproken in het verzorgingstehuis waar hij woont.”

Voldoende aannemelijk is geworden dat rechthebbende thans als gevolg van zijn lichamelijke en geestelijke toestand niet in staat is ten volle zijn vermogensrechtelijke belangen waar te nemen. Rechthebbende heeft een volledige volmacht gegeven aan zijn dochters. Gelet op deze volmacht is er in beginsel geen reden om bewind uit te spreken. Er zijn omstandigheden denkbaar waaronder het, ondanks een volledige volmacht, wel aangewezen is om bewind uit te spreken. Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken. Dat de onderlinge verhoudingen tussen de kinderen van rechthebbende verstoord zijn acht de kantonrechter onvoldoende grond om een bewind in te stellen.”

In andere zaken zijn in vergelijkbare bewoordingen verzoeken tot het instellen van beschermingsbewind afgewezen.³⁵ De aanwezigheid van een levenstestament is voor het instellen van een beschermingsbewind in beginsel een beletsel. Dat de onderlinge verhoudingen tussen de familieleden van de levenstestateur verstoord zijn, is onvoldoende grond om een beschermingsbewind in te stellen. In een geval waarin een volledige volmacht was gegeven aan beide dochters, overwoog de kantonrechter nog dat, indien en voor zover één van beide gevolmachtigden zich niet houdt aan hetgeen in het levenstestament van haar moeder is bepaald, andere wegen openstaan om dit probleem op te lossen.³⁶ Zolang dat niet geprobeerd is, achtte de kantonrechter het – mede gezien de recente datum van het levenstestament – te vergaand om in te gaan tegen de duidelijke wensen die moeder bij de notaris heeft laten vastleggen. Soms worden aan het slot van de beschikking door de kantonrechter³⁷ nog behartigenswaardige woorden geschreven:

³⁵ Zie eveneens [ECLI:NL:RBNHO:2017:475](#), [ECLI:NL:RBMNE:2017:5104](#), [ECLI:NL:RBZWB:2017:8544](#), [ECLI:NL:RBNHO:2020:1161](#).

³⁶ Zie [ECLI:NL:RBNHO:2017:474](#).

³⁷ Zie [ECLI:NL:RBZWB:2017:8544](#).

“Overigens zouden juist in het belang van rechthebbende alle overige belanghebbenden moeten streven naar een harmonisering van de familieverhoudingen. Basis hiervoor is een transparante communicatie!”

Ondanks de aanwezigheid van een levenstestament is in enkele gevallen een beschermingsmaatregel getroffen. Een reeks van redenen is daarvoor aangevoerd, zo blijkt uit de navolgende *tour d’horizon*.

- Bewind is eis van het zorgkantoor

De kantonrechter heeft bij beschikking van 26 maart 2015, [ECLI:NL:RBOBR:2015:1997](#), een bewind uitgesproken ondanks de aanwezigheid van een levenstestament waarin een volledige volmacht aan de dochter van rechthebbende was opgenomen. De reden voor het uitspreken van het bewind is dat er sprake is van een persoonsgebonden budget (PGB), voor de besteding waarvan verantwoording aan het zorgkantoor afgelegd zal moeten worden. Het zorgkantoor eist, ondanks de aanwezigheid van een volmacht, bewind. De kantonrechter merkt nog fijntjes op:

“Hoewel de kantonrechter, zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, niet begrijpt waarom het zorgkantoor de machtiging niet accepteert zal zij bewind uitspreken teneinde het verlenen van zorg niet te frustreren.”

Omdat verzoekster een volledige volmacht heeft, wordt het bewind door de kantonrechter beperkt tot alleen het persoonsgebonden budget.

- Extra bescherming is noodzakelijk

Rechthebbende heeft een volledige volmacht gegeven aan al zijn kinderen. Gelet op deze volmacht is er in beginsel geen reden om bewind uit te spreken. Er zijn omstandigheden denkbaar waaronder het , ondanks een volledige volmacht, wel aangewezen is om bewind uit te spreken. Het bewind wordt door de kantonrechter uitgesproken omdat de rechthebbende nog zelfstandig woont en gezien eerdere ervaringen, vatbaar is voor colportage. Bepaald is door de kantonrechter dat het bewind wordt ingeschreven in het curatele- en bewindregister.³⁸

In een ander geval overwoog de kantonrechter³⁹ dat om de volgende reden extra bescherming nodig was:

“Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken dat betrokkene met enige regelmaat verbintenissen aangaat die achteraf ongedaan gemaakt moeten worden, omdat zij wegens haar geestelijke toestand de consequenties van haar handelen niet kan overzien. Ook is niet weersproken dat betrokkene regelmatig grote geldbedragen overmaakt aan zoon [belanghebbende] nadat deze op bezoek is geweest bij betrokkene. Ter zitting is gebleken dat zoon [belanghebbende] zeer dominant en dwingend kan zijn, waardoor aannemelijk is dat betrokkene niet voorbij kan gaan aan dringende verzoeken van zijn kant om geld aan hem over te maken, waardoor extra bescherming op zijn plaats is. Daarnaast is

³⁸ Rechtbank Oost-Brabant 31 maart 2015, [ECLI:NL:RBOBR:2015:1998](#).

³⁹ [ECLI:NL:RBNHO:2020:1171](#).

gebleken dat tussen de kinderen van betrokkene onder meer onenigheid bestaat over de vraag waar betrokkene moet gaan wonen. Zoon [belanghebbende] wil dat betrokkene naar Groningen verhuist, hetgeen onrust veroorzaakt bij betrokkene. Gelet op het bovenstaande is de kantonrechter van oordeel dat de noodzaak voor onderbewindstelling en mentorschap, ondanks het bestaan van het levenstestament, aanwezig is."

De kantonrechter volgt de in het levenstestament uitgesproken voorkeur voor de benoeming van een bewindvoerder en mentor, te weten één van de andere kinderen. De kantonrechter heeft verder bepaald dat de uitspraak wordt ingeschreven in het curatele- en bewindregister.

- Conflicterende belangen

Ondanks een levenstestament waarbij aan het enig kind een algehele volmacht is verleend, zijn de goederen van betrokkene door de kantonrechter van de rechtbank Amsterdam onder bewind gesteld wegens zijn lichamelijke/geestelijke toestand. Tevens is een mentorschap ten behoeve van betrokkene ingesteld. Een professional is daarbij benoemd tot bewindvoerder en mentor.

De dochter, enig kind van betrokkene, stelt hiertegen hoger beroep in. Zij verzet zich tegen de beschermingsmaatregelen en als de beschermingsmaatregelen toch gehandhaafd worden, wenst zij een andere bewindvoerder en mentor. Zij meent dat de beschermingsmaatregelen niet noodzakelijk zijn, gelet op het feit dat zij volgens het levenstestament gevolmachtigd is de belangen van haar vader te behartigen. Het gerechtshof Amsterdam bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter in zijn uitspraak van 2 februari 2016, [ECLI:NL:GHAMS:2016:346](#). Het hof overweegt:

"Ter zitting heeft [X] erkend dat zij, in de periode dat zij de belangen van rechthebbende behartigde, een totaalbedrag van € 33.037,- aan het vermogen van de rechthebbende heeft onttrokken ten gunste van zichzelf. Zij wijst in dat verband op in het verleden gedane schenkingen van rechthebbende aan haar en stelt voorts dat zij in 2013 met rechthebbende heeft afgesproken dat zij zijn vermogen mocht gebruiken voor onder andere door haar te volgen cursussen, haar bedrijf en boodschappen. Die afspraken zijn geheel in lijn met de wijze waarop rechthebbende haar in het verleden altijd financieel heeft ondersteund, met name in de studiekosten. Zo heeft rechthebbende in juni 2012 een bedrag van € 5.000,- aan haar betaald ten behoeve van een opleiding. Voorts stelt zij dat rechthebbende gewoon was haar in de periode vóór zijn ziekte regelmatig contant geld te geven en vakanties voor haar te betalen.

Het hof stelt voorop dat [X] als gevolmachtigde bovenal de belangen van rechthebbende diende te behartigen. Het doen van schenkingen wordt in het algemeen niet in het belang van een rechthebbende geacht. Dit kan anders zijn indien sprake is van een bestaande schenkingstraditie. In het onderhavige geval is echter onvoldoende gebleken dat in de periode dat de rechthebbende nog gezond was, door hem regelmatig schenkingen zijn gedaan aan [X] die in omvang en frequentie vergelijkbaar zijn met de in de periode 11 november 2013 tot 16 april 2015 overgeboekte bedragen tot een totaalbedrag van € 33.037,-. De overboeking van de rekening van rechthebbende naar [X] van € 5.000,- in juni 2012 ten behoeve van een opleiding leidt niet tot een ander oordeel.

(...)

Op grond van het voorgaande overweegt het hof dat [X] tijdens de periode waarin zij de financiën van rechthebbende beheerde als gevolmachtigde haar eigen belangen en die van de rechthebbende onvoldoende heeft onderscheiden. Een beschermingsmaatregel in de vorm van bewind was, en is, mede in aanmerking genomen dat de verwachting gerechtvaardigd is dat de kosten voor verzorging van rechthebbende zullen toenemen, noodzakelijk om de vermogensrechtelijke belangen van de rechthebbende zorgvuldig te behartigen.

Het hof zal de bestreden beschikking in zoverre dan ook bekrachtigen.

Ook ten aanzien van de belangen van niet-vermogensrechtelijke aard is het hof van oordeel dat het inleidend verzoek tot benoeming van een mentor door de kantonrechter terecht is toegewezen. Voldoende aannemelijk is geworden dat rechthebbende zo lang als mogelijk in zijn eigen huis wil blijven wonen. De huidige hulpverleners achten rechthebbende daartoe, met de nodige hulpverlening, voorlopig nog in staat. [X] wenst dat rechthebbende binnen afzienbare termijn naar een (particulier) verzorgingstehuis verhuist en heeft hiertoe al de nodige stappen gezet. Het hof constateert dat in zoverre sprake is van conflicterende belangen. Gelet op dit alles acht het hof gegronde redenen aanwezig om met voorbijgaan aan de bij levenstestament bepaalde volmacht een mentorschap in te stellen.

Op grond van hetgeen hiervoor (...) is overwogen met betrekking tot de conflicterende belangen acht het hof gegronde redenen aanwezig om af te wijken van de bij levenstestament bepaalde voorkeur en van de wettelijke voorkeur om [X] als kind van rechthebbende te benoemen tot bewindvoerder en mentor. Evenals de kantonrechter acht het hof, overeenkomstig het inleidend verzoek, de benoeming van een onafhankelijke en professionele bewindvoerder en mentor aangewezen. Het verzoek van [X] om haar te benoemen tot bewindvoerder en/of tot mentor zal worden afgewezen."

Ook het meer subsidiaire verzoek van de dochter om een ander tot bewindvoerder en mentor te benoemen, wijst het hof af. Het hof acht het, gelet op de ziekte van betrokkene, in zijn belang dat thans zo weinig mogelijk wisseling plaatsvindt van personen die bij hem betrokken zijn en dat de wijze waarop de zorg voor hem is georganiseerd zoveel mogelijk gewaarborgd blijft. Voorts is niet gebleken dat de huidige bewindvoerder en mentor zijn taken niet naar behoren vervult. Het belang van de dochter om een nieuwe start te kunnen maken met een andere bewindvoerder en mentor weegt naar het oordeel van het hof niet op tegen voornoemd belang van betrokkene.

Bewind en mentorschap worden ingesteld door de rechtbank Midden-Nederland bij beschikking van 14 maart 2019, [ECLI:NL:RBMNE:2019:1113](#), omdat de belangen van betrokkene niet voldoende worden beschermd door haar partner. Er is sprake van wederzijds wantrouwen en strijd tussen haar kinderen en haar partner. Er is een melding gedaan bij Veilig Thuis door de kinderen van betrokkene en ook de Officier van Justitie heeft een verzoek ingediend tot het instellen van beschermingsmaatregelen. De kantonrechter merkt nog op dat noch uit de wet, noch uit de wetsgeschiedenis voortvloeit dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard dient te worden in het geval er reeds een verzoek is ingediend door personen die daartoe bevoegd zijn. De partner is niet (meer) in staat de vereiste hulp bij de dagelijkse zorg te bieden en kan zich daar niet bij neerleggen. Ook de met elkaar verwikkelde financiële belangen van betrokkene en de partner, die feitelijk de onderneming voert van betrokkene, leidt ertoe dat de belangen van betrokkene niet meer voorop kunnen worden gesteld. Op meerdere punten is sprake van

belangenverstremgeling, die naar alle waarschijnlijkheid in de toekomst alleen maar verder zal toenemen.⁴⁰

Op een niet juiste wijze gebruik maken van een volmacht bij het behartigen van vermogensrechtelijke belangen – bijvoorbeeld het overmaken van gelden van de rekening van de levenstestateur naar de eigen rekening van de gemachtigde als belegging of lening – is al snel een grond om een bewind in te stellen, met de voorkeur voor benoeming van een onafhankelijke professionele bewindvoerder.⁴¹

- Geen openheid van zaken

Het verweer dat het bestaan van een levenstestament in de weg staat aan het instellen van een bewind of een mentorschap kan gepasseerd worden indien er gegronde redenen bestaan om af te wijken van de bij levenstestament bepaalde voorkeur. Dergelijke gegronde redenen kunnen gelegen zijn in het niet geven van openheid van zaken op financieel en niet-financieel gebied en dat daarom niet te controleren valt of de gemachtigde zijn taken ten behoeve van betrokkene naar behoren uitvoert.⁴² Vaak is er dan meer aan de hand: geen communicatie, verhinderen van bezoek aan de ouder of ernstige onenigheid.

- Onbereikbaarheid

Ondanks de volledige volmacht kunnen de niet-vermogensrechtelijke belangen van betrokkene met een levenstestament niet voldoende behartigd worden. De gemachtigde (één van de zes kinderen) is niet in staat snel en adequaat te reageren op zorgvragen, noch om snel aanwezig te zijn bij betrokkene en medische hulpverleners omdat hij in Australië woont. Gelet op de huidige kwetsbare gezondheidssituatie van betrokkene is dat wel vereist.⁴³

- Ernstig verstoorde verhoudingen en onderling wantrouwen

In bijzondere omstandigheden volstaan minder ingrijpende beschermingsmaatregelen niet meer.⁴⁴ Zo overwoog het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn beschikking van 23 november 2017, [ECLI:NL:GHARL:2017:10353](#), over een verzoek tot instelling van een

⁴⁰ In deze zin ook de beschikking van gerechtshof Den Bosch van 2 juli 2020, [ECLI:NL:GHSHE:2020:2045](#). Het hof overwoog: *“Verder kan naar het oordeel van het hof niet worden uitgesloten dat er zich op vermogensrechtelijk gebied een belangentegenstelling kan voordoen tussen de betrokkene en de gevolmachtigde. Om die reden acht het hof een beschermingsmaatregel ten aanzien van de bezittingen c.q. het vermogen van betrokkene op zijn plaats, zodat een onafhankelijke derde de vermogensrechtelijke belangen van de betrokkene kan behartigen.”*

⁴¹ Zie [ECLI:NL:RBMNE:2017:4768](#).

⁴² Zie [ECLI:NL:RBNHO:2017:8481](#) en [ECLI:NL:RBNHO:2017:8483](#).

⁴³ Zie [ECLI:NL:RBMNE:2017:4768](#).

⁴⁴ Zie [ECLI:NL:GHARL:2020:6398](#), waarbij het hof onder meer oordeelde dat de minder ingrijpende maatregel, te weten de regeling in het levenstestament, de belangen van rechthebbende onvoldoende beschermt. Het hof wijst daarbij in de eerste plaats op de ernstig verstoorde familieverhoudingen en groot onderling wantrouwen tussen betrokkenen. Verder is het levenstestament tot stand gekomen op het moment dat er al een verzoek tot onderbewindstelling was ingediend en hierover was geen openheid gegeven.

bewind en een mentorschap van de echtgenoot van een agrarische ondernemer, beiden met gezondheidsproblemen:

“Het is het hof in dit verband gebleken dat de regeling in het levenstestament van de rechthebbende haar belangen niet voldoende beschermt, waarbij speelt dat sprake is van ernstig verstoorde verhoudingen en onderling wantrouwen binnen de familie, met name tussen de echtgenoot enerzijds en de kinderen anderzijds. De echtgenoot is er niet altijd in geslaagd de rechthebbende te behoeden voor de gevolgen daarvan en de belangen van de rechthebbende voorop te stellen. Problemen hebben zich onder meer voorgedaan bij de keuze voor het verzorgingshuis [E], de (betaling van de) inrichting van de kamer van de rechthebbende in dat verzorgingshuis en de wijze van haar verzorging, het opvolgen van de dieetadviezen en de bezoeken van de echtgenoot, die tegen de adviezen van de (behandelende) professionals ingaan. Daarnaast is onduidelijkheid blijven bestaan over de precieze achtergronden van bepaalde overschrijvingen van ongebruikelijk hoge bedragen van de gezamenlijke bankrekening van de rechthebbende en haar echtgenoot. De kinderen hebben onvoldoende vertrouwen in de echtgenoot en de door hem gevolmachtigd kleinzoon [J] en vice versa. Het hof is alles afwegende van oordeel dat een minder verstrekkende maatregel zoals opgenomen in het levenstestament van rechthebbende niet (langer) volstaat.”

Het hof stelt partijen en belanghebbenden in de gelegenheid zich uit te laten over de persoon van de te benoemen bewindvoerder/mentor. Daarbij verdient het volgens het hof aanbeveling dat gezamenlijk tot een keuze wordt gekomen en dat partijen zich ervan vergewissen dat de aangedragen kandidaat ook bereid en in staat is de maatregelen van bewind en mentorschap uit te oefenen.

Een ander voorbeeld van ernstig verstoorde verhoudingen is de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 8 april 2021, [ECLI:NL:GHSHE:2021:1055](#). In dat geval heeft moeder (de rechthebbende) een levenstestament opgemaakt en daarbij een algemene volmacht verleend aan haar inmiddels overleden echtgenoot en aan haar vier kinderen. In het levenstestament is bepaald dat de vier kinderen slechts gezamenlijk handelend tot vertegenwoordiging van moeder bevoegd zijn. Het hof overweegt:

“Het hof stelt voorop dat het uitgangspunt is dat een dergelijk levenstestament met de bijbehorende volmachten in beginsel een passende voorziening vormt voor het geval [moeder, belanghebbende] niet meer tot een behoorlijke waarneming van haar vermogensrechtelijke belangen in staat is. Verder dient een dergelijk levenstestament in beginsel ook te worden geëerbiedigd door de rechter. Het hof is echter van oordeel dat er in deze zaak sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat de instelling van een bewind aangewezen is. De ernstig verstoorde familieverhouding en het onderlinge wantrouwen tussen verzoeker sub 1 en [belanghebbende 2 c.s.] maken dat het levenstestament in de praktijk niet uitvoerbaar is gebleken. Ingevolge dit levenstestament zijn de vier kinderen van [moeder] namelijk uitsluitend gezamenlijk bevoegd om de belangen van [moeder] waar te nemen. De huidige slechte verstandhouding tussen verzoeker sub 1 enerzijds en [belanghebbende 2 c.s.] anderzijds heeft ertoe geleid dat voor [moeder] van belang zijnde beslissingen nauwelijks genomen konden worden. Anders dan de kantonrechter is het hof dan ook van oordeel dat de vermogensrechtelijke belangen van

[moeder] door het levenstestament onvoldoende zijn gewaarborgd en de instelling van een bewind over goederen die aan [moeder] (zullen) toebehoren noodzakelijk is."

Het hof stelt een beschermingsbewind in, benoemt een professionele bewindvoerder, bepaalt dat de bewindvoerder binnen drie maanden na aanvang van het bewind een beschrijving van de aan het bewind onderworpen goederen dient op te maken en stelt de jaarlijkse beloning vast overeenkomstig de Regeling beloning curatoren, bewindvoerders en mentoren.

In een bijzonder geval heeft de rechthebbende zelf ingegrepen om een einde te maken aan de verdeeldheid tussen de gevolmachtigden. Ondanks het onherroepelijke levenstestament heeft de rechthebbende zelf verzocht om een beschermingsbewind in te stellen (gerechtshof Amsterdam 7 juli 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:1892](#)). Het hof heeft geoordeeld dat de rechthebbende voldoende haar wil kon bepalen om het verzoek daartoe te doen. Een specialist ouderengeneeskunde heeft meerdere keren met de rechthebbende gesproken en vastgesteld dat zij volgens hem eenduidig en consequent in haar uitlatingen is geweest:

"De rechthebbende heeft aangegeven veel verdriet te hebben van de verdeeldheid die bestaat tussen haar kinderen en zich zorgen erover te maken dat [haar dochter] in financieel opzicht door de drie andere kinderen wordt buitengesloten. Zij wil dat ieder kind krijgt wat hem of haar toekomt en begrijpt dat een bewindvoerder haar wensen zal behartigen zonder partij te kiezen tussen de kinderen. Ondanks haar vergeetachtigheid is de arts van mening dat de rechthebbende voldoende wilsbekwaam is om haar wensen aan te geven, zo blijkt tevens uit de e-mail van de arts."

Hoe zit het dan met de onherroepelijkheid van het levenstestament? Staat dat eraan in de weg dat de rechthebbende zelf om de instelling van het beschermingsbewind verzoekt? Het hof oordeelt van niet:

"Onherroepelijkheid van een volmacht heeft werking jegens de gevolmachtigden en wederpartij: de volmachtgever verbindt zich jegens de gevolmachtigde om de volmacht niet te herroepen en bij een (rechts)handeling tussen gevolmachtigde en wederpartij heeft een herroeping geen effect. Appellante richt zich met haar grieven niet op schending van de volmacht jegens haar (en/of [belanghebbende A] en/of [belanghebbende B]), of schending van de belangen van een wederpartij. Haar betoog komt erop neer dat de rechthebbende als volmachtgever door de onherroepelijkheid van de volmacht niet meer zou kunnen en mogen kiezen voor een andere beschermingsmaatregel voor zichzelf. Dit betoog vindt geen steun in het recht. Uit de akte (ook wel "levenstestament" genoemd) leidt het hof bovendien af dat de verstrekte volmacht is gericht op het beschermen en behartigen van de belangen van de rechthebbende en niet strekt tot het verrichten van rechtshandelingen in het belang van de gevolmachtigden of derden, hetgeen ingevolge het bepaalde in artikel 3:74, eerste lid BW in de weg staat aan onherroepelijkheid van de volmacht. Voor zover het verzoek tot onderbewindstelling als herroeping van de volmacht moet worden gezien, was dit dan ook ingevolge de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 3:72 BW toegestaan. De door appellante in haar beroepschrift aangehaalde jurisprudentie met betrekking tot de samenloop van een levenstestament met een verzoek tot het uitspreken van een

beschermingsmaatregel is niet ter zake dienend, aangezien geen van deze uitspraken ziet op de situatie als de onderhavige waarin de beschermingsmaatregel door de rechthebbende zelf is verzocht.

Het hof komt tot de conclusie dat het bestaan van het levenstestament niet in de weg stond aan het inleidend verzoek van rechthebbende tot onderbewindstelling en benoeming van [de bewindvoerder] tot bewindvoerder."

Een onherroepelijke volmacht is bedoeld om de rechtspositie van de gevolmachtigde of een derde te versterken. De onherroepelijkheidsclausule in een volmacht is slechts geldig "voor zover een volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of een derde" (art. 3:74 lid 1 BW). Bij het levenstestament staat echter het belang van de volmachtgever (de rechthebbende) voorop. Indien niet aan het belangvereiste is voldaan, is de onherroepelijkheidsclausule in de volmacht nietig. De verleende volmacht blijft geldig. Deze kan evenwel op grond van art. 3:72 lid 1 onder c BW worden herroepen. Dat in dit geval de volmacht niet was herroepen, wordt opgelost door het indienen van het verzoekschrift tot onderbewindstelling en benoeming van een bewindvoerder zo nodig als een herroeping van de volmacht aan te merken.

Duidelijk is dat in dit soort gevallen de belangen van vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke aard van betrokkene onvoldoende beschermd worden als gevolg van (ernstige) conflicten en een gebrek aan communicatie. Soms wordt de gemachtigde aangerekend dat deze in onvoldoende mate een bemiddelende en neutrale rol heeft aangenomen. De benoeming van een onafhankelijke en professionele bewindvoerder en mentor kan alsdan voorkomen dat de onderlinge verhoudingen verder onder druk komen te staan, hetgeen een (verdere) negatieve uitwerking op de betrokkene kan hebben.⁴⁵

- Geen samenwerking is tussen de gevolmachtigden mogelijk⁴⁶

De wens van een moeder voor wat betreft het regelen van de zorg was dat de drie kinderen tezamen gevolmachtigd zijn om te beslissen over geneeskundige aangelegenheden en met elkaar dienen te overleggen. Die wens blijkt niet werkbaar door de voortdurende onenigheden tussen haar kinderen. Eén van de kinderen wil niet zelf deelnemen aan

⁴⁵ Zie [ECLI:NL:GHAMS:2019:4635](#).

⁴⁶ Zie ook [ECLI:NL:RBNHO:2022:4240](#), voor een geval waarin de ouders hebben getracht om meerdere kinderen te betrekken bij de besluitvorming, om zo onenigheid binnen de familie te voorkomen. Een beschermingsbewind werd ingesteld door de rechtbank met benoeming van een professionele bewindvoerder, met als motivering: "De afgelopen jaren heeft het beheer van het vermogen van de ouders echter juist geleid tot heftige ruzie tussen (een aantal van) de kinderen, waarbij de verwijten over en weer er naar het oordeel van de kantonrechter niet om liegen. De toon van de mails die zij naar elkaar sturen is daarbij illustrerend. Van een samenwerking tussen de gevolmachtigde kinderen, zoals de ouders in het levenstestament hebben beoogd, is op dit moment dan ook geenszins sprake en [dochter A] is als gevolmachtigde van de moeder feitelijk ook buitenspel gezet.

De ouders lijken ook last te hebben van de situatie. Zo gaf de vader tijdens het gesprek met de kantonrechter aan "van het geharrewar af te willen" en had de moeder het over "het gefit". Ook is het maar zeer de vraag of de manier waarop er nu met het vermogen van de ouders wordt omgegaan, in de lijn is van hun gedachtegoed. De kantonrechter constateert dat de kinderen financieel gezien niet op dezelfde wijze worden behandeld, dar sommige kinderen hoge bedragen ontvangen uit het vermogen van de ouders en andere kinderen lagere bedragen of helemaal niets."

zorgoverleggen en stuurt een 'zaakwaarnemer'. Dit kind staat er op dat een onafhankelijke mentor wordt benoemd. Gelet hierop is de kantonrechter van oordeel dat het levenstestament de niet-vermogensrechtelijke belangen van betrokkene onvoldoende beschermt en dat het daarom noodzakelijk is een mentorschap in te stellen ten behoeve van betrokkene. Omdat de kantonrechter bij de benoeming van een mentor op grond van de wet de uitdrukkelijke voorkeur van betrokkene dient te volgen, wordt de zoon benoemd tot mentor. Naar het oordeel van de kantonrechter is er geen sprake van gewichtige redenen om van deze voorkeur af te wijken.⁴⁷

Soms bestaat een nauw verband tussen de vraag of met het levenstestament wel een voldoende behartiging van de belangen van betrokkene mogelijk is en dat het levenstestament geldt als een meer passende en minder verstrekkende voorziening (§ 7.1) én de vraag of voorrang gegeven moet worden aan de in het levenstestament voorgestelde persoon als curator, bewindvoerder of mentor (§ 7.2).

Zo moest het gerechtshof Den Haag bij beschikking van 23 februari 2022, [ECLI:NL:GHDHA:2022:1019](#), oordelen over een geval waarin de belangen van de betrokkene zouden worden behartigd door de echtgenoot. De vrouw lijdt aan vasculaire dementie en verblijft in een verpleeghuis. Een dochter verzoekt om haar moeder onder curatele te stellen. Daarbij wil zij een onafhankelijke derde tot curator laten benoemen. De echtgenoot verzet zich tegen het verzoek tot ondercuratelestelling. Hij meent dat hij in het levenstestament van zijn echtgenote is aangewezen om haar belangen te behartigen als zij zelf daartoe niet meer in staat is. Het hof diende te beoordelen of dit de aangewezen manier was om de belangen van de vrouw te dienen. Het hof overwoog:

"(...) Weliswaar volgt de rechter bij de benoeming van de curator, conform het bepaalde in voormeld artikel, de uitdrukkelijke voorkeur van de betrokkene, doch het hof is van oordeel dat sinds het wijzigen van het levenstestament van betrokkene in 2016, de omstandigheden zodanig zijn gewijzigd dat niet langer op dit testament kan worden teruggevallen. Daarnaast overweegt het hof dat in het testament bovendien is bepaald dat de volmacht die daarin is gegeven aan [appellant, de echtgenoot] eindigt bij het instellen van bewind. Naar het oordeel van het hof wordt hieronder ook curatele begrepen, nu dit een zwaardere beschermingsmaatregel is dan bewind.

Tussen partijen staat vast dat betrokkene thans niet meer in staat is haar persoonlijke voorkeur voor de persoon van de curator uit te spreken.

Op grond van lid 3 van artikel 1:383 BW gaat in het geval er geen sprake (meer) is van een door de betrokkene uitgesproken voorkeur, de voorkeur uit naar het benoemen van de echtgenoot of levensgezel van de betrokkene tot curator. Dat zou betekenen dat [appellant] in aanmerking komt om tot curator te worden benoemd. Het hof is echter gebleken dat de communicatie en samenwerking tussen [appellant] en [geïntimeerde, de dochter] en tussen [appellant] en de twee goede vrienden van betrokkene, die haar regelmatig bezoeken, bijzonder stroef verloopt. Er zijn geregeld onderlinge disputen en er bestaat een hoge mate van wantrouwen over en weer. Dat [appellant] in zijn wijze van communiceren niet conflictmijdend is, blijkt ook uit zijn communicatie jegens de huidige curator. Daarom is een verbetering van de verstandhouding tussen [appellant] enerzijds en [geïntimeerde] en de vrienden van betrokkene anderzijds niet te verwachten. Het is voorzienbaar dat in de situatie dat [appellant] tot curator wordt benoemd, sprake zal zijn van voortdurende onrust en

⁴⁷ Zie [ECLI:NL:RBNHO:2020:1161](#).

onderlinge spanningen tussen de naasten van betrokkene, hetgeen voor de betrokkene, die zich in een kwetsbare en afhankelijke positie bevindt, merkbaar zal zijn.

In zoverre is het hof van oordeel dat er sprake is van gegronde redenen die zich tegen de benoeming van [appellant] als curator van betrokkene verzetten.

Het hof acht het in het belang van betrokkene om een onafhankelijke derde als curator te benoemen, teneinde te waarborgen dat alle bij de betrokkene betrokken personen, onbelemmerd contact met haar kunnen onderhouden."

In dit soort gevallen gaat het er niet alleen om of een in een levenstestament gevolmachtigde de taken in praktische zin en naar behoren kan uitvoeren. Onder omstandigheden kan de rechter aan de door betrokkene verleende volmacht in een levenstestament voorbij worden gegaan als de betrokkene dreigt klem te komen zitten in een familieruzie of dat contacten met familie en vrienden verloren dreigen te gaan. In stevige bewoordingen wordt zelfs gesproken van *"voortdurende onrust en onderlinge spanningen tussen de naasten van de betrokkene"*.

De Hoge Raad heeft het tegen de beschikking gerichte cassatieberoep met toepassing van art. 81 lid 1 RO verworpen ([ECLI:NL:HR:2023:500](#)).⁴⁸

7.2 Het (niet) volgen van de voorkeur van de levenstestateur bij de benoeming van een curator, bewindvoerder of mentor

In Boek 1 BW wordt duidelijk bepaald dat de rechter bij de benoeming van een curator, bewindvoerder of mentor *"de uitdrukkelijke voorkeur"* van de betrokkene volgt, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten.⁴⁹ De rechter pleegt de in een levenstestament uitgesproken voorkeur in de praktijk te volgen, soms nadat op basis van overgelegde stukken of een verklaring ter zitting vastgesteld is dat de betrokkene destijds wilsbekwaam was of nog steeds is.⁵⁰ Als gesteld wordt dat er gegronde redenen bestaan die zich tegen de benoeming van een persoon tot curator, bewindvoerder of mentor verzetten, dan moeten die gronden wel concreet gesteld worden. Bezwaren van verstoorde verhoudingen leggen meestal onvoldoende gewicht in de schaal.

Het niet in aanmerking nemen van de in het levenstestament opgenomen voorkeur van betrokkene voor een bewindvoerder licht het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn beschikking van 12 november 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:9847](#), als volgt toe:

"Er is hier sprake van zeer complexe familieverhoudingen met veel wantrouwen en een gebrek aan (behoorlijke) communicatie. Het hof volgt appellanten niet in hun betoog dat de familieverhoudingen niet dermate bijzonder complex of ingewikkeld zijn dat tegen de wil van rechthebbende - wat hier ook van zij - een onafhankelijke bewindvoerder zou moeten worden benoemd. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is voldoende gebleken dat er al jaren sprake is van een hevige strijd tussen een deel van de dochters en zonen. Naar het oordeel van het hof is er geen sprake van gebruikelijke meningsverschillen, maar eerder van een strijd die vergelijkbaar is met die van een zogeheten "vechtscheiding", waar partijen niet schuwen elkaar in procedures te betrekken. Het hof constateert dat er al jaren geen,

⁴⁸ Instructief is het advies van PG Wissink ([ECLI:NL:PHR:2023:120](#)).

⁴⁹ Zie art. 1:383 lid 2 BW (curatele), art. 1:435 lid 3 BW (beschermingsbewind) en art. 1:452 lid 3 BW (mentorschap).

⁵⁰ Zie [ECLI:NL:GHAMS:2017:1252](#).

althans geen behoorlijke onderlinge communicatie is tussen partijen. Ook is het de dochters en zonen tot op heden niet gelukt in onderling overleg de nalatenschap van hun vader te verdelen. Naar het oordeel van het hof valt ook niet te verwachten dat binnen afzienbare tijd verbetering zal ontstaan in de verhouding tussen de dochters en zonen.”

Een ander voorbeeld van een geval waarin een door de rechthebbende in een levenstestament uitgesproken voorkeur niet wordt gevolgd, is de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 7 februari 2023, [ECLI:NL:GHARL:2023:1078](#). Bijzonder aan deze situatie was dat de moeder, lijdende aan dementie, op 29 september 2021 ten overstaan van een notaris een algemene volmacht heeft verleend aan de zoon en zijn echtgenote. Op diezelfde dag is haar woning verkocht aan de gevolmachtigde zoon, buiten medeweten van de andere kinderen. De akte van levering is nadien gepasseerd door deze notaris.⁵¹ Bij het verzoek om het vermogen onder bewind te stellen, speelt ook de vraag wie tot bewindvoerder benoemd moet worden.

“Het uitgangspunt is dat bij de benoeming van een bewindvoerder en mentor de voorkeur van de rechthebbende, in dit geval [de moeder], wordt gevolgd. In deze zaak is, mede gelet op de diagnose Alzheimer en de WLZ-indicatie, niet zeker of [de moeder] in staat was de gevolgen van de door haar ondertekende volmacht, waarin deze voorkeur is vermeld, voldoende te overzien. Het hof overweegt echter dat zelfs als wordt aangenomen dat [de moeder] haar voorkeur voldoende kon uitspreken, er gegronde redenen zijn om van deze voorkeur af te wijken. [verzoeker] en [de echtgenote] hebben, wetende dat de diagnose dementie was vastgesteld en zonder verweerders daarin te kennen, de woning van [de moeder] gekocht. Dat de koopprijs lager was dan de WOZ-waarde, zoals verweerders ter gelegenheid van de mondelinge behandeling hebben aangevoerd, is door [verzoeker] en [de echtgenote] niet weersproken. Mede gelet op de aanhangig gemaakte procedure tot vernietiging van deze koopovereenkomst, is naar het oordeel van het hof sprake van tegenstrijdige belangen. Reeds hierom kan van een benoeming van [verzoeker] tot bewindvoerder geen sprake zijn. Uit met name de verklaringen tijdens de mondelinge behandeling blijkt dat de verhouding tussen [verzoeker] en [de echtgenote] enerzijds en verweerders anderzijds ernstig verstoord is. Belangrijke zaken worden bewust niet aan de andere partij meegedeeld. Het is in het belang van [de moeder] dat zij een onbelemmerd contact heeft met al haar kinderen en dat dit contact niet gehinderd wordt door onderlinge meningsverschillen. Dit maakt dat het belang van [de moeder] gediend is met de benoeming van een onafhankelijke bewindvoerder en mentor.”

7.3. Volmacht met betrekking tot vennootschappelijke aangelegenheden

Is de levenstestateur aandeelhouder en/of bestuurder van een B.V. of N.V., dan komt de vraag op of de levenstestateur in die hoedanigheid in een levenstestament een volmacht kan geven. Dezelfde vraag komt op als de algemene volmacht in het levenstestament betrekking heeft op “alle hoedanigheden” van een levenstestateur, en deze ook

⁵¹ Aan de notaris is bij tuchtbeslissing van 14 juli 2022, [ECLI:NL:TNORARL:2022:32](#), een waarschuwing opgelegd, omdat de kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden het verwijt gegrond achtte dat de notaris bij het opmaken en passeren van de volmacht en de levering van de woning onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid van moeder.

aandeelhouder en/of bestuurder van een vennootschap is. Is een volmacht om een aandeelhouder of bestuurder krachtens een volmacht in een levenstestament te vertegenwoordigen rechtsgeldig?

- Aandeelhouder krachtens volmacht

Voorop gesteld moet worden dat het stemrecht en de wijze waarop de aandeelhouder daarvan gebruikmaakt in beginsel een eigen recht is, dat hij kan aanwenden om zijn belang in de vennootschap te dienen.⁵² Het is daarom ook om het even door wie het stemrecht wordt uitgeoefend. In overeenstemming hiermee is iedere aandeelhouder bevoegd, in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde, het hem toekomende stemrecht uit te oefenen in de algemene vergadering (art. 2:227 lid 3 BW). De statuten van de vennootschap kunnen volmachtverlening echter uitsluiten of beperken (art. 2:227 lid 5 BW). Betoogd wordt ook wel dat een doorlopende algemene volmacht in strijd is met de vennootschappelijke orde (art. 3:40 BW). In een levenstestament is daarvan geen sprake omdat van de volmacht alleen in een bijzondere situatie gebruik gemaakt kan worden, te weten een situatie dat de aandeelhouder zelf niet meer in staat is om voorhanden zijnde situaties te beoordelen.

De slotsom is dan ook dat de aandeelhouder krachtens een in een levenstestament gegeven volmacht een volkomen rechtsgeldige figuur is. De volmacht werkt overigens niet privaat, zodat de aandeelhouder te allen tijde ter vergadering kan verschijnen om zelf het stemrecht uit te oefenen.

- Bestuurder krachtens volmacht

Algemeen wordt aangenomen dat een gevolmachtigde op grond van een volmacht een besloten vennootschap kan vertegenwoordigen. Een dergelijke volmacht kan ook in een levenstestament zijn opgenomen. Wel wordt vereist dat het verlenen van een volmacht tot het uitoefenen van bestuursaangelegenheden geschiedt door een bestuurder die de vennootschap rechtsgeldig kan vertegenwoordigen. Daarvan is sprake als de levenstestateur-bestuurder de vennootschap zelfstandig kan vertegenwoordigen. Aldus kan de gemachtigde de vennootschap rechtsgeldig vertegenwoordigen. Wat betreft de interne vennootschappelijke aangelegenheden wordt wel geleerd dat het persoonlijke karakter van de bestuurstaak – zoals deelname aan bestuursvergaderingen en besluitvorming door het bestuur – aan volmachtverlening in de weg staat.

Dat niet zonder meer op een bestuursvolmacht vertrouwd kan worden, leert een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland van 19 april 2017, [ECLI:NL:RBGEL:2017:3273](https://www.rechtspraak.nl/ECLI:NL:RBGEL:2017:3273). Het betreft een dispuut tussen twee zakenpartners: Van Aken en Batist met hun B.V.'s. Van Didam Investment Group Holding B.V. (DIGH) zijn deze zakenpartners aandeelhouder. Van Aken heeft op 6 maart 2017 wegens ziekte aan een zogeheten 'bedrijvendokter' een volmacht gegeven "om voor en namens Gerard van Aken Beheer BV rechtshandelingen waaronder begrepen maar niet beperkt tot het stemmen als aandeelhouder in het kapitaal van en op de aandeelhoudersvergadering(en) van DIGH te verrichten". Vervolgens zijn er meerdere algemene vergaderingen van DIGH uitgeschreven waarvan het doel blijkens de agenda was om de vermeende onregelmatigheden van de zakenpartner aan de kaak te stellen dan wel deze zakenpartner te schorsen c.q. te ontslaan als bestuurder. De oproepingen voor de vergaderingen zijn verzonden door de

⁵² HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*).

bedrijvendokter op grond van de volmacht. Hij schrijft zijn eigen BV ook in als bestuurder van DIGH. Op basis hiervan concludeert de voorzieningenrechter dat de volmacht aan de bedrijvendokter zich uitstrekt tot alle activiteiten van de aandeelhouder, maar ook - kennelijk als een uitvloeisel van het aandeelhouderschap - als bestuurder van DIGH. De voorzieningenrechter oordeelt daarover als volgt:

“Uit artikel 2:8 BW vloeit voort dat een aandeelhouder zijn bevoegdheden in de eerste plaats uitoefent in zijn eigen belang, maar dat daarbij rekening dient te worden gehouden met het belang van de vennootschap. De bestuurder, benoemd door de algemene vergadering (statuten DIGH onder 16.3), oefent zijn bevoegdheden uit in het belang van de vennootschap en eventueel, maar dat is hier niet aan de orde, de met haar verbonden onderneming. Als consequentie hiervan moet worden aangenomen dat een aandeelhouder in beginsel een volmacht mag geven om zijn aandeelhoudersbevoegdheden uit te oefenen, terwijl de bestuurder dit in beginsel niet mag. Hij mag immers niet de door de algemene vergadering aan hem gegeven last buiten die algemene vergadering om overdragen aan een ander die die last niet van de algemene vergadering heeft ontvangen. De redenering dat in de visie van [gedaagde sub 1] eiseres haar bestuurderstaken niet op de juiste wijze uitoefent, doet daaraan niet af.

De voorzieningenrechter concludeert uit het voorgaande voorshands dat [gedaagde sub 1] als aandeelhouder en bestuurder tegenover KHB gehandeld heeft in strijd met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd in de zin van artikel 2:8 BW. [naam], die hierbij in feite is opgetreden en kennelijk heeft gehandeld uit onvrede over de medebestuurder KHB en de aandeelhouder-bestuurder van KHB, H. [naam 4], heeft door op deze buitenwettelijke wijze te trachten KHB door [naam 2] uit te rangeren binnen DIGH, onrechtmatig jegens KHB gehandeld.

Gedaagden stellen zich op het standpunt dat [naam] zijn taken als bestuurder van [gedaagde sub 1] niet kan uitoefenen. Als dit betekent dat [gedaagde sub 1] haar taak als bestuurder binnen DIG niet kan uitoefenen ten gevolge van de gezondheidsproblemen van [naam], moet de weg van artikel 16.5 van de statuten worden gevolgd, waarin bevestigd wordt dat het niet aan de zieke bestuurder is zelf voor vervanging te zorgen. Dat is in dit geval niet gebeurd; [naam] heeft zelf zijn bevoegdheden in handen van [naam 2] gelegd.

Gedaagden stellen verder dat [naam 2] de vinger op de zere plek legt, nu hij eiseres en haar bestuurder, [naam 4], confronteert met door hen gepleegde malversaties. Los van de vraag of er sprake is van malversaties, is het [naam] en eventueel ook [naam 2] vanzelfsprekend toegestaan ‘de vinger op de zere plek te leggen’. Dit dient dan wel op een formeel juiste wijze te geschieden en niet met voorbijgaan van de wettelijke en statutaire regels.

Gedaagden stellen ook dat het niet aan eiseres is te bepalen door wie [gedaagde sub 1] zich laat bijstaan. Ook dit standpunt is op zichzelf juist, maar het gaat hier niet om het bijstaan - in de zin van ondersteunen en adviseren - van [gedaagde sub 1], maar om een volledige volmacht die [gedaagde sub 1] heeft afgegeven om haar als aandeelhouder én bestuurder te vervangen. Daarvoor gelden andere regels, namelijk de hierboven genoemde, uit artikel 2:8 BW voortvloeiende, dan voor een slechts tussen adviseur en geadviseerde bestaande rechtsverhouding.

Met inachtneming van het voorgaande stelt de voorzieningenrechter vast dat gedaagden niet hebben weersproken dat er een hele reeks van handelingen heeft plaatsgevonden, geregisseerd door [naam 2], die, geëffectueerd of niet, naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter ontoelaatbaar zijn.”

Opgemerkt kan hierbij nog worden dat een bestuurder van een vennootschap zijn taken niet verricht op *“last van de algemene vergadering”*, zoals vermeld door de voorzieningenrechter, maar als uitvloeisel van een door de vennootschap gegeven bestuursopdracht. Dat wordt niet anders doordat de algemene vergadering een bestuurder benoemd heeft.

De belangrijkste les uit deze overwegingen van de voorzieningenrechter is dat het niet juist is een ander de bestuurstaak langdurig te laten uitoefenen met voorbijgaan aan de benoemings- en ontslagbevoegdheid van de algemene vergadering en dat de bij belet of ontstentenis geldende statutaire regels nageleefd dienen te worden. Er is geen ruimte om op grond van een volmacht alle bestuursbevoegdheden langdurig aan een ander over te laten. Het gebruik maken van de volmacht zal een tijdelijk karakter moeten hebben en bij de uitoefening daarvan zal terughoudend gebruik gemaakt moeten worden, daarbij het belang van de vennootschap uiteraard niet uit het oog verliezend.

De voorzieningenrechter omschrijft de *modus operandi* van de bedrijvendokter als *“een vorm van vennootschapspiraterij die zich aan geen enkele wettelijke of statutaire regel stoort”*. Het verbaast dan ook niet dat de voorzieningenrechter gedaagden (i) gebiedt ervoor zorg te dragen dat de bedrijvendokter niet langer als gevolmachtigde bij de vennootschappen is betrokken, (ii) verbiedt om uitvoering of vervolg te geven aan bepaalde besluiten en (iii) gebiedt ervoor zorg te dragen dat reeds op grond van deze besluiten en/of acties verrichte handelingen ongedaan gemaakt worden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom.

7.4. Rechtsgeldigheid van het levenstestament

Een geschil kan ontstaan over de vraag of de levenstestateur ten tijde van het passeren van het levenstestament al dan niet in staat was om zijn wil te bepalen ten aanzien van de persoon die hij wilde aanwijzen als zijn belangenbehartiger.

Bij de rechtbank Limburg is een dergelijke zaak aan de orde geweest. De levenstestateur was kennelijk een graag geziene gast bij lokale notarissen. Zo werden maar liefst drie levenstestamenten bij notariële akten gepasseerd in de periode februari 2018 t/m februari 2020, in de plaatsen Echt, Sint-Odiliënberg en Sittard. De levenstestateur heeft twee dochters. In het eerste levenstestament werd de schoonzoon, echtgenoot van zijn ene dochter aangewezen als algemeen gevolmachtigde. Deze volmacht is anderhalf jaar later in het tweede levenstestament herroepen. Daarbij werden meteen beide dochters tot algemeen gevolmachtigden benoemd. Vervolgens heeft de ene dochter een verzoek ingediend tot het instellen van een beschermingsbewind en een mentorschap. De kantonrechter heeft dat verzoek afgewezen bij beschikking van 13 februari 2020. Kort daarvoor, was bij notariële akte van 11 februari 2020 een nieuw levenstestament opgemaakt, waarbij de gezamenlijke volmacht werd ingetrokken en nu de andere dochter als algemeen gevolmachtigde werd aangewezen.

De rechtbank Limburg moet vervolgens oordelen over de rechtsgeldigheid van het laatste levenstestament. In het vonnis van 13 januari 2021, [ECLI:NL:RBLIM:2021:381](#), overweegt de rechtbank:

“Voor een succesvol beroep op het bepaalde in artikel 3:34 BW is vereist dat eiseres stelt, en bij voldoende gemotiveerde betwisting door gedaagde, bewijst dat de levenstestateur op

11 februari 2020 leed aan een geestelijke stoornis en dat deze stoornis toen een redelijke waardering van de bij het levenstestament betrokken belangen belette ofwel dat de wilsverklaring onder invloed van die stoornis is gedaan.

De rechtbank stelt voorop dat aan de vrijheid van [betrokkene] om een levenstestament op te (laten) maken grote waarde moet worden toegekend. Dat betekent dat niet te snel achteraf mag worden aangenomen dat voldaan is aan de vereisten van artikel 3:34 BW. Daarbij komt dat de enkele aanwezigheid van een geestelijke stoornis nog niet betekent dat de wilsverklaring ook onder invloed van die stoornis is gedaan, omdat een geestelijke stoornis de waardering van de bij een uiterste wilsbeschikking betrokken belangen niet hoeft te beletten. Dit zal mede afhangen van de ernst van die stoornis en de eenvoud dan wel ingewikkeldheid van de desbetreffende wilsbeschikking."

Het lijkt erop dat de rechtbank het spoor hier even bijster is. Een levenstestament is namelijk geen uiterste wilsbeschikking (zoals een erfstelling of een legaat), die eerst werkt na overlijden (art. 4:42 lid 1 BW). Het gaat hier om een levenstestament waarin een algemene volmacht is opgenomen. Bij beide rechtshandelingen - het opmaken van een levenstestament dan wel een testament met één of meer uiterste wilsbeschikkingen - wordt vereist dat de (levens)testateur wilsbekwaam is.

De rechtbank meent dat de eisende dochter die stelde dat het levenstestament ongeldig was aan de op haar rustende stelplicht heeft voldaan, onder meer met overlegging van rapportages van een neuroloog, een geriater en een VIA-arts.⁵³ De gedaagde dochter heeft naar het oordeel van de rechtbank voldoende gemotiveerd betwist dat de levenstestateur ten tijde van het opmaken van het levenstestament van 11 februari 2020 leed aan een geestelijke stoornis, waardoor hij niet meer in staat was om zijn wil te bepalen. Gedaagde heeft daartoe gemotiveerd kanttekeningen geplaatst bij de conclusies die haar zus heeft getrokken uit de overgelegde rapportages. Zij heeft er bovendien op gewezen dat de notaris te Sittard kennelijk van mening was, nadat hij de levenstestateur alleen had gesproken, dat deze in staat was om zijn wil met betrekking tot de inhoud van het levenstestament van 11 februari 2020 te bepalen.

Bij deze stand van zaken heeft de rechtbank behoefte aan voorlichting door één of meer onafhankelijke door de rechtbank benoemde deskundigen. De rechtbank zal blijkens het vonnis een deskundigenbericht gelasten waarbij een aantal vragen aan de deskundige wordt voorgelegd.⁵⁴ Wordt vervolgd derhalve.

⁵³ De VIA-arts concludeert het meest duidelijk in zijn medische verklaring van 16 december 2019 dat betrokkene "gelet op zijn lichamelijke en geestelijke toestand thans en naar verwachting blijvend niet in staat wordt geacht zijn wil geheel zelfstandig naar behoren kenbaar te kunnen maken. (...) Het is niet mogelijk met betrokkene een gesprek te voeren over hetgeen bij de notaris staat te gebeuren. (...) Betrokkene heeft geen ziekte-inzicht. (...) De bevindingen van mijn onderzoek passen bij een zich vorderende psychogeriatrische aandoening. Gelet op genoemde stoornissen en beperkingen die naar verwachting progressief van aard zijn, en zijn niet consistente en niet persistente uitlatingen, is betrokkene naar verwachting blijvend niet wilsbekwaam." Het is opmerkelijk dat in de procedure niet meteen doorslaggevende betekenis aan deze duidelijke verklaring van een deskundige kon worden gegeven.

⁵⁴ Het blijkt volgens het vonnis van de rechtbank Limburg van 1 september 2021, [ECLI:NL:RBLIM:2021:6864](https://www.rechtspraak.nl/ECLI:NL:RBLIM:2021:6864), nog niet zo eenvoudig om een door partijen voorgedragen persoon tot deskundige te benoemen (issues zoals gemis van onafhankelijkheid, deskundigheid, beperkt aantal contactmomenten en medisch beroepsgeheim houden een benoeming op).

Bij vonnis van 4 mei 2022, [ECLI:NL:RBOVE:2022:1346](#), heeft de rechtbank Overijssel op verzoek van de dochters voor recht verklaard dat de wilsbeschikking van moeder in het levenstestament dat op 13 januari 2021 ten overstaan van een notaris in Oldenzaal is verleden nietig is. Moeder was door dementie niet meer in staat tot een redelijke waardering van haar belangen. Daarbij wordt in de uitspraak verwezen naar een diagnose van een geriater. Het eerdere levenstestament van moeder herleeft hierdoor. Interessant aan deze uitspraak is nog dat - ondanks deze uitspraak over haar wilsbekwaamheid - moeder wel in staat werd geacht als procespartij op te treden. De rechtbank overweegt dienaangaande:

“De rechtbank heeft zich afgevraagd in hoeverre [gedaagde sub 1, moeder] in staat is om in deze procedure voor haar eigen belangen op te (laten) komen. Tijdens de mondelinge behandeling maakte [moeder] een zeer verwarde en soms emotionele indruk, ze was erg beweeglijk en liep regelmatig hevig geëmotioneerd naar haar dochters, mr. Assink dan wel de rechter. Haar boosheid maakte soms plaats voor vrolijkheid, waarbij door [moeder] de situatie als niet serieus te nemen werd gekenschetst.

Op vragen van de behandelend rechter over de aanleiding van de mondelinge behandeling, de inhoud van de gespreksonderwerpen en de mening van [moeder], kon [moeder] geen enkel antwoord geven. Zij wist ook niet precies wie mr. Ten Brummelhuis was en wat haar functie was, wel dat ze aardig was en dat mr. Ten Brummelhuis wel wist waar het hier over ging.

Mr. Ten Brummelhuis heeft bij de mondelinge behandeling van 17 februari 2022 verklaard dat [moeder] tegenover haar er wisselend blijk van heeft gegeven te begrijpen wat er in deze procedure aan de orde is en wat haar mening daarover is. In april 2021, ter voorbereiding van het geschil over het geregistreerd partnerschap, kon [moeder] heel duidelijk haar mening naar voren brengen. Nadien is dat wisselend geweest. Teruggrijpend op het gesprek van april 2021 concludeert mr. Ten Brummelhuis dat zij weet wat [moeder] wil en dat zij [moeder] in deze procedure kan vertegenwoordigen.

De rechtbank is niet aanwezig geweest bij de gesprekken waaraan mr. Ten Brummelhuis refereert en zal er daarom van uitgaan dat mr. Ten Brummelhuis het standpunt van [moeder] weergeeft, in haar belang handelt en dat mr. Ten Brummelhuis inschat dat [moeder] in staat is om deze procedure te voeren. De rechtbank realiseert zich dat dit op gespannen voet staat met het inhoudelijke oordeel dat in dit vonnis wordt gegeven. Met de overwegingen onder dit kopje heeft de rechtbank kenbaar willen maken oog te hebben voor de kwetsbare positie van [moeder], ook in deze juridische procedure.”

Bij vonnis van 7 december 2022, [ECLI:NL:RBNHO:2022:11008](#), heeft de rechtbank Noord-Holland een vordering tot vernietiging van een levenstestament afgewezen. De vordering wordt afgewezen, nu - ondanks de dementie van moeder - niet is komen vast te staan dat de moeder van eiseres wilsonbekwaam was:

“De rechtbank benadrukt dat de gestelde diagnose “Alzheimer” op zichzelf niet meebrengt dat [moeder] wilsonbekwaam zou moeten worden geacht om een levenstestament op te (laten) maken. Of dit het geval is hangt af van de ernst van de klachten waar zij op dat moment mee te maken had als gevolg van de door de ziekte van Alzheimer veroorzaakte dementie. Ook moet acht worden geslagen op de aard en de complexiteit van de regelingen die zij met het levenstestament heeft willen treffen.

Tegen deze achtergrond bezien heeft [dochter] niet concreet onderbouwd dat (i) op het moment van de ondertekening van het levenstestament er bij [moeder] sprake was van een stoornis van de geestvermogens en (ii) deze stoornis op dat moment van dien aard was dat [moeder] de bij de in het levenstestament neergelegde regeling betrokken belangen niet goed meer kon waarderen.

Tegen het standpunt van [dochter] pleit dat [moeder] onweersproken heeft gesteld dat zij de notaris drie maal heeft bezocht, waarbij zij twee maal buiten tegenwoordigheid van [partner van moeder] een gesprek met de notaris heeft gehad en dat de notaris op basis van deze gesprekken blijkbaar geen aanleiding heeft gezien om een nader onderzoek te (laten) verrichten naar de eventuele wilsonbekwaamheid van [moeder]. Concrete omstandigheden waaruit volgt dat de notaris hierbij onzorgvuldig heeft gehandeld, heeft [dochter] niet naar voren gebracht.

Dat, zoals [dochter] stelt, in het verleden twee andere notarissen hun medewerking hebben geweigerd bij het opstellen van een aangepast testament voor [moeder], acht de rechtbank niet relevant. In tegenstelling tot wat bij een levenstestament het geval is bevat een "normaal" testament vooral regelingen over (soms complexe) vermogensrechtelijke aangelegenheden. In het onderhavige levenstestament gaat het om het aanwijzen van een tweetal naasten voor het regelen van medische- en zorgtaken in het geval [moeder] daartoe zelf niet meer in staat is. Voor een juiste waardering van de betrokken belangen worden bij een testament logischerwijs hogere eisen aan de geestvermogens gesteld dan bij een levenstestament als hier aan de orde is. Dat twee andere notarissen [moeder] niet wilsbekwaam hebben geacht om bij testament over haar nalatenschap te beschikken zegt daarom niets over het oordeel van de notaris die [moeder] op 27 januari 2021 wilsbekwaam heeft geacht voor het opmaken van het levenstestament. Ook deze notaris wordt bij cliënten van gevorderde leeftijd geacht beroepshalve alert te zijn op eventuele mentale defecten en uit niets is de rechtbank gebleken dat de notaris haar zorgplicht in dit opzicht heeft verzaakt."

7.5. Afleggen van rekening en verantwoording

In procedures komt geregeld de vraag aan de orde of een gevolmachtigde rekening en verantwoording moet afleggen voor het gebruik dat hij van de volmacht heeft gemaakt. Bestaat een dergelijke rekenplicht en zo ja, geldt het recht om rekening en verantwoording te vragen ook voor de erfgenamen van de levenstestateur? Ook andere vragen kunnen dan aan de orde komen zoals over de inhoud van de af te leggen rekening en verantwoording.

Het algemene beoordelingskader waarbinnen deze vragen beantwoord moeten worden, is geschetst door de Hoge Raad in een aantal uitspraken. Blijkens zijn arrest van 9 mei 2014, [ECLI:NL:HR:2014:1089](#), kan een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording onder omstandigheden worden aangenomen:

"Volgens vaste rechtspraak kan een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander (de rechthebbende) verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een zodanige verhouding kan voortvloeien uit de wet, een rechtshandeling of ongeschreven recht (vgl. onder meer HR 2 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1561](#), NJ 1995/548 en HR 8 december 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1911](#), NJ 1996/274). 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.”

Het voorgaande betekent dat er voldoende ruimte is om het bestaan van een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording aan te nemen. Daarbij kan aansluiting gezocht worden bij andere rechtsfiguren die een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording kennen, zoals de overeenkomst van opdracht (met een rekenplicht in art. 7:403 lid 2 BW), en de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft daarvoor een aantal gezichtspunten opgesomd aan het slot van de aangehaalde rechtsoverweging.

Over de inhoud van de af te leggen rekening en verantwoording geeft de Hoge Raad in zijn arrest van 2 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1561](#); NJ 1995/548, de volgende gezichtspunten:

“De inhoud van hetgeen als rekening en verantwoording mag worden verlangd, wordt telkens bepaald door de aard van de rechtsverhouding welke verplicht tot het zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen en de omstandigheden van het gegeven geval.”

Hieruit zou bijvoorbeeld kunnen worden afgeleid dat strengere maatstaven gelden om te beoordelen of in afdoende mate rekening en verantwoording is afgelegd door een professional dan bij personen die in familieverhoudingen het vermogensrechtelijk beleid hebben bepaald.

Procedures over het afleggen van rekening en verantwoording kunnen gevoerd worden bij dagvaarding in een normale bodemprocedure bij de rechtbank of als onderdeel van een procedure die strekt tot verdeling van de nalatenschap. Bij een spoedeisend belang is het mogelijk om in kort geding rekening en verantwoording van een gevolmachtigde te vorderen (zie daarvoor bijvoorbeeld § 7.6).

Hoe pakt dit algemene beoordelingskader uit in situaties waarin op grond van een in een levenstestament opgenomen volmacht namens de levenstestateur gebruik is gemaakt van zijn bankrekeningen om betalingen te doen waarvan niet aanstonds duidelijk is of deze wel in het belang van de levenstestateur zijn geweest? Veelal speelt dit soort kwesties zich af na het overlijden van de levenstestateur als blijkt dat het saldo van de bankrekeningen teleur stelt, geen openheid van zaken wordt geboden door de gemachtigde of de administratie van de levenstestateur niet naar behoren is bijgehouden.

Illustratief is het geval waarin de nalatenschap van erflater nagenoeg volledig opgemaakt bleek te zijn. In zijn laatste levensfase woonde erflater in een verzorgingstehuis.

Zijn echtgenote was kort daarvoor reeds overleden. Haar testament bevatte een ouderlijke boedelverdeling naar oud erfrecht (art. 4:1167 BW (oud)). Zijn woning werd verkocht en de netto-opbrengst daarvan is overgemaakt naar één van de bankrekeningen van erflater. Zijn zoon beschikte over een algemene volmacht. Na zijn overlijden heeft de andere erfgenaam, een dochter van een vooroverleden kind, de beschikking gekregen over de afschriften van de bankrekeningen bij ABN Amro Bank en ING Bank. De oom werd gevraagd rekening en verantwoording af te leggen over de afschrijvingen van de bankrekeningen ten behoeve van hemzelf en zijn echtgenote en diverse pinopnames over een periode van ruim zeven jaar. De oom heeft hierop niet gereageerd. Vervolgens is onder enkele banken conservatoir derdenbeslag gelegd op de tegoeden van de ten name van de oom staande bankrekeningen. Nadat de vordering tot het afleggen van rekening en verantwoording in eerste aanleg door de rechtbank Gelderland was toegewezen, komt de oom in hoger beroep bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Bij arrest van 23 juli 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:6061](#), oordeelt het hof dat tussen erflater en zijn zoon een rechtsverhouding heeft bestaan die aan te merken is als een overeenkomst van opdracht. Uit de verklaringen van de zoon viel namelijk op te maken dat hij zich verbonden had diverse werkzaamheden te verrichten (zoals het regelen van de financiële zaken, de rol van mantelzorger e.d.). Op basis daarvan overweegt het hof:

“[De zoon] was op grond van deze overeenkomst van opdracht gehouden rekening en verantwoording te doen ter zake van de uitgaven en opnames van de bankrekeningen van erflaatster en erflater (artikel 7:403 lid 2 BW). Tot de rechten die voor erflaatster en erflater voortvloeiden uit die overeenkomst van opdracht, behoort ook de bevoegdheid om van de opdrachtnemer te verlangen rekening en verantwoording af te leggen van de wijze waarop hij zich van zijn taak heeft gekweten. De rechtsgevolgen van deze overeenkomst gelden ook voor de erfgenamen van erflaatster en erflater (artikel 6:249 BW); de bevoegdheid rekening en verantwoording te verlangen is onder algemene titel op hen overgegaan (Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 925). [Het kleinkind] stelt de vordering tot het afleggen van rekening en verantwoording in tegen haar mede-erfgenaam [de zoon]. Zij doet dat in het kader van de procedure waarin zij ook vordert de verdeling van de nalatenschap van erflaatster en erflater vast te stellen. Deze vordering leent zich ervoor aldus bij deze verdeling te worden betrokken (HR 6 april 2018, [ECLI:NL:HR:2018:535](#)).

Dat [de zoon] al rekening en verantwoording heeft afgelegd aan erflaatster en erflater en zich al van zijn verplichtingen heeft gekweten is niet komen vast te staan. De stelplicht en de bewijslast dat rekening en verantwoording heeft plaatsgehad rusten op [de zoon]. [De zoon] stelt niet onomwonden dat hij dit heeft gedaan en op welke wijze en biedt ook geen bewijs daarvan aan.

Het hof stelt verder vast dat [de zoon] veel uitgaven heeft gedaan ten behoeve van zichzelf of leden van zijn gezin. (...) Niet staat vast dat erflaatster of erflater weet hadden van deze uitgaven en dat deze in hun opdracht zijn geschied. Het is dan ook nodig dat [de zoon] aan [kleinkind] nog eens goed uitlegt waarom deze uitgaven zijn gedaan.”

De zoon zal zich dus nu hebben te verantwoorden voor de opnames en uitgaven die hij heeft gedaan. Indien hij daarin niet (geheel) slaagt, zal de nalatenschap van erflater een vordering op hem hebben. Die vordering kan dan bij de verdeling van de nalatenschap worden betrokken.

Een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland van 24 februari 2016, [ECLI:NL:RBNNE:2016:719](#), handelt over de rekening en verantwoording die moet worden afgelegd over het gevoerde financieel beheer tijdens het leven van vader. Zijn dochter werd gemachtigd tot het doen van betalingen en opnamen van de bankrekening. De dochter is met haar man ook gaan zorgen voor vader. Bij deze (mantel)zorg hebben zij vader ondersteund in administratieve en financiële zaken (waaronder de woning klaar maken voor de verkoop en de financiering van een verbouwing regelen). Enige jaren later raakte de verstandhouding verstoord en is het contact verbroken. Vader heeft toen de volmacht ingetrokken. Bij dagvaarding heeft vader vervolgens gevorderd dat zijn dochter en haar man veroordeeld worden tot het afleggen van rekening en verantwoording over het beheer van zijn bankrekening van 2010 tot en met 2013. Voordat vonnis gewezen kon worden, overlijdt vader. Het geding wordt niettemin op naam van vader voortgezet.⁵⁵

Hoewel de rechtbank van oordeel is dat een enkele volmachtverlening niet verplicht tot het doen van rekening en verantwoording (en temeer niet nu in de volmacht geen plicht tot het doen van rekening en verantwoording was opgenomen) en dat evenmin geldt voor het met toestemming van de vader gebruik maken van de bankpas, ligt dat in dit geval toch anders. De vader had immers bij leven zijn dochter en haar echtgenoot ter verantwoording geroepen over de wijze waarop in een aantal gevallen met de volmacht en de bankpas was omgegaan (vgl. HR 13 mei 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AS4167](#)), mede gelet op het feit dat vader vanwege zijn sterk afnemende gezondheid in een afhankelijke relatie tot zijn mantelzorgers stond. In zijn dagvaarding noemt vader diverse bedragen die op voor hem onverklaarbare wijze aan de bankrekening zijn onttrokken. In reactie hierop hebben de dochter en haar echtgenoot uitleg gegeven met behulp van een overzicht waarop zij hebben aangegeven waar de betreffende bedragen aan zijn besteed. De rechtbank oordeelt dan:

“Met hun uitleg waar het bedrag van € 9.754,00 aan is besteed, hebben [gedaagden] naar het oordeel van de rechtbank in voldoende mate (rekening en) verantwoording afgelegd over het gebruik dat zij van de bankrekening van [eiser] hebben gemaakt. De rechtbank stelt vast dat de opnamen die [eiser] in de dagvaarding noemt (...) onderdeel uitmaken van het door [gedaagden] overgelegde mutatieoverzicht waarop de door [gedaagden] verstrekte toelichting ziet. De rechtbank is van oordeel dat aan de door [gedaagden] af te leggen rekening en verantwoording inzake het gebruik van de bankrekening geen al te hoge eisen kunnen worden gesteld. Hiertoe acht de rechtbank redengevend de familieverhouding en de omstandigheid dat [gedaagden] in de periode waarin zij met diens toestemming over de bankrekening van [eiser] beschikten aan [eiser] (mantel)zorg verleenden. De rechtbank neemt bij haar oordeel dat door [gedaagden] in voldoende mate rekening en verantwoording is afgelegd in aanmerking dat het bestaan van de overeenkomsten van schenking door [eiser] niet is betwist en dat evenmin door [eiser] is betwist dat met de geldopnamen (deels) aan de uit die overeenkomsten van schenking voortvloeiende betalingsverplichting van in totaal € 10.066,00 werd voldaan.

⁵⁵ Art. 225 lid 1 Rv bepaalt dat het overlijden van een procespartij een grond voor schorsing van het geding oplevert. De schorsingsgrond moet dan wel op formele wijze worden ingeroepen (bij exploit of akte ter rolle), en niet - zoals in dit geval - met een faxbericht aan de rechtbank. Bij gebreke van schorsing wordt het geding op naam van de oorspronkelijke partij voortgezet. Zie verder het onderdeel 'Procederen over erfenissen'.

Van [gedaagden] kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden verwacht dat zij hun stellingen dat zij de door hen opgenomen gelden aan [eiser] hebben verstrekt of hebben aangewend ten behoeve van [eiser] nog nader onderbouwen, bijvoorbeeld met bonnen en facturen waaruit één en ander blijkt. Het is binnen familieverhoudingen niet gebruikelijk om een administratie(kasboek) bij te houden (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:3935](#) met een verwijzing naar HR 29 april 1994, NJ 1995/561).

De enkele stelling dat [eiser] bepaalde, door hem niet nader genoemde posten niet kan thuisbrengen is onvoldoende voor toewijzing van de vordering tot het afleggen van rekening en verantwoording door [gedaagden] aan hem. Het had op de weg van [eiser] gelegen om na bestudering van de bankafschriften concreet aan te geven voor welke posten [eiser] bij leven [gedaagden] ter verantwoording heeft geroepen, bijvoorbeeld omdat die voor hem nog onduidelijkheden bevatten, zodat [gedaagden] daarop hadden kunnen reageren. Daar waar [eiser] dit wel heeft gedaan, hebben [gedaagden] de betreffende uitgaven naar het oordeel van de rechtbank als hiervoor is overwogen voldoende kunnen verklaren."

Blijkens deze uitspraak wordt rekening gehouden met (i) de familieverhoudingen en de verleende mantelzorg waardoor aan de af te leggen rekening en verhouding geen al te hoge eisen mogen worden gesteld en ook met (ii) de eis die aan de levenstestateur wordt gesteld om bij onduidelijkheid over bepaalde afschrijvingen meteen te reclameren.

De rechtbank verwijst in haar uitspraak nog naar een arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 6 oktober 2015, [ECLI:NL:GHSHE:2015:3935](#). In die zaak werd moeder verweten dat zij bij het beheer over de financiën van haar inwonende dochter (zonder dat zij overigens over een volmacht daartoe beschikte) niet de nodige zorg had betracht. Moeder voerde daartegen als verweer aan dat haar dochter grote schulden had (bij 'Boek en Plaat' en Wehkamp) en dat een financiering was aangetrokken voor een schuldsanering. Zij betwist allerlei luxe uitgaven voor zichzelf te hebben gedaan, zoals buitenlandse vakanties. Het hof bekrachtigt het eerder gewezen vonnis en verwerpt het hoger beroep met de volgende motivering:

"Naar het oordeel van het hof geldt dat moeder weliswaar weinig informatie heeft verschaft ter onderbouwing van haar betwisting maar dat haar dat niet kan worden verweten. Hiertoe neemt het hof de volgende omstandigheden in aanmerking.

Gelet op de omstandigheden van het geval kan van moeder niet worden verwacht dat zij haar betoog dat [zus van appellante], toen zij in 1997 bij haar in huis kwam wonen, grote schulden had nader onderbouwt. Moeder heeft onbetwist gesteld dat zij niet meer over deze schuldenadministratie beschikt, nu [zus van appellante] deze, naar het hof begrijpt bij haar verhuizing in 2007, heeft meegenomen. Het betoog van [appellanten c.s.] dat zij niet hebben kunnen achterhalen of [zus van appellante] schulden had als door moeder gesteld is een onvoldoende betwisting van het bestaan daarvan. Gezien het voorgaande staat vast dat [zus van appellante] schulden had toen zij in 1997 bij moeder kwam wonen.

Het hof is voorts van oordeel dat aan de door moeder af te leggen rekening en verantwoording inzake het gebruik van de pinpas geen al te hoge eisen kunnen worden gesteld. Hiertoe acht het hof redengevend de familieverhouding en de omstandigheid dat moeder en [zus van appellante] gedurende de periode 2000-2007 gezamenlijk in een huis woonden en naar het hof begrijpt ook kosten van de huishouding deelden. Nu geldopnames worden geregistreerd door de bank is daarmee reeds rekening afgelegd van de omvang van de opgenomen bedragen.

Van moeder kan voorts niet worden verwacht dat zij haar betoog, dat zij het door haar opgenomen geld aan [zus van appellante] heeft verstrekt althans heeft aangewend ten behoeve van [zus van appellante], (dus een verantwoording aflegt) onderbouwt met ontvangstbevestigingen van [zus van appellante] dan wel bonnetjes en facturen waaruit blijkt dat uitgaven ten behoeve van [zus van appellante] zijn gedaan. Bovendien is het binnen familieverhoudingen niet gebruikelijk een administratie (kasboek) bij te houden. Vgl. HR 29 april 1994, NJ 1995, 561 rov. 3.3.

Het hof komt alles overziend tot het oordeel dat [appellanten c.s.] tegenover de betwisting van moeder hun stellingen onvoldoende hebben onderbouwd. Op geen enkele wijze hebben [appellanten c.s.] onderbouwd met data en/of namen van winkels/leveranciers aangegeven dat concreet gebleken is dat moeder uitgaven ten behoeve van zich zelf deed met het geld dat zij met de pinpas van [zus van appellante] had opgenomen. Ook hebben zij in het geheel niet aangeduid hoe vaak en waar moeder etentjes had, over hoeveel dure kleding of dure apparatuur moeder beschikt, noch wat onder dure kleding of dure apparatuur dient te worden verstaan. Voorts hebben [appellanten c.s.] op geen enkele wijze aangegeven wat de omvang is van de met de pinpas van [zus van appellante] opgenomen bedragen. [appellanten c.s.] hebben slechts gesteld dat bij de bank niet alle bankafschriften konden worden opgevraagd. Nu [appellanten c.s.] niet hebben voldaan aan hun stelplicht, wordt aan bewijslevering op dit punt niet toegekomen."

Een laatste voorbeeld van het afleggen van rekening en verantwoording in het kader van een in een levenstestament opgenomen volmacht betreft het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 juli 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:6013](https://ecli.nl/GHARL:2019:6013). De moeder van procespartijen is in 2016 overleden. Haar zoon beschikte vanaf 1999 over een volmacht om over haar bankrekeningen bij ABN Amro Bank te beschikken, welke volmacht in 2015 is ingetrokken. Tot het tegoed op de bankrekeningen behoorde de verkoopopbrengst van de woning, de AOW-uitkering en de pensioenuitkering van KLM. Op 4 augustus 2015 heeft moeder een levenstestament opgemaakt, waarbij zij onder meer een algemene volmacht aan haar dochter heeft verstrekt. Bij een notaris heeft moeder in oktober 2015 een verklaring afgelegd met als doel het vastleggen van het ontstaan en de omvang van de vordering die zij op haar zoon heeft. Aan die verklaring van moeder wordt het volgende ontleend:

"In 1999 heb ik mijn zoon, genoemde heer [geïntimeerde] een machtiging gegeven om over de saldi op mijn bankrekening gehouden bij ABN AMRO Bank, rekeningnummer 46.68.13.783, te kunnen beschikken.

Door mijn genoemde zoon werd ik niet op de hoogte gehouden van het gebruik van de aan hem verstrekte machtiging. Ik ontving van hem geen bankafschriften. Mijn genoemde zoon weigerde ook om aan mij nieuwe bankpassen af te geven, waardoor ik niet door middel van internetbankieren de transacties van mijn bankrekening kon inzien. Mijn genoemde zoon heeft aan mijn dochter, mevrouw [appellante], in de periode dat hij gemachtigd was, aangegeven dat ik geen geld overhield.

Recent bleek dat betalingen niet meer konden worden gedaan, omdat het saldo op mijn bankrekening niet meer toereikend was. Omdat ik van mijn genoemde zoon geen inzicht kreeg in de bankafschriften, heb ik besloten de machtiging aan mijn genoemde zoon bij de bank in te trekken. Vervolgens heb ik de bij- en afschrijvingen die hebben plaatsgevonden in de periode van de machtiging doorgenomen en heb ik vastgesteld dat mijn genoemde

zoon voor eigen gewin gelden heeft onttrokken van mijn rekening. Het gaat om een bedrag van totaal € 156.000.

Ik heb mijn genoemde zoon toestemming gegeven om gebruikelijke betalingen voor mij te doen en, indien nodig, hiervoor gelden van mijn rekening op te nemen. Met het doen van gebruikelijke betalingen bedoel ik het betalen van mijn verzekeringen, mijn zorgkosten, mijn belastingaanslagen, mijn abonnementen en kleine persoonlijke aankopen voor en op verzoek van mij.

Daarnaast heb ik hem toestemming gegeven om gelden van mijn rekening op te nemen om een gelijke verdeling van mijn vermogen onder mijn kinderen te verkrijgen.

Het is mijn wens dat mijn genoemde zoon het ten onrechte opgenomen bedrag aan mij terugbetaalt. In mindering op dit bedrag kan worden gebracht het aan mijn dochter geschonken bedrag groot € 35.425 en het maximale bedrag van € 150 per maand voor eventuele administratieve kosten. Deze administratie is overigens niet naar behoren uitgevoerd."

Omdat moeder de strijd met haar zoon kennelijk niet aan wilde of durfde, heeft zij de vordering op haar zoon wegens onrechtmatig handelen voor een koopprijs van € 1 verkocht en gecedeerd aan haar dochter. De dochter heeft vervolgens conservatoir beslag gelegd op het appartement van haar broer en is zij een procedure tegen haar broer begonnen. Bij vonnis heeft de rechtbank Overijssel de vorderingen van de dochter afgewezen en het beslag opgeheven. In appel loopt het echter wezenlijk anders af. Het hof geeft eerst globaal aan:

"[Appellante] heeft haar vordering gebaseerd op het standpunt dat [geïntimeerde] zich wederrechtelijk geld van de moeder heeft toegeëigend en daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen aan de zijde van [geïntimeerde], op grond waarvan hij tot vergoeding van enig bedrag kan worden gehouden, overweegt het hof dat ingevolge artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de stel- en bewijsplicht van het vermeende onrechtmatig handelen in beginsel op [appellante] rust. Echter op [geïntimeerde] rust de plicht om met betrekking tot de gelden waarvan vast staat dat hij daar de beschikking over heeft gehad, zijn stelling dat deze ten bate van de moeder zijn aangewend te onderbouwen. In dit verband ziet het hof zich voor de vraag gesteld of deze plicht van [geïntimeerde] in feite zo ver strekt dat van hem verlangd kan worden dat hij rekening en verantwoording aflegt over de besteding van de gelden waar hij als gevolmachtigde over heeft beschikt."

Deze vraag beantwoordt het hof – onder verwijzing naar het aan het begin van deze paragraaf genoemde arrest van de Hoge Raad van 9 mei 2014 – bevestigend.

"Het hof is van oordeel dat in deze zaak geoordeeld moet worden dat op grond van het ongeschreven recht een verplichting bestaat tot het afleggen van rekening en verantwoording door [geïntimeerde] aan [appellante] met betrekking tot de overboekingen, opnames en betalingen die door hem zijn gedaan als gevolmachtigde. Het hof neemt bij dit oordeel in de eerste plaats in aanmerking dat de verleende volmacht onder de omstandigheden van dit geval zowel verwantschap vertoont met het in de wet geregelde geval van opdracht (artikel 7:400 BW) als het in de wet geregelde geval van zaakwaarneming (artikel 6:198 BW). [geïntimeerde] heeft ter comparitie immers naar voren gebracht dat de

moeder destijds volmacht aan hem heeft verleend omdat zij regelmatig in Engeland verbleef en [geïntimeerde] dan de rekeningen kon betalen die in Nederland binnenkwamen. Een andere omstandigheid die maakt dat het hof hier een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording aanneemt, is dat de moeder [geïntimeerde] bij leven ter verantwoording heeft geroepen omtrent de wijze waarop hij met de volmacht is omgegaan. De moeder heeft [geïntimeerde] bij brieven van 19 augustus 2015 en 24 september 2015 om afgifte van de financiële administratie verzocht en om betaling van hetgeen [geïntimeerde] zonder recht en titel aan haar vermogen heeft onttrokken, en op 8 oktober 2015 heeft de moeder ten overstaan van een notaris onder meer verklaard dat zij door [geïntimeerde] niet op de hoogte werd gehouden van het gebruik van de aan hem verstrekte machtiging, dat zij geen bankafschriften ontving, dat [geïntimeerde] weigerde om nieuwe bankpassen aan haar af te geven en dat [geïntimeerde] in haar optiek een bedrag van € 156.000,- van haar bankrekeningen heeft onttrokken.

In het licht van het voorgaande bezien is het hof dan ook van oordeel dat [geïntimeerde] zijn verweer dat hij zijn volmacht heeft gebruikt overeenkomstig het doel waarvoor hij deze heeft gekregen zodanig dient te onderbouwen dat dit in feite neerkomt op het afleggen van rekening en verantwoording.

Voor zover [geïntimeerde] niet met een nauwkeurige omschrijving en onderbouwing komt van de besteding van de gelden leidt dit tot de conclusie dat de stelling van [appellante], dat het geld waar [geïntimeerde] de beschikking over had wederrechtelijk is toegeëigend, onvoldoende is weersproken. Voor zover bij de beoordeling van de toelichting van [geïntimeerde] moet worden geconcludeerd dat in geschil zijnde overboekingen, opnames en betalingen door [geïntimeerde] binnen zijn bevoegdheid zijn gedaan, is in beginsel geen sprake van onrechtmatigheid en behoeft terugbetaling niet plaats te vinden."

Het verweer van de broer dat in familierelaties geen al te strenge eisen gesteld behoren te worden, vindt in dit geval geen genade in de ogen van het hof:

"Het hof is met [geïntimeerde] van oordeel dat in familierelaties als de onderhavige enige terughoudendheid gepast is ten aanzien van de eisen die gesteld worden aan het afleggen van rekening en verantwoording, zeker als het gaat om het afleggen van die rekening en verantwoording over een periode die lang geleden is. Die terughoudendheid vindt echter een grens bij financiële handelingen die [geïntimeerde] ten goede zijn gekomen. Ten aanzien daarvan mag van [geïntimeerde] worden verwacht dat hij volledig rekening en verantwoording aflegt en dus, voor zover nodig, met facturen en/of betalingsbewijzen en/of bankafschriften laat zien dat door de moeder aan hem overgeboekte gelden zijn gebruikt om betalingen ten behoeve van de moeder te doen of dat de moeder opdracht heeft gegeven voor die betalingen.

Het hof is van oordeel dat het in het kader van de door [geïntimeerde] af te leggen rekening en verantwoording, aan [geïntimeerde] is om te stellen en te onderbouwen dat de in geschil zijnde overboekingen in opdracht van de moeder zijn gedaan, dan wel dat daarvan betalingen ten behoeve van de moeder zijn verricht."

De benadering van het hof leidt ertoe dat de broer een bedrag van € 126.456,57 aan zijn zus dient te voldoen. Het hof ziet aanleiding om op dit bedrag in mindering te brengen een bedrag van € 5.400,- als vergoeding voor door de broer verrichte werkzaamheden ten behoeve van zijn moeder.

7.6. Onrechtmatige onttrekkingen

Het komt vermoedelijk in de beste families voor: financieel misbruik dat van ouders wordt gemaakt. Sommige kinderen maken het wel erg bont. Zo is een zoon door zijn moeder in kort geding bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam gedagvaard om ruim € 229.000 terug te betalen. Bij vonnis van 7 augustus 2019 wordt de vordering toegewezen. De zoon komt van het vonnis in hoger beroep bij het gerechtshof Den Haag. Bij arrest van 21 januari 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:677](#), wordt het vonnis in eerste aanleg bekrachtigd.

Uit het arrest blijkt dat de ouders in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Ze zijn beiden ouder dan 80 jaar. Zij hebben drie kinderen, waaronder de zoon. Bij notariële akte van 6 november 2015 hebben de ouders een levenstestament gemaakt, waarin zij, behalve aan elkaar, ook aan de zoon een algemene volmacht als bedoeld in art. 3:62 lid 1 BW hebben verleend om hun belangen te behartigen. Bepaald is in de levenstestamenten dat de gevolmachtigde rekening en verantwoording dient af te leggen. De bewuste clausule, die in de uitspraak een belangrijke rol speelt, luidt:

“De gevolmachtigde heeft een administratieplicht van alle handelingen die hij als gevolmachtigde namens mij verricht of laat verrichten. De gevolmachtigde moet, zodra ik dit wens, mij op de hoogte brengen van zijn werkzaamheden en aan mij rekening en verantwoording afleggen over de wijze waarop hij zijn taak heeft volbracht. Na mijn overlijden moet de gevolmachtigde mijn erfgenamen op de hoogte brengen en aan hen rekening en verantwoording afleggen over de periode waarover tijdens mijn leven geen rekening en verantwoording is afgelegd. Als de gevolmachtigde mijn belangen niet heeft behartigd op een wijze die redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden, waaronder begrepen het niet naleven van mijn wensen, is hij verplicht eventuele schade die daaruit voortvloeit aan mij, dan wel mijn erfgenamen te vergoeden.”

Bij notariële akten van 4 april 2019 zijn de volmachten aan de zoon herroepen. De ouders hebben een financieel bureau een onderzoek laten uitvoeren naar de afname van hun vermogen. Uit de rapportage van dit bureau blijkt dat de zoon het vermogen van zijn ouders op grote schaal gebruikt heeft voor allerlei uitgaven met de credit card van zijn ouders, overboekingen naar zijn eigen rekening en rekeningen van anderen, uitgaven voor een fiets, juwelen, een bedrijfswagen van de zoon en levering van onroerend goed dat aan zijn ouders toebehoort aan hemzelf. De ouders waren met al deze uitgaven niet bekend. In de visie van de moeder heeft de zoon in strijd met de volmacht gehandeld en is hij aansprakelijk voor de schade.

Het gerechtshof is van oordeel dat de moeder een spoedeisend belang bij haar vordering heeft. De zoon meende dat zijn moeder over voldoende financiële middelen beschikte om voor zichzelf en haar echtgenoot in hun levensonderhoud te voorzien. Het hof zag dat terecht anders:

“De vraag of er een spoedeisend belang is dient volgens vaste rechtspraak beantwoord te worden aan de hand van de afweging van de belangen van partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak. De moeder en de vader zijn beiden ouder dan 80 jaar. Niet bestreden is dat de vader ernstig ziek is en veel verzorging nodig heeft met aanzienlijke kosten. Doordat de ouders - door het handelen van de zoon - thans nog slechts over een zeer bescheiden vermogen kunnen beschikken (enkele duizenden euro's), worden zij in

ernstige mate beperkt om op een goede wijze te kunnen voorzien in hun levensonderhoud, woonsituatie en verzorging. Daarmee is gegeven dat er sprake is van een spoedeisend belang.”

De zoon had verder nog opgeworpen dat zijn vader kennelijk niet tegen hem wil procederen en geen partij is in het geding. Het hof verwerpt dat verweer en stelt voorop dat:

“(…) de wettelijke algehele gemeenschap van goederen waarin de ouders zijn gehuwd geen aandelen kent zolang die – zoals in dit geval – niet is ontbonden en dat iedere deelgenoot gerechtigd is tot de gehele gemeenschap (Hoge Raad 3 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:156](#), gezamendehands).

De moeder stelt dat tot de huwelijksgemeenschap – waartoe zij dus volledig en voor het geheel is gerechtigd – een vordering behoort op de zoon. Bovendien is iedere echtgenoot ter zake zelfstandig bestuursbevoegd.”

Het hof weegt verder mee dat de zoon op basis van het levenstestament verplicht was om een goede administratie te voeren:

“Gezien de omvang en de regelmaat van de bedragen waarover hij heeft beschikt, had van hem in redelijkheid mogen worden verlangd dat hij de zaken goed zou hebben geadmistreerd. Zelfs basisbeginselen van het voeren van een administratie zijn niet in acht genomen. Hij heeft zijn privé zaken niet gescheiden gehouden van de zaken van zijn ouders. De zoon is door zijn eigen handelen in ernstige mate te kort geschoten in de wijze waarop hij uitvoering heeft gegeven aan de uitoefening van zijn volmacht. Met name in onderhavige situaties waarbij een kind een deel van de financiële zorg en administratie overneemt van zijn ouders, mag van hem of haar worden verlangd dat hij de zorg voor de veelal kwetsbare ouder(s) die hun vertrouwen hebben gesteld in het gevolmachtigde kind zorgvuldig en in diens/hun belang verricht. Het levenstestament strekt er juist niet toe, dat de gevolmachtigde zijn eigen belang dient ten koste van het belang van de gevolmachtigde, in dit geval twee kwetsbare oudere mensen. Het levenstestament beoogt personen op informele wijze bescherming te bieden voor de periode dat zij (deels) wilsonbekwaam zullen zijn en door het maken van het levenstestament aldus zelf de regie in handen hebben gehouden.”

Het hof is niet mals in zijn oordeel over de *modus operandi* van de zoon: *“het op een onrechtmatige wijze graaien in het vermogen van de ouders”*.

“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 onrechtmatige 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 het levenstestament – dat de betrokkene veelal in de laatste en meest kwetsbare fase van zijn of haar leven belangrijke 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 gevolmachtigde zijn taak te goeder trouw en in het belang van de volmachtgever(s) uitoefent. 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."

Het verweer van de zoon dat hij een doorlopende rekening-courantverhouding had met zijn vader, verwerpt het hof. Het hof heeft namelijk niet uit enig geschrift kunnen vaststellen dat de vader en de zoon een dergelijke rekening-courantovereenkomst met elkaar zijn overeengekomen, laat staan dat het hof heeft kunnen vaststellen wat de voorwaarden waren van die rekening-courantovereenkomst.

De veroordeling bij vonnis om hetgeen onrechtmatig onttrokken is aan het vermogen van de ouders terug te betalen, te vermeerderen met wettelijke rente daarover, blijft daarom in hoger beroep in stand.

In een ander geval heeft erflaatster in 2013 in een levenstestament aan haar zoon een volmacht gegeven. In 2014 is bij haar ernstige dementie geconstateerd. In 2015 heeft erflaatster aan haar zoon als gevolmachtigde decharge verleend. In 2017 is erflaatster overleden, op de respectabele leeftijd van bijna 100 jaar. Zij laat drie kinderen achter, waarvan er één is vooroverleden (met drie kinderen). De kinderen zijn voor gelijke delen tot erfgenaam benoemd en de drie kleinkinderen vervullen de plaats van hun ouder. Een notaris is tot executeur in de nalatenschap benoemd. Hij vordert bij de rechtbank Midden-Nederland met succes de vernietiging van de aan de zoon verleende decharge wegens misbruik van omstandigheden. In het vonnis van 2 oktober 2020, [ECLI:NL:RBMNE:2020:4216](https://www.rechtspraak.nl/ECLI/CLI:NL:RBMNE:2020:4216), wordt overwogen:

"De rechtbank stelt vast dat [de zoon] zijn stellingen over de wilsbekwaamheid van erflaatster op geen enkele wijze heeft onderbouwd. Wat hij daarover stelt is in strijd met de diagnose dementie die bij erflaatster in 2014 is vastgesteld en met de bevindingen van de arts [H]. (...) Dementie is onmiskenbaar een stoornis van de geestvermogens. Het verlenen van decharge is een eenzijdige rechtshandeling waarmee afstand van recht wordt gedaan.

Daarmee is de rechtshandeling voor degene die decharge verleent voorzienbaar nadelig. Ingevolge artikel 3:34 BW wordt de dechargeverlening door erflaatster dus geacht te zijn gedaan onder invloed van haar geestesstoornis, de dementie. Daarmee wordt dus ook een met de dechargeverlening overeenstemmende wil geacht te ontbreken. Dit wettelijk uitgangspunt vindt in dit geval overduidelijk steun in de verklaring van de arts [H]. Daaruit volgt dat erflaatster niet in staat was het door [de zoon] gevoerde financiële beleid en de betekenis van de dechargeverlening te overzien. Voor zover de dechargeverlening beschouwd zou moeten worden als een ongerichte eenzijdige rechtshandeling maakt dat deze nietig is. Voor zover die gezien moet worden als een gerichte eenzijdige rechtshandeling is deze vernietigbaar. De rechtbank zal de dechargeverklaring zekerheidshalve vernietigen."

Ten laste van de rekening van erflaatster waren grote bedragen opgenomen door de zoon. Sommige van die uitgaven werden - zo stelde de zoon - daadwerkelijk ten behoeve van erflaatster gedaan. De zoon was niet in staat om alle door de executeur verlangde bewijzen daarvan over te leggen.

“De vraag is voor wiens rekening en risico dit dient te komen, gegeven het feit dat erflaatster in haar levenstestament een administratieplicht heeft opgelegd aan de gevolmachtigde. Anderzijds geldt ook dat het in familierelaties waarin één van de kinderen de zorgtaken waaronder het beheer van de financiën op zich neemt, past om enige terughoudendheid aan te nemen in het vaststellen van die verplichting, in die zin dat niet elke kleine uitgave hoeft te worden verantwoord, zeker niet als de uitgaven wat aard en/of omvang betreft gerekend kunnen worden tot het normale uitgavenpatroon van de erflaatster. [executeur] c.s. heeft onvoldoende gesteld voor het oordeel dat de uitgaven niet passen in het normale uitgavenpatroon van erflaatster en het bedrag dat daarmee gemoeid is komt de rechtbank ook niet onredelijk voor. Het feit dat er duidelijke aanwijzingen zijn voor misbruik van de volmacht brengt niet met zich mee dat geen enkele uitgave ten behoeve van erflaatster zou zijn gedaan. De rechtbank zal dit deel van de vordering dan ook afwijzen.”

Zijn bedragen door een levenstestamentgemachtigde aan een bankrekening onttrokken en is geprobeerd dit aan het zicht van de andere erfgenamen te onttrekken (in dit geval door bankafschriften te vervalsen), dan is verbeurdverklaring ex art. 3:194 lid 2 BW mogelijk.⁵⁶ Bij arrest van 31 augustus 2021, [ECLI:NL:GHAMS:2021:2845](#), oordeelde het gerechtshof Amsterdam:

“Ingevolge het tweede lid van art. 3:194 BW verbeurt een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten. Voor het ‘opzettelijk’ verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed als bedoeld in art. 3:194 lid 2 BW is voldoende dat de desbetreffende deelgenoot weet dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoort. Deze bepaling strekt ertoe oneerlijk gedrag van de deelgenoten tegenover elkaar te ontmoedigen, omdat in rechtsverhoudingen als waarop die bepaling betrekking heeft, de deelgenoten immers in de regel in hoge mate afhankelijk zijn van de juistheid en volledigheid van de over en weer door hen verschaft inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen (HR 31 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:565](#), NJ 2017/254, m.nt. L.C.A. Verstappen). Voor het ‘opzettelijk’ verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed als bedoeld in art. 3:194 lid 2 BW is voldoende dat de desbetreffende deelgenoot weet dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoort. Uit de stellingen van partijen en de stukken van het geding volgt dat [appellanten, de gemachtigde en zijn echtgenoot] na het overlijden van de moeder aanvankelijk aan [geïntimeerde, de broer van de gemachtigde] informatie over de nalatenschap van de moeder hebben verstrekt met daarbij een bankafschrift van de rekening van de moeder met het saldo nihil. Vervolgens hebben [appellanten] bankafschriften aan [geïntimeerde] verstrekt waarop een groot aantal gegevens onleesbaar waren gemaakt. Deze gegevens hadden betrekking op de uitgaven, opnames en overboekingen die door [appellanten] ten behoeve van zichzelf waren gedaan. Deze omstandigheden zijn in dezen evenwel onvoldoende voor het oordeel dat [appellanten] het gehele bedrag van € 167.492,- opzettelijk hebben verzwegen of verborgen gehouden. Dat is anders voor wat betreft het navolgende. Nadat [appellanten] was bevolen de schone versies van de bankafschriften te verstrekken, is gebleken dat het bankafschrift met nummer 402 niet uit drie, maar uit vier bladzijden bestond en dat op deze laatste bladzijde 4 is te zien dat een bedrag van € 44.000,- aan [appellanten] is overgemaakt. Op de aanvankelijk overgelegde stukken was op het

⁵⁶ Zie eveneens het onderdeel ‘Verdeling van de nalatenschap’.

volgblad nummer drie een sterretje aangebracht waarmee zoals te doen gebruikelijk wordt gemarkeerd dat sprake is van de laatste pagina van een bankafschrift. Bij gebreke aan een afdoende verklaring van de zijde van [appellanten], moet het ervoor worden gehouden dat dit afschrift door [de gemachtigde] en/of [de echtgenoot] is vervalst en vervolgens door hen samen in het geding gebracht met het kennelijke doel de ontvangst van het bedrag van € 44.000,- aan het zicht te onttrekken. Hiervan uitgaande en omdat [de gemachtigde] gemachtigde was tot de en/of-rekening van de moeder en over een bankpas beschikte, zijn voormelde handelingen aan [de gemachtigde], als deelgenoot in de nalatenschap van de moeder, toe te rekenen in de zin van artikel 3:194 BW. Gelet op het voorgaande is voldoende komen vast te staan dat [de gemachtigde] deze tot de nalatenschap behorende gelden opzettelijk heeft verzwegen en/of verborgen gehouden. Dat uiteindelijk het volledige bankafschrift zijn verstrekt en inzage is verkregen, doet daar niet aan af. Inkeer na de verzwijging doet de sanctie niet vervallen.

Het voorgaande brengt mee dat [de gemachtigde] zijn aandeel in dit tot de nalatenschap behorende bedrag van € 44.000,- aan [de broer], als de andere deelgenoot, heeft verbeurd. Op de tot de nalatenschap behorende gelden van € 167.492,- strekt derhalve het bedrag van € 44.000,- in mindering nu dit bedrag vanwege het verbeuren door [de gemachtigde] aan [de broer] alleen toekomt. Het resterende bedrag van € 123.492,- behoort niet volledig tot de nalatenschap, aangezien, zoals hiervoor is overwogen, op dit bedrag de vordering van [de broer] op de nalatenschap van de moeder van € 91.312,81 ter zake van zijn erfdeel in de nalatenschap van de vader in mindering moet te worden gebracht. Aldus resteert een bedrag van € 32.179,19 dat tussen de gemachtigde] en [de broer] als deelgenoten evenredig dient te worden verdeeld. Aan ieder van hen komt derhalve een bedrag van € 16.089,60 toe."

7.7. Strafrechtelijke vervolging na misbruik van de volmacht

Het afgeven van een volmacht door ouderen aan een gevolmachtigde - al dan niet in het kader van een levenstestament - leidt meer dan eens tot financieel misbruik. Ouderen hebben hulp nodig voor tal van geldzaken en het bijhouden van hun financiële administratie. Het gebruik van internet daarvoor leidt ertoe dat ouderen afhankelijk worden van anderen.

Er zijn verschillende signalen die kunnen duiden op financieel misbruik:

- onverklaarbare geldopnames of uitgaven ten laste van de bankrekening;
- onverklaarbaar tekort aan geld;
- ontstaan van schulden;
- weigeren van informatie over de financiële situatie; en
- het verdwijnen van waardevolle spullen uit de woning.

In dit soort gevallen zou strafrechtelijke vervolging ingesteld kunnen worden wegens verduistering. Verduistering is het zich opzettelijk wederrechtelijk toe-eigenen van een goed dat aan een ander toebehoort, welk goed men anders dan als gevolg van een misdrijf onder zich heeft. Het misdrijf van verduistering is strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht (Sr), art. 321 t/m art. 325 Sr. Op overtreding van dit delict staat een maximum gevangenisstraf van drie jaar of een maximum geldboete van de vijfde categorie (per 1 januari 2023: € 90.000 (art. 23 lid 4 Sr)).

Verduistering lijkt op het strafbare feit diefstal. Het kenmerkende verschil is dat er bij verduistering geen sprake is van het wegnemen van een goed: de verduisteraar heeft het goed al rechtmatig onder zich. De verduisteraar kan het goed bijvoorbeeld geleend of gehuurd hebben van de eigenaar of om andere, rechtmatige redenen onder zich hebben of daarover kunnen beschikken (zoals op grond van een volmacht, al dan niet in het kader van een levenstestament). Bij verduistering draait het dus om misbruik dat van vertrouwen is gemaakt.

In de delictsomschrijving van verduistering (art. 321 Sr) komen drie objectieve bestanddelen voor: (a) een goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, (b) dat men anders dan door misdrijf onder zich heeft en (c) dat wederrechtelijk wordt toegeëigend. Als subjectief bestanddeel is in de delictsomschrijving opzet opgenomen.

Bij vonnis van 8 april 2016, [ECLI:NL:RBNNE:2016:1712](#), heeft de rechtbank Noord-Nederland een echtpaar veroordeeld voor het medeplegen van verduisteren van geld uit het vermogen van een hoogbejaarde en dementerende vrouw.⁵⁷ Het echtpaar voerde op grond van een volmacht gedurende een periode van bijna vier jaar het beheer over het vermogen van het slachtoffer (via bankpassen en internetbankieren). Gedurende deze periode hebben zij veelvuldig en op grote schaal voor eigen gewin gebruik gemaakt van het geld van het slachtoffer (ca. € 300.000). Zo betaalden zij bijvoorbeeld de energierekening voor hun eigen woning, het onderhoud van hun auto, vliegtickets en boodschappen voor henzelf van de bankrekeningen van het slachtoffer. De kinderen van verdachten hebben daarnaast meerdere giften ten laste van het vermogen van het slachtoffer ontvangen. Het slachtoffer overleed in 2015 op 98-jarige leeftijd met een lege bankrekening.

Uitgangspunt is volgens de rechtbank dat het zich toe-eigenen van geld en/of goederen die toebehoren aan een ander wederrechtelijk is, tenzij sprake is van een recht of bevoegdheid voor dat toe-eigenen. Aan een volmacht kan niet een algemeen recht of bevoegdheid ontleend worden om zich rechtstreeks geld en/of goederen van het slachtoffer toe te eigenen. Weliswaar mochten verdachten beschikken over haar vermogen, doch slechts indien dit in het belang van het slachtoffer was. Ook het verweer van verdachten dat zij de toe-eigening van het geld beschouwden als tegenprestatie voor de zorg die zij aan het slachtoffer verleenden, wordt door de rechtbank gepasseerd. Van een zorgovereenkomst was geen sprake, als die al gesloten zou kunnen worden vanwege de wilsonbekwaamheid van het slachtoffer en het zogeheten verbod van *Selbsteintritt* (art. 3:68 BW). Deze bepaling behelst een verbod dat een gevolmachtigde zelf als wederpartij van de volmachtgever optreedt, indien strijd tussen de belangen van betrokkenen niet kan worden uitgesloten. Dat laatste was hier evident aan de orde, nu de verdachten zowel het tarief als het aantal uren konden bepalen, en de opbrengsten aan hen ten goede kwamen.

⁵⁷ Een ander voorbeeld is de zaak die leidde tot een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 11 maart 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:2132](#). In dat geval werd een gevangenisstraf opgelegd van 18 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk. Verdachte was lange tijd financieel adviseur van het hoogbejaarde slachtoffer geweest. Hij is veroordeeld wegens verduistering van bijna € 300.000 in ca. 4 jaar tijd. Het hof overwoog nog trefzeker: *“Het verweer van verdachte dat alle betalingen en schenkingen aan hemzelf in overeenstemming waren met de wil van [slachtoffer] zelf en dat er verleende zorg tegenover stond, wordt in het licht van het vorenstaande eveneens verworpen. Uitgaande van de handelingsonbekwaamheid van [slachtoffer] en de daarop gebaseerde volmacht aan verdacht staat immers vast dat [slachtoffer] haar wil ten aanzien van dergelijke financiële transacties en afspraken juist niet meer rechtsgeldig kon bepalen.”*

De rechtbank wijst er verder op dat verdachten niet of nauwelijks in staat waren de door hen (gesteld) verleende zorg aannemelijk te maken of te onderbouwen, en evenmin de kosten die daarmee zouden zijn gemoeid.

De rechtbank rekent het de verdachten ernstig aan dat zij door hun handelen op ernstige wijze misbruik hebben gemaakt van het vertrouwen dat het slachtoffer in hen had gesteld. Overeenkomstig de eis van de Officier van Justitie heeft de rechtbank beide verdachten veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 22 maanden. Als strafmotivering werd gegeven:

“Verdachte heeft, samen met zijn echtgenote, een groot geldbedrag verduisterd van een hoogbejaarde vrouw die, door haar geestesgesteldheid, geheel van hen afhankelijk was geworden. Verdachte deed dit door, op basis van een volmacht, gedurende een periode van bijna vier jaar op allerlei wijzen geld van haar rekening te halen en dit aan te wenden ten bate van zichzelf, zijn echtgenote en hun kinderen. Verdachte was door het slachtoffer speciaal aangesteld om het beheer te voeren over haar financiën vanaf het moment dat zij daartoe zelf niet meer in staat was. Hij heeft het door het slachtoffer in hem gestelde vertrouwen met zijn handelen op ernstige wijze geschonden. Voor een dergelijk ernstig feit past naar het oordeel van de rechtbank slechts een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van aanmerkelijke duur. Bij de bepaling van de hoogte daarvan heeft de rechtbank naast het voorgaande gelet op de omvang en duur van het handelen van verdachte, de financiële benadeling die daarmee is veroorzaakt, het tijdsverloop tussen de afronding van het onderzoek en de behandeling van de zaak ter zitting, en het feit dat verdachte first offender is. Alles afwegende acht de rechtbank de vordering van de officier van justitie voor deze zaak passend.”

In hoger beroep heeft het gerechtshof Leeuwarden – nota bene bijna drie jaar later – op 11 maart 2019 verdachten veroordeeld tot een gevangenisstraf van 18 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk.⁵⁸ Voor wat betreft de lagere strafoplegging meldt het hof:

“In onderhavige zaak is sprake van ‘undue delay’ in de zin van artikel 6 van het EVRM. Verdachte is op 20 mei 2014 aangehouden. In eerste aanleg is op 8 april 2016 vonnis gewezen. Verdachte heeft op 20 april 2016 hoger beroep ingesteld. Na het instellen van hoger beroep door verdachte tot aan de uitspraak van het hof zijn twee jaren en bijna elf maanden verstreken. Gelet op de overschrijding van de redelijke termijn – te weten een overschrijding van bijna elf maanden – ziet het hof aanleiding de passend geachte gevangenisstraf, zijnde een gevangenisstraf voor de duur van achttien maanden, deels voorwaardelijk op te leggen.”

Tegen het arrest van het hof is door het echtpaar vergeefs cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad ([ECLI:NL:HR:2021:761](#)), hoewel wegens overschrijding van de redelijke termijn van twee jaar nadat cassatieberoep was ingesteld opnieuw – nota bene voor de derde maal in successie! – een korting op de gevangenisstraf is gegeven (en wel van drie weken).

⁵⁸ Zie [ECLI:NL:GHARL:2019:2133](#). Men leze daarvoor ook de meer dan terechte filippica van Rob Zijlstra getiteld: Zittingszaal 14: Mevrouw Rosingh, sorry. Ook verschenen in Het Dagblad van het Noorden van 24 maart 2018. Mevrouw Rosingh is de hoogbejaarde dame uit het Harense villadorp, die door het echtpaar Henk en Marian met behulp van een volmacht bijna € 300.000 afhandig werd gemaakt en die een strafkorting van zes maanden gevangenisstraf kregen vanwege *undue delay*.

Opgemerkt wordt dat naast de strafrechtelijke veroordeling wegens het medeplegen van verduistering aan betrokkenen een verplichting is opgelegd ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (de ontnemingszaak).

In een andere zaak veroordeelde de rechtbank Overijssel bij vonnis van 9 mei 2017, [ECLI:NL:RBOVE:2017:1932](#), een 58-jarige man die met een (ongeldige) volmacht een bedrag van ruim € 25.000 verduisterde van een hoogbejaard slachtoffer, dat bij hem inwoonde en financieel afhankelijk van hem was. Hij betaalde hier onder andere zijn gokverslaving van. De rechtbank veroordeelt de man tot een taakstraf van 120 uur en een voorwaardelijke gevangenisstraf van vier maanden. In de motivering van het vonnis komen de delictsbestanddelen van verduistering weer naar voren:

“Uit de bewijsmiddelen volgt dat verdachte gedurende een periode van bijna een jaar het volledige beheer over de financiën van aangever heeft gevoerd. Daarbij heeft hij telkens geldbedragen van de bankrekeningen van aangever gehaald door middel van overschrijvingen, betalingen en geldopnames. Deze bedragen zijn aangewend om onder andere zijn gokverslaving te onderhouden.

De rechtbank is van oordeel dat op basis van de door aangever verleende volmacht verdachte geen algemeen recht of bevoegdheid toekomt om zich rechtstreeks geld van aangever toe te eigenen.

Weliswaar mocht hij beschikken over het vermogen van aangever, doch slechts alleen voor over dit in het belang was van aangever. De volmacht strekte naar het oordeel van de rechtbank tot niet meer dan ter behartiging van de financiële belangen van aangever.

Dat verdachte het geld (deels) beschouwde als tegenprestatie voor de reeds verleende zorg die hij naar zeggen aan aangever verleende, maakt dat niet anders. De verklaring van verdachte, dat aangever zou hebben gezegd “mijn geld is jouw geld” en dat het verdachte (dus) vrijstond het geld van aangever naar eigen inzicht op te nemen en te spenderen acht de rechtbank, mede gelet op de verklaring van de dochter van aangever, niet aannemelijk. Gelet op voorgaande overwegingen is de rechtbank van oordeel dat verdachte de bedragen zich wederrechtelijk heeft toegeëigend. Dat verdachte dit ook opzettelijk deed, volgt uit zijn eigen verklaringen. Verdachte heeft bewust het risico genomen dat de door verdachte verrichte transacties, die grotendeels niet controleerbaar en verifieerbaar zijn, onbevoegd en daarmee wederrechtelijk waren.”

Uit de slotoverweging blijkt dat met bewijs van voorwaardelijk opzet kan worden volstaan. De verdachte behoeft toe-eigening niet als primair doel te hebben. Ook als hij een ander doel heeft dan zelfverrijking, maar de toe-eigening op de koop toeneemt, pleegt hij verduistering. Het op de koop toenemen en dus het voorwaardelijk opzet, ligt in dit geval besloten in het niet meer kunnen verantwoorden van de uitgaven die zijn gedaan.

De politierechter van de rechtbank Gelderland heeft bij vonnis van 26 maart 2020 een verdachte veroordeeld tot een gevangenisstraf van 10 maanden.⁵⁹ De verdachte heeft in een periode van ruim vier jaar een groot geldbedrag (ca. € 350.000) verduisterd van een

⁵⁹ Zie [ECLI:NL:RBGEL:2020:2023](#). De politierechter is een alleensprekende rechter die alle soorten strafzaken behandelt waarvoor maximaal twaalf maanden gevangenisstraf zal worden geëist. Vrijwel altijd doet de politierechter direct mondeling uitspraak aan het einde van de zitting. Deze uitzondering bevestigt de regel. Het vonnis is namelijk op 26 maart 2020 gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van 12 maart 2020.

oudere vrouw die na een hersenbloeding in een verpleeghuis verbleef en die in goed vertrouwen verdachte had gevolmachtigd om haar financiën te regelen. Zij heeft hiermee - aldus de politierechter - de vrouw groot financieel nadeel bezorgd, haar vertrouwen beschaamd en enkel voor haar eigen gewin gekozen en de geldbedragen aan persoonlijke doeleinden uitgegeven. Verdachte heeft ook ter zitting op geen enkele wijze laten zien dat zij het laakbare van haar gedrag inziet.

De politierechter verwijst naar de landelijke oriëntatiepunten voor straftoemeting (op het gebied van fraude) en naar wat in vergelijkbare zaken wordt opgelegd. In beginsel past bij een bedrag tussen € 250.000 en € 500.000 een gevangenisstraf tussen de 12 en 18 maanden. Alles overwegende legt de politierechter een lagere gevangenisstraf op voor de duur van 10 maanden, *“waarbij ruim rekening is gehouden met het feit dat de pleegperiode is geëindigd in 2014”*. Wederom spint een verdachte hierdoor garen bij de traag malende molens van Justitie.

Bijlage: KNB Basismodel Levenstestament van 29 juni 2016

Bijlage: KNB Model Levenstestament van 22 april 2021