

Het levenstestament: een testament voor je leven!

Sinds de publicaties in De Telegraaf en De Volkskrant¹ op 24 september 2010 staat het levenstestament weer volop in de belangstelling. Struikelend over elkaar probeerden journalisten op die dag via het secretariaat van de notariële specialistenvereniging EPN meer informatie over het levenstestament te krijgen. Mede door die publiciteit is de afgelopen tijd veel geschreven over dit onderwerp en worden veel cursussen aan dit thema gewijd. Voldoende reden dus om ook in dit vaktijdschrift stil te staan bij het levenstestament.

mr. A.R. Autar

Notaris te Rotterdam, Raadsheer-plv bij het Gerechtshof te Den Bosch, bestuurslid van EPN en docent aan verschillende onderwijsinstellingen

Dat de ouderdom met gebreken komt, wisten wij al lang.² Dat veel van die gebreken een neurologisch karakter hebben, zal evenzeer bekend zijn. Maar uit recente cijfers van de Hersenstichting en Alzheimer Nederland lijkt ook het aantal mensen jonger dan 65 jaar met de ene of andere vorm van niet aangeboren hersenletsel te stijgen. De gevolgen hiervan zijn op velerlei terrein merkbaar, zo ook in de estateplanningspraktijk. Voor (de overdracht van vermogen van) wilsonbekwamen geeft de wet immers aanvullende regelingen. Vaak is rechterlijke goedkeuring vereist.

Om die reden vond een aantal jaren geleden overleg plaats tussen een aantal leden van het Genootschap van Estate Planners ('het GEP') met vertegenwoordigers van het Landelijk Overleg Kantonrechters ('het LOK'). Tijdens dat overleg werd de wens geuit een akte te ontwikkelen waarin de betrokkene zijn wensen kenbaar zou maken voor het geval hij wilsonbekwaam zou worden. Op 14 mei 2009 wijdde het EPN haar lustrumcongres (hierna het congres) aan het levenstestament. Vervolgens stelde zij een commissie in die de opdracht kreeg een model Levenstestament te ontwikkelen. Het door die commissie ontworpen model kreeg op 24 september 2010 veel aandacht van de media.

Regie blijven houden

Eén van de verworvenheden van onze samenleving is dat een ieder die dat wil in beginsel de regie kan houden over zijn lichaam, leven en vermogen; zowel tijdens zijn leven als na zijn dood. Tijdens zijn leven moet men dan wel wilsbekwaam zijn. Soms stelt de wet nog aanvullende eisen, zoals een leeftijdseis of de eis dat men handelingsbekwaam dient te zijn. Middels een uiterste wilsbeschikking kan men ook na de dood de regie blijven houden over tal van zaken. Bij het bespreken van het testament wordt de testateur door de no-

1. Zie: Speciale akte laatste wens (De Telegraaf) en Notarissen komen met 'testament voor leven' (De Volkskrant).

2. F.A. Stoett, Nederlandsche spreekwoorden, spreekwijzen, uitdrukkingen en gezegden, W.J. Thieme & Cie, Zutphen 1923-1925 (vierde druk)

taris gedwongen over diverse zaken na te denken. Zo kan de testateur bepalen wie welke goederen krijgt en welke verplichtingen voor de verkrijger zullen gelden en wie hij belast met de uitvoering van zijn testament. De testateur kan de executeur, de erfgenamen en legatarissen middels het opleggen van lasten allerlei verplichtingen opleggen. Hij kan hen in feite dwingen bepaalde handelingen te verrichten of juist na te laten.

Tijdens het congres stelde één van de inleiders, prof. dr. B.M.E.M. Schols, dat het mooi zou zijn als wij de rol van de executeur naar voren zouden kunnen trekken. Dit houdt in dat de executeur eerder zou moeten aanvangen speciaal om de wensen van de testateur ten uitvoer te brengen. Of in de woorden van Schols 'als de testateur wel leeft, maar niet weet dat hij leeft, waarom zou de executeur dan moeten wachten op de dood van de testateur?'. Een terechte vraag, zo dunkt mij.

Het levenstestament nader bekeken

Het levenstestament is als zodanig niet in de wet geregeld. Het is een akte waarin een persoon ('de levens-testateur') zijn wensen, geboden en verboden oprekent en eventueel iemand ('de levensexecuteur') aanwijst om dit alles ten uitvoer te brengen. De levensexecuteur handelt krachtens een speciaal daartoe verleende volmacht. De wensen, geboden en verboden kunnen op een veelheid van zaken betrekking hebben. Zo kan de levenstestateur mededelingen doen ten aanzien van zijn *lijf*. Hij kan bijvoorbeeld aangeven voor welke medische behandelingen hij beslist wel of juist niet in aanmerking wil komen. Of in welk verzorgingstehuis hij te zijner tijd opgenomen wenst te worden.

Ook kan de levensexecuteur in zijn levenstestament zijn zienswijze geven met betrekking tot *levensbeëindiging*. Onjuist is de gedachte dat een levenstestament per definitie een euthanasieverklaring is. In mijn praktijk heb ik al een aantal situaties meegemaakt waarin de levensexecuteur te kennen gaf onder geen enkel beding prijs te stellen op actieve (medische) interventies die de dood zouden bespoedigen. Wel kan de situatie zich voordoen dat iemand in zijn levenstestament laat opnemen dat hij in geval van langdurig en uitzichtloos geestelijk lijden overgebracht wil worden naar een land dat een dergelijke vorm van lijden ook als grond voor euthanasie aanmerkt. In dat land zou vervolgens euthanasie toegepast kunnen worden.

Een derde categorie van zaken waaraan in een levenstestament aandacht kan worden geschonken is die met betrekking tot het *vermogen*. Wie mag/mogen het vermogen beheren? Mogen ten laste van het vermogen schenkingen gedaan worden en zo ja aan wie? Welke regels moeten in acht worden genomen bij de vervreemding van goederen?

Notariële akte?

Er gelden geen specifieke vormvoorschriften voor het levenstestament. Het gaat immers om een niet in de wet geregelde akte. Toch is het verstandig terughoudend te zijn met het vastleggen van een levenstestament in een onderhandse akte. Anders dan met betrekking tot een onderhandse akte geldt dat een notariële akte dwingend bewijs oplevert. Dit betekent dat degene die zich op de geldigheid van een onderhandse beroept in beginsel de geldigheid zal moeten bewijzen. Bij een notariële akte geldt namelijk dat degene die de geldigheid van die akte betwist in beginsel de ongeldigheid moet bewijzen. Ook om andere redenen kan het gewenst zijn dat het levenstestament in een notariële akte wordt opgenomen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een aan de levenstestateur toebehorend registergoed hypothecair bezwaard dient te worden. In dat

geval schrijft de wet voor dat de volmacht die de levenstestateur aan de levensexecuteur verstrekte in een notariële akte dient te zijn vastgelegd.³

Volmacht nader beschouwd

Her en der worden vraagtekens geplaatst bij de geldigheid en dus bruikbaarheid van de door de levenstestateur aan de levensexecuteur gegeven volmacht.⁴ Met name als de volmacht lang geleden werd afgegeven, ziet een aantal banken bezwaren. De reden die zij daarbij aanvoeren is dat de levenstestateur feitelijk (vanwege zijn wilsonbekwaamheid) niet in staat is de rekening en verantwoording op te nemen. Ik deel – met een verwijzing naar de in noot 4 aangehaalde literatuur – die zienswijze niet.⁵ Richting de banken die twijfelen aan de geldigheid van de volmacht zou ik voorts willen opmerken dat niet is in te zien waarom een door de levenstestateur met het oog op zijn wilsonbekwaamheid afgegeven volmacht, opeens niet meer zou gelden. De belehring van de notaris ter zake van die volmacht, is met veel meer waarborgen omkleed dan bijvoorbeeld de voorlichting die wordt gegeven door een bankemployé bij een machtiging voor een bankrekening. Niet valt in te zien waarom die laatste onderhandse volmacht wel tot in lengte der jaren zou gelden en de in een levenstestament vastgelegde volmacht niet.

Het zal duidelijk zijn dat de levenstestateur een groot vertrouwen in de levensexecuteur moet hebben. Anders dan bij de 'echte' executeur, leeft de levenstestateur nog indien de levensexecuteur in functie is. Een verkeerde belangenafweging van de levensexecuteur kan ertoe leiden dat de levenstestateur in zijn zorg wordt geschaad of dat het vermogen op een niet bedoelde wijze wordt beheerd of besteed. Het is daarom van belang ook aan deze kwestie aandacht te besteden bij het opstellen van een levenstestament.

TIP!

Desgewenst kan ook een toezichthouder worden benoemd aan wie de levensexecuteur in specifieke gevallen of periodiek rekening en verantwoording dient af te leggen.

Een belangrijke kwestie is die van de kenbaarheid van het levenstestament. Hoe weet men dat de levenstestateur er een opstelde en hoe weet men zeker dat het voorliggende levenstestament ook het laatste levenstestament is? Aanvankelijk was het de bedoeling dat de EPN voor haar leden een Centraal Levenstestamentenregister (hierna CLTR) zou houden. Dit register is inhoudelijk te vergelijken met het Centraal Testamentenregister (hierna CTR). In februari 2011 kwamen de EPN en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna KNB) overeen dat de KNB het CLTR zal houden voor alle notarissen, dus ook de niet EPN-leden. De inhoud en wijze van administratie door de KNB van het CLTR is conform de door de EPN geuite wensen. Het CLTR is vanaf 1 april 2011 benaderbaar. Uitsluitend notarissen en de rechterlijke macht kunnen het CLTR raadplegen.

3. Artikel 3:260 lid 3 BW

4. Voor een bespreking van de volmacht in het kader van het levenstestament zie: R. Houwing, Rekening en verantwoording en de volmacht, FTV 2010(10), nr. 43.

5. Zie in dit verband ook Stollenwerck en Blokland in een binnenkort in FTV te publiceren artikel.

Estateplanning

Voor de ware estateplanner is met de komst van het levenstestament de 'missing link' boven water.⁶ Met een goed doordacht en geredigeerd levenstestament kan de door ScholsBurgerhartSchols gelanceerde schijf van vijf verder geoptimaliseerd worden. De vijf elementen uit die schijf zijn: het huwelijksvermogensrecht, het erfrecht, de schenking, de levensverzekering en het buitenland.

Zoals bekend kan het juiste huwelijksvermogensregime tot fiscale besparingen leiden. Denk bijvoorbeeld aan de onlangs versoberde doorschuiffaciliteit in de Inkomstenbelasting (artikel 4.14 Wet IB 2001) en de voordelen van een finaal verrekenbeding voor de erfbelasting. Er kunnen redenen zijn de wijziging van het huwelijksvermogensregime uit te stellen naar een latere datum. Maar wat als één of beide echtelieden op die latere datum wilsonbekwaam is/zijn? Op dat moment kan een levenstestament uitkomst bieden.

Let op!

Wees erop bedacht dat artikel 1:115 lid 2 van het BW op straffe van nietigheid verlangt dat de tekst van de gewenste huwelijksvoorwaarden letterlijk in de volmacht aan de levensexecuteur staat.

Het is niet mogelijk een levensexecuteur volmacht te geven een testament voor de levenstestateur op te laten stellen. Toch kan een levensexecuteur tal van nuttige handelingen verrichten voor een levenstestateur. Ik noem als voorbeeld: het aangaan van renteovereenkomsten al dan niet in het kader van de wettelijke verdeling en het besluit een nalatenschap te aanvaarden of te verwerpen.

Een levenstestament kan er bij helpen dat het schenkingsplan ook in de periode dat de levenstestateur wilsonbekwaam is, kan worden uitgevoerd. En indien besloten wordt het vermogen van de wilsonbekwame onder bewind te laten stellen, zal de rechter zich in beginsel laten leiden door de wensen die de levenstestateur in zijn levenstestament heeft opgenomen.

Ondernemerslevenstestament

In mijn kersverse levenstestamentenpraktijk merk ik dat het levenstestament aan populariteit wint bij ondernemers.⁷ Ofschoon er een verschil is tussen de IB en de Vpb-onderneming, zijn de vragen het zelfde: 'Als je morgen in coma raakt, wie mag dan' Door deze vraag te beantwoorden creëert de ondernemer rust in zijn familie, voor zijn personeel en voor zijn relaties. Dit heeft uiteraard positieve consequenties voor een eventuele verkoop van de aandelen of de onderneming.

Conclusie

Hoewel in het notariaat al sinds jaar en dag aandacht werd besteed aan de bovenstaande onderwerpen is het vernieuwend dat alles nu wordt opgenomen in één document: het levenstestament. Ook de kenbaarheid uit het CLTR is een aanwinst. Geen oude wijn in nieuwe zakken, maar nieuwe wijn in nieuwe zakken dus.⁸

6. Zie ook: C. Engelbertink, Levenstestament en estateplanning, FTV 2010(10), nr. 41.

7. Zie in dit verband bijvoorbeeld: C. Scheerboom, Voorsorteren op ziekte en wilsonbekwaamheid, Financieel Dagblad, 5 maart 2011.

8. Op 30 mei 2011 organiseert de EPN een landelijk congres dat aan het levenstestament is gewijd. Voor meer informatie kunt u contact opnemen met het secretariaat van de EPN of een EPN-notaris.