

Het levenstestament voor agrarisch ondernemers

mr. L.A.G.M. van der Geld en mr. J.F.V.N. Verploegen¹

Het levenstestament is in toenemende mate populair onder Nederlanders, gezien de aantallen levenstestamenten die de afgelopen jaren zijn gemaakt.² Het levenstestament voorziet kennelijk in een behoefte van Nederlanders om een regeling te treffen voor de situatie waarin ze zelf niet kunnen of niet meer willen handelen. In deze bijdrage wordt geïnventariseerd wat een levenstestament de agrarisch ondernemer kan bieden.

1. Wat te verstaan onder levenstestament?

Als zodanig is het levenstestament niet in de wet geregeld, maar ontwikkeld in de notariële praktijk. Eerder werden in de notariële praktijk akten met de naam 'algehele volmachten' gepasseerd. Deze akten hielden een algemene volmacht in van art. 3:62 BW, waarbij een groot aantal rechtshandelingen werden 'uitgeschreven'. Hoewel het levenstestament in de kern ook gebaseerd is op de algemene volmacht, houdt het levenstestament een bredere vertegenwoordiging in voor de situatie waarin de levenstestateur niet meer zijn eigen belangen wil of kan behartigen. Het gaat daarbij niet alleen om de vermogensrechtelijke handelingen, maar ook om de medische en de persoonlijke handelingen. Omdat het levenstestament vooral ook kan worden gezien als een document voor de laatste levensfase, staan er veelal ook wensen in over verzorging, wensen met betrekking tot het beheer van en het beschikken over het vermogen in het kader van de nalatenschapsplanning, of het beperken van de

kosten van de zorg en op welke wijze en waar de laatste levensdagen worden doorgebracht.³

Afhankelijk van welk model als uitgangspunt voor het te maken levenstestament wordt gebruikt, houdt het levenstestament naast de algemene volmacht van art. 3:62 BW ook een opdracht en/of last in.⁴ Expliciet dan wel impliciet volgt uit het levenstestament dat de vertegenwoordiger in het belang handelt van degene die het levenstestament maakt (de levenstestateur). Mede gezien de uitspraak van Hof Den Haag, waarin het Hof oordeelde dat de gevolmachtigde onrechtmatig had gehandeld door de belangen van de levenstestateurs niet goed te behartigen, heeft het de voorkeur om deze 'opdracht' expliciet mee te geven aan de vertegenwoordiger (de levensexecuteur).⁵

2. Wat biedt een levenstestament in het algemeen?

Zoals uit de vorige paragraaf is gebleken, bestaat er momenteel geen expliciete wetgeving die ziet op het levenstestament. Het uitgangspunt van het levenstestament is voor de vermogensrechtelijke belangen:

- de algemene volmacht in de zin van art. 3:62 BW: een (notariële) volmacht die alle zaken en rechtshandelingen omvat, met uitzondering van hetgeen ondubbelzinnig is uitgesloten; en eventueel
- de opdracht/ lastgeving in de zin van art. 7:400 e.v. BW.

1. Mr. L.A.G.M. van der Geld is directeur van Netwerk Notarissen, een kennis-en kwaliteitssamenwerking van 150 notariskantoren in Nederland. Van der Geld is tevens verbonden als docent aan het Centrum voor Notarieel Recht aan de Radboud Universiteit en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof in Den Haag. (geld@netwerknotarissen.nl), mr. J.F.V.N. Verploegen is werkzaam als notaris bij Bruggink & Van Beek Notarissen Adviseurs, lid van het bestuur van de Vereniging voor Agrarisch Specialisten in het Notariaat (VASN) en de Vereniging Agrarisch Recht (VAR). Verploegen is daarnaast als docent verbonden aan de Stichting Beroepsopleiding voor het Notariaat (SBN) en het Instituut voor na- en bijscholing Juridische en Notariële Medewerkers (INM) (j.verploegen@bvbnotarissen.nl, www.bvbnotarissen.nl). Deze bijdrage is door de auteurs geschreven in het kader van het kennispartnerschap tussen de VASN en Netwerk Notarissen.

2. Volgens de factsheet Testamenten van de KNB zijn er in 2019 190.522 levenstestamenten aangemeld bij het Centraal Levenstestamentenregister (LCTR). In 2018 waren dat er 150.737.

3. Over de karakterisering van een levenstestament o.m. Blankman & Engelbertink, 'Notariële bescherming ouderen, Preadvies KNB 2013', WPNR 2016(7123) e.v. *Rode draad: Het levenstestament en Compendium Levenstestament*, Sdu 2018, Autar, Baard e.a.

4. Verstappen bespreekt in WPNR 2016/7132 de verschillende modellen levenstestament.

5. Hof Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:677. Zie ook: Hof Den Haag 12 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:47.

Wat betreft de medische belangen is het uitgangspunt de volmacht in de zin van art. 7:465 BW.

2.1. Wilsbekwaamheid bij ondertekenen levenstestament

Bij het verlijden van het levenstestament moet door de notaris worden beoordeeld of de levenstestateur wilsbekwaam is. Hierbij is het bepaalde in art. 3:34 lid 1 BW van belang, dat handelt over het ontbreken van de wil als iemand van wie de geestesvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord, verklaringen met het oog op rechtsgevolg heeft gedaan onder invloed van de stoornis. Een verklaring wordt vermoed onder invloed van de stoornis te zijn gedaan, als de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig is.

De notaris heeft als taak om rechtsbescherming te bieden met betrekking tot de inhoud en de rechtsgevolgen van de voorgenomen rechtshandeling, waaronder het levenstestament. De notaris heeft een zwaarwegende zorgplicht ten opzichte van de wil van de betrokkene en de rechtsgevolgen van de geopenbaarde wil.⁶ Er zijn verschillende tuchttuitspraken geweest waarin een notaris niet kon aantonen hoe de wilscontrole is gedaan. De kamer voor het notariaat gaf in de beoordeling van de klacht mee dat het de aanbeveling verdient de wijze en de inhoud van de wilscontrole in het dossier én in de akte vast te leggen.⁷

Het is heel belangrijk om na te gaan of de levenstestateur in staat is om zijn wil te bepalen. In de praktijk is hiervoor een stappenplan ontwikkeld dat in het algemeen geldt voor de wilscontrole. Aan de hand van algemene en bijzondere indicatoren gaat de notaris na of het nodig is om nader onderzoek uit te voeren. Mocht de notaris blijven twijfelen over de wilsbekwaamheid, dan moet volgens het stappenplan een medische verklaring worden aangevraagd bij een onafhankelijke VIA-arts. Dat is een arts die is aangesloten bij de Vereniging van Indicerende en Adviserende artsen. Daarnaast kan een arts aangesloten bij Verenso worden ingeschakeld, de vereniging van specialisten ouderengeneeskunde. Deze procedure is door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) vastgelegd in het 'Stappenplan beoordeling wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening van april 2013'.⁸

Hoewel de beoordeling van de wil bij een testateur vergeleken kan worden met die van een levenstestateur, is het voorstelbaar dat bij spoedeisendheid (bijvoorbeeld net voor een risicovolle operatie van

de testateur) bij twijfel over de wilsbekwaamheid eerder een testament dan een levenstestament wordt gepasseerd.⁹ Bij het levenstestament is er namelijk nog het alternatief van curatele en bewind. Doordat dit alternatief beschikbaar is, kunnen door het instellen van een bewind over het vermogen of een curatele de vermogensrechtelijke belangen van een wilsonbekwame persoon toch worden behartigd, maar dan onder rechterlijk toezicht.

2.2. Gevolgen ontstaan wilsonbekwaamheid na ondertekenen levenstestament

De vraag is wat de waarde van het levenstestament is, ingeval de levenstestateur na het ondertekenen van het levenstestament wilsonbekwaam wordt. De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (V&J) heeft eind juni 2012¹⁰ aangegeven dat ingevolge de huidige wetgeving de vertegenwoordiging op basis van het levenstestament niet eindigt, maar doorloopt nadat de levenstestateur wilsonbekwaam is geworden.¹¹ Beoordeeld dient dus te worden of de levenstestateur op het moment van het verlenen van de volmacht wilsbekwaam is. Dit is later bevestigd door Hof Den Haag in het arrest van 14 maart 2017¹². Bij brief van 1 juni 2017 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft de minister van V&J ten slotte zonder enig voorbehoud geschreven dat de bij levenstestament gegeven volmachten gewoon doorlopen na het intreden van de wilsonbekwaamheid.¹³ Dit zal in de regel ook de wens zijn van de levenstestateur, omdat de volmacht juist voor de situatie van wilsonbekwaamheid wordt gemaakt. Doorgaans wordt dit vermeld in het levenstestament.

Is in het levenstestament verder niets geregeld ten aanzien van het einde van de daarin opgenomen algemene volmacht, dan eindigt deze van rechtswege door de in art. 3:72 BW vermelde gevallen: dood, onder curatelestelling, faillissement en toepasselijkheid schuldsaneringsregeling. Wilsonbekwaamheid staat niet in dit rijtje van eindigingsmomenten van de volmacht. De eindigingsmomenten kunnen uiteraard wel in het levenstestament worden uitgebreid. Denk aan het einde van een zakelijke samenwerking (uittreding) of het einde van een huwelijk, samenlevingscontract of geregistreerd partnerschap.

6. Zie ook art. 3:33 BW en 43 lid 1 Wet op het notarisambt (WNA).

7. Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden 06-11-2018, ECLI:NL:TNORARL:2018:43.

8. Recente jurisprudentie over de beoordeling van de notaris van de wilsbekwaamheid vanuit tuchtrechtelijk perspectief: Hof Amsterdam, 07-01-2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:5, Hof Amsterdam, 18-02-2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:248, Hof Amsterdam 17-09-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3373.

9. Hof Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5348) waarin spoedeisende situatie ertoe leidde dat ondanks twijfel over de wilsbekwaamheid een testament werd gepasseerd.

10. Naar aanleiding van vragen in de Tweede Kamer over het wetsvoorstel tot wijziging van curatele, beschermingsbewind en mentorschap (wetsvoorstel 33 054).

11. *JBN* 2013 (3) 15 T.J. Mellema-Kranenburg, Op welk moment dient een volmachtgever wilsbekwaam te zijn?

12. Hof Den Haag 14 maart 2017 ECLI:NL:GHDHA:2017:801.

13. *Kamerstukken* 28 345, nr. 180, Aanpak huiselijk geweld.

2.3. Controle en toezicht op de levensexecuteur

Er is zoals gezegd geen specifieke wetgeving die ziet op het levenstestament. Daarmee is er ook geen specifieke wetgeving die ziet op de controle op de gevolmachtigde, die hierna ook 'levensexecuteur' wordt genoemd. Er zijn geen restricties en toezicht ontbreekt.¹⁴ De Hoge Raad heeft in 2014¹⁵ geoordeeld dat uit de wet, een rechtshandeling of ongeschreven recht een rechtsverhouding kan ontstaan waarin de levensexecuteur verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. De vraag of en op welke wijze een levensexecuteur rekening en verantwoording moet afleggen over zijn beheerswerkzaamheden wordt, naar analogie, bepaald door dergelijke verplichtingen die wel in de wet zijn opgenomen voor figuren als gemeenschap, opdracht en zaakwaarneming, en voorts door de omstandigheden van het geval.

Om de controle te expliciteren, is het van groot belang de controle te regelen in het levenstestament. Hierna worden enkele mogelijkheden besproken. Toezicht kan geregeld worden door bijvoorbeeld een mede-levensexecuteur te benoemen, zodat een tweehandtekeningstelsel ontstaat. Dit kan betrekking hebben op alle handelingen, maar dit is praktisch vaak niet goed uitvoerbaar.¹⁶ Ook is het mogelijk om het tweehandtekeningstelsel te laten gelden voor specifieke handelingen. Hierbij kan worden gedacht aan vervreemding van onroerende zaken, het aangaan van pachtcontracten en het doen van schenkingen. Verder voorkomt het benoemen van een mede-levensexecuteur vaak problemen, bijvoorbeeld bij de bedrijfsopvolging of de afwikkeling van een nalatenschap. Ruziën-de kinderen of erfgenamen worden als levensexecuteurs gedwongen om samen te werken, wat de afwikkeling bevordert. Daarnaast zijn ze vanuit de functie van levensexecuteur betrokken bij de handelingen, met andere woorden 'ze zitten er met de neus bovenop' in plaats van dat ze achteraf nog geïnformeerd moeten worden.

Ook kan een toezichthouder worden benoemd die niet als levensexecuteur optreedt. Toezicht kan vormgegeven worden door de levensexecuteur te verplichten om de toezichthouder te voorzien van informatie en hem te verplichten om periodiek rekening en verantwoording af te laten leggen aan de toezichthouder. Toezicht kan ook gelden door voor bepaalde in het levenstestament beschreven

'zware' rechtshandelingen een voorafgaande goedkeuring van de toezichthouder te verlangen. Denk hierbij aan verkoop van cultuurgrond, opstallen of productierechten, het schenken van vermogen, het sluiten van een pachtcontract, het aangaan of verstrekken van geldleningen of het handelen door de levensexecuteur met zichzelf (zogenoemde *Selbsteintritt*).

In de modellen van Netwerk Notarissen en de Koninklijke Nederlands Beroepsorganisatie (KNB) wordt (hoewel op verschillende manieren) een controlesysteem aangeboden.

De toezichthouder kan een onafhankelijke professionele toezichthouder zijn, zoals een notaris.¹⁷ De vraag is echter of de notaris voldoende inzicht en informatie heeft om een onafhankelijk oordeel te kunnen geven. Aan de andere kant kan in het levenstestament de inhoud van het toezicht worden beschreven omdat deze 'vrij' in te vullen is en dus voor een marginale toetsing wordt gekozen die past bij de hoeveelheid informatie en inzicht die de notaris zich kan verschaffen.

Bij een agrarische onderneming met haar complexiteit op vele gebieden, is voor de notaris om die rol aan te nemen, terughoudendheid geboden. In het algemeen komt verder nog de vraag op of de aanwijzing van de notaris tot toezichthouder een verboden begunstiging is in de zin van art. 20 Wna. De meningen in de literatuur zijn hierover verdeeld. Wat de notaris doet als toezichthouder valt overigens onder de competentie van de notariële tuchtrechter. Met het oog op de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van de notaris is het van belang duidelijk vast te leggen wat de levensexecuteur van de notaris mag verwachten in het kader van diens rol als toezichthouder, zoals hiervoor al werd aangegeven. Hoe minder concreet de rol van de notaris wordt vastgelegd, des te ruimer het beoordeelingskader van de tuchtrechter wordt.

Ook is het mogelijk om een andere vertrouwenspersoon als toezichthouder aan te wijzen, of de andere kinderen/familieleden die niet bij het bedrijf betrokken zijn. In de agrarische wereld wordt vaak voor dit laatste gekozen. Hierbij wordt soms ook de wens opgenomen dat er voor de bedrijfsbelangen overleg plaats moet vinden met de accountant/fiscalist van de levensexecuteur. Hier kan een spanningsveld ontstaan, omdat de persoonlijke belangen van de levensexecuteur-agrariër niet altijd gelijk zijn aan de belangen van diens onderneming. Aan de toezichthouder kunnen in het levenstestament tal van bevoegdheden gegeven worden. Zo kan vastgelegd worden dat bepaalde 'zware' rechtshandelingen, zoals verkoop van cultuurgrond of productierechten, alleen kunnen plaatsvinden ingeval de toezichthouder dit vooraf heeft goedgekeurd. Op deze wijze kan worden bewerkstelligd dat de toezichthouder een oogje in het zeil houdt ten behoeve van de andere kinderen/fami-

14. Verstappen, tap. P. 157 en S.C.J.J. Kortmann, 'Rekening en verantwoording door de mantelzorger', in: F.W.J.M. Schols en B.C.M. Waaijer (red.), *Het levenstestament Nader verijnd*. Den Haag: Sdu 2017, p. 142.

15. HR 9 mei 2014, NJ 2014/251 (Velázquez/ Blaauw).

16. Zie ook Hof Den Bosch 14 januari 2021, nr 200.272.055/01 (ECLI:NL:GHSHE:2021:78) in welke casus de gezamenlijk handelende levensexecuteurs met elkaar gebrouilleerd waren waardoor het levenstestament werd overruled door een door de rechter uitgesproken bewind.

17. R.E. Brinkman en J.M. van Anken, *WPNR 2016/7131* 'Het Levenstestament en/in de notariële praktijk'.

lieleden die niet betrokken zijn bij het bedrijf. Dit alles is uiteraard maatwerk en in elke situatie zullen andere keuzes gemaakt worden. Door Netwerk Notarissen is de analogie gezocht met de executele (interne en externe werking van de vertegenwoordiging) en is ermee gestart dit als zodanig ook in de modellen levenstestament te benoemen: de voorafgaande toestemming van de toezichthouder heeft interne werking. We zien dat in andere modellen thans ook aangegeven wordt dat er interne werking aan dergelijke bepalingen is verbonden.

De levensexecuteur kan dus in beginsel de levensstataeur vertegenwoordigen, ook zonder de voorafgaande toestemming van de toezichthouder. Aan de toezichthouder kunnen daarom sanctiemiddelen worden gegeven om de levensexecuteur te beugelen, bijvoorbeeld door hem de bevoegdheid te geven om bepaalde rechtshandelingen vooraf te laten gaan aan zijn toestemming. Ook kan de gevolmachtigde een absolute beperking worden opgelegd voor specifieke rechtshandelingen. De meest vergaande sanctie zou kunnen zijn het ontnemen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de levensexecuteur. In het levenstestament kan voor dat geval een subsidiaire benoeming van een levensexecuteur worden vastgelegd, zodat er toch een levensexecuteur is die de belangen van de levensstataeur kan behartigen. Ingeval niet meer in een levensexecuteur is voorzien, zal moeten worden uitgeweken naar het wettelijke beschermingsbewind, curatele en/of mentorschap. Een bewindvoerder, curator of mentor wordt benoemd door de rechter. De toezichthouder kan hierbij meestal geen rol meer spelen vanwege de beperkte kring van verzoekers. Om die reden is het verstandig in het levenstestament alvast de wens van de levensstataeur te verwoorden als onverhoopt toch een bewind, curatele of mentorschap door de rechter moet worden ingesteld, met name de persoon voor te stellen die de rechter kan benoemen als bewindvoerder, curator of mentor.¹⁸

Zoals gezegd kan er ook op andere wijze in het toezicht of de controle worden voorzien. In de praktijk is het vaak al moeilijk voor levensstataeurs om een vertrouwenspersoon als zijn vertegenwoordiger te kiezen, laat staan dat er ook nog een toezichthouder in het verschieft ligt. Het lijstje met 'zware beslissingen' kan ook worden gehanteerd als een van de kinderen/familieleden levensexecuteur is: er is voorafgaande toestemming nodig van de andere kinderen/familieleden, al dan niet in hun rol als toezichthouders. Hetzelfde geldt voor de rekening en verantwoording: deze zou aan de andere kinderen/familieleden kunnen worden afgelegd. Deze en andere mogelijkheden worden hierna besproken.

2.4. Externe werking van het levenstestament; overleg met 'stakeholders'

Door het maken van een levenstestament kan men zelf de regie in handen houden en wordt voorkomen dat het vermogen onder bewind moet worden gesteld, of dat men de toevlucht moet nemen tot een ander rechterlijk toezicht in de vorm van curatele. De acceptatie van het levenstestament door 'de buitenwereld' is daarom van groot belang. Het levenstestament bevat mede daarom gestandaardiseerde tekstblokken, die de gebruikelijke bevoegdheden van de levensexecuteur weergeven. Daardoor is het voor medewerkers van banken en voor artsen in een oogopslag duidelijk wie bevoegd is tot vertegenwoordiging. Zo zijn de gestandaardiseerde tekstblokken over bankzaken in het KNB-model tot stand gekomen in nauw overleg met de Nederlandse Vereniging voor Banken. Teksten over medische aangelegenheden zijn door de KNB gevormd in samenspraak met onder meer de artsenfederatie KNMG, het Nederlands Huisartsengenootschap en Patiëntenfederatie Nederland. Dat neemt niet weg dat het levenstestament maatwerk blijft, zeker voor een agrarisch ondernemer.

2.5. Ondervolmacht en selbsteintritt

Er kan voor worden gekozen om meerdere levensexecuteurs aan te wijzen. Daarbij kan worden bepaald dat de levensexecuteurs tezamen mogen optreden, danwel ieder van hen afzonderlijk. Wordt ervoor gekozen om de levensexecuteurs gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid te geven, dan kan worden bepaald dat zij elkaar een ondervolmacht mogen verstrekken. Met name speelt dit een rol bij bankzaken. Internetbankieren, opnames bij de geldautomaat en pintransacties is uit de aard van de handeling een niet-gezamenlijke.

Verder kan een ondervolmacht bij een agrariër van nut zijn als er een conflict dreigt tussen zijn persoonlijke belangen en die van zijn bedrijf. Is bijvoorbeeld de ouder een vennootschap onder firma aangegaan met een van zijn kinderen, dan zal het kind als voortzetter willen investeren in het bedrijf, terwijl het maar de vraag is of deze investering in het persoonlijke belang is van de ouder. Een mogelijkheid om dit spanningsveld te ondervangen is door in het levenstestament van de ouder het kind/de beoogd bedrijfsopvolger tot levensexecuteur te benoemen, tezamen met (een van de) andere kinderen en/of de partner, met de mogelijkheid elkaar een ondervolmacht te geven. De andere levensexecuteurs zouden dan deze ondervolmacht kunnen verstrekken aan het kind/de beoogd bedrijfsopvolger ten aanzien van de betreffende investering. Op deze wijze kunnen de belangen van de ouder beter worden bewaakt, doordat een overlegsituatie wordt gecreëerd. Rekening dient uiteraard wel te worden gehouden met (statutaire) regelingen en de bepalingen in de (samenwerkings)overeenkomsten. Hierover wordt later nog het nodige gemeld.

18. D.F.M.M. Zaman en M. van Leeuwe-ten Berge, *WPNR* 2019(7240), 'Levenstestament: vertrouwen is goed, maar toezicht is beter'.

De levenstestateur kan er verder voor kiezen de levensexecuteur de bevoegdheid te verlenen om de volmacht te gebruiken, ook als de levensexecuteur zelf de wederpartij is bij de desbetreffende rechtshandeling (*selbsteintritt* art. 3:68 BW). Ook hier moet bij het opstellen van het levenstestament een goed evenwicht worden gevonden tussen de persoonlijke belangen van de agrariër en die van zijn bedrijf. Ten aanzien van bankzaken kan het uitsluiten van *selbsteintritt* leiden tot problemen. Om dit op te lossen zou ervoor kunnen worden gekozen om de *selbsteintritt* te koppelen aan het toezicht. Dit toezicht zou eruit kunnen bestaan dat er vooraf goedkeuring vereist is van de andere levensexecuteurs, dan wel van de toezichthouder voordat de rechtshandeling wordt verricht.

2.6. Bewind, mentorschap en curatele

Zoals aangegeven, wordt een levenstestament opgemaakt om niet in de sfeer van het rechterlijk toezicht, in de vorm van bewind, mentorschap of curatele, terecht te komen. Men wil het rechterlijk toezicht met name niet omdat dit de bedrijfsvoering, de beoogde bedrijfsoverdracht of de planning van de nalatenschap kan bemoeilijken. Toch valt daar niet altijd aan te ontkomen.

Er kunnen verschillende redenen zijn waarom een levenstestament niet meer werkt. Zo kan het zijn dat er geen levensexecuteur meer is. Ook kan het zijn, dat er onenigheid is tussen de kinderen/familieleden, waarvan een de levensexecuteur is. Hoewel de rechter niet gebonden is aan het levenstestament, is de aanwijzing van de persoon van de levensexecuteur belangrijk bij het nemen van de beslissing door de rechter over het verzoek tot benoeming van een bewindvoerder, of curator en zo nodig ook een mentor.¹⁹ Het kan echter ook zo zijn dat de levensexecuteur niet functioneert, bijvoorbeeld door het doen van bovenmatige schenkingen aan zichzelf en het isoleren van de levenstestateur.²⁰ Verder kan er de situatie spelen dat de levenstestateur meer bescherming nodig heeft.²¹ Ten slotte speelt de situatie dat het zorgkantoor het levenstestament niet accepteert in het kader van het persoonsgebonden budget (PGB), omdat er geen specifieke bevoegdheid is gegeven in het levenstestament in de zin van art. 1.1.1. lid 2 Wmo.²² Daarom wordt er veelal voor gekozen deze volmacht specifiek te benoemen in het levenstestament.

In de hiervoor geschetste gevallen gaat de rechter over tot het benoemen van een bewindvoerder of curator en mogelijk ook een mentor. De rechter

moet bij de benoeming in principe de voorkeur van de betrokkene volgen. Dit volgt uit art. 1:383 lid 2 BW wat betreft de curatele, art. 1:435 lid 2 BW wat betreft bewind en art. 1:452 lid 3 BW wat betreft mentorschap. Voor afwijking van die voorkeur moet een gegronde reden zijn en deze dient te worden gemotiveerd. Deze voorkeur kan uiteraard worden opgenomen in het levenstestament, hetgeen ook gebruikelijk is.

3. Het levenstestament voor ondernemers

3.1. Algemene aandachtspunten voor de ondernemer

Bij het maken van een levenstestament, onderzoekt de notaris eerst de positie van de ondernemer. Het maakt nogal een verschil of de onderneming wordt gedreven door een B.V., of er sprake is van een eenmanszaak, dan wel er samen met een of meer andere een personenvennootschap is. We stippen hier kort aan wat er speelt.

Is er sprake van een B.V., dan onderscheidt de notaris de ondernemer als bestuurder enerzijds en als aandeelhouder anderzijds. Van belang is dat de B.V. niet stuurloos wordt als de ondernemer wilsonbekwaam wordt of anderszins verhinderd is het bestuur op zich te nemen. Het levenstestament is niet per se het aangewezen middel om ervoor te zorgen dat de B.V. niet stuurloos wordt als de bestuurder de vennootschap niet meer kan vertegenwoordigen. Er kan namelijk ook gedacht worden aan:

- een volmacht die wordt ingeschreven in het handelsregister (een verdere uitwerking van de statutaire 'belet-en ontstentenisregeling');
- de aanwijzing van een opvolgend bestuurslid of de beoogd bedrijfsopvolger als 'tweede' bestuurder benoemen.

De levensexecuteur kan de aandeelhoudersrechten uitoefenen, tenzij de statuten of een aandeelhoudersovereenkomst dat verhinderen. Door het uitoefenen van de aandeelhoudersrechten kan de levensexecuteur een nieuwe bestuurder benoemen.²³ Zijn er meerdere aandeelhouders, dan is het wenselijk dat er afspraken tussen de aandeelhouders worden vastgelegd in plaats van dat zij bij wilsonbekwaamheid 'verrast' worden door de levensexecuteur van de (andere) bestuurder-aandeelhouder. De certificering van aandelen is ook een mogelijkheid. Deze mogelijkheid werken we hier niet verder uit, aangezien we in deze paragraaf kort enkele algemene aandachtspunten aanstippen.

Als er sprake is van een eenmanszaak dan hoeft er niet lang buiten het levenstestament gezocht te worden. Vanzelfsprekend is er bij de eenmanszaak de mogelijkheid om een specifieke volmacht

19. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2015, ECLI:NL:2015:10171.

20. Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:2016:346 en Rb. Gelderland 26 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2015:1476.

21. Rb. Oost-Brabant 30 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1998.

22. Rb. Oost-Brabant 25 maart 2015 ECLI:NL:RBOBR:2015:1997.

23. Meer over dit onderwerp, bijv.: Van Vught, *WPNR* 2018(7210) 'De aandeelhouder of bestuurder krachten levenstestament - new kid on the block of verdoelde?'

te maken voor de vertegenwoordiging en deze in te schrijven in het handelsregister. Is dit echter niet wenselijk, dan kan de vertegenwoordiging gebaseerd worden op de in het levenstestament opgenomen volmacht, opdracht en/of last.

Bij een personenvennootschap is het v.o.f.-contract of het maatschapscontract leidend. Daarin is opgenomen wie (en voor welke bedragen) de personenvennootschap kan vertegenwoordigen. Bezien zal dus moeten worden of de ene vennoot door wilsonbekwaamheid de v.o.f. niet meer kan vertegenwoordigen, de andere vennoten dit zonder die wilsonbekwame vennoot wel kunnen. De vertegenwoordiging bij wilsonbekwaamheid van een van de vennoten is een ondergeschoven kind bij het contracteren over de vennootschap. Terwijl het vaak toch gewenst zal zijn dat de vertegenwoordiging berust bij de andere vennoten, in plaats van bij de levensexecuteur die geen betrokkenheid heeft bij de personenvennootschap. Behalve de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan de gerechtigdheid tot het aandeel in het vennootschappelijke vermogen als aandachtspunt worden benoemd. Als het v.o.f.-contract daar niet anders in voorziet, is het de levensexecuteur die namens de levenstestateur over het aandeel kan beschikken.

3.2. Specifieke aandachtspunten voor een agrarisch ondernemer

Er is niet één agrarisch ondernemer die hetzelfde is. Zo kan het gaan om een akkerbouwer, tuinder, varkenshouder of veehouder. Maar ook binnen deze sectoren verschillen de bedrijven enorm.

Er zijn verder diverse ondernemingsvormen waaruit de agrariër kan kiezen, zoals uit het hieraan voorafgaande blijkt. In de praktijk is ondernemen met behulp van een eenmanszaak, een vennootschap onder firma of een besloten vennootschap het meest voorkomend. Ook een combinatie van deze rechtsvormen komt voor, al dan niet uit fiscaal oogpunt.

De agrarische ondernemer bevindt zich bij het opmaken van het levenstestament in een bepaalde fase. We maken hierbij het navolgende onderscheid:

1. De agrarisch ondernemer heeft wel beoogde bedrijfsopvolgers, maar deze zijn nog te jong.
2. De agrarisch ondernemer heeft geen opvolgers en zal (op termijn) de onderneming staken.
3. De agrarisch ondernemer heeft een samenwerking met derden.
4. De agrarisch ondernemer heeft een samenwerking met een van zijn kinderen en/of zijn partner.

De eerste categorie agrarische ondernemers is meestal gericht op de continuïteit van de onderneming. Wel dient er nog veel te worden uitgekristalliseerd. Mocht de beoogd bedrijfsopvolger al in de onderneming meewerken, dan zou deze als levensexecuteur kunnen worden aangewezen ten aanzien van de ondernemingsbelangen. Deze aanwijzing kan meteen ingaan, of bij het aangaan van de samenwerking.

Ook kan ervoor worden gekozen deze benoeming in te laten gaan wanneer de levenstestateur blijvend wilsonbekwaam is. Blijvende wilsonbekwaamheid van de levenstestateur kan worden vastgesteld door de hiervoor genoemde VIA-arts. Gezien de onzekere situatie, is het hierbij te overwegen om een toezichthouder aan te wijzen of een mede-levensexecuteur, bijvoorbeeld de partner van de levenstestateur. Het aanwijzen van een 'tussenpaus', dat wil zeggen het benoemen van een levensexecuteur totdat het betreffende kind een bepaalde leeftijd heeft bereikt, behoort ook tot de mogelijkheden. Dit kan de partner zijn, een vertrouwenspersoon of een professionele partij.

Om de belangen van de agrarisch ondernemer te behartigen die niet samenhangen met het bedrijf, zou ervoor kunnen worden gekozen om de partner eventueel tezamen met de andere kinderen of alle kinderen als levensexecuteur aan te wijzen, al dan niet met de aanwijzing van een 'tussenpaus'.

Bij de tweede categorie ondernemers speelt de tegenstelling tussen het bedrijfsbelang en het persoonlijk belang veel minder. Degene die als levensexecuteur van een dergelijke ondernemer gaat optreden, krijgt een geheel ander wenspakket mee in vergelijking met de situatie dat er wel een beoogd bedrijfsopvolger aanwezig is. Wat hier vaak speelt zijn beslissingen over de bezittingen die achterblijven nadat de onderneming gestaakt is. Vaak is het de wens dat deze in de familie moeten blijven en kan aan de levensexecuteur de bevoegdheid worden gegeven om deze bezittingen (meestal onroerende zaken) te verkopen, mits deze eerst te koop worden aangeboden aan de eigen familie. Regels over prijsbepaling door middel van taxaties en antispeculatie bedingen of meerwaarde regelingen kunnen hierbij ook worden opgelegd.

Ingeval de agrarische ondernemer een samenwerking heeft met een derde, de derde categorie ondernemers, dan is het van belang dat hetgeen is bepaald in de statuten, aandeelhoudersovereenkomsten of samenwerkingsovereenkomst wordt nageleefd. Bij het opmaken van het levenstestament dienen deze stukken te worden geïnventariseerd, omdat deze de bewegingsvrijheid van de levensexecuteur voor een groot deel bepalen.

Ingeval er ten slotte een samenwerking is met partner en (een van de) kinderen, dan liggen hieraan samenwerkingsovereenkomsten en/of (statutaire) regelingen ten grondslag. Omdat hier de continuïteit van de onderneming voorop staat, speelt het spanningsveld tussen de bedrijfsbelangen en de persoonlijke belangen veel meer. Tal van zaken zijn geregeld binnen de samenwerking, zoals de bedrijfsopvolging inclusief de waardebeoordeling, meerwaardeclausule en betalingsregeling. Daarom dient op de uitvoering van de bedrijfsopvolging scherp te worden toegezien. Hierin kan het levenstestament een grote rol hebben, door de wensen ten aanzien van de uitvoering en de gevolgen hiervan goed vast te leggen. Denk hierbij ook aan de wensen ten aanzien van het doen van schenkingen aan kinderen. Bij deze wensen kan duidelijkheid worden gegeven over het (gevoelde) voordeel dat de

bedrijfsopvolger heeft gehad, omdat hij het bedrijf tegen een net lonende exploitatie heeft kunnen overnemen. Er kan dan bijvoorbeeld bepaald worden dat de andere kinderen wel schenkingen mogen ontvangen en het kind/de bedrijfsopvolger niet of pas nadat de andere kinderen al tot een bepaald bedrag schenkingen hebben ontvangen.

Ter illustratie van de situatie waarin reeds een bedrijfsopvolging heeft plaatsgehad die maatwerk vereist, de volgende praktijksituatie.

De ouders hebben hun tuinbouwbedrijf overgedragen aan de zoon. Ter zake van de bedrijfsoverdracht is de zoon flink bevoordeeld. Behalve dat hij voor een lagere waarde het bedrijf heeft overgenomen, is een deel van de koopsom kwijtgescholden en de rest van de koopsom is door de zoon aan zijn ouders schuldig gebleven. Er is vijf jaar na de overdracht nog steeds geen rente door hem aan zijn ouders betaald. Naast de zoon hebben de ouders drie dochters. De ouders komen voor levenstestamenten en testamenten bij de notaris. Zij vinden dat nu de dochters qua bevoordeling aan de beurt zijn. Zij beschikken echter nu niet over de middelen om de dochters te bevoordelen. In hun testament kiezen zij ervoor hun zoons erfdeel te beperken tot de legitieme portie. De notaris stelt voor om een deel van de vordering (ter grootte van de legitieme) die de ouders op de zoon hebben, te legateren. Hoe sluit het levenstestament hier nu goed op aan? Het is van belang om informatie over de bedrijfsoverdracht via het levenstestament (en het testament) aan de dochters te verschaffen. In overweging wordt aan de ouders gegeven of zij willen dat alle kinderen levensexecuteur worden of dat de zoon daarvan wordt uitgezonderd (reden hiervoor zou kunnen zijn dat hij in het testament de positie van legataris heeft in plaats van erfgenaam zoals de dochters). Verder wordt overwogen hoe de 'schenkingbepaling' in het levenstestament wordt ingericht. Hebben de schenkingen aan de dochters (en hun afstammelingen) voorrang boven schenkingen aan de zoon? Verder kan eraan gedacht worden dat als schenkingen aan de zoon worden 'toegestaan', deze plaatsvinden in de vorm van kwijtscheldingen van de rente en daarna op de hoofdsom.

4. Slot

Een agrariër heeft niet alleen te maken met zijn bedrijf, maar ook met zijn persoonlijke belangen en zijn familie. Hij zit continu in een zakelijke en emotionele spagaat. Het is ook lastig om een scheidslijn te trekken tussen de persoonlijke belangen en die van de familie of het bedrijf. Bij de beoordeling van de persoonlijke belangen spelen ook de belangen van de partner mee en die van de kinderen die het bedrijf niet opvolgen. Harmonie binnen de familie is meestal een hoog goed voor een agrariër, naast het hebben van een gezond bedrijf. Dat bedrijf is in veel gevallen nog steeds gericht op continuïteit.

De verwevenheid tussen persoonlijke belangen en bedrijfsbelangen maken dat bij het opstellen van een levenstestament deze aspecten op een zorgvul-

dige wijze moeten worden meegenomen. Op een evenwichtige wijze zullen de bevoegdheden van de levensexecuteur en de eventuele toezichthouder moeten worden vastgelegd, waarbij rekening dient te worden gehouden met alle 'petten' die een agrarisch ondernemer op heeft. Een hele klus voor de notaris en de adviseur, maar met name ook voor de agrariër zelf.

Het voordeel van een levenstestament boven een normale volmacht is dat rekening dient te worden gehouden met de wensen van de levenstestateur. Deze dienen daarom uitvoerig te worden besproken en benoemd te worden in het levenstestament.