

# DE BUITENGERECHTELIJKE VERMOGENSBESCHERMING VAN KWETSBARE MEERDERJARIGEN IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

Ariadne VAN DEN BROECK\*

## I. INLEIDING

1. Voorafgaand aan de wet van 17 maart 2013<sup>1</sup> was er op het Europese en internationale toneel reeds heel wat beweging in het kader van de juridische bescherming van kwetsbare meerderjarigen. Verschillende aanbevelingen en verdragen brachten deze problematiek en vooral de mensenrechtelijke aspecten daarvan onder de aandacht van nationale overheden. Reeds in 1999 zette de Raad van Europa in *Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults* de principes uiteen waaraan een beschermingsmaatregel voor kwetsbare meerderjarigen zou moeten voldoen. Bijzondere aandacht ging daarbij uit naar de principes van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit, opdat een beschermingsmaatregel de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige zo veel mogelijk zou vrijwaren.<sup>2</sup>

2. Het zelfbeschikkingsrecht speelt tevens een essentiële rol in het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, dat sinds 2006 door 139 landen, waaronder België, werd geratificeerd.<sup>3</sup> Staten die partij zijn, waarborgen onder meer dat een beschermingsmaatregel de wil en voorkeuren van de kwetsbare meerderjarige respecteert en evenredig is aan zijn behoeften.<sup>4</sup> Verdergaand op dit elan, vaardigde de Raad van Europa in 2009 een nieuwe aanbe-

---

\* Aspirant FWO – Rector Roger Dillemans Instituut voor Familiaal Vermogensrecht KU Leuven. In het kader van een FWO-project voerde de auteur een rechtsvergelijkend onderzoek over de vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving (promotor Prof. Em. Dr. W. PINTENS; co-promotor Prof. Dr. A.L. VERBEKE). De resultaten hiervan worden binnenkort gepubliceerd als monografie: A. VAN DEN BROECK, *Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving: een rechtsvergelijkend onderzoek*, Antwerpen, Intersentia, 2014, te verschijnen.

<sup>1</sup> Wet 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, BS 14 juni 2013.

<sup>2</sup> Principe 5 en 6 Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults.

<sup>3</sup> Cijfer afkomstig van [www.un.org/disabilities/](http://www.un.org/disabilities/), geraadpleegd op 21 januari 2014.

<sup>4</sup> Art. 12, vierde lid Verdrag; R.D. DINERSTEIN, “Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making”, *Human Rights Brief* 2012, vol. 19, afl. 2, (8) 9.



veling uit die staten ertoe aanzet om lastgeving als een instrument van vermogensbescherming te omkaderen en deze privaatrechtelijke maatregel voorrang te verlenen op rechterlijke statuten.<sup>5</sup>

3. Uit de parlementaire voorbereidingen van de Belgische wet blijkt de bekommernis van de wetgever om de nieuwe regels betreffende meerderjarigenbescherming niet alleen in lijn te brengen met het VN-Verdrag, maar in het bijzonder ook met de Europese aanbevelingen.<sup>6</sup> Voortaan heeft een bekwame volwassene dan ook de wettelijk voorziene mogelijkheid om zelf op een toekomstige onbekwaamheid te anticiperen door een volmacht te verlenen aan een vertrouwenspersoon en daarin te bepalen op welke manier zijn vermogen zal moeten worden beheerd.<sup>7</sup> Krachtens het nieuwe artikel 492 BW heeft deze buitengerechtelijke vorm van bescherming voorrang op het bewind indien zij voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige volstaat.

4. Met deze introductie van de lastgeving als een instrument van vermogensbescherming bij wilsonbekwaamheid pikt de Belgische wetgever in op de huidige tendens in Europa naar een meer private aanpak van volwassenenbescherming. Ook het Duitse, Engelse, Franse, Oostenrijkse en Zwitserse recht hebben in de loop van de voorbije jaren een rechtsbasis gegeven aan de lastgeving verleend met het oog op een toekomstige onbekwaamheid en verkondigen eveneens de subsidiariteit van de rechterlijke bescherming.<sup>8</sup> In deze bijdrage zal het Belgische regime van de buitengerechtelijke vermogensbescherming met deze rechtsstelsels worden vergeleken en zal het worden beoordeeld in het licht van enerzijds de autonomie van de kwetsbare meerderjarige en anderzijds zijn bescherming.<sup>9</sup> In Nederland werd de ‘zorgvolmacht’ of het ‘levenstestament’ nog niet gereguleerd, maar wordt de techniek, als een rechtstreekse toepassing van het gemene recht inzake vertegenwoordiging, vaak toegepast in de praktijk.<sup>10</sup>

5. In het licht van de toenemende vergrijzing van de wereldbevolking mag deze evolutie niet verbazen. Naast het bevorderen van de persoonlijke autonomie van de kwetsbaren in onze samenleving, beoogt en bewerkstelligt de implementatie van alternatieve, informele beschermingsregimes ook een ontlasting van het gerecht en dus een besparing van overheidsmiddelen,

<sup>5</sup> Recommendation (2009)11 concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity; W. PINTENS, “A new Recommendation of the Council of Europe on Continuing Powers of Attorney for Incapacity” in A. BÜCHLER en M. MÜLLER-CHEN (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Bern, Stämpfli Verlag, 2011, (1399) 1399-1413.

<sup>6</sup> *Parl.St.* 2010-11, nr. 53-1009/001, 5 en 21; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 564.

<sup>7</sup> Art. 489-490/2 BW.

<sup>8</sup> **Duitsland:** § 1896 en 1901c BGB (*Vorsorgevollmacht*); **Engeland & Wales:** Section 9-14 en 22-23 Mental Incapacity Act 2005 (*lasting power of attorney*); **Frankrijk:** art. 477-494 C.Civ. (*mandat de protection future*); **Oostenrijk:** § 284f-284h ABGB (*Vorsorgevollmacht*); **Zwitserland:** art. 360-369 ZGB (*Vorsorgeauftrag*).

<sup>9</sup> Deze landen werden gekozen op grond van de volgende criteria: 1) de aanwezigheid van een rechtsbasis voor de lastgeving als buitengerechtelijke beschermingsmaatregel; 2) het ogenblik waarop deze lastgeving werd gereguleerd; 3) de mate van regulering; 4) het gewicht dat wordt toegekend aan enerzijds de autonomie en anderzijds de bescherming van kwetsbare meerderjarigen.

<sup>10</sup> Zie bv. het preadvies van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie: C. BLANKMAN en C.G.C. ENGELBERTINK, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag, Sdu, 2013, 132 p.



opdat deze voortaan prioritair kunnen worden ingezet voor burgers voor wie rechterlijke bescherming wel onontbeerlijk is.<sup>11</sup>

## II. LASTGEVING ALS BESCHERMINGSMAATREGEL VÓÓR DE INTRODUCTIE VAN DE BIJZONDERE REGIMES

6. Reeds vóór de wet van 17 maart 2013 kon men via een volmacht een regeling treffen voor het geval dat men later zijn intellectuele capaciteiten zou verliezen. Men nam immers aan dat het voortbestaan van een volmacht niet afhankelijk was van de geestestoestand van de lastgever en dat zij dus niet eindigde bij wilsonbekwaamheid.<sup>12</sup> Het toenmalige artikel 2003 BW werd in die zin geïnterpreteerd dat de lastgeving eindigde bij juridische onbekwaamheid van de lastgever door de toepassing van een gerechtelijke beschermingsmaatregel.<sup>13</sup> Het artikel had niet tot gevolg dat een verleende volmacht reeds kwam te vervallen wanneer de lastgever feitelijk onbekwaam werd.<sup>14</sup> Dit werd in 2011 nog bevestigd door het Comité voor Studie en Wetgeving van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat.<sup>15</sup>

7. Het Belgische recht lag op dat vlak in lijn met de Duitse, Franse, Oostenrijkse en Zwitserse stand van zaken. Ook daar kon een meerderjarige zich beroepen op de techniek van lastgeving om op een toekomstige onbekwaamheid te anticiperen.<sup>16</sup> Naar Zwitsers recht diende hij dan wel in zijn volmacht te preciseren dat ze ook na de intrede van wilsonbekwaamheid moest blijven voortbestaan.<sup>17</sup>

8. In Engeland & Wales was het uitgangspunt echter omgekeerd: een volmacht kwam automatisch te vervallen wanneer de lastgever mentaal niet langer in staat was om zelf zijn zaken te behartigen, afgezien van enkele uitzonderingen.<sup>18</sup> Men ging ervan uit dat een vertegenwoordiger

<sup>11</sup> F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 568; R. ANDORNO, “An Important Step in the Promotion of Patients’ Self-Determination”, *EJHL* 2010, (119) 120.

<sup>12</sup> S. VAN LOOCK, “De feitelijke bekwaamheid en de handelingsbekwaamheid van een lasthebber” (noot onder Cass. 7 januari 2010), *RW* 2012, (1594) 1596; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 365; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 308.

<sup>13</sup> A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 111; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 305; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 336-337.

<sup>14</sup> Zie voetnoot nr. 12.

<sup>15</sup> CSW dossier 4397, “Kan er nog gebruik gemaakt worden van een volmacht in geval van feitelijke onbekwaamheid van de lastgever?”, onuitg.

<sup>16</sup> **Duitsland:** § 168 en 672 BGB; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 2; **Frankrijk:** art. 2003 C.Civ.; J. PICARD, “Handicap de santé à venir: incertitudes et promesses du mandat”, *JCP N* 2000, (651) 651; **Oostenrijk:** OGH 26 september 1951, *SZ* 24/244; M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 395; **Zwitserland:** art. 35 en 405 OR; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 75.

<sup>17</sup> Art. 35 en 405 OR.

<sup>18</sup> *Drew v Nunn* (1878) 4 QBD 661; *Yonge v Toynbee* (1910) 1 KB 215; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 3; H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General*



juridisch gezien niet meer kon doen dan dat waartoe zijn opdrachtgever op dat moment zelf in staat was.<sup>19</sup> Dat verklaart waarom er reeds in 1985 een bijzondere wet verscheen die toeliet om een speciale volmacht op te stellen die wel van toepassing blijft nadat de lastgever onbekwaam is geworden of die op dat moment in werking treedt, mits men verschillende vereisten respecteert.<sup>20</sup>

9. Na verloop van tijd liet de nood aan een afzonderlijke regelgeving zich ook in de andere rechtsstelsels voelen. Het gemene recht van de lastgeving was niet afgestemd op het feit dat de lastgever per definitie niet in staat is om controle uit te oefenen over de daden van zijn lasthebber, om de volmacht te herroepen of om zelf handelingen te stellen die in de volmacht besloten zijn.<sup>21</sup> Bovendien was zijn autonomie om zelf de krijtlijnen van zijn bescherming uit te tekenen slechts relatief, aangezien zijn volmacht geen wettelijke voorrang had op een rechterlijke maatregel en er dus een (controle)bewindvoerder kon worden aangesteld zodra hij wilsonbekwaam werd.<sup>22</sup>

10. Het nieuwe Belgische artikel 2003 BW bepaalt daarom voortaan dat de lastgeving eindigt ingeval de lastgever wegens zijn gezondheidstoestand niet in staat is om zelf zijn belangen behoorlijk waar te nemen of in een staat van verkwisting komt te verkeren, tenzij ze voldoet aan de eisen van het bijzondere regime in de nieuwe artikelen 490 en 490/1, § 1 BW (meer bepaald moet de volmacht worden geregistreerd en zijn een aantal personen uitgesloten van de hoedanigheid als lasthebber, zie *infra*, nrs. 34 en 37).<sup>23</sup> De uitvoering van de lastgeving is bovendien met verschillende waarborgen omkaderd (zie *infra*, nrs. 44, 53, 54, 60-62).

### III. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BUITENGERECHTELIJKE BESCHERMING VIA LASTGEVING

11. In Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland zijn de regels betreffende de buitengerechtelijke bescherming niet alleen van toepassing op vermogensrechtelijke volmachten maar grotendeels ook op volmachten die de persoonsrechtelijke bescher-

---

*principles*, Londen, Sweet and Maxwell, 2008, 103; G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 398; *Halsbury's Laws of England*, Londen, Butterworths, 1973, 529.

<sup>19</sup> P. WATTS en F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead and Reynolds on agency*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 41; H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet and Maxwell, 2008, 24.

<sup>20</sup> Enduring Power of Attorney Act 1985. Tegenwoordig heet een dergelijke volmacht ‘*lasting power of attorney*’ en wordt zij geregeld door de Mental Capacity Act 2005 (hierna: MCA 2005). G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 409.

<sup>21</sup> A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 112.

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld België: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 316; Zwitserland: BGE 22 mei 2008, BGE 134 III, 385; P. MEIER, “Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et futur” in M. BADDELEY en B. FOËX (eds.), *La planification du patrimoine*, Zürich, Schulthess, 2009, (39) 50-52.

<sup>23</sup> Zie ook art. 490/1, § 1, eerste lid BW *a contrario*; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 114; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 570.



ming van de kwetsbare meerderjarige beogen, bijvoorbeeld op het vlak van gezondheid en welzijn.<sup>24</sup> In het Belgische recht is dit anders. Overeenkomstig artikel 489 BW zijn de bepalingen die de lastgeving als een instrument van buitengerechtelijke bescherming omkaderen, slechts van toepassing op daden van vertegenwoordiging die betrekking hebben op de goederen.

12. Dit wil echter niet zeggen dat het in België onmogelijk is om een persoon aan te duiden die zich bij wilsonbekwaamheid ontfermt over persoonsrechtelijke belangen. Men kan hiervoor gebruikmaken van het gemene recht. De hierboven toegelichte beëindigingsregel in artikel 2003 BW betreft immers enkel lastgevingen die onder het toepassingsgebied van de buitengerechtelijke bescherming vallen en dus niet die welke gericht zijn op de bescherming van de persoon.<sup>25</sup> Voorts kan men zich nog steeds beroepen op de mogelijkheden tot vertegenwoordiging bij persoonsrechtelijke handelingen die zijn opgenomen in bijzondere wetten, zoals de Wet Patiëntenrechten.<sup>26</sup>

13. De Belgische wetgever was van oordeel dat er actueel geen nood is aan een algemene buitengerechtelijke beschermingsregeling voor persoonsrechtelijke handelingen. Hij achtte het niet aangewezen om dergelijke handelingen onder één algemeen regime te laten ressorteren. Gelet op hun ingrijpende karakter, zou de mogelijkheid van buitengerechtelijke bescherming volgens hem voor elke rechtshandeling afzonderlijk onderzocht en omkaderd moeten worden.<sup>27</sup>

14. Dit standpunt had valabel kunnen zijn, ware het niet dat een meerderjarige, zoals net toegelicht, wel degelijk van een algemeen systeem van vertegenwoordiging gebruik kan maken, namelijk van de gewone lastgeving. Dit kent evenwel niet dezelfde waarborgen als de regels betreffende de buitengerechtelijke bescherming met betrekking tot het vermogen in de artikelen 489 tot 490/2 BW, zodat men zich kan afvragen of een verruiming van het toepassingsgebied van deze regelgeving, net zoals het geval is in de voormelde rechtsstelsels, niet aangewezen zou zijn. Dit zou de meerderjarige toelaten om via één volmacht in een volledige juridische bescherming te voorzien. Bovendien kan de onderscheiden behandeling van persoons- en vermogensbescherming tot onduidelijkheid leiden bij gemengde rechtshandelingen.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> **Duitsland:** § 1906, vijfde lid BGB; § 1901a, vijfde lid BGB; **Engeland & Wales:** S. 9 (1) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 479 eerste lid C.Civ.; **Oostenrijk:** § 284f, derde lid ABGB; **Zwitserland:** art. 360, eerste lid ZGB; art. 370, tweede lid ZGB.

<sup>25</sup> De tekst van het nieuwe art. 2003 BW wordt in die zin gewijzigd door art. 201 van het wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (nr. 53-3149/008), dat op 16 januari 2014 werd aangenomen in de Kamer en overgezonden aan de Senaat. Zie ook F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 570.

<sup>26</sup> *Parl.St.* 2010-11, 53-1009/010, 37; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 569.

<sup>27</sup> *Parl.St.* 2011-12, 53-1009/010, 37.

<sup>28</sup> F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 569.



## IV. VERHOUDING VAN DE BIJZONDERE REGIMES TOT HET GEMENE RECHT INZAKE LASTGEVING

### A. INLEIDING

15. Vooraleer dieper in te gaan op de verschillende aspecten van de buitengerechtelijke beschermingsregimes in de bestudeerde rechtsstelsels, dient eerst te worden uitgeklaard hoe deze regimes zich verhouden tot het gemene recht. Sluiten zij uit dat men kan teruggrijpen naar de gemeenrechtelijke lastgeving om te anticiperen op een latere onbekwaamheid of kan een ‘gewone’ volmacht ook dienen als beschermingsinstrument? In dit verband kunnen de zes stelsels worden onderverdeeld in drie categorieën. In een eerste type, waartoe het Belgische recht behoort, vormen de regels over de buitengerechtelijke bescherming een *lex specialis*, in die zin dat een volmacht aan bijzondere vereisten moet voldoen om bij wilsonbekwaamheid te kunnen worden gebruikt (zie *infra*, nrs. 16-17). In een tweede categorie stelsels is het regime van de buitengerechtelijke bescherming slechts een alternatief voor de gewone lastgeving (zie *infra*, nrs. 18-21). Een derde type valt voor het regime van de buitengerechtelijke bescherming integraal terug op het gemene recht, zodat ook daar elke volmacht de potentie heeft om als buitengerechtelijke beschermingsmaatregel te worden gebruikt (zie *infra*, nr. 22).

### B. EERSTE TYPE: HET REGIME VAN DE BUITENGERECHTELIJKE BESCHERMING ALS *LEX SPECIALIS*

16. Het beschermingsregime in de artikelen 489 BW e.v. is op twee soorten lastgeving van toepassing. Enerzijds betreft het lastgevingen waarvan de uitvoering reeds vóór de wilsonbekwaamheid van de lastgever wordt aangevat en die als doel hebben om ook daarna te worden gebruikt (‘voortdurende volmachten’).<sup>29</sup> Anderzijds beogen de nieuwe regels volmachten die onder de opschortende voorwaarde van deze wilsonbekwaamheid worden verleend.<sup>30</sup>

17. Voor beide types lastgeving vormen de artikelen 489 BW e.v. een *lex specialis*. Zij zijn weliswaar onderworpen aan het gemene recht in de artikelen 1984-2010 BW, maar slechts in de mate dat het nieuwe regime hier niet van afwijkt.<sup>31</sup> Voldoet een volmacht niet aan deze bijzondere voorschriften, dan eindigt ze bij wilsonbekwaamheid van de lastgever (art. 2003 BW en art. 490/1, § 1, eerste lid BW *a contrario*).<sup>32</sup> Dit is met andere woorden het geval wanneer de lastgeving niet beoogt een buitengerechtelijke bescherming tot stand te brengen, niet is geregis-

<sup>29</sup> *Parl.St.* 2011-12, nr. 53-1009/010, 35. Aangezien art. 490 BW de lastgeving betreft “die in het bijzonder tot doel heeft om voor hem een buitenrechterlijke bescherming te regelen”, maakt de lastgever in zijn volmacht best uitdrukkelijk melding van die doelstelling. Zie C. DE WULF, “De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus”, *T.Not.* 2013, (254) 276.

<sup>30</sup> *Parl.St.* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 35.

<sup>31</sup> Art. 490/2, § 1, eerste lid BW.

<sup>32</sup> A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 110.



treerd of wanneer de lasthebber tot een uitgesloten categorie behoort.<sup>33</sup> Het Belgische recht sluit daardoor in zekere mate aan bij het Engelse recht, waar een *ordinary power of attorney* evenmin kan worden gehanteerd als een buitengerechterlijke beschermingsmaatregel, gelet op de hoger toegelichte *common law* regel van beëindiging bij onbekwaamheid (zie *supra*, nr. 8). Ook in Zwitserland dient de lastgever de bijzondere vereisten van de buitengerechterlijke bescherming na te leven, maar wel alleen indien hij wenst dat zijn volmacht pas in werking treedt (en dus niet louter voortduurt) op het moment dat hij zijn oordeelsvermogen verliest (cf. *infra*, nr. 18).<sup>34</sup>

## C. TWEEDE TYPE: HET REGIME VAN DE BUITENGERECHTELIJKE BESCHERMING ALS ALTERNATIEF

### 1. Voortdurende volmachten

18. Het Belgische uitgangspunt verschilt van het Franse, Oostenrijkse en Zwitserse recht, waar het regime van de buitengerechterlijke bescherming niet uitsluit dat via een louter gemeenrechtelijke ‘voortdurende’ volmacht op een toekomstige onbekwaamheid wordt geanticipeerd. Een volmacht die reeds uitwerking kreeg vóór de wilsonbekwaamheid van de lastgever, kan in elk van deze drie stelsels ook daarna verder worden gebruikt, zonder dat zij aan bijzondere vereisten moet voldoen.<sup>35</sup> Een equivalent van het nieuwe Belgische artikel 2003 BW (zie *supra*, nr. 10) is er niet voorhanden.

19. Dit heeft allicht te maken met het feit dat het bijzondere regime van de buitengerechterlijke bescherming in deze landen gepaard gaat met strengere *vorm*vereisten dan in het gemene recht, die als doel hebben om de lastgever bewust te maken van zijn keuze om het beheer van zijn vermogen in handen te leggen van iemand die hij niet gaat kunnen controleren bij de uitvoering van zijn taak (zie *infra*, nr. 28-30). Een dergelijke waarschuwing is overbodig wanneer de volmacht reeds vóór de wilsonbekwaamheid wordt uitgevoerd en de lastgever dus de kans heeft om de lastgeving te controleren en desgevallend te herroepen. Naar Belgisch recht is de lastgever vrij om de vorm van zijn volmacht te kiezen, zolang die schriftelijk is (zie *infra*, nr. 27).

<sup>33</sup> F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 571.

<sup>34</sup> P. BREITSCHMID en I. MATT, “Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)”, *Pflegerecht* 2012, (223) 227; C.G. FOUNTOULAKIS, “Les mesures personnelles anticipées: des directives anticipées du patient et le mandat pour cause d’inaptitude”, *FamPra.ch* 2012, (867) 887; O. KÄLIN, “Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen: Dispute Resolution und ausgewählte Probleme”, *ST* 2008, (1048) 1050.

<sup>35</sup> **Frankrijk:** art. 428 C.Civ.; L. LEVENEUR, “Intérêts et limites du mandat de protection future” in F. BICHERON, S. GAUDEMET, C. GRIMALDI *et al.* (eds.), *Mélanges en l’honneur du professeur Gérard Champenois*, Parijs, Defrénois, 2012, (571) 574; **Oostenrijk:** § 284g ABGB; OGH 26 september 1951, SZ 24/244; M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 395; **Zwitserland:** C. ZUMSTEIN-SCHULER en B. MEYER, “Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Kurzeinführung für Praktiker”, *Anwalts Revue* 2012, (287) 289. In Zwitserland veronderstelt het voortbestaan wel dat de lastgever deze doelstelling in zijn volmacht expliciteert (zie *supra*, nr. 7).



20. Een gewone ‘voortdurende’ volmacht zal naar Zwitsers recht echter geen voorrang hebben op de rechterlijke bescherming; er zal een bewindvoerder worden aangesteld om de uitvoering van de lastgeving in het oog te houden.<sup>36</sup> Dat is in het Franse en Oostenrijkse recht niet zo: uit artikel 428 C.Civ. en § 284g ABGB blijkt dat een bewind ook kan worden uitgesloten door een volmacht die niet overeenkomstig de bijzondere vormvereisten werd opgesteld.<sup>37</sup>

## 2. *Volmachten onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid*

21. Zelfs wanneer een volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid wordt verleend, hoeft ze naar Frans en Oostenrijks recht niet conform de specifieke voorschriften van het *mandat de protection future* respectievelijk *Vorsorgevollmacht* te worden opgesteld. Zolang zij strookt met het gemene recht, kan zij rechtsgeldig bij wilsonbekwaamheid worden gebruikt.<sup>38</sup> Krachtens de voormelde artikelen 428 C.Civ. en § 284g ABGB (zie *supra*, nr. 20) mag de rechter geen bewind opleggen wanneer een dergelijke volmacht de belangen van de meerderjarige voldoende dient en er dus geen gevaar is dat de lasthebber zijn opdracht ten nadele van de lastgever zal vervullen.

## D. DERDE TYPE: HET REGIME VAN DE BUITENGERECHTELIJKE BESCHERMING ALS LOUTERE TOEPASSING VAN HET GEMENE RECHT

22. Naar Duits recht speelt het vraagstuk van de verhouding tussen het gemene recht en het bijzondere regime van de buitengerechtelijke bescherming niet, aangezien beide samenvallen: om een vermogensrechtelijke volmacht op te stellen die men wil laten voortduren of in werking wil laten treden bij onbekwaamheid, is men niet gebonden aan bijzondere vereisten.<sup>39</sup> “*Grundsätzlich kann (...) jede Vollmacht zur Vorsorgevollmacht werden.*”<sup>40</sup>

<sup>36</sup> C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 124-125. Zie ook art. 397a OR.

<sup>37</sup> Frankrijk: L. LEVENEUR, “Intérêts et limites du mandat de protection future” in F. BICHERON, S. GAUDEMET, C. GRIMALDI *et al.* (eds.), *Mélanges en l’honneur du professeur Gérard Champenois*, Parijs, Defrénois, 2012, (571) 574; Oostenrijk: M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 223.

<sup>38</sup> Frankrijk: L. LEVENEUR, “Intérêts et limites du mandat de protection future” in F. BICHERON, S. GAUDEMET, C. GRIMALDI *et al.* (eds.), *Mélanges en l’honneur du professeur Gérard Champenois*, Parijs, Defrénois, 2012, (571) 574; Oostenrijk: S. FERRARI, “Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (139) 151; M. SCHAUER, “Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006”, *FamZ* 2006, (148) 150.

<sup>39</sup> Met uitzondering van § 1896, tweede lid BGB, dat afwijkt van het gemene recht door vereisten te verbinden aan de hoedanigheid van de lasthebber. Het gaat evenwel om een oneigenlijke uitzondering, aangezien een volmacht die deze vereisten niet respecteert, nog steeds een bewind kan uitsluiten. De rechter dient dan wel het vermoeden te weerleggen dat de aangewezen persoon niet geschikt is om het welzijn van de meerderjarige te behartigen. De principiële voorrang van de volmacht speelt dus niet. *BT-Drucks* 13/7158, 33; G. MÜLLER en T. RENNER, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, 96.

<sup>40</sup> V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 2. Zie ook W. BAUMANN, “Generalvollmachten als Vorsorgevollmachten”, *MittRhNotK* 1998, (1) 4.





## E. IMPACT OP DE BALANS AUTONOMIE-BESCHERMING

23. Deze uiteenlopende benaderingen van de verhouding tussen het gemene recht en het specifieke regime van de buitengerechtelijke bescherming illustreren de verhouding tussen autonomie en bescherming in de verschillende stelsels. In landen zoals Frankrijk en Oostenrijk zijn de specifieke vereisten eerder bedoeld als een incentive voor de lastgever om het beheer van zijn vermogen bij wilsonbekwaamheid met bepaalde waarborgen te omkaderen. Hij is niet verplicht om voor het bijzondere beschermingsregime te opteren. De Belgische wetgever heeft ervoor gekozen om de balans meer te doen doorslaan in de richting van het aspect bescherming. Vanuit de vaststelling dat het gemene recht inzake lastgeving te weinig is afgestemd op de situatie van wilsonbekwaamheid, achtte hij het noodzakelijk dat de lastgeving aan een aantal voorwaarden voldoet om bij wilsonbekwaamheid te kunnen worden gebruikt. Zoals verderop nog zal blijken, is de implementatie van die voorwaarden (grotendeels) verantwoord en beïnvloeden zij slechts in beperkte mate de keuzevrijheid van de lastgever (zie *infra*, nrs. 34 en 38).

24. Vragen rijzen echter bij de manier waarop de Belgische wetgever het gebruik van louter gemeenrechtelijke volmachten bij wilsonbekwaamheid heeft willen uitsluiten. In artikel 490/1, § 3 BW bepaalt hij dat indien de lastgeving niet voldoet aan de vereisten, de handelingen die de lasthebber heeft verricht, nietig kunnen worden verklaard in geval van benadeling als hij wist of had moeten weten dat de lastgever op dat moment kennelijk wilsonbekwaam was of in een staat van verkwisting verkeerde. De rechter houdt daarbij rekening met de rechten van derden te goeder trouw. Dit artikel staat op gespannen voet met artikel 2003 BW: als de lastgeving beëindigd is, is de lastgever hoe dan ook niet gebonden aan de rechtshandelingen die zijn lasthebber na de beëindiging van de lastgeving met een derde (te kwader trouw) verricht, noch is hij intern gehouden ten opzichte van die lasthebber indien die van de beëindiging op de hoogte was.<sup>41</sup> Hij zal hem dus niet moeten vergoeden voor eventuele onkosten. Vanuit zijn oogpunt is de mogelijkheid tot nietigverklaring bijgevolg overbodig. Om zich op de gevolgen van de beëindiging te beroepen, is overigens helemaal niet vereist dat er sprake is van benadeling.

25. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat artikel 490/1, § 3 BW de bedoeling heeft om potentiële lasthebbers niet te ontmoedigen en om derden te goeder trouw te beschermen, aangezien het vaak niet eenvoudig is om de mentale toestand van de lastgever in te schatten.<sup>42</sup> Vandaar dat men de nietigverklaring uit het artikel aan een aantal drempels wilde onderwerpen. Deze doelstellingen zijn zeer valabel maar worden reeds bereikt door de beëindiging van de lastgeving: krachtens artikel 2009 BW zal de lastgever immers wel gebonden zijn jegens de derde indien die derde te goeder trouw was.<sup>43</sup> Artikel 2008 BW beschermt op zijn beurt de lasthebber te goeder trouw, jegens wie de lastgever zijn interne verplichtingen wel moet nakomen.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Art. 2008 en 2009 BW *a contrario*; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 312-313.

<sup>42</sup> *Parl.St.* 2011-12, nr. 53-1009/010, 33.

<sup>43</sup> P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 313; zie ook art. 202 van het wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (nr. 53-3149/008). Dit artikel vult art. 2005 BW aan door te bepalen dat de staat van de lastgever niet kan worden tegengeworpen aan derden te goeder trouw. Het gaat om een specifieke toepassing van art. 2009 BW in de context van de buitengerechtelijke bescherming.

<sup>44</sup> P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 312.



Ook vanuit hun perspectief valt dus moeilijk in te zien wat de rol is van het artikel en vooral van de benadelingsvereiste.

26. Zonder aanwijsbare reden heeft artikel 490/1, § 3 BW tot gevolg dat de lastgever zich niet kan verzetten tegen een handeling die zijn lasthebber te kwader trouw gedurende zijn wilsonbekwaamheid op grond van een louter gemeenrechtelijke volmacht heeft verricht zolang er geen sprake is van benadeling. Dit is in strijd met de duidelijke bewoordingen van artikel 2003 BW en artikel 490/1, § 1, eerste lid BW *a contrario*, dat elke speelruimte ontnemt aan volmachten die niet aan de bijzondere vereisten voldoen. Naar mijn mening dient de wetgever hier een duidelijker standpunt in te nemen. Wenst hij de nieuwe regelgeving te hanteren als een *lex specialis*, dan hoort artikel 490/1, § 3 BW er niet in thuis.

## V. VORM VAN DE LASTGEVING

### A. VAN QUASI-VORMVRIJHEID TOT STRIKT FORMALISME

27. Naar Belgisch recht is de lastgever die via volmacht wil anticiperen op een eventuele toekomstige onbekwaamheid, niet gebonden aan bijzondere vormvereisten. De enige afwijking van het gemene recht is dat de lastgeving niet mondeling kan worden verleend, gelet op de registratieverplichting in artikel 490, eerste lid BW.<sup>45</sup> Voor het overige kan de lastgever kiezen of hij zijn volmacht verleent via een onderhandse of authentieke akte, een brief of een ander soort geschrift.<sup>46</sup> Ook de Duitse vermogensrechtelijke *Vorsorgevollmacht* is in beginsel vormvrij.<sup>47</sup> In beide stelsels dient de lastgever er wel rekening mee te houden dat zijn volmacht in de regel in notariële vorm moet worden opgesteld wanneer het mandaat een rechtshandeling betreft die bij notariële akte moet gebeuren.<sup>48</sup> Men wil op die manier vermijden dat de vormvoorschriften van de desbetreffende rechtshandeling, en vooral hun waarschuwingsfunctie, door de lastgeving worden uitgehold.<sup>49</sup>

28. In de andere rechtsstelsels werd de vorm van de lastgeving wel aan bijzondere vereisten onderworpen, al varieert het opgelegde formalisme van land tot land. In Oostenrijk en Zwitserland kan de lastgeving verleend met het oog op onbekwaamheid niet op om het even welke manier tot stand komen, maar het opgelegde formalisme laat nog een zekere keuzevrijheid toe.

<sup>45</sup> F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 568.

<sup>46</sup> Art. 1985 BW.

<sup>47</sup> V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 150; R. SPANL, “Zur Formbedürftigkeit einer Vorsorgevollmacht”, *Rpfler* 2006, (455) 456; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 89.

<sup>48</sup> België: F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 586; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 80; Duitsland: J. DIECKMANN en A. JURGELEIT, “Die Reform des Betreuungsrechts”, *BtPrax* 2002, (135) 138; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 90-92. Het gaat om een teleologische interpretatie van § 167, tweede lid BGB.

<sup>49</sup> België: B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 80; Duitsland: V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 150; R. SPANL, “Zur Formbedürftigkeit einer Vorsorgevollmacht”, *Rpfler* 2006, (455) 457.



Beide landen laten de vorm van de volmacht aanleunen bij hun vormvoorschriften voor het testament.<sup>50</sup>

29. In Engeland & Wales is de lastgever die zijn volmacht wil laten voortduren of in werking wil laten treden bij onbekwaamheid, verplicht om een voorgedrukt formulier van een vijftwintigtal bladzijden te gebruiken waarop hij verschillende gegevens moet invullen of aankruisen.<sup>51</sup> Daarnaast moet een derde verklaren dat de lastgever het doel en de draagwijdte van de volmacht begrijpt, dat hij niet onder druk werd gezet en dat er geen sprake is van andere fraude.<sup>52</sup>

30. Het Franse recht kan als het meest formalistische worden beschouwd. Krachtens artikel 490, eerste lid en artikel 493, eerste lid C.Civ. is immers enkel de lasthebber van een notariële volmacht gerechtigd om over de goederen van de kwetsbare meerderjarige te beschikken. De opdracht van een lasthebber met een onderhandse volmacht is beperkt tot daden van bewaring en beheer.<sup>53</sup> Bovendien geeft de Franse wetgever een specifieke invulling aan het begrip onderhandse akte: zij moet ofwel mede ondertekend worden door een advocaat ofwel opgesteld worden overeenkomstig een officieel model.<sup>54</sup>

## B. IMPACT OP DE BALANS AUTONOMIE-BESCHERMING

31. Kenmerkend voor bijna alle onderzochte rechtsstelsels is dat de lastgever zijn volmacht in private sfeer, binnen de eigen muren, kan opstellen. Enkel in Frankrijk is de lastgever verplicht om zich naar de notaris te begeven, althans wanneer hij zijn lasthebber wil machtigen voor beschikkingsdaden (zie *supra*, nr. 30). Die verplichting is naar mijn mening te vergaand. Buiten het geval van plechtige rechtshandelingen zou de lastgever niet gedwongen mogen worden om zijn besognes over een latere wilsonbekwaamheid met de buitenwereld te delen. De stap naar een externe persoon en de bijbehorende kosten zouden een meerderjarige kunnen weerhouden om het beheer van zijn vermogen via lastgeving te regelen.<sup>55</sup>

32. Het Belgische recht verdient op dat vlak goedkeuring. Ik vraag me echter af of het wel aangewezen is om de lastgever ook volledig vrij te laten in de manier waarop hij zijn volmacht in besloten sfeer opstelt. Minstens zou het geschrift eigenhandig geschreven, gedateerd en onder-

<sup>50</sup> Oostenrijk: § 284f, tweede lid ABGB; C. RABL, “Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz und Bankgeschäfte”, *ÖBA* 2008, (83) 87; Zwitserland: art. 361, eerste lid ZGB; S. WOLF, “Erwachsenenschutz und Notariat”, *ZBGR*, (73) 91.

<sup>51</sup> S. 9 (2)(b) MCA 2005 j. Schedule 1 nr. 1 (1)(a) en (3) MCA 2005 j. Reg. 5 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007) (geamendeerd door The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian (Amendment) Regulations 2013).

<sup>52</sup> Schedule 1 nr. 2 (1)(e) MCA 2005.

<sup>53</sup> Wat er precies moet worden verstaan onder deze twee verschillende categorieën van rechtshandelingen en welke verrichtingen ze behelzen, werd opgenomen in het decreet nr. 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

<sup>54</sup> Art. 492 C. Civ.; décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé.

<sup>55</sup> J. DIECKMANN en A. JURGELEIT, “Die Reform des Betreuungsrechts”, *BTPrax* 2002, (135) 139.



tekend moeten zijn, om het risico op vervalsing of ongewenste aanvullingen door derden te verminderen.<sup>56</sup> Men mag niet vergeten dat de kans bestaat dat de lastgever reeds wilsonbekwaam is op het ogenblik dat hij de volmacht verleent. Mogelijk willen derden van zijn kwetsbaarheid profiteren door een voor hen gunstige regeling te treffen. Een eigenhandig geschrift vormt in dat opzicht zowel een waarborg voor zijn bescherming als voor zijn autonomie.

33. In navolging van het Engelse recht zou het ook raadzaam zijn om de lastgever te verplichten een specifiek formulier in te vullen, zeker wanneer de volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid wordt verleend. Op die manier wordt hij feitelijk gedwongen om meer over de bevoegdheden van zijn lasthebber en de omkadering van diens opdracht te reflecteren. Bovendien vermindert het risico op inconsistenties of onduidelijkheden. Men verhoogt daardoor de kans op aanvaarding in het rechtsverkeer, zeker wanneer het formulier in samenspraak met financiële instellingen wordt ontworpen.

## VI. REGISTRATIE VAN DE LASTGEVING

34. Net als in het Engelse recht, vormt de registratie van de lastgeving in België een essentieel kenmerk van de buitengerechtelijke bescherming.<sup>57</sup> Overeenkomstig artikel 490 BW moet de lastgevingsovereenkomst die bedoeld is als buitengerechtelijke beschermingsmaatregel, worden geregistreerd in het centraal register dat wordt bijgehouden door de KFBN. Ook elke latere wijziging, opzegging of herroeping kan in het register worden opgenomen.<sup>58</sup> Deze registratieplicht valt goed te keuren omdat zij de voorrang van de buitengerechtelijke bescherming versterkt: de vrederechter moet het register raadplegen alvorens hij een rechterlijke maatregel beveelt.<sup>59</sup> Voorts laat de registratie hem toe te verifiëren of een lastgevingsovereenkomst die hem wordt voorgelegd, intussen niet reeds werd herroepen.<sup>60</sup>

35. In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland is registratie slechts facultatief.<sup>61</sup> Men is er, mijns inziens onterecht, van mening dat het aan de lastgever zelf is om te beslissen in welke mate hij de effectiviteit van zijn volmacht wil bevorderen.<sup>62</sup> In het Franse recht werd zelfs geen mogelijk-

<sup>56</sup> Cf. W. PINTENS inzake de voordelen van het Belgische eigenhandig testament in W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH *et al.*, *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 920; zie ook het Oostenrijkse en Zwitserse recht: § 284f, tweede lid ABGB en art. 361, eerste en tweede lid ZGB.

<sup>57</sup> België: art. 490 BW; Engeland & Wales: S. 9 (2)(b) MCA 2005; Schedule 1 nrs. 4-16 MCA 2005.

<sup>58</sup> Art. 490 vijfde lid BW.

<sup>59</sup> Deze consultatieplicht staat niet in de wet van 17 januari 2013 maar werd opgenomen in art. 186 van het wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (nr. 53-3149/008).

<sup>60</sup> Art. 186 wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (nr. 53-3149/008).

<sup>61</sup> Duitsland: Vorsorgeregister-Verordnung van 21 februari 2005; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 63; Oostenrijk: § 140h Notariatsordnung; ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 30; Zwitserland: art. 361, derde lid ZGB; C.L. WIDMER BLUM, "Art. 361 ZGB" in P. BREITSCHMID en A. RUMO-JUNGO (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, (1087) 1089.

<sup>62</sup> *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6660 (www.ejpd.admin.ch).



heid tot registratie voorzien, wat in de rechtsleer fel wordt bekritiseerd, nu dit de subsidiariteit van het bewind ondermijnt.<sup>63</sup>

36. De registratie kan gebeuren tot op het tijdstip waarop de lastgever in een toestand van wilsonbekwaamheid of verkwisting komt te verkeren.<sup>64</sup> Het verzoek tot registratie gebeurt door de neerlegging van een voor eensluidend verklaard afschrift van de overeenkomst ter griffie van het vredegerecht van de verblijfplaats van de lastgever en subsidiair van zijn woonplaats, of door tussenkomst van de notaris die de lastgevingsovereenkomst heeft opgesteld (art. 490, tweede lid BW). Binnen vijftien dagen na het verzoek tot registratie van de lastgevingsovereenkomst laat de griffier of de notaris deze opnemen in het centraal register. De Koning bepaalt de nadere regels inzake oprichting, beheer en raadpleging van het centraal register (art. 490, vierde lid BW). De lastgever en lasthebber kunnen hun beslissing om de lastgeving te beëindigen te allen tijde schriftelijk ter kennis brengen van de griffie of notaris, al valt niet te begrijpen waarom zij daartoe niet verplicht zijn en waarom zij daarbij de redenen voor hun beslissing moeten opgeven.<sup>65</sup>

## VII. INHOUD VAN DE LASTGEVING

### A. KEUZE VAN DE LASTHEBBER

37. Bepaalde categorieën van personen mogen niet als lasthebber optreden in het kader van de buitengerechtelijke bescherming. Deze restricties werden opgenomen in artikel 490/1, § 1, eerste en tweede lid BW. Zij zijn ook van toepassing op de bewindvoerder (art. 496/6 BW). Het gaat om personen die zelf onder een rechterlijke of buitengerechtelijke beschermingsmaatregel werden geplaatst, rechtspersonen (met uitzondering van de private stichting die zich uitsluitend inzet voor de beschermde persoon en (allicht<sup>66</sup>) bepaalde stichtingen van openbaar nut), bestuurs- of personeelsleden van de instelling waar de beschermde persoon verblijft, personen die niet vrij over hun goederen kunnen beschikken en personen die volledig ontzet zijn uit het ouderlijk gezag.

38. Het doel van deze onverenigbaarheden is het risico op misbruik, wanuitvoering of belangenconflicten verminderen.<sup>67</sup> Zij zijn daarom in bijna alle andere rechtsstelsels terug te vinden.<sup>68</sup> Bepalingen aangaande rechtspersonen bestaan evenwel slechts in België, Engeland &

<sup>63</sup> D. FENOUILLET, “Le mandat de protection future ou la double illusion”, *Defrénois* 2009, (142) nr. 36-39; I. MARIA, “Absence de publicité du mandat de protection future: aucun changement à envisager”, *Droit de la famille* 2009, comm. 162.

<sup>64</sup> *Parl.St.* 2011-12, nr. 53-1009/010, 36; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 112.

<sup>65</sup> Art. 490, vijfde lid BW; cf. F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 569.

<sup>66</sup> Zie art. 190 wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (nr. 53-3149/008).

<sup>67</sup> *Parl.St.* 2011-12, nr. 53-1009/010, 32.

<sup>68</sup> Zie bv. **Duitsland**: § 1896, tweede lid BGB j. § 1897, derde lid BGB; **Engeland & Wales**: S. 10 (1)(b) MCA 2005; S. 10 (2) MCA 2005; **Frankrijk**: artikel 480 C.Civ.; **Oostenrijk**: § 284f, eerste lid ABGB.



Wales en Frankrijk.<sup>69</sup> De betrokken wetgevers wilden de vertegenwoordiging van de kwetsbare meerderjarige zo veel mogelijk personaliseren.<sup>70</sup> Men kan zich echter afvragen of het wel nodig is dat de wetgever deze keuze in de plaats van de meerderjarige maakt. In tegenstelling tot een persoon die niet op zijn wilsonbekwaamheid heeft geanticipeerd en onder bewind wordt geplaatst, kan de lastgever op voorhand zelf de afweging maken of hij al dan niet heil ziet in vertegenwoordiging door een bepaalde rechtspersoon. Wanneer het enkel gaat om zijn vermogensrechtelijke belangen (zoals dit in België per definitie het geval is, zie *supra*, nr. 11), is dit niet ondenkbaar.<sup>71</sup>

## B. BEVOEGDHEDEN VAN DE LASTHEBBER

39. In de verschillende stelsels is de lastgever in beginsel vrij om de inhoud van zijn lastgeving te bepalen, net zoals geldt in het gemene recht.<sup>72</sup> Alle rechtshandelingen die vatbaar zijn voor conventionele vertegenwoordiging komen in aanmerking.<sup>73</sup> Dit betekent onder meer dat de lastgever zijn lasthebber de bevoegdheid mag verlenen om een bepaalde schenking te doen in zijn naam en voor zijn rekening.<sup>74</sup> In sommige stelsels is deze bevoegdheid echter beperkt. Zo kan de lasthebber van een *mandat de protection future* enkel schenken met een rechterlijke machtiging.<sup>75</sup> Het is opvallend dat een Engelse lasthebber in het kader van de buitengerechtelijke bescherming weliswaar slechts binnen bepaalde grenzen mag schenken, maar dat hij dat

<sup>69</sup> **België:** art. 490/1, § 1, tweede lid, 2° BW *j. art.* 496/6, 2° BW; **Engeland & Wales:** S. 10 (1)(b) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 480 C.Civ. *j. art.* L. 471-2 Code de l'action sociale et des familles.

<sup>70</sup> Zie bv. de parlementaire voorbereiding in België van de wet van 18 juli 1991: *Parl.St.* 1990-91, nr. 1654/2, 8.

<sup>71</sup> Om die reden achtte de Zwitserse wetgever het niet opportuun om rechtspersonen uit te sluiten van de hoedanigheid als lasthebber (Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle, *Protection de l'adulte. Rapport relatif à la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2003, 22 (www.ejpd.admin.ch)). Art. 360, eerste lid ZGB vermeldt de mogelijkheid om een rechtspersoon aan te duiden uitdrukkelijk. Zie ook U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 62, die vertegenwoordiging door een rechtspersoon niet geschikt acht voor persoonsrechtelijke aangelegenheden maar die er geen bezwaren tegen heeft in geval van een patrimoniale volmacht. Dezelfde opvatting wordt gevolgd door M. LOCHER, "Vorsorge durch Vollmachtserteilung", *FamRB* 2004, (30) 31.

<sup>72</sup> Zie bv. **Duitsland:** D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlijn, BWV, 2004, (27) 39; **Frankrijk:** J. LEPROVAUX, "Le mandat de protection future", *JCP N* 2008, (1274) nrs. 7 en 27; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 349.

<sup>73</sup> Zie bv. **Duitsland:** C. RAMSER, *Grenzüberschreitende Vorsorgevollmachten in Europa im Licht des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010, 25; M. BÜHLER, "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, (1585) 1586; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 349; **Zwitserland:** C. BRÜCKNER, "Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz", *BN* 2011, (36) 37.

<sup>74</sup> Zie bv. **België:** C. DE WULF, "De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus", *T.Not.* 2013, (254) 273; **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 228; **Engeland & Wales:** S. 12 MCA 2005; **Frankrijk:** art. 490, eerste lid C.Civ.; **Zwitserland:** M. BALESTRIERI, "Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht", *ZKE* 2011, (201) 204.

<sup>75</sup> Art. 490, tweede lid C.Civ.



wel kan zonder dat de lastgever hem dit heeft opgedragen.<sup>76</sup> De wetgever was van mening dat de praktische bruikbaarheid van de *lasting power of attorney* zou worden ondermijnd als men de lasthebber zou verbieden om in het voordeel van anderen op te treden.<sup>77</sup> Om die reden kan de rechter de lasthebber zelfs toelaten om een schenking te doen die niet aan de wettelijke beperkingen voldoet (ook aan zichzelf), bijvoorbeeld met het oog op vermogensplanning.<sup>78</sup> Die gedachtegang is vreemd aan het Belgische recht. Zonder een bewijs van de *animus donandi* van de lastgever kan een schenkingsbevoegdheid niet worden aangenomen.<sup>79</sup> Naar mijn mening betekent dit echter niet noodzakelijk dat de schenkingsbevoegdheid uit de volmacht zelf moet voortvloeien. In lijn met het nieuwe artikel 499/7, § 4 BW zou deze ook kunnen worden aanvaard wanneer de wil tot schenken uitdrukkelijk blijkt uit een andere, recentere verklaring van de meerderjarige.

40. Testeren wordt in alle stelsels als een hoogstpersoonlijke rechtshandeling beschouwd en kan bijgevolg niet aan de lasthebber worden overgelaten.<sup>80</sup> In Engeland & Wales is dit hoogstpersoonlijke karakter echter relatief: de rechter kan de lasthebber machtigen om een ‘*statutory will*’ voor de wilsonbekwame lastgever op te stellen.<sup>81</sup> Dit illustreert opnieuw dat het regime van de buitengerechtelijke bescherming in Engeland & Wales niet uitsluitend de belangen van de kwetsbare meerderjarige zelf dient, maar ook die van anderen.

## VIII. INWERKINGTREDING VAN DE LASTGEVING

### A. ONMIDDELIJK OF ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE VAN WILSONBEKWAAMHEID

41. De lastgever dient te bepalen vanaf wanneer zijn lasthebber mag optreden. Hij kan bijvoorbeeld bedingen dat hij onmiddellijk na het sluiten van de lastgevingsovereenkomst bevoegd

<sup>76</sup> S. 12 MCA 2005; The Law Commission, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 29, nr. 4.28.

<sup>77</sup> The Law Commission, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 28, nr. 4.26.

<sup>78</sup> S. 23 (4) MCA 2005; Explanatory notes Mental Capacity Act 2005, 15 (www.legislation.gov.uk). Enkel wanneer de volmacht het schenken verbiedt, kan de rechter de lasthebber geen machtiging in de zin van S. 23 (4) MCA 2005 toekennen. Zie The Law Commission, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 47.

<sup>79</sup> Vandaar dat een volmacht om te schenken uitdrukkelijk en bijzonder moet zijn: R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 253.

<sup>80</sup> **België:** W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH *et al.*, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 866; **Duitsland:** W. BIENWALD, “Rechtliche Betreuung” in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflęgschaft*, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2006, (1) 137; **Engeland & Wales:** D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164; **Frankrijk:** N. PETERKA, “Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007”, *Droit de la famille* 2007, nr. 14; zie ook art. 476, tweede lid C.Civ.; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 349; **Zwitserland:** L. FAVRE, “Nouveau droit de la protection de l’adulte. Le mandat pour cause d’inaptitude”, *ZBGR* 2013, (145) 147.

<sup>81</sup> S. 18 (1)(i) MCA 2005 en Schedule 2 nr. 1-4 MCA 2005.



is om in zijn naam en voor zijn rekening op te treden, en dat hij die taak mag verderzetten wanneer de lastgever nadien wilsonbekwaam zou worden.<sup>82</sup> Vele meerderjarigen zullen er evenwel voor opteren om hun volmacht pas in werking te laten treden op het ogenblik dat zij zelf niet langer in staat zijn om hun vermogen te beheren. De volmacht vormt dan een echt planningsinstrument. In dat geval rijst de vraag wie de realisatie van deze opschortende voorwaarde vaststelt en op welke manier die vaststelling gebeurt.

## B. FORMEEL VERSUS INFORMEEL REGIME VAN INWERKING-TREDING

42. In de onderzochte rechtsstelsels vallen twee verschillende benaderingen van dit aspect van de buitengerechtelijke bescherming te onderscheiden. Enerzijds zijn er rechtsstelsels waar de inwerkingtreding van de lastgeving in naam van de rechtszekerheid het voorwerp uitmaakt van een formele procedure. Een officiële instantie stelt vast dat de lastgever niet langer bekwaam is en verklaart de lastgeving uitvoerbaar. Dit is het geval in het Franse en Zwitserse recht. De verklaring van inwerkingtreding is constitutief voor de bevoegdheid van de lasthebber.<sup>83</sup> Daartegenover staan de rechtsstelsels waar de vaststelling van onbekwaamheid op informele wijze plaatsvindt. Dit wil zeggen dat de lastgever zelf bepaalt door wie en op welke manier wordt vastgesteld vanaf wanneer de tussenkomst van zijn vertegenwoordiger noodzakelijk is. Het Belgische recht behoort tot dit tweede type, samen met Duitsland, Engeland & Wales en Oostenrijk.<sup>84</sup>

43. In deze stelsels kan de lastgever bijvoorbeeld eisen dat de lasthebber pas mag optreden wanneer één of meerdere artsen hebben vastgesteld dat de lastgever omwille van zijn fysieke of

<sup>82</sup> Cf. *Parl.St.* 2011-12, nr. 53-1009/010, 35.

<sup>83</sup> **Frankrijk:** art. 481 C.Civ. en art. 1258 – 1258-3 Code de procédure civile; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 541-542; J. LEPROVAUX, “Le mandat de protection future”, *JCP N* 2008, (1274) nr. 14; **Zwitserland:** art. 363 ZGB; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 272; P. MEIER, “Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et futur” in M. BADDELEY en B. FOËX (eds.), *La planification du patrimoine*, Zürich, Schulthess, 2009, (39) 62; P.M. GUTZWILLER, “Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des ‘Vorsorgeauftrages’ (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.06.2006)”, *AJP* 2007, (556) 558.

<sup>84</sup> **België:** *Parl.St.* 2010-11, 53 1009/002, 8; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 569; C. DE WULF, “De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus”, *T.Not.* 2013, (254) 268; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 113-114; zie ook: art. 184 van het Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende Justitie (nr. 53-3149/008); **Duitsland:** W. BIENWALD, “Rechtliche Betreuung” in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlijn, Sellier-de Gruyter, 2006, (1) 136; **Engeland & Wales:** zie het officiële *lasting power of attorney* formulier, terug te vinden in D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 414; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 354.





mentale toestand bepaalde rechtshandelingen niet meer autonoom kan verrichten of in het geheel niet meer kan beslissen over zijn financiële belangen.<sup>85</sup> Hij kan de beoordeling van zijn onbekwaamheid echter ook volledig overlaten aan de lasthebber zelf.<sup>86</sup>

44. Artikel 490/1, § 2, eerste lid BW voorziet evenwel een facultatieve formele procedure om de inwerkingtreding van de lastgeving te bekrachtigen indien daar twijfel over zou bestaan.<sup>87</sup> De vrederechter kan hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de lastgever, de lasthebber, iedere belanghebbende evenals de procureur des Konings een beslissing treffen omtrent de inwerkingtreding van de lastgeving. Ingeval hij vaststelt dat de lastgever feitelijk onbekwaam is, dat de lastgeving beantwoordt aan het belang van de lastgever en dat de lasthebber zijn opdracht heeft aanvaard, beveelt hij dat de lastgeving geheel of gedeeltelijk wordt uitgevoerd.<sup>88</sup> In het tegenovergestelde geval kan de vrederechter een (aanvullende of vervangende) rechterlijke beschermingsmaatregel bevelen.<sup>89</sup> Deze facultatieve procedure werd ingeschreven om rechtszekerheid te creëren met betrekking tot de inwerkingtreding van de buitengerechterlijke bescherming.<sup>90</sup>

45. Volgens het oorspronkelijke Belgische wetsvoorstel was de lasthebber verplicht om de lastgeving bij de vrederechter aan te melden wanneer de lastgever wilsonbekwaam werd, zodat deze zich over de inwerkingtreding ervan kon uitspreken.<sup>91</sup> Op dit voorstel kwam echter vanuit verschillende hoeken kritiek, omdat het de buitengerechterlijke bescherming te veel deed aanleunen bij de rechterlijke bescherming.<sup>92</sup> Om de autonomie van de meerderjarige te verhogen en de werklast voor de vrederechters te verminderen, werd uiteindelijk geopteerd voor een regime van informele inwerkingtreding en een facultatieve formele procedure in artikel 490/1, § 2 BW.<sup>93</sup>

<sup>85</sup> *Parl.St.* 2010-11, nr. 53 1009/002, 8; C. DE WULF, “De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus”, *T.Not.* 2013, (254) 277; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 180-181; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 188.

<sup>86</sup> P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 354; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 36.

<sup>87</sup> F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 570-571; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 113.

<sup>88</sup> Art. 490/1, § 2, tweede lid BW.

<sup>89</sup> Art. 490/1, § 2, derde lid BW.

<sup>90</sup> *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 36.

<sup>91</sup> *Parl.St.* 2010-11, nr. 53-1009/001, 81.

<sup>92</sup> *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/002, 7; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 113.

<sup>93</sup> *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/002, 7-9; *Parl.St.* Kamer 2011-12, 53 1009/010, 15-16, 31, 36, 117. Volgens een enkele auteur is de lasthebber *verplicht* om de uitvoering van de lastgeving te vragen aan de vrederechter (K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *Not.Fisc.M.* 2013, (182) 183, nr. 5, 186, nr. 18, 187, nr. 25, 188, nr. 33). Bij gebreke van een wettelijke grondslag kan deze stelling niet worden gevolgd.



## C. IMPACT OP DE BALANS AUTONOMIE – BESCHERMING

46. De Belgische wetgever koos naar mijn mening terecht voor een informeel regime van inwerkingtreding. Dit systeem biedt het voordeel dat het beheer van het vermogen van de lastgever ononderbroken kan worden verdergezet. De lasthebber kan inspringen zodra dit noodzakelijk is. Bovendien vrijwaart het informele regime de persoonlijke integriteit van de lastgever. Bij de eerste tekenen van een verminderd oordeelsvermogen hoeft hij geen medische en/of gerechtelijke procedure te ondergaan om zijn lasthebber toe te laten een rechtshandeling te verrichten waar hij zich op dat specifieke moment niet toe in staat acht, tenzij hij dit zelf in zijn volmacht heeft voorzien. Dit ligt in lijn met het concept van de lastgeving als een alternatief voor maatregelen waarbij de Staat en de niet de meerderjarige zelf het vermogensbeheer vormgeeft.

47. Het kan evenwel niet worden ontkend dat het voor de lasthebber geen evidentie is om de intellectuele capaciteiten van zijn lastgever in te schatten. De wet zou hem daarom moeten beschermen tegen een eventuele aansprakelijkheidsvordering indien hij niet wist en redelijkerwijze ook niet kon weten dat de lastgever nog bekwaam was. Het Engelse recht biedt hiervoor inspiratie: S. 2 (4) Mental Capacity Act 2005 bepaalt dat elke beoordeling van wilsonbekwaamheid moet worden gemaakt “*on the balance of probabilities*”. Het volstaat met andere woorden dat de lasthebber aantoont dat het waarschijnlijker is dat de lastgever wilsonbekwaam is dan dat hij nog bekwaam is.<sup>94</sup> Derden te goeder trouw worden reeds beschermd door de theorie van het schijnmandaat.<sup>95</sup>

## IX. INVLOED VAN DE LASTGEVING OP DE HANDELINGSBEKWAAMHEID VAN DE LASTGEVER

48. Een basisprincipe in elk van de onderzochte rechtsstelsels is dat de inwerkingtreding van de buitengerechtelijke bescherming bij wilsonbekwaamheid van de lastgever niet leidt tot een verlies van diens handelingsbekwaamheid.<sup>96</sup> Het enkele feit dat de lastgever een rechtshandeling heeft gesteld die binnen het bereik van de volmacht valt, volstaat bijgevolg niet om deze handeling aan te vechten. De lastgever kan nog steeds zelf en zelfstandig rechtsgeldig optreden

<sup>94</sup> D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 194.

<sup>95</sup> Cf. *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3149/004, 54; *Parl.St.* Kamer, nr. 53-1009/010, 37-38; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 461-462.

<sup>96</sup> België: *Parl.St.* 2011-12, nr. 53-1009/010, 33; T. DELAHAYE en F. HACHEZ, “La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d’incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine”, *JT* 2013, (465) 466; Duitsland: U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 16; Engeland & Wales: D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 25; Frankrijk: art. 488 C.Civ. *a contrario* (nietigverklaring van de handelingen van de lastgever is slechts mogelijk in specifieke gevallen); L. LEVENEUR, “Intérêts et limites du mandat de protection future” in F. BICHERON, S. GAUDEMET, C. GRIMALDI et al. (eds.), *Mélanges en l’honneur du professeur Gérard Champenois*, Parijs, Defrénois, 2012, (571) 576; Oostenrijk: B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15; Zwitserland: art. 17 ZGB *a contrario*.



zolang hij op dat moment wilsbekwaam is om die specifieke beslissingen te nemen.<sup>97</sup> Dit beginsel wortelt in het zelfbeschikkingsrecht en sluit aan bij het standpunt van de Raad van Europa en de VN.<sup>98</sup> Het volgt ook uit het conventionele karakter van de beschermingsmaatregel. Een contract dat gepaard gaat met juridische onbekwaamheid staat op gespannen voet met het principe dat men niet via overeenkomst aan de eigen bevoegdheid tot rechtsuitoefening mag verzaaken.<sup>99</sup>

49. In het Franse recht is het behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever evenwel slechts relatief, en dit om twee redenen. Ten eerste kan de lastgever zijn handelingen niet alleen aanvechten op grond van een gebrek aan feitelijke bekwaamheid maar hij kan ook aan de rechter vragen om zijn verbintenissen nietig te verklaren of te verminderen in geval van benadeling of buitensporigheid (art. 488 C.Civ.). Dit lijkt me te vergaand; zolang er geen sprake is van wils-onbekwaamheid, is er geen reden waarom de lastgever meer waarborgen zou mogen genieten dan een gewone lastgever. Ten tweede kan de lastgever het *mandat de protection future* niet herroepen, in tegenstelling tot wat het geval is in de andere stelsels.<sup>100</sup> De Franse wetgever wilde de lastgever tegen zichzelf beschermen.<sup>101</sup> Opnieuw gaat het om een disproportionele maatregel; het is niet omdat men onbekwaam is om een aantal rechtshandelingen te stellen, dat men ook onbekwaam is om te herroepen.<sup>102</sup>

50. Het principe van het behoud van handelingsbekwaamheid in hoofde van de lastgever verdient goedkeuring. Gelet op de fluctuerende aard van wilsonbekwaamheid, zou een verlies van bevoegdheid om de rechtshandelingen te stellen die in de volmacht begrepen zijn, in vele gevallen een disproportionele maatregel zijn.<sup>103</sup> Het behoud van handelingsbekwaamheid maakt van de lastgeving net een flexibel instrument, dat de meerderjarige toelaat om zelf op te treden zolang hij daartoe in staat is.

<sup>97</sup> Cf. Explanatory memorandum to Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 145.

<sup>98</sup> Art. 12, tweede lid VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (2006); Principe 3 van de Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults; Principe 9 van de Recommendation (2009)11 concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity.

<sup>99</sup> **België:** art. 1123 BW; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 320 en 353; **Frankrijk:** art. 34 Const.; art. 1123 C.Civ.; P. MALAURIE, "Le mandat en droit des personnes" in N. DISSAUX (ed.), *Le mandat. Un contrat en crise?*, Parijs, Economica, 2011, (115) 124; **Duitsland:** § 137 BGB; V. LIPP, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson: zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 201-202; **Engeland & Wales:** in Engeland & Wales is de contractuele uitsluiting van de handelingsbekwaamheid van de lastgever onverzoenbaar met het principe dat een *agent* slechts kan optreden voor zijn *principal* wanneer die *principal* zelf bekwaam is om de betrokken handeling te stellen (zie *supra*, nr. 8); **Oostenrijk:** OGH 26 april 1989, WBl 1989, 280; **Zwitserland:** art. 27 ZGB; E. BUCHER, "Berner Kommentar, Bd. I/2/2, Die natürlichen Personen, Art. 27 ZGB" in H. HAUSHEER (ed.), *Berner Kommentar*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1993, (29) 34-35.

<sup>100</sup> Art. 480, derde lid, art. 483, art. 489, tweede lid, art. 492, derde lid C.Civ.

<sup>101</sup> S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, (307) nr. 20.

<sup>102</sup> Cf. The Law Commission, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 122, nr. 7.43.

<sup>103</sup> Cf. Explanatory memorandum to Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults, nr. 35.



51. Door het principe van de handelingsbekwaamheid valt wel niet in te zien welke rol de lastgeving kan spelen voor verkwisters, die op grond van artikel 488/2 BW onder het toepassingsgebied van de buitengerechtelijke bescherming vallen. Zij hebben per definitie niet alleen nood aan een vertegenwoordiger maar vooral aan bescherming tegen zichzelf. Voor hen lijkt het me aangewezen dat de rechter een bewind oplegt, waarbij de aangeduide lasthebber kan optreden als bewindvoerder en de in de volmacht opgenomen beginselen diens takenpakket uitmaken.<sup>104</sup>

## X. RECHTEN EN PLICHTEN VAN DE LASTHEBBER

52. Krachtens artikel 490/2, § 1, eerste lid BW rusten op de lasthebber deels dezelfde rechten en plichten als op de lasthebber van een gewone volmacht. Dit betekent onder meer dat hij, net als in de andere rechtsstelsels, door de lastgever vergoed moet worden voor eventuele kosten en verliezen.<sup>105</sup> Beide partijen kunnen ook een loon overeenkomen.<sup>106</sup>

53. Bij de uitvoering van zijn opdracht neemt de lasthebber, voor zover mogelijk, de door de lastgever opgegeven beginselen in acht.<sup>107</sup> In tegenstelling tot een gewone lasthebber, is hij daarbij verplicht om op regelmatige tijdstippen overleg te plegen met de lastgever, net zoals een bewindvoerder (art. 490/2, § 1, derde lid BW). Hij brengt de lastgever en, in voorkomend geval, de in de lastgevingsovereenkomst aangewezen derden op de hoogte van de handelingen die hij verricht.<sup>108</sup> Het is jammer dat artikel 490/2, § 1, derde lid BW niet verder gaat door de lasthebber ook te verplichten om de beschermde persoon zo veel mogelijk en in verhouding tot diens begripsvermogen bij de uitoefening van zijn opdracht te betrekken, zoals wel het geval is voor een bewindvoerder.<sup>109</sup> Een dergelijke verplichting vindt men ook terug in S. 4 (4) van de Engelse Mental Capacity Act 2005. Daar is zij terecht van toepassing op iedereen die instaat voor de bescherming van een kwetsbare meerderjarige.

54. Tot slot moet de lasthebber, net als een bewindvoerder, de gelden en goederen van de lastgever volledig en duidelijk afscheiden van zijn persoonlijke vermogen, om misbruiken te voorkomen. De banktegoeden van de lastgever worden op zijn naam ingeschreven.<sup>110</sup>

<sup>104</sup> Cf. *Parl.St.* (België) 2011-12, nr. 53-1009/010, 33; F. DEGUEL, “La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d’incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine: vers une simplification?”, *TBBR* 2013, (290) 293; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 569.

<sup>105</sup> **België:** art. 1999-2001 BW; **Duitsland:** § 670 BGB; **Engeland & Wales:** S. 23 (3)(c) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 1999-2001 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 1014 ABGB; **Zwitserland:** art. 402 OR.

<sup>106</sup> **België:** art. 1986 en 1999 BW; **Engeland & Wales:** S. 23 (3)(c) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 1986 en 1999 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 1004 ABGB; **Zwitserland:** art. 394, derde lid OR; zie ook: art. 366 ZGB.

<sup>107</sup> Art. 490/2, § 1, tweede lid BW.

<sup>108</sup> Art. 490/2, § 1, derde lid BW.

<sup>109</sup> Art. 499/1, § 3 tweede lid BW.

<sup>110</sup> Art. 490/2, § 1, vijfde lid BW; art. 499/3 BW; *Parl.St.* 2010-11, nr. 53-1009/001, 40.



## XI. CONTROLE VAN DE LASTGEVING

### A. GEEN AUTOMATISCHE EN SYSTEMATISCHE CONTROLE DOOR DE RECHTER

55. In België en in elk van de andere onderzochte rechtsstelsels is de lastgeving voor onbekwaamheid in essentie een buitengerechtigde beschermingsmaatregel, bedoeld om de autonomie van kwetsbare meerderjarigen te verhogen en de werklast van de rechters te verminderen.<sup>111</sup> Dit betekent dat de lasthebber zich niet automatisch en systematisch voor de rechter moet verantwoorden.<sup>112</sup> De Staat zal zich pas mengen in het vermogensbeheer wanneer hem ter ore komt dat dit problematisch verloopt. De publiekrechtelijke controle van de lastgeving is bijgevolg volledig afhankelijk van de sociale omgeving van de lastgever.<sup>113</sup>

56. Enkel in het Franse recht werd een onrechtstreekse rechterlijke controle in het leven geroepen voor de lasthebber van een notariële volmacht. Krachtens artikel 491 C.Civ. moet hij jaarlijks rekenschap afleggen bij de notaris die de volmacht destijds heeft opgesteld. Deze notaris zal de rekeningen en bewijsstukken van de lasthebber onderzoeken en moet de rechter vatten in geval van vermogensverschuivingen of rechtshandelingen die onverantwoord zijn of niet in overeenstemming lijken met de inhoud van de volmacht.<sup>114</sup> De wetgever achtte deze rekenschapsplicht niet noodzakelijk voor de lasthebber van een onderhandse volmacht, daar die enkel daden van bewaring en beheer mag stellen (zie *supra*, nr. 30).<sup>115</sup>

### B. COMPENSATIE VIA INTERNE CONTROLEMECHANISMEN

57. Aangezien ook de lastgever zelf zijn volmacht niet kan controleren, kan men er niet omheen dat hij zich via dit instrument volledig afhankelijk maakt van de goede of kwade trouw, of kunde en onkunde, van zijn lasthebber. Naar mijn mening is het daarom essentieel dat hij

<sup>111</sup> F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 568; M. PREISNER, “Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa – Zusammenfassung” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (327) 329.

<sup>112</sup> Cf. Explanatory memorandum to Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 160.

<sup>113</sup> **België:** T. DELAHAYE en F. HACHEZ, “La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d’incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine”, *JT* 2013, (465) 466; **Duitsland:** D. SCHWAB, “Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?” in W. BAYER en E. KOCH (eds.), *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, (111) 116; **Engeland & Wales:** D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 145; **Frankrijk:** N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 549; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 358; **Zwitserland:** C.G. FOUNTOLAKIS, “Les mesures personnelles anticipées: des directives anticipées du patient et le mandat pour cause d’incapacité”, *FamPra.ch* 2012, (867) 880.

<sup>114</sup> N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 549.

<sup>115</sup> E. BLESSIG, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur le projet de loi (n°3462) portant réforme de la protection juridique des majeurs (nr. 3557)*, 201 (www.assemblee-nationale.fr).



zijn lasthebber aan de controle van minstens één vertrouwenspersoon onderwerpt. Hij kan bijvoorbeeld een toezichthouder aanstellen, aan wie de lasthebber op vaste tijdstippen rekenschap en verantwoording moet afleggen, of verschillende lasthebbers aanduiden, die slechts gezamenlijk mogen optreden.<sup>116</sup> Hier is een belangrijke adviserende taak weggelegd voor de notaris of advocaat indien de lastgever zijn volmacht bij hen laat opstellen.

58. Het is opmerkelijk dat de organisatie van een privaatrechtelijk controlesysteem enkel verplicht is in Frankrijk.<sup>117</sup> Naar mijn mening kan er van buitengerechtelijke *bescherming* geen sprake zijn wanneer de lastgever zijn lot ongecontroleerd in handen van één enkele persoon legt. In het eerder voorgestelde verplichte formulier (zie *supra*, nr. 33) zou hij verplicht kunnen worden om een controlemechanisme te voorzien, minstens wanneer het gaat om beschikkingsdaden. Bij afwezigheid hiervan zou registratie moeten worden geweigerd.<sup>118</sup>

## C. RECHTERLIJKE TUSSENKOMST BIJ MOGELIJKE BELANGENSCHENDING

### 1. *Twee types van rechterlijke tussenkomst*

59. Wanneer de rechter verneemt dat de belangen van de lastgever door de uitvoering van de lastgeving in gevaar zijn, staan hem verschillende maatregelen ter beschikking. In dit verband kunnen de onderzochte rechtsstelsels worden opgedeeld in twee categorieën. Samen met Engeland & Wales, Frankrijk en Zwitserland, behoort België tot een eerste type, waar de rechter *rechtstreeks* kan interfereren in de lastgevingsverhouding (zie *infra*, nrs. 60-63). In Duitsland en Oostenrijk bestaat er tussen de rechter en de lastgevingsverhouding geen rechtstreeks verband, maar *onrechtstreeks* kan hij de uitvoering van de lastgeving wel beïnvloeden (zie *infra*, nr. 64).

### 2. *Eerste type: rechtstreekse rechterlijke controle*

60. Artikel 490/2, § 2 BW somt een aantal maatregelen op die de vrederechter kan nemen wanneer hij die aangewezen acht voor het welzijn van de kwetsbare meerderjarige. Deze bepaling laat hem ten eerste toe om de uitvoering van de lastgeving te onderwerpen aan dezelfde vormvereisten als die welke gelden bij een rechterlijke beschermingsmaatregel. Dit wil zeggen dat hij de lasthebber kan verplichten om rekenschap af te leggen of om voor sommige rechtshandelingen een machtiging te vragen. Deze mogelijkheid om een regime te creëren dat het midden houdt tussen buitengerechtelijke en rechterlijke bescherming, werd ook geïmplementeerd in het Engelse, Franse en Zwitserse recht.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> Cf. Principe 12.1 van de Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity; Explanatory Memorandum to Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 98 en 161; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 257.

<sup>117</sup> Art. 479, derde lid en art. 486, tweede lid C.Civ.; art. 1258-2 Code de procédure civile.

<sup>118</sup> Cf. M. LÖHNIG, "Probleme der Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (15) 25-26.

<sup>119</sup> Engeland & Wales: S. 23 (3)(a) en (b) MCA 2005; Frankrijk: art. 416 C.Civ.; art. 494, tweede lid C.Civ.; Zwitserland: art. 368, tweede lid ZGB.



61. Tevens kan de vrederechter zich hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van elke belanghebbende evenals de procureur des Konings uitspreken over de voorwaarden en nadere regels tot uitvoering van de lastgeving.<sup>120</sup> Uit de parlementaire voorbereidingen kan worden afgeleid dat deze bepaling ruim moet worden geïnterpreteerd, in die zin dat de rechter de inhoud van de lastgeving mag aanpassen.<sup>121</sup> In Engeland & Wales gaat de wijzigingsbevoegdheid zeer ver (zie *supra*, nrs. 39 en 40), terwijl zij in het Zwitserse recht beperkt is: een aanvulling van de lastgevingsovereenkomst is enkel mogelijk wanneer het gaat om ‘*Nebenpunkte*’, om bijkomstige zaken.<sup>122</sup>

62. Tot slot kan de vrederechter geheel of gedeeltelijk een einde maken aan de lastgeving ingeval de uitvoering ervan van die aard is dat de belangen van de lastgever in gevaar worden gebracht of de lastgeving geheel of gedeeltelijk vervangen moet worden door een rechterlijke beschermingsmaatregel die de belangen van de lastgever beter dient.<sup>123</sup> Het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel nemen hier terecht een belangrijke plaats in: het gedeelte van de lastgeving dat volstaat voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige blijft behouden.

63. In geen van de betrokken rechtsstelsels mag de rechter de lasthebber vervangen door een andere lasthebber, behalve indien de lastgever zelf een vervanger heeft aangewezen in zijn volmacht.<sup>124</sup> In België benoemt de vrederechter weliswaar een lasthebber *ad hoc* wanneer er sprake is van een belangenconflict, maar het gaat niet om een bestendige vervanging van de lasthebber.<sup>125</sup> Dit zou ook helemaal niet wenselijk zijn: de lastgever heeft net voor de buitengerechtelijke bescherming geopteerd omdat hij iemand uit zijn naaste omgeving voldoende vertrouwde om zonder extern toezicht en zonder rechterlijke machtiging in zijn naam en voor zijn rekening op de noodzakelijke momenten op te treden. Die vertrouwensbasis verhindert dat de rechter een andere persoon aanwijst om het vermogensbeheer in een buitengerechtelijke context verder te zetten.<sup>126</sup>

### 3. Tweede type: onrechtstreekse rechterlijke controle

64. Kenmerkend voor de rechtsstelsels van het tweede type (Duitsland en Oostenrijk) is dat de rechter niet kan sleutelen aan de contractuele relatie tussen de kwetsbare meerderjarige en

<sup>120</sup> Art. 490/2, § 2 BW.

<sup>121</sup> *Parl.St.* 2010-11, nr. 53-1009/001, 40; K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *Not.Fisc.M.* 2013, (182) 185.

<sup>122</sup> Art. 364 ZGB; R. AEBI-MÜLLER en S. BIENZ, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in der Schweiz” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (57) 76.

<sup>123</sup> Art. 490/2, § 2 BW.

<sup>124</sup> Zie bv. Engeland & Wales: D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 15; Zwitserland: L. FAVRE, “Nouveau droit de la protection de l’adulte. Le mandat pour cause d’inaptitude”, *ZBGR* 2013, (145) 153; R. AEBI-MÜLLER en S. BIENZ, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in der Schweiz” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (57) 77.

<sup>125</sup> Art. 490/2, § 1, vierde lid BW.

<sup>126</sup> Cf. LORD CHANCELLOR’S DEPARTMENT, *Making decisions: The Government’s proposals for making decisions on behalf of mentally incapacitated adults (Cm 4465)*, Londen, The Stationery Office, 1999, 16, nr. 2.13.



zijn vertegenwoordiger.<sup>127</sup> Om het welzijn van de lastgever voldoende te garanderen, kan hij echter een persoon aanstellen die de lasthebber stelselmatig zal controleren.<sup>128</sup> Deze toezicht- houder mag de lasthebber nadere instructies geven over de in de volmacht toegekende bevoegd- heden en kan (geheel of gedeeltelijk) een einde maken aan de lastgeving.<sup>129</sup> De toezichthouder is daarentegen niet bevoegd om de uitvoering van de lastgeving te modaliseren of om de inhoud van de lastgeving aan te passen.<sup>130</sup>

## D. IMPACT OP DE BALANS AUTONOMIE – BESCHERMING

65. De afwezigheid van automatisch rechterlijk toezicht op de lastgeving ligt volledig in lijn met de doelstelling van het regime om meerderjarigen toe te laten het beheer van hun vermogen in besloten kring te laten plaatsvinden en de werklast van het gerecht binnen de perken te hou- den. De lastgeving kan echter pas als een beschermingsmaatregel worden beschouwd wanneer deze marginale positie van de rechter door interne controlemechanismen wordt gecompenseerd (zie *supra*, nrs. 57-58).

66. Verneemt de rechter dat de lastgeving de belangen van de kwetsbare meerderjarige in gevaar brengt, dan is het van belang dat hem voldoende maatregelen ter beschikking staan. Dit laat hem toe om, in naam van het subsidiariteitsbeginsel, de overgang naar een bewind uit te stellen en dus om de volmacht zo lang mogelijk als uitgangspunt te hanteren voor de bescher- ming van de kwetsbare meerderjarige. Het Belgische recht en de overige stelsels van het eerste type verdienen in dat opzicht de voorkeur op het Duitse en Oostenrijkse recht.

## XII. BEËINDIGING VAN DE LASTGEVING

67. De buitengerechtelijke beschermingsmaatregel neemt een einde indien de lastgever zich niet meer in een toestand van wilsonbekwaamheid of verkwisting bevindt, door de kennisge- ving van de opzegging door de lasthebber of de herroeping door de lastgever, door het overlij- den van één van de partijen, door de plaatsing van de lasthebber onder een rechterlijke bescher- mingsmaatregel of door een beslissing van de vrederechter (art. 490/2, § 3 BW).

<sup>127</sup> D. SCHWAB, “Betreuung und private Fürsorge” in H. LANGE, W.K. NÖRR en H.P. WESTERMANN (eds.), *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993, (815) 818.

<sup>128</sup> **Duitsland:** U. WALTER, “Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung”, *ZEV* 2000, (353) 353-356; D. KURZE, “Die Kontrollbetreuung”, *NJW* 2010, (2220) 2220-2224; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 342 en 359; ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 29.

<sup>129</sup> **Duitsland:** D. SCHWAB, “Probleme der Vorsorgevollmacht” in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlijn, BWV, 2004, (27) 46; A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 163; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bie- lefeld, Giesecking, 1997, 37 en 147; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 342; M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 225.

<sup>130</sup> G. DODEGGE en A. ROTH, *Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht*, Keulen, Bundesanzeiger Ver- lag, 2010, nr. 29.





68. Het einde van de buitengerechtelijke bescherming betekent echter niet noodzakelijk het einde van de lastgeving zelf. Die blijft in de periode van wilsbekwaamheid verder bestaan totdat zij overeenkomstig de gemeenrechtelijke beëindigingsgronden in artikel 2003 BW een einde neemt.<sup>131</sup> De buitengerechtelijke bescherming kan dus later herleven indien nodig.

69. Wordt de lastgever terug wilsbekwaam, dan kan de lasthebber zijn taak bijgevolg blijven uitvoeren indien de lastgeving bedoeld was om ook buiten periodes van wilsonbekwaamheid te worden gebruikt.<sup>132</sup> De bijzondere waarborgen van het regime zullen evenwel niet van toepassing zijn. Ten aanzien van de lasthebber van een volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid dient artikel 490/2, § 3, 1° BW naar mijn mening in die zin te worden geïnterpreteerd dat de bevoegdheid van de lasthebber geschorst wordt totdat de lastgever terug wilsonbekwaam wordt.

70. In het kader van de beëindiging van de lastgeving onderscheidt vooral het Franse recht zich van het Belgische. Krachtens artikel 483, 1° C.Civ. maakt wilsbekwaamheid pas een einde aan de lastgeving wanneer die toestand overeenkomstig de formele procedure toepasselijk op de inwerkingtreding van de lastgeving wordt vastgesteld. Het gaat dan bovendien om het einde van de lastgeving zelf, zodat de bevoegdheid van de lastgever nadien niet meer kan herleven, wat nadelig is bij aandoeningen die leiden tot een fluctuerende mentale toestand.

### XIII. BESLUIT

71. Met de wet van 17 maart 2013 sluit het Belgische recht zich aan bij een internationale tendens naar privatisering van volwassenenbescherming (zie *supra*, nr. 4). Voor de persoonlijke autonomie van kwetsbare meerderjarigen en de staatskas kan deze evolutie alleen maar een gunstig effect hebben. Voorheen had men weliswaar reeds de mogelijkheid om via lastgeving op een toekomstige onbekwaamheid te anticiperen, maar deze techniek was niet met bijzondere waarborgen omkaderd en had geen principiële voorrang op een bewind (zie *supra*, nrs. 6 en 9).

72. In vergelijking met verschillende andere stelsels die de lastgeving als buitengerechtelijke beschermingsmaatregel hebben gereguleerd, profileert het Belgische recht zich als een vrij soepel regime. Het leunt sterk aan bij het gemene recht inzake lastgeving. Dat uit zich vooral bij de totstandkoming van de lastgeving: net als in Duitsland, is de lastgever vrij om te kiezen welke vorm zijn volmacht aanneemt, terwijl hij in Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland gebonden is aan specifieke vormvereisten (zie *supra*, nr. 27-30). Op het eerste gezicht lijkt deze afwezigheid van formalisme gunstig voor de autonomie van de lastgever. Men kan er evenwel niet omheen dat de vormelijke variëteit van de volmacht niet bevorderlijk is voor de aanvaarding van dit instrument in het rechtsverkeer. Een verplicht officieel formulier zou dit risico aanzienlijk verminderen. Het dwingt de lastgever bovendien om te reflecteren over aspecten

<sup>131</sup> *Parl.St.* 2011-12, nr. 53 1009/010, 40; F. DEGUEL, “La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d’incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine: vers une simplification?”, *TBBR* 2013, (290) 294.

<sup>132</sup> F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 571.



ten waar hij zelf mogelijk niet aan had gedacht en om de instructies aan zijn lasthebber voldoende te preciseren. In dat opzicht vormt formalisme net een waarborg voor zijn zelfbeschikingsrecht.

73. Ook op het vlak van de inwerkingtreding van de lastgeving prevaleert de autonomie van de lastgever. In tegenstelling tot het Franse en Zwitserse recht, hoeft hij geen formele procedure te ondergaan om de afname van zijn intellectuele capaciteiten te laten vaststellen. Dit biedt het voordeel van intimiteit en continuïteit, daar de bescherming in een besloten sfeer kan worden geactiveerd zodra dit noodzakelijk is. Verlangt de lastgever toch dat zijn lasthebber hem pas vertegenwoordigt wanneer medisch is aangetoond dat hij wilsonbekwaam is, dan kan hij de inwerkingtreding van de lastgeving naar eigen keuze modaliseren.

74. Het vertrouwen dat de lastgever in zijn lasthebber stelt, wordt eveneens gehonoreerd gedurende de uitvoering van de lastgeving, door de afwezigheid van automatisch rechterlijk toezicht (zie *supra*, nr. 55). Dit is in alle onderzochte rechtsstelsels een essentieel kenmerk van de lastgeving als beschermingsmaatregel, aangezien het net de bedoeling is om in een alternatief voor rechterlijke bescherming te voorzien. Ter compensatie hebben de wetgevers wel een aantal personen uitgesloten van de hoedanigheid van lasthebber, omdat het risico op misbruik of wanbeheer te groot is (zie *supra*, nrs. 37-38). Helaas reikt de compensatie van het gebrek aan toezicht niet verder; enkel de Franse lastgever is verplicht om in zijn volmacht controlemodaliteiten in te bouwen (zie *supra*, nr. 58). Dit is een gemis: de rechterlijke bescherming van de kwetsbare meerderjarige wordt terecht uitgesloten, maar er treedt hiervoor geen buitengerechtelijke bescherming in de plaats.

75. Indien zou blijken dat het welzijn van de kwetsbare meerderjarige door de uitvoering van de lastgeving op de helling komt te staan, verschijnt de Staat uiteraard wel ten tonele. De lastgeving die wordt toegepast bij wilsonbekwaamheid is geen onaantastbare, privaatrechtelijke overeenkomst maar een beschermingsmaatregel, waarin de Staat de nodige inspraak heeft. Het is positief dat de Belgische rechter verschillende maatregelen ter beschikking staan om in de verhouding tussen lastgever en lasthebber in te grijpen (zie *supra*, nrs. 59-62). Een schending van de persoonlijke autonomie van de lastgever is dit niet; deze maatregelen stellen de overgang naar een zuiver gerechtelijk beschermingsstatuut net uit.

Globaal genomen is de Belgische wetgever er naar mijn mening in geslaagd om de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige te eerbiedigen zonder zijn nood aan bescherming te negeren. Enkel waar dit voor het welzijn van de meerderjarige noodzakelijk is, kent de buitengerechtelijke bescherming andere vereisten dan de gemeenrechtelijke lastgeving. Naast de (juridisch-technische) problematiek van artikel 490/1, § 3 BW (zie *supra*, nrs. 24-26), bestaan er op het vlak van vorm en interne controle in mijn ogen nog enkele tekortkomingen, maar dat zijn in elk geval kwesties waaraan de lastgever voorlopig zelf kan remediëren.