

De sleutelrol van de notaris

De sleutelrol van de notaris inzake het notarieel beschermen van wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen tegen financieel misbruik.



Auteur:
Afstudeerorganisatie:
Datum:
Plaats:

Annegien Janssens
Ligne Netwerk Notarissen
26 mei 2014
Putte

De sleutelrol van de notaris

De sleutelrol van de notaris inzake het notarieel beschermen van wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen tegen financieel misbruik.

Auteur:	Annegien Janssens
Studentnummer:	2046135
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie:	Tilburg
Afstudeerperiode:	Februari – mei 2014
Datum:	26 mei 2014
Plaats:	Putte
Afstudeerorganisatie:	Ligne Netwerk Notarissen
Namen afstudeermentoren:	Mevr. mr. T. de Vries en dhr. mr. M. Stout
Naam eerste afstudeerdocent:	Mevr. mr. E. van Meer
Naam tweede afstudeerdocent:	Mevr. mr. E. Spijksma-Meulendijks

Voorwoord

Voor u ligt mijn onderzoeksrapport genaamd 'De sleutelrol van de notaris'. Dit rapport heb ik geschreven ten behoeve van mijn afstudeerstage bij het notariaat Ligne Netwerk Notarissen voor mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool te Tilburg.

Het voorkomen van financieel misbruik bij wilsonbekwame, handelingsonbekwame of handelingsonbevoegde ouderen is een actueel onderwerp in het notariaat. Daarom is dit onderwerp dan ook voor mijn scriptie gekozen. Tijdens mijn opleiding heeft het privaatrecht, in het bijzonder het personen- en familierecht, altijd mijn grootste interesse gehad. Daarom was het een grote en een leuke uitdaging om over dit actuele onderwerp een scriptie te schrijven.

Graag gebruik ik dit voorwoord om een aantal mensen te bedanken. Allereerst zijn dat mevrouw mr. De Vries en de heer mr. Stout voor het beschikbaar stellen van een afstudeerplaats en een werkplek. Daarnaast wil ik mijn moeder heel erg bedanken, aangezien zij mij ontzettend geholpen heeft tijdens het maken van mijn scriptie. Mijn afstudeerdocente mevr. mr. Van Meer wil ik bedanken voor haar feedback en advies inzake mijn onderzoeksrapport. En natuurlijk wil ik de personen bedanken die ik voor dit onderzoek mocht interviewen, in het bijzonder mevrouw mr. Van Kempen en de heer mr. Verjans.

Annegien Janssens

Putte, mei 2014

***'Een notaris moet verder kijken dan zijn neus lang is'.
- Kandidaat-notaris mevr. mr. Van Kempen***

Inhoudsopgave

	<u>Pagina</u>
<u>Afkortingenlijst</u>	<u>7</u>
<u>Samenvatting</u>	<u>8</u>
<u>1. Inleiding</u>	<u>9</u>
1.1. Probleembeschrijving	9
1.2. Doelstelling	10
1.3. Centrale vraag	10
1.4. Afbakening	11
1.5. Methoden van onderzoek	11
1.6. Leeswijzer	11
<u>2. Wilsonbekwaam, handelingsonbekwaam en handelingsonbevoegd</u>	<u>12</u>
2.1. Wilsonbekwaam	12
2.1.1. Definitie	12
2.1.2. Beoordeling door de notaris	12
2.2. Handelingsonbekwaam en handelingsonbevoegd	13
2.2.1. Rechterlijke beschermingsmaatregelen	13
2.2.2. Handelingsonbekwaam	13
2.2.3. Handelingsonbevoegd	14
2.2.4. Registers	14
<u>3. Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap</u>	<u>15</u>
3.1. Aanleiding tot de wijziging van de rechterlijke beschermingsmaatregelen	15
3.1.1. Doelstellingen	15
3.1.2. Oorzaken	15
3.2. Uitgangspunten en de wetswijzingen	16
3.2.1. Passende maatregel; bevorderen van de zelfredzaamheid	16
3.2.1.1. <i>Verandering gronden curatele en beschermingsbewind</i>	17
3.2.1.2. <i>Publicatie van curatele en beschermingsbewind</i>	18
3.2.1.3. <i>Tijdelijkheid en opheffing van de maatregel</i>	18
3.2.2. Ondersteuning betrokkenheid van personen in de nabije omgeving	19
3.2.2.1. <i>Uitbreiding verzoekers</i>	19
3.2.2.2. <i>Uitbreiding opheffing en ontslag</i>	20
3.2.3. Waarborging van kwaliteit van vertegenwoordigers	20
3.2.3.1. <i>Benoemingsprocedure</i>	20
3.2.3.2. <i>Bereidheid en geschiktheid</i>	21
3.2.3.3. <i>Benoeming van twee vertegenwoordigers en een rechtspersoon</i>	21
3.2.3.4. <i>Veranderingen taken van vertegenwoordigers</i>	22
3.2.3.5. <i>Beloning</i>	23
3.3. Besluit kwaliteitseisen curatoren, bewindvoerders en mentoren	23
3.3.1. Professionele vertegenwoordigers	23
3.3.2. Persoonlijke eisen	24

3.3.3. Eisen omtrent de bedrijfsvoering	24
3.4. Verscherpt toezicht van de kantonrechter	25
3.4.1. Toezicht op professionele vertegenwoordigers	25
3.4.2. Toezicht op vertegenwoordigers uit de familiekring	26
3.5. De beschermende rol van de notaris	27
3.5.1. Verscherpt toezicht	27
3.5.2. Advies	27
3.5.3. Vertegenwoordiging	27
<u>4. Het levenstestament</u>	<u>29</u>
4.1. Definitie	29
4.2. Inhoud	30
4.3. Centraal Levenstestamentenregister	30
4.4. Passeren van een levenstestament	30
4.4.1. Informatie- en ministerieplicht	31
4.4.2. Stappenplan ter beoordeling van wilsbekwaamheid	31
4.4.2.1. Inhoud	31
4.4.2.2. Aanhoudende twijfel	32
4.4.2.3. Inschakeling VIA-arts	33
4.5. Preventieve beschermingsmaatregel tegen financieel misbruik	33
4.5.1. Stappenplan ter signalering van financieel misbruik	33
4.5.2. Inhoud	33
4.6. Het levenstestament versus de rechterlijke beschermingsmaatregelen	34
<u>5. Notariële bescherming in de praktijk</u>	<u>35</u>
5.1. Beoordeling wilsbekwaamheid	35
5.1.1. Tuchtrechtspraak	35
5.1.2. Jurisprudentie	35
5.1.2.1. Geen verplicht nader onderzoek	36
5.1.2.2. Verplicht nader onderzoek	37
5.1.2.3. Rechtsregels	37
5.1.3. Notarishoppen	38
5.2. Bescherming tegen financieel misbruik	38
5.2.1. Voorlichting	39
5.2.2. Overige beschermingsmaatregelen	39
5.2.3. Melden van financieel misbruik	40
5.3. De notaris als wettelijk vertegenwoordiger	41
5.3.1. Standpunt kantonrechters	41
5.3.2. Onafhankelijke stichting	42
5.3.3. Standpunt andere deskundigen	42
5.4. Het levenstestament in de praktijk	42
5.4.1. Voorlichting	43
5.4.2. Toezicht	43
5.4.3. Knelpunten	43
5.4.3.1. Geen wettelijke basis	43

5.4.3.2. <i>Geen verplicht Centraal Levenstestamentenregister</i>	44
5.4.3.3. <i>Overige knelpunten</i>	44
5.5. Pilotproject ‘Voorkomen van financiële uitbuiting’	44
5.5.1. Doelstelling	45
5.5.2. De maatschappelijke rol van de notaris	45
5.5.3. Voorlopige resultaten	45
<u>6. Conclusies en aanbevelingen</u>	<u>46</u>
6.1. Conclusies	46
6.1.1. Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap	46
6.1.2. Het levenstestament	47
6.1.3. Het pilotproject	48
6.2. Aanbevelingen	48
6.2.1. Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap	48
6.2.2. Het levenstestament	49
6.2.3. Het pilotproject	49
<u>Bronnenlijst</u>	<u>50</u>

Afkortingenlijst

BW:	Burgerlijk Wetboek
Besluit kwaliteitseisen cbm:	Besluit kwaliteitseisen curatoren, bewindvoerders en mentoren
CCBR:	Centraal Curatele- en bewindregister
CTLR:	Centraal Levenstestamentenregister
EPN:	Vereniging van Estate Planners in het Notariaat
KBO-Brabant:	Katholieke Bond van Ouderen-Brabant
KNB:	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
LOVCK:	Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton
Minister van VenJ:	minister van Veiligheid en Justitie
Ministerie van VenJ:	ministerie van Veiligheid en Justitie
Ministerie van VWS:	ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
MvT:	Memorie van Toelichting
NvT:	Nota van Toelichting
SHG:	Steunpunt Huiselijk Geweld
VIA:	Vereniging van Indicerende en adviserende Artsen
Wna:	Wet op het notarisambt
Wet wijziging cbm:	Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap
WvSr:	Wetboek van Strafrecht

Samenvatting

Door de toenemende vergrijzing krijgt het notariaat steeds frequenter te maken met ouderen die niet meer in staat zijn om hun financiële belangen te behartigen, doordat zij (vermoedelijk) wilsonbekwaam, handelingsonbekwaam of handelingsonbevoegd zijn. Deze groep van ouderen is kwetsbaar in onze samenleving en we zien een duidelijke toename van financieel misbruik. Ook de oplegging van rechterlijke beschermingsmaatregelen door de kantonrechter bij handelingsonbekwamen en handelingsonbevoegden neemt toe. Om de problematiek van financieel misbruik tegen te gaan is mede daarom op 1 januari 2014 de Wet wijziging cbm in werking getreden, gevolgd door het daarbij behorende Besluit kwaliteitseisen cbm dat op 1 april 2014 is ingegaan. Dit Besluit stelt kwaliteitseisen aan professionele vertegenwoordigers die drie of meer meerderjarigen vertegenwoordigen. Daarnaast is op initiatief van het ministerie van VWS en het ministerie van VenJ het actieplan 'Ouderen in veilige handen' opgesteld waaraan betrokken beroepsgroepen deelnemen. Een onderdeel van dit plan is het pilotproject 'Voorkomen van financiële uitbuiting'. Eind 2014 worden de resultaten hiervan bekend gemaakt en deze zullen ook invloed hebben op de rol van de notaris.

Het doel van dit onderzoek is om op 26 mei 2014 aan Ligne Netwerk Notarissen een rapport te overhandigen, waarin beschreven is, wat de notaris kan doen om een wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde oudere notarieel te beschermen tegen financieel misbruik, gelet op de Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap en gelet op het levenstestament, zodat de notaris deze oudere adequaat, deskundig en efficiënt kan beschermen tegen financieel misbruik in de toekomst. Om deze doelstelling te bereiken is de volgende centrale vraag geformuleerd: *'Wat kan de notaris doen inzake het notarieel beschermen van wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen tegen financieel misbruik, gelet op de Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en gelet op het levenstestament?'.*

Dit onderzoek toont dat op grond van de Wet wijziging cbm en het Besluit kwaliteitseisen cbm een notaris benoemd kan worden tot wettelijk vertegenwoordiger, als curator of bewindvoerder, om de financiële belangen te behartigen. Hij kan de vertegenwoordiging van minder dan drie, dan wel drie of meer ouderen op zich nemen, mits deze ouderen hem als voorkeur als vertegenwoordiger hebben benoemd in een levenstestament. Over de geschiktheid van een notaris in zijn hoedanigheid als wettelijk vertegenwoordiger van drie of meer ouderen bestaan verschillende opvattingen. Een kantonrechter ziet bezwaren op grond van (de schijn van) belangenverstrengeling en de geheimhoudingsplicht van de notaris. Om deze knelpunten weg te nemen, kan de notaris een onafhankelijke stichting op te richten, die volledig is afgesneden van de andere werkzaamheden van het notariaat en niet als intermediair handelt. Echter andere deskundigen zien deze noodzaak niet en menen dat hij hiertoe geschikt is op grond van zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid.

De notaris wordt een sleutelrol toegekend bij het voorkomen van financieel misbruik waarbij hij wilsbekwaamheid beoordeelt en het misbruik signaleert. Door de huidige beperkte middelen en het ontbreken van een wettelijke status daarvan, kan een notaris dit misbruik echter niet volledig voorkomen en wordt hij in de praktijk geconfronteerd met rechtsonzekerheid gelet op jurisprudentie. Dit kan voorkomen worden door aan het levenstestament en het bijbehorende stappenplan een wettelijke status toe te kennen. Het levenstestament is de preventieve notariële beschermingsmaatregel, mits benoeming van een externe toezichthouder verplicht word.

Onderdeel van deze sleutelrol is ook de maatschappelijke functie waarbij hij ouderen voorlicht en hen bewust laat worden over de problematiek van financieel misbruik en de juridische aanpak.

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt allereerst de probleembeschrijving beschreven. Daaropvolgend worden de doelstelling, de onderzoeksvraag, de afbakening en de onderzoeksmethoden genoemd. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer voor dit rapport.

1.1. Probleembeschrijving

Het notarieel beschermen van ouderen tegen financieel misbruik is een actueel leerstuk voor notarissen dat continu in beweging is.¹ Gedurende de laatste jaren krijgt Ligne Netwerk Notarissen, respectievelijk de notarissen mevr. mr. De Vries en dhr. mr. Stout, in toenemende mate te maken met ouderen die vermoedelijk wilsonbekwaam, handelingsonbekwaam en/of handelingsonbevoegd worden geacht. Notarissen mevr. mr. De Vries en dhr. mr. Stout hebben bij sommige van deze ouderen het vermoeden dat zij slachtoffer zouden kunnen zijn van financieel misbruik. De kennis van deze notarissen hoe hier mee om te gaan in de praktijk is echter nog gering. Zij zijn onvoldoende bekend met hun rol in het notarieel beschermen van ouderen tegen dit misbruik en hoe zij deze ouderen rechterlijk kunnen vertegenwoordigen. Door de stijgende lijn van het gebruik van het levenstestament en van de oplegging van rechterlijke beschermingsmaatregelen curatele en bewind is echter de verwachting dat er nog vaker een beroep zal worden gedaan op de notaris om mee te willen denken over en mee te willen werken aan juridische oplossingen voor ouderen die niet meer in staat zijn hun belangen volledig te behartigen of die juist willen anticiperen op een dergelijke situatie in de toekomst.^{2 3}

Ouderen vormen een relatief kwetsbare groep in de samenleving gelet op de stijgende vergrijzing en een vergrote kans op ziektes, zoals de ziekte van Alzheimer.⁴ Uit onderzoek is gebleken dat ongeveer 200.000 ouderen in Nederland jaarlijks het slachtoffer zijn van ouderenmishandeling. Ruim 30.000 ouderen hiervan zijn het slachtoffer van financieel misbruik.⁵ Sinds 2012 is een stijging te zien in dit financieel misbruik van wilsonbekwame ouderen. Dit zal met de toenemende vergrijzing verder stijgen.⁶ Financieel misbruik is het ongepast gebruiken van de bezittingen van een oudere.⁷ Het begint vaak klein, bijvoorbeeld eigen boodschappen doen van het huishoudgeld van iemand anders. Maar financieel misbruik door diefstal, een gedwongen testamentwijziging en ongewenste bemoeienis met geldzaken komt steeds vaker voor. Uit onderzoek blijkt dat 80 procent van de slachtoffers van financieel misbruik een vrouw is. Andere kenmerken van slachtoffers zijn: alleenwonend, dan wel met een klein sociaal netwerk en vaak lijdend aan dementie. De plegers zijn over het algemeen familieleden, vrienden of mantelzorgers. Kortom, personen waar ouderen afhankelijk van zijn.⁸

Op 1 januari 2014 is een gedeelte van de wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap (hierna: Wet wijziging cbm) in werking getreden.⁹ Deze wetswijziging betreft de titels 1.16 (curatele), 1.19 (beschermingsbewind) en 1.20 (mentorschap) van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).¹⁰ Op grond van deze nieuwe wet worden er kwaliteitseisen gesteld aan professionele wettelijke vertegenwoordigers die drie of meer personen onder hun hoede hebben. Daarom is, op 1 april 2014, het bijbehorende Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren (hierna: Besluit kwaliteitseisen cbm) in werking getreden, waar deze kwaliteitseisen in zijn vastgelegd.¹¹ Ligne Netwerk Notarissen wil graag weten wat deze wijzigingen inhouden en of zij voor handelingsonbekwame of handelingsonbevoegde ouderen kan optreden als curator of

¹ KNB, 'Thema 'Financiële bescherming ouderen' ook dit jaar actueel', www.notarisnet.notaris.nl (zoek op financieel misbruik), geraadpleegd op 12 februari 2014.

² Ministerie van VWS, 'Cijfers over ouderenmishandeling', 13 juni 2013, www.huiselijkgeweld.nl (zoek op stijging financieel misbruik).

³ Rechtspraak, 'Explosieve groei aantal mensen onder bewind', www.rechtspraak.nl (zoek op stijging bewind), geraadpleegd op 18 februari 2014.

⁴ Internationale Stichting Alzheimer Onderzoek, 'Alzheimer in Nederland', www.alzheimer.nl (zoek op stijging alzheimer), geraadpleegd op 12 februari 2014.

⁵ P. Boersma, D. van Kesteren, R. Smit, 'En toen was opa's spaargeld weg', Voor nu en later, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 80-81.

⁶ Movisie, 'Factsheet ouderenmishandeling: Financiële uitbuiting en financieel misbruik van ouderen', mei 2009, www.movisie.nl (zoek op factsheet III).

⁷ KNB, 'Wat is financieel misbruik?', www.knb.nl (zoek op wat is financieel misbruik), geraadpleegd op 7 februari 2014.

⁸ P. Boersma, D. van Kesteren, R. Smit, 'En toen was opa's spaargeld weg', Voor nu en later, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 83.

⁹ Stb. 2013, 414.

¹⁰ A.J.M. Nuytink, 'Curatele, meerderjarigebewind en mentorschap: belangrijke wetswijziging op komst', WPNR 6844/141, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 440.

¹¹ Stb. 2014, 46.

bewindvoerder in relatie tot het levenstestament, om op die manier de oudere te kunnen beschermen tegen financieel misbruik door de behartiging van zijn financiële belangen. Als ouderen wilsonbekwaam worden, zijn zij niet meer in staat om redelijkerwijs zelf hun belangen te behartigen. Als de oudere ook handelingsonbekwaam of handelingsonbevoegd wordt, zal de rechter in dat geval een rechterlijke beschermingsmaatregel opleggen zonder rekening te houden met persoonlijke wensen en voorkeuren van de kwetsbare oudere, aangezien deze niet meer in staat is zijn belangen te behartigen. Er wordt daarom een duidelijk groeiende aandacht voor de volmacht gesignaleerd en dan met name in de vorm van het levenstestament.¹² Het verdient voor ouderen immers de voorkeur dat de oudere zelf voorzieningen kan treffen voor een latere periode van wilsonbekwaamheid.¹³ Ligne Netwerk Notarissen wil door middel van dit onderzoek te weten komen wat zij, gelet op het levenstestament, kan betekenen om wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen te beschermen tegen financieel misbruik.

Door de vergrijzing in onze samenleving zal financieel misbruik alleen maar toenemen, als er geen actie wordt ondernomen.¹⁴ In 2011 is het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: ministerie van VWS) daarom gestart met het actieplan genaamd 'Ouderen in veilige handen', waarbij het beschermen van ouderen tegen financieel misbruik één van de doelstellingen is.¹⁵ Het pilotproject genaamd 'Voorkomen van financiële uitbuiting' is een onderdeel van dit actieplan. In 2013 is dit pilotproject van start gegaan dat inhoudt dat er in zeven gemeenten pilots zijn opgericht om de onderlinge samenwerking tussen notarissen en andere beroepsorganisaties, die te maken krijgen met financieel misbruik van ouderen, te bevorderen en hun kennis en inzichten te verbreden.¹⁶ Eind 2014 worden de resultaten van dit pilotproject bekend.¹⁷ Als gevolg van het pilotproject van het ministerie van VWS is de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) een werkgroep voor notarissen gestart, genaamd 'Financiële bescherming ouderen', met enerzijds als doel om het bewustzijn bij de notaris te wekken betreffende zijn sleutelrol in het beschermen van ouderen tegen financieel misbruik en anderzijds om de kennis te vergroten binnen de beroepsgroep rondom dit thema.^{18 19} De voorlopige resultaten en de uitkomsten van dit pilotproject zijn belangrijk voor dit onderzoek, aangezien deze resultaten invloed zullen hebben op de beschermende rol van de notaris.

1.2. Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is om op 26 mei 2014 een onderzoeksrapport te overhandigen aan Ligne Netwerk Notarissen waarin een inzicht wordt gegeven inzake welke juridische mogelijkheden er zijn voor een notaris om notarieel een wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde oudere notarieel te beschermen tegen financieel misbruik, gelet op de Wet wijziging cbm en gelet op het levenstestament, teneinde dat notarissen mevr. mr. De Vries en dhr. mr. Stout in de toekomst deze ouderen adequaat, deskundig en efficiënt kunnen beschermen tegen financieel misbruik.

1.3. Centrale vraag

Voor het onderzoek is de volgende centrale vraag geformuleerd: *'Wat kan de notaris doen inzake het notarieel beschermen van wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen tegen financieel misbruik, gelet op de wet Wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en gelet op het levenstestament?'*

¹² Blankman & J. Kaljee, 2013, p. 49. In 2013 waren er 12.491 levenstestamenten ingeschreven in het Centrale Levenstestamentenregister.

¹³ Blankman 2013, p. 9.

¹⁴ Engelbertink 2013, p. 61-62.

¹⁵ Ministerie van VWS, *het Actieplan 'Ouderen in veilige handen'*, 2011, ministerie van VWS, [www.rijksoverheid.nl/zoek/op/actieplan ouderen in veilige handen](http://www.rijksoverheid.nl/zoek/op/actieplan%20ouderen%20in%20veilige%20handen).

¹⁶ Blankman 2013, p. 7.

¹⁷ J. aan de Stegge, 'Wees als notaris proactief', Notariaat Magazine 2013/6, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 8.

¹⁸ A. Veilbrief, *Toekomst voor de 'buddy notaris'*, Notariaat Magazine 2013/3, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 8.

¹⁹ KNB, *Rol voor notaris bij actieplan VWS voor ouderen*, 14 februari 2013, [www.knb.nl/zoek/op/financieel misbruik](http://www.knb.nl/zoek/op/financieel%20misbruik).

1.4. Afbakening

In deze scriptie staan de rechterlijke beschermingsmogelijkheden curatele en beschermingsbewind en de notariële beschermingsmaatregel het levenstestament tegen financieel misbruik centraal. Deze beschermingsmogelijkheden worden beperkt tot de Wet wijziging cbm, het bijbehorende Besluit kwaliteitseisen cbm en het levenstestament. Er zijn drie rechterlijke beschermingsmaatregelen, namelijk de curatele, het beschermingsbewind en het mentorschap. Gelet op deze scriptie en het onderwerp financieel misbruik beperkt dit onderzoek zich tot de curatele en het beschermingsbewind waarmee de financiële belangen van de oudere behartigd kunnen worden. Het mentorschap zal in dit onderzoeksrapport buiten beschouwing worden gelaten. Een mentor kan immers geen beslissingen over het vermogen van de oudere nemen, maar neemt slechts beslissingen over de zorg, verpleging en behandeling.²⁰ Daarom kan een mentor weinig betekenen voor de betrokken oudere om financieel misbruik te voorkomen. Zoals aangegeven in de probleembeschrijving zijn er verschillende vormen van financieel misbruik bij ouderen. In deze scriptie zal het (voorkomen van) financieel misbruik inzake het (gedwongen) veranderen van een levenstestament centraal staan.

1.5. Methoden van onderzoek

Ten behoeve van dit onderzoek is er gebruik gemaakt van verschillende onderzoeksstrategieën, methoden en bronnen. Dit onderzoek richt zich op het recht en de praktijk. Onderzoek naar het recht heeft plaatsgevonden via rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Er zijn verschillende schriftelijke bronnen geraadpleegd, namelijk wet- en regelgeving, jurisprudentie, boeken, databanken, notariële vaktijdschriften en documenten. Ook is er gebruik gemaakt van het medium internet. Gedurende het onderzoek is tevens gebruik gemaakt van een kwalitatief onderzoek. Er is gebruik gemaakt van een survey-onderzoek, door middel van het houden van half gestructureerde interviews met een (kandidaat-)notaris, een deskundige van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen, een kantonrechter, een hoogleraar, een bewindvoerder en met diverse organisaties uit het pilotproject 'Voorkomen van financiële uitbuiting'. Er is voor half gestructureerde interviews gekozen, zodat de interviews door middel van een lijst met onderwerpen en open vragen wordt afgebakend, waarbij de geïnterviewde en de interviewer de mogelijkheid hebben om zelf iets in te brengen. Mondelinge interviews hadden de voorkeur bij dit onderzoek. Waar dit niet mogelijk was, zijn de interviews schriftelijk afgenomen per e-mail. Ook is een schriftelijke vragenlijst met open vragen opgesteld voor kantonrechters. Kanttekening hierbij is dat de respons van de rechtbanken zeer laag was en onvoldoende representatief. Echter de antwoorden geven wel een bepaald beeld weer. De ontvangen input heb ik dan ook verwerkt in mijn onderzoek.

1.6. Leeswijzer

Opdat de lezer zich een duidelijk beeld kan vormen over de complexiteit van het begrip wilsonbekwaamheid, wordt dit begrip in het tweede hoofdstuk toegelicht samen met de begrippen handelingsonbekwaamheid en handelingsonbevoegdheid. In het derde hoofdstuk zal de aanleiding van het wetsvoorstel van de Wet wijziging cbm en het Besluit kwaliteitseisen cbm beschreven worden. Daarnaast zullen de wettelijke veranderingen aan de hand van de uitgangspunten van deze Wet en het Besluit verduidelijkt worden. Ook zal toegelicht worden wat de invloed van de wettelijke wijzigingen zijn op de beschermende rol van de notaris. In het vierde hoofdstuk zal een theoretische omschrijving van het levenstestament volgen en daarnaast wordt verduidelijkt hoe de notaris wilsbekwaamheid en financieel misbruik bij ouderen kan signaleren en beoordelen. In het vijfde hoofdstuk wordt toegelicht wat de notaris in de praktijk kan ondernemen om het financieel misbruik te voorkomen en wat het pilotproject hieraan toevoegt. In het zesde hoofdstuk worden conclusies en aanbevelingen beschreven, waarmee de onderzoeksvraag beantwoord wordt.

²⁰ Artikel 1:456 lid 1 BW.

2. Wilsonbekwaam, handelingsonbekwaam en handelingsonbevoegd

Voordat wordt overgegaan tot bespreking van de aanleiding van het wetsvoorstel en de wijzigingen door de intreding van de Wet wijziging cbm, worden eerst de begrippen wilsonbekwaamheid, handelingsonbekwaamheid en handelingsonbevoegdheid verduidelijkt. Deze begrippen zijn mede verklaard aan de hand van het opmaken van een uiterste wilsbeschikking bij de notaris. Gezien het begrip wilsbekwaamheid niet wettelijk gedefinieerd is, afhankelijk is van het soort rechtshandeling dat wordt verricht en (hulp)instanties hier een andere invalshoek in hebben, is dit hoofdstuk gericht op de juridische definitie van wilsbekwaamheid en worden andere definities van dit begrip buiten beschouwing gelaten.

2.1. Wilsonbekwaam

Ouderen hebben door hun leeftijd een grote kans op het intreden van wilsonbekwaamheid door hun kwetsbaarheid bij ziektes of ongevallen.²¹ Een voorbeeld van een wilsonbekwaam persoon is een comapatiënt, maar ook een dement persoon. De kans op de ziekte van Alzheimer wordt de komende jaren alleen maar groter.²² 'Wilsonbekwame ouderen zijn vaak kwetsbaar en daarom (zorg)afhankelijk van bepaalde personen, aangezien zij zelfstandig geen beslissingen meer kunnen nemen. Plegers van financieel misbruik zien dan hun kans tot misbruik door een testament op te stellen dat hen financieel zal begunstigen. 'Bescherming van wilsonbekwame ouderen tegen financieel misbruik is dan ook noodzakelijk gelet op de afhankelijkheid van ouderen, die door de vergrijzing alleen maar zal toenemen', aldus dhr. Kop van de ouderenorganisatie Katholieke Bond van Ouderen-Brabant (hierna: KBO-Brabant).²³

2.1.1. Definitie

Hoewel er geen wettelijke juridische definitie van wilsonbekwaamheid bestaat, kan iemand als wilsbekwaam worden beschouwd, indien hij in staat is tot een redelijke waardering van de bij de behandeling betrokken belangen ter zaken.²⁴ Een persoon kan als wilsbekwaam worden beschouwd indien hij er blijk van geeft op de zijn bevattingsvermogen afgestemde informatie te begrijpen naar de mate die voor de aard en de reikwijdte van de te nemen beslissing noodzakelijk is.²⁵ Iemand die wilsonbekwaam is, kan zijn wil niet meer bepalen en zijn betrokken belangen niet meer behartigen. Om een rechtshandeling te verrichten, zoals het opstellen van een levenstestament, is vereist dat er sprake is van een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard op grond van artikel 3:33 BW.²⁶ Het gaat er hier om of iemand het verstandelijk vermogen heeft om een bepaalde beslissing zelf verantwoord te nemen. Of iemand wilsbekwaam is, hangt af van de rechtshandeling die hij wil verrichten, de complexiteit van het onderwerp en de complexiteit van de situatie.²⁷ Iemand kan wilsbekwaam zijn voor de ene keuze, maar wilsonbekwaam voor de andere keuze. Wilsonbekwaamheid kan van tijdelijke of blijvende aard zijn.²⁸ Kortom, één vaste definitie van het begrip wils(on)bekwaamheid bestaat niet. Dit maakt het lastig om te beoordelen of iemand wilsbekwaam wordt geacht.

2.1.2. Beoordeling door de notaris

De cliënt dient wilsbekwaam te worden geacht ten tijde van het opmaken van een rechtsgeldig testament op grond van artikel 3:33 BW juncto 4:55 lid 3 BW.

De notaris moet zich daarom ervan vergewissen dat de testateur op dat moment de beslissing om een testament op te maken niet alleen begrijpt, maar ook in staat is zich de

²¹ Engelbertink 2013, p. 61.

²² Internationale stichting alzheimer onderzoek, 'Alzheimer in Nederland', www.alzheimer.nl (zoek op *stijging alzheimer*), geraadpleegd op 12 februari 2014.

²³ Zie bijlage A – interview dhr. W. Kop, beleidsmedewerker KBO-Brabant.

²⁴ Zie bijlage B - KNB: stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening.

²⁵ Engelbertink 2013, p. 84.

²⁶ M.J.A. van Mourik, 'Notaris en wilsonbekwaamheid', WPNR 6987/681, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 1-2.

²⁷ F.G.I. Jennekens & A. Jennekens-Schinkel 2005, p. 2.

²⁸ A. Vellinga, 2011.

alternatieve mogelijkheid aan te realiseren, voor- en nadelen te overwegen of risico's in te schatten. Hij heeft tevens een informatieplicht op grond van artikel 43 lid 1 Wet op het notarisambt (hierna: Wna). De notaris is ingevolge artikel 5 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 gehouden om zijn cliënten voor te lichten over de gevolgen van de rechtshandeling waarvoor zijn tussenkomst is ingeroepen. Op grond van artikel 21 lid 1 Wna heeft de notaris een ministerieplicht. Deze verplichting houdt in dat hij zijn diensten moet verlenen, tenzij er een vermoeden is dat zijn diensten zullen leiden tot strijd met het recht of met de openbare orde. Deze notariële gedragsnorm is neergelegd in artikel 6 lid 1 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 en luidt: *'De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren als hij de redelijke overtuiging of het vermoeden heeft dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde of feitelijk overwicht'*. Daarom moet de notaris beoordelen of er sprake is van wilsonbekwaamheid bij de cliënt ten tijde van het passeren van een testament. Ten behoeve van deze beoordeling heeft hij diverse hulpmiddelen om de wils(on)bekwaamheid van de cliënt te beoordelen. Deze hulpmiddelen zullen worden toegelicht in hoofdstuk 4.

2.2. Handelingsonbekwaam en handelingsonbevoegd

Voor de notaris is het belangrijk om te weten of iemand handelingsonbekwaam of handelingsonbevoegd is, aangezien dit hen kan beletten om rechtsgeldig een testament op te kunnen maken. Handelingsonbekwaamheid of handelingsonbevoegdheid treedt in nadat een rechterlijke beschermingsmaatregel is opgelegd door een kantonrechter. De beschermingsmaatregelen en de begrippen zullen in deze paragraaf toegelicht worden.

2.2.1. Rechterlijke beschermingsmaatregelen

De Nederlandse wetgeving kent verschillende rechterlijke beschermingsmaatregelen, opgenomen in Boek 1 van het BW, die aan meerderjarigen opgelegd kunnen worden door een kantonrechter.²⁹ Een meerderjarige is iemand die de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt.³⁰ De algemene regel is dat een meerderjarige handelingsbekwaam wordt geacht. Het kan zijn dat een meerderjarige, door zijn geestelijke of lichamelijke toestand, niet meer in staat is om in voldoende mate voor de eigen rechten en belangen op te komen en te behartigen. Door deze kwetsbaarheid heeft hij recht op de bijzondere regelingen die de nodige bescherming aan kwetsbare meerderjarigen bieden.³¹ Eén van deze maatregelen is de curatele, welke geregeld is in artikel 1:378 e.v. BW. Bij curatele geldt er zowel vermogensrechtelijke als niet-vermogensrechtelijke bescherming van een meerderjarige. De onder curatele gestelde wordt ook wel de curandus genoemd. Door de ondercuratelestelling wordt de curandus handelingsonbekwaam. Een andere rechterlijke beschermingsmaatregel is het beschermingsbewind, welke geregeld is in artikel 1:431 e.v. BW, voor de vermogensrechtelijke bescherming van een meerderjarige. De onder bewind gestelde persoon wordt de onder bewind gestelde of de rechthebbende genoemd. Door de onderbewindstelling wordt de onder bewind gestelde handelingsonbevoegd.³² Voor een handelingsonbekwaam persoon dan wel een handelingsonbevoegd persoon wordt een wettelijk vertegenwoordiger benoemd die de belangen zal behartigen en beschermen. Gelet op de bepalingen in Boek 1 van het BW kan een dergelijke vertegenwoordiger onder andere een curator bij de ondercuratelestelling of een bewindvoerder bij de onderbewindstelling zijn.³³

2.2.2. Handelingsonbekwaam

In artikel 3:32 BW is geregeld dat ieder mens bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen, behoudens wettelijke uitzonderingen. Eén van deze wettelijke uitzonderingen is de opgelegde rechterlijke beschermingsmaatregel curatele. Handelingsonbekwaamheid treedt namelijk in bij een meerderjarige wanneer hij onder

²⁹ Artikel 1:378 BW en 1:435 BW.

³⁰ Art. 1:233 lid 1 BW.

³¹ Asser 2010, p. 959.

³² Nuytinck 2009, p. 273.

³³ Ministerie van VenJ, 'Curatele, bewind en mentorschap', 31 maart 2014, www.rijksoverheid.nl (zoek op curatele, bewind en mentorschap).

curatele is gesteld. Een meerderjarige kan door de kantonrechter onder curatele worden gesteld, wanneer de meerderjarige tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet behoorlijk waarneemt of zijn veiligheid of die van anderen in gevaar brengt, als gevolg van lichamelijke of geestelijke toestand of door gewoonte van drank- of drugsmisbruik, volgens artikel 1:378 lid 1 BW.³⁴ Handelingsonbekwaam zijn betekent een algemene ongeschiktheid van een persoon tot het verrichten van rechtshandelingen op grond van artikel 3:32 lid 1 BW in samenhang met titel 16 van Boek 1 BW.³⁵ Dit betreft rechtshandelingen gericht op persoonlijke beslissingen, zoals zorg, verpleging en behandeling, maar ook gericht op financiële beslissingen. Verricht de handelingsonbekwame een rechtshandeling waarvoor hij handelingsonbekwaam wordt geacht, dan is de hoofdregel dat deze rechtshandeling vernietigbaar is op grond van artikel 3:32 lid 2 BW. Gaat het om een eenzijdige ongerichte rechtshandeling van een handelingsonbekwame dan is deze echter nietig. Ongерichte rechtshandelingen zijn rechtshandelingen die niet tot een of meer personen zijn gericht, zoals het maken van een testament op grond van artikel 4:42 lid 1 BW.³⁶ Een handelingsonbekwame kan rechtsgeldig een testament opmaken, tenzij hij op grond van een geestelijke stoornis onder curatele staat. In dit geval dient hij toestemming van de kantonrechter te hebben om een testament op te mogen maken op grond van artikel 4:55 lid 2 BW. De vertegenwoordiger van de handelingsonbekwame kan dit niet voor hem doen, gelet op het hoogst persoonlijke karakter van een testament aldus artikel 4:42 lid 3 BW.

2.2.3. Handelingsonbevoegd

Bij de oplegging van het beschermingsbewind door de kantonrechter wordt de oudere handelingsonbevoegd. Een handelingsonbevoegde is in het algemeen handelingsbekwaam en is in staat om zelfstandig rechtshandelingen te verrichten. Het is hem echter door de wet verboden om bepaalde bijzondere rechtshandelingen te verrichten.³⁷ Er treedt een gedeeltelijke ongeschiktheid in als het gaat om het zelfstandig nemen van financiële beslissingen, indien een meerderjarige tijdelijk of duurzaam niet in staat is zijn vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen, als gevolg van zijn lichamelijke dan wel geestelijke toestand, verkwisting of het hebben van problematische schulden, volgens artikel 1:435 lid 2 BW.³⁸ De oudere mag dan geen beslissingen meer nemen over een (gedeelte) van zijn vermogen. Onder dit vermogen kunnen geld en/of goederen vallen. De handelingsonbevoegde oudere wordt, desondanks de oplegging van het beschermingsbewind, in staat geacht om beslissingen op persoonlijk vlak te kunnen nemen, zoals het opstellen van een testament op grond van de artikelen 4:42 BW jo. 4:55 BW. Als hij hiertoe in staat wordt geacht door de kantonrechter, heeft hij geen toestemming dan wel medewerking van zijn bewindvoerder nodig.

2.2.4. Registers

De kantonrechter oordeelt over de aanwezigheid van handelingsonbekwaamheid of handelingsonbevoegdheid.³⁹ De notaris velt hier geen oordeel over. Voor oplegging van de beschermingsmaatregelen curatele en beschermingsbewind is het Centrale Curatele- en bewindregister (hierna: CCBR) sinds januari 2014 in werking getreden. De notaris kan het CCBR raadplegen om te achterhalen of zijn cliënt handelingsbekwaam dan wel handelingsbevoegd is om een testament op te stellen.⁴⁰ Het register bevat een overzicht van de personen ten aanzien van wie een curatele is uitgesproken en personen van wie het vermogen onder beschermingsbewind is gesteld. Bewinden vóór 1 januari 2014 zijn niet openbaar. Uitgesproken curatele vóór 1 januari 2014 staan in het Centrale Curateleregister.⁴¹

³⁴ Stb. 2013, 414, p. 2.

³⁵ Brahn & Reehuis 2010, p. 233.

³⁶ Brahn & Reehuis 2010, p. 178.

³⁷ Hijma e.a. 2010, p. 146.

³⁸ Stb. 2013, 414, p. 7.

³⁹ Op grond van artikelen 1:380 en 1:435 BW.

⁴⁰ Op grond van artikel 1:391 BW.

⁴¹ Op www.rechtspraak.nl (zoek op registers curatele en bewind) zijn de besproken registers te raadplegen.

3. Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap

In dit hoofdstuk worden de veranderingen in de titels 1.16 en 1.19 inzake curatele en beschermingsbewind van Boek 1 van het BW door de Wet wijziging cbm beschreven. Ook wordt het Besluit kwaliteitseisen cbm toegelicht. Daarna zal worden ingegaan op het verscherpte toezicht van de kantonrechter en de gevolgen daarvan voor de wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde oudere gelet op het voorkomen van financieel misbruik. Tot slot zal worden beschreven wat de notaris voor de wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde oudere kan betekenen gelet op deze wettelijke wijzigingen en de bescherming tegen financieel misbruik.

3.1. Aanleiding tot de wijziging van de rechterlijke beschermingsmaatregelen

Gedurende lange tijd zijn de bepalingen omtrent curatorschap en beschermingsbewind onaangetast gebleven. Dit jaar is daar verandering in gekomen door de inwerkingtreding van de Wet wijziging cbm en het bijbehorende Besluit kwaliteitseisen cbm. In dit hoofdstuk zullen de doelstellingen en de oorzaken van deze wetgeving besproken worden. Daarna zullen aan de hand van de uitgangspunten van de nieuwe wet de nieuwe en gewijzigde bepalingen toegelicht worden.

3.1.1. Doelstellingen

De Wet wijziging cbm dient er voor te zorgen dat meerderjarigen die onvoldoende zelfredzaam zijn voldoende toegang hebben tot de rechterlijke beschermingsmaatregelen. Daarom moet worden gewaarborgd dat deze beschermingsmaatregelen zodanig functioneren dat meerderjarigen adequaat worden beschermd en er geen onnodige maatregelen worden opgelegd. De wetswijziging heeft ook als doel om de wettelijke regelingen van curatele, beschermingsbewind en mentorschap te stroomlijnen.^{42 43} De wettelijke veranderingen dienen tegen redelijke kosten adequaat toezicht op de kwaliteit van onder andere professionele curatoren en bewindvoerders, die drie of meer meerderjarigen onder hun hoede hebben, mogelijk te maken.⁴⁴

3.1.2. Oorzaken

Er zijn diverse oorzaken voor de behoefte aan de Wet wijziging cbm en het Besluit kwaliteitseisen cbm. De eerste is de toename van schuldenbewinden. Daarnaast was de taak van de bewindvoerder in het verleden onduidelijk.³ Een tweede oorzaak was de afwijkende beloning van vertegenwoordigers die wettelijk was geregeld in de artikelen 1:386 lid 1 (curatele) jo. 447 lid 1 BW (beschermingsbewind). Deze beloning werd echter in de praktijk nauwelijks toegekend door kantonrechters. Doorgaans werd er namelijk een voorgeschreven beloning toegekend uit de aanbevelingen die opgesteld zijn door het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (hierna: LOVCK).^{45 46} Dit zijn aanbevelingen omtrent de rechterlijke beschermingsmaatregelen die door kantonrechters tijdens een procedure kunnen worden gehanteerd.

Een andere oorzaak was het VN-verdrag inzake rechten van mensen met een handicap dat op 13 december 2006 tot stand is gekomen en dat door Nederland zal worden doorgevoerd in de wet, vermoedelijk in juli 2015.⁴⁷ Dit Verdrag meldt in artikel 12 dat bij maatregelen die de rechtsbevoegdheid van mensen met een beperking aantasten, bescherming op maat geboden is en een periodieke evaluatie daarvan vereist is. Dit betekent dat voor de oplegging van een beschermingsmaatregel in elke individuele

⁴² Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3., p. 2 (MvT).

⁴³ Asser 2010, p. 692.

⁴⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3., p. 9 (MvT).

⁴⁵ Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton, *Aanbevelingen curatele*, 21 januari 2014.

⁴⁶ Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton, *Aanbevelingen meerderjarigenbewind*, 21 januari 2014.

⁴⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 1 (MvT).

situatie afgewogen dient te worden wat de proportionele maatregel is. De zelfredzaamheid en de zelfbeschikking van betrokkene dient daardoor te worden versterkt. 'De zelfredzaamheid van de betrokkene werd niet versterkt door voorgaande wetgeving, aangezien de oorzaken van de schulden toen niet werden aangepakt', aldus Verjans.⁴⁸

Ook werd gekeken naar resultaten uit diverse evaluatieonderzoeken.⁴⁹ Uit deze onderzoeken bleek dat de beloning van en het toezicht op de vertegenwoordigers ontoereikend was. Daarnaast bleek er behoefte aan aanvullende wettelijke voorschriften betreffende de bedrijfsvoering van professionele bewindvoerders en aan de mogelijkheid om tot benoeming van twee curatoren wettelijk te codificeren. Tevens was het wenselijk om rechtspersonen te benoemen tot curator.⁵⁰

Een andere oorzaak is de toenemende vergrijzing in Nederland.⁵¹ Hierdoor neemt de groep kwetsbare ouderen toe, die bescherming nodig hebben. Ook is er sprake van een groeiende betrokkenheid van niet-familieleden bij de bescherming van deze groep van kwetsbare ouderen.⁵² En er is een zichtbare toename van vertegenwoordigers van buiten de familie waarneembaar die benoemd worden om de belangen van deze kwetsbare ouderen te behartigen.⁵³ Door deze toename van de betrokkenheid van niet-familieleden, groeit tegelijkertijd het besef dat er bij de te beschermen persoon (vrijheids-)rechten in het geding zijn die bij het uitspreken van een beschermingsmaatregel beperkt worden.⁵⁴

De laatste oorzaak gelet op de behoefte aan de Wet wijziging cbm en het Besluit kwaliteitseisen cbm is dat het toezicht op de bedrijfsvoering van professionele bewindvoerders in voorgaande wetgeving ontbrak. Bewindvoerders zijn failliet gegaan en rechthebbenden hebben daardoor schade geleden. Daardoor is behoefte ontstaan aan aanvullende wettelijke kwaliteitseisen van professionele bewindvoerders. Bij curatoren zijn tot op heden geen vergelijkbare problemen geconstateerd, maar neemt het aantal ondercuratelestellingen jaarlijks wel toe. Om deze reden wordt de beoordeling van de geschiktheid van professionele curatoren en bewindvoerders, met drie of meer personen onder hun hoede, gecontroleerd aan de hand van kwaliteitseisen. De kwaliteit van de professionele vertegenwoordigers dienen, door middel van het Besluit kwaliteitseisen cbm, gewaarborgd te worden.⁶⁹

3.2. Uitgangspunten en de wetswijzigingen

De Wet wijziging cbm is gebaseerd op een aantal uitgangspunten. De rechterlijke maatregel die wordt opgelegd dient passend te zijn en bevordert, waar mogelijk, de zelfredzaamheid van de betrokkene (1)⁵⁵, de betrokkenheid van personen in de nabije omgeving van betrokkene wordt ondersteund (2)⁵⁶, de kwaliteit van de wettelijk vertegenwoordigers wordt gewaarborgd (3)⁵⁷, de wet reflecteert de bestaande praktijk (4)⁵⁸ en de regels betreffende de beschermingsmaatregelen worden gestroomlijnd en afgebakend (5).⁵⁴ Aan de hand van deze uitgangspunten zullen de nieuwe en gewijzigde bepalingen in deze paragraaf besproken worden. Ter verduidelijking van deze paragraaf is in bijlage D een verduidelijkend figuur opgenomen betreffende de wetswijzigingen in de beschermingsmaatregelen curatele en het beschermingsbewind.⁵⁹

⁴⁸ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter Bergen op Zoom.

⁴⁹ Het evaluatieonderzoek van K. Blankman, I.G. Oehlers- Oosterhof, H.C.D.M. Oomens, *Onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen*, VU Amsterdam: 2002 en het evaluatieonderzoek van H.C.D.M. Oomens en Y.L.L. van Zutphen, *Evaluatie Wet mentorschap*, VU Amsterdam: 1998.

⁵⁰ Asser 2010, p. 962.

⁵¹ Nationaal Kompas Volksgezondheid, 'Vergrijzing, wat zijn de belangrijkste verwachtingen voor de toekomst?', 21 maart 2013, www.nationaalkompas.nl (zoek op vergrijzing toekomst).

⁵² C. Blankman 2013, p. 13.

⁵³ C. Blankman 2013, p. 12.

⁵⁴ C. Blankman 2013, p. 8 en 9.

⁵⁵ *Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 3 (MvT).*

⁵⁶ *Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 4 (MvT).*

⁵⁷ *Stb. 2014, 46, p. 9.*

⁵⁸ *Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 5 (MvT).*

⁵⁹ Zie bijlage D – figuur D.1, Schema Wet wijziging cbm: een samenvatting van de wijzigingen.

Bij de uitleg van de wetwijzigingen dient te worden vermeld de Wet wijziging cbm en het Besluit kwaliteitseisen cbm de kantonrechters tevens gebruik maken van de aanbevelingen inzake curatele en beschermingsbewind. Deze aanbevelingen zijn niet bindend, maar dienen als leidraad om uniforme rechtstoepassing te creëren onder de kantonrechters.⁶⁰ Verderop in dit hoofdstuk wordt naar deze aanbevelingen verwezen, maar worden verder voor het merendeel buiten beschouwing gelaten.

3.2.1. Passende maatregel; bevorderen van de zelfredzaamheid

De maatregelen curatele en beschermingsbewind leiden tot een beperking van de mogelijkheden tot de zelfbeschikking van een persoon. Deze maatregelen mogen daarom absoluut niet verder ingrijpen dan voor ieder specifiek geval noodzakelijk is, gelet op artikel 12 lid 4 van het VN-Verdrag van 13 december 2006 inzake rechten van personen met een handicap. Vertegenwoordigers moeten niet alleen werken aan schulden, maar ook aan de stabiliteit van de betreffende persoon en de oorzaken van de schulden proberen weg te nemen. Gebaseerd op dit uitgangspunt zijn een aantal wijzigingen doorgevoerd.⁶¹

3.2.1.1. Veranderende gronden curatele en beschermingsbewind

In artikel 1:378 lid 1 BW (oud) stonden de gronden voor de oplegging van de curatele vermeld. Dit artikel luidt na de wijziging als volgt: *‘Een meerderjarige kan door de kantonrechter onder curatele worden gesteld, wanneer hij tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet behoorlijk waarneemt of zijn veiligheid of die van anderen in gevaar brengt, als gevolg van:*

- a. zijn lichamelijke of geestelijke toestand, dan wel,*
 - b. gewoonte van drank- of drugsmisbruik,*
- en een voldoende behartiging van die belangen niet met een meer passende en minder verstrekkende voorziening kan worden bewerkstelligt’.*⁶²

De grond voor curatele, namelijk ‘geestelijke stoornis’, is vervangen door ‘lichamelijke of geestelijke toestand’. Daarnaast is in dit artikel aan ‘de gewoonte van drankmisbruik’ het woord ‘drugsmisbruik’ toegevoegd. De wetgever heeft bepaald dat de meerderjarige door dit drankmisbruik of drugsmisbruik tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet meer behoorlijk waarneemt óf eigen veiligheid of die van anderen in gevaar brengt. De voorwaarde ‘in het openbaar herhaaldelijk aanstoot geven’ stond voorheen ook aangegeven in dit artikel, maar deze voorwaarde is nu geschrapt. In de aanvullende voorwaarde ‘en een voldoende behartiging van die belangen niet met een meer passende en minder verstrekkende voorziening kan worden bewerkstelligt’ is het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel opgenomen. Hiermee wordt bekrachtigd dat te allen tijde voor de minst ingrijpende en de meest passende maatregel moet worden gekozen.

In artikel 1:378 lid 1 sub b BW (oud) bestond nog een andere grond voor de ondercuratelestelling, namelijk de grond verkwisting. Deze grond valt niet meer onder de voorwaarden voor de ondercuratelestelling sinds de wetwijziging. Verkwisting is ondergebracht bij het beschermingsbewind, aangezien verkwisting alleen ziet op vermogensrechtelijke belangen.⁶³ Voor bestaande gevallen is een overgangsregeling getroffen. Deze regeling houdt in dat de curator van een curandus, die onder curatele is gesteld op grond van verkwisting, binnen twee jaar na de inwerkintreding van de Wet wijziging cbm aan de kantonrechter verslag moet doen over het voortduren van deze maatregel.

Voor een onderbewindstelling was vereist dat een meerderjarige als gevolg van zijn lichamelijke of geestelijke toestand, tijdelijk of duurzaam, niet in staat was zijn

⁶⁰ P.A.J.Th. van Teeffelen, ‘Wie zorgt er voor mij?’, FJR 2013/40, Deventer: Kluwer 2013, p. 4.

⁶¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 17-19 (MvT).

⁶² Stb. 2013, 414, p. 2.

⁶³ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 17 (MvT).

vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen, aldus artikel 1:431 lid 1 BW (oud). Het nieuwe artikel 1:431 lid 1 BW luidt als volgt: *'Indien een meerderjarige tijdelijk of duurzaam niet in staat is ten volle 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,*
- kan de kantonrechter een bewind instellen over één of meer van de goederen, die hem als rechthebbende toebehoren of zullen toebehoren'.⁶⁴*

Voor een onderbewindstelling dient dus vast te staan dat een lichamelijke of geestelijke handicap de rechthebbende verhindert om een behoorlijk beheer over zijn vermogen te voeren of dat er sprake is van verkwisting of het hebben van problematische schulden. Naast 'verkwisting' als grond voor beschermingsbewind is daaraan dus de nieuwe grond 'het hebben van problematische schulden' toegevoegd. Tevens is een lid 3 toegevoegd, waarin wordt bepaald dat beschermingsbewind kan worden ingesteld indien te verwachten is dat de rechthebbende binnen afzienbare tijd in de in het eerste lid bedoelde toestand zal verkeren.⁶⁵

3.2.1.2. Publicatie van curatele en beschermingsbewind

Voorheen werden de uitspraken omtrent curatele in twee dagbladen gepubliceerd, naar keuze van de kantonrechter, en in de Staatscourant binnen een termijn van tien dagen op grond van artikel 1:390 lid 1 BW (oud). Door de wetswijziging geldt nu dat alle uitspraken van de curatele waarbij deze maatregel wordt opgelegd, opgeheven of vernietigd binnen tien dagen door de griffier slechts in de Staatscourant bekend worden gemaakt.

Op grond van artikel 1:391 BW (oud) was er ten behoeve van de curatele het openbare curateleregister. In dit register werden aantekeningen gemaakt van rechtsfeiten die betrekking hadden op curatele.⁶⁶ In de voorgaande wet was niet geregeld dat schuldenbewinden, dat wil zeggen bewinden wegens verkwisting of het hebben van problematische schulden,⁶⁷ gepubliceerd dienden te worden in een soort bewindsregister. Zonder een dergelijke bepaling bood de wet voor derden onvoldoende bescherming, omdat een derde die niet op de hoogte was van het bewind gehouden was tot nakoming. Op grond van het nieuwe artikel 1:391 BW wordt er daarom een openbaar register bijgehouden, namelijk het CCB, waarin rechtsfeiten worden aangetekend die betrekking hebben op curatele én op bewind als bedoeld in titel 1.19 van Boek 1 van het BW.⁶⁸ In artikel 1:391 lid 1 BW is opgenomen dat schuldenbewinden dienen te worden gepubliceerd in het CCB.⁶⁹ De rechter kan besluiten om andere bewinden in het register te laten aantekenen, indien hij deze bescherming noodzakelijk acht voor de rechthebbende. De publicatie van het beschermingsbewind leidt er toe dat de wederpartij doorgaans niet langer te goeder trouw onwetend kan worden geacht van het bewind. De verkoper kan de schuld dan niet langer op de onder bewind staande goederen verhalen op grond van artikel 1:440 lid 1 BW.

3.2.1.3. Tijdelijkheid en opheffing van de maatregel

Curatele en beschermingsbewind konden voorheen alleen voor onbepaalde tijd worden opgelegd, maar kunnen nu voor bepaalde tijd worden opgelegd. De tijdelijkheid van de maatregel spreekt zich ook uit inzake de taak van een curator of bewindvoerder. Het is namelijk de bedoeling dat deze vertegenwoordigers de zelfredzaamheid van de betrokkene stimuleren. Dit uit zich in de artikelen 1:385 lid 2 (curatele) en 446a BW (beschermingsbewind).⁶⁸ Uit deze artikelen blijkt dat de vertegenwoordigers eenmaal per vijf jaar een rapport uitbrengen aan de rechter of de maatregel nog moet voortduren of kan worden vervangen door een minder ver strekkende voorziening. De kantonrechter

⁶⁴ Stb. 2013, 414, p. 7.

⁶⁵ Kamerstukken I 2012/2013, 33 054, nr. A, p. 7 (MvT).

⁶⁶ Rechtspraak, 'Nieuw register voor curatele en bewind', 3 januari 2014, www.rechtspraak.nl, geraadpleegd op 25 april 2014.

⁶⁷ M. Meinema, 'Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap', FJR 2014/3, Deventer: Kluwer 2014, p. 5.

⁶⁸ Zie de uitleg over het register CCB in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

⁶⁹ Stb. 2013, 414, p. 6.

kan overigens een andere termijn bepalen als hij daartoe aanleiding ziet.

Er is aan artikel 1:449 BW inzake beschermingsbewind een lid 3 toegevoegd waarin staat dat degene die gerechtigd is om een verzoek in te dienen, alsmede de bewindvoerder, kan verzoeken om verlenging van het bewind dat voor een bepaalde tijdsduur is ingesteld. De kantonrechter dient hierover binnen twee maanden te beslissen. Tegen de afwijzing van de verlenging staat geen hogere voorziening open.⁷⁰ Dit is voor de curatele geregeld in artikel 1:389 lid 3 BW.

Bij curatele en beschermingsbewind was opgenomen dat de onder curatele gestelde of onder bewind gestelde niet zelf een verzoek kon indienen tot opheffing van de maatregel.^{71 72} De verzoekers voor de oplegging van een beschermingsmaatregel kunnen door de wetswijziging nu ook om opheffing van de maatregel verzoeken. Dit is geregeld in artikelen 1:389 lid 2 (curatele) en 449 lid 2 BW (beschermingsbewind). Inzake de opheffing gaat het er nu om of de noodzaak voor de maatregel niet langer meer aanwezig is.⁷³ Een beschermingsmaatregel kan nu ook worden opgeheven indien voortzetting ervan niet zinvol blijkt.⁷⁴

3.2.2. Ondersteuning betrokkenheid van personen in de nabije omgeving

Een ander uitgangspunt van de wetswijziging is dat de betrokkenheid van personen in de nabije omgeving wordt ondersteund.⁷⁵ Gelet op de nieuwe en gewijzigde bepalingen kunnen personen uit de nabije omgeving van betrokkene invloed uitoefenen op het voortduren van de maatregel en een zekere controle uitoefenen op het functioneren van de vertegenwoordiger.⁷⁶

3.2.2.1. Uitbreiding verzoekers

De kring van verzoekers tot instelling van een maatregel is uitgebreid. Door de Wet wijziging cbm kunnen, naast de betrokken zelf, zijn echtgenoot, zijn geregistreerde partner dan wel een andere levensgezel, nabije familieleden tot en met de vierde graad en het Openbaar Ministerie, nu ook de curator, bewindvoerder en mentor om de instelling van een beschermingsmaatregel verzoeken.⁷⁷ Tevens geldt dit voor instellingen die begeleiding bieden met betrekking tot structuur en regie over het eigen leven.⁷⁸ Het gaat om de instelling waar de betrokkene verzorgt, exploiteert of die daarvan de leiding heeft, alsmede door de instelling die aan de betrokkene begeleiding biedt. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente waar de betrokkene woont, mag ook een verzoek indienen tot instelling van een beschermingsbewind wegens verkwisting of het hebben van problematische schulden.⁷⁹ Deze uitbreidingen zijn geregeld in de artikelen 1:379 lid 1 en lid 2 (curatele) en 432 lid 1 en lid 2 BW (beschermingsbewind).⁸⁰

3.2.2.2. Uitbreiding opheffing en ontslag

In de tweede plaats wordt invloed van de personen uit de nabije omgeving van de betrokkene uitgebreid, doordat de verzoeker voor de oplegging van een beschermingsmaatregel nu tevens bevoegd is om opheffing van deze maatregel te verzoeken. Dit is geregeld in de artikelen 1:389 lid 2 (curatele) en 449 lid 2 BW (beschermingsbewind). Daarnaast mogen de verzoekers ook het ontslag van de curator of bewindvoerder verzoeken bij de kantonrechter op grond van de artikelen 1:385 lid 1 onder d (curatele) en 448 lid 2 BW (beschermingsbewind).

⁷⁰ Stb. 2013, 414, p. 12.

⁷¹ Asser 2010, p. 1012-1013.

⁷² Vlaardingenbroek e.a. 2010, p. 429.

⁷³ Rb. Zeeland-West Brabant 11 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1643.

⁷⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 13 (MvT).

⁷⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 4 (MvT).

⁷⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3, p. 8 (MvT).

⁷⁷ Asser 2010, p. 965.

⁷⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 7 (MvT).

⁷⁹ M. Meinema, 'Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap', FJR 2014/3, Deventer: Kluwer 2014, p. 3.

⁸⁰ Stb. 2013, 414, p. 2 en 7.

In geval van ontslag wegens gewichtige redenen of omdat de curator niet meer voldoet aan de eisen om curator te kunnen worden, kan de kantonrechter bepalen dat geen verdere rekening en verantwoording behoeft te worden afgelegd. Op grond van artikel 1:386 lid 6 BW kan de kantonrechter inzage eisen in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers en de privé-administratie van de curator en kan daar van een afschrift verlangen.⁸¹ Bij het beschermingsbewind geldt hetzelfde, maar daar is aan toegevoegd dat de kantonrechter daartoe elke plaats mag betreden op grond van artikel 1:448 lid 5 BW.^{82 83} Artikel 1:448 lid 5 BW is van overeenkomstige toepassing verklaard als de curator wordt ontslagen op grond van artikel 1:385 lid 1 onder d BW. De kantonrechter mag dus ook elke plaats betreden om inzage te vorderen van de curator.⁸²

3.2.3. Waarborging van kwaliteit van vertegenwoordigers

De kwaliteit van curatoren, bewindvoerders en mentoren wordt gewaarborgd door de Wet wijziging cbm en door het Besluit kwaliteitseisen cbm.⁸⁴ In dit Besluit wordt mede de invloed, en daarmee de controle, van mensen uit de nabije omgeving vergroot op de kwaliteit van de vertegenwoordigers.⁸⁵ Dit Besluit zal worden toegelicht in paragraaf 3.3.

3.2.3.1. Benoemingsprocedure

De rechter dient bij benoeming van de vertegenwoordiger uitdrukkelijk de voorkeur van de betrokkene te volgen, tenzij gegronde redenen zich daartegen verzetten op grond van de artikelen 1:383 lid 2 (curatele) en 435 lid 3 BW (beschermingsbewind).⁸⁶ Deze voorkeur voor een wettelijk vertegenwoordiger kan door een oudere worden opgenomen in een levenstestament, mocht hij wilsonbekwaam worden in de toekomst en zijn voorkeur niet meer kunnen uiten aan de kantonrechter. De kantonrechter zal dit levenstestament altijd raadplegen om na te gaan of de betrokken oudere wensen heeft inzake de benoeming van een curator of bewindvoerder.⁸⁷ Wijkt de kantonrechter af van deze voorkeur, dan dient hij dit gemotiveerd te doen.⁸⁸ Als de betrokkene geen voorkeur heeft, wordt de partner of een nabij familie lid bij voorkeur genoemd. Dit staat in de artikelen 1:383 lid 3 (curatele) en 435 lid 4 BW (beschermingsbewind).⁸⁹

3.2.3.2. Bereidheid en geschiktheid

In de artikelen 1:383 lid 1 (curatele) en 435 lid 1 BW (beschermingsbewind) is bepaald dat de kantonrechter zich een oordeel vormt over de bereidheid en de geschiktheid van de te benoemen vertegenwoordiger.⁸⁹ Door de wetwijziging is het woord 'geschiktheid' toegevoegd aan dit artikel en wijst op de kwaliteitseisen die opgenomen zijn in artikel 1:383 lid 7 en 8 (curatele) en 435 lid 7 en 8 BW (beschermingsbewind) en die uitgebreid opgenomen zijn in het Besluit kwaliteitseisen cbm.⁸⁹

De partner dan wel de familie tot en met de vierde graad van betrokkene moeten niet aan de kwaliteitseisen uit het Besluit kwaliteitseisen te voldoen, aangezien deze kwaliteitseisen alleen van toepassing zijn op professionele vertegenwoordigers.⁹⁰ Voor de vertegenwoordigers uit de familiekring geldt wel dat zij aan bepaalde voorwaarden uit de wet moeten voldoen. De nieuwe wet voorziet in een aanscherping van de regels inzake de onverenigbaarheden van functies in de artikelen 1:383 lid 5 onder a tot en met f (curatele) en 435 lid 6 van a tot en met i BW (beschermingsbewind). Hierin is opgenomen dat handelingsonbekwamen en zij ten behoeve van wie mentorschap is ingesteld niet tot curator of bewindvoerder kunnen worden benoemd. Tevens kunnen zij die in staat van faillissement verkeren, van wie één of meer goederen onder

⁸¹ Stb. 2013, 414, p. 4.

⁸² Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 24 (MvT).

⁸³ Stb. 2013, 414, p. 11.

⁸⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 4 (MvT).

⁸⁵ Stb. 2014, 46, p. 9 (NvT).

⁸⁶ Stb. 2013, 414, p. 8.

⁸⁷ Zie hoofdstuk 4 inzake theoretische informatie over het levenstestament.

⁸⁸ LOVCK, *Aanbevelingen curatele*, 24 januari 2014, p. 2 en LOVCK, *Aanbevelingen meerderjarigenbewind*, 21 januari 2014, p. 2.

⁸⁹ A.J.M. Nuytink, *Curatele, meerderjarigenbewind en mentorschap: belangrijke wetwijziging op komst*, WPNR 6844/141, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 442.

⁹⁰ Zie hieromtrent hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.

meerderjarigenbewind staan en zij ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling van natuurlijke personen van toepassing is in beginsel niet tot curator of bewindvoerder worden benoemd. De Wsnp-bewindvoerder, de direct behandeld of betrokken hulpverlener of een persoon behorende tot de leiding of het personeel van de instelling waar de betrokkene wordt verzorgd of die aan de betrokkene begeleiding biedt, mogen niet benoemd worden tot curator.⁹¹

Het feit dat rechtspersonen ook tot curator en bewindvoerder kunnen worden benoemd, leidt tot een verbod voor bestuurders, (groot)deelaanhouders en groepsmaatschappijen van rechtspersonen verbonden met de zorginstelling. De personen die deze functies uitvoeren, mogen dus niet tot curator dan wel bewindvoerder worden benoemd. Deze aanscherping is gebaseerd op de gedachte dat vertegenwoordigers uitsluitend in het belang van de betrokkene mogen handelen.^{92 93}

3.2.3.3. Benoeming van twee vertegenwoordigers en van een rechtspersoon

Het kan voorkomen dat de partner dan wel familieleden tot en met de vierde graad niet bereid of geschikt zijn om als curator of bewindvoerder op te treden. In dat geval kan door de kantonrechter een buitenstaander worden benoemd.

Op grond van voorgaande wetgeving kon iedere meerderjarige benoemd worden tot curator of bewindvoerder. Er waren wel wettelijke eisen gesteld om tot benoeming te kunnen worden geselecteerd. Er kon slechts één curator benoemd worden op grond van voorgaande wetgeving. Echter in de jurisprudentie van de Hoge Raad is hier een uitzondering opgemaakt.⁹⁴ Voor beschermingsbewind bestond de mogelijkheid om twee bewindvoerders te benoemen op grond van artikel 1:437 lid 1 BW. Aan dit artikel is toegevoegd dat de kantonrechter twee bewindvoerders mag benoemen, tenzij gegronde redenen zich daartegen verzetten.⁹⁵ De benoeming van twee curatoren is nu ook mogelijk door de wetwijziging geregeld in artikel 1:383 lid 10 BW.⁹⁶ De twee curatoren of bewindvoerders kunnen taken die aan een vertegenwoordiger toekomen, alleen verrichten. De kantonrechter kan zo nodig een taakverdeling tussen beide vertegenwoordigers vaststellen.⁹⁷ In de praktijk zal het voorkomen dat er twee vertegenwoordigers worden benoemd, omdat dit extra controle met zich meebrengt, mits er duidelijke afspraken over de samenwerking worden gemaakt.⁹⁸

Een curator of bewindvoerder diende op grond van voorgaande wetgeving een natuurlijk persoon te zijn. De benoeming van een rechtspersoon was dus niet mogelijk. Op grond van de artikelen 1:383 lid 4 (curatele) en 435 lid 5 BW (beschermingsbewind) kunnen rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid benoemd worden tot curator en bewindvoerder.⁹³ De benoeming van een rechtspersoon zou de continuïteit van de werkzaamheden verzekeren, aangezien de taakuitoefening dan niet meer afhankelijk is van één natuurlijke persoon.⁹⁹

3.2.3.4. Veranderingen in de taken van vertegenwoordigers

De taken en bevoegdheden van de curator zijn vastgelegd in de artikelen 1:385 en 1:386 BW. De curator heeft, gelet op huidige en voorgaande wetgeving, twee hoofdtaken. Hij dient allereerst te zorgen voor de persoon van de curandus. Dit betekent dat de curator de curandus vertegenwoordigt als het gaat om verzorging, behandeling of begeleiding. De

⁹¹ Stb. 2013, 414, p. 2 en 8.

⁹² M. Meinema, 'Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap', FJR 2014/3, Deventer: Kluwer 2014, p. 4.

⁹³ Kamerstukken II 2011/2011, nr. 7, p. 6 (MvT).

⁹⁴ HR 1 december 2000 NJ 2001, 390. Het betrof hier een zaak over twee ouders waarvan hun minderjarige gehandicapte kind achttien jaar zou worden. Daardoor zou het ouderlijk gezag aflopen en kon slechts één ouder als curator worden benoemd gelet op de voorgaande wetgeving. Zij beriepen zich daarom op family life uit artikel 8 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens. De Hoge Raad achtte, aangezien het om een zorgtaak ging, het rechtvaardig om deze ouders allebei als curator te benoemen om de zorgtaak naar behoren uit te kunnen oefenen

⁹⁵ Stb. 2013, 414, p. 10.

⁹⁶ Stb. 2013, 414, p. 2.

⁹⁷ A.J.M. Nuytinck, 'Curatele, meerderjarigenbewind en mentorschap: belangrijke wetwijziging op komst', WPNR 6844/141, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 443.

⁹⁸ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter Bergen op Zoom.

⁹⁹ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 1 (MvT).

curator draagt de verantwoordelijkheid voor de keuze van het verblijf en voor de omvang en aard van de verzorging. In artikel 1:385 lid 1 BW wordt artikel 1:336 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze schakelbepaling houdt in dat de curator zorg moet dragen dat de curandus in overeenstemming met zijn vermogen wordt verzorgd. Zijn tweede taak is het bewind uit te voeren over het vermogen van de curandus. Inzake dit aspect resulteert de wetswijziging in een wijziging in artikel 1:386 lid 2 BW.¹⁰⁰ De curator dient nu namelijk zorg te dragen voor een doelmatige belegging van het vermogen van de curandus, voor zover dit niet besteed behoort te worden aan voldoende verzorging van de curandus.¹⁰¹ De curator dient daarvoor een boedelbeschrijving te maken.¹⁰²

Gebaseerd op artikel 1:386 BW vertegenwoordigt de curator de curandus in burgerlijke handelingen als de curandus wilsonbekwaam wordt geacht.¹⁰³ Zoals eerder vermeld in hoofdstuk 2 is een wilsonbekwame (oudere) niet tot een redelijke waardering van zijn eigen belangen in staat. Artikel 1:386 lid 1 BW is gewijzigd in die zin dat de rekening en verantwoording van het bewind gedurende de curatele jaarlijks door de curator ingediend dient te worden, tenzij de kantonrechter heeft bepaald dat dit op een ander tijdstip kan geschieden.⁹⁶ Ook worden hierin enige kwaliteitseisen opgenomen waaraan de curator moet voldoen, namelijk het overleggen van de jaarlijkse verklaringen en verslagen, zoals bedoeld in artikel 1:383 lid 7 en lid 8 BW. De curator doet, als de kantonrechter dat vereist, verslag over zijn werkzaamheden. In het artikel is nu tevens opgenomen dat de curator recht heeft op de beloning die geregeld wordt in de ministeriële regeling ontworpen door de minister van Veiligheid en Justitie (hier: minister van VenJ). Op grond van het nieuwe lid 6 van dit artikel kan de kantonrechter inzage verlangen in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de curator en hij kan daartoe elke plaats betreden. De kantonrechter kan ook een afschrift daarvan eisen. Door de Wet wijziging cbm dient de curator nu, na verloop van vijf jaren, of eerder als de kantonrechter dit bepaalt, aan de kantonrechter verslag van het verloop van de curatele te doen.¹⁰⁴

De taken en bevoegdheden van de bewindvoerder zijn vastgelegd in de artikelen 1:436 e.v. BW. De bewindvoerder neemt beslissingen over het geld en goederen van de rechthebbende op grond van artikel 1:441 lid 1 BW.¹⁰⁵ Deze taak houdt in dat hij zorg draagt voor een doelmatige belegging van het vermogen van de rechthebbende, voor zover dit niet toebehoort aan de verzorging van de rechthebbende.¹⁰⁶ In de praktijk bestond onduidelijkheid over de taakopvatting van de bewindvoerder. Hieromtrent is een verduidelijking aangebracht in de wetswijziging. In artikel 1:441 lid 1 BW is nu toegevoegd dat de bewindvoerder alle handelingen kan verrichten die aan een goed bewind bijdragen.¹⁰⁷ De voornaamste taak van een bewindvoerder bij schuldenbewinden is het stabiliseren van de financiële situatie.

Bij beschermingsbewind dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen beheershandelingen en beschikkingshandelingen. Voor beheershandelingen ten aanzien van de onder het bewind vallende goederen heeft de bewindvoerder geen toestemming van de rechthebbende of machtiging van de kantonrechter nodig. De wilsbekwame rechthebbende kan met toestemming van de bewindvoerder beschikkingshandelingen verrichten. De bewindvoerder heeft toestemming nodig van de wilsbekwame rechthebbende of in plaats daarvan machtiging van de kantonrechter nodig om de genoemde beschikkingshandelingen uit artikel 1:441 lid 1 BW te mogen verrichten.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Stb. 2013, 414, p. 4.

¹⁰¹ LOVCK, *Aanbevelingen curatele*, 21 januari 2014, p. 4 – 5.

¹⁰² Asser 2010, p. 974-976.

¹⁰³ Asser 2010, p. 976.

¹⁰⁴ *Kamerstukken I* 2012/13, 33 054, nr. A, p. 4.

¹⁰⁵ Asser 2010, p. 997.

¹⁰⁶ LOVCK, *Aanbevelingen meerderjarigenbewind*, 21 januari 2014, p. 4.

¹⁰⁷ Stb. 2013, 414, p. 10.

¹⁰⁸ LOVCK, *Aanbevelingen meerderjarigenbewind*, 21 januari 2014, p. 5.

De bewindvoerder heeft op grond van artikel 1:436 lid 1 BW de verplichting om voor de kantonrechter een boedelbeschrijving op te stellen. Op grond van het gewijzigde artikel 1:445 BW moet de bewindvoerder jaarlijks, tenzij andere tijdstippen zijn bepaald door de kantonrechter, rekening en verantwoording afleggen aan de rechthebbende alsmede aan het einde van zijn taak aan zijn opvolger. De rekening en verantwoording wordt ook afgelegd ten overstaan van de kantonrechter. Dit houdt in dat de kantonrechter een kopie van de periodieke rekening en verantwoording ontvangt. Als de betrokkene niet in staat is van de rekening op te nemen, wordt rekening en verantwoording afgelegd aan de kantonrechter gelet op artikel 1:445 lid 1 en 2 BW.¹⁰⁹

Er is een artikel 1:446a BW toegevoegd dat gaat over het doen van verslag over het verloop van het bewind aan de kantonrechter.¹⁰⁹ Dit dient om de vijf jaar te geschieden, tenzij de kantonrechter een eerder tijdstip bepaalt. De bewindvoerder moet zich daarbij uitlaten over de vraag of het bewind voort dient te duren of dat er een minder ver of een verder strekkende voorziening aangewezen is.¹¹⁰

3.2.3.5. Beloning

Op grond van de Aanbevelingen van het LOVCK werd in de praktijk regelmatig een andere beloning en onkostenvergoeding toegekend door een kantonrechter dan de vijf procent regel.^{111 112} De beloning van curatoren en bewindvoerders worden daarom bij ministeriële regeling vastgesteld door het ministerie van Veiligheid en Justitie (hierna: ministerie van VenJ), respectievelijk door de minister van VenJ. In deze regeling zal onderscheid worden gemaakt tussen vertegenwoordigers die aan de kwaliteitseisen behoeven te voldoen en wie niet aan deze eisen behoeven te voldoen.¹¹³

3.3. Besluit kwaliteitseisen curatoren, bewindvoerders en mentoren

De kwaliteit van curatoren en bewindvoerders wordt gewaarborgd door de Wet wijziging cbm en door het bijbehorende besluit kwaliteitseisen cbm.¹¹⁴ In dit besluit wordt mede de invloed, en daarmee de controle, van mensen uit de nabije omgeving vergroot op de kwaliteit van professionele vertegenwoordigers die drie of meer meerderjarigen onder hun hoede hebben.¹¹⁵ In de Wet wijziging cbm worden in de artikelen 1:383 lid 7 en 8 (curatele) en 435 lid 7 en lid 8 BW (beschermingsbewind) aanvullende kwaliteitseisen aan professionele vertegenwoordigers gesteld die in het Besluit verder worden uitgewerkt.¹¹⁶ Het merendeel van de bepalingen gaat over de curator. Deze bepalingen worden van overeenkomstige toepassing verklaard op bewindvoerders. Tenzij anders vermeld, geldt wat wordt beschreven over de kwaliteitseisen voor curatoren, ook voor bewindvoerders.¹¹⁷

3.3.1. Professionele vertegenwoordigers

De kwaliteitseisen gelden voor professionele vertegenwoordigers die drie of meer meerderjarigen onder hun hoede hebben. Een professionele vertegenwoordiger is een onafhankelijke persoon of instelling die ten aanzien van drie of meer personen curator of bewindvoerder is.¹¹⁵ De kwaliteitseisen gelden tevens voor personen die onder verantwoordelijkheid van de vertegenwoordiger zijn wettelijke taken uitvoeren. Dit betreft dus een rechtspersoon die wordt benoemd en bij uitvoering gebruik maakt van personeel of aangesloten vrijwilligers. De vertegenwoordiger kan dus nooit familie of partner zijn van de betrokkene. Landelijk is afgesproken dat het toezicht op de kwaliteitseisen wordt uitgevoerd door de rechtbank binnen wiens rechtsgebied de betrokken wettelijke vertegenwoordiger gevestigd of gezeteld is.¹¹⁸

¹⁰⁹ Stb. 2013, 414, p. 11.

¹¹⁰ Kamerstukken I 2012/13, 33 054, nr. A, p. 11 (MvT).

¹¹¹ LOVCK, Aanbevelingen curatele, 21 januari 2014, p. 7.

¹¹² LOVCK, Aanbevelingen meerderjarigenbewind, 21 januari 2014, p. 9.

¹¹³ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 11 (MvT).

¹¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 4 (MvT).

¹¹⁵ Stb. 2014, 46, p. 9 (NvT).

¹¹⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 31 (MvT).

¹¹⁷ Stb. 2014, p. 9.

¹¹⁸ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter Bergen op Zoom.

3.3.2. Persoonlijke eisen

De artikelen 2 tot en met 7 van het besluit betreffen persoonlijke eisen die aan de curator gesteld worden omtrent de werving, opleiding, scholing en begeleiding. De curator dient een verklaring betreffende het goed gedrag te hebben die niet ouder is dan vijf jaar op grond van artikel 2. Voor een curator en een bewindvoerder geldt dat hij ten minste een gepaste MBO niveau 4-opleiding heeft voltooid. Voor bewindvoerders in schuldenbewinden is een passend HBO-diploma vereist, dan wel ten minste twee jaar als curator of bewindvoerder te hebben gewerkt, gelet op artikel 3 van het besluit.¹¹⁹ Indien andere personen dan de door de rechter benoemde persoon feitelijk de werkzaamheden van de curator uitvoeren, dient de benoemde curator zorg te dragen voor de begeleiding van deze uitvoerende personen. Het betreft hier medewerkers van een rechtspersoon die curatelen of bewinden uitvoeren of om vrijwilligers die aangesloten zijn bij een regionale stichting mentorschap. In artikel 4 staan de eisen omtrent de omgang met de betrokkene beschreven waaraan een curator moet voldoen. De curator dient te verklaren dat hij bij zijn taakvervulling zal uitgaan van de levensovertuiging, godsdienstige gezindheid en culturele achtergrond van de curandus. Hij dient ook, waar mogelijk, de zelfredzaamheid van de betrokkene te bevorderen. De curator dient zo spoedig mogelijk na zijn benoeming een plan van aanpak op te stellen waarin hij het doel van de curatele en de wederzijdse afspraken om dat doel te bereiken samen met de betrokkene, vastlegt en aan de kantonrechter geeft.¹¹⁶ Hij dient bereikbaar te zijn op werkdagen en voor noodgevallen buiten werkdagen. Tevens dient hij twee keer maandelijks contact te hebben met de onder curatele gestelde; dit geldt niet voor de bewindvoerder. De curator dient de onder curatele gestelde ten minste maandelijks een overzicht van de mutaties op de rekening te geven. Artikel 6 bepaalt dat de curator een klachtenregeling dient te hebben en bepaalt tevens waar deze regeling aan moet voldoen.

3.3.3. Eisen omtrent de bedrijfsvoering

De artikelen 7 tot en met 13 stellen eisen aan de bedrijfsvoering van de curator. In artikel 7 staat de verplichting voor de curator tot het aanleggen, bijhouden en sluiten van een dossier waarover hij is benoemd. Tevens wordt in dit artikel beschreven wat het dossier dient in te houden. Artikel 8 bevat het vereiste van een beschrijving van de verschillende werkprocessen die in de praktijk overhandigd dienen te worden aan de kantonrechter.¹¹⁶ De curator dient op basis van lid 5 een aansprakelijkheidsverzekering te hebben afgesloten. Artikel 9 gaat over het voorkomen van de schijn van belangenverstrengeling en verplicht de curator geen direct of indirect ander voordeel uit zijn positie als curator te rekken dan de beloning die hij voor zijn curatorschap ontvangt. In artikel 10 staat vervolgens de verplichting tot het bijhouden van een administratie waaruit in elk geval blijkt voor hoeveel curandi hij is benoemd en hoeveel personen in curatele zaken, waarin hij is benoemd, onder zijn verantwoordelijkheid de taken van de curator of een deel daarvan uitvoeren.

In de artikelen 11 en 12 zijn de verplichtingen omtrent dossiervorming en het inleveren van verslagen en verklaringen bij de kantonrechter opgenomen. De curator dient een accountantsverklaring bij de kantonrechter in te dienen. De kantonrechter kan zich dan baseren op de jaarcijfers waarover de accountant zijn oordeel heeft gegeven. Uit deze artikelen blijkt dat de kantonrechter op verzoek van de curator, of ambtshalve, een deskundige of een accountant kan benoemen die dient te toetsen of aan de kwaliteitseisen is voldaan. Voor niet-familieleden die in drie of meer zaken zijn benoemd, is deze verklaring vereist om voor een benoeming in aanmerking te kunnen komen. Een aantal beroepsgroepen zijn vrijgesteld van verschillende kwaliteitseisen op grond van artikel 12 lid 9 van het besluit jo. artikel 1:383 lid 9 jo. artikel 435 lid 9 BW.¹²⁰ Uit deze artikelen blijkt dat de notaris is vrijgesteld van sommige eisen. Dit heeft te maken met het feit dat notarissen een eigen tuchtrecht hebben bij de Kamer voor het notariaat. Is een

¹¹⁹ M. Meinema, 'Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap', FJR 2014/3, Deventer: Kluwer 2014, p. 5.

¹²⁰ Stb. 2013, 414, p. 3 en p. 9.

notaris mogelijk in gebreke gebleven, dan kan schriftelijk door iedere belanghebbende een klacht ingediend worden bij deze Kamer.¹²¹ De notaris heeft een vrijstelling voor het overleggen van een verklaring omtrent het gedrag en het schriftelijk moeten aantonen van een passende scholing. Ook geldt een beperkte vrijstelling voor notarissen voor het onderzoek van de accountant naar bepaalde gestelde eisen omtrent bedrijfsvoering.¹²² Artikel 13 bepaalt dat indien uit verklaringen naar voren komt dat de te toetsen curator niet aan alle kwaliteitseisen voldoet, de kantonrechter een termijn van drie maanden kan stellen, waarbinnen een nieuwe verklaring dient te worden overlegd.

Voor vertegenwoordigers die nog niet voldoen aan kwaliteitseisen wordt voorzien in een overgangsperiode van twee jaar waarbinnen zij zich alsnog kunnen kwalificeren als te benoemen curator of bewindvoerder.¹²³

3.4. Verscherpt toezicht kantonrechter

De relatie tussen de kantonrechter en de door hem benoemde vertegenwoordiger wordt gekenmerkt door diverse bevoegdheden van de kantonrechter en de verplichtingen van de curator dan wel bewindvoerder. Op grond van sommige wetswijzigingen heeft de kantonrechter een verscherpt toezicht op de professionele vertegenwoordiger gekregen.¹²⁴ Echter ontbreekt het de kantonrechter aan verscherpt toezicht op vertegenwoordigers uit de familiekring.

3.4.1. Toezicht op professionele vertegenwoordigers

De rechter krijgt meer bevoegdheden om de professionele curator of bewindvoerder, die drie of meer meerderjarigen onder hun hoede hebben, te controleren. In de artikelen 1:383 (curatele) en 435 lid 8 BW (beschermingsbewind) BW staat dat een professionele vertegenwoordiger aan de kantonrechter dient te over leggen:

1. Zijn verklaring dat de betreffende vertegenwoordiger aan de in het zevende lid bedoelde kwaliteitseisen en verplichtingen voldoet;
2. Een accountantsverklaring als bedoeld in artikel 2:391 lid 1 BW, dan wel van een door de kantonrechter benoemde deskundige, van zijn bevindingen over de wijze waarop aan de eisen wordt voldaan, en
3. Een accountantsverklaring omtrent de staat van baten uit artikel 2:10 BW en de jaarrekening overeenkomstig titel 9 van Boek 2 BW.^{113 125} Als deze verklaringen negatief worden ervaren door de kantonrechter, kan hij dus in een eerder stadium ingrijpen.¹²⁶

De nieuwe regelgeving omtrent de inzage in bescheiden geeft de kantonrechter meer juridische ruimte om actie te ondernemen.¹²⁷ Hij kan ambtshalve een onderzoek naar deskundigen gelasten en bij gebleken slecht curatorschap of beschermingsbewind de kosten van dit deskundigenbericht ten laste van de curator of bewindvoerder leggen. Dit verscherpte toezicht brengt ook knelpunten met zich mee.¹²⁸ Uit de praktijk blijkt dat kantonrechters onvoldoende tijd, ruimte en middelen hebben om deze nieuwe vormen van toezicht uit te kunnen voeren.¹²⁹ Echter geeft de staatssecretaris van VenJ aan dat de werkdruk van de kantonrechters in de praktijk eerder een verlichting dan een verzwaring oplevert, aangezien de kwaliteitseisen onder de maat presterende vertegenwoordigers dienen te stoppen.¹³⁰ Kantonrechters beweren echter dat zij niet voldoende tijd, middelen, kennis en formatie hebben om meer dan alleen marginaal toezicht uit te oefenen.¹³¹ 'De werkdruk van kantonrechters neemt toe door de uitbreiding van hun takenpakket en door

¹²¹ KNB, 'Klacht indienen bij de kamer voor het notariaat', www.knb.nl (zoek op *tuchtspraak*), geraadpleegd op 22 maart 2014.

¹²² KNB, 'Kwaliteitseisen voor curatoren, bewindvoerders en mentoren bekend', www.knb.nl (zoek op *kwaliteitseisen*), geraadpleegd op 20 maart 2014.

¹²³ Stb. 2014, 46, p. 31 (NVT).

¹²⁴ Blankman 2013, p. 49.

¹²⁵ W.E.M. Verjans, 'Doelstelling en uitgangspunten van de 'wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap' en de gevolgen voor de werklust', FJR/12, Deventer: Kluwer 2014, p. 1.

¹²⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 17 (MvT).

¹²⁷ Blankman 2013, p. 52.

¹²⁸ W.E.M. Verjans, 'Doelstelling en uitgangspunten van de 'wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap' en de gevolgen voor de werklust', FJR 2014/12, Deventer: Kluwer 2014, p. 3.

¹²⁹ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom.

¹³⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 17 (MvT).

¹³¹ M. Meinema, 'Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap', FJR 2014/3, Deventer: Kluwer 2014, p. 5.

de stijging van de aanvraag van beschermingsmaatregelen.¹³² ‘Dit komt het toezicht en de controle, gelet op de bescherming van ouderen tegen financieel misbruik door kantonrechters, dus niet ten goede’, aldus Verjans.¹³³ Blankman pleit daarom ook in voor het instellen van een Raad voor de ouderenbescherming, die een rol zou moeten krijgen op het terrein van toezicht, rapportage, voorlichting en advies. De huidige juridische wijzigingen schieten hier in te kort. Op deze manier kunnen kantonrechters worden ontlast van hun zware werkdruk en worden kwetsbare ouderen beter beschermd tegen financieel misbruik.¹³⁴

3.4.2. Toezicht op vertegenwoordigers uit de familiekring

Als het gaat om benoeming van vertegenwoordigers dienen deze allereerst door de kantonrechter gezocht te worden in de kring van familieleden en de partner van betrokkene, op grond van de artikelen 1:383 (curatele) en artikel 435 lid 2 en 4 (beschermingsbewind) BW.¹³⁵ Maar het Besluit kwaliteitseisen cbm geldt niet voor de professionele vertegenwoordigers die minder dan drie personen onder hun hoede hebben én geldt niet voor vertegenwoordigers uit de familiekring. Voor hen is er dan ook geen verscherpt toezicht ontwikkeld door de wetgever. Daarom bestaat de vrees dat het financieel misbruik met name door familie niet zal worden terug gedrongen, aangezien er slechts beperkte middelen tot de beschikking van kantonrechters staan om het disfunctioneren van deze vertegenwoordigers te kunnen achterhalen.¹³⁶ Verscherping van het toezicht op deze vertegenwoordigers was daarom gewenst om financieel misbruik bij ouderen te voorkomen, meent Blankman.¹³⁷

Ter verduidelijking en onderbouwing van bovenstaande wordt de procedure geschetst die een kantonrechter doorloopt bij de benoeming van een familievertegenwoordiger.¹³⁸ Tijdens de instellingszitting waar het verzoek behandeld wordt, richt de kantonrechter zich in eerste instantie tot de betrokken wilsonbekwame oudere betreffende zijn vermogen. De kantonrechter hanteert hiertoe een checklist om zoveel mogelijk informatie te verkrijgen over de omvang van de boedel. Vervolgens hanteert hij drie beperkte instrumenten qua toezicht op de vertegenwoordiger. Het eerste instrument is de opgave van de boedelbeschrijving. De kantonrechter kan echter niet controleren of hij daadwerkelijk alles omtrent de boedel aangereikt krijgt en dit is meteen het eerste kwetsbare moment inzake het toezicht. Op het moment dat de vertegenwoordiger onjuiste gegevens verstrekt, heeft de kantonrechter geen doortastende wettelijke middelen om dit te toetsen. Het tweede instrument is het machtigingenbeleid. Dit beleid houdt in dat de vertegenwoordiger bij het doen van grote uitgaven, voor betrokkene, toestemming moet vragen aan de kantonrechter. Het is moeilijk te achterhalen of voor die betreffende uitgaven ook daadwerkelijk een machtiging wordt aangevraagd of dat de uitgave anders wordt besteed. Het derde instrument is de schriftelijke rekening- en verantwoordingsplicht. Echter is ook hier manipulatie mogelijk aangezien de kantonrechter in praktijk geen toereikende instrumenten ter controle heeft. ‘Het is lastig om de aanwezigheid van financieel misbruik te kunnen bewijzen en te motiveren. Ik kan hier namelijk niet altijd doorheen prikken door middel van het beperkte toezicht dat mij gegeven wordt door de wet, op met name de vertegenwoordigers uit de familiekring’, aldus Verjans.¹³⁹ Als voorbeeld verwijst hij naar een arrest, waar financieel misbruik aanwezig werd geacht, dat gepleegd werd door een dochter van een echtpaar dat onder bewind was gesteld.¹⁴⁰

Een mogelijkheid om het financieel misbruik tegen te gaan en de rechtspositie van

¹³² Rechtspraak, ‘Explosieve groei aantal mensen onder bewind’, 7 mei 2013, www.rechtspraak.nl (zoek op *stijging bewind*).

¹³³ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom.

¹³⁴ K. Blankman, ‘Modernisering van beschermingsmaatregelen voor minderjarigen - Commentaar bij conceptwetsvoorstel betreffende curatele, beschermingsbewind en mentorschap’. – FJR 2010/81, Deventer: Kluwer 2010, p. 7.

¹³⁵ Stb. 2013, 414, p. 3 en 9.

¹³⁶ Zie bijlage C – Interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom.

¹³⁷ Zie bijlage E – Vragenlijst dhr. mr. dr. K. Blankman, hoogleraar VU Amsterdam.

¹³⁸ Naar aanleiding van het interview met dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom opgenomen in bijlage C en de aanbevelingen omtrent de curatele en het meerderjarigenbewind van het LOVCK.

¹³⁹ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom.

¹⁴⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 19 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ2248.

ouderen te beschermen zou volgens Blankman zijn om in de titels 1.16 en 1.19 van het BW de mogelijkheid tot een levenstestament op te nemen als alternatief voor een door de rechter benoemde vertegenwoordiger voor meerderjarigen. Een dergelijke bepaling zou meer bescherming bieden naar wilsonbekwame meerderjarigen toe gelet op in het bijzonder de vertegenwoordigers uit de familie.¹⁴¹ Het levenstestament kan op deze wijze een flinke verlichting inzake de werkdruk van kantonrechters opleveren.

3.5. De beschermende rol van de notaris

De wetswijziging heeft verschillende veranderingen te weeg gebracht. In deze paragraaf zullen de veranderingen worden toegelicht voor de notaris, gelet op zijn beschermende rol van wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen tegen financieel misbruik.

3.5.1. Verscherpt toezicht

Uit paragraaf 3.5 is gebleken dat de kantonrechter een verscherpt toezicht heeft gekregen op de professionele vertegenwoordigers met drie of meer personen onder hun hoede. Het toezicht op de vertegenwoordigers die minder dan drie personen onder hun hoede hebben en op vertegenwoordigers uit de familiekring is echter nog niet verscherpt. De notaris zal dus met name bij deze vertegenwoordigers uit de familiekring alert moeten zijn op het signaleren van financieel misbruik. De kantonrechter is immers nog steeds wettelijk beperkt in deze toezichthoudende taak.

3.5.2. Advies

De notaris kan zijn cliënt adviseren om bewind of curatele aan te vragen mocht dit in het belang van de cliënt zijn. De notaris mag dit namelijk niet zelf doen gelet op de artikelen 1:379 lid 1 en lid 2 (curatele) en 432 lid 1 en lid 2 BW (beschermingsbewind), aangezien hij niet is aangeduid als verzoeker. Hij zou dus aan de betrokkene zelf, als de betrokkene hiertoe nog wilsbekwaam is, of anders de partner, familieleden tot in de vierde graad of aan een zorginstelling kunnen adviseren om een beschermingsmaatregel aan te vragen, zodat de (eventueel wilsonbekwame), handelingsonbekwame of handelingsonbevoegde oudere kan worden beschermd tegen financieel misbruik door een vertegenwoordiger die zijn financiële belangen behartigt.

3.5.3. Vertegenwoordiging

Gelet op de bescherming tegen financieel misbruik bij een wilsonbekwame, handelingsonbekwame dan wel handelingsonbevoegde oudere, zou de notaris de rol van wettelijk vertegenwoordiger op zich kunnen nemen, zodat hij de financiële belangen van een oudere kan behartigen. De verwachting bestaat dat er in de toekomst steeds meer professionele vertegenwoordigers zullen worden benoemd voor meerderjarigen.¹⁴² Hier ligt dus zeker een kans voor de notaris om handelingsonbekwame dan wel handelingsonbevoegde ouderen in de toekomst efficiënt te kunnen beschermen door zelf de behartiging van de financiële belangen op zich te nemen.

De wilsbekwame oudere kan, in een levenstestament, zijn voorkeur geven aan een notaris om als toekomstig wettelijk vertegenwoordiger op te treden bij handelingsonbekwaamheid of handelingsonbevoegdheid. De kantonrechter dient rekening te houden met deze voorkeur op grond van de artikelen 1:383 (curatele) en 435 lid 1 BW (beschermingsbewind), en mag alleen van deze voorkeur afwijken als daar gegronde redenen voor zijn. Een dergelijke voorkeur voor de benoeming van een notaris als wettelijk vertegenwoordiger is cruciaal, aangezien zonder opgegeven voorkeur de kantonrechter op grond van de wet, respectievelijk de artikelen 1:383 lid 2 (curatele) en 435 lid 2 en lid 3 BW (beschermingsbewind), voorkeur dient te geven aan de benoeming

¹⁴¹ K. Blankman, 'Modernisering van beschermingsmaatregelen voor minderjarigen - Commentaar bij conceptwetsvoorstel betreffende curatele, beschermingsbewind en mentorschap', FJR 2010/81, Deventer: Kluwer 2010, p. 6.

¹⁴² Blankman 2013, p. 13.

van de partner, familieleden tot en met de vierde graad. Mocht de echtgenoot dan wel familie niet in staat zijn om deze rol op zich te nemen of dat er om een andere reden een deskundige vereist is, dan heeft de notaris de mogelijkheid om als curator of bewindvoerder de financiële belangen van de oudere te gaan behartigen. De notaris is immers niet uitgesloten om tot curator of bewindvoerder benoemd te worden op grond van artikel 1:383 lid 5 (curatele) en 435 lid 6 BW (beschermingsbewind).¹⁴³

De notaris kan, als hij curator dan wel bewindvoerder wordt, deze rol eventueel samen met een familielid of partner van de betrokken oudere uitoefenen, aangezien benoeming van twee vertegenwoordigers nu mogelijk is op grond van de artikelen 1:383 lid 10 (curatele) en 437 lid 1 BW (beschermingsbewind).¹⁴⁴ Zo kan financieel misbruik voorkomen worden, aangezien de notaris de andere vertegenwoordiger kan controleren. Ook is er de mogelijkheid om afspraken te maken, met name betreffende de taakverdeling bij de curatele, zodat de notaris de financiële belangenbehartiging op zich neemt en de andere vertegenwoordiger de zorgbelangen tot zijn rekening neemt.

Als de notaris als professionele vertegenwoordiger handelt, dan is het Besluit kwaliteitseisen cbm op hem van toepassing. De combinatie als notaris- professionele curator dan wel professionele bewindvoerder wordt door de wetgever toegestaan in de Nota van Toelichting (hierna: NvT) van het Besluit kwaliteitseisen cbm.^{145 146} Echter dient de notaris hieromtrent rekening te houden met de volgende wetswijziging. Op grond van artikel 1:383 lid 1 (curatele) en 435 lid 1 BW (beschermingsbewind) oordeelt de kantonrechter of de notaris geschikt is om als professionele vertegenwoordiger op te treden. In artikel 9 van het Besluit is gelet op de geschiktheid bepaald dat er absoluut geen (de schijn van) belangenverstrengeling mag zijn. Dit houdt in dat een professionele vertegenwoordiger nooit voordeel mag trekken, in welke vorm dan ook, uit hoofde van zijn hoedanigheid als vertegenwoordiger. Ook wordt aangegeven dat de professionele vertegenwoordiger geen voordeel geniet van enige opdracht die hij aan zichzelf of aan een derde verstrekt in het kader van zijn curatorschap of beschermingsbewind. Een (schijn van) belangenverstrengeling is bijvoorbeeld aanwezig als de notaris optreedt als bewindvoerder en tevens zijn rol als notaris behoudt door een testament voor de rechthebbende te passeren.

Uit de aanbevelingen van het LOVCK blijkt dat aan gerechtsdeurwaarders expliciet de eis wordt gesteld om (de schijn van) belangenverstrengeling te voorkomen door in de bereidheidsverklaring op te nemen dat de schuldeisers van rechthebbende geen cliënt van het gerechtsdeurwaarderkantoor zijn en dat in het jaar voorafgaand ook niet zijn geweest. In deze aanbevelingen wordt niets vermeld over een notaris.¹⁴⁷ Nu blijkt echter dat kantonrechters niet positief reageren op de notaris als vertegenwoordiger, gelet op (de schijn van) belangenverstrengeling en gelet op de notariële geheimhoudingsplicht.¹⁴⁸ Ten aanzien van het standpunt van deskundigen op de vertegenwoordigingsrol van de notaris wordt hier verder aandacht aan besteed in hoofdstuk 5.

¹⁴³ Stb. 2013, 414, p. 3 en 8.

¹⁴⁴ Stb. 2013, 414, p. 2 en 10.

¹⁴⁵ Stb. 2014, 46, p. 25.

¹⁴⁶ Blankman 2013, p. 9.

¹⁴⁷ LOVCK, *Aanbevelingen meerderjarigenbewind*, 21 januari 2014, p. 3.

¹⁴⁸ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom en zie bijlage F – vragenlijst kantonrechters.

4. Het levenstestament

Naast de rechterlijke beschermingsmaatregelen, curatele en beschermingsbewind, kan het levenstestament als alternatief gebruikt worden om een wilsonbekwame oudere, die in de toekomst eventueel handelingsonbekwaam of handelingsonbevoegd wordt, te beschermen tegen financieel misbruik. In dit hoofdstuk zal het levenstestament worden belicht. Ten tijde van het passeren van het levenstestament dient de oudere wilsbekwaam te zijn. Daarom wordt ook beschreven hoe de notaris de wilsbekwaamheid kan beoordelen en het financieel misbruik kan signaleren bij een oudere.

4.1. Definitie

In 2010 is het model van het levenstestament ontstaan.¹⁴⁹ Het levenstestament is tot op heden niet wettelijk gecodificeerd en er is geen wettelijke definitie van dit testament. Volgens Engelbertink kan het levenstestament worden omschreven als een document waarin iemand een aantal zaken vastlegt voor het geval er tijdens zijn leven iets gebeurt waardoor hij zelf, al dan niet tijdelijk, niet meer kan of wil handelen.¹⁵⁰ Iemand die een levenstestament voor zichzelf opmaakt, wordt ook wel de levenstestateur genoemd. Wanneer de oudere wilsbekwaam is, kan het levenstestament tijdig opgesteld worden waarin volmachten en persoonlijke wensen kunnen worden opgenomen. Tijdig houdt in dat de oudere dit doet vóórdat hij tijdelijk of duurzaam wilsonbekwaam wordt inzake (bepaalde) rechtshandelingen. Het levenstestament kan worden opgesteld en worden vastgelegd bij de notaris en het testament is dan een notariële akte.

Van het levenstestament wordt door de jaren heen steeds vaker gebruik gemaakt.¹⁵¹ Dit komt mede gezien de stijgende vergrijzing in onze samenleving en het blijkt dat met name ouderen behoefte hebben aan een levenstestament.^{152 153}

Zoals eerder vermeld is het levenstestament niet in de wet vastgelegd. Sommige onderdelen van het levenstestament zijn wél wettelijk geregeld, zoals de volmacht, welke wordt geregeld in titel 3.3. van Boek 3 van het BW. Een volmacht is de bevoegdheid die de volmachtgever aan de gevolmachtigde verleent om in zijn naam specifieke rechtshandelingen te verrichten. Het verschil tussen de volmacht en het levenstestament is dat het levenstestament een combinatie is van een volmacht en een overzicht van persoonlijke wensen. In een volmacht kunnen slechts specifieke taken worden vastgelegd voor een vertrouwenspersoon. Een levenstestament reikt daarom verder dan een voortdurende volmacht inzake persoonlijke beslissingen zoals financiën of medische behandelingen.¹⁵⁴ Het levenstestament kent ook verschillen met het testament, ook wel het 'overlijdens'-testament genoemd, welke wordt geregeld in artikel 4:42 BW e.v. Dit testament bevat volmachten die pas in werking treden na het overlijden van de testateur. Het levenstestament kenmerkt zich door dat hierin volmachten, wensen, verzoeken geboden en verboden zijn opgenomen die tijdens het leven van de levenstestateur in acht moeten worden genomen bij ingetreden wilsonbekwaamheid.¹⁵⁵

4.2. Inhoud

Er bestaan verschillende modellen van een levenstestament, aangezien dit testament vormvrij is. Een oudere kan dan ook verschillende persoonlijke wensen en volmachten hierin opnemen.¹⁵⁶

Het levenstestament is opgebouwd uit verschillende onderdelen. In het levenstestament kunnen wensen worden vastgelegd door de cliënt, zowel zakelijk als privé, voor situaties

¹⁴⁹ Engelbertink 2013, p. 61.

¹⁵⁰ Engelbertink 2013, p. 59-60.

¹⁵¹ Blankman & Kaljee 2013, p. 7 e.v.

¹⁵² Nationaal Kompas Volksgezondheid, 'Vergrijzing, wat zijn de belangrijkste verwachtingen voor de toekomst?', 21 maart 2013, www.nationaalkompas.nl (zoek op vergrijzing toekomst).

¹⁵³ Blankman & Kaljee 2013, p. 13.

¹⁵⁴ KNB, 'Wie geeft u het vertrouwen?', Den Haag: KNB 2014, www.notaris.nl (zoek op brochure wie geeft u het vertrouwen).

¹⁵⁵ A.H.N. Stollenwerk & R.C.E. van der Heide- van IJzinga Veenstra, 'Het levenstestament, een inleiding', FTV 2010/40, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 5.

¹⁵⁶ A.H.N. Stollenwerk, 'Het levenstestament – een regeling voor het geval van wilsonbekwaamheid!', FTV 2010/39, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 2.

waar in eigen belangen niet meer kunnen worden behartigd. Een levenstestament bestaat uit één of meer volmachten, de omschrijving van de wensen ten aanzien van (medische) verzorging, zoals een euthanasieverklaring of een behandelverbod. Er kunnen vermogensrechtelijke belangen opgenomen worden, zoals het doen van een schenking. Daarnaast kan er een volmacht voor ondernemingsbelangen opgenomen worden. Er kan in vastgelegd worden wie bij voorkeur als wettelijk vertegenwoordiger kan optreden als de oudere handelingsonbekwaam dan wel handelingsonbevoegd wordt.¹⁵⁷ Overigens kan de inhoud van een levenstestament altijd worden gewijzigd of eventueel worden herroepen bij de notaris, mits de oudere daartoe wilsbekwaam wordt geacht.¹⁵⁸

4.3. Centraal Levenstestamentenregister

Nadat een levenstestament is getekend, kan de notaris het levenstestament inschrijven in het Centraal Levenstestamentenregister (hierna: CLTR). Dit register is in 2011 opgericht en wordt beheerd door de KNB.¹⁵⁹ De notaris heeft toestemming nodig van zijn cliënt om het testament in te schrijven in dit register. De informatie door wie, wanneer en bij welke notaris het levenstestament is opgemaakt, kan in dit register worden geregistreerd. Het levenstestament kan niet inhoudelijk worden ingezien, maar het CLTR beantwoordt wel de vraag of iemand een levenstestament heeft en bij welke notaris dit zich bevindt.¹⁶⁰ Het doel van dit register is om levenstestamenten makkelijker te traceren. Het register is niet wettelijk gecodificeerd en de inschrijving van een levenstestament is dan ook niet verplicht gesteld voor een notaris.¹⁶¹ Alleen notarissen kunnen dit digitale register inzien. Andere organisaties zullen toestemming moeten vragen aan de notaris om dit register te mogen inzien.¹⁶²

4.4. Passeren van een levenstestament

Het levenstestament wordt opgesteld bij een notaris. De notaris dient vóór het passeren van een testament allereerst de identiteit van de betrokken oudere vast te stellen op grond van artikel 39 lid 1 Wna. Daarnaast dient de cliënt wilsbekwaam te zijn om een levenstestament op te kunnen stellen gelet op artikel 3:33 BW.¹⁶³ Doorslaggevend voor de rechtsgeldigheid van het testament is dat de notaris zich bij het passeren van het testament voldoende heeft vergewist of de daadwerkelijke wil van de cliënt overeenkomt met de inhoud van het testament.¹⁶⁴ De notaris heeft twee belangrijke plichten bij het passeren van een levenstestament, die hieronder kort worden toegelicht.

4.4.1. Informatie- en ministerieplicht

Zoals besproken in hoofdstuk 2 is het de taak van de notaris om de cliënt te informeren over de mogelijkheden van het testament, met zijn professionele kennis en ervaring raad te geven en hem te begeleiden met het opstellen ervan op grond van zijn informatieplicht uit artikel 43 lid 1 Wna. Als de notaris ervan overtuigd is dat de verschijnende personen hebben begrepen wat de inhoud van het testament is, mag hij aannemen dat hij aan de informatieplicht heeft voldaan.¹⁶⁵ Op grond van artikel 21 lid 1 Wna heeft de notaris de ministerieplicht. De notaris mag het verlenen van zijn diensten alleen weigeren als er een vermoeden is dat zijn diensten zullen leiden tot strijd met het recht of met de openbare orde. Daarom moet de notaris beoordelen of er sprake is van wilsonbekwaamheid bij de cliënt ten tijde van het passeren van het levenstestament.¹⁶⁶ De notaris kan voor deze beoordeling gebruik maken van het stappenplan van de KNB, genaamd 'Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening'.¹⁶⁷

¹⁵⁷ 'Wat kan ik allemaal vastleggen in een levenstestament?', 22 juni 2013, www.hetlevenstestament.nl (zoek op *vastleggen levenstestament*).

¹⁵⁸ A.H.N. Stollenwerk & R.C.E. van der Heide- van IJzinga Veenstra, *Het levenstestament, een inleiding*, FTV 2010/40, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 6.

¹⁵⁹ Engelbertink 2013, p. 71.

¹⁶⁰ 'Centraal Levenstestamentenregister', www.notaris.nl (zoek op *centraal levenstestamentenregister*), geraadpleegd op 25 februari 2014.

¹⁶¹ Blankman 2013, p. 7.

¹⁶² Zie bijlage G - Interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

¹⁶³ Zie bijlage B – KNB: stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening.

¹⁶⁴ Voor de uitleg over het begrip wils(on)bekwaamheid wordt verwezen naar hoofdstuk 2, paragraaf 2.1.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 1995/96, 23 706, nr. 6, p. 50 (NV).

¹⁶⁶ Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 25 (MvT).

¹⁶⁷ Zie bijlage B – KNB: stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening.

4.4.2. Stappenplan ter beoordeling van wilsbekwaamheid

De notaris heeft sinds 2006 een stappenplan van de KNB tot zijn beschikking gekregen, die hij als toetsingskader kan gebruiken bij de beoordeling van de wils(on)bekwaamheid van de cliënt.¹⁶⁸ Dit stappenplan van de KNB is in 2013 geactualiseerd in samenspraak met Alzheimer Nederland en samengevoegd met het protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid van de Vereniging van Indicerende en adviserende Artsen (hierna: VIA) en de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (hierna: EPN).¹⁶⁹ Het stappenplan kan als leidraad worden gehanteerd, maar het is niet dwingend van aard. De notaris heeft dit stappenplan om in te kunnen schatten of de betrokkene in staat is de reikwijdte van de gevolgen van een notariële akte te kunnen overzien. Het stappenplan biedt twee handvatten. Ten eerste geeft het indicaties voor de notaris over wanneer hij bedacht moet zijn op mogelijke wilsonbekwaamheid van cliënten en ten tweede geeft het stappenplan richtlijnen over de verdere procedure wanneer er aanwijzingen zijn dat de testateur mogelijk wilsonbekwaam is.¹⁷⁰

4.4.2.1. Inhoud

Het stappenplan kent vier onderdelen, namelijk de inleiding, de indicatoren, de vervolgstappen en de conclusie. In het eerste onderdeel is aangegeven dat voor het tekenen van een notariële akte een cliënt in staat moet zijn tot een redelijke waardering van de belangen behorende bij de in de akte neergelegde rechtshandeling. Indien daartoe aanleiding bestaat, dient de notaris de wilsbekwaamheid van de cliënt nader te onderzoeken. Hierbij wordt hem aangeraden om hem te laten bijstaan door twee medewerkers van zijn kantoor en deze medewerkers als getuigen op te laten treden bij het eventueel passeren van de akte. In het onderdeel indicatoren wordt aangegeven dat het uitgangspunt is dat een cliënt handelingsbekwaam is en hij moet worden geacht zijn belangen te kunnen behartigen.¹⁷¹

Indien er aanleiding bestaat om aan de geestesgesteldheid van de cliënt te twifelen, dient de notaris dit nader te onderzoeken. Daarbij worden verschillende indicatoren genoemd waarbij er sprake kan zijn van twijfel aan de geestesgesteldheid van de cliënt. Algemene indicatoren zijn dat de cliënt op hoge leeftijd is, of indien de administratie niet in eigen beheer is, of indien de cliënt verblijft in een zorginstelling of onder curatele dan wel beschermingsbewind staat. Maar ook als er een medische indicatie is, zoals de ziekte van Alzheimer. Voor testamenten zijn er specifieke indicatoren. Bijvoorbeeld als een persoon vaker dan voor hem gebruikelijk een aanpassingsverzoek doet met betrekking tot zijn testament of dat de inhoud van het testament ongebruikelijk is of ingrijpend afwijkt van de inhoud van een eerder testament. De notaris dient na deze stap te beoordelen of hij de wilsbekwaamheid verder volgens het stappenplan zal beoordelen. Hij kan zich daarbij vragen stellen gelet op de indicatoren en of dat er bijvoorbeeld sprake zou zijn geweest van beïnvloeding door derden.

Als er inderdaad twijfel bestaat over de wilsbekwaamheid, dient de notaris nader onderzoek te verrichten. Hier heeft het derde onderdeel van het stappenplan betrekking op. De notaris dient dan de cliënt te informeren en vragen te stellen. Er dient daarbij rekening gehouden te worden met het bevattingsvermogen en eventuele cognitieve en emotionele beperkingen van de cliënt, gehoorklachten en een verminderd gezichtsvermogen. Dan dient de notaris de beslisvaardigheid van de cliënt te toetsen aan de hand van open vragen, of de cliënt over de vaardigheden beschikt om het vermogen te hebben een keuze uit te drukken, om informatie en de betekenis van deze informatie te begrijpen, te beseffen en te waarderen gelet op zijn eigen situatie en of de oudere logisch kan redeneren en de informatie kan betrekken in het overwegen van opties.

¹⁶⁸ 'Stappenplannen voor het notariaat', www.knb.nl (zoek op *stappenplannen voor het notariaat*), geraadpleegd op 20 februari 2014.

¹⁶⁹ EPN & VIA, *Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten*, 2012, versie 1.

¹⁷⁰ L. van Almelo, 'Is zij wel goed bij haar hoofd?', *Notariaat Magazine* 2012/1, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

¹⁷¹ Artikel 3:32 lid 1 BW.

4.4.2.2. Aanhoudende twijfel

Na het doorlopen van de besproken stappen uit het stappenplan zal de notaris moeten beslissen of de cliënt wel of niet wilsbekwaam is. Indien de cliënt wilsbekwaam wordt geacht en er daarover geen twijfel aanwezig is, zal het testament gepasseerd worden op grond van de notaris zijn ministerieplicht uit artikel 21 lid 1 Wna.

Indien het gaat om het passeren van een testament bij twijfel bestaan hier, gelet op de literatuur, twee verschillende opvattingen over. De schrijvers Perrick¹⁷², Kolkman¹⁷³, Kleijn¹⁷⁴ en Van Mourik¹⁷⁵ zijn van mening dat bij twijfel van wilsbekwaamheid de notaris de akte moet passeren. Zij benadrukken dat als er twijfel bestaat bij de notaris over de veranderlijke vermogens van de testateur, dit dan geen reden is om de dienst te weigeren. De twijfel van de notaris zou namelijk niet de plicht tot dienstverlening uit artikel 21 Wna ontnemen, vooral niet als het gaat om het opstellen van een notariële akte wat alleen een notaris kan doen.¹⁷⁶ Zij achten het verstandig om door de notaris zijn bevindingen schriftelijk vast te leggen, zodat deze als bewijsmateriaal kan worden verstrekt, indien na het overlijden van de testateur het testament wordt aangevallen door belanghebbenden.^{19 20} Waaijer is er voorstander van dat er juist niet gepasseerd moet worden bij twijfel over de wilsbekwaamheid.¹⁷⁷ Volgens hem heeft de notaris een zwaarwegende zorgplicht om te voorkomen dat hij een nietige of vernietigbare akte passeert. In geval van spoed komen de twee stromingen dichtbij elkaar. Waaijer is van mening dat in het geval de testateur naar verwachting op korte termijn zal overlijden, onder die extreme omstandigheden het wel verdedigbaar wordt geacht dat de notaris de akte passeert, mits hij zijn twijfel over de wilsbekwaamheid aan de testateur openbaart. Hij dient dat te doen in de akte en niet slechts in de dossieraantekeningen, want die zijn voor derden niet kenbaar.¹⁷⁸

De beoordelingsvrijheid inzake de beslissing tot het wél of juist niet passeren van een testament bij twijfel kent dus verschillende opvattingen. Het stappenplan van de KNB is hier echter erg duidelijk over. Indien de cliënt wilsbekwaam wordt geacht, en ondanks dat, er kans op herstel bestaat kan de akte niet gepasseerd worden door de notaris. Verdere bespreking kan dan uitgesteld worden tot een later tijdstip. Indien er geen kans op herstel blijkt te bestaan, kan de akte niet gepasseerd worden volgens het stappenplan.¹⁷⁹

4.4.2.3. Inschakeling VIA-arts

In de normale gevallen wordt de beoordeling van de wilsbekwaamheid aan de notaris overgelaten. Echter de notaris heeft bij twijfel, op grond van het stappenplan, de optie om medisch advies in te winnen bij een niet-behandelend, onafhankelijk en adviserende VIA-arts.¹⁸⁰ Dit ligt anders als de cliënt lijdt aan een ziekte die de geestelijke vermogens kan beïnvloeden, zoals dementie, en waar de notaris weet van heeft. Dan dient hij altijd een VIA-arts in te schakelen. Het register van de VIA-artsen staat tot de beschikking van de notaris. De notaris mag dit register raadplegen om een arts te kunnen inschakelen die hem een deskundige verklaring over de wils(on)bekwaamheid mag geven.¹⁸¹ De arts in dit register hebben zich gespecialiseerd in het stellen van diagnoses en het geven van advies. De notaris kan voor de aanvraag gebruik maken van het aanvraagformulier 'Modelformulier aanvraag medische beoordeling in het kader van wilsbekwaamheid', dat is toegevoegd aan het stappenplan. De notaris blijft, ondanks een verklaring van de arts,

¹⁷² J.P.F. Kooijman, 'De cliënt, de dokter en de notaris', FTV 2010/10, nr. 42, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 14-15.

¹⁷³ Lekkerkerker e.a. 2010, p. 137.

¹⁷⁴ W.M. Kleijn, 'Gedachten over het notariële dilemma omtrent passeren bij wilsbekwaamheid van een testateur', FTV nr. 4, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p.19-21.

¹⁷⁵ M.J.A. van Mourik, 'Notaris en wilsbekwaamheid', WPNR 6987/706, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 5.

¹⁷⁶ Lekkerkerker e.a. 2010, p. 136.

¹⁷⁷ B.C.M. Waaijer, 'Het passeren van een testament voor een mogelijk wilsbekwame testateur: een proeve voor een protocol', WPNR, 6630/599, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 599 – 604.

¹⁷⁸ J.P.F. Kooijman, 'De cliënt, de dokter en de notaris', FTV 2010/42, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 15.

¹⁷⁹ Zie bijlage B – KNB: stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening.

¹⁸⁰ P. Blokland, 'Notaris en wilsbekwaamheid in jurisprudentie en praktijk', WPNR 6987/710, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

¹⁸¹ E. Cleton, C.G.C. Engelbertink, S.A. van de Merwe, 'Wilsbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken', FTV 2012, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 18.

altijd eindverantwoordelijke in de beslissing omtrent de wils(on)bekwaamheid.

4.5. Preventieve beschermingsmaatregel tegen financieel misbruik

Het levenstestament wordt als een preventieve notariële beschermingsmaatregel gezien gelet op het beschermen van wilsonbekwame ouderen tegen financieel misbruik. Het levenstestament geeft ouderen de mogelijkheid tijdig hun wensen te laten vastleggen bij een notaris. Hierin kunnen zij hun persoonlijke wensen en financiën goed regelen en een wettelijke vertegenwoordiger bij voorkeur benoemen.

4.5.1. Stappenplan ter signalering van financieel misbruik

Een wilsonbekwame oudere kan slachtoffer worden van financieel misbruik door middel van een levenstestament. Een dader van financieel misbruik kan deze oudere namelijk eenvoudig dwingen dan wel overhalen om een levenstestament op te stellen, of te wijzigen, en zichzelf als financieel begunstigde aanwijzen. De notaris heeft daarom van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen in 2013 een stappenplan genaamd 'Stappenplan bij financieel misbruik Ouderen', tot zijn beschikking gekregen als hulpmiddel om financieel misbruik te kunnen signaleren.¹⁸² Het stappenplan is een leidraad en is dan ook niet verplicht om te hanteren. Het stappenplan bestaat uit de volgende stappen: signaleren en onderzoeken, consulteren, bespreken, afwegen, beslissen en de nazorg. Het stappenplan zal hieronder kort toegelicht worden.

4.5.2. Inhoud

De eerste stap is het signaleren en onderzoeken van het financieel misbruik. De notaris dient hierbij alert te zijn in bepaalde situaties, zoals een ander dan de cliënt zelf die de afspraak heeft gemaakt of die aanwezig wil zijn bij de bespreking. Als de notaris twijfelt of vermoedt dat er mogelijk financieel misbruik aanwezig is, dan dient hij dit verder te onderzoeken. De notaris kan dit toetsen door de cliënt alleen te spreken, bij voorkeur meerdere keren, voordat hij overgaat tot het passeren van de notariële dienstverlening. Blijft de notaris twifelen dan gaat hij naar de volgende stap, namelijk het consulteren. Deze stap houdt in dat de notaris met een collega, bij voorkeur met ervaring, kan overleggen over het (vermoeden van) financieel misbruik. De bevindingen van dit gesprek kunnen opgenomen worden in het dossier. Tevens kan de notaris (anoniem) advies inwinnen bij een Steunpunt Huiselijk Geweld (hierna: SHG). De derde stap betreft het bespreken van de bevindingen van de notaris met de cliënt.

Daarna dient de notaris op basis van alle informatie en signalen een afweging te maken of er sprake is van (een vermoeden van) financieel misbruik op grond van de vierde stap. Op grond van de vijfde stap zal de notaris moeten beslissen of hij de notariële akte passeert of dat hij zijn dienstverlening weigert. Als er na het doorlopen van het stappenplan geen sprake is van (een vermoeden van) financieel misbruik, kan de notaris verder gaan met het dossier. Als de gevraagde dienst naar de redelijke overtuiging van de notaris (vermoedelijk) leidt tot strijd met het recht of de openbare orde of het handelingen betreft die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben, moet de notaris zijn dienstverlening weigeren.

De laatste stap betreft de nazorg. Dit houdt in dat de notaris met de cliënt contact opneemt om te zien hoe het gaat. Als de veiligheid van de cliënt in acuut gevaar is, dient een notaris deze veiligheid te waarborgen door direct contact op te nemen met een SHG of de politie. Overigens kunnen notarissen contact opnemen met de KNB-werkgroep Voorkomen van financiële uitbuiting om informatie of raad te vragen over dit stappenplan en wat ze in een bepaalde situatie moeten doen, zover de notariële geheimhoudingsplicht dit toelaat.¹⁸³

¹⁸² Zie bijlage H - KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen: stappenplan bij financieel misbruik Ouderen.

¹⁸³ Zie bijlage G - Interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

4.6. Het levenstestament versus de rechterlijke beschermingsmaatregelen

In het geval dat de oudere niets heeft geregeld in een levenstestament omtrent de wettelijke vertegenwoordiging en hij zijn belangen niet meer kan behartigen, bestaat de wettelijke regeling van rechterlijke beschermingsmaatregelen. Vaak heeft de betrokken oudere zelf een voorkeur voor wie hij als vertegenwoordiger wil benoemen, mocht hij wilsonbekwaam worden. Gezien zijn geestelijke gezondheid is het niet zeker of hij deze voorkeur nog aan de rechter kenbaar kan maken. Daarom is het van tevoren schriftelijk vastleggen van deze wensen en voorkeuren in een levenstestament een goed alternatief om regie over het eigen leven te kunnen houden.

In een levenstestament kan een vertrouwd vertegenwoordiger worden gemachtigd om belangen te behartigen. De rechter dient bij de benoeming van een wettelijk vertegenwoordiger altijd rekening te houden met deze voorkeur en mag hier alleen van afwijken als daar gegronde redenen voor zijn. Bij de oplegging van een rechterlijke beschermingsmaatregel zonder opgegeven voorkeur beslist de rechter wél wie de vertegenwoordiger zal worden, aangezien de oudere dit niet meer kan door de intreding van de wilsonbekwaamheid.¹⁸⁴ Door deze intervisie van de rechter is er geen juridische ruimte voor de oudere om te bepalen wie de vertegenwoordiger wordt en wat zijn bevoegdheden zouden moeten zijn.¹⁸⁵ Blankman vindt dan ook, gelet op de bescherming van ouderen tegen financieel misbruik, dat de Wet wijziging cbm de relatie tussen het levenstestament en de beschermingsmaatregel meer nadruk had kunnen geven. Bij de beschrijving in artikelen 1:389 lid 2 (curatele) en 449 lid 1 BW (beschermingsbewind) had kunnen worden bepaald dat de maatregel ook eindigt wanneer een levenstestament voorziet in de behartiging van de betrokken belangen.¹⁸⁶

Het levenstestament kent naast deze voordelen ook knelpunten, zoals een lastige erkenning van banken of onduidelijkheid inzake de eindiging van de volmacht aangezien het levenstestament geen vast model kent. De afspraken in het levenstestament dienen niet altijd gehonoreerd te worden door de kantonrechter, aangezien het geen lastgeving is. De gevolmachtigde mag afwijken van bepaalde volmachten als daar geen sanctie op is gegeven in het levenstestament.¹⁸⁷ Bij een rechterlijke beschermingsmaatregel dienen afspraken wél verplicht nagekomen te worden.¹⁹¹ Een volmacht opgenomen in een levenstestament is niet volledig dekkend. De volmachtgever blijft bekwaam om af te wijken van die volmacht en zelf handelingen te verrichten.

Het toezicht bij een rechterlijke beschermingsmaatregel is tevens anders; de kantonrechter is altijd de toezichthouder op de uitvoering van deze maatregelen. Het levenstestament kent een dergelijk rechterlijk toezicht niet. Er is wel de mogelijkheid aanwezig om één of meerdere toezichthouders op de gevolmachtigde(n) te benoemen in het levenstestament.¹⁸⁸ Deze mogelijkheid is echter niet verplicht, zoals wel het geval is bij een rechterlijke beschermingsmaatregel. Aan de knelpunten van het levenstestament in de praktijk zal verder aandacht worden besteed in hoofdstuk 5.

¹⁸⁴ Engelbertink, 2013, p. 95.

¹⁸⁵ Blankman & Kaljee 2013, p. 4.

¹⁸⁶ Blankman 2013, p. 55.

¹⁸⁷ F. Swennen, 'Meerderjarigenbescherming in de lage landen', FJR 2013/100, Deventer: Kluwer 2013, p. 5.

¹⁸⁸ R. Houwing, 'Rekening en verantwoording en de volmacht', FTV 2010/43, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 16-17.

5. Notariële bescherming in de praktijk

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de juridische mogelijkheden die de notaris heeft om de wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde oudere notarieel te beschermen tegen financieel misbruik in de praktijk. Bij deze uitleg wordt ingegaan op aandachtspunten die hierbij in acht moeten worden genomen, de knelpunten die hierbij kunnen ontstaan en welke invloed het pilotproject heeft op de beschermende rol van de notaris.

5.1. Beoordeling wilsbekwaamheid

Bij het opstellen van een levenstestament is de beoordeling van de wilsbekwaamheid van de oudere door de notaris één van de eerste acties die genomen moet worden. De notaris moet ervoor zorgen dat de oudere die het levenstestament maakt dit ook daadwerkelijk uit vrije wil doet en dus nog wilsbekwaam wordt geacht. KNB heeft een stappenplan ter beschikking gesteld om deze wil te kunnen beoordelen.¹⁸⁹ In hoofdstuk 4 is de theoretische inhoud hiervan beschreven. In deze paragraaf wordt de problematiek rondom de beoordeling van de wilsbekwaamheid door de notaris in de praktijk beschreven.

5.1.1. Tuchtrechtspraak

Op grond van artikel 93 lid 1 Wna zijn notarissen aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij wat bij de wet is bepaald of als zij in strijd handelen met hun notariële zorgplicht. Onder de notariële zorgplicht valt onder andere dat de notaris dient te bepalen of een persoon tijdens het opstellen van een (levens)testament wilsbekwaam is. Als een notaris in strijd handelt met zijn zorgplicht, kan sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen. De vier Kamers voor het notariaat zijn en in laatste instantie de Notariskamer van het Gerechtshof te Amsterdam zijn de tuchtrechter voor het notariaat. Deze tuchtrechter toetst in voorkomend geval of de notaris aan deze zorgplicht heeft voldaan op grond van artikel 93 lid 1 en lid 2 Wna.¹⁹⁰

Het stappenplan van de KNB ten behoeve van de beoordeling van de wilsonbekwaamheid kent in theorie geen tuchtrechtelijke status, aangezien wettelijke verplichting ontbreekt. Echter gelet op jurisprudentie kan worden geconstateerd dat een notaris, tegen wie in verband met de beoordeling van wilsbekwaamheid een klacht wordt ingediend, kan worden verweten dat hij het stappenplan niet of niet correct heeft gehanteerd.¹⁹¹ De notaris kan bijvoorbeeld een tuchtrechtelijke maatregel opgelegd krijgen als hij te kort is geschoten in deze notariële zorgplicht. Maatregelen voor de notaris zijn: de waarschuwing, de berisping, een boete, schorsing van uitoefening van het ambt (maximaal zes maanden) dan wel ontzetting uit de ambt.¹⁹⁴ Als er schade voortvloeit uit de ongeldigheid van het testament door een onjuiste beoordeling van de wilsbekwaamheid, kan er ook een schadevergoeding gevorderd worden bij de civiele rechter.¹⁹²

Belangrijk voor de notaris is om zich bewust te zijn van een correcte toepassing van het stappenplan om een rechtsgeldig levenstestament op te stellen, zodat met dit testament een oudere beschermd kan worden tegen financieel misbruik.

5.1.2. Jurisprudentie

Daar het begrip wilsbekwaamheid en het stappenplan omtrent de beoordeling daarvan niet wettelijk zijn vastgelegd, speelt de problematiek bij notarissen omtrent wanneer zij dit stappenplan dan wél of niet moeten hanteren in de praktijk. De artikelen in het BW en in het Wna bevatten geen bepalingen over de manier waarop wilsbekwaamheid moet worden beoordeeld. Er geldt dan ook een grote beoordelingsvrijheid met daar tegen het

¹⁸⁹ Zie bijlage B – KNB: Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening.

¹⁹⁰ KNB, 'Klacht indienen bij de kamer voor het notariaat', www.knb.nl (zoek op *tuchtrechtspraak*), geraadpleegd op 22 maart 2014.

¹⁹¹ P. Blokland, 'Notaris en wilsonbekwaamheid in jurisprudentie en praktijk', WPNR 6987/702, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 3-4.

¹⁹² KNB, 'Aanstelling notaris', www.knb.nl (zoek op *aanstelling notaris*), geraadpleegd op 12 maart 2014.

ontbreken van rechtszekerheid voor notarissen. Deze problematiek uit zich in jurisprudentie. Sommige uitspraken verschillen namelijk in de afwegingen gelet op de vraag wanneer de notaris verplicht wordt om nader onderzoek te verrichten naar de wilsbekwaamheid van de cliënt, waar bij het stappenplan (soms verplicht) gehanteerd kan worden. Om dit verschil aan te tonen zullen hieronder een aantal recent gewezen arresten en daaruit voortvloeiende rechtsregels omtrent de beoordeling besproken worden.

5.1.2.1. Geen verplicht nader onderzoek

Een voorbeeld van een arrest waarin de notaris niet gehouden werd tot nader onderzoek gelet op het stappenplan is het arrest van de Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden in 2013.¹⁹³ In dit arrest stelde de klaagster (de dochter van de erflater) zich op het standpunt dat de notaris en de kandidaat-notaris niet correct hadden gehandeld ter zake van het passeren van onder andere het testament van haar vader. Kort samengevat gaf zij aan dat haar vader in die tijd al niet meer wilsbekwaam was. Zij wees daartoe onder meer op de rapporten van de psycholoog en de psychiater en op verklaringen van derden. Ook gaf zij als standpunt aan dat de notaris op de hoogte was van het feit dat een verzoek was ingediend om de oudere onder curatele te stellen. Voor zover het ging om de beoordeling door de notaris achtte de Kamer het van belang dat eerst indien er daadwerkelijk twijfels zijn over de wilsbekwaamheid grond bestaat voor toepassing van het stappenplan van de KNB inzake de beoordeling van wilsbekwaamheid. Naar het oordeel van de Kamer had de notaris duidelijk toegelicht waarom zij in dit geval, mede gelet op het stappenplan, haar ministerieplicht niet had geweigerd. De notaris heeft aangegeven dat vanwege de leeftijd van erflater en ook vanwege de door klaagster en haar advocaat verstrekte informatie, met de nodige voorzichtigheid te werk was gegaan. Voor de notaris was van belang dat in alle gesprekken de vader zijn standpunt goed heeft beargumenteerd. Er bestond daarom geen enkele aanleiding aan te nemen dat vader niet uit vrije wil handelde. Naar het oordeel van de Kamer had de notaris voldoende toegelicht hoe zij tot de slotsom was gekomen dat zij geen reden had om te twijfelen aan de wilsbekwaamheid en de vrije wil van de testateur op dat moment en dat zij niet gehouden was verder te onderzoeken of er indicatoren aanwezig waren als bedoeld in het stappenplan van de KNB. De klacht werd daarom ongegrond verklaard.

Een ander recent voorbeeld over het niet hoeven hanteren van het stappenplan is gewezen door de Notariskamer van Gerechtshof Amsterdam.¹⁹⁴ Klagers verweten de notaris dat hij een testament had gepasseerd van hun vader, terwijl hij wist, althans volgens hen had moeten weten, dat de testateur wilsbekwaam was. De testateur was ten tijde van het passeren van het testament terminaal ziek en gebruikte zware medicatie tegen zijn slechte geestelijke toestand. Ten tijde van het bezoek door de notaris was de testateur vanwege die slechte toestand zelfs vastgebonden aan bed. Klagers beweerden dat de notaris het stappenplan van de KNB had moeten volgen. Volgens dit plan had hij zich moeten laten vergezellen van twee kandidaat-notarissen om de wilsbekwaamheid van testateur vast te stellen. Ook had de notaris om een medische verklaring van de behandelende arts moeten vragen om te kunnen beoordelen of de testateur wilsbekwaam was. De notaris stelde als standpunt dat er voor hem geen reden was om te twijfelen aan de wilsbekwaamheid van de testateur. Daarbij achtte het Hof dat moest worden opgemerkt dat de gehoudenheid van de notaris om de wilsbekwaamheid van de testateur te onderzoeken moet worden gezien vanuit de professe van een notaris en niet vanuit de professe van een medicus. Een notaris, die in opdracht van het Hof had onderzocht of er voor de notaris reden was te twijfelen aan de wilsbekwaamheid van de testateur, had bovendien in zijn onderzoeksrapport bevestigd dat de notaris op juiste gronden had geoordeeld dat er geen reden bestond te twijfelen aan die wilsbekwaamheid. Er werd voldoende aannemelijk gemaakt dat de notaris op verschillende manieren heeft

¹⁹³ Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:TNORARL:2014:4.

¹⁹⁴ Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam 18 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:390.

geprobeerd vast te stellen of de testateur in staat was zijn wil te bepalen en wat diens wensen met betrekking tot de inhoud van het testament inhielden. Gelet op de bevindingen van de notaris die geen grond behoefteden tot twijfel, vond het Hof dat hij geen aanleiding had om het stappenplan toe te passen.

5.1.2.2. Wel verplicht nader onderzoek

Een recent voorbeeld omtrent de verplichting tot het volgen van het stappenplan en de oplegging van een tuchtrechtelijke maatregel aan een notaris is het arrest gewezen door de Kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden in 2014.¹⁹⁵ De notaris had de erflaatster in het ziekenhuis bezocht tijdens het passeren van het testament. De notaris had twee medewerkers van zijn kantoor als getuigen meegenomen indiende erflaatster fysiek niet meer in staat zou zijn zelf haar handtekening te zetten. Dat laatste bleek inderdaad zo. Zij overleed op 10 juni 2013. Kort samengevat geeft klaagster (dochter van erflaatster) in dit verband aan dat de notaris onvoldoende had onderzocht of haar moeder in staat was om haar wil te bepalen. De dochter vermoedde daarnaast dat haar oom, die belang had bij het testament, betrokken was bij het opstellen van dit testament aangezien hij financieel werd bevorderd. Het Hof gaf aan dat in een tuchtprocedure van een notaris mag worden verlangd dat hij voldoende gemotiveerd kenbaar maakt hoe hij tot zijn conclusie is gekomen dat erflaatster wilsbekwaam was. Voor de notaris bestond er geen enkele twijfel aan de wilsbekwaamheid, aangezien de vrouw helder overkwam tijdens de keren dat hij haar gesproken had. Bovendien, is door anderen in de omgeving van erflaatster in die tijd, ook niet aangegeven dat zij wilsonbekwaam zou zijn. Er was voor de notaris geen reden om een arts of behandelaar te raadplegen. De kamer vond dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, op de notaris een verdergaande onderzoeksplicht naar de wilsbekwaamheid rustte. Naar het oordeel van de kamer had de notaris daarom tevens een medische verklaring van een arts moeten aanvragen. Dat derden niet hebben gezegd dat erflaatster wilsonbekwaam was, doet niet af aan de eigen onderzoeksplicht van de notaris. De kamer oordeelde dat de notaris tekort was geschoten in zijn notariële zorgplicht en hij onzorgvuldig heeft gehandeld. Daarom kreeg hij de tuchtmaatregel van waarschuwing opgelegd. Tevens werd de klacht omtrent de wilsonbekwaamheid gegrond verklaard, want de notaris had nader onderzoek moeten verrichten en hij had het stappenplan moeten hanteren.

5.1.2.3. Rechtsregels

Uit de besproken jurisprudentie valt af te leiden dat het stappenplan omtrent sommige zaken uitvloeit in rechtsonzekerheid voor de notaris. Er ontbreken duidelijk criteria voor de rechter en de notaris om een oordeel te vellen over de wilsbekwaamheid én de correcte beoordeling daarvan.¹⁹⁶ Deze onzekerheid betreft in het bijzonder de vragen wanneer de notaris dient over te gaan op het instellen van een nader onderzoek, de hantering van het stappenplan van de KNB en wanneer hij een arts dient in te schakelen. Vooropgesteld wordt dat op een notaris een zwaarwegende zorgplicht rust om na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden die moeten worden vervuld voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de in een akte opgenomen rechtshandeling. In dat kader moet de notaris onder meer nagaan of de betrokkene in staat is zich een rechtens relevante wil te vormen in de zin van artikel 3:33 BW.

Ook vloeit uit de jurisprudentie voort dat uitsluitend indien bijzondere omstandigheden daartoe duidelijk aanleiding geven, de notaris gehouden is een onderzoek in te stellen naar de geestestoestand van zijn cliënt. Het is niet relevant of derden wel of niet aangeven dat de betrokken cliënt wilsbekwaam of wilsonbekwaam was. Het is aan de notaris om hierover zelf een oordeel te vellen. De notaris moet de oudere helpen een goede afweging van zijn belangen te maken. Belangrijk daarbij is welke indruk de oudere maakt tijdens de gesprekken met de notaris over het testament en gedurende het gesprek

¹⁹⁵ Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 4 april 2014, ECLI:NL:TNORARL:2014:6.

¹⁹⁶ P. Vlaardingenbroek, 'Bij twijfel niet inhalen', WPNR 2013/6987, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 9.

wanneer het testament daadwerkelijk gepasseerd wordt. Bijkomende omstandigheden per individuele situatie spelen daarbij de bepalende rol.

Als de notaris alle stappen van het stappenplan van de KNB correct doorlopen heeft, bij twijfel een medische verklaring heeft aangevraagd en gemotiveerd heeft dat de cliënt naar zijn oordeel wilsbekwaam was ten tijde van het passeren van het testament, is de kans erg groot dat de notaris zorgvuldig gehandeld heeft, ook al blijkt daarna de oudere toch wilsonbekwaam te zijn. Uit één van de besproken arresten vloeit namelijk voort dat de notaris de wilsbekwaamheid beoordeelt aan de hand van de professie uit het notariaat en niet vanuit de professie van een medicus. De staatssecretaris van VenJ heeft, ondanks het verschil in beoordeling van de Kamers, aangegeven dat het stappenplan niet verplicht dient te worden. Hij heeft verklaard dat tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid voldoende moeten zijn om als notaris het stappenplan op te volgen.¹⁹⁷

Bovenstaande geeft aan dat het belangrijk is om te allen tijde nader onderzoek te verrichten en daartoe het stappenplan verplicht te hanteren als het om een oudere, zieke of eenvoudig te beïnvloeden cliënt gaat, gelet op jurisprudentie.

5.1.3. Notarisshoppen

Bijkomend probleem van dienstweigering door een notaris is het notarisshoppen. Dit houdt in dat de pleger van financieel misbruik met zijn wilsonbekwame slachtoffer naar een andere notaris gaat om daar het testament te laten passeren. Het verschil in aanpak van notarissen hoe zij wilsbekwaamheid zien en beoordelen, speelt zeker mee. In het stappenplan van de KNB zijn geen afspraken hier omtrent vastgelegd.. De ene notaris passeert het testament, de andere notaris besluit om dit niet te doen. Notarissen kunnen elkaar niet waarschuwen voor dit notarisshoppen gelet op hun geheimhoudingsplicht uit artikel 22 Wna. 'De KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen is volop bezig om dit notarisshoppen aan te pakken, maar tot op heden is hier nog geen concrete oplossing voor gevonden, aangezien notarissen een ambtsgeheim hebben', aldus Van Kempen.¹⁹⁸ In het notariaat ontbreekt een register waarin melding kan worden gemaakt van weigering van het opmaken van een testament bij een vermoeden van wilsonbekwaamheid en bij een vermoeden van financieel misbruik. De notaris heeft geen mogelijkheid om te melden dat er iemand bij hem een testament wilde laten opmaken en waarbij hij twijfelde aan de wilsbekwaamheid.

Door de Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam is een uitspraak gewezen over het tegengaan van notarisshoppen door een notaris.¹⁹⁹ Het ging om een alleenstaande oudere dame, die onder begeleiding van haar neef naar de notaris kwam. Zij kon geen legitimatiebewijs overleggen, enkel een kopie. Zij kwam voor het eerst op gesprek bij de notaris en was niet woonachtig in de vestigingsplaats van het notariskantoor. Door het niet verrichten van een nader onderzoek door middel van doorvragen naar de woonsituatie van de vrouw is de notaris volgens het Hof tekortgeschoten in zijn notariële zorgplicht. Dit zou notarisshoppen kunnen tegen gaan, aldus het Hof. Uit deze uitspraak is af te leiden dat het belangrijk voor de notaris is om door te vragen en zo financieel misbruik te helpen voorkomen.

5.2. Bescherming tegen financieel misbruik

In hoofdstuk 4 is beschreven hoe een notaris, volgens het stappenplan van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen, financieel misbruik bij ouderen financieel misbruik kan signaleren. In deze paragraaf wordt toegelicht hoe de notaris invulling kan geven aan zijn rol inzake het voorkomen van financieel misbruik in de praktijk.

¹⁹⁷ Tweede Kamer *Handelingen* II, 2010-2011, nr. 1917.

¹⁹⁸ A. Veilbrief, 'Nieuw terrein voor iedereen', *Notariaat Magazine* 2013/10, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 29.

¹⁹⁹ Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2011, *LJN* BP8007.

5.2.1. Voorlichting

Het is de taak van de notaris om aan zijn cliënten rechtsbescherming te bieden inzake de inhoud en de rechtsgevolgen van een voorgenomen rechtshandeling en om financieel misbruik van cliënten te voorkomen gelet op zijn notariële zorgplicht. Wanneer het nodig is, zal een notaris een onderzoek naar financieel misbruik instellen.²⁰⁰ Dit vloeit voort uit artikel 4 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 en is door de Hoge Raad benadrukt in het arrest Groningse huwelijksvoorwaarden.²⁰¹

Eén van de eerste acties die een notaris kan nemen om financieel misbruik te bestrijden, is ouderen bewust maken van financieel misbruik door voorlichting te geven. Dit kan onder andere door brochures te overhandigen aan ouderen en aan andere belanghebbenden, zoals familie of partner, met het doel hen bewuster te maken van enerzijds wat een gevolmachtigde kan doen met een volmacht en anderzijds of een oudere een dergelijke volmacht aan de betreffende persoon wil geven.²⁰² Er is duidelijk behoefte bij ouderen aan deze informatie over wilsonbekwaamheid en financieel misbruik en zeker niet alleen in schriftelijke vorm.²⁰³ Een aantal notarissen verzorgt daarom lezingen voor ouderen in zogenaamde “Alzheimer-café’s” waar deze ouderen en familie kunnen samenkomen om over de ziekte Alzheimer en de gevolgen hiervan, mede op notarieel gebied, te praten.²⁰⁴ Door het aanbieden van schriftelijke dan wel mondelinge voorlichtingen heeft de notaris een preventieve voorlichtingsrol gelet op de bescherming van wilsonbekwame ouderen.

5.2.2. Overige beschermingsmaatregelen

De notaris kan, naast het aanbieden van voorlichting, ook andere maatregelen treffen om de oudere te beschermen tegen financieel misbruik. Allereerst is dit het signaleren van financieel misbruik aan de hand van het stappenplan van de KNB-werkgroep wat voor dit doel opgericht is.²⁰⁵ Op grond van dit stappenplan (resp. stap 5) kan de notaris bijvoorbeeld zijn cliënt bewust maken van de optie dat de bank de financiële bevoegdheden met betrekking tot de bankrekeningen kan beperken. Zo kan er een aparte zakgeldrekening worden geopend voor de huishoudelijke uitgaven. Indien nodig kan de notaris een (nieuwe) volmacht opstellen waarin de volmacht wordt beperkt tot een bepaalde rekening voor de gevolmachtigde. Zo kan er ook een nieuwe gevolmachtigde worden benoemd, als de huidige gevolmachtigde pleger is van financieel misbruik.

De notaris kan zijn cliënt ervan bewust maken dat het inbouwen van toezicht in het levenstestament een essentieel onderdeel is om financieel misbruik bij wilsonbekwaamheid te voorkomen. Als een toezichthouder niet naar behoren functioneert, dient de familie of de mantelzorger(s) dit te melden bij de notaris. In het uiterste geval trekt de notaris de volmacht voor de vertrouwenspersoon in.²⁰⁶ De notaris kan deze rol van toezichthouder ook zelf op zich nemen. Bij hem wordt dan rekening en verantwoording afgelegd door de gevolmachtigde omtrent de uitvoering van de volmachten die aan hem gegeven zijn in het levenstestament. Deze rol van de notaris als toezichthouder wordt toegelicht in paragraaf 4.4.

De notaris kan gebruik maken van het zogenaamde ‘spooktestament’.²⁰⁷ De notaris stelt dan een testament op waarin de financiële misbruiker wordt bevoordeeld. Daarvan wordt een afschrift meegegeven aan de oudere. Dit testament dient daarna te worden herroepen, want vervolgens passeert de notaris een nieuw testament conform de wil van de testateur. Van dit laatste ‘correcte’ levenstestament wordt geen afschrift meegegeven.

²⁰⁰ Aanhangsel *Handelingen II* 2013-2014, nr. 429.

²⁰¹ HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

²⁰² KNB, *Wie geeft u het vertrouwen?*, Den Haag: KNB 2014, www.notaris.nl (zoek op brochure wie geeft u het vertrouwen).

²⁰³ Zie bijlage A – interview dhr. W. Kop, beleidsmedewerker KBO-Brabant.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2013/2014, 29 389, nr. 62.

²⁰⁵ E. Cleton, C.G.C. Engelbertink & S.A. van de Merwe, *Hoe moet worden omgegaan met wilsonbekwame cliënten?*, FTV 2012/30, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

²⁰⁶ P. Boersma, D. van Kesteren, R. Smit, *Financieel misbruik, wat kun u zelf doen?*, Voor nu en later, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 87-89.

²⁰⁷ Zie bijlage G - Interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

In het cliënt-dossier dient te worden gemotiveerd waarom voor een spooktestament is gekozen. 'Echter gebeurt dit vrij weinig in de praktijk, aangezien de cliënt hier voor open moet staan. Hij moet het echte testament geheim kunnen houden voor zijn familie en/of zijn partner en dat wordt als lastig ervaren', volgens Van Kempen.²⁰⁸

De notaris kan adviseren aan de oudere zelf, een familielid tot en met de vierde graad, de echtgenoot of de partner om een rechterlijke beschermingsmaatregel aan te vragen voor de oudere om hem preventief te kunnen beschermen tegen financieel misbruik. Tevens kan de notaris de vertegenwoordigingsrol als curator of bewindvoerder op zich nemen om financieel misbruik bij de oudere te voorkomen, aangezien hij dan zelf de financiële belangen zal behartigen. Voor de toelichting op deze rol wordt verwezen naar paragraaf 3.5 en naar paragraaf 5.3.

Als de notaris (vermoedelijk) acht dat betrokken oudere slachtoffer is van financieel misbruik door zijn wettelijk vertegenwoordiger, kan hij dit melden bij het Openbaar Ministerie.²⁰⁹

Financieel misbruik plegen is een vorm van fraude. Het is immers het wegnemen van goederen die aan een ander toebehoren. Fraude is een strafbaar feit dat is opgenomen in onder andere de artikelen 310 en 321 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr). Van het frauduleus handelen kunnen directbetrokkenen aangifte doen bij de politie. Een notaris in zijn hoedanigheid kan geen aangifte doen, gelet op zijn geheimhoudingsplicht uit artikel 22 Wna, tenzij hij toestemming heeft van de cliënt.

5.2.3. Melden van financieel misbruik

De notaris heeft een geheimhoudingsplicht, ook na beëindiging van zijn ambt, op grond van artikel 22 Wna. Het ambtsgeheim van de notaris is van toepassing op alle informatie van en over de cliënt waarvan de notaris in die hoedanigheid kennisneemt. De notaris mag deze cliëntinformatie niet in een juridische procedure prijsgeven. Hij mag zich tegenover een rechter verschonen inzake het afleggen van een getuigenverklaring voor zover hij daarmee die vertrouwelijke informatie zou moeten onthullen.²¹⁰ De geheimhoudingsplicht beperkt zich tot de informatie die vertrouwelijk aan de notaris is meegedeeld of waarvan hij het vertrouwelijk karakter moest begrijpen. De notaris komt vaak achter misbruik na een vertrouwelijk gesprek met zijn cliënt hier over. In artikel 272 WvSr is voorts geregeld dat: *"hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt"* strafbaar is. Hier vloeit een brede geheimhoudingsplicht voor de notaris uit voort.²¹¹

Er is echter de laatste jaren bij verschillende ouderenmeldpunten een stijging merkbaar van meldingen van financieel misbruik.²¹² Notarissen moeten (vermoedens van) financieel misbruik van cliënten daarom kunnen melden, ondanks hun beroepsgeheim.²¹³ Door het pilotproject 'Voorkomen financiële uitbuiting ouderen' is het mogelijk gemaakt dat notarissen (een vermoeden van) financieel misbruik kunnen melden bij een SHG gelet op de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling, mits zij toestemming hebben van de betreffende cliënt.^{214 215} Als de notaris meldt zonder toestemming van zijn cliënt, dan wel anoniem of niet anoniem, handelt hij in strijd met zijn beroepsgeheim.²¹⁶ Daarom heeft de notaris altijd toestemming nodig van zijn cliënt.²¹³

²⁰⁸ Zie bijlage G - interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

²⁰⁹ Zie bijlage H - KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen: stappenplan bij financieel misbruik Ouderen.

²¹⁰ 'Hoe zit het met de geheimhoudingsplicht?', www.knb.nl (zoek op geheimhoudingsplicht), geraadpleegd op 5 maart 2014.

²¹¹ M.J.A. van Mourik, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', WPNR 2007/6724, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

²¹² Ministerie van VWS, 'Cijfers over ouderenmishandeling', 13 juni 2013, www.huiselijkgeweld.nl (zoek op stijging financieel misbruik).

²¹³ Ministerie van VWS, 'Voeg notariaat toe aan meldcode', 2 oktober 2013, www.huiselijkgeweld.nl (zoek op notariaat meldcode).

²¹⁴ Zie stap 6 uit bijlage H - KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen: stappenplan bij financieel misbruik Ouderen.

²¹⁵ Op www.vooreenveilighuis.nl kan de notaris zien wat hij kan doen en hoe hij het financieel misbruik bij een SHG kan melden.

²¹⁶ A. Veilbrief, 'Toekomst voor de 'buddy notaris'', Notariaat Magazine 2010/3, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 11.

5.3. De notaris als wettelijk vertegenwoordiger

Het is theoretisch gezien mogelijk dat de notaris als wettelijk vertegenwoordiger kan optreden voor een handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde oudere om financieel misbruik te voorkomen, gelet op de Wet wijziging cbm en het Besluit kwaliteitseisen cbm.²¹⁷

5.3.1. Standpunt kantonrechters

In de praktijk blijkt dat de vertegenwoordigingsrol door de notaris bezwaard wordt door het verbod inzake de belangenverstrengeling wat opgenomen is in artikel 9 van het Besluit kwaliteitseisen cbm. Dit artikel verplicht de vertegenwoordiger geen direct of indirect ander voordeel uit zijn positie als vertegenwoordiger te trekken dan de beloning die hij daarvoor ontvangt. Om de belangenbehartiging van de notaris zuiver te houden, mag hij bijvoorbeeld geen voordeel trekken uit een testament die de betrokkene gedurende zijn curatele of beschermingsbewind heeft gemaakt. Echter staat in de Nota van Toelichting expliciet aangegeven dat als een notaris bewindvoerder is, artikel 9 van het Besluit kwaliteitseisen cbm deze situatie niet in de weg staat.²¹⁸

In de praktijk interpreteren kantonrechters artikel 9 van het Besluit als volgt. Zij menen dat een notaris in zijn hoedanigheid de vertegenwoordigingsrol in de praktijk niet op zich kan nemen gelet op dit artikel. Zij menen dat er door deze benoeming de schijn van belangenverstrengeling kan optreden. Zij achten een notaris deskundig genoeg om de vertegenwoordigingsrol op zich te nemen, maar het gevaar wordt gezien in het feit dat hij dan twee rollen krijgt, namelijk de rol van notaris en de rol van een wettelijk vertegenwoordiger. Als de notaris bijvoorbeeld tegelijkertijd executeur is, menen de kantonrechters dat hij zijn eigen rekening en verantwoording moet beoordelen.²¹⁹ Artikel 8 lid 2 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 regelt de verhouding tussen de executeur en de boedelnotaris. Dit lid luidt als volgt: *‘De notaris die in een nalatenschap optreedt als executeur kan niet zonder instemming van de erfgenamen optreden als boedelnotaris’*. Een oplossing om tegemoet te kunnen komen aan dit bezwaar van deze kantonrechters is om hieraan een wettelijke regeling toe te voegen, waarin wordt bepaald dat de notaris eerst toestemming van de kantonrechter moet hebben om bepaalde handelingen te doen, in het geval er sprake is van mogelijke (schijn van) belangenverstrengeling.

Kantonrechters hebben daarnaast aangegeven dat de geheimhoudingsplicht van een notaris, op grond van artikel 22 Wna, een behoorlijk toezicht van de kantonrechter bemoeilijkt.

5.3.2. Onafhankelijke stichting

Verjans adviseert notarissen om, naast het notariaat, een onafhankelijke stichting omtrent de werkzaamheden van curatele en beschermingsbewind op te richten. Onafhankelijk wil zeggen dat de stichting geen notariële taken ten behoeve van de rechthebbende bij de notaris afneemt, zodat (de schijn van) belangenverstrengeling en het hebben van voordeel geen belemmering meer kan zijn voor de benoeming tot wettelijk vertegenwoordiger. De stichting dient niet als intermediair te handelen en dan ook geen notariële taken uit te oefenen. Een onafhankelijke stichting neemt tevens het bezwaar van de geheimhoudingsplicht weg, aangezien de bepalingen uit het Wna niet van toepassing zijn op een stichting. Deze stichting zal overigens wél moeten voldoen aan de kwaliteitseisen uit het Besluit kwaliteitseisen cbm. De vrijstellingen die voor een notaris gelden, op grond van artikel 12 lid 9 van het Besluit, gelden niet voor een stichting.²²⁰

²¹⁷ Zie hieromtrent de uitleg in hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.

²¹⁸ *Stb.* 2014, nr. 46, p. 25 (NvT).

²¹⁹ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom en zie bijlage F- vragenlijst kantonrechters.

²²⁰ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom.

5.3.3. Standpunt andere deskundigen

Maar liefst 64 procent van de notarissen heeft in 2013 aangegeven zich niet te laten benoemen als gevolmachtigde in een testament. En 29 procent zou dit uitsluitend doen op uitdrukkelijk verzoek van de cliënt. Hieruit kan worden afgeleid dat notarissen terughoudend handelen omtrent deze vorm van vertegenwoordiging.²²¹ Ook Engelbertink bekrachtigt dit: 'De notaris die zijn kantoororganisatie op curatele dan wel beschermingsbewind heeft ingericht en dit aanbiedt zijn bij mijn weten op één hand te tellen'.²²² "Als het gaat om een bewind waarin beslissingen met betrekking tot onroerend goed of rechtspersonen moeten worden genomen en waarbij de deskundigheid van de notaris van belang is, lijkt benoeming van een notaris een goed idee volgens Blankman. Dit geldt ook voor een curatele waarbij op zorggebied niet teveel en te verstrekkende beslissingen genomen behoeven te worden en het curatelebewind met name betrekking heeft op onroerend goed of rechtspersonen. 'De notaris is voor mij niet de eerst in aanmerking komende functionaris om te worden benoemd als curator of bewindvoerder, alleen in bijzondere gevallen komt hij zeker in aanmerking en is de meerderjarige goed af met een notaris/bewindvoerder die zijn deskundigheid inzet', aldus Blankman.²²³ Volgens bewindvoerder Driessens-Roodt kan een notaris een cliënt het beste kunnen doorverwijzen naar een curator dan wel bewindvoerder die hier speciaal op ingericht is, omdat een notaris ten eerste zelf de expertise en ervaring op dit gebied niet heeft en ten tweede een notariaat hier niet op ingericht zou zijn.²²⁴

Van Kempen heeft aangegeven dat zij (schijn van) belangenverstrengeling niet aanwezig acht, maar dat de benoeming van een rechtspersoon de continuïteit van de vertegenwoordiging meer waarborgt dan de benoeming van natuurlijk persoon, zoals een notaris in zijn hoedanigheid. Haar standpunt sluit aan bij de wet Wijziging cbm, namelijk dat de benoeming van een rechtspersoon mogelijk is gemaakt om de continuïteit te waarborgen.²²⁵ Zij meent dat een notaris een veilige haven en daarnaast onafhankelijk én onpartijdig genoeg om een oudere te vertegenwoordigen gelet op artikel 17 Wna. Als het gaat om een notaris die een lange en vertrouwelijke band met de oudere heeft, is er een dusdanige band aanwezig die deze vertegenwoordiging alleen maar ten goede zal komen. Hij beschikt volgens haar over de administratieve organisatie om de vertegenwoordiging efficiënt te laten verlopen.²²⁶ Daarbij is een notaris ondernemer en is het daarom voor hem financieel niet begunstigend om zich in zijn hoedanigheid te laten benoemen als curator dan wel bewindvoerder, aangezien hij dan weinig winst zal maken in de praktijk menen zowel Blankman als Van Kempen.^{227 230}

5.4. Het levenstestament in de praktijk

In hoofdstuk 4 is het levenstestament behandeld. In deze paragraaf wordt toegelicht wat de invulling van de preventieve rol van de notaris is en wat de knelpunten en aandachtspunten daarbij zijn voor een efficiënte bescherming.

5.4.1. Voorlichting

De notaris heeft een voorlichtende rol inzake de bewustwording van de cliënt door te tonen wat de gevolgen van het vastleggen van een levenstestament zijn. Dit kan bijvoorbeeld door een introductiegesprek met de cliënt of door het overhandigen van een brochure omtrent de gevolgen van een levenstestament.²²⁷ Tevens kan de wilsbekwame cliënt aangeraden worden om regelmatig te controleren of het levenstestament nog past bij zijn huidige situatie en wensen.²²⁸ 'Bewustwording van de cliënt over het levenstestament en financieel misbruik is erg belangrijk. Zo realiseert de oudere zich dat

²²¹ Blankman & Kaljee 2013, p. 24.

²²² Zie bijlage I - vragenlijst mevr. mr. C. Engelbertink.

²²³ Zie bijlage E - vragenlijst dhr. mr. dr. K. Blankman, hoogleraar VU Amsterdam.

²²⁴ Zie bijlage J - interview mevr. Driessens-Roodt, bewindvoerder IDR Bewindvoering.

²²⁵ Kamerstukken II 2011/12, 33 054, nr. 3 p. 1 (MvT).

²²⁶ Zie bijlage G - interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

²²⁷ KNB, 'Wie geeft u het vertrouwen?', Den Haag: KNB 2014, www.notaris.nl (zoek op brochure wie geeft u het vertrouwen).

²²⁸ Naar aanleiding van het interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom, te raadplegen in bijlage C.

ook hij slachtoffer van financieel misbruik kan worden', aldus Van Kempen.²²⁹ Engelbertink vindt dat voorlichting zowel voor de oudere als voor de notaris en het notariaat belangrijk is om financieel misbruik te kunnen herkennen en signaleren.²³⁰

5.4.2. Toezicht

Bij het levenstestament ontbreekt rechterlijk toezicht, waardoor een zware eis aan de zorgvuldigheid van de notaris wordt gesteld ten einde financieel misbruik te voorkomen. Tevens ontbreekt in de Wet wijziging cbm bepalingen omtrent een efficiënt toezicht van de kantonrechter op wettelijk vertegenwoordigers met minder dan drie meerderjarigen onder hun hoede dan wel vertegenwoordigers uit de familiekring.

De notaris heeft ter voorkoming van dit misbruik een oplossing voor handen, en dient zijn cliënt hier op te wijzen, namelijk door het inbouwen van toezicht in de vorm van het opnemen van een externe toezichthouder in het testament. Het toezicht houdt periodieke verantwoording in, aan een of meer externe toezichthouders door de gevolmachtigde inzake het uitvoeren van de betreffende volmachten. De notaris kan als toezichthouder worden benoemd. Hij is hier geschikt voor gelet op zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid jegens partijen op grond van artikel 17 lid 1 Wna. Gezien het vormvrije kader van het levenstestament zijn er verschillende vormen van toezicht mogelijk. Echter, gebleken is dat 45 procent van de notarissen géén gebruik maakt van deze mogelijkheid.²³¹ Dat is een beduidend groot aantal, wat zeker verminderd moet worden in de toekomst. 'Als een notaris geen toezicht, en zo dus geen controle, inbouwt in het levenstestament heeft het geen zin om het als preventieve beschermende maatregel op te stellen. Een rechterlijke beschermingsmaatregel is dan meer op zijn plaats', aldus Van Kempen.²³⁴ Het inbouwen van toezicht in een levenstestament is dus cruciaal.

5.4.3. Knelpunten

Bij het opstellen en vastleggen van een levenstestament in de praktijk komen diverse knelpunten naar voren die het voorkomen van financieel misbruik bemoeilijken.

5.4.3.1. Geen wettelijke basis

Het levenstestament is tot op heden niet wettelijk vastgelegd. Nederland heeft de Europese aanbeveling op het gebied van het levenstestament van de Raad van Europa nog niet omgezet in nationale wetgeving.²³² Blankman heeft aangegeven voorstander te zijn van de wettelijke omkadering van een zorgvolmacht. Dit artikel zou moeten terugslaan op een variant van de gewone volmacht met extra beschermende bepalingen voor de volmachtgever. De zelfgekozen vertegenwoordiger verdient duidelijk te worden neergezet als een alternatief voor een door de rechter benoemde vertegenwoordiger.²³³ Verjans is ook voorstander van het bieden van een wettelijke basis voor het levenstestament. Het zou meer rechtszekerheid bieden en ouderen en familie bewuster maken dat een dergelijk testament bestaat.²³⁴ Enkele kantonrechters hebben hun twijfels hierbij. De wijze waarop de inhoud van het levenstestament nu geregeld is, is te divers waardoor een wettelijke status niet te realiseren is.²³⁴ Kantonrechters worden geconfronteerd met een levenstestament die in een volmacht van ondercuratelestelling dan wel onderbewindstelling voorziet. Gelet op het bepaalde in het levenstestament kan de onderbewindstelling dan wel de ondercuratelestelling vervallen, maar in de praktijk is dit in het testament soms onduidelijk vastgelegd. Het EPN heeft daarom in 2011 een proeve tot een wetsvoorstel van het levenstestament ingediend met daarin onder andere een nieuw artikel dat deze doorlopende volmacht van het levenstestament regelt.²³⁵ Tot op heden is hier nog niet op gereageerd. De KNB heeft kenbaar gemaakt voorstander van een

²²⁹ Zie bijlage G - interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

²³⁰ Zie bijlage I - vragenlijst mevr. mr. C. Engelbertink.

²³¹ Blankman & Kaljee 2013, p. 28-30.

²³² Aanbeveling CM CM/Rec (2009)11 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (9 december 2009), *On principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (MvT)*.

²³³ K. Blankman, 'Modernisering van beschermingsmaatregelen voor meerderjarigen – commentaar bij een conceptwetsvoorstel betreffende curatele, beschermingsbewind en mentorschap', FJR 2010/81, p. 6, Deventer: Kluwer 2010.

²³⁴ Zie bijlage F – vragenlijst kantonrechters.

²³⁵ Blankman & Kaljee 2013, p. 4.

dergelijke wetswijziging te zijn.²³⁶ In de Wet wijziging cbm is het voorstel echter niet overgenomen. De staatssecretaris van VenJ vindt dat het levenstestament geen wettelijke basis behoeft. Naar zijn mening brengt een wettelijke inpassing meer kosten met zich mee en maakt dat het systeem onnodig ingewikkeld.²³⁷ Hij heeft wel toegezegd in de toekomst na te gaan of het levenstestament aanvullende wetgeving vereist.²³⁸

5.4.3.2. Geen verplicht Centraal Levenstestamentenregister

Het inschrijven van levenstestamenten door notarissen in het CLTR is niet verplicht gesteld. Gebleken is dat de meerderheid van notarissen een levenstestament altijd inschrijft, namelijk 58 procent in 2013.²³⁹ Tot op heden hebben alleen notarissen het recht om het CLTR in te zien. Kantonrechters vragen nauwelijks inzage in dit register en geven aan hier geen behoefte aan te hebben.²⁴⁰ Notarissen ontvangen ook niet veel verzoeken van andere organisaties.²⁴¹ Deze inzage is echter belangrijk, aangezien het aantoont wat het laatste levenstestament van de betrokken cliënt is, wanneer deze is opgemaakt en bij welke notaris. Thans wordt de kantonrechter pas ingelicht dat een persoon een levenstestament heeft, indien de verzoekers of betrokkenen hem daarvan op de hoogte brengen. Door middel van inzage kan de kantonrechter achterhalen of een levenstestament is opgesteld en is hij niet afhankelijk van anderen.

5.4.3.3. Overige knelpunten

Levenstestamenten kunnen sterk van elkaar verschillen, aangezien zij vormvrij zijn. De diversiteit kan aantrekkelijk zijn voor de cliënt en belanghebbenden, maar rechters, medici en banken worden geconfronteerd met de verschillende modellen die het hanteren ervan bemoeilijken.²⁴² Volmachten van de cliënt hoeven niet noodzakelijk door de rechter te worden gehonoreerd, aangezien het geen lastgeving bedraagt.²⁴³ Dit brengt onzekerheid mee over de uitvoering van het levenstestament. Echter in de praktijk blijkt dat een kantonrechter zelden afwijkt van de gegeven voorkeuren in een levenstestament.²⁴⁴ Banken zijn terughoudend met het gebruik van een volmacht van iemand die niet meer wilsbekwaam is. Het komt voor dat zij uitsluitend hun eigen bankvolmacht accepteren, welke slechts geldt bij wilsbekwaamheid, of dat zij de volmachtgever zelf willen identificeren. Het pilotproject 'Voorkomen van financiële uitbuiting ouderen' dient hier verandering in te brengen. Dit zal in de volgende paragraaf worden toegelicht.

5.5. Pilotproject 'Voorkomen van financiële uitbuiting'

Het signaleren van ouderenmishandeling en weten hoe vervolgens te handelen is lastig voor beroepsgroepen. Een gezamenlijke aanpak van het Rijk, gemeenten, professionals en vrijwilligers is nodig. Daarom is op initiatief van de staatssecretaris van VWS met de minister van VenJ het Actieplan 'Ouderen in veilige handen' opgesteld. Het actieplan brengt de partijen die bij ouderen en ouderenmishandeling betrokken zijn samen.²⁴⁵

5.5.1. Doelstelling

Het pilotproject 'Voorkomen van financiële uitbuiting' is onderdeel van het actieplan 'Ouderen in Veilige Handen'. Het notariaat is één van de partijen die deelneemt aan dit project. Daarnaast doen ook de Rabobank, gemeenten, woningcorporaties, ouderenorganisaties, politie en het SHG mee. Doel van dit project is het vroegtijdig signaleren van financieel misbruik en na te gaan met welke instrumenten dit kan worden voorkomen en aangepakt. Door middel van dit project wordt er een netwerk om deze ouderen heen gebouwd, zodat organisaties zich bewust worden van financieel misbruik

²³⁶ Op 13 januari 2012 heeft de KNB aan de vaste commissie van het ministerie van VenJ een brief geschreven over dit wetsvoorstel, met het onderwerp 'Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap (Kamerstukken 33054)'.
²³⁷ KNB, 'Levenstestament niet veranderd in de wet', www.knb.nl. (zoek op *levenstestament niet veranderd*), geraadpleegd op 2 maart 2014.

²³⁸ KNB, 'Eerste Kamer akkoord met wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap', *Notariaat Magazine*, 2011/11, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 6.
²³⁹ Blankman & Kaljee 2013, p. 30.

²⁴⁰ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom en bijlage F – vragenlijst kantonrechters.
²⁴¹ Zie bijlage G – interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

²⁴² Blankman & Kaljee 2013, p. 40.
²⁴³ F. Swennen, 'Meerderjarigenbescherming in de lage landen', FJR 2013/100, Deventer: Kluwer 2013, p. 5.

²⁴⁴ Zie bijlage C – interview dhr. mr. W. Verjans, kantonrechter rechtbank Bergen op Zoom.
²⁴⁵ Ministerie van VWS, *het Actieplan 'Ouderen in veilige handen'*, ministerie van VWS, 2011, www.rijksoverheid.nl zoek op (*actieplan ouderen in veilige handen*).

en waar ze dit kunnen melden. 'Het uitgangspunt van het pilotproject is niet om het financieel misbruik helemaal op te lossen, maar we kunnen het wel signaleren en andere partijen in contact brengen met elkaar zodat het voor de oudere beter wordt', aldus Van Kempen.²⁴⁶ Eind 2014 zullen de resultaten van dit project bekend gemaakt worden bij alle gemeenten. Het project is dus nog volop in beweging.²⁵¹

5.5.2. De maatschappelijke rol van de notaris

Om de dienstverlening van het notariaat verdere invulling te geven en actief aan het actieplan bij te dragen, is in september 2012 de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen gestart. In deze werkgroep zijn (kandidaat-)notarissen en het KNB-bestuur vertegenwoordigd. Deze werkgroep is opgericht, omdat het notariaat zelf wil weten wat er gebeurt op het gebied van financieel misbruik, zodat notarissen beter kunnen worden aangestuurd en op de hoogte zijn van de ontwikkelingen uit het pilotproject.²⁵² Het ministerie van VWS en de KNB zien de notaris als sleutelfiguur inzake het voorkomen van financieel misbruik. De notaris is namelijk iemand die zich om het financieel welzijn van ouderen bekommert waarmee de notaris een maatschappelijke rol én een sleutelrol vervult.²⁴⁷

5.5.3. Voorlopige resultaten

Inmiddels is uit het pilotproject duidelijk geworden dat de notaris een maatschappelijke preventieve rol kan vervullen bij het voorkomen van financieel misbruik bij kwetsbare ouderen. Van Kempen ziet als eerste resultaat dat ouderen en familieleden zich steeds bewuster worden van financieel misbruik, door de schriftelijke en mondelinge voorlichting door notarissen.²⁵² Daar de notaris nog geen meldpunt heeft voor financieel misbruik gelet op zijn geheimhoudingsplicht, kan de notaris (vermoedens omtrent) financieel misbruik kenbaar maken aan andere instanties door dit pilotproject. Andersom kunnen andere betrokken partijen vermoedens kenbaar maken aan de notaris. Het streven is om het notariaat onder te brengen onder de wet Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling, zodat de notaris financieel misbruik kan melden bij een SHG.

De bank is een belangrijke organisatie om als notaris mee samen te werken om preventief financieel misbruik te voorkomen.²⁵⁴ De samenwerking tussen deze twee organisaties dient dan ook goed te verlopen. De Rabobank heeft aangegeven dat zij, sinds deelname aan de pilot, zich bewust is geworden van de preventieve rol van de notaris en daarom steeds vaker met notarissen in gesprek gaat om kwesties rondom de volmacht en het financieel misbruik te bespreken.²⁴⁸ KBO-Brabant heeft kenbaar gemaakt dat zij meer voorlichtingen geeft aan ouderen en betrokkenen. Zij signaleert dat ouderen zich steeds meer bewust worden en zichzelf wapenen tegen financieel misbruik en ziet daar ook de beschermende en voorlichtende rol voor de notaris.²⁴⁹

Zoals eerder vermeld, loopt dit pilotproject tot eind 2014. Na die periode zullen de concrete resultaten en de daaruit voortvloeiende maatregelen bekend worden gemaakt, die een notaris kan treffen tegen financieel misbruik bij ouderen. Alle partijen in de pilot moeten in die tijd dusdanig op elkaar ingespeeld raken, zodat niemand het meer aandurft om financieel misbruik te plegen bij kwetsbare ouderen.²⁵⁰

²⁴⁶ Zie bijlage G - interview kandidaat-notaris en lid van de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen mevr. mr. L. van Kempen.

²⁴⁷ A. Veilbrief, 'Toekomst voor de 'buddy notaris'', Notariaat Magazine 2010/3, Sdu Uitgevers: 2010, p. 9.

²⁴⁸ Zie bijlage K – Vragenlijst dhr. J. van Erp, accountmanager private banking Rabobank 's-Hertogenbosch.

²⁴⁹ Zie bijlage A – interview dhr. W. Kop, beleidsmedewerker KBO-Brabant.

²⁵⁰ A. Veilbrief, 'Toekomst voor de 'buddy notaris'', Notariaat Magazine 2010/3, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 11.

6. Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk wordt de centrale vraag van dit onderzoek beantwoord door middel van de hierna beschreven conclusies. Deze zijn gebaseerd op wat de notaris kan doen inzake het tegengaan van financieel misbruik van wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen, gelet op de Wet wijziging cbm en gelet op het levenstestament. Tenslotte wordt een aantal aanbevelingen gedaan aan het notariaat.

Ter verduidelijking wordt de centrale vraag van dit onderzoek herhaald: *‘Wat kan de notaris doen inzake het notarieel beschermen van wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen tegen financieel misbruik, gelet op de Wet wijziging cbm in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en gelet op het levenstestament?’*.

6.1. De conclusies

De conclusies worden weergegeven in de volgorde van onderwerpen zoals voorgaand behandeld in dit onderzoeksrapport.

6.1.1. Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap

In hoofdstuk 3 is de Wet wijziging cbm beschreven waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen de oude en nieuwe wet en wat deze wetswijzigingen voor de notaris en zijn beschermende rol kan betekenen. De notaris kan benoemd worden tot wettelijk vertegenwoordiger op grond van de wet. Vanuit een aangegeven voorkeur in het levenstestament kan een notaris tot curator of bewindvoerder worden benoemd door de kantonrechter. Deze dient immers te allen tijde rekening te houden met deze voorkeur en mag alleen daarvan afwijken vanwege gegronde redenen. Deze redenen betreffen vooral (de schijn van) belangenverstrengeling en de geheimhoudingsplicht van de notaris. Om deze twee knelpunten te vermijden, gaat de voorkeur van enkele kantonrechters er naar uit om de notaris te benoemen als wettelijke vertegenwoordiger indien hij opereert vanuit een onafhankelijke stichting. Onafhankelijk wil zeggen dat de stichting volledig moet zijn afgesneden van alle andere werkzaamheden van de notaris. Deze stichting neemt geen notariële taken ten behoeve van de rechthebbende bij de notaris af en handelt ook niet als intermediair. Op deze wijze wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren van enkele kantonrechter.

Interessant om hierbij te vermelden is nog wel de mening van de kandidaat-notaris, tevens lid van KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen, mevr. mr. Van Kempen. Zij ziet de oprichting van een stichting niet als noodzaak daar een notaris te allen tijde onpartijdig en onafhankelijke is en het curatorschap of beschermingsbewind in zijn hoedanigheid kan uitvoeren. Echter een dergelijke benoeming van de notaris in zijn hoedanigheid levert geen winst op en de continuïteit van de vertegenwoordiging via deze wijze is een zwak punt. Door oprichting van een stichting kunnen beide punten ook ondervangen worden. Ook verdient de mening van hoogleraar dhr. mr. dr. Blankman enige aandacht. Hij meent namelijk dat de benoeming van een notaris als wettelijk vertegenwoordiger gepast is als het gaat om een beschermingsbewind waarin beslissingen met betrekking tot onroerend goed of rechtspersonen moeten worden genomen en waarbij de deskundigheid van de notaris van belang is.

Een andere oplossing in verband met (schijn van) belangenverstrengeling en het daarmee samenhangende bezwaar van de kantonrechter, is om een wettelijke regeling toe te voegen aan Artikel 8 lid 2 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 die de verhouding tussen de executeur en de boedelnotaris regelt. Dit lid luidt als volgt: *‘De notaris die in een nalatenschap optreedt als executeur kan niet zonder instemming van de erfgenamen optreden als boedelnotaris’*. In deze wettelijke regeling wordt dan bepaald dat

de notaris eerst toestemming van de kantonrechter moet hebben om bepaalde handelingen te doen, in het geval er sprake is van mogelijke (schijn van) belangenverstrengeling.

Indien de notaris benoemd wordt in de rol van wettelijk vertegenwoordiger, zijnde curator of bewindvoerder, dan dient hij de nieuwe en gewijzigde bepalingen in de Wet wijziging cbm en het Besluit kwaliteitseisen cbm in acht te nemen. Een aantal bepalingen uit deze Wet wijziging cbm en het bijbehorende Besluit gelden echter niet voor professionele vertegenwoordigers die minder dan drie meerderjarigen onder hun hoede hebben en ook niet voor vertegenwoordigers uit de familiekring van de betrokken oudere. De kantonrechter kan daarom slechts beperkt toezicht uitvoeren op deze specifieke vertegenwoordigers. Dit aspect van de wettelijke wijziging betekent voor de notaris dat hij bij het signaleren van financieel misbruik vooral alert moet zijn op deze vertegenwoordigers.

6.1.2. Het levenstestament

Het levenstestament is behandeld in hoofdstuk 4 en 5. Dit testament biedt ouderen de mogelijkheid om zich te beschermen tegen financieel misbruik indien zij wilsonbekwaam worden in een latere fase van hun leven. Bij het opmaken van een levenstestament wordt van de notaris een preventieve rol verwacht inzake voorlichting aan een cliënt en tevens te zorgen voor bewustwording betreffende wat het betekent om een levenstestament op te maken en wat de gevolgen ervan zijn.

Doordat het levenstestament niet wettelijk is vastgelegd, wordt de notaris geconfronteerd met een aantal knelpunten. Zo heeft dit als gevolg dat de afspraken in het levenstestament niet altijd gehonoreerd worden door de kantonrechter daar het geen wettelijke lastgeving betreft. Bij een rechterlijke beschermingsmaatregel is dit wel het geval en is bovendien de kantonrechter altijd toezichthouder op de uitvoering van de maatregel. Bij het levenstestament ontbreekt een dergelijk rechterlijk toezicht. Er is wel de (overigens niet verplichte) mogelijkheid aanwezig om één of meerdere toezichthouders op de gevolmachtigde(n) te benoemen in het levenstestament. Dergelijk toezicht kan helpen om financieel misbruik te voorkomen en de notaris kan deze rol van externe toezichthouder vervullen.

Tijdens het passeren van een levenstestament dient de notaris te beoordelen of de betrokken oudere wilsbekwaam is. Hij hanteert daartoe het stappenplan genaamd Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening van de KNB. Echter het stappenplan is niet wettelijk vastgelegd en er bestaat geen verplichting tot gebruik. Bovendien wordt dit stappenplan in de jurisprudentie verschillend gewaardeerd en diensgevolge worden er ook verschillende oordelen in tuchtrechtzaken uitgesproken. Ondanks dit verschil in oordeel blijft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bij het standpunt dat het stappenplan niet verplicht dient te worden gesteld. Dit leidt tot rechtsonzekerheid bij de notaris en ten einde tuchtrechtmaatregelen te voorkomen dient de notaris zich terdege te vergewissen van een juiste en grondige aanpak van het stappenplan. Let wel, de individuele situatie van de oudere is te allen tijde bepalend.

Ook kan de notaris bij het passeren van een levenstestament gebruikmaken van het stappenplan genaamd 'Stappenplan bij financieel misbruik Ouderen', opgesteld door de KNB-werkgroep Financiële bescherming ouderen, om financieel misbruik te signaleren en te voorkomen. Dit stappenplan is niet wettelijk vastgelegd en is niet verplicht om te hanteren.

Indien de notaris na het doorlopen van het stappenplan weigert de akte te passeren, aangezien hij heeft beoordeeld dat de oudere (vermoedelijk) wilsonbekwaam is, dient hij

rekening te houden met het notarisshopen. De KNB zoekt momenteel naar middelen om het notarisshopen aan te pakken, maar tot op heden is er nog geen concrete oplossing aangedragen.

Op grond van zijn geheimhoudingsplicht kan een notaris tot op heden (een vermoeden van) financieel misbruik nog niet melden bij een SHG als de betrokkene oudere hier geen toestemming voor heeft gegeven. Het notariaat is namelijk nog niet ondergebracht bij de Wet Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling. Als waarnemend burger kan de notaris wél (een vermoeden van) financieel misbruik melden bij een SHG maar financieel misbruik wordt meestal waargenomen in het notariaat zelf. In het hieronder beschreven pilotproject is één van de doelen te zorgen dat in de toekomst het notariaat al dan niet anoniem melding kan doen van financieel misbruik bij een SHG.

6.1.3. Het pilotproject

Het pilotproject 'Voorkomen van financiële uitbuiting' is in 2013 opgericht en is onderdeel van het actieplan 'Ouderen in Veilige Handen' dat is opgericht door het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Het project is actueel, krijgt veel aandacht en is dus nog volop in beweging. Eind 2014 zullen de concrete resultaten en maatregelen vanuit dit project bekend worden gemaakt. Dan zullen de mogelijkheden voor de notaris betreffende zijn beschermende rol uiteindelijk volledig duidelijk worden en in praktijk worden gebracht.

Op dit moment kan de notaris het financieel misbruik niet volledig voorkomen gezien de beperkte beschikbare middelen en de ontbrekende wettelijke status van het levenstestament en stappenplannen, alsook eenduidige afspraken van betrokken beroepsorganisaties. Duidelijk is dat het systeem niet waterdicht is, maar ook dat de notaris absoluut een sleutelrol heeft in het voorkomen van financieel misbruik. Voor nu kan de notaris actief zijn in zijn preventieve en maatschappelijke rol en het levenstestament promoten, waarmee hij ook wel wordt aangeduid als de poortwachter in het gehele proces.

6.2. De aanbevelingen

De aanbevelingen worden weergegeven in de volgorde van onderwerpen zoals voorgaand behandeld in dit onderzoeksrapport.

6.2.1. Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap

1. Indien de notaris dit wenst, kan hij als professionele vertegenwoordiger het beschermingsbewind dan wel het curatorschap uitvoeren om wilsonbekwame, handelingsonbekwame en/of handelingsonbevoegde ouderen te beschermen tegen financieel misbruik. De notaris neemt in deze rol beslissingen over de financiële belangen en daar sluit beschermingsbewind bij aan. Bij curatorschap komen naast de financiële ook de niet-vermogensrechtelijke belangen, zijnde zorgtaken, aan de orde waardoor de rol van curator minder geschikt is voor de notaris. Alleen als het zou gaan om bijzondere gevallen waarbij het curatorschap niet te veel en te verstrekkende beslissingen inzake zorg inhoudt maar zich duidelijk richt op de financiële belangen, dan kan een notaris ook deze rol vervullen.

2. Wil de notaris in de praktijk door een kantonrechter benoemd worden in de rol van professionele vertegenwoordiger, dan kan hij een onafhankelijke en onpartijdige stichting op te richten, waarmee (de schijn van) belangenverstrengeling en het bezwaar ten aanzien van de geheimhoudingsplicht wordt weggenomen. Met nadruk wordt aanbevolen als de notaris benoemd wil worden in een levenstestament tot wettelijk vertegenwoordiger, om de notariële akte op te laten stellen door een andere notaris dan de notaris die het beschermingsbewind dan wel het curatorschap op zich zal nemen.

6.2.2. Het levenstestament

1. Het levenstestament dient in de wet te worden vastgelegd met een vast omlijnde uniformiteit, in nauwe samenhang met de rechterlijke beschermingsmaatregelen, zijnde een variant van de gewone volmacht met extra beschermde bepalingen voor de volmachtgever. De zelf gekozen vertegenwoordiger wordt daarmee een alternatief voor een door de rechter benoemde vertegenwoordiger.
2. Het inbouwen van toezicht dient verplicht te worden gesteld op straffe van nietigheid.
3. Bij vastlegging van het eigen proces, zoals hantering van beschikbare stappenplannen, dienen ook de wensen van de cliënt te worden beschreven (en aan de akte aangehecht).
4. Een actieve houding aan nemen in het geven van actuele voorlichting aan ouderen en andere belanghebbenden. Dit kan door middel van onder andere lezingen, het schrijven van artikelen en tijdens persoonlijk contact. Ook het zorgdragen voor actuele informatie op de website en de beschikbaarheid van folders op het notariaat.
5. Alle levenstestamenten verplicht registeren in het CLTR en toegankelijkheid vergroten voor andere beroepsgroepen zoals de kantonrechter. In dit register dient te worden opgenomen op welke wijze het levenstestament tot stand is gekomen en hoe de notaris heeft beoordeeld of de opsteller van het testament wilsbekwaam was.
6. Realiseren van een vast omlijnd, gedetailleerd stappenplan inzake de beoordeling van wilsbekwaamheid met een gedetailleerd 'workflow-formulier' met stappen en keuzes. Op basis van dit workflow schema, kan de notaris een vastomlijnde beoordeling doen. Ook een handboek met daarin alle indicatoren inzake het stappenplan is aan te bevelen. Het opstellen van het ' workflow-formulier' en ook het handboek dient door aparte deskundige werkgroepen te worden gerealiseerd.
7. Het hanteren van het stappenplan ter beoordeling van de wilsbekwaamheid wettelijk verplichten waardoor het een tuchtrechtelijke status krijgt en er sancties kunnen worden opgelegd door de tuchtrechter, om de rechtszekerheid te bevorderen.
8. Een centraal register opstellen ter melding van plegers van (vermoeden van) financieel misbruik, zodat notarissen op deze manier elkaar op de hoogte kunnen houden en ook notarisshopen kunnen tegengaan. Tevens dient er een centraal register opgesteld te worden met vermelding van cliënten waarbij aan de wilsbekwaamheid wordt getwijfeld.
9. Het notariaat opnemen in de Wet meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling, zodat notarissen van (een vermoeden van) financieel misbruik bij ouderen, eventueel anoniem, een melding kunnen doen bij een Steunpunt Huiselijk Geweld.
10. De notaris dient zich continue bij te scholen en over actuele kennis te beschikken. De KNB kan zorgen voor deze scholing en cursussen inzake het levenstestament en het voorkomen van financieel misbruik. Door deze scholing en cursussen zal de deskundigheid van de notaris worden bevorderd en worden gewaarborgd.

6.2.3. Het pilotproject

1. Na het eindresultaat is het aan te bevelen om actief te blijven als groep, ter evaluatie en indien nodig ter bijsturing van acties. Maar zeker ook ten behoeve van de samenwerking van de verschillende beroepsgroepen teneinde financieel misbruik te voorkomen.

Bronnenlijst

Boeken

Asser 2010

C. Asser, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Blankman 2013

C. Blankman, '*Beschermingsmaatregelen voor senioren*', in: C. Blankman & C.G.C. Engelbertink, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Brahn & Reehuis 2010

O.K. Brahn & W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Engelbertink 2013

C.G.C. Engelbertink, '*Het levenstestament in de maatschappij*', in: C. Blankman & C.G.C. Engelbertink, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Hijma e.a. 2010

J. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

Huijgen & Pleysier 2001

W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001.

Lekkerkerker e.a. 2010

G.J.C. Lekkerkerker e.a., '*De goede notaris*', *Over notariële deontologie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Van Mourik & Nuytinck 2009

A.J.M. Nuytinck, '*Curatele, meerderjarigenbewind en mentorschap*', in: M.J.A. Van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks en- vermogensrechten en erfrecht*, Kluwer: Deventer 2009.

Vellinga 2011

A. Vellinga, *Wilsbekwaamheid in de psychiatrie*, in D.A.J.P. Denys & G. Meynen, *Handboek psychiatrie en filosofie*, Utrecht: De Tijdstroom 2011.

Vlaardingenbroek e.a. 2010

P. Vlaardingenbroek ., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Artikelen

Van Almelo 2012

L. van Almelo, *'Is zij wel goed bij haar hoofd?'*, Notariaat Magazine 2012/1, KNB: Sdu Uitgevers 2012.

Blankman 2010

K. Blankman, *'Modernisering van beschermingsmaatregelen voor minderjarigen - Commentaar bij conceptwetsvoorstel betreffende curatele, beschermingsbewind en mentorschap'*, FJR 2010/81, Deventer: Kluwer 2010.

Blokland 2013

P. Blokland, *'Notaris en wilsonbekwaamheid in jurisprudentie en praktijk'*, WPNR 6987/2013, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Boorsma, van Kesteren, Smit 2014

P. Boorsma, D. van Kesteren, R. Smit, *'En toen was opa's spaargeld weg'*, Voor nu en later, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

P. Boorsma, D. van Kesteren, R. Smit, *'Financieel misbruik, wat kun u zelf doen?'*, Voor nu en later, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014.

Cleton, Engelbertink, Van de Merwe 2012

E. Cleton, C.G.C. Engelbertink, S.A. van de Merwe, *'Wilsonbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken'*, FTV 2012, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

E. Cleton, C.G.C. Engelbertink en S.A. van de Merwe, *'Hoe moet worden omgegaan met wilsonbekwame cliënten'*, FTV 2012/30, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

F.G.I. Jennekens & A. Jennekens 2005

F.G.I. Jennekens & A. Jennekens-Schinkel, *'De dementerende persoon, het testament en de notaris'*, WPNR 6630, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Houwing 2010

R. Houwing, *'Rekening en verantwoording en de volmacht'*, FTV 2010/43, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 16-17.

Kleijn 2008

W.M. Kleijn, *'Gedachten over het notariële dilemma omtrent passeren bij wilsbekwaamheid van een testateur'*, FTV 2008/4.

KNB 2011

KNB, *'Eerste Kamer akkoord met wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap'*, Notariaat Magazine, 2011/11, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 6

Kooijman 2010

J.P.F. Kooijman, *'De cliënt, de dokter en de notaris'*, FTV 2010/42, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Meinema 2014

M. Meinema, *'Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap'*, FJR 2014/3, Deventer: Kluwer 2014.

Van Mourik 2007

M.J.A. van Mourik, *'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris'*, WPNR 2007/6724, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Van Mourik 2013

M.J.A. van Mourik, *'Notaris en wilsonbekwaamheid'*, WPNR 6987/681, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Nuytinck 2010

A.J.M. Nuytinck, *'Curatele, meerderjarigenbewind en mentorschap: belangrijke wetswijziging op komst'*, WPNR 6844/141, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Aan de Stegge 2013

J. aan de Stegge, *'Wees als notaris proactief'*, Notariaat Magazine 2013/6, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Stollenwerk 2010

A.H.N. Stollenwerk, *'Het levenstestament – een regeling voor het geval van wilsonbekwaamheid!'*, FTV 2010/39, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Stollenwerk & Van der Heide- van IJzinga Veenstra 2010

A.H.N. Stollenwerk & R.C.E. van der Heide- van IJzinga Veenstra *'Het levenstestament, een inleiding'*, FTV 2010/40, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Swennen 2013

F. Swennen, *'Meerderjarigenbescherming in de lage landen'*, FJR 2013/100, Deventer: Kluwer 2013.

Van Teeffelen 2013

P. Van Teeffelen, *'Wie zorgt er voor mij?'*, FJR 2013/40, Deventer: Kluwer 2013.

Verjans 2014

W.E.M. Verjans, *'Doelstelling en uitgangspunten van de 'wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap' en de gevolgen voor de werklust'*, FJR 2014/12, Deventer: Kluwer 2014.

Vlaardingenbroek 2013

P. Vlaardingenbroek, *'Bij twijfel niet inhalen'*, WPNR 2013/6987, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Veilbrief 2013

A. Veilbrief, *Toekomst voor de 'buddy notaris'*, Notariaat Magazine 2013/3, Den Haag: Sdu Uitgevers.

A. Veilbrief, *'Nieuw terrein voor iedereen'*, Notariaat Magazine 2013/10, Den Haag: Sdu Uitgevers: 2013.

Waaier 2005

B.C.M. Waaier, *'Het passeren van een testament voor een mogelijk wilsonbekwame testateur; een proeve voor een protocol'*, WPNR 6630, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Wet- en regelgeving

Wetten

Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, *Stb.* 2013, 414.

Besluit kwaliteitseisen curatoren, bewindvoerders en mentoren, *Stb.* 2014, 46

Parlementaire stukken

Regeringsbrief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: vergrijzing en het integrale ouderenbeleid, *Kamerstukken II* 2013/2014, 29 389, nr. 62.

Gewijzigd voorstel van Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, *Kamerstukken I* 2012/13, 33 054, nr. A.

Nota van Toelichting Besluit kwaliteitseisen curatoren, bewindvoerders en mentoren, *Stb.* 2014, 46.

Memorie van Toelichting Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 054, nr. 3.

Nota van Verslag Wet op het notarisambt, *Kamerstukken II* 1995/96, 23 706, nr. 6.

Memorie van Toelichting Wet op het notarisambt, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3.

Regeringsbrief van staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: beantwoording Kamervragen over kwetsbare ouderen, *Handelingen II* 2010-2011, nr. 1917.

Regeringsbrief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: beantwoording Kamervragen over notarissen die uitbuiting van hun cliënten moeten melden, *Aanhangsel Handelingen II* 2013-2014, nr. 429.

Regelgeving

Aanbeveling CM CM/Rec (2009)11 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (9 december 2009), *On principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*.

Memorie van Toelichting bij de Aanbeveling CM CM/Rec (2009)11 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (9 december 2009), *On principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*. NV , 23 706, nr. 6, p. 50.

Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton, *Aanbevelingen curatele*, 21 januari 2014.

Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton, *Aanbevelingen beschermingsbewind*, 21 januari 2014.

Jurisprudentie

Hoge Raad 1 december 2000, NJ 2001, 390.

Hoge Raad 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ2248.

Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam 18 februari 2014,
ECLI:NL:GHAMS:2014:390.

Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2011, *LJN* BP8007.

Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 4 april 2014, ECLI:NL:TNORARL:2014:6.

Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014,
ECLI:NL:TNORARL:2014:4.

Overige bronnen

Blankman & Kaljee 2013

Rapport van K. Blankman & J. Kaljee, *Het levenstestament in de notariële rechtspraak*, VU Amsterdam: 2013.

EPN & VIA 2012

EPN & VIA, *Protocol beoordeling wils(on)bekwaamheid in het kader van het levenstestament en andere notariële akten*, 2012, versie 1.

Hetlevenstestament.nl

'Wat kan ik allemaal vastleggen in een levenstestament?', 22 juni 2013, www.hetlevenstestament.nl (zoek op *vastleggen levenstestament*), geraadpleegd op 20 februari 2014.

(Link: <http://hetlevenstestament.nl/faq/wat-kan-ik-allemaal-vastleggen-in-een-levenstestament/>).

Internationale Stichting Alzheimer Onderzoek 2014

Internationale Stichting Alzheimer Onderzoek, '*Alzheimer in Nederland*', www.alzheimer.nl (zoek op *stijging alzheimer*), geraadpleegd op 12 februari 2014.

(Link: www.alzheimer.nl/over-alzheimer/.../alzheimer-in-nederland)

KNB 2014

KNB, '*Wat is financieel misbruik?*', www.knb.nl (zoek op *wat is financieel misbruik*), geraadpleegd op 7 februari 2014.

(Link: <http://www.knb.nl/dossier/bescherming-ouderen/wat-is-financieel-misbruik>)

Stappenplannen voor het notariaat', www.knb.nl (zoek op *stappenplannen voor het notariaat*), geraadpleegd op 20 februari 2014.

(Link: <http://www.knb.nl/dossier/bescherming-ouderen/wat-houden-de-pilotprojecten-van-vws-in/20130624101759>)

KNB, '*Wet op het notarisambt*', www.wet-en-regelgeving-notariaat.nl (zoek op *wet op het notarisambt*), geraadpleegd op 25 februari 2014.

(Link: www.wet-en-regelgeving-notariaat.nl/wet-op-het-notarisambt).

KNB, '*Levenstestament niet veranderd in de wet*', 2014, www.knb.nl. (zoek op *levenstestament niet verankerd*), geraadpleegd op 2 maart 2014.

(Link: <http://www.knb.nl/nieuwsberichten/levenstestament-niet-verankerd-in-wet>).

KNB, '*Aanstelling notaris*', www.knb.nl (zoek op *aanstelling notaris*), geraadpleegd op 12 maart 2014.

(Link: <http://www.knb.nl/de-notaris/aanstelling-notaris>).

KNB, '*Klacht indienen bij de kamer voor het notariaat*', www.KNB.nl (zoek op *tuchtrechtspraak*), geraadpleegd op 22 maart 2014.

(Link: www.knb.nl/over-knb/klachten/klacht-indienen-bij-de-kamer-voor-het-notariaat).

KNB, '*Kwaliteitseisen voor curatoren, bewindvoerders en mentoren bekend*', www.knb.nl (zoek op *kwaliteitseisen*), geraadpleegd op 20 maart 2014.

(Link: www.knb.nl/nieuwsberichten/kwaliteitseisen-voor-curatoren-bewindvoerders-en-mentoren-bekend).

KNB, '*Wie geeft u het vertrouwen?*', Den Haag: KNB maart 2014, www.notaris.nl (zoek op *brochure wie geeft u het vertrouwen*), geraadpleegd op 15 april 2014.

(Link: <http://www.notaris.nl/levenstestament-en-volmacht/brochure-wie-geeft-u-het-vertrouwen>).

Ministerie van Veiligheid en Justitie 2014

Ministerie van Veiligheid en Justitie, '*Curatele, bewind en mentorschap*', 31 maart 2014, www.rijksoverheid.nl (zoek op *curatele, bewind en mentorschap*), geraadpleegd op 5 april 2014.

(Link: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brochures/2011/12/05/curatele-bewind-en-mentorschap.html>).

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2013

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, '*Voeg notariaat toe aan meldcode*', 2 oktober, 2013, www.huiselijkgeweld.nl (zoek op *notariaat meldcode*), geraadpleegd op 25 april 2014.

(Link: <http://www.huiselijkgeweld.nl/nieuws/2013/021013-voeg-notariaat-toe-aan-meldcode->).

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, '*Cijfers over ouderenmishandeling*', 13 juni 2013, www.huiselijkgeweld.nl (zoek op *stijging financieel misbruik*), geraadpleegd op 12 februari 2014.

(Link: <http://www.huiselijkgeweld.nl/feiten/landelijk/cijfers-over-ouderen-mishandeling>).

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2011

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, '*het Actieplan 'Ouderen in veilige handen'*', ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 2011, www.rijksoverheid.nl (zoek op *actieplan ouderen in veilige handen*), geraadpleegd op 10 maart 2014.

(Link: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/03/30/actieplan-ouderen-in-veilige-handen.html>).

Movisie 2009

Movisie: *Factsheet ouderenmishandeling. Financiële uitbuiting en financieel misbruik van ouderen*, mei 2009, www.movisie.nl. (zoek op *factsheet III*), geraadpleegd op 18 maart 2014.

(Link: <http://www.movisie.nl/publicaties/factsheet-ouderenmishandeling-iii-financi%C3%ABle-uitbuiting-financieel-misbruik-ouderen>).

Nationaal Kompas Volksgezondheid 2013

Nationaal Kompas Volksgezondheid, '*Vergrijzing, wat zijn de belangrijkste verwachtingen voor de toekomst?*', 21 maart 2013, www.nationaalkompas.nl (zoek op *vergrijzing toekomst*), geraadpleegd op 7 februari 2014.

(Link: <http://nationaalkompas.nl/bevolking/vergrijzing/toekomst/>).

Notaris.nl 2014

Centraal Levenstestamentenregister, www.notaris.nl (zoek op *centraal levenstestamentenregister*), geraadpleegd op 25 februari 2014.
(Link: <http://www.notaris.nl/centraal-levenstestamentenregister>).

Rechtspraak.nl 2013

Rechtspraak, *'Explosieve groei aantal mensen onder bewind'*, 7 mei 2013, www.rechtspraak.nl (zoek op *stijging bewind*), geraadpleegd op 18 februari 2014.
(Link: <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Sterke-stijging-bewindzaken.aspx>).

Rechtspraak.nl 2014

Rechtspraak, *'Nieuw register voor curatele en bewind'*, 3 januari 2014, www.rechtspraak.nl, geraadpleegd op 25 april 2014.
(Link: <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Nieuw-register-voor-curatele-en-bewind.aspx>).

www.eerstekamer.nl

www.kluwernavigator.nl

www.recht.nl

www.tweedekamer.nl

www.vooreenveiligthuis.nl

www.wetten-overheid.nl

www.wpnr.nl