

Rapport

Issuegroep toezicht

levenstestament

Den Haag, 22 april 2021

Inleiding

De issuegroep toezicht levenstestament heeft in vijf vergaderingen de volgende vragen beantwoord:

1. Wat is goed vertegenwoordigerschap?
2. Wat is een goede toezichthouder?
3. Wat is goed toezicht?
4. Wat doet een toezichthouder concreet?
5. Wat heeft een toezichthouder in praktische zin nodig om toezicht te kunnen uitoefenen?
6. Wat is er nodig om toezicht 'de standaard' te maken? Wat is de rol van de KNB daarbij?

Uitgangspunten bij de beantwoording waren:

- Het bestuur van de KNB heeft uitgesproken dat een vorm van toezicht op de uitvoering van een levenstestament uitgangspunt zou moeten zijn. De issuegroep heeft dat standpunt opgevat als volgt. Het notariaat kan het regelen van een vorm van toezicht in levenstestamenten door de cliënt zo veel mogelijk bevorderen. Daarbij geldt dat er meer vormen van toezicht zijn, van de benoeming van twee of meer vertegenwoordigers die elkaar kunnen controleren tot de benoeming van een professionele toezichthouder. De notaris heeft een voorlichtings- en waarschuwingsplicht ter zake van de risico's van een levenstestament zonder enige vorm van toezicht. Of en zo ja, in welke vorm toezicht wordt geregeld, wordt echter uiteindelijk altijd door de cliënt bepaald.
- Bij de beantwoording van de gestelde vragen heeft de issuegroep zich gericht op professioneel toezicht op een vertegenwoordiger, niet op binnen de familie georganiseerd informeel toezicht. Dat neemt niet weg dat een aantal normen voor professioneel toezicht wel reflexwerking kan hebben op informeel toezicht.
- Het doel is zowel de vertegenwoordiger als de toezichthouder naast algemene normen, ook praktische handvatten te geven voor de uitoefening van hun taken.
- Te ontwikkelen hulpmiddelen worden ook beschikbaar worden gesteld voor informele toezichthouders en moeten dus ook voor hen bruikbaar zijn.

De geformuleerde antwoorden zijn bedoeld als een eerste aanzet en niet uitputtend. Het opgeleverde document is een levend document en zal regelmatig worden geëvalueerd aan de hand van ervaringen uit de praktijk en ontwikkelingen in de maatschappij en de rechtspraak.

1. Wat is goed vertegenwoordiger schap?

1. De vertegenwoordiger stelt een aangewezen toezichthouder direct op de hoogte van de aanvang van diens werkzaamheden en geeft daarbij aan in hoeverre en waarom het nodig is om bepaalde taken van de vertegenwoordigde over te nemen.

2. De vertegenwoordiger helpt in eerste instantie de vertegenwoordigde zo veel mogelijk zelf besluiten te nemen. Is de vertegenwoordigde niet meer in staat zelf besluiten te nemen, dan besluiten vertegenwoordiger en vertegenwoordigde zo veel mogelijk samen. Pas als dat niet meer mogelijk is, neemt de vertegenwoordiger de besluitvorming over.

3. Bij de uitoefening van de volmacht moeten de rechten, de wil en de voorkeuren van de volmachtgever worden gerespecteerd.

4. De vertegenwoordiger handelt als een redelijk bekwaam vertegenwoordiger.

5. De vertegenwoordiger handelt integer (zie verder de Richtlijn integer handelen).

6. De vertegenwoordiger wendt het vermogen van de vertegenwoordigde in de eerste plaats aan in het belang van het welzijn van de vertegenwoordigde. Voor het overige neemt de vertegenwoordiger geen onverantwoorde risico's met het vermogen.

7. Als het vermogen van de vertegenwoordigde wordt belegd en in het levenstestament is een beleggingsprofiel vastgelegd, belegt de vertegenwoordiger overeenkomstig het doel dat de vertegenwoordigde met het in zijn levenstestament vastgelegde profiel beoogde te bereiken. Bij de vaststelling van het doel dat de vertegenwoordigde voor ogen stond met het gekozen beleggingsprofiel, wordt gelet op de marktomstandigheden ten tijde van het maken van het levenstestament. Bij veranderende marktomstandigheden kan de vertegenwoordiger dus afwijken van het in het levenstestament genoemde beleggingsprofiel als daarmee het beoogde doel niet meer kan worden behaald en er een ander beleggingsprofiel is dat beter tegemoetkomt aan het doel dat de vertegenwoordigde voor ogen stond.

Als de vertegenwoordigde in het levenstestament geen ander kader heeft gegeven, is de financiële norm: zo veel mogelijk behoud van vermogen. De vertegenwoordiger belegt in dat laatste geval op een wijze die, met het oog op de marktomstandigheden, dat doel het meest waarschijnlijk dient.

8. Het vermogen van de volmachtgever wordt apart gehouden en geadministreerd van het eigen vermogen van de vertegenwoordiger.

9. De vertegenwoordiger legt, vanaf het moment dat hij van zijn bevoegdheden gebruikmaakt, ten minste een keer per jaar en voorts op eerste verzoek van de toezichthouder rekening en verantwoording af over het gevoerde beheer. Hij geeft, ter beoordeling van de toezichthouder, duidelijk inzicht in het gevoerde financiële beleid aan

de toezichthouder. De vertegenwoordiger geeft de toezichthouder op diens verzoek meer informatie en beantwoordt diens vragen binnen een redelijke termijn¹.

10. De vertegenwoordiger respecteert in beginsel de beslissingen die de vertegenwoordigde binnen de grenzen van zijn (verminderde) wilsbekwaamheid neemt. Behoudens een andersluidende bepaling in het levenstestament, blijft echter bij beslissingen met belangrijke financiële consequenties het levenstestament in beginsel leidend, ook als de wens van de vertegenwoordigde onder invloed van de stoornis die de vertegenwoordiging nodig maakt, is gaan afwijken van wat er in het levenstestament is vastgelegd. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat een vertegenwoordigde met het levenstestament juist beoogt zichzelf te beschermen tegen zijn toekomstige zelf en door het vastleggen van zijn wensen in het levenstestament te kennen heeft gegeven bewust de mogelijkheid te aanvaarden dat toekomstige wensen met belangrijke financiële consequenties niet zullen worden gehonoreerd. Desalniettemin kan een vertegenwoordiger afwijken van expliciet in het levenstestament vastgelegde wensen als het vasthouden daaraan belangrijk nadeel voor het welzijn van de vertegenwoordigde zou opleveren.

Toelichting

Deze normen voor goed vertegenwoordigerschap zien in de eerste plaats op de vertegenwoordiging van de financiële belangen van de vertegenwoordigde en gaan uit van de situatie dat er een toezichthouder is benoemd. Ze gelden in beginsel voor alle vertegenwoordigers, professioneel en vrijwillig. Bij de concrete invulling van een norm behoort echter rekening te worden gehouden met de eisen die redelijkerwijs kunnen worden gesteld aan de desbetreffende vertegenwoordiger.

Richtlijn integer handelen

Wat integer handelen in een concrete situatie precies betekent, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het algemeen brengt integer handelen onder meer het volgende mee.

1. De vertegenwoordiger is alert op de aanwezigheid van eigen, mogelijk conflicterende belangen met de vertegenwoordigde. Een conflicterend belang doet zich bijvoorbeeld voor als een professionele vertegenwoordiger direct of indirect een eigen belang heeft bij het onderbrengen van het vermogen bij een bepaalde vermogensbeheerder. Conflicterende belangen zijn niet beperkt tot directe geldelijke belangen zoals provisie. Ook ander persoonlijk gewin bij een bepaalde rechtshandeling kan een conflicterend belang opleveren.

Indien er sprake is van een conflicterend belang, neemt de vertegenwoordiger passende maatregelen. Dat zijn in de eerste plaats de maatregelen die de vertegenwoordigde zelf

¹ De verplichting om rekening en verantwoording af te leggen, is niet beperkt tot de situatie dat er een toezichthouder is benoemd. Ook als er geen toezichthouder is, kan het levenstestament bijvoorbeeld bepalen dat na het overlijden rekening en verantwoording wordt afgelegd aan de erfgenamen.

heeft voorgeschreven in het levenstestament. Heeft de vertegenwoordigde niet voorzien in maatregelen bij een conflicterend belang, dan maakt de vertegenwoordiger in ieder geval zijn conflicterende belang bij de desbetreffende rechtshandeling aan de toezichthouder bekend. De rechtshandeling waarbij vertegenwoordiger en vertegenwoordigde een conflicterend belang hebben, dient plaats te vinden tegen een zakelijke prijs en onder marktconforme voorwaarden. De vertegenwoordiger zorgt daarnaast voor een onderbouwing van de keuze voor een bepaalde handeling en/of de prijs voor een bepaald object met objectieve, verifieerbare informatie van een betrouwbare bron.

Voorbeeld: Als de vertegenwoordiger het huis van de vertegenwoordigde wil kopen, dan zorgt de vertegenwoordiger voor een onderbouwing van het belang van de vertegenwoordigde bij die transactie, met name waarom die transactie het belang van de vertegenwoordigde niet schaadt, en de marktconformiteit van de geboden prijs.

Voorbeeld: De vertegenwoordigde heeft praktische hulp in huis nodig. Het uitgangspunt is dat de vertegenwoordiger daarvoor een bekwaam iemand inschakelt die niet op een andere wijze is verbonden aan de vertegenwoordiger. De vertegenwoordiger schakelt voor zorg thuis dus een verpleegkundige of de thuiszorg in en niet diens eigen kind die op zoek is naar een bijbaan of extra verdiensten.

Als de vertegenwoordiger een kind is van de vertegenwoordigde, geldt een mogelijk erfrechtelijk belang van het kind niet als een conflicterend belang. Als de vertegenwoordiger een professionele partij is, dan geldt een marktconforme en proportionele beloning voor diens werkzaamheden niet als een conflicterend belang.

2. Er mag geen sprake zijn van onbehoorlijke beïnvloeding van de vertegenwoordigde door de vertegenwoordiger. Onder onbehoorlijke beïnvloeding wordt verstaan beïnvloeding met gebruikmaking van onoorbare middelen zoals dwang, dreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden.

Voorbeeld: De vertegenwoordigde die door de vertegenwoordiger onder druk wordt gezet zijn testament aan te passen, zodat er een door de vertegenwoordiger gewenste wijziging wordt doorgevoerd. De situatie dat de vertegenwoordigde in een afhankelijke positie ten opzichte van de vertegenwoordiger verkeert, is daarbij een verzwarende factor.

Voorbeeld: De vertegenwoordiger die bedreigingen uit naar de vertegenwoordigde die heeft aangegeven de vertegenwoordiging stop te willen zetten. Bijvoorbeeld de bedreiging om bepaalde privé zaken openbaar te maken waar de vertegenwoordiger vanuit diens werkzaamheden kennis heeft kunnen nemen. De bedreiging kan voor de vertegenwoordigde reden zijn de vertegenwoordiging tegen zijn zin in toch door te laten lopen.

3. De vertegenwoordiger zet zich in voor het belang van de vertegenwoordigde. Dat brengt een verplichting mee om voldoende voortvarend en zorgvuldig op te treden.

Voorbeeld: De vertegenwoordiger zorgt ervoor dat schulden op tijd worden betaald om te voorkomen dat er extra kosten in rekening worden gebracht, bijvoorbeeld administratiekosten en boeterente. In de situatie dat er (tijdelijk) niet voldoende liquide middelen beschikbaar zijn voor betaling zet de vertegenwoordiger zich ook in om extra kosten te voorkomen, bijvoorbeeld door contact op te nemen met de schuldeiser met een coulanceverzoek of voor het treffen van een regeling.

Wat voldoende voortvarend is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Sommige maatregelen kunnen geen uitstel dulden omdat uitstel schade oplevert voor de vertegenwoordigde; voor overige handelingen geldt dat zij worden verricht binnen een redelijke termijn.

Onder zorgvuldig handelen wordt verstaan handelen op grond van voldoende en betrouwbare informatie, met voldoende transparantie naar betrokken partijen waaronder in de eerste plaats - voor zover mogelijk - de vertegenwoordigde en de toezichthouder.

2. Wat is een goede toezichthouder?

Een professionele financieel toezichthouder voldoet ten minste aan de volgende eisen.

1. Er is geen sprake van redenen om niet te worden benoemd als bewindvoerder (art. 1:435 lid 6 BW: handelingsonbekwaam, onder bewind of mentorschap, in de schuldsanering of faillissement, direct betrokken hulpverlener of bestuurder of werknemer van instelling waar rechthebbende verblijft of met die instelling verbonden instelling).

2. De toezichthouder is onafhankelijk. Hij heeft geen ander belang bij de uitoefening van zijn taak dan de (eventuele) beloning die hij daarvoor krijgt. Hij gebruikt zijn bevoegdheden uitsluitend in het belang van de vertegenwoordigde. Bij de invulling van dat belang is in de eerste plaats het levenstestament van de vertegenwoordigde leidend. Biedt het levenstestament geen aanknopingspunten, dan is leidend dat wat volgens objectieve maatstaven geacht kan worden in het belang te zijn van iemand die zich bevindt in een vergelijkbare positie als de vertegenwoordigde.

3. De toezichthouder heeft, met het oog op de omvang en de complexiteit van het vermogen van de vertegenwoordigde, voldoende kennis en ervaring met financieel beheer.

4. De kantoororganisatie van de toezichthouder is voldoende ingericht op de uitoefening van de taken als toezichthouder. De continuïteit in de uitvoering van de toezichttaken is gewaarborgd. De bereikbaarheid van de toezichthouder dient voldoende te zijn in het

licht van de omvang van zijn taken en verantwoordelijkheden. Over het algemeen zal bereikbaarheid iedere werkdag tussen 9 en 5 uur volstaan maar als de toezichthouder volgens het levenstestament een bredere taak heeft, zal ruimere bereikbaarheid nodig kunnen zijn.

5. De professionele toezichthouder moet een klachtenregeling hebben of onderworpen zijn aan tuchtrecht.

6. De toezichthouder heeft een aansprakelijkheidsverzekering of voldoende middelen om schadeclaims te kunnen voldoen.

3. Wat is goed toezicht?

Beginselen van goed toezicht

Toezicht op financiële vertegenwoordiging

Deze beginselen van goed toezicht zien op het toezicht op de vertegenwoordiging van de volmachtgever op financieel gebied.

I. Doelomschrijving

Doel toezicht bij levenstestament

Goed toezicht is toezicht dat in overeenstemming is met het doel ervan. Het doel van het toezicht wordt in de eerste plaats bepaald door wat de vertegenwoordigde daarover in zijn levenstestament heeft bepaald. Als de vertegenwoordigde daarover geen specifieke bepaling heeft opgenomen in het levenstestament, is het doel van toezicht minimaal de bescherming van het vermogen van de vertegenwoordigde tegen misbruik.

Misbruik

Onder misbruik wordt in dit verband verstaan het opzettelijk aan het toezicht onttrekken en/of zich toe-eigenen of ontvreemden van geld of spullen van de vertegenwoordigde, het besteden van gelden van de vertegenwoordigde voor een ander doel dan in het belang van de volmachtgever tenzij de volmachtgever in het levenstestament heeft bepaald dat de desbetreffende uitgave mag worden gedaan.

Ver onder het voorheen (tot het moment van het intreden van de wilsonbekwaamheid) gebruikelijke uitgavenpatroon blijven, kan onder omstandigheden ook als misbruik gekwalificeerd worden. Onder gebruikelijk uitgavenpatroon wordt verstaan het vóór het ingaan van de bevoegdheden van de vertegenwoordiger bestaande uitgavenpatroon. Van misbruik in deze zin is geen sprake als het vermogen van de volmachtgever een ruimer uitgavenpatroon niet meer toelaat of als uit het levenstestament voortvloeit dat de volmachtgever de beperking van het uitgavenpatroon heeft gewenst.

Voorbeeld: De volmachtgever heeft in zijn levenstestament bepaald dat het overdragen van vermogen aan volgende generaties zijn eerste prioriteit is. Daaruit mag een vertegenwoordiger de conclusie trekken dat een keuze voor de voordeligste optie een keuze volgens de wensen van de volmachtgever is. Dat betekent dat hij bijvoorbeeld mag kiezen voor een kleinere maar goedkopere kamer in het verzorgingshuis, ook als het vermogen ruimte biedt om te kiezen voor een grotere kamer.

Ingangsmoment vertegenwoordiging

Indien in het levenstestament is bepaald dat de volmacht direct ingaat, ziet het toezicht ook op de beslissing van de vertegenwoordiger om bepaalde taken van de vertegenwoordigde over te nemen. De toezichthouder let daarbij op de onderbouwing van de desbetreffende beslissing en de mate waarin daarbij de autonomie van de vertegenwoordigde is gerespecteerd.

Overeenkomst van opdracht tot toezicht

Indien de vertegenwoordigde een ruimer doel van toezicht in zijn levenstestament heeft vastgelegd (of wenst vast te leggen) dan alleen bescherming tegen misbruik, vindt daarover overleg plaats tussen de vertegenwoordigde en de beoogd toezichthouder voordat het toezicht een aanvang neemt. Zij leggen het doel van het toezicht ook vast in de overeenkomst van opdracht. Daarin kan dat doel eventueel nader uitgewerkt worden, zolang dat blijft binnen het in het levenstestament vastgelegde kader. Bij een ruimer doel van toezicht kan worden gedacht aan het toezicht op andere aspecten van vertegenwoordiging dan zuiver financiële.

II. Ingangsmoment toezicht

Indien de volmacht direct ingaat, de volmachtgever zelf nog in staat is rekening en verantwoording af te nemen en de volmacht al wordt gebruikt, wordt de rekening en verantwoording uitsluitend aan de volmachtgever afgelegd. Voor het geval de volmachtgever geen rekening en verantwoording wil afnemen maar op dit punt nog wel wilsbekwaam is, kan de volmachtgever de toezichthouder inschakelen om dat namens hem te doen. De toezichthouder treedt in deze fase derhalve uitsluitend op verzoek van de volmachtgever op. Het staat de volmachtgever vrij geen rekening en verantwoording af te (doen) nemen.

Tijdens het schemergebied tussen wilsbekwaamheid en wilsonbekwaamheid heeft de toezichthouder regelmatig contact met de volmachtgever om zich op de hoogte te stellen van de stand van zaken met het oog op het begin van de taak. Het verdient aanbeveling dat tijdens die overgangsfase ook aan de toezichthouder rekening en verantwoording wordt afgelegd, tenzij het levenstestament daarvoor een ander tijdstip aanwijst.

Als aan de volmacht de opschortende voorwaarde van het intreden van de wilsonbekwaamheid is verbonden, vangt de taak van de toezichthouder aan op het moment van vervulling van die voorwaarde.

De toezichthouder legt in zijn dossier het moment vast waarop hij de afname van rekening en verantwoording overneemt van de volmachtgever.

III. Frequentie

Controle van de administratie vindt plaats in een frequentie zoals in het levenstestament bepaald. De toezichthouder neemt echter zodra het toezicht actief is geworden, in alle gevallen ten minste een keer per jaar rekening en verantwoording af van het door de vertegenwoordiger gevoerde beheer, uiterlijk binnen 3 maanden na het einde van het jaar.

De toezichthouder is alert op signalen van misbruik. Hij neemt zo nodig zelf initiatief om zich te laten informeren, zodat hij kan beoordelen of bijsturen of ingrijpen vereist is. Bij aanwezigheid van signalen van misbruik vraagt de toezichthouder direct informatie die hem in staat stelt de signalen te beoordelen, aan de vertegenwoordiger en/of aan derden. Zo nodig neemt de toezichthouder tussentijds rekening en verantwoording af.

IV. De rekening en verantwoording

Het toezicht is primair erop gericht eventuele onregelmatigheden in de rekening en verantwoording te signalen.

De toezichthouder vraagt zo nodig een nadere onderbouwing van de noodzaak van een bepaalde uitgave.

De toezichthouder respecteert de (beleids)vrijheid van de vertegenwoordiger voor zover de vertegenwoordiger blijft binnen het door de vertegenwoordigde gegeven kader. De rol van de toezichthouder is niet om zijn oordeel over wat het beste is in de plaats te stellen van dat van de vertegenwoordiger. Het toezicht is dus marginaal bedoeld. De primaire vraag voor de toezichthouder is: heeft de vertegenwoordiger in redelijkheid tot deze beslissing of handeling kunnen komen?

Als het doel van toezicht ruimer is geformuleerd in die zin dat het ook ziet op de tegemoetkoming aan de wensen zoals door de volmachtgever neergelegd in het levenstestament, heeft de toezichthouder ook een signalerende functie. Als de vertegenwoordiger in onvoldoende mate tegemoetkomt aan de wensen van de volmachtgever, signaleert hij dat en nodigt de vertegenwoordiger beter aan te sluiten bij de wensen van de volmachtgever. Hij stelt echter ook dan niet zijn beslissing in de plaats van die van de vertegenwoordiger.

De toezichthouder communiceert tijdig en duidelijk naar de vertegenwoordiger en, als de vertegenwoordigde in zijn levenstestament heeft bepaald dat daarnaast andere betrokkenen geïnformeerd moeten worden, ook naar die anderen.

V. Toezicht vooraf

In het levenstestament kan zijn bepaald dat bepaalde rechtshandelingen aan toezicht zijn onderworpen voordat zij worden verricht. Het verdient de voorkeur bij de toezichthouder geen adviestaak neer te leggen als die taak meebrengt dat de adviseur de inhoud van de rechtshandeling (mede) bepaalt. De combinatie van adviseur van de vertegenwoordiger en toezichthouder leidt dan tot een onwenselijke vermenging van uitvoering en toezicht. De toezichthouder die eerst advies heeft gegeven over een bepaalde handeling zou dan immers vervolgens als toezichthouder een oordeel moeten vellen over dezelfde handeling. Wenst de volmachtgever de toezichthouder ondanks dit bezwaar toch te bekleden met een dergelijke adviserende taak, dan aanvaardt de volmachtgever de vermenging van uitvoering en toezicht uitdrukkelijk in de overeenkomst van opdracht.

Blijft de adviserende taak beperkt tot het geven van toestemming voor een voorgenomen (rechts)handeling waarvan de inhoud door de vertegenwoordiger is bepaald, dan geldt het hiervoor genoemde bezwaar in veel mindere mate, met name als de maatstaven of richtlijnen voor toestemming in het levenstestament zijn vastgelegd. In dat geval kan de vertegenwoordiger zonder bezwaar vooraf aan de toezichthouder vragen te beoordelen of de voorgenomen rechtshandeling voldoet aan de vastgelegde maatstaven of valt binnen de gegeven richtlijnen.

Is in het levenstestament bepaald dat bepaalde (rechts)handelingen zijn onderworpen aan toestemming van de toezichthouder, dan vindt voor het toezicht een aanvang neemt een gesprek plaats tussen professionele toezichthouder en volmachtgever waarin de toezichthouder zich op de hoogte stelt van de opvattingen en wensen van de volmachtgever. Kiest de volmachtgever een niet-professionele toezichthouder, dan verdient het evenzeer aanbeveling dat een dergelijk gesprek plaatsvindt.

De toezichthouder die wordt verzocht toestemming te geven voor een bepaalde (rechts)handeling, weegt zijn beslissing in de eerste plaats af tegen het in het levenstestament neergelegde kader en in de tweede plaats tegen hetgeen uit het eerdergenoemde gesprek is gebleken over de persoon en wensen van de vertegenwoordigde. De wensen van de wilsonbekwame volmachtgever kunnen onder invloed van een ziekte of aandoening, gaan afwijken van wat in het levenstestament is vastgelegd. In dat geval houdt de toezichthouder voor zover mogelijk rekening met de actuele wil van de vertegenwoordigde en de gevolgen van het geven of weigeren van de toestemming voor het welzijn van de vertegenwoordigde. Een bevoegdheid om – anders dan op een ondergeschikt punt – af te wijken van het in het levenstestament vastgelegde kader moet in beginsel in het levenstestament zelf gegeven zijn. Is die bevoegdheid niet gegeven, dan kan het noodzakelijk zijn om, ter bescherming van de vertegenwoordigde, af te wijken van diens actuele wil. Die (zelf)beperking is in dat geval door de vertegenwoordigde gewild en bewust aanvaard. Desalniettemin kan de toezichthouder bij zijn beslissing afwijken van expliciet in het levenstestament vastgelegde wensen als het vasthouden daaraan belangrijk nadeel voor het welzijn van de vertegenwoordigde zou opleveren.

De toezichthouder vraagt indien nodig een second opinion indien het levenstestament in die mogelijkheid voorziet. Voorziet het levenstestament niet in die mogelijkheid, dan kan de toezichthouder de vertegenwoordiger vragen zijn voorgenomen (rechts)handeling te nader onderbouwen met documentatie of deskundig advies.

In de rekening en verantwoording wordt meegenomen of in de verslagperiode rechtshandelingen zijn verricht die volgens het levenstestament vooraf toestemming of advies behoeven. Tevens wordt vermeld of de toestemming is gegeven of hoe het advies luidde.

De bank kan geen rol vervullen in het toezicht op de naleving van toestemmings- of advies regels in het levenstestament. De notaris die het levenstestament opstelt, wijst de klant hierop.

VI. Sanctiemogelijkheden

Bij het gebruikmaken van sanctiemogelijkheden maakt de toezichthouder een afweging waarin worden meegewogen de doelmatigheid, evenredigheid, subsidiariteit en eventuele nadelige gevolgen van de sanctie. De toezichthouder maakt pas gebruik van sanctiemogelijkheden als het echt niet anders kan.

Een beslissing om gebruik te maken van de in het levenstestament gegeven sanctiemogelijkheden wordt gemotiveerd op een wijze die de beslissing voor de vertegenwoordiger begrijpelijk maakt en controleerbaar voor een eventueel ingeschakelde rechter.

VII. Informatievoorziening aan derden

De toezichthouder verstrekt geen informatie aan anderen dan de volmachtgever en de vertegenwoordiger, tenzij anders is bepaald in het levenstestament of de toezichthouder daartoe verplicht is op grond van de wet of een rechterlijke uitspraak.

Als de vertegenwoordigde (beperkte) verslaglegging van de toezichthouder aan andere betrokkenen wenst, wordt dat vastgelegd in het levenstestament. Daarbij wordt nader bepaald wie recht heeft op welke informatie.

Als de vertegenwoordigde wil dat een of meer van zijn nabestaanden na diens overlijden toegang hebben tot de boedelbeschrijving, de rekening en verantwoording en de verslaglegging van de toezichthouder, wordt dat in het levenstestament vastgelegd.

4. Wat doet een toezichthouder concreet?

Voor de concrete invulling van de taak van de professionele toezichthouder zijn het levenstestament en de overeenkomst van opdracht leidend. De hiernavolgende opsomming is bedoeld als handvat. De opsomming is niet limitatief bedoeld.

De toezichthouder:

- neemt de boedelbeschrijving door en controleert die voor zover mogelijk op volledigheid en juistheid;
- controleert de rekening en verantwoording en – indien van toepassing – besteedt daarbij aandacht aan de vraag of in het levenstestament neergelegde wensen ten aanzien van specifieke vermogensbestanddelen zijn gerespecteerd;
- controleert of de belastingaangifte is gedaan;
- controleert of de gegevens in de belastingaangifte corresponderen met de boedelbeschrijving;
- controleert of de relevante toeslagen zijn aangevraagd;
- vraagt waar nodig nadere informatie op bij de vertegenwoordiger en/of bij derden;
- rappelleert bij niet tijdig afleggen rekening en verantwoording of aanleveren van de gevraagde informatie;
- controleert of de vertegenwoordiger niet meer of andere kosten in rekening brengt dan toegestaan volgens het levenstestament;
- grijpt tijdig in bij constatering van onregelmatigheden;
- koppelt zijn bevindingen terug aan de vertegenwoordiger;
- koppelt zijn bevindingen terug aan de vertegenwoordigde zolang die nog in staat is de terugkoppeling te begrijpen; en
- toetst of de vertegenwoordiger voldoet aan overige in het levenstestament neergelegde normen als in het levenstestament ruimere controle is bepaald.

Als de volmachtgever de toezichthouder ook wil inzetten als gesprekspartner en meebepalende adviseur van de vertegenwoordiger, dan wordt die taak uitdrukkelijk vastgelegd in het levenstestament. De notaris wijst de volmachtgever op de risico's die deze vermenging van functies meebrengt voor de effectiviteit van het uitgeoefende toezicht.

5. Wat heeft een toezichthouder in praktische zin nodig om toezicht te kunnen uitoefenen?

De volgende opsomming betreft wat de toezichthouder concreet nodig heeft om zijn taak te kunnen uitoefenen. NB: voor de meeste zaken geldt dat de basis daarvoor in het levenstestament moet worden gelegd.

- Juridische grondslag voor toezicht

De verhouding tussen toezichthouder en volmachtgever enerzijds en die tussen toezichthouder en vertegenwoordiger anderzijds moet juridisch voldoende worden vormgegeven. De toezichthouder moet weten wat zijn bevoegdheden en

verantwoordelijkheden zijn en waar die eindigen. Gaat het om een professionele toezichthouder, dan wordt bij voorkeur gebruik gemaakt van een overeenkomst van opdracht.

- Kader in het levenstestament

Een duidelijk kader in het levenstestament is zeer wenselijk, zo niet onmisbaar. De door de vertegenwoordigde gegeven aanwijzingen en wensen zijn leidend voor zowel vertegenwoordiger als de toezichthouder.

Het verdient aanbeveling om in het levenstestament in ieder geval schenkingen te adresseren. Het komt vaak voor dat de woning van de vertegenwoordigde wordt verkocht omdat de vertegenwoordigde daarin niet meer zal kunnen terugkeren. Op dat moment wordt een deel van het vermogen van de vertegenwoordigde liquide. Dat is ook het moment dat de vraag opkomt of daaruit schenkingen mogen worden gedaan.

Ook de keuze tussen opname in een verzorgings- of verpleeghuis enerzijds en thuis blijven wonen met 24-uurs zorg anderzijds, is een keuze met mogelijk ingrijpende consequenties voor het vermogen van de vertegenwoordigde. Het verdient aanbeveling ook deze keuze te adresseren in het levenstestament. Is de vertegenwoordiger vrij in zijn keuze of wenst de vertegenwoordigde randvoorwaarden te stellen?

- De boedelbeschrijving

De boedelbeschrijving voor bewind op rechtspraak.nl is een goed startpunt. Op de boedelbeschrijving moeten ook waardevolle inboedelgoederen, schilderijen, antiek, verzamelingen en sieraden worden opgenomen omdat juist deze zaken kwetsbaar zijn voor diefstal/toe-eigening/ontvreemding. De beschrijving moet zodanig zijn dat de beschreven zaak identificeerbaar is. Daarbij wordt zo mogelijk gebruik gemaakt van foto's.

- Inzicht in de inkomsten en het gebruikelijke uitgavenpatroon van de vertegenwoordigde

Een overzicht van inkomsten en vaste lasten is onmisbaar. Inzicht in het gebruikelijke uitgavenpatroon is nodig om afwijkingen daarvan te kunnen zien. Niet iedere afwijking is overigens per definitie verkeerd. Naarmate een ziekte die de wilsonbekwaamheid veroorzaakt, vordert, kunnen bijvoorbeeld (veel) hogere kosten gemoeid zijn met zorg. Oude aangiften inkomstenbelasting en aanslagen kunnen daarbij behulpzaam zijn.

- Jaaropgaven

Jaaropgaven van banken, verzekeraars en pensioenuitvoerder zijn een belangrijke bron van informatie.

- Informatie

De toezichthouder kan behalve aan de genoemde informatie, behoefte hebben aan andere informatie over (zaken van) de vertegenwoordigde, van de vertegenwoordiger of van derden. Denk aan informatie over verschuldigde belasting maar ook aan (veranderingen in) inkomsten. Het kan ook nodig zijn informatie over de

vertegenwoordigde te delen met derden, met name in het kader van de sancties (zie hierna).

Zowel voor de bevoegdheid om informatie op te vragen als voor de bevoegdheid om informatie over de vertegenwoordigde te delen met derden is een grondslag (volmacht) in het levenstestament nodig.

Het uitgangspunt is dat de toezichthouder informatie eerst opvraagt bij de vertegenwoordiger. Van de gegeven bevoegdheid informatie op te vragen bij derden dient pas in laatste instantie gebruik gemaakt te worden en uitsluitend als het belang van de vertegenwoordigde daarmee is gediend.

Met het geven van de bevoegdheid informatie op te vragen bij derde partijen is nog niet gegarandeerd dat de informatie ook wordt verstrekt. De derde kan een eigen, valide reden hebben de gevraagde informatie niet te geven.

Over de wijze van verstrekken van informatie, specificatie van de informatie en de mate van gedetailleerdheid daarvan kunnen afspraken worden vastgelegd in een overeenkomst tussen de betrokken partijen.

- Toegang tot de vertegenwoordigde

De toezichthouder moet de mogelijkheid hebben de vertegenwoordigde te zien en te spreken. De toezichthouder houdt daarbij rekening met het welzijn van de vertegenwoordigde.

- Sancties

Sanctiemogelijkheden moeten worden geregeld in het levenstestament. In het KNB-model voorziet in de volgende sanctiemogelijkheden: het namens de volmachtgever herroepen van de volmacht aan de vertegenwoordiger, het aanwijzen van een vervangende vertegenwoordiger en het namens de volmachtgever aansprakelijk stellen van de vertegenwoordiger. Een andere mogelijkheid is: dwingende aanwijzingen geven.

De toezichthouder is niet een van de personen of instanties, genoemd in art. 1:432 BW die bewind mogen aanvragen. Als er niet een van de wel genoemde personen is om het bewind aan te vragen, dan kan de toezichthouder een onderbouwd verzoek daartoe doen aan het openbaar ministerie.

Van een verdenking van het plegen van ernstige strafbare feiten door de vertegenwoordiger jegens de vertegenwoordigde kan de toezichthouder aangifte doen.

6. Wat is er nodig om toezicht 'de standaard' te maken? Wat is de rol van de KNB daarbij?

Wat heeft de notaris nodig om het belang van toezicht te laten zien?

- Bewustwording bij de cliënt bewerkstelligen door gevallen (persona's) op notaris.nl, uitbreiding checklist en/of in de folder voor de vertegenwoordiger (waar zeg ik ja tegen?).
- Gewezen wordt op het belang van extra voorlichting gericht op het niet-gevolmachtigde kind of familielid, waarin (onder meer) de rol van de toezichthouder wordt uitgelegd.
- In de communicatie vermijden van beladen woord 'toezicht' vanwege de wrijving die dat oplevert met het vertrouwen dat het uitgangspunt is voor het levenstestament.
- 'Vier-ogenprincipe' , 'checks and balances' en 'transparantie' zijn minder zwaarbeladen woorden die toezicht wellicht makkelijker bespreekbaar maken.
- Bewustwording via verwijzers. Banken lichten cliënten ook voor levenstestament. Die zouden ook het belang toezicht kunnen onderstrepen.
- Gesprekstraining van notarissen in cursussen of – laagdrempeliger – voorbeelden van gesprekken in videofragmenten. In cursussen kan aandacht worden besteed aan de gekleurde blik van ouders op hun kinderen, de valkuilen voor ouders, de impact van veranderende omstandigheden en de gevolgen van stressvolle situaties.
- Er is een groep van ouders wier kinderen al ruzie hebben. Voor notarissen die te maken krijgen met die groep zou het helpen om voorlichting te krijgen over de beste aanpak in dat geval.

Wat heeft de notaris nodig om toezicht de standaard te maken?

Niet iedereen is het eens met het uitgangspunt dat toezicht de standaard moet zijn. In familieverbanden is toezicht vaak een (te) zwaar middel, zo is het gedeelde gevoel van de praktijkmensen. Opmerking verdient dat het doel van de KNB niet is dat er altijd een professionele toezichthouder wordt aangesteld; het toezicht kan ook binnen de familie worden georganiseerd.

Een verplichting om toezicht op te nemen in ieder levenstestament gaat te ver omdat niet de notaris, maar de cliënt daarover gaat. De notaris kan toezicht niet afdwingen. Dat resultaat kan ook niet worden bereikt via een verordening. Een verordening kan gaan over de ambtsuitoefening door de notaris, maar niet over wat partijen – binnen de mogelijkheden van het recht – overeenkomen of willen vastleggen. Het recht schrijft toezicht bij een levenstestament nu niet dwingendrechtelijk voor. Een verordening mag niet treden in de privaatrechtelijke partijautonomie.

Wat wel kan, is een verplichting (in de Verordening beroeps- en gedragsregels) of, lichter, een aanbeveling (of richtlijn of 'best practice'), om toezicht te bespreken, meer in het bijzonder: een concrete voorlichtingsplicht over toezicht en een waarschuwingsplicht

ter zake van de risico's van het ontbreken van toezicht. Van de notaris mag dan worden verwacht dat hij bewijst dat hij in voldoende (concrete) mate heeft gewaarschuwd voor de desbetreffende risico's.

Uitgangspunt blijft dus dat de autonomie van de volmachtgever gerespecteerd moet worden. Als de volmachtgever geen toezicht in welke vorm dan ook wil, dan komt er ook geen toezicht. Het is wel van belang die weloverwogen keuze niet alleen in het dossier maar ook in het levenstestament te expliciteren. Het zal niet voor iedere betrokken derde (rechterlijke macht, banken) duidelijk zijn wat de taak van de notaris in deze is en dat men in verband met die taak ervan mag uitgaan dat die keuze weloverwogen is.

De inrichting en de zwaarte van het toezicht al variëren al naar gelang de situatie. Er is behoefte aan het duidelijk onderscheiden van die situaties, bijvoorbeeld in de checklist levenstestament en/of een stappenplan voor de notaris. Daarin zou ook aandacht kunnen worden besteed aan informele vormen van toezicht (denk aan: meer vertegenwoordigers die elkaar in de gaten kunnen houden). Onderwerpen die aan de orde zouden moeten komen zijn de taakverdeling tussen vertegenwoordigers, verhelderen van de grenzen aan verantwoordingsplicht (geen toezicht op de uitgave voor een kopje koffie), en afspraken over informatie-uitwisseling.

Het standaardiseren van de belehrung (bijvoorbeeld door het doorlopen van vastgestelde procedure, op papier of digitaal) wordt door sommigen als knellend ervaren en zelfs als een onderschatting van de notaris en de wijze waarop hij invulling geeft aan zijn verantwoordelijkheden. Een (vooralsnog) vrijblijvend hulpmiddel bij de belehrung (vergelijkbaar met het stappenplan) heeft op dit moment de voorkeur. Tegelijkertijd moet het belang ervan en wat het toevoegt worden uitgelegd en onderstreept.

Het faciliteren van toezicht door het ter beschikking stellen van hulpmiddelen zoals een tool voor de communicatie tussen vertegenwoordigers, zou positieve ervaringen kunnen opleveren die op hun beurt toezicht weer aantrekkelijker maken.

Het (al dan niet) digitaliseren van toezicht moet wat de issuegroep betreft aan de markt worden overgelaten.

Leden issuegroep

- Kees Blankman (hoogleraar ouderenbescherming VU)
- Chanien Engelbertink (vertegenwoordiger EPN)
- Suzanne den Engelse (namens Netwerk Notarissen)
- Jan Hofman (bewindvoerder, deelnemer Brede Alliantie namens BBPI)
- Annette van der Klooster (bestuur KNB, portefeuillehouder levenstestament)
- Petra Knoppers (advocaat, ervaring in financieel-misbruikzaken)
- Hanneke Kroonenberg (hoofd kenniscentrum Van Lanschot)
- Maayke van Leeuwe (kandidaat-notaris, coauteur WPNR-artikel toezicht)
- Marieke Schoonhoven (bestuur KNB, portefeuillehouder levenstestament)
- Madeleine Hillen (extern juridisch adviseur KNB, penvoerder)