

Hoofdstuk X: Wilsonbekwaamheid in het recht en wettelijke beschermingsmaatregelen

Kees Blankman¹

X.1 Inleiding

Ons recht kent verschillende vormen van onbekwaamheid. De belangrijkste daarvan zijn de handelingsonbekwaamheid en de wilsonbekwaamheid.² De onbevoegdheid die het gevolg is van het instellen van een beschermingsbewind of mentorschap ten behoeve van een meerderjarige, is te beschouwen als een vorm van handelingsonbekwaamheid. Wilsonbekwaamheid is een minder duidelijk juridisch begrip, maar de betekenis ervan neemt wel toe.

Vaststelling en toekenning van onbekwaamheid vond en vindt in het algemeen op drie manieren plaats. Het gaat om onbekwaamheid als gevolg van een handicap of status, onbekwaamheid gekoppeld aan het gevolg van een beslissing en onbekwaamheid bij ontbreken van voldoende beslisvaardigheden. Een voorbeeld van de eerste wijze van toekennen van onbekwaamheid is de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw die circa zestigjaar geleden uit de wet is verdwenen. Een voorbeeld van de tweede wijze is opgenomen in de laatste volzin van art. 3:34 lid 1 BW waar van belang blijkt of de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was.³ Het ontnemen van de mogelijkheid om zelfstandig keuzes te maken en rechtshandelingen te verrichten, toekenning is – terecht - grotendeels verlaten. Niet alleen vanwege het feit dat ‘most unwise decisions are made by rational men’ maar om te voorkomen dat toekenning van onbekwaamheid in belangrijke mate wordt bepaald door een maatschappelijk oordeel over wat nadelig is. De derde manier van vaststellen van onbekwaamheid is de functionele benadering; deze ziet niet op de uitkomst van het besluitvormingsproces, maar op het proces zelf. Bepalend is het antwoord op de vraag of de persoon in staat was tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Deze benadering die het meest recht doet aan de eigenheid van de persoon zelf, is ook terug te vinden in art. 3:34 lid 1 BW. Het is duidelijk dat het bij deze derde benadering om wilsonbekwaamheid gaat, niet om handelingsonbekwaamheid of onbevoegdheid. Uit de Toelichting-Meijers op art. 3.2.1 van het toenmalige ontwerp blijkt dat de rechtszekerheid d.w.z. het belang van een ongestoord rechtsverkeer een belangrijke reden was voor het in de wet opnemen van een onderscheid tussen handelingsonbekwaamheid en wilsonbekwaamheid: ‘Het verschil wordt hierdoor gerechtvaardigd, dat ingeval van onbekwaamheid, in het belang van de rechtszekerheid de onmacht om rechtshandelingen te verrichten aan een scherp bepaald en gemakkelijk vast te stellen uiterlijk gegeven (een rechterlijke beschikking, KB) wordt verbonden, terwijl in gevallen van een feitelijke onmacht deze moet worden bewezen.’⁴ De feitelijke onmacht, in hedendaagse terminologie wilsonbekwaamheid, is door verschillende ontwikkelingen een belangrijk leerstuk geworden.

Over handelingsbekwaamheid en de afgenomen betekenis ervan gaat de volgende paragraaf. Vervolgens behandel ik in paragraaf 3 de wilsbekwaamheid, een leerstuk dat zich vooral in en vanuit het gezondheidsrecht heeft ontwikkeld. De ratificatie op 14 juli 2016 door Nederland van het VN-

¹ Dr. mr. Kees Blankman, Universitair docent Familie- en Gezondheidsrecht, Vrije Universiteit Amsterdam.

² De in art. 35 Wet BIG vermelde bekwaamheid heeft betrekking op het kunnen uitvoeren van ‘voorbehouden handelingen’; dit begrip bekwaamheid blijft buiten beschouwing.

³ In het Verenigd Koninkrijk is hier niet voor gekozen: Principle 1 (4) van de Mental Capacity Act 2005 luidt: ‘A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.’

⁴ Zie Parl. Gesch. BW Boek 3, 1981, p. 159.

Gehandicaptenverdrag zet deze beweging in een stroomversnelling. Het toegenomen gebruik van het levenstestament als alternatief voor beschermingsmaatregelen die resulteren in handelingsonbekwaamheid of onbevoegdheid, illustreert deze ontwikkeling.

In paragraaf 4 besteed ik aandacht aan titel 2 boek 3 BW met name de art. 3:32 t/m 36 BW. De titel bevat een algemene regeling inzake onbekwaamheid waarin de wetgever aandacht heeft besteed aan handelingsonbekwaamheid en wilsonbekwaamheid en de gevolgen daarvan in het recht. De term wilsonbekwaamheid wordt niet gebruikt, maar de in art. 3:34 BW gebruikte formulering komt nagenoeg overeen met de formulering die elders in het recht wordt gebruikt om wilsonbekwaamheid te omschrijven. Na deze beschrijving in paragraaf 4 behandel ik in de paragrafen 5 en 6 enkele situaties in het familierecht en het gezondheidsrecht, waar handelingsonbekwaamheid of wilsonbekwaamheid een rol spelen.

Daarna volgen in de paragrafen 7, 8 en 9 korte beschrijvingen van de curatele, het beschermingsbewind en het mentorschap. Aan het levenstestament wordt in dit hoofdstuk geen expliciete aandacht besteed.

X.2 Handelingsonbekwaamheid op zijn retour

Uitgangspunt in ons recht is dat ieder natuurlijk persoon zelfstandig in het recht kan optreden. Art. 3:32 lid 1 BW formuleert deze basisregel maar voegt daaraan toe dat dit geldt voor zover de wet niet anders bepaalt. Bij de uitwerking van deze uitzondering spelen de begrippen handelingsonbekwaam en wilsonbekwaam een centrale rol. Een rechtshandeling verricht door of met iemand die handelingsonbekwaam of wilsonbekwaam is, is vernietigbaar, soms zelfs nietig. Behalve deze overeenkomst zijn er tussen beide begrippen ook verschillen. In de tijd dat het nieuwe BW tot stand kwam, een aantal decennia geleden, werd handelingsonbekwaamheid nog omschreven als een algehele ongeschiktheid om zelf bindende rechtshandelingen te verrichten.⁵ Het doel was ongetwijfeld het beschermen van personen in het rechtsverkeer die door hun jonge leeftijd of om een andere reden kwetsbaar en beïnvloedbaar zijn. Een belangrijk nevendoeel was het bevorderen van een rechtsverkeer zonder ruis of verstoring. Van een *algehele* ongeschiktheid kan nu niet meer worden gesproken. Het aantal uitzonderingen op de handelingsonbekwaamheid van de curandus en van de minderjarige is de afgelopen decennia toegenomen en de gehuwde vrouw is al lang niet meer handelingsonbekwaam. Ook de eertijds onder juristen gangbare opvatting dat een gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis automatisch resulteerde in handelingsonbekwaamheid van de opgenomen patiënt kan niet meer worden verdedigd sinds het Europees Hof voor de Rechten van de mens (hierna: EHRM) in de zaak Winterwerp oordeelde dat deze opvatting in strijd is met art. 6 Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: EVRM).⁶ Art. 1:234 lid 1 BW formuleert inmiddels als algemene regel dat de minderjarige bekwaam is, mits hij handelt met toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger; de oorspronkelijke formulering 'onbekwaam tenzij' is in 1995 (Wet van 6 april 1995, Stb. 1995, 240 i.w.tr. 2 november 1995) vervangen door 'bekwaam mits'.

Een vergelijkbare herformulering heeft in de curatele regeling (nog) niet plaats gevonden; uitgangspunt in art. 1:381 BW is de (handelings)onbekwaamheid van de curandus.

De handelingsonbekwaamheid als algehele ongeschiktheid is duidelijk aan erosie onderhevig: van de vier groepen burgers die zeventigjaar geleden als handelingsonbekwaam werden aangeduid, zijn alleen de minderjarigen en de curandi overgebleven en bij minderjarigen wordt inmiddels uitgegaan van handelingsbekwaamheid, niet van handelingsonbekwaamheid. In deze ontwikkeling past ook de introductie van twee lichtere maatregelen naast de curatele. Ter bescherming van meerderjarigen werd in 1982 het beschermingsbewind geïntroduceerd en in 1995 het mentorschap. Daarmee werd de handelingsonbekwaamheid in de curateleregeling niet afgezwakt, maar ontstonden er wel alternatieven voor de curatele die niet resulteerden in een 'algehele ongeschiktheid'.

De onbevoegdheid van de te beschermen meerderjarige in deze regelingen verwijst naar een partiële ongeschiktheid om zelfstandig in het rechtsverkeer op te treden omdat deze onbevoegdheid zich

⁵ Zie bijv. Parl. Gesch. BW Boek 3, 1981, p. 159, recentelijk aangehaald in ECLI:NLPHR:2016:1077.

⁶ EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980, 114.

beperkt tot financiële aangelegenheden (beschermingsbewind) of zorgaangelegenheden (mentorschap).

X.3 Wilsonbekwaamheid vaker een onderscheidend criterium

Karakteristiek voor de handelingsonbekwaamheid en de onbevoegdheid die een gevolg is van een ingesteld beschermingsbewind of mentorschap, is dat het gaat om een juridische ongeschiktheid binnen een bepaald gebied (zorg of financiën) of, bij minderjarigheid en curatele, in het recht in het algemeen. Ook valt op dat deze vorm van onbekwaamheid of onbevoegdheid in beginsel abstraheert van de eventueel aanwezige wilsbekwaamheid. Door de van rechtswege intredende onbekwaamheid c.q. onbevoegdheid lijkt voor het recht de vraag of de te beschermen persoon de desbetreffende rechtshandeling zou *kunnen* verrichten, niet van betekenis; of hij het zou kunnen is niet relevant, primair geldt dat hij het niet *mag*.

Het niet-kunnen staat wel centraal in het tweede bekwaamheidsbegrip, de feitelijke of wilsbekwaamheid. De term als zodanig komt in het recht niet voor, maar deze vorm van bekwaamheid wordt wel steeds belangrijker. Een gebruikelijke aanduiding luidt dat sprake is van wilsonbekwaamheid als de persoon niet in staat is of niet in staat wordt geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Centraal staat hier de aan- of afwezigheid van vaardigheden van de persoon zelf om beslissingen te nemen en keuzes te maken. Dat bepaalt of hij in het recht bekwaam is. Het principiële verschil met de handelingsonbekwaamheid c.q. onbevoegdheid is dat de handelingsonbekwaamheid ontstaat door een wettelijk voorschrift (art. 1:234 lid 1 BW) of een rechterlijke uitspraak (art. 1:381, 438 en 453 lid 1 BW) en niet is toegespitst op de specifieke situatie of aangelegenheid. Wilsonbekwaamheid heeft juist wel betrekking op een specifieke situatie of aangelegenheid. De mogelijkheid en wellicht verplichting voor de door de rechter benoemde vertegenwoordiger om door toestemming of medewerking de meerderjarige bekwaam c.q. bevoegd te maken om zelf op te treden indien deze ter zake wilsbekwaam is (art. 1:454 lid 1 BW, bij curatele van overeenkomstige toepassing krachtens art. 1:381 lid 4 BW en art. 1:438 lid 2 BW) maakt dit principiële verschil niet anders.

Wilsonbekwaamheid is niet recent geïntroduceerd in het recht, ook vroeger was er al aandacht voor. Dit blijkt uit de in de volgende paragraaf te behandelen Titel 2 van boek 3 BW maar ook uit het feit dat al in het oud BW bij belangrijke familierechtelijke rechtshandelingen als huwen en testeren de eis van wilsbekwaamheid expliciet in de wet werd opgenomen. Anders geformuleerd dan het huidige art. 1:32 BW maar met dezelfde intentie bepaalde art. 85 BW (oud): 'Tot het wezen van het huwelijk wordt de vrije toestemming der aanstaande echtgenooten vereischt.' En luidde art. 942 BW (oud): 'Tot het maken of herroepen van eenen uiterste wil moet men zijn verstandelijke vermogens bezitten.'

De verdringing van handelingsonbekwaamheid door wilsonbekwaamheid kan ongetwijfeld in belangrijke mate worden toegeschreven aan de ontwikkeling van mensenrechten zoals die met name na de Tweede Wereldoorlog in het recht gestalte kreeg. In het voetspoor van deze ontwikkeling kwamen er diverse emancipatiebewegingen op gang. Deze aandacht voor rechten van groepen burgers zoals vrouwen, kinderen en psychiatrische patiënten kan zeker in verband worden gebracht met de afschaffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw in 1957, de gewijzigde redactie van art. 1:234 BW en de Winterwerp uitspraak van het EHRM. De betekenis van internationale documenten kan hierbij niet onderschat worden. Mensenrechten werden in de Universele Verklaring van de rechten van de mens en het EVRM vastgelegd en zowel voor vrouwen als voor kinderen kwamen er later aparte internationale (mensenrechten)verdragen. Wellicht zal het VN Gehandicaptenverdrag resulteren in een wijziging van de titels 16, 19 en 20 boek 1 BW en zal ten koste van de handelingsonbekwaamheid en de onbevoegdheid bij curatele resp. bewind of mentorschap de wils(on)bekwaamheid een grotere rol van betekenis krijgen.

De aandacht die er vanouds al was voor wilsbekwaamheid als voorwaarde voor het kunnen verrichten van – ingrijpende – rechtshandelingen kreeg een *boost* met de ontwikkeling van patiëntenrechten sinds de tweede helft van de vorige eeuw. Niet primair als een mogelijkheid om op grond van feitelijke onbekwaamheid rechtshandelingen te kunnen aantasten, maar als voorwaarde

voor het verkrijgen van een rechtsgeldige toestemming voor medische ingrepen en medisch-wetenschappelijk onderzoek.⁷ De formulering die in de Wet op de geneeskundige behandeling (Wgbo) en allengs in andere wetteksten wordt opgenomen luidt: 'in staat zijn (of worden geacht) tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.'⁸ Inmiddels is de formulering ook te vinden in wetgeving die na 1990 tot stand kwam. Voorbeelden zijn de Wet op de orgaandonatie (art. 3 en 4) en de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet BOPZ, art. 38 lid 2 en 38a lid 4).⁹

X.4 Algemene regeling inzake onbekwaamheid in de art. 3:32 e.v. BW

Titel 2 Boek 3 BW bevat een algemene regeling inzake rechtshandelingen, waarbij zowel aan handelingsonbekwaamheid als aan wilsonbekwaamheid aandacht wordt besteed. Art. 3:32 BW geeft een duidelijke regel ten aanzien van een door een (handelings)onbekwame verrichte rechtshandeling: deze is nietig of vernietigbaar. Van bescherming van derden zoals geregeld in de art. 3:35 en 36 BW is geen sprake. Zelfs als een curatele abusievelijk niet is opgenomen in het Centrale curatele- en bewindregister en een derde bij een overeenkomst met een onbekwame aantoonbaar te goeder trouw was, is vernietiging mogelijk. Eventueel kan de rechter nog wel de gevolgen van een beroep hierop mitigeren (art. 3:53 lid 2 BW).

De in de art. 3:33 en 34 BW opgenomen regeling betreffende wilsbekwaamheid is decennialang ongewijzigd gebleven. Een rechtshandeling komt tot stand door een verklaring die overeenstemt met een op het rechtsgevolg gerichte wil. Een discrepantie tussen wil en verklaring maakt de rechtshandeling vernietigbaar of nietig, zo bepaalt art. 3:34 lid 2 BW. Van een zodanig ontbreken van de wil is sprake, wanneer de bewuste verklaring onder invloed van een geestelijke stoornis is gedaan of wanneer de geestelijke stoornis een redelijke waardering van de bij de rechtshandeling betrokken belangen belette. Uit deze formulering in art. 3:34 lid 1 BW blijkt niet alleen dat wilsonbekwaamheid betrekking heeft op één rechtshandeling maar ook dat bij de toekenning van wilsonbekwaamheid een normatief element een rol speelt: wat een *redelijke* waardering is, is niet objectief zoals een bloeddruk vast te stellen. Onder het ontbreken van de wil vallen niet alleen situaties waarin een persoon in coma verkeert en zich niet kan uiten, maar ook situaties waarbij er wel een wil is, maar een gemankeerde. Bij een beroep op het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil worden derden te goeder trouw beschermd, zo blijkt uit de art. 3:35 en 36 BW. Los daarvan is het aantonen van een gemankeerde wil bewijstechnisch niet eenvoudig. Veel gepubliceerde jurisprudentie over de art. 3:34 – 36 BW is er niet. Een andere verklaring voor de geringe toepassing van de in art. 3:34 BW opgenomen mogelijkheid om een rechtshandeling aan te tasten is de afwezigheid van een persoon die hierop een beroep doet. Een verstandelijk gehandicapte of demente oudere zal veelal een ondersteuner nodig hebben om zich met succes op art. 3:34 BW te beroepen. In de praktijk wordt wellicht voor een andere oplossing gekozen: het is mogelijk dat familie, vrienden of hulpverleners van de feitelijk onbekwame persoon die via internet of aan de deur een overeenkomst heeft gesloten, zullen aandringen op toepassing van de in de colportagewetgeving geboden mogelijkheden om overeenkomsten ongedaan te maken. Voor de beoordeling van wils(on)bekwaamheid zijn richtlijnen en protocollen ontworpen ook voor de notariële praktijk, maar de praktijk en de (tucht)rechtspraak laat zien dat zich hierbij nog regelmatig problemen voordoen.

X.5 Aandacht voor (on)bekwaamheid in Boek 1 BW

⁷ Zie C.J. van de Klippe, *Wilsonbekwaamheid in de psychiatrie: zes benaderingen*, Maandblad Geestelijke Volksgezondheid 1990, p.123-138; en J. Legemaate, *Criteria voor wilsonbekwaamheid*, NJB 1992, p.190-193.

⁸ Zie bijvoorbeeld de art. 1:454 lid 1 BW in de regeling van het mentorschap en 7:465 lid 2 BW in de regeling van de Wgbo. De bepalingen werden 1 januari 1990 resp. 1 april 1990 van kracht.

⁹ Ook buiten het gezondheidsrecht kwam er aandacht voor wilsbekwaamheid. In de regeling over de beroepsprocedure in het bestuursrecht bepaalt art. 8:21 lid 2 Algemene Wet Bestuursrecht dat handelingsonbekwamen in het geding zelf kunnen optreden indien zij tot redelijke waardering van hun belangen in staat kunnen worden geacht.

X.5.1 *Wilsonbekwaamheid*

Op een aantal plaatsen in Boek 1 BW wordt expliciet de eis van wilsbekwaamheid geformuleerd. Op enkele andere plaatsen heeft de wetgever een voorziening getroffen voor het geval er sprake is van een 'tijdelijke onmogelijkheid' of een 'niet kunnen', omschrijvingen waar de wilsonbekwaamheid in belangrijke mate in doorklinkt.

Art. 1:28a BW betreft de wijziging van het geslacht van iemand zoals dat in de geboorteakte is opgenomen en benadrukt de wilsbekwaamheid ter zake. Vereist is o.a. dat een deskundige verklaart dat de persoon die de geslachtsverandering wenst, de informatie hierover heeft begrepen en weloverwogen de wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte blijft wensen.

In de volgende titel vereist art. 1:32 BW eveneens wilsbekwaamheid bij een wijziging niet van vermelding van het geslacht maar van de burgerlijke staat. De formulering wijkt enigszins af van die in art. 1:28a BW maar ook hier wordt expliciet de eis van wilsbekwaamheid gesteld.¹⁰ De wilsbekwaamheid bij het aangaan van een huwelijk of geregistreerd partnerschap (GP, zie art. 1:80a lid 5 BW) wordt in eerste instantie door de ambtenaar van de burgerlijke stand vastgesteld, die bij twijfel rapportage van een deskundige kan verlangen. Het ontbreken van de vrije toestemming kan aanleiding vormen tot stuiting (art. 1:50 BW). Het geven van vrije toestemming tot het huwelijk is bij een voorgenomen huwelijk tussen bloedverwanten die elkaar bestaan in de derde of vierde graad d.w.z. neven, nichten, ooms en tantes zelfs een aparte door de ambtenaar van de burgerlijke stand te toetsen voorwaarde (art. 1:41a BW). Een huwelijk kan achteraf nietig worden verklaard vanwege een geestelijke stoornis, maar na het ophouden van de stoornis alleen door de echtgenoot die geestelijk gestoord was. Door samenwonen gedurende een half jaar na het ophouden van de stoornis vervalt deze mogelijkheid (art. 1:73 BW).

Het huwelijksvermogensrecht kent ook enige bepalingen die verwijzen naar wilsonbekwaamheid: het betreft de art. 1:88 lid 6 en 91 lid 1 BW waar het gaat om een echtgenoot die in de onmogelijkheid verkeert om zijn wil te verklaren of in de onmogelijkheid verkeert zijn goederen of de goederen van de gemeenschap te besturen. In het laatste geval gaat het niet alleen om rechtshandelingen, maar ook om de onmogelijkheid - wellicht op grond van een geestelijke stoornis - om feitelijke handelingen te verrichten (art. 1:90 lid 2 BW). Het materiële scheidingsrecht kent geen voorziening voor de situatie dat een van de partijen geestelijk gestoord is; art. 817 Rv bevat wel een bepaling voor het geval een van de partijen vanwege een geestelijke stoornis is opgenomen in een zorginstelling.

In het afstammings- en adoptierecht ontbreekt een expliciete verwijzing naar wils(on)bekwaamheid. Opvallend is dat de wetgever voor de situatie dat toestemming is vereist in art. 1:88 BW in lid 6 een voorziening heeft getroffen, maar dit niet heeft gedaan voor situaties in de titels 11 en 12 waar het intreden van rechtsgevolg wordt bepaald door toestemming, instemming of tegenspraak zoals in de art. 1:200 lid 3, 202a lid 2, 204, 207 lid 1 en 228 lid 1 onder d BW.¹¹ Dit is deels verklaarbaar doordat met uitzondering van art. 1:204 BW het situaties betreft, waarbij de rechter al betrokken is.

Het tweede gedeelte van art. 1:246 BW bepaalt dat personen die zodanig lijden aan een niet-tijdelijke geestelijke stoornis, dat ze in de onmogelijkheid verkeren het ouderlijk gezag uit te oefenen, daartoe onbevoegd zijn. Wanneer de onbevoegdheid om gezag uit te oefenen voortvloeit uit de geestelijke stoornis en inschrijving in het gezagsregister om deze reden wordt geweigerd, is op grond van art. 1:252 lid 3 BW beroep mogelijk. De onbevoegdheid op grond van de geestelijke stoornis geldt ook voor de voogdij (art. 1:324 BW). Art. 1:297 lid 1 onder a BW bepaalt dat bij tijdelijke onmogelijkheid van een voogd het gezag uit te oefenen, een voogd kan worden benoemd. De onbevoegdheid of tijdelijke onmogelijkheid gezag uit te oefenen komt terug in de art. 1:253b leden 1 – 3, 253c, 253d, 253q, 253r en 253x BW.

X.5.2 *Handelingsonbekwaamheid*

¹⁰ Art. 1:32 BW bepaalt dat een huwelijk niet mag worden aangegaan, wanneer de geestvermogens van een partij zodanig zijn gestoord, dat deze niet in staat is haar wil te verklaren of de betekenis van haar verklaring te begrijpen.

¹¹ Ook in art. 1:394 BW is het intreden van het rechtsgevolg, de onderhoudsplicht, afhankelijk van de instemming van de levensgezel van de moeder.

Expliciete aandacht voor de positie van de curandus, de onder bewind gestelde en de onder mentorschap gestelde is er in de titels 16, 19 en 20 van boek 1 BW. Elders in Boek 1 BW zijn zes plaatsen relevant.

In het naamrecht bepaalt art. 5 lid 9 BW dat het recht tot het doen van een naamskeuze niet geldt voor de meerderjarige die onder mentorschap is gesteld of wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele staat.

In titel 3 bevat art. 12 BW een regeling met betrekking tot de al dan niet zelfstandige woonplaats van de meerderjarige ten aanzien van wie een curatele, beschermingsbewind of mentorschap is uitgesproken.

Wie onder curatele is gesteld, kan huwen of een geregistreerd partnerschap aangaan (art. 1:80a lid 5 BW) maar behoeft daartoe zoals uit de art. 1:37 en 38 BW blijkt, de toestemming van de curator of van de kantonrechter. Stuiting van het huwelijk is mogelijk als het huwelijk dat wordt aangegaan met een curandus of curanda, klaarblijkelijk tot het ongeluk van de andere niet onder curatele gestelde partij zou leiden (art. 1:51 lid 2 BW). Nietigverklaring van het huwelijk op deze grond is niet mogelijk (art. 1:72 BW).

De art. 1:117 en 118 BW besteden aandacht aan de situatie dat voorafgaand of tijdens het huwelijk huwelijksvoorwaarden worden gemaakt door iemand die onder curatele staat; ook hier is de toestemming van de curator of kantonrechter vereist. In het huwelijks(vermogens)recht wordt geen onderscheid gemaakt tussen een curatele op grond van een lichamelijke of geestelijke toestand en een curatele op grond van gewoonte van drank- of drugsmisbruik.

In het afstammings- en adoptierecht is alleen art. 1:204 lid 5 BW relevant: wie wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele staat mag slechts een kind erkennen met toestemming van de kantonrechter.

Ten aanzien van de uitoefening van het ouderlijk gezag bepaalt de wet in art. 1:246 BW dat wie onder curatele staat, onbevoegd is tot het gezag. Dit geldt ook voor voogdij (art. 1:324 BW).

Wanneer een meerderjarige onder mentorschap is gesteld, kan de rechter overeenkomstige toepassing geven aan art. 1:246 BW (art. 1:453a BW). Uitoefening van ouderlijk gezag of voogdij houdt niet alleen in het verrichten van rechtshandelingen zoals het vertegenwoordigen van de minderjarige in het rechtsverkeer, maar ook het verrichten van feitelijke handelingen bijvoorbeeld op pedagogisch gebied. De art. 1:383 lid 5 onder a, 435 lid 6 onder a en 452 lid 6 onder a BW verbieden de benoeming van een handelingsonbekwame tot curator, bewindvoerder of mentor.

X.6 Beschermingsbewind

X.6.1 Instelling en benoeming

Vanaf september 1982 is het mogelijk ter bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van een geestelijk of lichamelijk gehandicapte of een psychiatrische patiënt, diens vermogen of een deel ervan onder bewind te stellen.¹² De kantonrechter spreekt een beschermingsbewind uit wanneer de betrokkene (de wet spreekt hier van de rechthebbende) niet in staat is zelfstandig zijn vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen. Dit niet in staat zijn is een gevolg van de lichamelijke of geestelijke toestand van de betrokkene dan wel van verkwisting of problematische schulden.¹³ De toevoegingen 'tijdelijk of duurzaam' en 'ten volle' in de redactie van art. 1:431 lid 1 BW spelen geen rol van betekenis. Sinds januari 2014 is een bewind ook mogelijk indien sprake is van problematische schulden of verkwisting. Dit 'schuldenbewind' moet op grond van art. 1:391 lid 1 onder 2 BW worden geregistreerd in het Centrale curatele- en bewindregister. Een regulier bewind kan worden geregistreerd (art. 1:391 lid 1 onder 3 juncto 436 lid 3 BW) maar alleen als het bewind alle goederen omvat. Tot een dergelijke inschrijving kan door de kantonrechter ambtshalve worden

¹² Het aantal lopende beschermingsbewinden was in 2016 231.200; elk jaar komen er circa 20.000 bewinden bij (informatie Raad voor de Rechtspraak).

¹³ Van problematische schulden is sprake wanneer redelijkerwijs is te voorzien dat de betrokkene niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden, of heeft opgehouden te betalen. Een betalingsachterstand die naar verwachting binnen afzienbare tijd kan worden ingelost, valt hier niet onder. Zie Aanbevelingen meerderjarigenbewind op www.rechtspraak.nl onder 5.

besloten of op verzoek van de bewindvoerder of een van de personen die bevoegd zijn om een beschermingsbewind te verzoeken.

Hoewel de wet nadrukkelijk de kantonrechter de mogelijkheid biedt slechts één of enkele goederen onder bewind te stellen, laat de praktijk zien dat meestal alle goederen van de betrokkene inclusief de toekomstige onder bewind worden gesteld. Een enkele kantonrechter beperkt het bewind tot de bankrekeningen van de betrokkene, waardoor zijn inboedel buiten het bewind blijft, of tot de persoonsgebonden budget (PGB) gelden.¹⁴ De omvang van het bewind kan op een later moment worden gewijzigd (art. 1:433 lid 2 BW). Voor het geval de betrokkene gehuwd of geregistreerd partner is in een gemeenschap van goederen, bepaalt art. 1:431 lid 1 laatste volzin BW dat gemeenschapsgoederen die niet uitsluitend onder het bestuur van de andere echtgenoot of partner staan, onder het bewind vallen.¹⁵

Het beschermingsbewind kan worden verzocht door nagenoeg dezelfde personen die bevoegd zijn een curatele of een mentorschap te verzoeken. De opsomming in art. 1:432 leden 1 en 2 BW komt bijna volledig overeen met de opsommingen in de art. 1:379 en 451 leden 1 en 2 BW. Alleen voor bewind geldt dat ook het college van B & W bevoegd is een verzoek te doen tot instelling van een schuldbewind (art. 1:432 lid 2 BW). Sinds januari 2014 zijn ook de instelling waar de meerderjarige wordt behandeld of verzorgd of die hem begeleidt, bevoegd een maatregel te verzoeken. De drie wetsbepalingen bevatten geen expliciete vermelding van de persoon of personen die bij volmacht al dan niet vervat in een levenstestament, de bevoegdheid hebben verkregen de belangen van de betrokkene te behartigen.¹⁶ Wel vermelden de Aanbevelingen meerderjarigenbewind onder 4, laatste volzin, te vinden op rechtspraak.nl dat de kantonrechter terughoudend optreedt met het uitspreken van een maatregel als de betrokkene in een levenstestament regelingen heeft getroffen op dit vlak.

De kantonrechter benoemt een of twee bewindvoerders die onder zijn toezicht het bewind uitvoeren (art. 1:437 BW). Ook een rechtspersoon kan worden benoemd. De rechter moet nagaan of de te benoemen vertegenwoordigers bereid en geschikt zijn. Wat dit laatste betreft, aan bewindvoerders buiten de familiesfeer met drie of meer benoemingen worden diverse (kwaliteits)eisen gesteld. Zie de leden 7 t/m 9 van art. 1:435 BW waar ook de notaris als eventueel te benoemen bewindvoerder wordt vermeld. De in lid 7 in het vooruitzicht gestelde algemene maatregel van bestuur is het Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren, Stb. 2014, 46, dat vanaf 1 april 2014 van kracht is. De kantonrechter heeft bij de benoeming te maken met de voorkeur van de betrokkene zelf en met de voorkeur van de wetgever voor benoeming van een of twee familieleden. Zie de art. 1:383 leden 1 t/m 5, 435 leden 1 t/m 6 en 452 leden 1 t/m 6 BW waar ook wordt bepaald welke (rechts)personen niet voor benoeming in aanmerking komen.

X.6.2 Taak bewindvoerder en onbevoegdheid betrokkene

Op de benoemde bewindvoerder rusten drie verplichtingen. De eerste verplichting is een inventarisatie te maken van de aan het bewind onderworpen goederen en hiervan een beschrijving op te stellen. Deze (boedel)beschrijving dient de bewindvoerder in te leveren bij de griffie van de kantonrechter, die ingevolge art. 266 Rv bevoegd is.¹⁷ Indien de waarde van de onder bewind

¹⁴ In Rb Oost-Brabant, 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1997 werd door het zorgkantoor een bewind vereist bij het uitkeren van PGB gelden.

¹⁵ De Aanbevelingen meerderjarigenbewind bepalen onder 2. abusievelijk dat de bewindvoerder rekening en verantwoording over de gehele gemeenschap moet afleggen, maar vermelden tegelijk een mogelijk minder ingrijpende oplossing. Zie ook C.S. Braun, *Bewind en in gemeenschap van goederen gehuwde andere echtgeno(o)t(e)* FJR 2013/9, p. 245-248.

¹⁶ Dit is met name schrijnend als de gevolmachtigde niet behoort tot de familieleden die betrokken worden bij en weet hebben van een procedure tot instelling van een bewind en het bestaan van de volmacht ook anderszins niet ter kennis van de rechter wordt gebracht. Onduidelijk is of de gevolmachtigde als belanghebbende kan worden beschouwd in de zin van art. 798 lid 1 Rv en of de gevolmachtigde in hoger beroep kan opkomen tegen de door de kantonrechter genomen beslissing.

¹⁷ Zie www.rechtspraak.nl voor een modelformulier voor de boedelbeschrijving.

gestelde goederen minder is dan € 11.250, kan de bewindvoerder op basis van art. 1:436 lid 2 juncto art. 399 BW volstaan met het indienen van een vervangende verklaring.

De tweede verplichting is dat indien er registergoederen onder bewind zijn gesteld, de bewindvoerder er zorg voor draagt dat een aantekening van het bewind in de openbare registers wordt opgenomen. Tevens dient er bij aanwezigheid van een onderneming of een aandeel in een vennootschap onder firma een aantekening van het bewind opgenomen te worden in het handelsregister.¹⁸ Bij beëindiging van het bewind dient de aantekening weer verwijderd te worden. Ten derde dient de bewindvoerder zo spoedig mogelijk na instelling van het bewind een bankrekening te openen. Deze rekening dient zo veel mogelijk gebruikt te worden door de bewindvoerder voor transacties die bij de vervulling van zijn taak behoren. Deze verplichting kan door de kantonrechter ruim worden opgevat; de bewindvoerder kan eventueel ook een bestaande bankrekening van de rechthebbende gebruiken voor de uitoefening van zijn taak.

De taken en bevoegdheden van de bewindvoerder zijn beschreven in art. 1:441 BW. Indien het bij de behartiging van de vermogensrechtelijke belangen van de rechthebbende komt tot procedures, is de bewindvoerder in dat geval formele procespartij.¹⁹

De bewindvoerder dient zorg te dragen voor 'een doelmatige belegging' van het onder bewind gestelde vermogen, voor zover dit vermogen niet besteed hoeft te worden voor een voldoende verzorging van de rechthebbende (art. 1:441 lid 1). Het begrip 'voldoende verzorging' overstijgt de basale levensbehoeften als bad en bed; het heeft ook betrekking op de kwaliteit van leven en de leefstijl die in het verleden is aangenomen. Aan de taakomschrijving in art. 1:441 lid 1 BW is per 1 januari 2014 toegevoegd dat de bewindvoerder voorts alle handelingen kan verrichten die aan een goed bewind bijdragen.

De betrokkene bij een beschermingsbewind wordt niet handelingsonbekwaam, maar – gedeeltelijk – onbevoegd. De beperking van de juridische bewegingsvrijheid van de betrokkene is geringer dan bij een curatele. Gedurende het bewind komt het beheer over de onder bewind gestelde goederen niet meer toe aan de rechthebbende, maar aan de bewindvoerder. Onder beheer moet worden verstaan alle handelingen die verricht moeten worden voor een normale exploitatie van de onder bewind gestelde goederen. Hieronder valt onder meer de betaling van vaste lasten, zoals huur, energiekosten en verzekeringspremies, maar ook de ontvangst van inkomsten, zoals salaris, uitkering of huuropbrengsten uit registergoederen. De rechthebbende is na de instelling van het beschermingsbewind beheersonbevoegd en kan slechts met medewerking van de bewindvoerder over de vermogensbestanddelen beschikken (art. 1:438 BW). Onder beschikken moet worden verstaan een verschuiving dan wel aantasting van het vermogen, in het algemeen het verrichten van goederenrechtelijke handelingen met betrekking tot het goed, zoals vervreemden of bezwaren.

Voor een ingrijpende beschikkingshandeling heeft de bewindvoerder de toestemming van de betrokkene, of indien deze zijn toestemming weigert of niet in staat is toestemming te geven, de vervangende machtiging van de kantonrechter (art. 1:441 lid 2 BW). Voor uitgaven tot € 1500 is in principe geen machtiging van de kantonrechter vereist.²⁰ Indien de betrokkene zijn huis wil verkopen of een grote schenking wil doen, heeft hij de medewerking van de bewindvoerder, dan wel, indien deze weigert, de machtiging van de kantonrechter. Ingrijpende financiële beslissingen behoeven dus, anders dan bij curatele, niet altijd de machtiging van de kantonrechter. Bij de instelling van het bewind pleegt de kantonrechter vast te stellen of de betrokkene wilsbekwaam is met betrekking tot eventueel te nemen vermogensrechtelijke beslissingen. In dat geval kunnen deze (beschikkings)handelingen door de betrokkene en de bewindvoerder samen zonder machtiging van de rechter worden verricht. Art. 1:441 leden 2 e.v. BW geeft een regeling voor rechtshandelingen waarvoor de bewindvoerder toestemming van de ter zake wilsbekwame betrokkene nodig heeft of een vervangende machtiging van de kantonrechter.

¹⁸ Zie ook Jansen, GS Personen- en Familierecht, art. 1:436 BW aant. 2.

¹⁹ Zie HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525 (beantwoording prejudiciële vragen) en Hof Den Bosch 24 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1883.

²⁰ Aanbevelingen meerderjarigenbewind onder 10.

Aandacht verdient art. 1:441 lid 5 BW dat lijkt te conflicteren met art. 4:193 BW. Er vanuit gaande dat de eerste bepaling is op te vatten als *lex specialis* moet worden aangenomen dat zuivere aanvaarding van een de betrokkene opgekomen erfenis mogelijk is met toestemming van de ter zake wilsbekwame betrokkene, dat voor verwerping machtiging van de kantonrechter is vereist en dat de bewindvoerder overigens beneficiair dient te aanvaarden.

X.6.3 *Derdenbescherming, toezicht en einde bewind*

Het beschermingsbewind wordt lang niet altijd geregistreerd. De wet gaat er dan ook van uit dat derden niet altijd op de hoogte kunnen zijn – geweest – van het bewind en de onbevoegdheid van de betrokkene om zonder medewerking van de bewindvoerder ingrijpende handelingen te verrichten. De verkoper die het bewind niet kende en ook niet geacht werd het te kennen en aan de betrokkene een dure televisie heeft verkocht, is te goeder trouw en wordt beschermd; art. 1:439 lid 1 BW geeft aan dat in geval de door of met de betrokkene verrichte handeling ongeldig was, deze ongeldigheid niet tegen de derde te goeder trouw kan worden ingeroepen. De koopovereenkomst is geldig en zal niet eenvoudig ongedaan kunnen worden gemaakt, ook al was de aanschaf ongewenst of volstrekt overbodig. De balans slaat hier door in het voordeel van de wederpartij en in het nadeel van de betrokkene en zijn vermogen.²¹ Bij toepassing van de curatele prevaleert het belang van het vermogen van de curandus en de instandhouding ervan. Zie ook **hierna paragraaf 7.4.** over de keuze tussen bewind en curatele. Art. 1:440 BW beperkt het verhaalsrecht van een schuldeiser die het bewind kende of had behoren te kennen en dus niet te goeder trouw was.

Toezicht door de kantonrechter vindt plaats aan het begin van het bewind, tijdens het bewind en na beëindiging van het bewind. Kort na aanvang ontvangt de kantonrechter de boedelbeschrijving of vervangende verklaring en – bij professionele bewindvoerders die aan de kwaliteitseisen moeten voldoen – een plan van aanpak. Tijdens het bewind dient de bewindvoerder bij ingrijpende beslissingen waar de betrokkene niet mee kan of wil instemmen, de kantonrechter om een machtiging te verzoeken (art. 1:441 BW). Voor schenkingen uit het vermogen van de betrokkene waarbij geen schenkingstraditie bestaat, wordt in de regel geen machtiging verleend. Ook is de bewindvoerder gehouden jaarlijks rekening en verantwoording af te leggen. Deze periodieke rekening wordt afgelegd aan de betrokkene indien hij ter zake wilsbekwaam is. In andere gevallen is het de kantonrechter die de rekening opneemt (art. 1:445 leden 1 en 2 BW). De kantonrechter kan de bewindvoerder te allen tijde oproepen voor verhoor, wellicht naar aanleiding van een periodieke rekening, waarbij de wet de kantonrechter van instrumenten voorziet om de gewenste informatie te verkrijgen (art. 1:436 leden 5 en 6 BW). De bewindvoerder is sowieso verplicht de kantonrechter te informeren over feiten die voor het bewind of het voortduren ervan belangrijk zijn. Bovendien is de bewindvoerder na uiterlijk 5 jaar verplicht een verslag in te leveren waarbij hij ingaat op de vraag of de maatregel nog nodig is (art. 1:446a BW).

Voor de in te leveren eindrekening geldt hetzelfde als voor de periodieke rekening; deze vindt plaats aan de rechthebbende en ten overstaan van de kantonrechter d.w.z. de rechter ontvangt een kopie van de stukken. Indien de betrokkene de rekening niet kan opnemen, vindt de rekening plaats aan de kantonrechter. Goedkeuring van de eindrekening belet niet dat de rechthebbende na einde van het bewind nogmaals rekening en verantwoording vraagt voor zover dit niet onredelijk is (art. 1:445 lid 2 BW). Deze bepaling maakt het mogelijk dat als het bewind is geëindigd door overlijden van de rechthebbende, zijn erfgenamen – nogmaals – aan de ex-bewindvoerder rekening en verantwoording vragen. De Aanbevelingen meerderjarigenbewind onder 15. beperken dit recht van de erfgenamen tot de bevoegdheid om over het laatste jaar rekening en verantwoording te vragen.

De beloning van curatoren, bewindvoerders en mentoren is sinds 1 januari 2015 geregeld in de Regeling beloningen curatoren, bewindvoerders en mentoren, een in de Staatscourant van 10 november 2014 gepubliceerd besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. Wat de

²¹ Inschrijving van het bewind in het Centrale curatele- en bewindregister leidt ertoe dat de derde minder makkelijk zich zal kunnen beroepen op goede trouw.

hoogte van deze beloning betreft, maakt de regeling onderscheid tussen vertegenwoordigers uit de familiesfeer en beroepsmatig werkende bewindvoerders, curatoren en mentoren.

Het beschermingsbewind eindigt door de dood of de ondercuratelestelling van de betrokkene of door opheffing van het bewind. Opheffing van het bewind kan evenals ontslag van de bewindvoerder, worden verzocht door iedereen die bevoegd was het bewind te verzoeken. Ook de kantonrechter kan hiertoe ambtshalve beslissen.

De bewindvoerder kan worden ontslagen op eigen verzoek, wegens gewichtige redenen of omdat hij niet meer voldoet aan de eisen om bewindvoerder te kunnen worden. Gewichtige redenen duidt in het algemeen op disfunctioneren en de laatste grond voor ontslag is aanwezig als bij de jaarlijkse controle op het voldoen aan de kwaliteitseisen blijkt dat de bewindvoerder niet meer aan de eisen voldoet.

X.7 Curatele

X.7.1 Instelling en benoeming

De curatele is de oudste en tegelijk de meest ingrijpende beschermingsmaatregel voor wilsonbekwame meerderjarigen.²² De kantonrechter kan een meerderjarige die vanwege zijn geestelijke stoornis of door gewoonte van drank- of drugsmisbruik niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen zelfstandig te behartigen, onder curatele stellen en over hem een of twee curatoren aanstellen (art. 1:378 BW). De rechter kan een verzoek tot instelling of opheffing van een curatele afwijzen en tegelijk ambtshalve een mentorschap en/of een beschermingsbewind instellen (art. 1:451 leden 3 en 4 en 432 leden 3 en 4 BW).

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

Voor spoedgevallen kent de wet in art. 1:380 BW het provisionele bewind; tijdens de procedure tot instelling van een curatele kan op verzoek of ambtshalve een 'voorlopige curatele' worden ingesteld. Deze is tijdelijk en eindigt wanneer de curator zijn taak begint (art. 1:383 lid 11 BW).

Een tijdelijke curatele is wel mogelijk, zo blijkt uit art. 1:389 lid 1 onder b en lid 3 BW. Dat geldt ook voor bewind of mentorschap (art. 1:448 lid 1 onder b en 461 lid 1 onder b BW). Anders dan de curatele kennen het bewind en het mentorschap ook de tijdelijk benoemde bewindvoerder en mentor: een met art. 1:435 lid 2 of 452 lid 2 BW overeenkomende bepaling ontbreekt in art. 1:383 BW. Overigens kent de wet bij de benoeming van een curator in art. 1:383 BW globaal eenzelfde regeling als bij de benoeming van een bewindvoerder of een mentor.

Indien in hoger beroep een beschikking waarbij een curatele is uitgesproken, wordt vernietigd, eindigt de taak van de curator daags na deze uitspraak. De inmiddels door hem of met zijn toestemming verrichte rechtshandelingen blijven van kracht. Deze in art. 1:384 BW neergelegde regeling geldt ook bij bewind en mentorschap (art. 1:448 lid 4 en 461 lid 4 BW).

X.7.2 Taak curator en handelingsonbekwaamheid betrokkene

De taak van de curator en de onbekwaamheid van de curandus betreffen niet alleen beslissingen over geld en goed, maar ook beslissingen ten aanzien van behandeling of verpleging. De curator heeft voor een aantal handelingen de machtiging van de kantonrechter nodig. Het gaat dan om ingrijpende handelingen met betrekking tot het vermogen van de curandus, zoals het verkopen van zijn huis of het doen van een grote gift uit het vermogen van de curandus. Het opzeggen van een huurovereenkomst door de curator wordt niet als een ingrijpende handeling beschouwd waarvoor tussenkomst van de rechter is vereist.

²² Het aantal lopende curatelen was in 2016 24.500; het gaat om een constant aantal, de laatste jaren komen er evenveel curatelen bij als er afgaan (informatie Raad voor de Rechtspraak).

Voor ingrijpende handelingen ten aanzien van de persoon van de curandus is geen machtiging van de rechter vereist. Overigens kan de curator wel 'rugdekking' vragen aan de kantonrechter voordat hij instemt met bijv. het afzetten van een been of gedwongen anticonceptie.

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de curator op niet-vermogensrechtelijk gebied wordt op verschillende manieren beperkt. Op de eerste plaats wordt algemeen aangenomen dat vertegenwoordiging door de curator niet mogelijk is wanneer het een hoogstpersoonlijke beslissing van de curandus betreft zoals echtscheiding of het maken van een testament. Datzelfde geldt voor hoogstpersoonlijke beslissingen op het gebied van het gezondheidsrecht. Soms staat dat zonder meer vast: een curator kan niet voor een ander besluiten tot euthanasie. Ook maakt de wet vertegenwoordiging onmogelijk bij een onvrijwillige opname van een curandus in een psychiatrisch ziekenhuis als bedoeld in de Wet BOPZ. Deze kan niet als vrijwillig worden opgevat omdat de curator de opname wil of ermee akkoord gaat (zie art. 2 lid 5 Wet BOPZ). Overigens geldt ook het omgekeerde: wanneer de curandus bereid is te worden opgenomen, maar de curator bezwaar maakt, is een machtiging van de rechter vereist.

Bij andere beslissingen is dit niet altijd even duidelijk; de teneur van de Wgbo is dat de curator in beginsel voor alle handelingen vertegenwoordigingsbevoegd is, maar een niet-behandelverklaring in de zin van art. 7:450 lid 3 BW wordt over het algemeen opgevat als een beslissing waarbij vertegenwoordiging niet mogelijk is.

Een tweede beperking is, dat ook al geeft de curator zijn toestemming, een voor de patiënt ingrijpende behandeling of verrichting niet mag worden uitgevoerd, indien de curandus zich hiertegen verzet. Slechts als niet handelen zou leiden tot ernstig nadeel voor de patiënt, is behandeling onder dwang toegestaan. De Wgbo honoreert hier het recht op integriteit van het menselijk lichaam ook als het verzet tegen een ingreep afkomstig is van een ter zake wilsonbekwame curandus. De derde beperking die uit de Wgbo voortvloeit betreft de mogelijkheid voor de hulpverlener om de wil en opvatting van de curator naast zich neer te leggen. De – medische – hulpverlener heeft een eigen professionele verantwoordelijkheid die tot uiting komt in de door hem in acht te nemen zorg van een goed hulpverlener (art. 7:453 BW). Uit art. 7:465 lid 4 BW vloeit voort dat de hulpverlener niet zonder meer de mening van de curator hoeft te volgen en uit te voeren. Indien de curator bijvoorbeeld zou aandringen op 'platspuiten' of overplaatsing terwijl daarvoor de noodzaak ontbreekt, behoeft de hulpverlener niet mee te werken.

Het gevolg van de ondercuratelestelling is dat de meerderjarige vanaf het moment van de uitspraak van de rechter handelingsonbekwaam wordt. Dit betekent dat door hem zonder toestemming van de curator verrichte (rechts)handelingen vrij gemakkelijk door de curator ongedaan kunnen worden gemaakt. Op de handelingsonbekwaamheid van de curandus bestaan drie uitzonderingen. Hij is handelingsbekwaam wanneer hij optreedt met toestemming van zijn curator en als het gaat om uitgaven ten behoeve van levensonderhoud (art. 1:381 leden 3 en 5 BW). Een derde uitzondering is gebaseerd op de formulering van art. 1:381 lid 2 BW, waaruit blijkt dat de handelingsonbekwaamheid wijkt als de wet anders bepaalt. Dit blijkt een belangrijke uitzondering: diverse wetten op het gebied van de gezondheidszorg bevatten een regeling waarbij de handelingsonbekwaamheid pas intreedt bij wilsonbekwaamheid. Zie hierna paragraaf 8.3 over mentorschap. Overigens bepaalt art. 1:382 BW dat wie wegens gewoonte van drankzucht of drugsmisbruik onder curatele is gesteld, als regel bekwaam blijft familierechtelijke handelingen te verrichten.

X.7.3 Derdenbescherming, toezicht, publicatie en einde curatele

Goede trouw van derden is anders dan bij bewind, niet relevant en wordt niet gehonoreerd. Een beroep op handelingsonbekwaamheid slaagt altijd ongeacht of de andere partij wist of had behoren te weten dat hij met een curandus te maken had.

Het door de rechter uit te oefenen toezicht is in belangrijke mate afgeleid van het toezicht op het vermogensrechtelijk handelen van de voogd, maar inhoudelijk zijn er weinig verschillen met het toezicht bij bewind. Het gaat om inleveren van boedelbeschrijving of vervangende verklaring en voor professionele curatoren een plan van aanpak, om periodieke en eindrekening. Ook is de curator

gehouden voor ingrijpende handelingen de machtiging van de kantonrechter te vragen (art. 1:386 lid 1 juncto 345 BW).

De curatele wordt gepubliceerd in de Nederlandse Staatscourant en geregistreerd in het Centrale curatele- en bewindsregister bij de Rechtbank Den Haag (art. 1:390 en 391 BW). Het is de griffier die hiervoor zorg draagt. De publicatie in twee dagbladen is per 1 januari 2014 afgeschaft.

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

De kantonrechter kan de curatele opheffen indien de noodzaak daartoe niet meer bestaat of voortzetting van de curatele niet zinvol is gebleken. Hij kan dit ambtshalve doen op verzoek van de (mede)curator of op verzoek van een van degenen die bevoegd was de instelling van de curatele te verzoeken. Bewind en mentorschap kennen een vergelijkbare regeling (art. 1:389 lid 2, 448 lid 2 en 461 lid 2 BW). De kantonrechter kan tijdens deze ontslagprocedure voorlopige voorzieningen treffen (art. 1:448 lid 2 en 461 lid 2 en voor de curatele 386 lid 1 juncto 370 BW). Dat voortzetting van de maatregel niet zinvol is kan met name blijken uit de vijf jaarlijkse evaluatie die bij alle drie maatregelen is voorgeschreven. De curatele eindigt ook wanneer de curatele wordt vervangen door een bewind of een mentorschap, maar hierbij bepaalt de wet in art. 1:389 lid 1 onder c BW dat de curatele pas eindigt als de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan. Dit betekent bij een niet-meewerkende ontslagen curator dat de benoemde bewindvoerder of mentor pas aan de slag kan als de beroepstermijn is verstreken.

X.7.4 Bewind of curatele

Op vermogensrechtelijk gebied zijn het beschermingsbewind en de curatele naar elkaar toegegroeid. Wel doet het bewind meer dan de curatele recht aan de eigen mogelijkheden van de betreffende meerderjarige. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de regeling inzake ingrijpende vermogensrechtelijke handelingen. Het bewind gaat uit van samenwerking tussen betrokkene en bewindvoerder, waarbij de kantonrechter een vervangende machtiging kan geven. Een curator daarentegen is niet verplicht om voor belangrijke vermogensrechtelijke handelingen eerst de medewerking van de betrokkene te zoeken. Hij neemt direct contact op met de rechter voor het verkrijgen van een machtiging, al brengt 'goed vertegenwoordigerschap' met zich dat hij voor zover mogelijk de curandus zal betrekken bij de uitoefening van zijn taak. Het belangrijkste verschil treedt aan het licht in situaties waarbij tussen de te beschermen meerderjarige en een derde, bijv. een verkoper een overeenkomst tot stand is gekomen waartoe de meerderjarige niet bekwaam c.q. bevoegd was. De curator kan in een dergelijke situatie altijd de overeenkomst ongedaan maken, de bewindvoerder kan dit alleen als de andere partij, in dit voorbeeld de verkoper, wist van het bewind of het bewind had behoren te kennen. Wanneer het bewind is geregistreerd in het Centrale curatele- en bewindsregister, zal een beroep van de verkoper op het niet – hoeven te – weten, veelal niet slagen en komt de door het bewind gerealiseerde bescherming erg dicht bij de bescherming die een curatele biedt.

Een curatele is geïndiceerd wanneer het gaat om een wilsonbekwame die vermogend is, zijn vermogen erdoor jaagt of schulden maakt, dat ook zal blijven doen na instelling van een bewind en het waarschijnlijk is dat derden met succes een beroep zullen kunnen doen op hun goede trouw d.w.z. dat ze het bewind niet kenden of behoorden te kennen. In een dergelijke situatie is een beschermingsbewind onvoldoende. In andere situaties kan worden volstaan met het minder ingrijpende beschermingsbewind.

Er kunnen redenen zijn te opteren voor een curatele wanneer de te realiseren bescherming niet duidelijk binnen het toepassingsgebied van het bewind of het mentorschap ligt. Zo kan het wenselijk zijn te voorkomen dat de betrokkene ouderlijk gezag uitoefent, huwt of een testament maakt. In geval van een curatele is uitoefening van ouderlijk gezag onmogelijk en is toestemming van de curator of kantonrechter vereist om te kunnen huwen of testeren (art. 1:246, 37 en 38 en 4:55 lid 2 BW). In geval van huwen of testeren vormt de vereiste toestemming van de curator of de

kantonrechter een extra borg in aanvulling op de oplettendheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris.

X.8 Mentorschap

X.8.1 Instelling en benoeming

De kantonrechter kan sinds januari 1995 een mentorschap instellen en een mentor benoemen wanneer een meerderjarige of bijna-meerderjarige als gevolg van zijn geestelijke of lichamelijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn niet-vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen.²³ De term 'mentor' staat voor de door de rechter benoemde wettelijke vertegenwoordiger en moet niet worden verward met de persoonlijke begeleider binnen de zorg die ook wel mentor wordt genoemd.

Het mentorschap onderscheidt zich van de curatele en het beschermingsbewind vooral door het toepassingsgebied; het heeft alleen betrekking op niet-vermogensrechtelijke belangen, meer specifiek gaat het blijkens art. 1:453 lid 1 BW om aangelegenheden betreffende verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding.

Het mentorschap kan worden verzocht door betrokkene zelf, zijn echtgenoot of andere levensgezel, zijn familieleden in de rechte lijn en in de zijlijn tot en met de vierde graad, zijn voogd, curator of bewindvoerder, door de zorginstelling waar betrokkene verblijft of die begeleiding biedt en door het openbaar ministerie. Dit is nagenoeg gelijk aan de regeling bij de beide andere maatregelen. Diverse verpleeghuizen en residentiële voorzieningen voor psychiatrische patiënten en verstandelijk gehandicapten in Nederland streven naar benoeming van een mentor voor wilsonbekwame bewoners die geen familie hebben of daarvan niets te verwachten hebben.

Anders dan een curatele kan een mentorschap evenals een bewind worden verzocht en uitgesproken ook als nog niet aan de grond voor instelling is voldaan. Vereist is wel dat te verwachten is dat binnen afzienbare tijd hiervan sprake is (art. 1:450 lid 3 en 431 lid 3 BW). Van deze mogelijkheid die evenals het levenstestament een anticiperende karakter heeft, wordt weinig gebruik gemaakt.

De kantonrechter is niet verplicht een mentorschap in te stellen, maar de praktijk laat zien dat de meeste verzoeken worden ingewilligd. Het is niet vereist – en dit geldt ook voor de beide andere beschermingsmaatregelen – dat de betrokkene akkoord gaat met het verzoek. In veel gevallen is of wordt mentorschap gecombineerd met een beschermingsbewind.

Bij de benoeming van een mentor heeft de rechter te maken met dezelfde drie voorkeuren als bij benoeming van een curator of een bewindvoerder. In de eerste plaats bepaalt de wet dat zo mogelijk de uitdrukkelijke voorkeur van betrokkene moet worden gevolgd. Indien de betrokkene niet blijkt geeft of kan geven van een dergelijke voorkeur, wordt bij voorkeur de echtgenoot of levensgezel benoemd. Ontbreekt deze of is deze niet bereid of geschikt, dan wordt bij voorkeur een van de ouders, kinderen, broers of zussen van betrokkene benoemd (art. 1:452 leden 3 en 4 BW).

De rechter toetst of de te benoemen persoon bereid en geschikt is voor het uitoefenen van het mentorschap. De praktijk is dat meestal bij het verzoekschrift een persoon wordt voorgedragen die bereid is het mentorschap op zich te nemen. De eis van geschiktheid lijkt als zelfstandig criterium nauwelijks een rol te spelen. Een behandelend hulpverlener mag niet tot mentor worden benoemd; een dergelijke benoeming wordt in art. 1:452 lid 6 onder c uitdrukkelijk uitgesloten. Het niet kunnen omgaan met financiën is anders dan bij curatele en bewind, geen verhindering om te worden benoemd.

In sommige gevallen worden wel 'professionele' mentoren benoemd, met name in situaties dat er binnen de familie geen – geschikte – mentor kan worden gevonden. Vaak gaat de voorkeur uit naar een vrijwilliger aangesloten bij een van de regionale stichtingen mentorschap in Nederland.

X.8.2 Taak mentor en onbevoegdheid betrokkene

²³ Het aantal lopende mentorschappen was in 2016 70.400; elk jaar komen er circa 5.000 mentorschappen bij (informatie Raad voor de Rechtspraak).

De mentor vertegenwoordigt de betrokkene bij zorgaangelegenheden, in de wet aangeduid als aangelegenheden betreffende verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding (art. 1:453 lid 2 BW). Hij is daarbij verplicht de betrokkene zoveel mogelijk te betrekken bij de uitoefening van zijn taak en hij betracht de zorg van een goed mentor. Ook geeft de mentor de betrokkene raad in aangelegenheden van niet-vermogensrechtelijke aard en waakt over diens belangen ter zake (art. 1:453 lid 4 en 454 lid 2 BW). Omdat de art. 1:453 en 454 BW bij curatele van overeenkomstige toepassing zijn (art. 1:381 lid 4 BW), gelden deze verplichtingen ook voor de curator. In het algemeen draagt de mentor zorg voor een goede woonplek voor betrokkene en voor goede zorg aan betrokkene op die plek. Evenals voor de curator geldt voor hem dat hij bij hoogstpersoonlijke beslissingen de betrokkene niet kan vertegenwoordigen.

De betrokkene is tijdens het mentorschap onbevoegd rechtshandelingen te verrichten tenzij uit wet of verdrag anders voortvloeit, aldus art. 1:453 lid 1 BW. Lid 2 van deze bepaling geeft de mentor de bevoegdheid om de onder mentorschap gestelde bij deze aangelegenheden te vertegenwoordigen, tenzij op grond van wet of verdrag vertegenwoordiging is uitgesloten. De betrokkene is niet onbevoegd wanneer hij handelt met toestemming van zijn mentor. De zinsnede 'tenzij uit wet of verdrag anders voortvloeit' is relevant, omdat er verschillende wetten zijn die de meerderjarige ondanks zijn mentorschap pas onbevoegd achten wanneer hij ter zake wilsonbekwaam is, dat wil zeggen niet in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. De belangrijkste wet in dit verband die moet worden beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de regeling van het mentorschap in boek 1 BW is de regeling in boek 7 BW van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, ook wel aangeduid als de Wgbo.²⁴ De eerste leden van art. 7:465 BW geven regels voor de situatie dat de hulpverlener zijn verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst niet nakomt jegens de patiënt zelf, maar jegens een vertegenwoordiger. Gedoeld wordt hier onder meer op het verkrijgen van toestemming, die in de beschreven situaties niet door de patiënt zelf, maar namens hem door zijn vertegenwoordiger dient te worden verleend. Bij minderjarigen van 12 jaar of ouder die ter zake wilsonbekwaam zijn, is de toestemming van de ouders met ouderlijk gezag of de voogd van de minderjarige vereist. Lid 2 vervolgt met de zinsnede '... tenzij zodanige patiënt meerderjarig is en onder curatele staat of ten behoeve van hem het mentorschap is ingesteld, in welke gevallen nakoming jegens de curator of mentor geschiedt'. Met 'zodanige patiënt' wordt bedoeld de patiënt die ouder dan 12 jaar is én ter zake wilsonbekwaam. De Wgbo gebruikt hier voor wilsonbekwaamheid de ook elders in het recht wel gehanteerde omschrijving 'niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake'. De wetgever heeft hier gekozen voor maximale honorering van wilsbekwaamheid. Zolang de betrokkene de gevolgen overziet en begrijpt waar het om gaat, mag hij zelf beslissen; pas wanneer hij ter zake wilsonbekwaam is, is hij onbevoegd en treedt de mentor of curator op.

Het is niet zo dat optreden van de vertegenwoordiger nadrukkelijk wordt uitgesloten; bij wilsbekwaamheid van de meerderjarige is de hulpverlener primair verplicht zijn verplichtingen na te komen jegens de meerderjarige. En goed hulpverlenerschap brengt met zich dat in ieder geval contact met de mentor wordt opgenomen.²⁵ Omdat de toepassingsgebieden van de Wgbo en het mentorschap in grote lijnen overeenkomen, betekent dit dat de onbevoegdheid die art. 1:453 lid 1 BW formuleert een flinke uitzondering kent. Het mentorschap heeft ook betrekking op niet-vermogensrechtelijke aangelegenheden die niet medisch zijn. In dat geval geldt onverkort de regel dat de onder mentorschap gestelde onbevoegd is, tenzij hij toestemming van zijn mentor heeft gekregen. Dat geldt bijv. wanneer het gaat om een verbouwing van het huis in verband met een handicap. Ook elders in het gezondheidsrecht wordt de onder mentorschap gestelde bevoegd geacht indien en voor zover hij wilsbekwaam ter zake is. De art. 38 lid 2 en 38a lid 4 Wet Bopz bepalen dat pas na vaststelling van de wilsonbekwaamheid er overlegd wordt met een vertegenwoordiger. De

²⁴ Asser-De Boer, J. de Boer, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1183b.

²⁵ Asser-De Boer, J. de Boer, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1183n.

omstandigheid dat de patiënt een curator of een mentor heeft, maakt hier geen verschil.²⁶ Eenzelfde opvatting is te vinden in de Wet maatschappelijk ondersteuning (WMO 2015). In deze wet wordt in art. 1.1.1 lid 1 de vertegenwoordiger omschreven als 'de persoon of rechtspersoon die een cliënt vertegenwoordigt die niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake'. Vergelijkbare regelingen die inhouden dat de curator of mentor pas bevoegd is tot optreden bij wilsonbekwaamheid van de betrokkene zijn te vinden in meerdere wetten. Voorbeelden zijn art. 6 Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek en de art. 3 en 4 Wet op de orgaandonatie.²⁷ Bovenstaande impliceert dat de curandus niet handelingsonbekwaam is wanneer ten aanzien van de te nemen zorgbeslissing de Wgbo (of de Wet Bopz of een andere zorgwet) van toepassing is en de curandus ter zake wilsbekwaam is. De wettelijke regeling van de curatele sluit een dergelijke uitzondering niet uit: niet alleen wordt in art. 1:381 lid 4 BW art. 1:453 BW van overeenkomstige toepassing verklaard, ook formuleert lid 2 van art. 1:381 BW dat de handelingsonbekwaamheid intreedt 'voor zover de wet niet anders bepaalt'.

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de mentor is dezelfde als die van de curator bij zorgaangelegenheden en kent dezelfde beperkingen. De mentor kan de betrokkene toestemming geven zelf op te treden en is hiertoe eigenlijk verplicht wanneer de betrokkene in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake (art. 1:454 lid 1 BW). Deze verplichting is inmiddels weinig relevant omdat diverse zorgwetten aangeven dat de cliënt of patiënt bij wilsbekwaamheid zelfstandig mag optreden ook als hij een mentor of curator heeft. Voor het geval er naast een mentor ook een bewindvoerder is benoemd, bepaalt art. 1:458 BW dat beslissingen van de mentor die geld kosten, niet kunnen worden tegengehouden door de bewindvoerder; de opvatting van de mentor prevaleert hier.

X.8.3 Derdenbescherming, toezicht en einde mentorschap

Art. 1:457 BW maakt het mogelijk een onbevoegd verrichte handeling te vernietigen, waarbij evenals bij een beschermingsbewind van belang is of de wederpartij van de maatregel wist of had moeten weten. Uit het vorenstaande volgt dat van onbevoegdheid aan de kant van betrokkene niet snel sprake zal zijn indien hij wilsbekwaam was ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling. Vernietiging is slechts mogelijk jegens een persoon die het mentorschap kende of behoorde te kennen. Het in lid 2 neergelegde vermoeden heeft tot gevolg dat een persoon die het mentorschap kende of behoorde te kennen, zal moeten bewijzen dat de betrokkene bevoegd was. Art. 1:457 lid 3 BW betreft onbevoegd optreden door of met de mentor: alleen wie de onbevoegdheid van de mentor kende of behoorde te kennen, kan zich met succes beroepen op de vernietigbaarheid van een door of jegens de mentor onbevoegd verrichte rechtshandeling.

Op verschillende manieren kan de kantonrechter toezicht uitoefenen; de door hem benoemde vertegenwoordiger kan worden verplicht om jaarlijks een verslag van zijn werkzaamheden ten behoeve van betrokkene op te stellen en in te leveren. Daarnaast kan de kantonrechter de mentor – en dit geldt ook voor de curator en de bewindvoerder – te allen tijde oproepen en deze is verplicht alle door de kantonrechter gewenste informatie te geven.

De mentor kan onder meer vanwege gewichtige redenen worden ontslagen. Het mentorschap eindigt door de dood of ondercuratelestelling van de betrokkene of door opheffing op verzoek van de (mede)mentor of een van de (recht)personen die bevoegd was het mentorschap te verzoeken. Met de dood van de betrokkene is de taak van de mentor formeel geëindigd. Het komt voor dat hij of de bewindvoerder niettemin zorgdraagt voor crematie of begrafenis naar de wens van de

²⁶ Ter vervanging van de Wet Bopz zijn bij de Eerste Kamer twee wetsvoorstellen in behandeling. Het betreft Kamerstukken / 2013/2014, 31 996 A (Wet zorg en dwang pg en vg) en Kamerstukken / 2016/17, 32 399 A (Verplichte GGz). Art. 3 in het eerstvermelde wetsvoorstel en de art. 1:3 en 1:5 WvGGz bevatten waar het gaat om de bevoegdheid van de curator of de mentor, eenzelfde regeling als in de huidige wet Bopz.

²⁷ In het wetsvoorstel tot wijziging van deze wet, op dit moment bij de Eerste Kamer in behandeling Kamerstukken / 2016/17, 33 506A, bevatten de voorgestelde art. 9 lid 1 en 10a lid 4 eenzelfde regeling.

overledene. De mentor is sowieso gehouden na overlijden van de betrokkene een eindverslag op te stellen en in te leveren bij de kantonrechter (art. 1:459 lid 4 BW).