

VERMOGENSBESCHERMING VAN KWETSBARE
MEERDERJARIGEN VIA LASTGEVING

VERMOGENSBESCHERMING
VAN KWETSBARE
MEERDERJARIGEN
VIA LASTGEVING

Een rechtsvergelijkend onderzoek

Ariadne VAN DEN BROECK

De materie werd bijgewerkt tot 1 mei 2014.

Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving. Een rechtsvergelijkend onderzoek
Ariadne Van den Broeck

© 2014 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be



Omslag: © Danny Juchtmans

ISBN 978-94-000-0488-7
D/2014/7849/120
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

“Life can only be understood backwards, but it must be lived forwards.”
Søren Kierkegaard

DANKWOORD

Dit boek is het resultaat van een onderzoeksproject van het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek dat ik in oktober 2011 heb aangevat aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de KU Leuven. Sindsdien heb ik talrijke mensen ontmoet die elk op hun eigen manier hebben bijgedragen tot de totstandkoming van dit werk en die ik dan ook graag zou willen bedanken.

Als vrederechter en autoriteit in het personen-, familie- en familiaal vermogensrecht was prof. em. dr. Walter Pintens de uitgelezen persoon om dit onderzoek als promotor te begeleiden. Zijn kennis en praktijkervaring gaven me meer inzicht in de problematiek van de bescherming van kwetsbare meerderjarigen. Copromotor van het onderzoek was prof. dr. Alain Laurent Verbeke. Dankzij zijn oog voor structuur en pijlsnelle redeneervermogen leverde een gesprek met hem steevast stof tot nadenken op om het boek naar een hoger niveau te tillen. Vooral zijn kennis van het contractenrecht maakte voor dit onderzoek een belangrijke meerwaarde uit.

Beide professoren leerden me om te allen tijde kritisch te zijn en hebben me op die manier gevormd als onderzoeker tijdens mijn eerste jaren aan het Instituut voor Familiaal Vermogensrecht. Daar wil ik hen oprecht voor bedanken. Ik kijk er alvast naar uit om de vaardigheden die zij me hebben aangeleerd verder te verfijnen in het kader van mijn doctoraat.

Men noemt het werk van een onderzoeker wel eens een eenzame bezigheid, maar op de afdeling Privaatrecht van de KU Leuven is dit cliché gelukkig slechts relatief. Gedurende het onderzoek werd ik omringd door een team van gedreven en sympathieke collega's, die steeds voor een aangename werksfeer zorgden. Ik dank in het bijzonder Elise Goossens, Elisabeth Adriaens, Nick Portugaels en Frederik Peeraer voor hun spontane bereidwilligheid om de tekst van het boek na te lezen. Elise en Elisabeth verdienen in dit dankwoord een bijkomende eervolle vermelding, niet alleen als trouwe bureaugenoten, maar ook als raadgevers en humoristen van het eerste uur. Je moet er maar in slagen om elk van deze functies met glans te vervullen.

Een van de boeiendste aspecten van het beroep van onderzoeker is dat je van tijd tot tijd in contact komt met mensen uit binnen- en buitenland die dezelfde interesses delen. De gesprekken waarin ik met andere academici en practici van gedachten kon wisselen waren zonder twijfel de meest leerrijke momenten van mijn onderzoek. Ik wens hier in het bijzonder een woord van dank te richten aan prof. dr. Volker Lipp, die me in december 2012 zeer gastvrij heeft ontvangen voor

een onderzoeksverblijf aan de Universiteit van Göttingen en me op begeisterende wijze vertrouwd heeft gemaakt met heel wat concepten uit het Duitse recht. Ook Chanien Engelbertink ben ik erg dankbaar voor haar interesse in mijn onderzoek en onze levendige gesprekken over meerderjarigenbescherming in theorie en praktijk.

Mijn werk en ambities spelen zich af op de universiteit, maar mijn grootste en eenvoudigste geluk vind ik thuis bij mijn vriend Wim en bij mijn ouders en zussen. Zij zijn mijn klankbord en mijn houvast. Aan hen richt ik dan ook mijn grootste woord van dank en wil ik dit boek opdragen. Niets is beter dan na een drukke werkdag letterlijk en figuurlijk thuis te komen bij Wim. Zijn luisterende oor, liefdevolle oprechtheid en geweldige humor zijn voor mij van onschatbare waarde, net als de ontelbare mooie momenten die we samen al hebben beleefd. Ik kan hem niet genoeg bedanken voor zijn steun en geduld tijdens het onderzoek.

Mijn ouders ben ik erg dankbaar voor alle kansen die ze me hebben gegeven en vooral omdat zij mij steeds onvoorwaardelijk hebben gesteund in de keuzes die ik heb gemaakt. Ik kan steeds bij hen terecht voor een deugddoend gesprek, een portie goede raad of gewoon een luchtige babbel. Ik heb ook het geluk dat mijn achterban bestaat uit twee lieve zussen, Chloé en Danaé. Het is altijd een waar plezier om tijd met hen door te brengen. Hoewel ik de oudste ben, kunnen ze me telkens weer iets bijleren. Graag vermeld ik ook mijn vrienden uit Antwerpen, Leuven en ja, zelfs Peru, voor de vrolijke momenten tussendoor, en Susanne voor de gezellige Skypegesprekken. Een welgemeende dankjewel gaat uit naar Tom, vriend door dik en dun, om de tekst vlijtig te hebben nagespeurd op typefouten.

Ik prijs me gelukkig dat ik over het uitdagende thema van de meerderjarigenbescherming onderzoek mocht verrichten in een stimulerende omgeving als de KU Leuven, en nog meer dat ik hierbij kon rekenen op de steun en het vertrouwen van alle mensen die ik liefheb.

Leuven, 20 juni 2014

INHOUD

<i>Dankwoord</i>	vii
DEEL I.	
INLEIDING	
Hoofdstuk I.	
Maatschappelijke context	3
Hoofdstuk II.	
Probleemstelling	7
Hoofdstuk III.	
Doelstelling van het onderzoek	9
Afdeling I. Centrale onderzoeksvraag	9
Afdeling II. Ontleding van de onderzoeksvraag: begrippenkader	9
§ 1. Lastgeving	9
§ 2. Volmacht	11
§ 3. Vermogensbescherming	12
§ 4. Wilsonbekwaamheid	13
§ 5. Handelingsonbekwaamheid	15
§ 6. Kwetsbare meerderjarige	16
§ 7. Recht op autonomie en bescherming	16
Hoofdstuk IV.	
Onderzoeksmethode	19
Afdeling I. Rechtsvergelijking	19
§ 1. Zuivere rechtsvergelijking	19
§ 2. Functionele rechtsvergelijking	19
§ 3. Typologische rechtsvergelijking	20
§ 4. Geïntegreerde rechtsvergelijking	21
§ 5. Landenkeuze: selectiecriteria	21
A. Specifieke rechtsbasis voor lastgeving als beschermings- maatregel	21

Inhoud

B. Ogenblik van regulering van lastgeving als beschermingsmaatregel	22
C. Omvang van de regulering van lastgeving als beschermingsmaatregel	25
D. Verhouding autonomie-bescherming in het lastgevingsregime	26
Afdeling II. Normatief onderzoek	26
§ 1. Extern normatief perspectief	26
§ 2. Belangen	27
A. Menselijke waardigheid als basisbeginsel	27
B. Recht van de kwetsbare meerderjarige op persoonlijke autonomie	28
C. Recht van de kwetsbare meerderjarige op bescherming door de staat	29
D. Spanningsveld tussen autonomie en bescherming	30
§ 3. Belangenafweging	32
A. Definitie van ‘legitiem evenwicht’	32
B. Criteria	33
1. Noodzakelijkheid	33
2. Proportionaliteit	34
3. Subsidiariteit	35
Hoofdstuk V.	
Structuur van het onderzoek	37
DEEL II.	
EVOLUTIE VAN HET RECHT INZAKE MEERDERJARIGENBESCHERMING IN EUROPA	
Hoofdstuk I.	
Van bevoegding naar vertegenwoordiging op maat	41
Afdeling I. Volledige onbekwaamverklaring	41
Afdeling II. Introductie van flexibele beschermingsmechanismen	43
§ 1. Proportionaliteit van rechterlijke beschermingsmaatregelen	43
§ 2. Type 1: proportionaliteit via een meervoudig aanbod aan rechterlijke beschermingsmaatregelen	44
§ 3. Type 2: proportionaliteit via één soepele rechterlijke beschermingsmaatregel	46
Afdeling III. Invloed van bescherming op de handelingsbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige	48
§ 1. Bijstand	48
§ 2. Vertegenwoordiging	48
A. Handelings(on)bekwaamheid m.b.t. rechtshandelingen buiten de bevoegdheid van de bewindvoerder	48

B. Handelings(on)bekwaamheid m.b.t. rechtshandelingen binnen de bevoegdheid van de bewindvoerder	49
1. Twee benaderingen	49
2. Type 1: bewind maakt meerderjarige handelingsonbekwaam ...	50
3. Type 2: bewind maakt meerderjarige niet handelingsonbekwaam.....	52
Afdeling IV. Besluit	54
Hoofdstuk II.	
Intrede van de lastgeving in het recht inzake meerderjarigenbescherming ...	57
Afdeling I. Opwaardering van het zelfbeschikkingsrecht van de kwetsbare meerderjarige onder invloed van Europese en internationale teksten inzake meerderjarigenbescherming	57
§ 1. Inleiding	57
§ 2. Bindende teksten	57
A. VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap	57
B. Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie	58
§ 3. Niet-bindende teksten	59
A. Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults	59
B. Recommendation (2009)11 concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity	60
C. Recommendation (2014)2 on the promotion of the human rights of older persons.....	61
D. Documenten van belangengroepen.....	62
1. Mental Disability Advocacy Center	62
2. Alzheimer Europe	62
Afdeling II. Personalisering van rechterlijke maatregelen.....	63
Afdeling III. Introductie van buitengerechtigde maatregelen.....	64
A. Versterking van familiale solidariteit	64
B. Lastgeving als ultieme erkenning van persoonlijke autonomie	66
C. Kostenargument.....	67

DEEL III.

LASTGEVING ALS INSTRUMENT VAN VERMOGENSBESCHERMING

Hoofdstuk I.

Lastgeving als beschermingsmaatregel vóór de bijzondere regimes

Afdeling I. Inleiding.....

Afdeling II. Type 1: behoud van lastgeving bij wilsonbekwaamheid tenzij anders bepaald

Afdeling III. Type 2: beëindiging van lastgeving bij wilsonbekwaamheid tenzij anders bepaald.....	73
Afdeling IV. Type 3: van rechtswege beëindiging van lastgeving bij wilsonbekwaamheid.....	74
Afdeling V. Besluit.....	75
Hoofdstuk II.	
Verhouding tussen het bijzondere lastgevingsregime en het gemene recht ..	
Afdeling I. Het bijzondere regime van de lastgeving: <i>lex specialis</i> of louter alternatief?	77
Afdeling II. Type 1: het bijzondere regime van de lastgeving als <i>lex specialis</i>	79
Afdeling III. Type 2: het bijzondere regime van de lastgeving als alternatief	82
§ 1. Voortdurende volmachten	82
§ 2. Volmachten onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid.....	84
Afdeling IV. Type 3: het bijzondere regime van de lastgeving als loutere toepassing van het gemene recht.....	85
Afdeling V. Besluit	85
Hoofdstuk III.	
Verhouding tussen lastgeving en andere beschermingsmaatregelen.....	
Afdeling I. Principe: voorrang van lastgeving	89
§ 1. Subsidiariteit van rechterlijke maatregelen	89
§ 2. Combinatie van lastgeving met een rechterlijke beschermingsmaatregel.....	90
§ 3. Effectiviteit van het subsidiariteitsbeginsel via registratie	91
Afdeling II. Uitzondering: toepassing van een andere beschermingsmaatregel.....	92
§ 1. Welzijn als parameter	92
§ 2. Voorrang van de regels omtrent het huwelijk in het Franse recht	93
A. Beëindiging van lastgeving indien bescherming door echtgenoot volstaat	93
B. Uitsluiting van de wettelijk en feitelijk samenwonende partner.....	95
C. Contrast met andere rechtsstelsels	96
D. Tussenoplossing op basis van de aard van de te beheren goederen ..	98
Afdeling III. Besluit	99

Hoofdstuk IV.	
Vorm van de lastgeving	101
Afdeling I. Inleiding	101
Afdeling II. Van quasi-vormvrijheid tot strikt formalisme	102
§ 1. Quasi-vormvrijheid	102
§ 2. Soepel formalisme	104
§ 3. Strikt formalisme	105
Afdeling III. Criteria voor de vorm van de lastgeving	109
§ 1. Nood aan bijzondere formaliteiten	109
§ 2. Waarschuwingsfunctie	110
§ 3. Bewijsfunctie	111
§ 4. Voorkomen van beïnvloeding en bedrog	111
Afdeling IV. Besluit	112
Hoofdstuk V.	
Inhoud van de lastgeving	117
Afdeling I. Aanwijzing van de lasthebber	117
§ 1. Hoedanigheid van de lasthebber	117
A. Rechtstreeks beperkte keuzevrijheid via wettelijke onverenig- baarheden	117
1. Minderjarigen	117
2. Personeelsleden van de inrichting waar de lastgever verblijft ..	119
3. Gefailleerden	121
4. Beschermden personen	123
5. Personen ontzet uit het ouderlijk gezag	124
6. Rechtspersonen	124
7. Gevolgen van de onverenigbaarheden	126
B. Onrechtstreeks beperkte keuzevrijheid via controle <i>a posteriori</i> ...	130
§ 2. Pluraliteit van lasthebbers	132
Afdeling II. Bevoegdheden van de lasthebber	134
§ 1. Persoons- en/of vermogensrechtelijke aangelegenheden	134
§ 2. Rechtshandelingen in naam en voor rekening van de lastgever	136
§ 3. Grenzen aan de inhoud van de lastgeving	138
A. Beperkende werking van de vorm van de volmacht	138
1. Beperkt toepassingsgebied van de onderhandse volmacht	138
2. Concretiseringsvereiste	140
B. Specifieke beperkingen en uitsluitingen	143
1. Schenking	144
a. Twee types	144
b. Vereiste van rechterlijke machtiging in het Franse recht ..	144

c. Beperking van type en omvang van de schenking in het Engelse recht	145
2. Testament	147
Afdeling III. Besluit	150
§ 1. Aanwijzing van de lasthebber	150
§ 2. Bevoegdheden van de lasthebber	152
Hoofdstuk VI.	
Registratie van de lastgeving	155
Afdeling I. Doel van registratie	155
Afdeling II. Type 1: registratieplicht	156
Afdeling III. Type 2: registratiemogelijkheid	160
Afdeling IV. Type 3: geen registratie	164
Afdeling V. Besluit	165
Hoofdstuk VII.	
Inwerkingtreding van de lastgeving	167
Afdeling I. Onderscheid tussen twee soorten volmachten	167
Afdeling II. Inwerkingtreding van volmachten onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid	168
§ 1. Twee vormen van inwerkingtreding	168
§ 2. Type 1: formele vaststelling van inwerkingtreding	169
A. Constitutieve voorwaarde voor de bevoegdheid van de lasthebber	169
B. Rechtszekerheid	174
C. Uitgesteld optreden van de lasthebber	175
D. Problematiek van gedeeltelijke en tijdelijke wilsonbekwaamheid	176
1. Gedeeltelijke wilsonbekwaamheid	176
2. Tijdelijke wilsonbekwaamheid	180
§ 3. Type 2: informele vaststelling van inwerkingtreding	182
A. Wilsautonomie van de lastgever	182
B. Het begrip ‘wilsonbekwaamheid’	184
1. Behoeft aan praktische handleiding voor de lasthebber	184
2. Diagnostische drempel	185
3. Evaluatie van het beslissingsproces	186
4. Goede trouw in hoofde van de lasthebber	187
5. Mogelijkheid om de lastgeving in werking te laten treden in andere situaties dan wilsonbekwaamheid	189
C. Rechtszekerheid	189
1. Facultatieve formele bekrachtiging van inwerkingtreding	189
a. Rechterlijke beoordeling van wilsonbekwaamheid	189
b. Registratie van de inwerkingtreding van de lastgeving	191

2. Bescherming van derden te goeder trouw via de theorie van de schijnvertegenwoordiging	192
D. Onmiddellijke inzetbaarheid van de lastgeving en vrijwaring van de persoonlijke integriteit	194
E. Problematiek van gedeeltelijke en tijdelijke wilsonbekwaamheid ..	195
1. Gedeeltelijke wilsonbekwaamheid	195
2. Tijdelijke wilsonbekwaamheid.....	197
Afdeling III. Besluit	199

Hoofdstuk VIII.

Invloed van de lastgeving op de handelingsbekwaamheid van de lastgever. 205

Afdeling I. Principe: behoud van handelingsbekwaamheid	205
§ 1. Conformiteit van nationale regelgevingen met VN-Verdrag en aanbevelingen van de Raad van Europa.....	205
§ 2. Contrast met bewind.....	208
§ 3. Verbod op conventionele handelingsonbekwaamheid	210
§ 4. Risico op tegenstrijdige rechtshandelingen?	211
§ 5. Ongeschiktheid van de lastgeving voor personen die tegen zichzelf moeten worden beschermd?.....	213
§ 6. Invloed op de positie van derden.....	215
A. Type 1: onderscheiden positie bij buitengerechtelijke en rechterlijke bescherming	215
B. Type 2: gelijke positie bij buitengerechtelijke en rechterlijke bescherming	221
Afdeling II. Uitzonderingen in het Franse recht.....	222
§ 1. Mogelijkheid tot nietigverklaring of vermindering in geval van benadeling of buitensporigheid.....	222
§ 2. Onmogelijkheid om de lastgeving te herroepen.....	226
Afdeling III. Besluit	229

Hoofdstuk IX.

Rechten en plichten van de lasthebber

Afdeling I. Rechten van de lasthebber.....	233
§ 1. Onkostenvergoeding.....	233
§ 2. Verloning.....	233
Afdeling II. Plichten van de lasthebber.....	237
§ 1. Uitvoering van de lastgeving	237
§ 2. Belangenconflicten	239
§ 3. Plaatsvervanging	242
A. Problematiek	242
B. Volledige plaatsvervanging.....	243

C. Gedeeltelijke plaatsvervangng.	245
1. Type 1: gedeeltelijke plaatsvervangng is niet toegestaan	245
2. Type 2: gedeeltelijke plaatsvervangng is toegestaan	245
§ 4. Bijhouden van verantwoordingsstukken.	248
§ 5. Consultatie van de lastgever.	249
§ 6. Rechterlijke machtiging.	251
§ 7. Vermogensscheiding.	252
Afdeling III. Besluit.	252
Hoofdstuk X.	
Controle op de uitvoering van de lastgeving.	255
Afdeling I. Nood aan controle van de lasthebber.	255
Afdeling II. Interne controlemechanismen in de volmacht.	257
§ 1. Een ‘protector’ als bescherming tegen misbruik en wanbeheer.	257
§ 2. Verplichting tot organisatie van interne controle.	258
A. Lastgeving als maatregel van bescherming.	258
B. Belang van registratie en advies.	261
Afdeling III. Externe controle van de lastgeving.	262
§ 1. Afhankelijkheid van sociale omgeving.	262
A. Geen automatische en systematische controle door de staat.	262
B. Inlichten van sociale omgeving in het Engelse recht.	264
C. Uitzondering: onrechtstreekse rechterlijke controle in het Franse recht.	265
1. De notaris als tussenpersoon.	265
2. Inhoud van de meldingsplicht.	267
3. Ratio van de externe controle.	267
4. Evaluatie.	268
a. Publieke maar buitengerechterlijke controle.	268
b. Praktische bedenkingen bij uitwerking.	268
c. Efficiëntie van het controlesysteem.	269
d. Interne controle als essentieel element van lastgeving als beschermingsmaatregel.	269
§ 2. Criterium voor rechterlijke tussenkomst.	270
A. Belangen van de kwetsbare meerderjarige.	270
1. Rol van het noodzakelijkheidsbeginsel.	270
2. Het begrip ‘belangen van de kwetsbare meerderjarige’.	271
3. Potentieel gevaar als voldoende voorwaarde.	272
B. Uitzonderingen.	273
1. Verplichte externe controle van de Franse notariële volmacht. .	273
2. Voorrang aan het belang van de echtgenoot in het Franse recht.	273

3. Rekenschapsplicht in het Franse recht onafhankelijk van belangenschending	273
4. Rechterlijke tussenkomst in het voordeel van derden in het Engelse recht	274
a. Schenkingen en testamenten	274
b. Ruime interpretatie van ‘best interests’	275
c. Evaluatie	275
§ 3. Omvang van rechterlijke bevoegdheid	277
A. Twee types van rechterlijke tussenkomst	277
B. Type 1: rechtstreekse rechterlijke tussenkomst via wijzigingen aan de lastgevingsverhouding	279
1. Modalisering van de lastgeving	279
2. Wijziging van de bevoegdheden van de lasthebber	280
a. Subtype 1: ruime wijzigingsbevoegdheid	280
b. Subtype 2: beperkte wijzigingsbevoegdheid	281
c. Proportionaliteit en bindende kracht van de overeenkomst	283
3. Vervanging van de lasthebber	284
4. Gehele of gedeeltelijke beëindiging van de lastgeving	286
C. Type 2: onrechtstreekse rechterlijke tussenkomst via aanstelling van een toezichthouder	288
1. Geen wijzigingen aan de lastgevingsverhouding	288
2. Aanstelling van een toezichthouder	288
a. Controle, instructies en herroeping	288
b. Kenmerken van het toezicht	290
c. Doel van het toezicht	291
d. Evaluatie	292
Afdeling IV. Besluit	292
§ 1. Nood aan buitengerechtelijke controle	292
§ 2. Belangen van de kwetsbare meerderjarige als criterium voor rechterlijke tussenkomst	294
§ 3. Proportionaliteit van buitengerechtelijke en rechterlijke beschermingsmaatregelen	294
Hoofdstuk XI.	
Beëindiging van de lastgeving	299
Afdeling I. Herstel van wilsbekwaamheid	299
§ 1. Type 1: lastgeving eindigt bij herstel van wilsbekwaamheid	299
§ 2. Type 2: lastgeving eindigt niet bij herstel van wilsbekwaamheid	300
Afdeling II. Herroeping door de lastgever	302
§ 1. Type 1: lastgever mag de lastgeving herroepen na inwerkingtreding	302

§ 2. Type 2: lastgever mag de lastgeving niet herroepen na inwerking-treding	305
Afdeling III. Opzegging door de lasthebber	307
§ 1. Type 1: lasthebber mag de lastgeving opzeggen na inwerking-treding ..	307
§ 2. Type 2: lasthebber mag de lastgeving niet opzeggen na inwerking-treding	310
Afdeling IV. Overlijden van de lastgever of lasthebber	311
§ 1. Overlijden van de lastgever	311
A. Type 1: lastgeving eindigt bij overlijden van de lastgever	311
B. Type 2: lastgeving eindigt niet bij overlijden van de lastgever	312
§ 2. Overlijden van de lasthebber	312
Afdeling V. Faillissement van de lastgever of lasthebber	313
§ 1. Faillissement van de lastgever	313
A. Type 1: lastgeving eindigt bij faillissement van de lastgever	313
B. Type 2: lastgeving eindigt niet bij faillissement van de lastgever ..	314
§ 2. Faillissement van de lasthebber	315
A. Type 1: lastgeving eindigt bij faillissement van de lasthebber	315
B. Type 2: lastgeving eindigt niet bij faillissement van de lasthebber ..	315
Afdeling VI. Toepassing van rechterlijke maatregel op lastgever of lasthebber	316
§ 1. Toepassing van rechterlijke maatregel op lastgever	316
A. Type 1: lastgeving eindigt bij toepassing van rechterlijke maatregel op lastgever	316
B. Type 2: lastgeving eindigt niet bij toepassing van rechterlijke maatregel op lastgever	318
§ 2. Toepassing van buitengerechtelijke of rechterlijke maatregel op lasthebber	318
A. Type 1: lastgeving eindigt bij toepassing van buitengerechtelijke of rechterlijke maatregel op lasthebber	318
B. Type 2: lastgeving eindigt niet bij toepassing van buitengerechtelijke of rechterlijke maatregel op lasthebber	319
Afdeling VII. Rechterlijke beslissing tot beëindiging	319
Afdeling VIII. Besluit	320

DEEL IV.

BESLUIT

Hoofdstuk I.

Verhouding autonomie-bescherming in de lastgevingsregimes van de onderzochte rechtsstelsels	325
--	------------

Afdeling I. Overkoepelende typologie	325
--	-----

Afdeling II. Type 1: focus op autonomie van de kwetsbare meerderjarige ..	326
---	-----

Afdeling III. Type 2: balans tussen autonomie en bescherming van de kwetsbare meerderjarige.....	327
Afdeling IV. Type 3: focus op bescherming van de kwetsbare meerderjarige.....	330
Hoofdstuk II.	
Voorstel voor een gebalanceerd regime van buitengerechtelijke vermogensbescherming via lastgeving.....	333
Afdeling I. Algemeen.....	333
Afdeling II. Verhouding tussen het bijzondere lastgevingsregime en het gemene recht.....	334
Afdeling III. Verhouding tussen lastgeving en andere beschermingsmaatregelen.....	335
Afdeling IV. Vorm van de lastgeving.....	336
Afdeling V. Inhoud van de lastgeving.....	336
§ 1. Hoedanigheid van de lasthebber.....	336
§ 2. Bevoegdheden van de lasthebber.....	337
Afdeling VI. Registratie van de lastgeving.....	338
Afdeling VII. Inwerkingtreding van de lastgeving.....	339
Afdeling VIII. Invloed van de lastgeving op de handelingsbekwaamheid van de lastgever.....	341
Afdeling IX. Rechten en plichten van de lasthebber.....	343
Afdeling X. Controle op de uitvoering van de lastgeving.....	344
Afdeling XI. Beëindiging van de lastgeving.....	345
Hoofdstuk III.	
Samengevat: krachtlijnen van het onderzoek.....	347
<i>Bibliografie</i>	351

DEEL I
INLEIDING

HOOFDSTUK I

MAATSCHAPPELIJKE CONTEXT

1. In april 2012 publiceerde de Wereldgezondheidsorganisatie een rapport waaruit blijkt dat het aantal mensen met dementie tegen 2050 verdrievoudigd zal zijn. Wereldwijd zullen op dat moment 115,4 miljoen mensen, meestal ouderen, aan deze degeneratieve ziekte lijden.¹ Vandaag zijn wereldwijd reeds meer dan 35,6 miljoen mensen dement.² In West-Europese landen is het aantal mensen met dementie het hoogst (7 miljoen). In deze regio treft de ziekte 7,3% van alle personen die zestig jaar of ouder zijn. In Zuid-Amerika liggen de proportionele cijfers nog hoger en gaat het om 8,5%.³ De toenemende vergrijzing van de bevolking maakt dat het probleem een grote maatschappelijke omvang heeft gekregen. Twee miljard ouderen, waarvan vijftig miljoen tachtigplussers, zullen in 2050 onze aarde bevolken en zo maar liefst 22% van de totale wereldpopulatie vertegenwoordigen.⁴

2. Het gevolg van deze demografische ontwikkelingen is dat steeds meer mensen in onze maatschappij op een bepaald moment in hun leven niet langer in staat zijn om zelf en zelfstandig hun vermogen te beheren. Daarbij komt dat het niet enkel ouderen zijn die met wilsonbekwaamheid kunnen worden geconfronteerd. Ook jonge mensen kunnen door een verkeersongeval of een mentale aandoening plots het vermogen verliezen om hun belangen te behartigen. Al deze meerderjarigen zijn weliswaar titularis van persoonlijke en patrimoniale rechten, maar hebben niet de mentale of fysieke mogelijkheden om die rechten ook op een efficiënte en zinvolle manier uit te oefenen. Nationale wetgevers staan voor de uitdaging om deze kwetsbare meerderjarigen tegen deze feitelijke onbekwaamheid te beschermen door hen alsnog aan het rechtsverkeer te laten deelnemen.

¹ WHO, *Dementia: a public health priority*, Genève, WHO, 2012, 2. Te raadplegen op www.who.int.

² WHO, *Dementia: a public health priority*, Genève, WHO, 2012, 2.

³ WHO, *Dementia: a public health priority*, Genève, WHO, 2012, 13 en 17. De negen landen met het hoogste aantal dementerenden in 2010 waren China (5,4 miljoen), VS (3,9 miljoen), India (3,7 miljoen), Japan (2,5 miljoen), Duitsland (1,5 miljoen), Rusland (1,2 miljoen), Frankrijk (1,1 miljoen), Italië (1,1 miljoen) en Brazilië (1,0 miljoen).

⁴ WHO, *Dementia: a public health priority*, Genève, WHO, 2012, 12; F. MEGRET, "The human rights of older persons: a growing challenge", *H.R.L.R.* 2011, (37) 38; 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, 1.

3. In de Europese rechtsstelsels nam die bescherming aanvankelijk de vorm aan van een volledige onbekwaamverklaring (zie *infra*, nrs. 81 e.v.). De meerderjarige die geheel of gedeeltelijk niet meer in staat was om zijn vermogensrechtelijke belangen zelfstandig waar te nemen, verloor de juridische mogelijkheid om gelijk welke rechtshandeling te verrichten. Feitelijke onbekwaamheid leidde met andere woorden tot volledige juridische onbekwaamheid (handelingsonbekwaamheid). Een door de rechter aangestelde vertegenwoordiger nam het beheer van zijn volledige vermogen over.
4. Vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw werd deze paternalistische benadering van wilsonbekwaamheid verlaten. Wetgevers werden zich bewust van de eigenheid van elke kwetsbare meerderjarige en van de verwevenheid van zijn menselijke waardigheid en het respect voor zijn persoonlijke autonomie. Via nieuwe rechterlijke maatregelen probeerden ze de doelstelling van bescherming met deze autonomie in evenwicht te brengen. Deze regimes konden worden afgestemd op de precieze mate van feitelijke onbekwaamheid van de volwassene (zie *infra*, nrs. 84 e.v.). De bevoegdheid die een vertegenwoordiger door de rechter kreeg toegewezen, was in beginsel evenredig aan de noden van de beschermde persoon. De aantasting van diens juridische bekwaamheid en dus van zijn zelfbeschikkingsrecht was daardoor minder ingrijpend dan voorheen: alle rechtshandelingen die zich buiten het takenpakket van zijn vertegenwoordiger bevonden, kon hij zelfstandig verrichten (zie *infra*, nrs. 96-97).
5. Rond de eeuwwisseling volgde een verdere opwaardering van de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige. Mede door de opkomst van Europese en internationale verdragen en aanbevelingen inzake volwassenenbescherming, kregen de nationale wetgevers in Europa oog voor de figuur van de lastgeving (zie *infra*, nrs. 112 e.v.). Deze laat een bekwame meerderjarige toe om op een toekomstige onbekwaamheid te anticiperen door een volmacht te verlenen aan een persoon naar keuze en daarin te bepalen op welke manier die zijn vermogen zal moeten beheren wanneer hij daar zelf niet meer toe in staat is. In tegenstelling tot wat het geval is bij rechterlijke systemen, wordt de bescherming dus niet opgelegd en uitgetekend door een externe instantie, maar door de meerderjarige zelf. Hij bepaalt door wie en op welke manier hij moet worden beschermd.
6. In de loop van het voorbije decennium hebben verschillende Europese rechtsstelsels in een specifieke regelgeving voorzien voor deze buitengerechtelijke beschermingsmaatregel, onder meer België, Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Letland, Oostenrijk, Spanje en Zwitserland.⁵ De redenen hiervoor zijn de

⁵ België: art. 489-490/2 BW; Duitsland: § 1896 BGB; Engeland & Wales: S. 9-14 en 22-23 MCA 2005; Frankrijk: art. 477-494 C.Civ.; Letland: art. 2317.1-2317.7 CL; Oostenrijk: § 284f-284h ABGB; Spanje: art. 1732 CC; Zwitserland: art. 360-369 ZGB. Voor een uitgebreid overzicht

gunstige impact van het beschermingsinstrument op de autonomie van de kwetsbare meerderjarige en de geringe maatschappelijke kost ervan, nu de lastgeving als informele maatregel minder belastend is voor het gerecht dan de traditionele publiekrechtelijke mechanismen.⁶ In verscheidene stelsels heeft de lastgeving daarom wettelijk voorrang op deze rechterlijke beschermingsstatuten.⁷ De tendens van een publieke naar een meer private aanpak van meerderjarigenbescherming vindt zo langzaam zijn weg in het legislatieve lappendeken van Europa.

van Europese rechtsstelsels die de lastgeving als buitengerechtelijke beschermingsmaatregel hebben gereguleerd, zie www.vulnerable-adults-europe.eu.

⁶ A. WYLLEMAN, "Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 111; A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 75-76; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 31; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 467.

⁷ **België:** art. 492 BW; **Duitsland:** § 1896 tweede lid BGB; **Engeland & Wales:** S. 1 (6) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 428 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 268 tweede lid ABGB; **Zwitserland:** art. 389 ZGB.

HOOFDSTUK II

PROBLEEMSTELLING

7. Een blik op de verschillende regelgevingen in Europa over lastgeving als een instrument voor de vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen toont aan dat nationale wetgevers deze maatregel elk op hun eigen manier hebben uitgewerkt. Aspecten zoals vorm, inwerkingtreding, controle en beëindiging van de lastgeving worden in haast ieder rechtsstelsel anders geregeld. Nochtans is niet elke concrete uitwerking van een lastgevingsregime voor onbekwaamheid per definitie ook de meest wenselijke. Kwetsbare meerderjarigen hebben alleen belang bij een systeem dat hen bescherming verleent zonder hun recht op persoonlijke autonomie te negeren.⁸ Beide aspecten zijn immers noodzakelijke voorwaarden voor hun menselijke waardigheid.⁹

8. De waardigheid van de kwetsbare meerderjarige impliceert enerzijds dat de staat hem moet beschermen tegen de mogelijk nadelige gevolgen van zijn kwetsbaarheid.¹⁰ Dat hij zelf niet meer in staat is om zijn rechten uit te oefenen, mag

⁸ F. FERRAND, "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (223) 229; W. MÜLLER-FREIENFELS, "Die Altersvorsorgevollmacht" in N. HORN (ed.), *Festschrift Helmut Coing*, München, Beck, 1982, (395) 396; S. BRAUN, "Zelfbeschikking en financiële vermogensbescherming bij bejaarden" in W.H. VAN BOOM, M.L. TUIL en W. DIJKSHOORN (eds.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, (227) 236.

⁹ M. PREISNER, "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa – Zusammenfassung" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (327) 329; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 32; *cf.* A.C. HENDRIKS, B.J.M. FREDERIKS en M.A. VERKERK, "Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien", *TvGR* 2008, (2) 3; V. LIPP, "Erwachsenenschutz und Verfassung – Betreuung, Unterbringung und Zwangsbehandlung", *FamRZ* 2013, (913) 915; P. BREITSCHMID en J. REICH, "Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts, Erb- und Obligationenrecht", *ZVW* 2001, (144) 145; P. CAPPAS, *Human dignity and the foundations of international law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 108; H. SINDING AASEN, "Dignity and human rights in the modern welfare state" in H. SINDING AASEN, R. HALVORSEN en A. BARBOSA DA SILVA (eds.), *Human rights, dignity and autonomy in health care and social services: Nordic perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (53) 53.

¹⁰ K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 55; M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 80; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*,

niet betekenen dat hij *de facto* van het rechtsverkeer wordt uitgesloten. Het is noodzakelijk dat iemand de uitoefening van deze rechten overneemt, omdat zijn persoonlijk welzijn anders in het gedrang zou komen. Op bepaalde momenten zal men beslissingen moeten nemen over zijn gezondheid, zijn woonplaats en zijn vermogen. Rekeningen moet worden betaald om claims van schuldeisers te vermijden en vorderingen moeten worden geïnd om het vermogen van de kwetsbare meerderjarige in stand te houden. De staat moet er bovendien voor zorgen dat de kwetsbaarheid van de meerderjarige niet door andere individuen wordt uitgebuit.¹¹

9. De bemoeienis van de staat mag evenwel niet te verregaand zijn, aangezien de menselijke waardigheid van de meerderjarige eveneens in het gedrang komt wanneer men hem, samen met zijn wensen en gevoelens, onder een glazen stolp plaatst. Om een waardig leven te kunnen leiden, heeft elk individu recht op persoonlijke autonomie, op een privésfeer waarin hij zich kan ontplooien en zijn eigen leven naar eigen inzicht vorm kan geven, zonder inmenging van anderen (zie *infra*, nrs. 53 e.v.). Zeker in het kader van de lastgeving speelt de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige een centrale rol. Het is net omwille van de gunstige invloed van de lastgeving op de autonomie van de kwetsbare meerderjarige dat men deze beschermingstechniek in het recht inzake meerderjarigenbescherming heeft geïmplementeerd (zie *supra*, nr. 6). Regels die het instrument omkaderen, mogen deze essentie niet ondermijnen.

10. Dit voortdurende spanningsveld tussen autonomie en bescherming is inherent aan het recht inzake meerderjarigenbescherming en verklaart ook zijn typische positie tussen het publiek en het privaat recht.¹² Het zorgt ervoor dat de concrete uitwerking van een maatregel om de kwetsbare meerderjarige en zijn vermogen het best te beschermen, een bijzonder lastige evenwichtsoefening is, net omdat die 'best' zo geladen is. Vandaar dat er grote verschillen bestaan in de nationale regelgevingen over lastgeving als een instrument voor vermogensbescherming. Deze variëteit doet de vraag rijzen hoe uitgebreid een wettelijke tussenkomst zou moeten zijn en vooral wat zij zou moeten inhouden. Welke concrete invulling zou er aan het regime van de lastgeving moeten worden gegeven met het oog op de verwezenlijking van een legitiem evenwicht tussen de autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn nood aan bescherming?

Antwerpen, Intersentia, 2014, 498. Zie bv.: art. 1 (1) en art. 3 (3) van de Duitse Grondwet; § 21, eerste lid ABGB; art. 388, eerste lid ZGB.

¹¹ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 498.

¹² K. AFFOLTER, "Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2006, (1057) 1059; V. LIPP, "Erwachsenenschutz und Verfassung – Betreuung, Unterbringung und Zwangsbehandlung", *FamRZ* 2013, (913) 913; cf. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 498.

HOOFDSTUK III

DOELSTELLING VAN HET ONDERZOEK

AFDELING I. CENTRALE ONDERZOEKSVRAAG

11. Het doel van dit onderzoek is om op basis van een rechtsvergelijkende studie een regime voor te stellen voor de lastgeving als een instrument voor de vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen. Meer bepaald zal via een kritische evaluatie van de huidige regelgeving over de lastgeving als beschermingsmaatregel in België, Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland geprobeerd worden om een antwoord te formuleren op de volgende onderzoeksvraag: *“Welke elementen zou een lastgevingsregime, bedoeld als een instrument van vermogensbescherming bij wilsonbekwaamheid, moeten omvatten om een legitiem evenwicht tot stand te brengen tussen de autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn recht op bescherming?”*

AFDELING II. ONTLEDING VAN DE ONDERZOEKSVRAAG: BEGRIPPENKADER

§ 1. LASTGEVING

12. Het begrip ‘lastgeving’ in de onderzoeksvraag is een functionele term voor de techniek waarbij een persoon (de lastgever) een andere persoon (de lasthebber) via een overeenkomst belast om (uitsluitend of onder meer) rechtshandelingen te stellen in zijn naam en voor zijn rekening. Het begrip duidt op het systeem van conventionele vertegenwoordiging, dat de verschillende onderzochte rechtsstelsels vanuit het contractenrecht hebben getransponeerd naar het recht inzake meerderjarigenbescherming en daar specifiek hebben gereguleerd als een alternatief beschermingsregime.¹³

13. De term is functioneel omdat zij losstaat van de concrete wijze waarop men deze vertegenwoordigingsrelatie in de verschillende stelsels tot stand kan brengen.

¹³ **België:** art. 489-490/2 BW; **Duitsland:** § 1896 BGB; **Engeland & Wales:** S. 9-14 en 22-23 MCA 2005; **Frankrijk:** art. 477-494 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 284f-284h ABGB; **Zwitserland:** art. 360-369 ZGB.

gen. Zij overkoepelt elke overeenkomst die een bekwame meerderjarige toelaat om een vertegenwoordigingsrelatie te creëren en die in de context van wilsonbekwaamheid met bijzondere waarborgen is omkaderd. Concreet behelst de term in dit onderzoek de Belgische *lastgeving*, het Duitse *Auftrag* en het *Geschäftsbesorgungsvertrag*, de Engelse *agency*, het Franse *mandat*, het Oostenrijkse *Auftrag* en het Zwitserse *Auftrag*.¹⁴

14. Sommige van deze overeenkomsten zijn vanuit hun essentie gericht op het stellen van rechtshandelingen en resulteren bijgevolg steeds in een vertegenwoordigingsrelatie. Dit is het geval voor de *lastgeving*, de *agency*, het *mandat* en het Oostenrijkse *Auftrag*.¹⁵ Het Duitse *Auftrag* en *Geschäftsbesorgungsvertrag* en het Zwitserse *Auftrag* daarentegen kunnen ook louter betrekking hebben op het verrichten van materiële handelingen en betreffen dus niet altijd daden van vertegenwoordiging.¹⁶

¹⁴ **België:** art. 489-490/2 BW; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 3; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 445; **Duitsland:** § 1896 BGB; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 263; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 112. Er is sprake van een *Auftrag* wanneer de lastgeving kosteloos gebeurt (§ 662 BGB) en van een *Geschäftsbesorgungsvertrag* wanneer de partijen een loon hebben overeengekomen (§ 675 BGB). De bepalingen over de *Auftrag* zijn grotendeels ook van toepassing op het *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675, eerste lid BGB); **Engeland & Wales:** S. 9-14 en 22-23 MCA 2005; P. WATTS en F.M.B. REYNOLDS, *Bowstead and Reynolds on agency*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 1-2; G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 11; **Frankrijk:** art. 477-494 C.Civ.; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 585; **Oostenrijk:** § 284f-284h ABGB; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 44; R. STRASSER, “§ 1002 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2003) 2019; **Zwitserland:** art. 360-369 ZGB; H. HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, 315.

¹⁵ **België:** Cass. 29 april 1988, *Pas.* 1988, I, 1032; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 64; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 446; **Engeland & Wales:** H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 16; **Frankrijk:** P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 587; **Oostenrijk:** R. STRASSER, “§ 1002 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2003) 2019.

¹⁶ **Duitsland:** H. SEILER, “BGB § 662 Vertragstypische Pflichten beim Auftrag” in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, (nr. 1) nr. 16; P.W. HEERMANN, “BGB § 675 Entgeltliche Geschäftsbesorgung” in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, (nr. 1) nr. 5; **Zwitserland:** H. HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, 315 en 324.

§ 2. VOLMACHT

15. Nauw gelieerd aan het concept van de lastgeving is het begrip ‘volmacht’. Dit is het bewijs van de vertegenwoordigingsmacht van de lasthebber ten aanzien van derden en moet men dus onderscheiden van de lastgeving, die de onderlinge rechtsverhouding tussen de lastgever en zijn lasthebber definieert.¹⁷ Een volmacht verleent de lasthebber de bevoegdheid om de lastgever te vertegenwoordigen, maar ze verplicht hem daar niet toe en bepaalt evenmin de modaliteiten van de vertegenwoordiging.¹⁸ Zij betreft enkel de relatie van de lasthebber ten opzichte van derden en is dus unilateraal.¹⁹ De rechten en plichten van de lasthebber ten opzichte van de lastgever vloeien voort uit de onderliggende overeenkomst. Deze bepaalt of, wanneer en op welke manier de lasthebber van de volmacht gebruik moet maken.²⁰ Het gaat in wezen om een onderscheid tussen juridisch *kunnen* handelen en *moeten/mogen* handelen.²¹

16. In sommige stelsels is het onderscheid tussen lastgeving en volmacht louter theoretisch; in de praktijk is de tweedeling veel minder uitgesproken. Dit is bijvoorbeeld het geval in het Belgische recht. Partijen stellen vaak enkel een volmacht op, dat naast een bewijs van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de lasthebber ook een bewijs uitmaakt van de onderliggende lastgevingsverhouding indien beide partijen het document hebben ondertekend.²²

¹⁷ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 451; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 61; A. VERBEKE en I. VERVOORT, “Comparant bij volmacht” in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 478; S. LORENZ, “Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht”, *JuS* 2010, (771) 772; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 585; I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 316.

¹⁸ A. VERBEKE en I. VERVOORT, “Comparant bij volmacht” in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 478; S. LORENZ, “Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht”, *JuS* 2010, (771) 772; I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 316.

¹⁹ 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, 22; I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 316.

²⁰ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 97.

²¹ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 98; S. LORENZ, “Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht”, *JuS* 2010, (771) 772; J. LIEDER, “Trennung und Abstraktion im Recht der Stellvertretung”, *JuS* 2014, (393) 394.

²² V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 450; A. VERBEKE en I. VERVOORT, “Comparant bij volmacht” in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 478; N. GEELHAND DE MERKEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, (16) 30.

17. In Duitsland en Zwitserland daarentegen, uit het onderscheid zich vaak in het opstellen van twee verschillende documenten. Dat komt omdat men de volmacht en de lastgevingsovereenkomst in deze rechtsstelsels ook wat hun lot betreft strikt van elkaar moet onderscheiden. De volmacht is niet alleen onafhankelijk van de inhoud en omvang van de onderliggende overeenkomst, maar ook van de geldigheid ervan. Dit betekent onder meer dat een volmacht ook zonder een onderliggende rechtsverhouding kan (blijven) bestaan ('*isolierte Vollmacht*'). Dit principe van zelfstandigheid wordt het *Abstraktionsprinzip* genoemd.²³

§ 3. VERMOGENSBESCHERMING

18. In verschillende stelsels biedt het bijzondere regime van de lastgeving niet alleen de mogelijkheid om vermogensrechtelijke belangen veilig te stellen maar ook om een volmacht te verlenen voor persoonsrechtelijke aangelegenheden, zoals gezondheid en welzijn. Dit is bijvoorbeeld het geval in Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland.²⁴ Dergelijke volmachten zijn grotendeels onderworpen aan dezelfde regels als vermogensrechtelijke volmachten, maar kennen daarnaast ook een afzonderlijk regime.

19. Zoals blijkt uit de onderzoeksvraag, beperkt het voorliggende onderzoek zich tot de rol van de lastgeving bij de bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van de kwetsbare meerderjarige. Het laat de mogelijkheden om zijn persoonsrechtelijke toestand te regelen buiten beschouwing en gaat dus niet in op de specifieke vereisten die bepaalde wetgevers aan persoonsrechtelijke volmachten hebben verbonden.

²³ **Duitsland:** Deze theorie werd in de negentiende eeuw ontwikkeld door Paul LABAND: P. LABAND, "Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch", *ZHR* 1866, (183) 183-241; J. LIEDER, "Trennung und Abstraktion im Recht der Stellvertretung", *JuS* 2014, (393) 395; M. BÜHLER, "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, (1585) 1593; K.-H. SCHRAMM, "BGB § 164 Wirkung der Erklärung des Vertreters" in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 97; S. LORENZ, "Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht", *JuS* 2010, (771) 772; **Zwitserland:** I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 316; zie ook het verhelderende rechtsvergelijkende overzicht in: P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000, 28-50.

²⁴ **Duitsland:** § 1901a, vijfde lid BGB; § 1906, 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.

§ 4. WILSONBEKWAAMHEID

20. Het onderzoek streeft ernaar een regime van lastgeving te ontwikkelen dat van deze techniek een geschikt beschermingsinstrument bij wilsonbekwaamheid maakt. De term ‘wilsonbekwaamheid’ of ‘feitelijke onbekwaamheid’ duidt op de feitelijke onmogelijkheid om zelf en zelfstandig een vrije en bewuste wil te vormen of deze tot uiting te brengen, ongeacht de psychische of fysieke oorzaak daarvan.²⁵ Deze definitie sluit aan bij de omschrijving van het begrip ‘*incapable adults*’ door de Raad van Europa in de *Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults* (hierna: Rec (99)4), waarin de Raad de principes uiteenzet waaraan een beschermingsmaatregel voor kwetsbare meerderjarigen zou moeten voldoen (zie *infra*, nr. 115): “*adults who, by reason of an impairment or insufficiency of their personal faculties, are incapable of making, in an autonomous way, decisions concerning any or all of their personal or economic affairs, or understanding, expressing or acting upon such decisions, and who consequently cannot protect their interests*”.²⁶

21. Het begrip is ruim geformuleerd, in die zin dat men de definities van wilsonbekwaamheid die de in dit onderzoek bestudeerde rechtsstelsels hanteren om het personele toepassingsgebied van de lastgeving af te lijnen, eronder kan plaatsen. Zo bepaalt het Belgische recht dat de meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is om zonder bijstand of een andere beschermingsmaatregel zijn belangen van vermogensrechtelijke of niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen, onder bescherming kan worden geplaatst (art. 488/1 BW). De Franse wetgever heeft het over “*toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté*” (art. 477 j° 425 C.Civ.). In Engeland & Wales omschrijft men ‘*incapacity*’ als een toestand waarbij een persoon niet in staat is om een bepaalde beslissing op een bepaald moment te nemen ten gevolge van een tijdelijke of permanente stoornis in de hersenen (S. 2 (1) Mental Capacity Act 2005).

22. Uit verschillende van deze definities blijkt reeds dat wilsonbekwaamheid geen zwart-wit verhaal is. De feitelijke onmogelijkheid om een vrije en bewuste wil te vormen of te uiten kan zich uitstrekken tot alle persoons- en vermogensrechtelijke belangen van de meerderjarige maar kan zich ook beperken tot een

²⁵ Cf. Part 1 nr. 1 Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, RW 2013-14, (563) 566; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 39.

²⁶ Part 1 nr. 1 Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults.

aantal handelingen.²⁷ Een voorbeeld van gehele wilsonbekwaamheid is de toestand waarbij een persoon in coma verkeert. Er is sprake van gedeeltelijke wilsonbekwaamheid wanneer een persoon zich in een beginnend stadium van dementie bevindt en hij eenvoudige, dagdagelijkse handelingen nog wel zelf kan stellen maar niet meer kan beslissen over andere, complexere aangelegenheden.²⁸ Ook bij manische depressiviteit kan wilsonbekwaamheid slechts gedeeltelijk zijn.²⁹

23. De toestand van wilsonbekwaamheid kan bovendien van fluctuerende aard zijn. Vele mentale aandoeningen of situaties leiden slechts tot een tijdelijke verstoring van het wilsvormingsproces.³⁰ Manische depressiviteit en psychosen zijn voorbeelden waarbij de meerderjarige niet ononderbroken wilsonbekwaam is maar ook heldere periodes doormaakt. Ook ernstige pijnen, hevige koorts, zware medicatiekuren en traumatische gebeurtenissen kunnen het oordeelsvermogen tijdelijk aantasten.³¹

24. De Raad van Europa benadrukt in zijn hierboven vernoemde aanbeveling (zie *supra*, nr. 20) dat nationale wetgevers deze diversiteit aan feitelijke onbekwaamheden in de mate van het mogelijke moeten erkennen bij de regulering van beschermingsmaatregelen voor kwetsbare meerderjarigen.³²

25. Het juridische gevolg van wilsonbekwaamheid is dat de meerderjarige in kwestie geen geldige toestemming kan verlenen. Wilsonbekwaamheid leidt met andere woorden tot de vernietigbaarheid van de rechtshandeling die de wilsonbekwame meerderjarige heeft gesteld.³³ Bijgevolg heeft een wilsonbekwame meer-

²⁷ BVerfG 18 december 2002, *FamRZ* 2003, 359; BGHZ 10 februari 1960, *JurionRS* 1960, 12321; A. SPICKHOFF, "Autonomie und Heteronomie im Alter", *AcP* 2008, (345) 382; G. MÜLLER, "Altersvorsorgevollmacht – Gestaltung ihres Inkrafttretens", *DNotZ* 1997, (100) 106; P. RUMMEL, "§ 865 ABGB" in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (1304) 1305; C.G.C. ENGELBERTINK en S.A. VAN DE MERWE, "Wilsonbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken", *ftV* 2012, afl. 30, (16) 16.

²⁸ J. SEICHTER, *Einführung in das Betreuungsrecht*, Heidelberg, Springer, 2010, 51; C. BLANKMAN en C.G.C. ENGELBERTINK, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag, Sdu, 2013, 76.

²⁹ C. BLANKMAN en C.G.C. ENGELBERTINK, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag, Sdu, 2013, 76.

³⁰ C.G.C. ENGELBERTINK en S.A. VAN DE MERWE, "Wilsonbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken", *ftV* 2012, afl. 30, (16) 16; C. BLANKMAN en C.G.C. ENGELBERTINK, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag, Sdu, 2013, 76; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 49.

³¹ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 49; C. BLANKMAN en C.G.C. ENGELBERTINK, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag, Sdu, 2013, 76.

³² Principe 3, eerste lid Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults.

³³ Zie bv.: België: art. 1108 BW; art. 504 BW *a contrario*; art. 901 BW; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 122 en 200; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 101;

derjarige een vertegenwoordiger nodig om rechtsgeldig in het rechtsverkeer te kunnen optreden.³⁴

§ 5. HANDELINGSONBEKWAAMHEID

26. ‘Wilsonbekwaamheid’ moet men onderscheiden van ‘handelingsonbekwaamheid’. Dit is de juridische onmogelijkheid om zelf en zelfstandig rechtshandelingen te stellen en dus om de rechten uit te oefenen waarvan men titularis is.³⁵ Terwijl wilsonbekwaamheid betrekking heeft op een feitelijke toestand, betreft handelingsonbekwaamheid dus het juridische etiket dat de wet of de rechter aan die toestand kan verbinden.³⁶

27. In verschillende stelsels is handelingsonbekwaamheid inherent aan de rechterlijke bescherming (zie *infra*, nr. 98). Door het loutere feit dat hij onder een beschermingsstatuut wordt geplaatst, verliest de meerderjarige de juridische mogelijkheid om zelf en zelfstandig de rechtshandelingen te verrichten die aan zijn wettelijke vertegenwoordiger werden toegewezen omdat men vermoedt dat hij ze ook niet kán verrichten.³⁷ Stelt hij deze handelingen toch, dan kan men hen aanvechten zonder dat een bewijs van wilsonbekwaamheid vereist is.³⁸ Men wil de meerderjarige op die manier beschermen tegen zichzelf en tegen derden in het rechtsverkeer.³⁹

Frankrijk: art. 414-1 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 869 ABGB; **Zwitserland:** art. 18 ZGB; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 38; P. BREITSCHMID, “Art. 18 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, (73) 74.

³⁴ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 47.

³⁵ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 13-14; S. VAN LOOCK, “De feitelijke bekwaamheid en de handelingsbekwaamheid van een lasthebber” (noot onder Cass. 7 januari 2010), *RW* 2012, (1594) 1595; F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Parijs, Dalloz, 2012, 280; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 32; E. GITSCHTHALER, “Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen”, *ÖJZ* 2004, (???) afl. 4, z.p.

³⁶ C.J.H. BRUNNER, “Preadvies Prof. mr. C.J.H. Brunner” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT IN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, (3) 7.

³⁷ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 98; J.M. PAUWELS, “Preadvies Prof. Johan M. Pauwels” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT IN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, (43) 51.

³⁸ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 14 en 285.

³⁹ T. WUYTS, “Onbekwamen in het vermogensrecht” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 88.

28. Voor de buitengerechtigde bescherming via lastgeving daarentegen is het kenmerkend dat zij geen aanleiding geeft tot handelingsonbekwaamheid (zie *infra*, nr. 408). In de context van dit onderzoek liggen de begrippen wilsonbekwaamheid en handelingsonbekwaamheid dus ver uit elkaar. De lastgever kan tijdens de duur van de bescherming nog steeds zelf en zelfstandig rechtshandelingen stellen zolang hij op dat moment wilsbekwaam is om die specifieke beslissingen te nemen, bijvoorbeeld gedurende een helder interval.⁴⁰

§ 6. KWETSBARE MEERDERJARIGE

29. Het begrip ‘kwetsbare meerderjarige’ staat in dit onderzoek gelijk met een meerderjarige die ooit wel wilsbekwaam was maar die als gevolg van een mentale of fysieke aandoening tijdelijk of duurzaam niet meer in staat is om zijn vermogen te beheren. Deze beperking van het personele toepassingsgebied van het onderzoek volgt uit het feit dat de lastgeving, vanuit haar contractuele aard, per definitie niet kan worden gebruikt door meerderjarigen die reeds sinds hun geboorte wilsonbekwaam zijn omdat zij geen geldige toestemming kunnen verlenen.

§ 7. RECHT OP AUTONOMIE EN BESCHERMING

30. Twee essentiële componenten van de centrale onderzoeksvraag zijn het recht op autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn recht op bescherming. Gedurende het onderzoek zal voortdurend naar deze beginselen worden teruggekoppeld. Het doel van het onderzoek bestaat er immers in om een lastgevingsregime samen te stellen dat een legitiem evenwicht tussen beide tot stand brengt. Het recht op autonomie en bescherming vormen in die zin een belangrijk aspect

⁴⁰ **België:** *Parl.St.* Kamer 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, Giesecking, 1997, 16; 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) 816-817; **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, zie *infra*, nrs. 440-441); 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)*, 2007, 193 (www.assemblee-nationale.fr); 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; J. MASSIP, “Le mandat de protection future”, *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 27; **Oostenrijk:** B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15; **Zwitserland:** art. 17 ZGB *a contrario*.

van de methode van dit onderzoek. Zij worden daarom nader gedefinieerd in het hoofdstuk over de onderzoeksmethode (zie *infra*, nrs. 52 e.v.), waarin eveneens zal worden uiteengezet wat onder de term 'legitiem evenwicht' dient te worden verstaan.

HOOFDSTUK IV

ONDERZOEKSMETHODE

AFDELING I. RECHTSVERGELIJKING

§ 1. ZUIVERE RECHTSVERGELIJKING

31. De ontwikkeling van een lastgevingsregime voor de vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen, zal verlopen aan de hand van een uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek. Zes Europese rechtsstelsels zullen worden bestudeerd: België, Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland. Het doel van deze rechtsvergelijking is om via het blootleggen van relevante gelijknissen en verschillen bruikbare elementen te verzamelen om een onderbouwd voorstel te formuleren aangaande de onderzochte problematiek. Door verschillende rechtsstelsels onder de loep te nemen kan men een grotere variëteit aan mogelijk interessante oplossingen voor de onderzochte problematiek ontdekken dan wanneer men het onderzoek zou beperken tot één rechtsstelsel.⁴¹

32. De toegepaste rechtsvergelijking kan zuiver worden genoemd, in die zin dat alle onderzochte stelsels op dezelfde hoogte worden behandeld. De comparatieve analyses in dit onderzoek vertrekken bijgevolg niet van één basisstelsel. Gelet op het universele karakter van de bestudeerde problematiek, is het niet de bedoeling om voor slechts één stelsel normatieve uitspraken te doen maar om alle betrokken stelsels te evalueren en aanbevelingen te doen voor een lastgevingsregime dat universeel toepasbaar is.⁴²

§ 2. FUNCTIONELE RECHTSVERGELIJKING

33. De rechtsvergelijking in dit onderzoek is functioneel, in die zin dat zij niet louter normbeschrijvend is maar probleemgericht en dus weergeeft hoe verschil-

⁴¹ K. ZWEIFERT en H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 15.

⁴² Cf. K. ZWEIFERT en H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 46. Deze auteurs maken een onderscheid tussen *national* en *international comparative law*.

lende rechtsstelsels een zelfde vraagstelling benaderen.⁴³ De functionele methode focust op de sociale functie van een regel en dus niet zozeer op de regel zelf.⁴⁴ Het voorliggende onderzoek gaat na hoe de bestudeerde rechtssystemen de figuur van de lastgeving gebruiken om de problematiek van de vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen onder handen te nemen. Er zal worden onderzocht hoe de verschillende stelsels deze techniek hebben afgestemd op specifieke problemen die zich in een context van wilsonbekwaamheid kunnen voordoen, zoals bijvoorbeeld het controleverlies in hoofde van de lastgever en het daarmee gepaard gaande verhoogde risico op misbruik door de lasthebber of derden.

§ 3. TYPOLOGISCHE RECHTSVERGELIJKING

34. In dit rechtsvergelijkend onderzoek zal worden gewerkt volgens de typologische methode. Dit betekent dat de verschillende rechtsstelsels zullen worden onderverdeeld in groepen op basis van een gemeenschappelijk kenmerk (een type-determinerend criterium).⁴⁵ Doorheen Europa kan men immers verschillende benaderingen van de lastgeving als een instrument van meerderjarigenbescherming onderscheiden.

35. Het methodologisch nut van een typologie schuilt in haar verhelderende effect. Zij brengt een veralgemenende structuur aan binnen het scala aan specifieke oplossingen voor een bepaald probleem. De typologische classificatie zal daarom worden toegepast per aspect van de lastgeving dat als een probleempunt naar voren wordt geschoven gedurende het onderzoek, zoals bijvoorbeeld de inwerkingtreding of controle van de lastgeving. Per behandeld thema zullen de onderzochte rechtsstelsels dus worden gegroepeerd op basis van een gemeenschappelijk kenmerk. Deze onderverdeling laat toe om op het einde van elke probleembenadering een type-oplossing naar voren te schuiven, aan de hand waarvan een lastgevingsregime kan worden samengesteld.

36. Op basis van de verschillende types die per aspect van de lastgeving worden opgesteld, zal op het einde van het onderzoek een overkoepelende typologie worden gemaakt. Meer bepaald zullen de verschillende stelsels worden gegroepeerd

⁴³ K. ZWEIFERT en H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 34; W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 85; W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in een context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2010, 39; J. DE CONINCK, "The functional method of comparative law: quo vadis?", *RabelsZ* 2010, (318) 329.

⁴⁴ J. DE CONINCK, "The functional method of comparative law: quo vadis?", *RabelsZ* 2010, (318) 323; zie uitgebreid: R. MICHAELS, "The functional method of comparative law" in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (339) 339-382.

⁴⁵ W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 86.

naargelang hun benadering van de lastgeving als beschermingsmaatregel in haar geheel, waarbij het recht op autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn recht op bescherming de onderscheidende criteria zullen vormen. Doorheen het onderzoek zal immers duidelijk worden dat beide beginselen zich in de verschillende stelsels op een andere manier tot elkaar verhouden.

§ 4. GEÏNTEGREERDE RECHTSVERGELIJKING

37. De toepassing van de functionele en typologische methode zorgt ervoor dat de rechtsvergelijking geïntegreerd zal verlopen. Dit betekent dat er geen juxtapositie plaatsvindt van de geselecteerde rechtsstelsels; zij zullen niet afzonderlijk en opeenvolgend worden onderzocht. De rechtsvergelijkende analyses van het onderzoek zullen worden ingepast in een thematisch kader. Het mechanisme van de lastgeving als beschermingsmaatregel zal worden ontleed in al zijn componenten. Voor elk aspect van de lastgeving, zoals bijvoorbeeld haar vorm, inhoud en inwerkingtreding, zullen de oplossingen van de onderzochte stelsels worden gegroepeerd op basis van hun onderlinge gelijkenissen en verschillen en zal worden nagegaan welke aanpak kan worden goedgekeurd in het licht van het na te streven evenwicht tussen het zelfbeschikkingsrecht van de kwetsbare meerderjarige en zijn nood aan bescherming.

§ 5. LANDENKEUZE: SELECTIECRITERIA

A. *Specifieke rechtsbasis voor lastgeving als beschermingsmaatregel*

38. Dit rechtsvergelijkend onderzoek heeft betrekking op zes rechtsstelsels die in hun regelgeving over meerderjarigenbescherming in een rechtsbasis hebben voorzien voor de lastgeving als alternatieve beschermingsmaatregel: België, Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland. De aanwezigheid van een rechtsbasis impliceert dat zij een (beperkt of uitgebreid) afzonderlijk regime hebben uitgebouwd voor de lastgeving die in een context van wils-onbekwaamheid wordt toegepast. Kenmerkend voor de zes geselecteerde stelsels is bovendien dat zij uitdrukkelijk erkennen dat een rechter geen bewind mag opleggen wanneer een volmacht de belangen van de kwetsbare meerderjarige voldoende kan dienen.⁴⁶

39. Rechtsstelsels waar vooralsnog geen wetgevend kader bestaat voor de lastgeving als een instrument van vermogensbescherming, worden niet in het onder-

⁴⁶ België: art. 492 BW; Duitsland: § 1896, tweede lid BGB; Engeland & Wales: S. 1 (6) MCA 2005; Frankrijk: art. 428 C.Civ.; Oostenrijk: § 268, tweede lid ABGB; Zwitserland: art. 389 ZGB.

zoek betrokken. Dit is bijvoorbeeld het geval voor Nederland, waar de wetgevende initiatieven met het oog op het verlenen van een aangepast wettelijk kader aan het ‘levenstestament’ of de ‘zorgvolmacht’ nog in hun kinderschoenen staan. In de wet tot wijziging van de curatele, het beschermingsbewind en het mentorschap die op 1 januari 2014 in werking is getreden, heeft men geen lastgevingsregime opgenomen, al weerklonk in de parlementaire discussies, de literatuur en de praktijk de bekommernis om dit wel te doen.⁴⁷ De beslissing over de nadere uitwerking van een bijzonder regime heeft men overgelaten aan het volgende kabinet omdat men ze niet als dringend beschouwde.⁴⁸ Vooralsnog vormt een volmacht die werd verleend met het oog op een toekomstige onbekwaamheid een emanatie van het algemene vertegenwoordigingsrecht en verleent de wet haar geen voorrang op rechterlijke maatregelen.⁴⁹ In de notariële praktijk wordt het instrument nochtans vaak gebruikt.⁵⁰ De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft recentelijk nog bevestigd dat een gewone volmacht kan blijven voortduren of in werking treden wanneer de lastgever wilsonbekwaam wordt.⁵¹

B. Ogenblik van regulering van lastgeving als beschermingsmaatregel

40. Bij de selectie van de in dit onderzoek bestudeerde rechtsstelsels werd tevens rekening gehouden met het ogenblik waarop de lastgeving als een alternatieve beschermingsmaatregel werd gereguleerd.

⁴⁷ *Kamerstukken (Tweede Kamer) 2011-2012*, nr. 33 054, nr. 5, 2; *Kamerstukken (Eerste Kamer) 2012-2013*, nr. 33 054, B, 2-3; K. BLANKMAN, “Modernisering van beschermingsmaatregelen voor meerderjarigen. Commentaar bij een conceptwetsvoorstel betreffende curatele, beschermingsbewind en mentorschap”, *FJR* 2010, 210-215. In september 2012 stelde de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (EPN) een ‘proeve van wetsvoorstel’ op, waarin een specifieke regelgeving voor de lastgeving werd uitgewerkt (te raadplegen op www.epn-notaris.nl).

⁴⁸ *Kamerstukken (Tweede Kamer) 2011-2012*, nr. 33 054, nr. 6, 4 en nr. 7, 7; zie ook: *Kamerstukken (Eerste Kamer) 2013-2014*, nr. 33 054, C, 2-4.

⁴⁹ HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 422; A. BRUINS, “Levenstestament verdient Europese Aanbeveling”, *Notariaat Magazine* 2011, (8) 8. Enkel voor de curatele (de meest ingrijpende rechterlijke beschermingsmaatregel) schrijft art. 1:378 eerste lid NBW voor dat de rechter deze maatregel niet mag toepassen wanneer een meer passende en minder verstrekkende voorziening de belangen van de meerderjarige kan behartigen. De lastgeving kan men als een dergelijke minder verstrekkende voorziening beschouwen. Deze subsidiariteitsbepaling ontbreekt echter voor wat de andere rechtelijke beschermingsmaatregel betreft, namelijk de onderbewindstelling.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld het preadvies van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie: C. BLANKMAN en C.G.C. ENGELBERTINK, *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag, Sdu, 2013, 132 p.; A.H.N. STOLLENWERCK, “Doorlopende volmacht bij wilsonbekwaamheid – beschermingsmaatregelen door de rechter”, *FtV* 2011, afl. 12, (3) 4; S. BRAUN, “Zelfbeschikking en financiële vermogensbescherming bij bejaarden” in W.H. VAN BOOM, M.L. TUIL en W. DIJKSHOORN (eds.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, (227) 238-240. Zie ook het themanummer over het levenstestament van het *Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen* (ftV), verschenen in oktober 2010.

⁵¹ *Kamerstukken (Tweede Kamer) 2011-2012*, nr. 33 054, nr. 6, 3.

41. Enerzijds richt het onderzoek zich op stelsels waar men de lastgeving reeds aan het einde van de vorige eeuw als beschermingsinstrument heeft omkaderd, namelijk Duitsland en Engeland & Wales. In Duitsland kent de *Vorsorgevollmacht* een rechtsbasis sinds de inwerkingtreding van de *Betreuungsgesetz* in 1992 (§ 1896 BGB).⁵² In Engeland & Wales introduceerde men reeds in 1985 de *Enduring Powers of Attorney Act*. In de praktijk bestond een grote behoefte aan een afzonderlijke regelgeving voor volmachten die bedoeld waren als planningsinstrument, omdat een gewone, gemeenrechtelijke volmacht hier niet geschikt voor was. Volgens de *common law* eindigde een volmacht immers zodra de lastgever wilsonbekwaam werd (zie *infra*, nr. 139).⁵³ De *Enduring Powers of Attorney Act* formuleerde een uitzondering op deze regel. Na twintig jaar dienst maakte de wet plaats voor de *Mental Capacity Act 2005* (hierna: MCA 2005), die het gebruik van de volmacht als anticipatieve beschermingsmaatregel onder de benaming van *lasting power of attorney* aan nieuwe regelgeving onderwierp.

42. In deze 'oudere' systemen is de lastgeving die bedoeld is als beschermingsmaatregel stevig verankerd in de rechtspraktijk. Dit biedt het voordeel dat de rechtspraak en rechtsleer van deze stelsels een duidelijk beeld kunnen geven over de verschillende problemen die zich bij de toepassing van deze techniek kunnen voordoen.

43. Anderzijds betreft het onderzoek rechtsstelsels waar men de lastgeving pas gedurende het voorbije decennium als beschermingsinstrument heeft gereguleerd, namelijk België, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland. Dit is overigens het geval voor het merendeel van de Europese rechtsstelsels die in een rechtsbasis voor deze beschermingstechniek hebben voorzien. De Oostenrijkse wetgever implementeerde de *Vorsorgevollmacht* in 2006.⁵⁴ Sindsdien wordt de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving geregeld door § 284f tot en met 284h ABGB. Frankrijk voerde de privatisering van de meerderjarigenbescherming door via de wet van 5 maart 2007, die de lastgeving als beschermingsmaatregel onder de benaming *mandat de protection future* introduceerde in de Code Civil in de artikelen 477 tot en met 494 C.Civ. en in 2009 in werking trad.⁵⁵ Het nieuwe recht laat ook toe dat ouders een mandaat verlenen voor de bescherming van hun kind voor het geval dat dit kind en zichzelf niet meer in staat zouden zijn om diens belangen

⁵² Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz), BGBl 1990, deel I, nr. 48, 2002.

⁵³ G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 398; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 3; *Halsbury's Laws of England*, Londen, Butterworths, 1973, 529.

⁵⁴ Sachwalterrechts-Änderungsgesetz, BGBl 2006, deel I, nr. 92. Deze wet trad in 2007 in werking.

⁵⁵ Loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, nr. 2007-308, JO nr. 0056 van 7 maart 2007.

zelf waar te nemen (*mandat de protection future pour autrui*, art. 477 C.Civ.).⁵⁶ Ook Zwitserland pikte in op de heersende Europese tendens. De artikelen 360 ZGB e.v. bevatten een uitgebreide regeling van de *Vorsorgeauftrag* en traden op 1 januari 2013 in werking.⁵⁷ In dezelfde periode werd in het Belgische Parlement een wet gestemd tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid, waarin een regeling is opgenomen voor de lastgeving die betrekking heeft op vermogensrechtelijke kwesties (art. 489 e.v. BW).⁵⁸ Deze nieuwe regelgeving zal op 1 september 2014 in werking treden en is van toepassing op de lastgevingen die vanaf die datum worden verleend.⁵⁹

44. In tegenstelling tot het Engelse recht, kon men de lastgeving in deze vier stelsels, net als in Duitsland, reeds voor de intrede van de bijzondere regimes als beschermingsmaatregel gebruiken. Een volmacht eindigde immers niet bij wils-onbekwaamheid van de lastgever (zie *infra*, nrs. 135-137). Men kon dus via het algemene vertegenwoordigingsrecht een volmacht verlenen met het oog op een eventueel toekomstig verlies van het oordeelsvermogen. Na verloop van tijd liet de nood aan een afzonderlijke regelgeving zich echter ook in deze rechtsstelsels voelen. Het gemene recht van de lastgeving bleek moeilijk verzoenbaar met de specifieke doelstellingen van een volmacht die men verleent met het oog op een latere onbekwaamheid.⁶⁰ Het 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.⁶¹ Hij is daardoor veel meer dan een bekwame lastgever blootgesteld aan misbruik. Bovendien was zijn autonomie om zelf de kriglijnen van zijn bescherming uit te tekenen slechts relatief, aangezien zijn volmacht geen wet-

⁵⁶ Het voorliggende onderzoek heeft enkel betrekking op de lastgeving verleend met het oog op de eigen vermogensbescherming bij wilsonbekwaamheid, zodat het niet zal ingaan op de afzonderlijke regels die op het *mandat de protection future pour autrui* van toepassing zijn.

⁵⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) – Änderung vom 19. Dezember 2008, BBl 2009, nr. 1, 141.

⁵⁸ Wet van 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.

⁵⁹ Art. 22 wet van 12 mei 2014 houdende wijziging en coördinatie van diverse wetten inzake Justitie, BS 19 mei 2014; art. 226 wet van 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. In dit onderzoek zal naar de bepalingen van de nieuwe wet worden verwezen alsof zij reeds in werking zijn getreden, dus zonder de vermelding 'nieuw artikel'.

⁶⁰ Circ. DACS CIV/01/09/C1 9 februari 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, *BO min. Just.* 28 februari 2009, 35.

⁶¹ A. WYLLEMAN, "Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 112; A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 77.

telijke voorrang had op een rechterlijke maatregel. De lastgever kon er niet mee voorkomen dat de rechter een (controle)bewindvoerder aanstelde zodra hij wils- onbekwaam werd.⁶²

C. Omvang van de regulering van lastgeving als beschermingsmaatregel

45. Een derde criterium dat bij de selectie van de bestudeerde rechtsstelsels werd toegepast, is de mate waarin de verschillende wetgevers van het gemene recht zijn afgeweken toen ze de lastgeving als alternatieve beschermingsmaatregel reguleerden. Het onderzoek betreft zowel stelsels waar dit specifieke wettelijk kader slechts beperkt is als stelsels waar men een uitgebreid regime van lastgeving in het recht inzake meerderjarigenbescherming heeft geïmplementeerd.

46. Tot de eerste categorie behoort het Duitse recht. De regels van het algemene vertegenwoordigingsrecht zijn er bijna integraal van toepassing op volmachten die men verleent met het oog op een mogelijke toekomstige onbekwaamheid. Enkel voor volmachten die betrekking hebben op medische beslissingen, heeft de wetgever in een aantal specifieke bepalingen voorzien, bijvoorbeeld omtrent de vorm van een dergelijk document.⁶³ Dat de Duitse wetgever het gemene recht als toereikend beschouwde voor een volmacht verleend met het oog op vermogensbescherming, maakt van het Duitse recht een interessant studieobject. In het onderzoek kan worden nagegaan in welke mate deze gemeenrechtelijke regels voldoende zijn dan wel tekortschieten wanneer ze worden toegepast op de specifieke situatie van een wilsonbekwame lastgever. Ook het Oostenrijkse recht kent slechts een drietal bepalingen over de *Vorsorgevollmacht*.⁶⁴

47. In België, Engeland & Wales, Frankrijk en Zwitserland daarentegen, ontwierpen de wetgevers een uitvoerig regime voor de lastgeving, dat op verschillende vlakken afwijkt van het gemene recht. Het is interessant om te bekijken voor welke aspecten van de lastgeving zij afzonderlijke regels noodzakelijk achten en hoe deze regels onderling van elkaar verschillen. Op basis daarvan kan men een beeld schetsen van de eigen interpretaties die deze wetgevers aan de begrippen zelfbeschikking en bescherming hebben gegeven.

⁶² Zie bv.: 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; A. ZEITER, "Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute", *SJZ* 2013, (225) 226; P. BREITSCHMID en J. REICH, "Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts, Erb- und Obligationenrecht", *ZVW* 2001, (144) 165.

⁶³ § 1901a, § 1901b en 1904 BGB.

⁶⁴ § 284f-h ABGB.

D. Verhouding autonomie-bescherming in het lastgevingsregime

48. Tot slot werd bij de landselectie aandacht besteed aan het gewicht dat de verschillende stelsels hebben toegekend aan de autonomie en bescherming van de kwetsbare meerderjarige. Het onderzoek betreft zowel stelsels waar de balans meer doorslaat in het voordeel van de persoonlijke keuzevrijheid van de meerderjarige als stelsels waar de lastgeving eerder aanleunt bij de rechterlijke bescherming. Dit criterium valt grotendeels samen met het vorige. Vaak is het zo dat hoe minder een wetgever de lastgeving als beschermingsmaatregel laat aansluiten bij de gemeenrechtelijke lastgeving, hoe meer hij het principe van de contractsvrijheid en dus de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige verlaat. Een illustratie van dit principe is het Duitse recht. Uit het onderzoek zal blijken dat de afwezigheid van een uitgebreid lastgevingsregime gelijkstaat aan een grote mate van zelfbeschikking voor de kwetsbare meerderjarige.

49. Op grond van dit vierde selectiecriterium werd bij de landenkeuze op zoek gegaan naar nationale bepalingen die op het vlak van autonomie dan wel bescherming in het oog springen. Er werd bijvoorbeeld niet alleen gekozen voor stelsels waar de lastgever vrij is om in zijn volmacht te stipuleren vanaf wanneer hij als wilsonbekwaam moet worden beschouwd (België, Duitsland, Engeland & Wales en Oostenrijk), maar ook voor systemen waar de inwerkingtreding van de lastgeving het voorwerp vormt van een formele procedure, namelijk het Franse en Zwitserse recht (zie *infra*, nr. 327). Op het vlak van de vorm van de lastgeving kunnen de verschillende stelsels op een glijdende schaal worden geplaatst, die vertrekt van quasi-vormvrijheid en eindigt bij strikt formalisme (zie *infra*, nrs. 190 e.v.). Er werd getracht om ook in voldoende diversiteit te voorzien op het vlak van de controle van de lastgeving. Zo valt een duidelijk onderscheid te maken tussen het Franse recht en de overige stelsels, aangezien enkel de Franse wetgever een plicht tot verantwoording bij een externe instantie aan de (notariële) lastgeving heeft verbonden (zie *infra*, nr. 531). Het Engelse recht valt op zijn beurt op door de ruime bevoegdheden van de rechter om de inhoud van de lastgeving aan te passen (zie *infra*, nr. 553).

AFDELING II. NORMATIEF ONDERZOEK**§ 1. EXTERN NORMATIEF PERSPECTIEF**

50. De centrale onderzoeksvraag geeft aan dat het voorliggende onderzoek normatief is. Het beperkt zich niet tot het louter beschrijven of verklaren van juridische fenomenen in de bestudeerde rechtsstelsels maar evalueert deze ook in het licht van twee belangen, namelijk het recht op persoonlijke autonomie en het recht op bescherming. Op basis van deze kritische reflectie worden suggesties *de lege ferenda* gedaan.

51. Eerder werd toegelicht dat het onderzoek zuiver rechtsvergelijkend is, in die zin dat het de zes betrokken stelsels onderling met elkaar vergelijkt en dat het dus niet steeds terugkoppelt naar één basisstelsel (zie *supra*, nr. 32). Hieruit volgt dat het onderzoek vanuit een *extern* normatief perspectief wordt gevoerd. Het streeft naar oplossingen die universeel toepasbaar zijn en die de concrete verschillen in de onderzochte stelsels aldus overstijgen.⁶⁵

§ 2. BELANGEN

A. Menselijke waardigheid als basisbeginsel

52. Het recht op persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn recht op bescherming vormen de rode draad van dit onderzoek. Het onderzoek beoogt een lastgevingsregime voor te stellen waarin beide belangen in balans zijn. Zij dienen immers allebei te worden geëerbiedigd om het recht op menselijke waardigheid van de kwetsbare meerderjarige te kunnen realiseren.⁶⁶ Dit recht houdt in dat elke mens, ongeacht zijn vaardigheden en levensomstandigheden, moet worden gerespecteerd, omwille van het enkele feit dat hij een mens is.⁶⁷ Hij mag niet louter worden beschouwd als het voorwerp van de wil van anderen.⁶⁸ Het recht op menselijke waardigheid ligt aan de basis van alle andere grondrechten en wordt in die hoedanigheid vermeld in Principe 1 van de eerste aanbeveling van de Raad van Europa inzake de bescherming van volwassenen (zie *infra*, nr. 115).⁶⁹ Het wordt beschouwd als een onweerlegbaar grondbeginsel, een ultieme

⁶⁵ J.M. SMITS, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 44-45.

⁶⁶ M. PREISNER, "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa – Zusammenfassung" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (327) 329; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 32; V. LIPP, "Erwachsenenschutz und Verfassung – Betreuung, Unterbringung und Zwangsbehandlung", *FamRZ* 2013, (913) 915; P. BREITSCHMID en J. REICH, "Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts, Erb- und Obligationenrecht", *ZfV* 2001, (144) 145; P. CAPPS, *Human dignity and the foundations of international law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 108; H. SINDING AASEN, "Dignity and human rights in the modern welfare state" in H. SINDING AASEN, R. HALVORSEN en A. BARBOSA DA SILVA (eds.), *Human rights, dignity and autonomy in health care and social services: Nordic perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (53) 53; cf. A.C. HENDRIKS, B.J.M. FREDERIKS en M.A. VERKERK, "Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien", *TvGR* 2008, (2) 3.

⁶⁷ B. KLEIN GOLDEWIJK, "From Seattle to Porto Alegre: emergence of a new focus on dignity and the implementation of economic, social and cultural rights" in B. KLEIN GOLDEWIJK, A. CONTRERAS BASPINEIRO en P.C. CARBONARI (eds.), *Dignity and human rights*, Antwerpen, Intersentia, (3) 6.

⁶⁸ R.D. GLENSY, "The right to dignity", *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 2011-12, afl. 43, (65) 73.

⁶⁹ Principe 1 Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults.

toetssteen waaraan tal van belangrijke, juridische consequenties zijn verbonden, waaronder het recht op persoonlijke autonomie en het recht op bescherming.⁷⁰

B. *Recht van de kwetsbare meerderjarige op persoonlijke autonomie*

53. Verankerd in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en in tal van nationale grondwetten, wordt het recht op persoonlijke autonomie of het zelfbeschikkingsrecht beschouwd als een van de meest fundamentele grondrechten in de huidige rechtsorde.⁷¹ Het kan worden gedefinieerd als het recht om richting te kunnen geven aan het eigen leven zonder externe bemoeienissen, om te kunnen handelen conform de eigen wil.⁷² Aanvankelijk werd het bestaan van een *recht* op zelfbeschikking door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens afgewezen. Het Hof beperkte zich ertoe de notie van persoonlijke autonomie te beschouwen als een onderliggend beginsel om het recht op privacy in artikel 8 EVRM te interpreteren.⁷³ In verschillende recente arresten ging het Hof echter een stap verder en sprak het van een *recht* op persoonlijke autonomie. Dit recht geeft uitdrukking aan iemands fysieke en sociale identiteit en vormt zo een aspect van het recht op een privéleven zoals neergelegd in artikel 8 EVRM.⁷⁴

54. Wanneer men de meerderjarige onder een beschermingsmaatregel plaatst, komt zijn recht op persoonlijke autonomie op de helling te staan. Zijn mogelijkheid om in alle vrijheid rechtsverhoudingen aan te gaan en deze naar eigen inzicht gestalte te geven, wordt minstens in beperkte mate beknot. Een beschermingsmaatregel geeft aanleiding tot initiatieven en handelingen zonder de volledige

⁷⁰ H. SINDING AASEN, "Dignity and human rights in the modern welfare state" in H. SINDING AASEN, R. HALVORSEN en A. BARBOSA DA SILVA (eds.), *Human rights, dignity and autonomy in health care and social services: Nordic perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (53) 60; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 13; J. FIERENS, "La dignité humaine comme concept juridique", *JT* 2002, (577) 580; R.D. GLENSY, "The right to dignity", *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 2011-12, afl. 43, (65) 69 en 72.

⁷¹ Beide begrippen worden in dit onderzoek als synoniemen gebruikt.

⁷² EHRM 10 juni 2010, *Jehovah's witnesses of Moscow and others t. Rusland*, § 134, www.echr.coe.int; K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkte Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 55-56; A.C. HENDRIKS, B.J.M. FREDERIKS en M.A. VERKERK, "Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien", *TvGR* 2008, (2) 4; L.D. WARDLE, "Reconciling private autonomy and public interests in family law" in A.L. VERBEKE, J.M. SCHERPE en C. DECLERCK (eds.), *Liber Amicorum Walter Pintens*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1747) 1748; M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 53; V. LIPP, "Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit", *BtPrax* 2008, (51) 51.

⁷³ EHRM 29 april 2002, *Pretty t. VK*, § 61, www.echr.coe.int.

⁷⁴ EHRM 20 maart 2007, *Tysiac t. Polen*, § 107, www.echr.coe.int; EHRM 10 april 2007, *Evans t. VK*, § 71, www.echr.coe.int; EHRM 10 juni 2010, *Jehovah's witnesses of Moscow and others t. Rusland*, § 134, www.echr.coe.int; EHRM 16 december 2010, *A, B en C t. Ierland*, § 212, www.echr.coe.int; EHRM 3 november 2011, *S.H. and others t. Oostenrijk*, § 80, www.echr.coe.int.

medewerking en betrokkenheid van de beschermde persoon. Door de eeuwen heen heeft het zelfbeschikkingsrecht echter een steeds prominentere plaats gekregen in het recht inzake meerderjarigenbescherming (zie *infra*, nrs. 85 e.v.). *Self-determination* vormt het uitgangspunt van de twee aanbevelingen die de Raad van Europa in de materie van meerderjarigenbescherming heeft uitgevaardigd (zie *infra*, nrs. 115 en 117). Het maakt eveneens een belangrijk aspect uit van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (zie *infra*, nr. 113).

55. Sommige wetgevers hebben in hun bepalingen inzake de bescherming van kwetsbare volwassenen uitdrukkelijke verwijzingen opgenomen naar de waardigheid en het zelfbeschikkingsrecht van de beschermde persoon. Zo bepaalt artikel 415 C.Civ. dat de bescherming van de meerderjarige voortvloeit uit het respect voor de mensenrechten en de menselijke waardigheid. Beschermingsmaatregelen moeten de autonomie van de beschermde persoon zo veel mogelijk eerbiedigen. Ook het Zwitserse artikel 388, tweede lid ZGB omvat de plicht om het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige te bevorderen.

C. *Recht van de kwetsbare meerderjarige op bescherming door de staat*

56. Naast het recht op persoonlijke autonomie, heeft elk individu recht op bescherming door de staat.⁷⁵ De staat moet zijn onderhorigen behoeden voor de nadelige gevolgen van bepaalde rechtshandelingen en hen aldus zowel beschermen tegen anderen als tegen zichzelf.⁷⁶ Deze algemene verzorgingsplicht voor hulpbehoevenden staat gelijk aan het waarborgen van de minimale voorwaarden voor een menswaardig bestaan en van de sociale integratie van de betrokken persoon.⁷⁷ Een effectieve bescherming moet het hem mogelijk maken om een zo normaal mogelijk privé- en familieleven te leiden en zijn fysieke en mentale integriteit gevrijwaard te zien van elke mogelijke aantasting.⁷⁸ Het voorwerp van het recht op bescherming is met andere woorden het welzijn van de kwetsbare meerderjarige.

57. De statelijke plicht tot bescherming omvat niet alleen een verbod tot verlechtering maar ook een engagement tot vooruitgang. In het kader van vermo-

⁷⁵ K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 55; M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 80; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 498; zie bv.: art 1 (1) en art. 3 (3) van de Duitse grondwet; § 21 eerste lid ABGB; art. 388 eerste lid ZGB.

⁷⁶ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 498.

⁷⁷ K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 55.

⁷⁸ F. VASSEUR-LAMBRY, "Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme", *Droit de la famille* 2011, afl. 2, dossier 3, nr. 18.

gensbescherming betekent dit dat de beschermer niet alleen instaat voor het verhinderen van schade door de afweer van negatieve invloeden maar ook voor de kwantitatieve en kwalitatieve verbetering van de goederen die hij beheert.⁷⁹ Deze plicht maakt soms uitdrukkelijk deel uit van de wettelijke taakomschrijving van de bewindvoerder, zoals bijvoorbeeld het geval is in Duitsland (§ 1901, vierde lid BGB) en Oostenrijk (§ 230, eerste lid ABGB).

58. Het recht op bescherming door de staat wordt in verschillende rechtsstelsels expliciet in de wet vermeld. Zo bepaalt § 21 eerste lid van het Oostenrijkse ABGB dat personen die hun belangen geheel of gedeeltelijk niet meer zelf kunnen waarnemen onder de bijzondere bescherming van de wet staan. Uit deze bepaling vloeit voort dat het welzijn van de kwetsbare meerderjarige de doorslaggevende norm is bij de toepassing van een beschermingsmaatregel.⁸⁰ In de Duitse grondwet wordt deze opdracht tot bescherming van de zwakkeren verwoord als de verplichting voor de staat om de menselijke waardigheid van elke onderhorige te garanderen en om te voorkomen dat iemand wegens zijn beperkingen wordt benadeeld.⁸¹

D. *Spanningsveld tussen autonomie en bescherming*

59. Het bestaan van een recht op bescherming zorgt ervoor dat de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige kan botsen op de zorg voor zijn welzijn. Beide komen vaak lijnrecht tegenover elkaar te staan, omdat het een illusie is te veronderstellen dat wil en bestwil steeds samenvallen. Toch moeten beide belangen met elkaar worden verzoend om een optimale beschermingsregeling voor volwassenen te kunnen realiseren, daar zij allebei een directe invloed hebben op hun menselijke waardigheid.⁸²

60. Nationale wetgevers staan bij de uitbouw van een beschermingsmaatregel daarom voor de moeilijke opgave om het ideale evenwicht te vinden tussen het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige en zijn recht op bescherming, waarbij het haast onvatbare begrip van de menselijke waardigheid geldt als ultieme toetssteen. Zodra zelfbeschikking de individuele waardigheid in het gedrang brengt,

⁷⁹ M. SCHAUER, "20 Jahre Sachwalterrecht – Sinn, Zweck und Alternativen", *RZ* 2004, (206) II. 3. a); T. GEISER, "Vermögenssorge im Erwachsenenschutzrecht", *ZKE* 2013, (329) 335.

⁸⁰ M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 82.

⁸¹ Art. 1(1) en 3(3) GG.

⁸² M. ROCCATI, "La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen", *Gazette du Palais* 2009, afl. 64, 4) 7; K. AFFOLTER, "Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2006, (1057) 1059; A.C. HENDRIKS, B.J.M. FREDERIKS en M.A. VERKERK, "Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien", *TvGR* 2008, (2) 3.

moet men haar afwijzen.⁸³ Het respect voor de menselijke waardigheid impliceert daardoor niet alleen een statelijk dulden maar ook beschermende actie waar nodig.⁸⁴ Tegelijk mogen dergelijke ingrepen niet zo ver gaan dat zij de mogelijkheid tot zelfontplooiing van het betrokken individu volledig compromitteren.

61. Deze abstracte evenwichtsoefening wordt bijkomend bemoeilijkt door het feit dat beperkingen aan het autonomiebeginsel of aan het recht op bescherming soms ook noodzakelijk zullen zijn ter vrijwaring van de belangen van anderen (bv. van diegene die zich over de beschermde persoon ontfermt) en van het algemeen belang.⁸⁵ Men kan daarbij denken aan de bescherming van derden te goeder trouw en het vlotte verloop van het rechtsverkeer.

62. Een eerste stap in de verwezenlijking van menselijke waardigheid ligt aldus besloten in de erkenning dat het welzijn van het kwetsbare individu grenzen aan zijn autonomie rechtvaardigt.⁸⁶ Een blinde verheerlijking van het zelfbeschikkingsrecht van de kwetsbare volwassene moet worden vermeden, omdat zij kan verglijden in een *laissez faire, laissez aller* attitude die geen oog heeft voor de concrete noden van de betrokkene. Het is overigens onrealistisch om te denken dat statelijke onthouding steeds gelijk staat aan het summum van zelfbeschikking. Hoe dan ook zullen anderen zich mengen in de fragiele toestand van de kwetsbare meerderjarige.⁸⁷ De staat mag zich bijgevolg niet verschuilen achter het autonomiebeginsel om aan zijn sociale verantwoordelijkheid te ontkomen. Dit uitgangspunt ziet men onder meer weerspiegeld in § 281, tweede lid van het Oostenrijkse ABGB en in het Franse artikel 415 C.Civ., die de voorrang formuleren van het welzijn van de meerderjarige op diens wensen en voorkeuren.

63. De echte complexiteit van de conflictueuze verhouding tussen wil en bestwil schuilt in het feit dat het welzijn van de kwetsbare meerderjarige onvermijdelijk samenhangt met een zekere mate aan autonomie. De mogelijkheid tot zelfrealisatie is onontbeerlijk om in een toestand van welzijn te kunnen verkeren.⁸⁸ Deze

⁸³ R. DIJOUX, "L'autonomie en droit de la protection des majeurs: critiques pratiques", *PA* 2011, afl. 250, (4) II.

⁸⁴ K. AFFOLTER, "Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2006, (1057) 1059.

⁸⁵ A. SPICKHOFF, "Selbstbestimmung im Alter – Möglichkeiten und Grenzen", *ZfRV* 2008, (33) 33.

⁸⁶ S. FERRÉ-ANDRÉ, "Introduction au droit gérontologique", *Defrénois* 2009, (121) II.; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 11.

⁸⁷ S. JANSEN, "Het Nederlandse recht inzake bescherming van meerderjarigen en aanbeveling No. R (99) 4 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de Lidstaten omtrent wilsonbekwame volwassen personen" in K. BOELE-WOELKI en E. MOSTERMANS (eds.), *Volwassen maar onzelfstandig: meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (19) 30.

⁸⁸ Cf. B.J. WINICK, "The side effects of incompetency labeling and the implications for mental health law", *Psychology, Public Policy and Law* 1995, (6) 22.

verwevenheid blijkt onder meer duidelijk uit het Duitse § 1901, tweede lid BGB, dat de verplichting weergeeft van de bewindvoerder om het welzijn van de meerderjarige te respecteren en dit welzijn omschrijft als een toestand die de mogelijkheid omvat om het eigen leven naar eigen inzicht gestalte te geven. Nog ingewikkelder wordt het wanneer men § 1901, derde lid BGB erbij neemt, dat de bewindvoerder verplicht om de wensen van de meerderjarige te respecteren, zolang deze niet in strijd zijn met diens welzijn. Wanneer autonomie een bestanddeel is van welzijn, hoe kan dit welzijn dan grenzen stellen aan autonomie?⁸⁹

64. De samenhang tussen autonomie en welzijn doet ons beseffen dat een beschermingsmaatregel en de bijhorende ingreep in de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige soms niet alleen het lichamelijk en financieel welzijn van de kwetsbare meerderjarige voor ogen hebben, maar ook de bevordering van zijn autonomie. Men zou dit de paradox van het recht inzake meerderjarigenbescherming kunnen noemen: soms is een ingreep in de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige noodzakelijk om die autonomie te bevorderen. Dit zal gedurende het onderzoek meermaals blijken.

65. Een voorbeeld van deze paradox is de problematiek van de vorm van de lastgeving. Verschillende rechtsstelsels hebben ervoor gekozen om de lastgever die wil anticiperen op een toekomstige wilsonbekwaamheid een aantal specifieke vormvereisten op te leggen (zie *infra*, nrs. 190 e.v.). Men zou dit formalisme kunnen interpreteren als een inbreuk op zijn keuzevrijheid, maar de doelstellingen ervan tonen aan dat de vereisten net een waarborg vormen voor zijn autonomie. Zij willen de lastgever bewust maken van de beslissingen die hij neemt (en er dus voor zorgen dat hij beseft wat zijn wil inhoudt), fraude vermijden (en dus voorkomen dat er geen sprake is van enige wil) en/of ervoor zorgen dat zijn volmacht in het rechtsverkeer wordt aanvaard (en dus dat zijn wil kan worden gerealiseerd). Ook controlemechanismen die de uitvoering van de lastgeving omkaderen belichamen deze twist tussen autonomie en heteronomie: enerzijds vormen zij een inmenging in de privaatrechtelijke verhouding tussen de lastgever en zijn lasthebber, anderzijds garanderen zij dat de lastgever zijn instructies ziet nageleefd.

§ 3. BELANGENAFWEGING

A. Definitie van 'legitiem evenwicht'

66. De centrale onderzoeksvraag omschrijft de doelstelling van dit onderzoek als de ontwikkeling van een lastgevingsregime dat een 'legitiem evenwicht' tot stand brengt tussen autonomie en bescherming. Voor elk aspect van de lastgeving

⁸⁹ D. SCHWAB, "Selbstbestimmung im Alter", *ZBJV* 2006, (561) 571.

als beschermingsmaatregel zullen beide belangen tegenover elkaar worden afgewogen en zal worden geopteerd voor de oplossing die hen in een legitieme verhouding plaatst. Daarvan is sprake wanneer drie criteria vervuld zijn: noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Deze parameters laten ingrepen in naam van de bescherming van de kwetsbare meerderjarige slechts in bepaalde omstandigheden toe. Zij staan bijgevolg in dienst van de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige. Het uitgangspunt van dit onderzoek is met andere woorden: zoveel autonomie waar mogelijk, zoveel bescherming waar nodig.⁹⁰

67. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert de drie maatstaven om de legitimiteit van een inbreuk op een relatief grondrecht na te gaan.⁹¹ Als beschermingsmaatregel zal de lastgeving de toets aan deze parameters moeten doorstaan om gerechtvaardigd ('legitiem') te zijn. Beschermingsmaatregelen vormen immers per definitie een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de betrokken meerderjarige (zie *supra*, nr. 54). Vandaar dat de Raad van Europa de beginselen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit in 1999 verankerde in Rec (99)4 (zie *infra*, nr. 115) Sommige rechtsstelsels hebben de criteria uitdrukkelijk in hun wetgeving over meerderjarigenbescherming opgenomen.⁹²

B. Criteria

1. Noodzakelijkheid

68. Principe 5 van Rec (99)4 bepaalt dat geen beschermingsmaatregel mag worden getroffen dan nadat is vastgesteld dat deze voor de bescherming van de meerderjarige en zijn belangen noodzakelijk is, op grond van de concrete omstandigheden en de behoeften van de persoon in kwestie. Dit noodzakelijkheidsbeginsel oefent op vele aspecten van de meerderjarigenbescherming zijn invloed uit, al houden de verschillende nationale wetgevers er dikwijls hun eigen interpretaties op na.

69. Een belangrijke toepassing van het noodzakelijkheidsprincipe betreft de voorwaarden waaronder een beschermingsstatuut in werking kan treden. Talrijke rechtsstelsels bouwden in de loop der jaren garanties in om ervoor te zorgen dat een rechterlijke maatregel enkel in geval van werkelijke noodzaak zou worden toegepast. In het kader van de lastgeving lopen de visies echter opvallend uiteen. In Frankrijk vereist artikel 425 C.Civ. niet alleen voor het bewind maar ook voor de lastgeving de voorlegging van een medisch attest dat aantoonde dat de meerderjarige door een wijziging van zijn mentale of lichamelijke capaciteiten niet meer

⁹⁰ Cf. A. SPICKHOFF, "Autonomie und Heteronomie im Alter", *AcP* 2008, (345) 355.

⁹¹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 123 e.v.; J. MCBRIDE, "Proportionality and the European Convention on Human Rights" in E. ELLIS (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999, (23) 23.

⁹² Zie bv. het Franse art. 428 C.Civ.

in staat is om zijn wil uit te drukken. Deze regel staat in schril contrast met het Belgische, Duitse, Engelse en Oostenrijkse recht, waar de inwerkingtreding van de lastgeving een informele aangelegenheid is (zie *infra*, nr. 359). Toepassingen van het noodzakelijkheidsbeginsel vindt men eveneens in bepalingen omtrent de duur en herziening van een beschermingsmaatregel.

70. De voornaamste veruitwendiging van het noodzakelijkheidsbeginsel ligt besloten in de regel dat een beschermingsmaatregel niet verder mag gaan dan noodzakelijk (proportionaliteitsbeginsel). Daaruit volgt dat privaatrechtelijke oplossingen in beginsel voorrang hebben op rechterlijke maatregelen (subsidiariteitsbeginsel). Het noodzakelijkheidsbeginsel overkoepelt met andere woorden de twee andere parameters.

2. Proportionaliteit

71. Principe 6 van Rec (99)4 houdt in dat *als* een beschermingsmaatregel noodzakelijk wordt geacht, hij evenredig moet zijn met de wilsonbekwaamheid van de meerderjarige. Het proportionaliteitsbeginsel vormt aldus de tweede horde die een wetgever of rechter moet nemen bij de regulering respectievelijk toepassing van een beschermende maatregel. Acht men een dergelijke maatregel noodzakelijk voor het welzijn van de kwetsbare meerderjarige, dan moet deze afgestemd zijn op diens individuele situatie en behoefte en dus niet verder gaan dan nodig.⁹³ De middel-doelrelatie staat centraal: de verhouding tussen het nagestreefde objectief en het aangetaste individuele belang moet redelijk zijn.⁹⁴

72. Het proportionaliteitsbeginsel wordt al sinds lange tijd beschouwd als een wezenlijke maatstaf bij de uitbouw van een beschermingsmaatregel voor kwetsbare meerderjarigen. Het beginsel lag aan de grondslag van de overschakeling van het paternalistische systeem van de volledige onbekwaamverklaring naar flexibele beschermingsmechanismen in heel Europa. Die bracht mee dat de bevoegdheden van de bewindvoerder van een kwetsbare meerderjarige zich niet langer automatisch uitstrekten tot alle rechtshandelingen, maar werden afgestemd op de precieze noden van de kwetsbare meerderjarige (zie *infra*, nrs. 84 e.v.). De externe inmenging in het leven van de kwetsbare meerderjarige werd aldus beperkt. Bovendien behield hij de juridische mogelijkheid om zelf in het rechtsverkeer te blijven optreden in die domeinen waarvoor geen bewindvoerder was aangesteld (zie *infra*, nrs. 96-97).

⁹³ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 546; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 442.

⁹⁴ C. HÄFELI, "Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der Schweiz im Spannungsfeld von Freiheit und Zwang – Selbstbestimmung und Fremdbestimmung", *Voordracht 8 februari 2011 Caritas Luxemburg*, (1) 7 (www.vbk-cat.ch); N. EMILIOU, *The principle of proportionality in European Law*, Londen, Kluwer Law International, 1996, 2.

73. Het proportionaliteitsbeginsel werpt in het kader van de lastgeving verschillende vraagstukken op. Vóór de introductie van dit regime in de verschillende stelsels stond de rechter voor de naleving van dit beginsel garant. Bij de toepassing van rechterlijke beschermingsmaatregelen moest hij ervoor zorgen dat de bescherming op maat van de concrete omstandigheden en behoeftigheden werd uitgebouwd. De figuur van de lastgeving legt deze taak echter volledig in handen van de meerderjarige zelf. Hij bepaalt hoe ver de opdracht van zijn lasthebber reikt. In het onderzoek zal onder meer worden nagegaan welke oplossingen er kunnen worden geboden voor het geval waarin deze bevoegdheid lang niet voldoende is om aan de concrete noden van de kwetsbare meerderjarige tegemoet te komen of, integendeel, veel te ver gaat.

3. Subsidiariteit

74. Uit het proportionaliteitsbeginsel volgt dat er steeds gekozen moet worden voor de beschermingsmaatregel die het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige het minst aantast wanneer verschillende maatregelen ter beschikking staan.⁹⁵ Dit is het subsidiariteitsbeginsel en houdt in dat men een statelijke ingreep in de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige moet vermijden wanneer een buitengerechtigde maatregel zoals de lastgeving diens welzijn evengoed kan dienen.⁹⁶ Het is aldus een criterium dat men moet toepassen bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van een specifieke beschermingsmaatregel: de maatregel is niet vereist als de kwetsbare meerderjarige op een andere, minder ingrijpende manier kan worden beschermd. Het subsidiariteitsbeginsel werd in die hoedanigheid opgenomen in Principe 5 van de aanbeveling van de Raad van Europa uit 1999.

75. Via het subsidiariteitsbeginsel kunnen nationale wetgevers ingrepen van overheidswege tot een minimum, zijnde de grens van het noodzakelijke, herleiden. Twee maatschappelijke doelstellingen worden op die manier bereikt. Enerzijds wordt het zelfbeschikkingsrecht van kwetsbare meerderjarigen gevrijwaard van statelijke bemoeienissen, anderzijds leidt de privatisering van meerderjarigenbescherming tot een ontlasting van de gerechten en de staatskas.⁹⁷

⁹⁵ Cf. N. EMILIOU, *The principle of proportionality in European Law*, Londen, Kluwer Law International, 1996, 2; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 444.

⁹⁶ K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 68-69; R.E. 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) 59.

⁹⁷ U. WALTER, "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 1999, (685) 685; D. SCHWAB, "BGB § 1896 Voraussetzungen" in D. SCHWAB (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2008 nr. 48;

76. Het hoeft geen betoog dat het subsidiariteitsbeginsel, als het gebod van het 'meest milde middel'⁹⁸, aan de basis lag van de opkomst van de lastgeving als een instrument voor de persoons- en vermogensrechtelijke bescherming van kwetsbare meerderjarigen in Europa. Het vormt de essentie van de tweede aanbeveling van de Raad van Europa in 2009 (*Recommendation (2009)11 concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*, hierna: Rec (2009)11), waarin de Raad staten aanzet om de lastgeving als beschermingsmaatregel te reguleren en haar voorrang te verlenen op rechterlijke statuten (zie *infra*, nr. 117). In elk van de onderzochte rechtsstelsels staat het beginsel expliciet in de wetgeving over meerderjarigenbescherming verankerd.⁹⁹

77. Ook binnen het kader van de lastgeving is het subsidiariteitsbeginsel van belang. De bescherming van de kwetsbare meerderjarige kan vereisen dat er in het regime van de lastgeving bepaalde waarborgen worden ingebouwd. Deze waarborgen kunnen formeel van aard zijn en dus een rechterlijke tussenkomst impliceren, maar een wetgever kan ook kiezen voor een informele vorm van bescherming. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige tegen misbruik door zijn lasthebber. In geen van de onderzochte rechtsstelsels is de lasthebber verplicht om verantwoording af te leggen bij de rechter (zie *infra*, nr. 525). De lastgever heeft wel de mogelijkheid om in zijn volmacht zelf controlemechanismen in te bouwen (zie *infra*, nr. 514). In Frankrijk is de lastgever verplicht om in een dergelijk informeel controlesysteem te voorzien (zie *infra*, nr. 517). Ook de inwerkingtreding van de lastgeving kan zowel op formele als op informele wijze gebeuren en vergt dus een afweging tussen het recht op bescherming van de kwetsbare meerderjarige en zijn recht op persoonlijke autonomie.

K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 249-250.

⁹⁸ K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 71.

⁹⁹ **België:** art. 492 BW; **Duitsland:** § 1896, tweede lid BGB; **Engeland & Wales:** S. 1 (6) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 428 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 268, tweede lid ABGB; **Zwitserland:** art. 389 ZGB.

HOOFDSTUK V

STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK

78. Het onderzoek vat aan met een overzicht van de evolutie van het recht inzake meerderjarigenbescherming in Europa (deel II). De focus ligt daarbij op de toenemende aandacht voor de persoonlijke autonomie van de meerderjarige. In die ontwikkeling kan men twee etappes onderscheiden. Enerzijds zal worden besproken hoe de bevoegdingsmentaliteit in elk van de geselecteerde rechtsstelsels plaats maakte voor de versoepeling van de rechterlijke bescherming en een genuanceerde benadering van de handelingsonbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige (hoofdstuk I). Anderzijds zal worden weergegeven hoe het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige steeds meer zijn weg vond in het recht inzake meerderjarigenbescherming en uiteindelijk tot uiting kwam in de regulering van de lastgeving als een buitengerechtelijke beschermingsmaatregel (hoofdstuk II).

79. Deel III richt zich op de lastgeving als een instrument van vermogensbescherming en vormt bijgevolg de kern van het onderzoek. Eerst wordt uiteengezet of en in welke mate men de techniek van lastgeving reeds voor de introductie van bijzondere regelgeving in een context van wilsonbekwaamheid kon gebruiken. In hoofdstuk II wordt onderzocht welke rol een gemeenrechtelijke volmacht vandaag nog in die context kan spelen. Dit hoofdstuk definieert met andere woorden de verhouding tussen de bijzondere lastgevingsregimes en het gemene recht in de verschillende stelsels. Hoofdstuk III behandelt de positie van de lastgeving ten opzichte van andere beschermingsmaatregelen en gaat dus dieper in op het subsidiariteitsbeginsel. In de daaropvolgende hoofdstukken wordt voor elk aspect van de lastgeving, verleend met het oog op een toekomstige onbekwaamheid, uitgebreid nagegaan welke problemen er zich kunnen voordoen, welke oplossing de verschillende rechtsstelsels hiervoor bieden en of deze aanpak het vooropgestelde legitieme evenwicht tussen autonomie en bescherming realiseert. Volgende thema's komen in deze analyse aan bod: vorm van de lastgeving (hoofdstuk IV), inhoud van de lastgeving (hoofdstuk V), registratie van de lastgeving (hoofdstuk VI), inwerkingtreding van de lastgeving (hoofdstuk VII), invloed van de lastgeving op de handelingsbekwaamheid van de lastgever (hoofdstuk VIII), rechten en plichten van de lasthebber (hoofdstuk IX), controle van de lastgeving (hoofdstuk X) en beëindiging van de lastgeving (hoofdstuk XI).

80. Deel IV bundelt de bevindingen en aanbevelingen van het vorige deel in een tweeledig besluit. Dit geeft enerzijds weer welk gewicht de verschillende stelsels aan de beginselen van autonomie en bescherming hebben toegekend bij de regulering van de lastgeving als beschermingsinstrument. Anderzijds bevat het een overzicht van de suggesties die gedurende het onderzoek naar voren werden geschoven en vat het met andere woorden samen aan welke vereisten een lastgevingsregime, bedoeld als een instrument van vermogensbescherming, zou moeten voldoen om een legitiem evenwicht tussen autonomie en bescherming tot stand te brengen.

DEEL II
EVOLUTIE VAN HET RECHT INZAKE
MEERDERJARIGENBESCHERMING
IN EUROPA

HOOFDSTUK I

VAN BEVOOGDING NAAR VERTEGENWOORDIGING OP MAAT

AFDELING I. VOLLEDIGE ONBEKWAAM- VERKLARING

81. In de continentale rechtsstelsels waren de juridische mechanismen die de wet ter beschikking stelde voor de bescherming van kwetsbare meerderjarigen aanvankelijk gebaseerd op een ‘alles of niets’-benadering. Ofwel was men bekwaam, en dan was de mogelijkheid van een vertegenwoordiging in rechte uitgesloten, ofwel werd men volledig onbekwaam verklaard en werd een wettelijke vertegenwoordiger ingeschakeld.¹⁰⁰ Deze onbekwaamverklaring had verstrekende gevolgen voor het betrokken individu, omdat zijn juridische bekwaamheid tot niets werd gereduceerd. Er bestond geen tussenweg die afhankelijk was van de precieze mate van de eigenlijke onmogelijkheid tot wilsvorming van de meerderjarige.¹⁰¹

82. Artikel 489 van de Code Civil van 1804, de historische basis van het burgerlijk recht in de Romaanse rechtsstelsels, omschreef het juridische instrument van de handelingsonbekwaamheid (*interdiction*) als de ontzetting van de meerderjarige van het bestuur van al zijn goederen, ook gedurende heldere tussenpozen. De constructie van de handelingsonbekwaamheid maakte de kwetsbare meerderjarige bijgevolg monddood.¹⁰² De vertegenwoordigingsmechanismen die aan de onbekwaamverklaring gekoppeld waren, stonden bovendien lange tijd enkel

¹⁰⁰ G.-R. DE GROOT, “Bescherming van meerderjarigen: enkele rechtsvergelijkende notities” in K. BOELE-WOELKI en E. MOSTERMANS (eds.), *Volwassen maar onzelfstandig: meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (35) 36; 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.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² G.-R. DE GROOT, “Bescherming van meerderjarigen: enkele rechtsvergelijkende notities” in K. BOELE-WOELKI en E. MOSTERMANS (eds.), *Volwassen maar onzelfstandig: meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (35) 36.

synoniem voor fortuinbescherming, met het oog op het behoud van grote vermogens in de familie. Men had nauwelijks aandacht voor de persoon van de meerderjarige.¹⁰³ Ook in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland vormde het instituut van de onbekwaamverklaring een vaste waarde in het recht inzake meerderjarigenbescherming, onder de enigszins plastische benaming *Entmündigung* (“ontmondiging”).¹⁰⁴

83. Het recht van Engeland & Wales inzake meerderjarigenbescherming volgde aanvankelijk een andere koers. Aan het begin van de negentiende eeuw verhinderde de vaststelling van wilsonbekwaamheid de meerderjarige niet noodzakelijk om zelf nog beslissingen te maken met betrekking tot zijn vermogen. Zolang hij optrad tijdens een heldere tussenpoos, was zijn rechtshandeling geldig.¹⁰⁵ Een eeuw later deed de rechtspraak het tij echter keren.¹⁰⁶ Een persoon die wilsonbekwaam werd bevonden op grond van de Lunacy en Mental Treatment Acts en wiens vermogensbeheer door de staat (bijvoorbeeld via een vertegenwoordiger) werd waargenomen, mocht niet contractueel over zijn eigendom beschikken, ook al bevond hij zich in een helder interval.¹⁰⁷ Deze handelingsonbekwaamheid strekte zich uit over al zijn goederen.¹⁰⁸ Men was van mening dat de doelstelling van de wetgever om het vermogen van de kwetsbare meerderjarige te beschermen en te beheren niet kon worden gerealiseerd als de meerderjarige nog steeds zelf over dit vermogen zou kunnen beschikken.¹⁰⁹ Bijgevolg ondergingen kwetsbare volwassenen in Engeland & Wales op dat moment dezelfde zwart-wit-benadering als op het Europese vasteland.

¹⁰³ J. HAUSER, “Des incapables aux personnes vulnérables”, *Droit de la famille* 2007, dossier 16, afl. 5, nr. 7.

¹⁰⁴ **Duitsland:** B. CYPIONKA, “Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechtsverkehr”, *NJW* 1992, (207) 207; **Oostenrijk:** M. SCHAUER, “Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht”, *NZ* 1983, (49) 49; **Zwitserland:** L. HECKENDORN URSCHELER, “IV. Rechtsvergleichung” in A. BÜCHLER, C. HÄFELI, A. LEUBA *et al.* (eds.), *Erwachsenenschutz*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (68) 79.

¹⁰⁵ *M’Adam v Walker* [1813] 1 Dow. 148, 177; P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 499.

¹⁰⁶ *Re Walker* [1905] 1 Ch. 160.

¹⁰⁷ *Re Walker* [1905] 1 Ch. 160; *Re Marshall* [1920] 1 Ch. 284; zie ook: *Re Beaney (Deceased)* [1978] 1 W.L.R. 770; H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 791; P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500.

¹⁰⁸ P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500.

¹⁰⁹ H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 791; J. HURFORD, “‘Take then thy bond’: enforcing contracts against incapacitate parties after the Mental Capacity Act”, *Elder Law Journal* 2013, afl. 1, (61) 61-68.

AFDELING II. INTRODUCTIE VAN FLEXIBELE BESCHERMINGSMECHANISMEN

§ 1. PROPORTIONALITEIT VAN RECHTERLIJKE BESCHERMINGSMAATREGELEN

84. Het systeem van de volledige onbekwaamverklaring maakte gedurende lange tijd deel uit van de Europese rechtsordes en vormde in sommige stelsels de enige burgerrechtelijke beschermingsmaatregel bij wilsonbekwaamheid. Tot aan de helft van de twintigste eeuw verhinderde de benoeming van een vertegenwoordiger elk zelfstandig optreden van de beschermde persoon, ook al was hij slechts gedeeltelijk onbekwaam en ook al handelde hij op een helder moment. De handelingsonbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige strekte zich uit over zijn volledige vermogen en was onafhankelijk van zijn precieze mate van wilsdeficiëntie.

85. Vanaf de jaren zestig werden de nationale wetgevers in Europa zich evenwel bewust van de rigiditeit van de onbekwaamverklaring en namen ze afstand van de idee dat het takenpakket van een vertegenwoordiger steeds allesomvattend moest zijn. Hun blik richtte zich voortaan niet uitsluitend op de beperkingen van de beschermde volwassene maar ook op dat waartoe hij wel nog in staat was.¹¹⁰ Men wilde hem een bescherming bieden die evenredig was aan de eigenlijke mate van aantasting van zijn wilsvermogen. Deze ommekeer in de bevoogdingsmentaliteit vloeide voort uit de toenmalige ontwikkelingen in de medische wetenschap, die de diversiteit aan mentale stoornissen en de bijhorende individualiteit van elke patiënt hadden blootgelegd. Tegelijk zorgde de opkomst van internationale mensenrechtenverdragen zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ervoor dat meer belang werd gehecht aan de menselijke waardigheid en het zelfbeschikkingsrecht van de kwetsbare meerderjarige.¹¹¹

86. De aandacht voor het proportionaliteitsbeginsel resulteerde in de introductie van nieuwe beschermingsmechanismen die de rechter naar de concrete noden van elk individueel geval kon moduleren. Het ging om statuten waarbij de rechter een vertegenwoordiger aanstelde die instond voor de behartiging van sommige of alle persoons- en/of vermogensrechtelijke belangen van een onbekwame meerderjarige. Deze systemen voorzagen aldus in een vertegenwoordiging op maat, omdat de rechter de bevoegdheden van de vertegenwoordiger kon beperken tot

¹¹⁰ Cf. B. SCHULTE, "Reform of Guardianship Laws in Europe – A Comparative and Interdisciplinary Approach" in J.M. EEKELAAR en D. PEARL (eds.), *An aging world: dilemmas and challenges for law and social policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, (591) 593.

¹¹¹ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 45.

bepaalde rechtshandelingen. Tot op vandaag maken deze regimes deel uit van de onderzochte rechtsstelsels.¹¹²

87. De versoepeling van de vertegenwoordiging bij onbekwaamheid werd door de nationale wetgevers op verschillende manieren gerealiseerd. Sommige rechtsstelsels stelden een meervoudig aanbod aan rechterlijke beschermingsstatuten ter beschikking, die elk een eigen toepassingsgebied hadden, om zo een aangepaste bescherming te kunnen bieden. De specifieke noden van de wilsonbekwame meerderjarige bepaalden onder welk regime hij terecht kwam. Dit was het geval in Frankrijk en Engeland & Wales (zie *infra*, nrs. 88 e.v.). In andere rechtsstelsels (België, Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland) koos men ervoor om één soepele maatregel ter beschikking te stellen, die kan worden aangepast aan de behoeften van de kwetsbare meerderjarige (zie *infra*, nrs. 91 e.v.).

§ 2. TYPE 1: PROPORTIONALITEIT VIA EEN MEERVOUDIG AANBOD AAN RECHTERLIJKE BESCHERMINGSMAATREGELEN

88. In Frankrijk schafte de wet van 3 mei 1968 de figuur van de *interdiction* af en verving ze deze door drie basisregimes met een verschillende beschermingsintensiteit. Enerzijds kwam de *curatelle* ten tonele, die de beschermde meerderjarige toelaat om bepaalde rechtshandelingen alleen te stellen maar voor andere acties bijstand vereist.¹¹³ Anderzijds creëerde men het vertegenwoordigingsregime van de *tutelle*, dat als het meest ingrijpende systeem van beide kan worden beschouwd omdat de rechter de handelingsbekwaamheid van de meerderjarige hiermee volledig aan banden kan leggen.¹¹⁴ Tot slot voerde men ook de *sauvegarde de justice* in. Deze maatregel voorziet in een minimale bescherming van volwassenen bij wie men een snel herstel van het oordeelsvermogen verwacht.¹¹⁵ De rechter kan in dat geval een bijzondere lasthebber aanduiden om een aantal noodzakelijke rechtshandelingen ten aanzien van het vermogen van de beschermde persoon te verrichten.¹¹⁶ De wet van 5 maart 2007 behield deze drie beschermingsregimes maar onderwierp ze aan verschillende wijzigingen in het kader van de beginselen noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en voegde er de lastgeving (*mandat de protection future*) aan toe.¹¹⁷

¹¹² België: art. 491 e.v. BW (*bewind*); Duitsland: § 1896 e.v. BGB (*Betreuung*); Engeland & Wales: S. 16 e.v. MCA 2005 (*deputyship*); Frankrijk: art. 425 e.v. C.Civ. (*curatelle, tutelle* en *sauvegarde de justice*); Oostenrijk: § 268, a) e.v. ABGB (*Sachwalterschaft*); Zwitserland: art. 390 e.v. ZGB (*Beistandschaft*).

¹¹³ Art. 440 C.Civ.

¹¹⁴ Art. 473 C.Civ.

¹¹⁵ Art. 435, eerste lid C.Civ.

¹¹⁶ Art. 437 C.Civ.

¹¹⁷ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 48.

89. In Engeland & Wales werd het recht inzake de bescherming van kwetsbare volwassenen hervormd door de Mental Health Act van 1959 en van 1983. Voor de keuze van een beschermingsmaatregel maakte men een onderscheid naargelang de aard van de belangen die moesten worden waargenomen. Situeerden deze zich op persoonsrechtelijk niveau, dan kon de rechter een *guardian* aanstellen. Voor patrimoniale kwesties maakte men een verdere opdeling. De *Court of Protection* kan een *receivership* instellen wanneer het vermogen van de kwetsbare meerderjarige meer waard was dan 5000 pond. Was het bedrag lager, dan werd een *short procedure order* ingesteld.¹¹⁸ Van echt maatwerk in functie van de wilsonbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige was evenwel nog geen sprake; zijn handelingsonbekwaamheid strekte zich uit tot zijn volledige vermogen.¹¹⁹ De Mental Capacity Act van 2005 voerde echter nieuwe wijzigingen door. Voortaan kan de rechter opteren voor de inschakeling van een *deputy* om de persoons- en/of vermogensrechtelijke belangen van een kwetsbare meerderjarige te beschermen. De bevoegdheden van deze vertegenwoordiger moeten zo beperkt mogelijk zijn in omvang en tijd.¹²⁰ De *Court of Protection* kan er ook voor kiezen om bepaalde vereiste rechtshandelingen zelf te stellen.¹²¹

90. Van groot belang is de bijzondere aandacht die de Engelse wetgever reeds in 1985 aan de lastgeving schonk. Terwijl de legislatieve ontwikkelingen op het Europese vasteland aan het einde van de twintigste eeuw zich beperkten tot de flexibilisering van de rechterlijke bescherming, ging de Engelse wetgever nog een stap verder. Hij was de eerste om de techniek van anticipatieve bescherming via lastgeving te reguleren. Dat komt omdat een gewone, gemeenrechtelijke volmacht volgens de *common law* eindigde wanneer de lastgever wilsonbekwaam werd, terwijl die in de overige stelsels verder kon worden gebruikt (zie *supra*, nr. 41 en *infra*, nr. 139).¹²² Daardoor ontstond sneller de behoefte aan afzonderlijke regelgeving. Men vond dat een volmacht net het meest van pas kon komen bij wilsonbekwaamheid.¹²³ De Enduring Power of Attorney Act van 1985, nadien geamendeerd door de Mental Capacity Act van 2005, liet de meerderjarige daarom toe om op voorhand aan te geven welke persoon zijn vermogen bij wilsonbekwaamheid zou beheren en welke richtlijnen deze hierbij moest volgen. Het Engelse recht speelde bijgevolg een pioniersrol in de wettelijke verankering en uitwerking van de lastgeving als beschermingsmaatregel.

¹¹⁸ J. HERRING, *Family law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2004, 629-630.

¹¹⁹ P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500 en 547.

¹²⁰ S. 16 (4)(b) en 19 (8) MCA 2005.

¹²¹ S. 16 (2) MCA 2005.

¹²² G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 398; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 3; *Halsbury's Laws of England*, Londen, Butterworths, 1973, 529.

¹²³ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 3.

§ 3. TYPE 2: PROPORTIONALITEIT VIA ÉÉN SOEPELE RECHTERLIJKE BESCHERMINGSMAATREGEL

91. De hierboven besproken rechtsstelsels bieden verschillende beschermingsmechanismen aan om een geïndividualiseerde juridische behandeling mogelijk te maken. België, Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland kozen er daarentegen voor om één soepele maatregel ter beschikking te stellen. Dit regime kan worden afgestemd op de bijzondere noden van de te beschermen volwassene. In Oostenrijk werd deze uniciteit gerealiseerd door de wet van 2 februari 1983, die komaf maakte met de toenmalige rechtsinstututen van de *Entmündigung* en het *Vormundschaft* en in de plaats daarvan het *Sachwalterschaft* introduceerde.¹²⁴ Naargelang de noden van de meerderjarige kan de rechter de opdracht van de *Sachwalter* beperken tot een specifiek takenpakket.¹²⁵

92. De radicale hervormingen in Oostenrijk oefenden een grote invloed uit op de ontwikkeling van het Duitse recht.¹²⁶ Met de wet van 12 september 1990¹²⁷ gooidde de Duitse wetgever drie beschermingsstatuten overboord: de *Entmündigung*, het *Vormundschaft* en het *Gebrechlichkeitspflegschaft*. Allemaal moesten ze wijken voor de introductie van één enkele maatregel: de *Betreuung*.¹²⁸ Dit bewindssysteem kan zowel op vermogensrechtelijk als op persoonsrechtelijk vlak toepassing vinden en gaat niet verder dan de handelingen die nodig zijn om de belangen van de beschermdde persoon te behartigen.¹²⁹

93. Oorspronkelijk werd het Belgische recht inzake meerderjarigenbescherming gekenmerkt door een pluraliteit aan beschermingsmaatregelen. Ook na de wet van 18 juli 1991, die het voorlopig bewind invoerde, bleef die pluraliteit in zekere mate aanwezig. Het voorlopig bewind liet weliswaar een toegesneden vertegenwoordiging toe met betrekking tot de vermogensrechtelijke belangen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam waren om hun goederen te beheren, maar de beschermingsstatuten die voorheen in België golden, namelijk de onbekwaamverklaring¹³⁰ en de toevoeging van een gerechtelijk raadsman¹³¹, bleven behouden. Wel verloren zij

¹²⁴ B. SCHULTE, "Reform of Guardianship Laws in Europe – A Comparative and Interdisciplinary Approach" in J.M. EEKELAAR en D. PEARL (eds.), *An aging world: dilemmas and challenges for law and social policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, (591) 597.

¹²⁵ Art. 268, derde lid ABGB.

¹²⁶ A. RÖTHEL, "Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge", *FamRZ* 2004, (999) 1001.

¹²⁷ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz), BGBl 1990, deel 1, nr. 48, 2002.

¹²⁸ A. SPICKHOFF, "Autonomie und Heteronomie im Alter", *AcP* 2008, (345) 360.

¹²⁹ § 1901, eerste lid BGB.

¹³⁰ Oud art. 489-512 BW.

¹³¹ Oud art. 513-515 BW.

door het voorlopig bewind hun relevantie. Enkel de verlengde minderjarigheid¹³², specifiek gericht op personen die vanaf hun geboorte of kort daarna zwaar mentaal gehandicapt zijn, bewees nog zijn nut.¹³³ In 2013 werd het Belgische recht inzake meerderjarigenbescherming evenwel opnieuw onder handen genomen en werd één globaal rechterlijk beschermingsstatuut geïntroduceerd (het bewind), dat komaf maakt met de andere beschermingsmaatregelen en zich ook uitstrekt tot de persoonsrechtelijke belangen van de wilsonbekwame meerderjarige.¹³⁴

94. In Zwitserland duurde het zeer lang alvorens het recht inzake de meerderjarigenbescherming enige wijzigingen onderging. Het in 1912 in kracht getreden *Vormundschaftsrecht* behield gedurende bijna een eeuw zijn gelding.¹³⁵ Niettemin kwamen de discussies over een grondige herziening van de in dit recht voorziene beschermingsmaatregelen (*Beistandschaft*, *Beiratschaft* en *Vormundschaft*) reeds vroeg op gang, in het raam van de onderhandelingen inzake de herziening van het familierecht aan het einde van de jaren zestig.¹³⁶ Het duurde echter tot 1 januari 2013 alvorens het nieuwe beschermingsstatuut (*Beistandschaft*) in de plaats trad van het oude, driedelige instrumentarium.¹³⁷ Met deze hervorming wilde men een einde maken aan de starheid van de regimes van voorheen.¹³⁸ Een beschermingsmaatregel kon toen niet naar believen worden gemoduleerd, want was gebonden aan de veralgemenende en abstracte omschrijving in de wet. Het nieuwe recht inzake de bescherming van volwassenen heeft zich van deze *numerus clausus* gedistantieerd.¹³⁹ Het *Beistandschaft* kent weliswaar vier specifieke

¹³² Oud art. 487bis-487octies BW.

¹³³ K. ROTHIER, *Verlengde minderjarigheid: de rechtspositie van de mentaal gehandicapte*, Brugge, die Keure, 2010, 253 p.; W. PINTENS, "Erwachsenenschutz, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in Belgien" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (263) 264; J. BAEL, "De nieuwe wettelijke regeling inzake het bewind en de planning van de nalatenschappen van de ouders van een mentaal gehandicapt kind", *T.Not.* 2014, (130) 134.

¹³⁴ Wet van 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. Deze wet zal op 1 september 2014 in werking treden (art. 22 wet van 12 mei 2014 houdende wijziging en coördinatie van diverse wetten inzake Justitie, *BS* 19 mei 2014).

¹³⁵ K. AFFOLTER, "Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenenschutzrecht", *AJP* 2006, (1057) 1057.

¹³⁶ Y. BIDERBOST, "Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes", *AJP* 2010, (3) 4.

¹³⁷ Art. 390 e.v. ZGB.

¹³⁸ H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 445.

¹³⁹ R.E. AEBI-MÜLLER en S. BIENZ, "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in der Schweiz" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (57) 60; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 445.

vormen, maar zij kunnen worden afgestemd op de individuele noden van de kwetsbare meerderjarige.¹⁴⁰

AFDELING III. INVLOED VAN BESCHERMING OP DE HANDELINGSBEKWAAMHEID VAN DE KWETSBARE MEERDERJARIGE

§ 1. BIJSTAND

95. De nieuwe beschermingsmechanismen betekenden een opwaardering van de persoonlijke keuzevrijheid van de wilsonbekwame volwassene ten aanzien van het lot van zijn goederen. Zijn handelingsbekwaamheid is immers niet noodzakelijk beëindigd wanneer hij aan een maatregel onderworpen is. Sommige regimes laten de meerderjarige toe om zelf rechtshandelingen te stellen op voorwaarde dat hij bij enkele daarvan wordt bijgestaan. Hij kan dus nog wel zelf optreden, maar niet zelfstandig.¹⁴¹ Zijn handelingsbekwaamheid blijft met andere woorden niet volledig intact maar evenmin is er sprake van een verlies van handelingsbekwaamheid; het gaat om een mildere vorm. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de Franse *curatelle* en het Zwitserse *Begleitbeistandschaft*.¹⁴² In België bepaalt artikel 492/2, eerste lid BW dat de vrederechter de vertegenwoordiging bij het verrichten van een rechtshandeling slechts kan bevelen ingeval de bijstand bij het verrichten van die handeling niet volstaat.

§ 2. VERTEGENWOORDIGING

A. *Handelings(on)bekwaamheid m.b.t. rechtshandelingen buiten de bevoegdheid van de bewindvoerder*

96. Wanneer een beschermingsmaatregel niet wordt opgelegd met het oog op bijstand maar op vertegenwoordiging, dan moet er wat de handelingsbekwaamheid van de meerderjarige betreft een onderscheid worden gemaakt tussen handelingen die zich binnen dan wel buiten het takenpakket van zijn vertegenwoordiger bevinden. Zoals eerder werd toegelicht, kan de vertegenwoordigingsmacht

¹⁴⁰ K. AFFOLTER, "Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2006, (1057) 1062; B. SCHNYDER, "Auf dem Weg zu einem umfassenden schweizerischen Erwachsenenschutzrecht", *FamRZ* 2006, (1569) 1574; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 445.

¹⁴¹ Zie bv.: art. 491 f) BW.

¹⁴² Art. 440 C.Civ. en art. 393 ZGB.

Hoofdstuk I. Van bevoegding naar vertegenwoordiging op maat

van een bewindvoerder in de verschillende rechtsstelsels immers tot specifieke rechtshandelingen of vermogensbestanddelen worden beperkt (zie *supra*, nr. 86).

97. Buiten de grenzen van dit takenpakket is de meerderjarige vrij om over zijn eigendom te beschikken.¹⁴³ Het loutere feit dat hij aan een beschermende maatregel onderworpen is, geeft bijgevolg geen aanleiding tot volledige handelingsonbekwaamheid. Enkel wanneer de meerderjarige feitelijk onbekwaam is voor het stellen van een bepaalde rechtshandeling, treedt een overeenstemmende juridische onbekwaamheid in en kan deze handeling worden aangevochten.¹⁴⁴

B. *Handelings(on)bekwaamheid m.b.t. rechtshandelingen binnen de bevoegdheid van de bewindvoerder*

1. Twee benaderingen

98. Wat de handelingsbekwaamheid van de meerderjarige betreft ten aanzien van rechtshandelingen die wel tot de opdracht van zijn vertegenwoordiger behoren, vallen binnen de onderzochte rechtsstelsels twee benaderingen te onderscheiden.¹⁴⁵ De meeste wetgevers verbinden de bevoegdheid van de bewindvoerder aan een daarmee overeenstemmende handelingsonbekwaamheid van de beschermde persoon. Dit juridisch etiket houdt in dat de beschermde persoon geen rechtshandeling mag stellen die in het takenpakket van zijn vertegenwoordiger is opgenomen. Een dergelijke handeling is ongeldig, zelfs indien de meerderjarige zich in een heldere tussenpoos bevond toen hij ze stelde (zie *supra*, nrs. 26-27).

99. Volgens een tweede benadering is de feitelijke toestand van de kwetsbare meerderjarige net de enige parameter om de geldigheid van zijn rechtshandelingen te beoordelen. Het feit dat hij onder rechterlijke bescherming staat, maakt hem niet handelingsonbekwaam. Hij kan nog steeds zelf en zelfstandig in het rechtsverkeer blijven optreden zolang hij hiervoor over de nodige mentale capaciteiten beschikt. De geldigheid van een rechtshandeling die de meerderjarige zelf verricht, is dus niet afhankelijk van het bevoegdhedenpakket van zijn bewindvoerder maar enkel van zijn feitelijke (on)bekwaamheid op het ogenblik van het stellen van de handeling.

¹⁴³ Zie bv. H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 446-447.

¹⁴⁴ Zie bv. art. 12 en 13 ZGB; art. 1108 BW.

¹⁴⁵ V. LIPP en J. O. WINN, "Guardianship and autonomy: foes or friends?", *Journal of International Aging, Law and Policy* 2011, (41) 54; L. SERIES, "Legal capacity and participation in litigation: recent developments in the European Court of Human Rights" in L. WADDINGTON, G. QUINN en E. FLYNN (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, te verschijnen, 5-6 van de pre-publicatie op www.academia.edu.

2. Type 1: bewind maakt meerderjarige handelingsonbekwaam

100. Tot het eerste type behoren het Belgische, Franse, Oostenrijkse en Zwitserse recht. In deze stelsels is de bewindvoerder exclusief bevoegd om de rechtshandelingen te stellen die hem door de rechter werden toevertrouwd (onder voorbehoud van de nuances die hierna worden toegelicht, zie *infra*, nrs. 102 en 104).¹⁴⁶ De meerderjarige wordt immers geacht niet in staat te zijn om deze handelingen nog zelf te verrichten.¹⁴⁷ Om te vermijden dat hij zichzelf zou benadelen, kunnen zijn verbintenissen worden aangevochten. Gelet op het vermoeden dat hij wilsonbekwaam is, hoeft de persoon die de nietigheid inroept niet aan te tonen dat de meerderjarige wilsonbekwaam was toen hij de betrokken rechtshandeling stelde, maar enkel dat hij onder rechterlijke bescherming stond.¹⁴⁸ De handelingsonbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige zorgt er dus voor dat hij de bescherming die zijn vertegenwoordiger biedt niet zelf kan uithollen door in het rechtsverkeer te blijven optreden.¹⁴⁹

101. In Oostenrijk vindt men het regime van handelingsonbekwaamheid terug in § 280, eerste lid ABGB, dat bepaalt dat de meerderjarige geen handelingen mag verrichten die deel uitmaken van de opdracht van de *Sachwalter*, tenzij hij hiervoor diens toestemming verkrijgt.¹⁵⁰ Enkel dan brengen deze handelingen rechtsgevolgen teweeg.¹⁵¹ In het andere geval kunnen zij door de bewindvoerder of zelfs door de contractpartner van de handelingsonbekwame meerderjarige worden aangevochten.¹⁵²

¹⁴⁶ België: art. 493, § 2, eerste en tweede lid BW; Frankrijk: art. 465, 3° C.Civ.; Oostenrijk: § 280, eerste lid ABGB; Zwitserland: art. 396, tweede lid en 398, derde lid ZGB.

¹⁴⁷ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 98; J.M. PAUWELS, "Preadvies Prof. Johan M. Pauwels" in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT IN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, (43) 51.

¹⁴⁸ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 285.

¹⁴⁹ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 20.

¹⁵⁰ M. GANNER en P. BARTH, "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax* 2010, (204) 206; G. HOPF, "§ 280 ABGB" in H. KOZIOL, P. BYDLINSKI en R. BOLLENBERGER (eds.), *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Wenen, Springer, 2007, (236) 237; J. STABENTHEINER, "§ 273 – § 273a ABGB" in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (423) 428; U. KIRCHHOFF, *Das Rechtsfolgenstatut der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, 178.

¹⁵¹ E. GITSCHTHALER, "Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen", *ÖJZ* 2004, afl. 4, B. 1.; J. STABENTHEINER, "§ 273 – § 273a ABGB" in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (423) 428.

¹⁵² § 280, eerste en tweede lid ABGB; § 865 ABGB; J. STABENTHEINER, "§ 273 – § 273a ABGB" in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (423) 428-429.

102. Het nieuwe Belgische artikel 493, § 2, eerste lid BW hanteert een minder strikt regime: het bepaalt dat wanneer de beschermde persoon met betrekking tot zijn goederen handelingen verricht die tot de bevoegdheid van zijn vertegenwoordiger behoren *en* die een machtiging van de vrederechter vereisen (namelijk daden van beschikking), deze handelingen rechtens nietig zijn.¹⁵³ Is voor deze handelingen geen machtiging vereist, dan kunnen zij pas nietig worden verklaard in geval van benadeling, of worden verminderd indien zij buitensporig zijn.¹⁵⁴ De handelingsonbekwaamheid in bovenstaande gevallen is overigens niet absoluut: het gaat steeds om een relatieve nietigheid, die bijgevolg enkel kan worden ingeroepen door de beschermde persoon of zijn bewindvoerder (art. 493, § 3, eerste lid en art. 1125, tweedelid BW).¹⁵⁵ Handelingsonbekwaamheid wordt bovendien strikt geïnterpreteerd: de rechter moet bij de aanvraag van het bewind steeds per rechtshandeling nagaan of de meerderjarige hiertoe wilsbekwaam is alvorens hij hem voor die handeling handelingsonbekwaam kan verklaren.¹⁵⁶

103. In de Franse Code Civil is de gedeeltelijke handelingsonbekwaamheid van de beschermde persoon terug te vinden in artikel 465, 3° C.Civ. Ook daar gaat het om een relatieve nietigheid.¹⁵⁷

104. Voor het Zwitserse *Vertretungsbeistandschaft* geldt dat de bekwaamheid van de meerderjarige door de rechter *kan* worden beperkt.¹⁵⁸ Het *Mitwirkungsbeistandschaft* maakt de volwassene daarentegen van rechtswege onbekwaam, weliswaar overeenkomstig de draagwijdte van de vertegenwoordiging.¹⁵⁹ Net als in Oostenrijk heeft deze handelingsonbekwaamheid tot gevolg dat rechtshandelingen van de meerderjarige slechts uitwerking krijgen wanneer ze door de vertegenwoordiger worden goedgekeurd en dat zij, indien dit niet gebeurt, ook door de contractpartner van de handelingsonbekwame kunnen worden aangevochten.¹⁶⁰

¹⁵³ 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) 297; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 576.

¹⁵⁴ Art. 493, § 2, tweede lid BW; 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) 297; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 576.

¹⁵⁵ F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 575; T. WUYTS, “De retroactieve werking van de handelingsonbekwaamheid van de persoon geplaatst onder voorlopig bewind: zegen of vloek?” (noot onder Brussel 21 maart 2007), *TBBR* 2008, (82) 85.

¹⁵⁶ Art. 492/1 BW.

¹⁵⁷ Art. 465, 3° C.Civ.; art. 1125 C.Civ.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 373.

¹⁵⁸ Art. 394, tweede lid ZGB.

¹⁵⁹ Art. 396, tweede lid ZGB.

¹⁶⁰ Art. 19, eerste lid ZGB; art. 19b, eerste lid ZGB; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 36; P. BREITSCHMID, “Art. 19b ZGB” in P. BREITSCHMID en A. RUMO-

Ook het *umfassende Beistandschaft* maakt automatisch een einde aan de handelingsbekwaamheid van de beschermde meerderjarige en strekt zich bovendien uit tot al diens persoons- en vermogensrechtelijke belangen.¹⁶¹

3. Type 2: bewind maakt meerderjarige niet handelingsonbekwaam

105. Naar Duits en Engels recht maakt de benoeming van een bewindvoerder de beschermde persoon niet handelingsonbekwaam. Hij kan nog steeds geldige rechtshandelingen verrichten, ook wanneer deze zich binnen het takenpakket van zijn vertegenwoordiger bevinden, zolang hij voor deze handelingen wilsbekwaam is.¹⁶² De beschermde volwassene kan dus zelfstandig optreden gedurende heldere tussenpozen. De Duitse en Engelse wetgever beschouwen de juridische bekwaamheid van de beschermde persoon bijgevolg als een functioneel concept.¹⁶³ Zij is verbonden aan de feitelijke bekwaamheid van de meerderjarige, die wordt nagegaan in functie van elke afzonderlijke beslissing. Zijn onbekwaamheid om één bepaalde rechtshandeling te verrichten staat bijgevolg los van zijn (on)bekwaamheid om een andere rechtshandeling te stellen.¹⁶⁴ Wel kan de handelingsbekwaamheid van de beschermde persoon in Duitsland ten aanzien van

JUNGO (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB* Zürich, Schulthess, 2012, (79) 79.

¹⁶¹ Art. 398, derde lid ZGB; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 31.

¹⁶² **Duitsland:** § 104 BGB; K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 309; A. SPICKHOFF, “Autonomie und Heteronomie im Alter”, *AcP* 2008, (345) 368; D. SCHWAB, “Probleme der Vorsorgevollmacht” in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlin, BWV, 2004, (27) 27; V. LIPP en J. O. WINN, “Guardianship and autonomy: foes or friends?”, *Journal of International Aging, Law and Policy* 2011, (41) 54; U. KIRCHHOFF, *Das Rechtsfolgenstatut der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, 171; **Engeland & Wales:** S. 20 (1) MCA 2005; L. SERIES, “Legal capacity and participation in litigation: recent developments in the European Court of Human Rights” in L. WADDINGTON, G. QUINN en E. FLYNN (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, te verschijnen, p. 6-7 van de pre-publicatie op www.academia.edu; P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500; DIRECTORATE GENERAL INTERNAL POLICIES OF THE UNION, *Comparative study on the legal systems of the protection of adults lacking legal capacity*, 2008, 43 (www.europarl.europa.eu).

¹⁶³ THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 32-33; L. SERIES, “Legal capacity and participation in litigation: recent developments in the European Court of Human Rights” in L. WADDINGTON, G. QUINN en E. FLYNN (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, Cambridge, Intersentia, 2014, te verschijnen, p. 6-7 van de pre-publicatie op www.academia.edu; zie ook: O. LEWIS, “Advancing legal capacity jurisprudence”, *E.H.R.L.R.* 2011, (700) 701.

¹⁶⁴ **Duitsland:** BVerfG 18 december 2002, *FamRZ* 2003, 359; BGHZ 10 februari 1960, *JurionRS* 1960, 12321; J. SCHMITT, “BGB § 104 Geschäftsunfähigkeit” in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 16; **Engeland & Wales:** JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT MENTAL INCAPACITY BILL, *Draft Mental Incapacity Bill*, Session 2002-03, volume I, 22 (www.publications.parliament.uk).

sommige handelingen worden beperkt door het opleggen van een *Einwilligungsvorbehalt*, waardoor de meerderjarige de toestemming van zijn bewindvoerder nodig heeft om zelf rechtsgeldig te kunnen optreden.¹⁶⁵

106. Het Duitse recht introduceerde de functionele benadering van handelingsonbekwaamheid reeds in 1992.¹⁶⁶ In het Engelse recht maakt het concept deel uit van de MCA en is het dus nog maar sinds 2005 van toepassing.¹⁶⁷ Tot dan gold het door de rechtspraak verkondigde principe dat een persoon wiens vermogen onder rechterlijke bescherming stond niet meer contractueel over zijn goederen mocht beschikken, ongeacht zijn feitelijke toestand, omdat dit de door zijn vertegenwoordiger geboden bescherming zou ondermijnen (zie *supra*, nr. 83).¹⁶⁸ In het rapport dat de basis vormt van de MCA, noemde de Law Commission deze benadering “*quite out of tune with the policy aim of enabling and encouraging people to take for themselves any decision which they have capacity to take*”.¹⁶⁹

107. Niettemin pleitte het *Joint Committee on the Draft Mental Incapacity Bill* tijdens de wetgevende hervormingen om de notie van ‘*general incapacity*’ in de nieuwe wet op te nemen, zonder afbreuk te willen doen aan de primauteit van de functionele benadering van bekwaamheid. Het comité was van mening dat het in sommige gevallen noodzakelijk is om een persoon handelingsonbekwaam te verklaren, bijvoorbeeld wanneer te vreezen valt dat hij in een staat van voortdurende wilsonbekwaamheid een reeks nadelige beslissingen gaat nemen.¹⁷⁰ De regering wees dit voorstel echter af: “*The Government is completely committed to the functional approach to assessing capacity. As the Committee realised, it is not immediately easy to see how this can be reconciled with a recognition of “general incapacity”*”.¹⁷¹ S. 20 (1) MCA 2005 schrijft dan ook voor dat een bewindvoerder

¹⁶⁵ § 1903 BGB; U. KIRCHHOFF, *Das Rechtsfolgenstatut der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, 172.

¹⁶⁶ V. LIPP en J. O. WINN, “Guardianship and autonomy: foes or friends?”, *Journal of International Aging, Law and Policy* 2011, (41) 54.

¹⁶⁷ S. 20 (1) MCA 2005; P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500.

¹⁶⁸ Re Walker [1905] 1 Ch. 160; Re Marshall [1920] 1 Ch. 284; Re Beaney (Deceased) [1978] 1 W.L.R. 770; H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 791; P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500 en 547; J. POOLE, *Textbook on contract law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 624; E. MCKENDRICK, *Contract law – Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 830; JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT MENTAL INCAPACITY BILL, *Draft Mental Incapacity Bill*, Session 2002-03, volume I, 23 (www.publications.parliament.uk).

¹⁶⁹ THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 33, nr. 3.3.

¹⁷⁰ JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT MENTAL INCAPACITY BILL, *Draft Mental Incapacity Bill*, Session 2002-03, volume I, 23 (www.publications.parliament.uk).

¹⁷¹ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *The Government Response to The Scrutiny Committee’s Report on the draft Mental Incapacity Bill*, 2004, R11 (<http://webarchive.national->

geen beslissing mag nemen voor de beschermde persoon wanneer hij weet of redelijkerwijze gelooft dat deze wilsbekwaam is om die beslissing zelf te nemen. De wetgever zet op die manier de deur open voor het eigen optreden van de beschermde persoon.¹⁷²

108. Toch zijn in de recente literatuur nog een aantal sporen van de oude benadering terug te vinden. Sommige auteurs menen namelijk dat een persoon niet gebonden kan zijn aan overeenkomsten waarin hij beschikt over zijn vermogen wanneer dit vermogen bij toepassing van de MCA onder de controle van de rechter staat.¹⁷³ Zij achtten de oude rechtspraak bijgevolg naar analogie van toepassing. Volgens het standaardwerk *Chitty on contracts* is het wachten op een gezaghebbende beslissing om hierover meer duidelijkheid te hebben.¹⁷⁴ Gelet op bovenstaande analyse van de parlementaire voorbereidingen van de MCA, komt het me voor dat een dergelijke beslissing in het voordeel van de functionele benadering zal zijn.

AFDELING IV. BESLUIT

109. Het recht inzake de bescherming van kwetsbare meerderjarigen in Europa is door de eeuwen heen sterk geëvolueerd. Kenmerkend voor deze ontwikkeling is de toenemende aandacht voor het zelfbeschikkingsrecht van de beschermde volwassene. De vereenzelviging van het kwetsbare individu met zijn hoedanigheid als patiënt maakte plaats voor een aanpak die zich eveneens richt op zijn fundamentele rechten en menselijke waardigheid. De focus verschoof van de beperkingen van de kwetsbare persoon naar zijn mogelijkheden en capaciteiten. Langzaam groeide een grensoverschrijdende eensgezindheid dat het zelfbeschikkingsrecht

archives.gov.uk). De regering voegde hier aan toe: “*We do however recognise that for some people, in order to provide adequate protection, it is necessary to consider their ability to make a range of inter-related or sequential decisions; or to consider their ability to manage a whole portfolio of assets, rather than each individual asset. We do not consider this inconsistent with the functional approach and envisage giving guidance to explain this.*” In de Code of Practice (de praktische leidraad bij de MCA 2005) wordt dit toegelicht: een persoon kan soms wel wilsbekwaam zijn om één welbepaalde beslissing te nemen maar uit de combinatie van deze beslissing met een aantal gerelateerde of opeenvolgende beslissingen kan blijken dat hij toch wilsonbekwaam is om die handelingen te stellen. Het is dan noodzakelijk dat zijn vertegenwoordiger deze handelingen in zijn plaats stelt. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 50.

¹⁷² P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500.

¹⁷³ E. PEEL en G.H. TREITEL, *Treitel on the law of contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 588; J. HURFORD, “Take then thy bond’: enforcing contracts against incapacitate parties after the Mental Capacity Act”, *Elder Law Journal* 2013, afl. 1, (61) 61-68.

¹⁷⁴ H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 791.

van de meerderjarige een onontbeerlijke premisse is voor zijn menselijke waardigheid.

110. Deze mentaliteitsverandering heeft zich in een eerste fase vertaald in een overschakeling van overbeschermende maatregelen naar soepelere, proportionele mechanismen, kneedbaar in functie van de concrete noden van elk individueel geval (zie *supra*, nrs. 86 e.v.). Systemen die tot een volledige onbekwaamverklaring leidden, werden afgeschaft of raakten in onbruik. In naam van het proportionaliteitsbeginsel werd de handelingsonbekwaamheid van de beschermde persoon zo veel mogelijk afgestemd op zijn feitelijke onbekwaamheid en sloot het statuut dus niet langer uit dat de meerderjarige voor bepaalde handelingen nog zelf in het rechtsverkeer optrad (zie *supra*, nrs. 95 e.v.).

111. In dit klimaat kon de lastgeving als beschermingsmaatregel gedijen. Naast een verdere flexibilisering van de rechterlijke beschermingsstatuten, gingen talrijke rechtsstelsels over tot een nauwere aflijning van hun toepassingsgebied: de subsidiariteit van een ingreep van overheidswege werd een feit. Het duurde niet lang vooraleer de eerste wettelijke omkaderingen van de lastgeving als alternatieve beschermingsmaatregel hun intrede maakten in het Europese juridische landschap.

HOOFDSTUK II

INTREDE VAN DE LASTGEVING IN HET RECHT INZAKE MEERDERJARIGENBESCHERMING

AFDELING I. OPWAARDERING VAN HET ZELFBESCHIKKINGSRECHT VAN DE KWETSBARE MEERDERJARIGE ONDER INVLOED VAN EUROPESE EN INTERNATIONALE TEKSTEN INZAKE MEERDERJARIGENBESCHERMING

§ 1. INLEIDING

112. Aan het begin van de eenentwintigste eeuw verschenen op het Europese en internationale toneel aanbevelingen en verdragen om de problematiek van kwetsbare meerderjarigen en vooral de mensenrechtelijke aspecten daarvan onder de aandacht van de nationale overheden te brengen. De persoonlijke autonomie van de meerderjarige, zoals die reeds verankerd was in artikel 8 EVRM (zie *supra*, nr. 53), verkreeg axiomatische waarde. Men promootte een maximaal behoud van de bekwaamheid van de beschermde persoon en het respect voor zijn wensen en gevoelens. Aan de beginselen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit werd een cruciale plaats toegewezen. Tevens vestigde men de aandacht op de fundamentele rechten van ouderen als een omvangrijke categorie binnen de kwetsbaren in de samenleving.

§ 2. BINDENDE TEKSTEN

A. VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap

113. Artikel 12 van het VN-Verdrag (2006), dat reeds door 145 landen werd geratificeerd¹⁷⁵, bevestigt het recht van personen met een handicap om overal als persoon erkend te worden voor de wet en dat zij op voet van gelijkheid met ande-

¹⁷⁵ Cijfer afkomstig van www.un.org/disabilities/, geraadpleegd op 22 mei 2014.

ren in alle aspecten van het leven rechts- en handelingsbekwaam zijn.¹⁷⁶ Deze bepaling noodzaakt staten tot een verhoogde aandacht voor de autonomie van andersvaliden.¹⁷⁷ Zij verbinden zich ertoe om geschikte maatregelen te nemen die andersvaliden ondersteunen in hun beslissingsproces (*supported decision-making*) en hen pas een wettelijke vertegenwoordiger op te leggen wanneer dergelijke ondersteuning niet volstaat (*substituted decision-making*).¹⁷⁸ In het bijzonder moeten zij het recht op eigendom van andersvaliden garanderen en ervoor zorgen dat zij hun eigen financiële zaken kunnen behartigen.¹⁷⁹ De verdragspartijen waarborgen bovendien dat alle maatregelen die betrekking hebben op de uitoefening van rechtsbekwaamheid voorzien in passende en doeltreffende waarborgen om misbruik te voorkomen.¹⁸⁰ Het vierde lid van artikel 12 wijst er voorts op dat de maatregelen in kwestie vrij moeten zijn van conflicterende belangen en aangepast aan de situatie van de beschermde persoon. Bovendien mogen zij slechts van toepassing zijn gedurende een zo kort mogelijke periode en moeten ze worden onderworpen aan een regelmatige beoordeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige instantie. Van belang voor het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige is vooral het vereiste dat maatregelen met betrekking tot de uitoefening van rechtsbekwaamheid de rechten, wil en voorkeuren van de desbetreffende persoon moeten respecteren.

B. *Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie*

114. Artikel 25 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2000) erkent het recht van ouderen om een waardig en zelfstandig leven te leiden en om aan het maatschappelijke en culturele leven deel te nemen. De verwijzing naar zelfstandigheid impliceert dat een beschermingsmaatregel hun zelfbeschikkingsrecht niet mag uithollen. Het Handvest onderscheidt zich op dit vlak van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarin geen aparte bescherming voor ouderen is opgenomen. Ouderdom werd lange tijd beschouwd

¹⁷⁶ 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) 8; M. GANNER en P. BARTH, "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax* 2010, (204) 205; O. LEWIS, "Advancing legal capacity jurisprudence", *E.H.R.L.R.* 2011, (700) 703; INCLUSION EUROPE, *Position paper of Inclusion Europe: Key elements of a system for supported decision-making*, 2008, 1, www.inclusion-europe.org.

¹⁷⁷ O. LEWIS, "Advancing legal capacity jurisprudence", *E.H.R.L.R.* 2011, (700) 704.

¹⁷⁸ M. GANNER en P. BARTH, "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax* 2010, (204) 206; 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) 8-12; INCLUSION EUROPE, *Position paper of Inclusion Europe: Key elements of a system for supported decision-making*, 2008, 5 p., www.inclusion-europe.org.

¹⁷⁹ Art. 12, vijfde lid van het Verdrag.

¹⁸⁰ Art. 12, vierde lid van het Verdrag.

als een probleem dat louter medische, politieke of economische oplossingen ver-eiste eerder dan een abstractere toevlucht naar een mensenrechtelijke omkade-ring.¹⁸¹ Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 bindend voor de Euro-pese instellingen. Het is ook van toepassing op de lidstaten van de Europese Unie, maar slechts wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.¹⁸² Bur-gers kunnen zich voor hun nationale rechter bovendien enkel op de grondrech-ten beroepen voor de uitlegging en wettigheidstoetsing van handelingen die door de instellingen, organen, instanties of lidstaten van de EU werden genomen ter uitvoering van die grondrechten.¹⁸³ Dit betekent dat de bescherming die door het Handvest wordt geboden niet te allen tijde kan worden ingeroepen en dus beperkt is.

§ 3. NIET-BINDENDE TEKSTEN

A. *Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults*

115. Via een comparatieve studie nam de Raad van Europa kennis van de legis-latieve hervormingen in Europa inzake de bescherming van volwassenen. De Raad stelde vast dat er naast een paar gemeenschappelijke karakteristieken nog talrijke divergenties bestonden tussen de nationale rechtsordes.¹⁸⁴ Daarom zette hij in 1999 in Rec (99)4 de principes uiteen waaraan een beschermingsmaatregel voor kwetsbare meerderjarigen zou moeten voldoen. De beginselen in de aan-beveling omvatten zowel algemene, leidende principes als procedurele beginselen, richtlijnen inzake de rol van wettelijke vertegenwoordigers en bepalingen met betrekking tot gezondheidskwesties. Het vrijwaren van de persoonlijke autono-mie van de beschermde meerderjarige is een belangrijke doelstelling van de aan-beveling en beschouwt de Raad van Europa als essentieel om diens grondrechten en menselijke waardigheid te kunnen garanderen.¹⁸⁵ De aanbeveling spoort staten daarom aan om voldoende aandacht te besteden aan de wensen en gevoelens van

¹⁸¹ F. MEGRET, "The human rights of older persons: a growing challenge", *H.R.L.R.* 2011, (37) 38.

¹⁸² Art. 51, eerste lid HGEU.

¹⁸³ Art. 52, vijfde lid HGEU; C. KOHLER en W. PINTENS, "Familienrechtliche Entwicklungen in der Europäischen Union und im Europarat", *FamRZ* 2008, (1669) 1670; B. FAVREAU, "La Charte des Droits Fondamentaux: pourquoi et comment?" in B. FAVREAU (ed.), *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, Brussel, Bruylant, 2010, (3) 27.

¹⁸⁴ S. JANSEN, "Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal protection of incapable adults, an introduction in particular to part V Interventions in the health field", *EJHL* 2000, (333) 333.

¹⁸⁵ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning conti-nuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 3.

het kwetsbare individu en zijn bekwaamheid maximaal te behouden.¹⁸⁶ Bijzondere aandacht gaat dan ook uit naar de principes van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en naar de daaruit voortvloeiende prioriteit van buitengerechtelijke maatregelen op formele beschermingsmechanismen.¹⁸⁷ In Principe 2.7 zet de Raad de lidstaten aan om dergelijke alternatieven ter beschikking te stellen door bekwame meerderjarigen toe te laten regelingen te treffen voor het geval zij later wilsonbekwaam zouden worden.

116. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bracht de aanbeveling tweemaal ter sprake in zijn jurisprudentie, namelijk in *H.F. t. Slovakije en Shtukaturov t. Rusland*.¹⁸⁸ In die laatste zaak oordeelde het Hof dat ondanks het niet-bindende karakter van de aanbeveling, de erin verkondigde principes een ‘*common European standard*’ in het domein van de meerderjarigenbescherming kunnen uitmaken.

B. *Recommendation (2009)11 concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity*

117. Tien jaar na de aanbeveling inzake meerderjarigenbescherming, werd door een nieuwe aanbeveling het respect voor privaatrechtelijke initiatieven uitdrukkelijk tot stelregel verheven. In Rec (2009)11 tekende de Raad van Europa de algemene krachtlijnen uit van de lastgeving als een instrument voor meerderjarigenbescherming. De Raad speelde met de aanbeveling in op de duidelijke trend naar het gebruik van volmachten als alternatief voor rechterlijke beschermingsmaatregelen. Verscheidene rechtsstelsels, waaronder Engeland, Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk, hadden op dat ogenblik reeds in een afzonderlijke rechtsbasis voor dit instrument voorzien. In sommige landen bleef legislatieve actie echter uit. De Raad van Europa wilde de nationale wetgevers die nog geen bijzonder lastgevingsregime hadden geïmplementeerd, bijstaan bij de regulering ervan en bood de overige landen de gelegenheid om te reflecteren over mogelijke aanpassingen.¹⁸⁹

118. De bevordering van de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige vormt het uitgangspunt van de aanbeveling en staat dan ook als essentiële doelstelling verankerd in Principe 1. De andere zestien principes handelen onder meer over de inwerkingtreding van de volmacht, de inhoud ervan, de vorm en

¹⁸⁶ Principe 3 en 9 Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults.

¹⁸⁷ Principe 5 en 6 Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults.

¹⁸⁸ EHRM 8 november 2005, *H.F. t. Slovakije*, § 39- 42, www.echr.coe.int; EHRM 27 maart 2008, *Shtukaturov t. Rusland*, § 95, www.echr.coe.int.

¹⁸⁹ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 13.

registratie, controle, de impact op de handelingsbekwaamheid van de meerderjarige, de aanwijzing van de lasthebber en de draagwijdte van diens bevoegdheden. Omdat het om een aanbeveling gaat en niet om een verdrag, dient de tekst louter als inspiratiebron en is ze dus niet bindend. Staten beslissen zelf hoe zij de algemene beginselen naar concrete regelgeving vertalen.¹⁹⁰ Voor verschillende kwesties verwijst de Raad dan ook naar de statelijke appreciatiemarge.

C. *Recommendation (2014)2 on the promotion of the human rights of older persons*

119. In 2014 vaardigde de Raad van Europa een nieuwe aanbeveling uit die specifiek gericht is op de bevordering van de menselijke waardigheid van ouderen en hun gelijke behandeling in de maatschappij, naar aanleiding van de toenemende vergrijzing.¹⁹¹ De principes uit deze aanbeveling zijn gebaseerd op bestaande internationale mensenrechtenverdragen zoals het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en het Europees Sociaal Charter.¹⁹² Het recht op persoonlijke autonomie neemt dan ook een belangrijke plaats in in de aanbeveling. Principe 9 bepaalt dat ouderen gerechtigd zijn om onafhankelijk hun eigen leven te leiden en zelf de invulling ervan te bepalen zolang zij hiertoe in staat zijn.¹⁹³ Dit betekent onder meer dat zij onafhankelijk beslissingen moeten kunnen nemen over alle kwesties die hen aanbelangen, zoals over hun vermogen en inkomsten.¹⁹⁴ Beperkingen in naam van hun bescherming zijn mogelijk, maar die moeten afgestemd zijn op de concrete situatie van de meerderjarige en geschikte waarborgen bevatten om misbruik en discriminatie te voorkomen.¹⁹⁵ De Raad van Europa streeft dan ook naar een balans tussen de autonomie en de bescherming van ouderen.¹⁹⁶

120. De aanbeveling herneemt het principe uit artikel 12 van het VN-Verdrag dat ouderen op dezelfde hoogte als anderen handelingsbekwaam zijn.¹⁹⁷ Slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag hun handelingsbekwaamheid worden

¹⁹⁰ 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 Schwenger zum 60. Geburtstag*, Bern, Stämpfli Verlag en Intersentia, 2011, (1399) 1412.

¹⁹¹ Principe 1 Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons; Explanatory memorandum of Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons, nr. 1.

¹⁹² Explanatory memorandum of Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons, nr. 4.

¹⁹³ Zie ook: Explanatory memorandum of Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons, nr. 20.

¹⁹⁴ Principe 9 Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons.

¹⁹⁵ Principe 9 Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons.

¹⁹⁶ Explanatory memorandum of Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons, nr. 2.

¹⁹⁷ Principe 12 Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons.

beperkt in functie van hun concrete noden.¹⁹⁸ Staten moeten bovendien steeds de voorkeur geven aan maatregelen die ouderen ondersteunen in hun beslissingsproces en pas in laatste instantie aan regimes waarbij een andere persoon beslissingen in hun plaats maakt.¹⁹⁹ De aanbeveling vermeldt ook uitdrukkelijk dat ouderen de mogelijkheid moeten hebben om regelingen te treffen voor het geval zij later niet meer in staat zouden zijn om hun wensen en voorkeuren uit te drukken.²⁰⁰

D. Documenten van belangengroepen

1. Mental Disability Advocacy Center

121. Naast voornoemde Europese en internationale officiële instrumenten, vestigen ook documenten van belangengroepen de aandacht op volwassenen die hun financiële belangen niet meer zelf kunnen regelen. Het Mental Disability Advocacy Center²⁰¹ in Boedapest stelde een uitvoerige lijst samen van indicatoren waaraan elke rechterlijke beschermingsmaatregel moet worden getoetst. Respect voor het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige krijgt hierbij een belangrijke plaats toegewezen. Zo bepleit men een maximaal behoud van bekwaamheid van de meerderjarige. Voorts wordt bepaald dat de selectie van een vertegenwoordiger gebaseerd moet worden op objectieve criteria en dat de wensen en gevoelens van de volwassene daarbij in rekening moeten worden gebracht. Ook bij het maken van beslissingen gedurende de vertegenwoordiging moet men de meerderjarige raadplegen en zijn mening zo veel als mogelijk volgen. De belangrijkste waarborg voor het behoud van zijn zelfstandigheid vindt men terug in de regel dat minder ingrijpende alternatieven dan het bewind ter beschikking moeten worden gesteld en er voorrang op hebben. De wettelijke implementatie van de lastgeving als beschermingsmaatregel wordt aldus ook hier aangemoedigd.

2. Alzheimer Europe

122. Alzheimer Europe is een niet-gouvernementele organisatie met vertakkingen in dertig Europese landen die beleidsmakers bewust wil maken van de gevolgen van dementie en de noodzaak aan interventie in de verschillende domeinen waarin de ziekte zich laat voelen.²⁰² In 2006 stelde de organisatie de *'Paris Declara-*

¹⁹⁸ Principe 15 Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons; Explanatory memorandum of Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons, nr. 26.

¹⁹⁹ Explanatory memorandum of Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons, nr. 24.

²⁰⁰ Principe 14 Recommendation (2014)2 on the promotion of human rights of older persons.

²⁰¹ <http://mdac.info/>.

²⁰² www.alzheimer-europe.org.

tion on the political priorities of the European Alzheimer Movement' op. Hierin roept Alzheimer Europe nationale en Europese beleidsmakers op om van Alzheimer en andere vormen van dementie een politieke prioriteit te maken. Met betrekking tot de juridische gevolgen van deze aandoening, engageert de organisatie zich om de autonomie van de patiënt te promoten. Nationale overheden en de Raad van Europa worden opgeroepen om kennis en praktijkervaring inzake vertegenwoordigingssystemen uit te wisselen en om een wettelijke basis te verlenen aan anticipatieve beschermingsmaatregelen. Alzheimer Europe wijst daarbij op het belang van aangepaste waarborgen om hun effectiviteit te verzekeren, zoals regels over registratie, gebruik en herziening.

AFDELING II. PERSONALISERING VAN RECHTERLIJKE MAATREGELLEN

123. De verhoogde internationale aandacht voor het zelfbeschikkingsrecht van kwetsbare meerderjarigen gaf het recht inzake de meerderjarigenbescherming een nieuw elan. Nationale wetten werden aan het einde van de twintigste en aan het begin van de eenentwintigste eeuw opnieuw onder handen genomen. Deze tweede golf aan veranderingen effende het pad naar meer betrokkenheid en zeggenschap voor de meerderjarige. Voortaan mocht hij zelf op voorhand zijn bewindvoerder kiezen en/of instructies geven over diens beleid.

124. In sommige rechtsstelsels was deze mogelijkheid al van meet af aan in de rechterlijke beschermingsmaatregelen opgenomen. Dit was bijvoorbeeld het geval in Duitsland. Naast het aanduiden van een bewindvoerder (§ 1897, vierde lid BGB), kan de meerderjarige richtlijnen vastleggen voor het beheer van zijn vermogen. Krachtens § 1901, derde lid BGB is de bewindvoerder verplicht om te handelen conform deze wensen, zolang deze haalbaar zijn en het welzijn van de betrokkene niet in het gedrang brengen. Het verschil tussen de lastgeving en deze *Betreuungsverfügung* is dat de bewindvoerder, in tegenstelling tot een lasthebber, voor sommige rechtshandelingen een rechterlijke machtiging nodig heeft en onder het toezicht van de rechter staat.²⁰³

125. Ook andere rechtsstelsels voerden op termijn een dergelijke personalisering van hun rechterlijke beschermingsmaatregelen door. In België bijvoorbeeld, maakte de mogelijkheid tot een voorafgaandelijke wilsverklaring inzake de aanwijzing van een voorlopige bewindvoerder deel uit van de hervorming van het

²⁰³ K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 256; W. MÜLLER-FREIENFELS, "Die Altersvorsorgevollmacht" in N. HORN (ed.), *Festschrift Helmut Coing*, München, Beck, 1982, (395) 400-401.

voorlopig bewind door de wet van 3 mei 2003 (oud artikel 488*bis*, b), § 2, eerste lid BW).²⁰⁴ De vrederechter kon slechts om ernstige redenen gemotiveerd van een dergelijke verklaring afwijken.²⁰⁵ Na de hervormingen van 2013 is het voor de meerderjarige bovendien ook mogelijk om in zijn verklaring beginselen op te nemen die de bewindvoerder in acht moet nemen bij de uitvoering van zijn opdracht, naar analogie van het Duitse recht.²⁰⁶ Daarnaast heeft de beschermde persoon het recht om zich gedurende het bewind te laten bijstaan door een vertrouwenspersoon, die een aantal controlebevoegdheden heeft en de mening van de beschermde persoon kan vertolken.²⁰⁷ Op die manier krijgt de meerderjarige inspraak in de bewindvoering. Ook in Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland heeft de kwetsbare meerderjarige de vrijheid om zelf zijn bewindvoerder te kiezen en/of wensen over diens beleid te formuleren.²⁰⁸

AFDELING III. INTRODUCTIE VAN BUITENGERECHTELIJKE MAATREGELEN

A. *Versterking van familiale solidariteit*

126. Naast de personalisering van de rechterlijke bescherming ontwikkelden de verschillende wetgevers alternatieve maatregelen die deze bescherming overbodig konden maken. Op die manier wilden zij de autonomie van kwetsbare meerderjarigen zoveel en zolang mogelijk gevrijwaard houden van publieke tussenkomst. Een van deze alternatieven is de informele vertegenwoordiging door de partner of familieleden van de kwetsbare meerderjarige. Door het versterken van de familiale solidariteit zorgden de wetgevers ervoor dat de overname van het vermogensbeheer bij wilsonbekwaamheid zo geruisloos mogelijk kon verlopen. Tegelijk verlichtte men de werklast van de gerechten; een rechterlijke procedure is niet noodzakelijk zolang een informeel beschermingskader voldoende soelaas biedt.²⁰⁹

²⁰⁴ Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *BS* 31 december 2003, 62 266.

²⁰⁵ Oud art. 488*bis*, b), § 2, zesde lid BW.

²⁰⁶ Art. 496, tweede lid BW.

²⁰⁷ Art. 501/2 BW; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind. Actualités autorité parentale, tutelle et administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, (3) 20; W. JANSSENS, "De vertrouwenspersoon in het Belgisch voorlopig bewind over de goederen van kwetsbare meerderjarigen", *FJR* 2011, (326) 326-332.

²⁰⁸ Frankrijk: art. 448 C.Civ.; Oostenrijk: § 279, eerste lid ABGB; Zwitserland: art. 401, eerste lid en 406, eerste lid ZGB.

²⁰⁹ Cf. ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 4; M. SCHAUER, "Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006", *FamZ* 2006, (148) 148; *Message concernant la révision*

127. Vooral het Oostenrijkse en Zwitserse recht getuigen van een sterke focus op de familiale omgeving van de kwetsbare meerderjarige. In beide stelsels zijn bepaalde naasten van de kwetsbare meerderjarige van rechtswege bevoegd om hem te vertegenwoordigen wanneer er geen lasthebber of bewindvoerder is aangesteld.²¹⁰ De betrokken wetgevers wilden een wettelijke grondslag verlenen aan de bestaande vormen van familiale ondersteuning in de praktijk.²¹¹ Sinds 2006 kennen § 284b en 284c, eerste lid ABGB een vertegenwoordigingsrecht toe aan de ouders van de meerderjarige, aan zijn meerderjarige kinderen, aan zijn echtgenoot of wettelijk samenwonende partner met wie hij een gemeenschappelijke huishouding voert en aan zijn feitelijk samenwonende partner, op voorwaarde dat hij sinds minstens drie jaar met deze persoon samenleeft. In Zwitserland is het personele toepassingsgebied van de regeling, die in 2013 in werking trad, beperkter: artikel 374, eerste lid ZGB creëert een vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de echtgenoot en wettelijk samenwonende partner van de kwetsbare meerderjarige die een gemeenschappelijke huishouding met hem voert dan wel regelmatig persoonlijke bijstand biedt. Deze bevoegdheid vindt haar grondslag in de bijstandsplicht van gehuwden en samenwonenden en vormt een uitbreiding van het vertegenwoordigingsrecht dat deze personen reeds toekomt op grond van hun huwelijk of wettelijke samenwoning.²¹² In beide stelsels stelde men wel grenzen aan de reikwijdte van de vertegenwoordigingsbevoegdheid om misbruiken te voorkomen.²¹³

128. In 2003 stelde men ook in Duitsland voor om echtgenoten bevoegd te maken om elkaar bij wilsonbekwaamheid te vertegenwoordigen om op die manier de subsidiariteit van het bewind effectiever te maken.²¹⁴ Het voorstel werd evenwel niet aangenomen omdat men het risico op misbruik te groot achtte en men liever wilde dat de meerderjarige zelf iemand bij volmacht zou aanduiden die hij op voorhand instructies kan geven.²¹⁵

129. In andere stelsels, zoals België en Frankrijk, zijn de naasten van de kwetsbare meerderjarige niet van rechtswege bevoegd om voor hem op te treden maar biedt het huwelijksrecht wel een vergelijkbare oplossing. Verschillende bepalingen

du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, 6668 (www.ejpd.admin.ch).

²¹⁰ Oostenrijk: § 284b-e ABGB; Zwitserland: art. 374-376 ZGB.

²¹¹ ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 4.

²¹² *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, 6648 en 6668 (www.ejpd.admin.ch).*

²¹³ Oostenrijk: § 284b ABGB; ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 25; M. SCHAUER, "Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006", *FamZ* 2006, (148) 152; Zwitserland: art. 374, tweede en derde lid ZGB.

²¹⁴ BT-Drucks. 15/2494, 5-6.

²¹⁵ BT-Drucks. 15/4874, 26; A. STEINER, "Österreich: Vorsorgevollmacht und Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger", *ZEV* 2007, (429) 429-430.

gen voorzien in een regeling voor het geval een van de echtgenoten niet langer in staat is om zijn wil te kennen te geven.²¹⁶ De toepassing daarvan veronderstelt wel een rechterlijke tussenkomst.²¹⁷ De bekwame echtgenoot kan bijvoorbeeld een rechterlijke machtiging vragen om alleen een rechtshandeling te stellen waarvoor in beginsel ook de instemming van zijn echtgenoot vereist is.²¹⁸ Tevens kan hij zich laten machtigen om als vertegenwoordiger op te treden bij de uitoefening van de bevoegdheden die voortvloeien uit het huwelijksvermogensstelsel of zich hiervoor in de plaats laten stellen van zijn onbekwame partner.²¹⁹ Enkele van deze maatregelen staan ook ter beschikking van wettelijk en/of feitelijk samenwonenden.²²⁰ Krachtens artikel 428 C.Civ. hebben deze informele beschermingstechnieken voorrang op het bewind. De Belgische rechtspraak, gevolgd door een deel van de rechtsleer, oordeelde in dezelfde zin.²²¹

B. Lastgeving als ultieme erkenning van persoonlijke autonomie

130. De hervormingen waaraan de verschillende nationale wetgevers hun regeling inzake meerderjarigenbescherming onderwierpen, gingen nog verder. Men was er zich van bewust dat van een werkelijke opwaardering van het zelfbeschikkingsrecht van de kwetsbare meerderjarige pas sprake kon zijn wanneer hij de wettelijk voorziene mogelijkheid had om op voorhand de organisatie van zijn eigen juridische bescherming uit te tekenen en zo een rechterlijke maatregel te vermijden.²²² De regulering van lastgeving als beschermingsmaatregel maakte een belangrijke verworvenheid uit van de legislatieve hervormingen in Europa inzake de bescherming van kwetsbare meerderjarigen. Voor het eerst ruimde de haast monopolistische positie van de staat inzake de bescherming van onbekwame volwassenen plaats voor de idee dat een individu zijn toekomstige belangen zelf naar eigen inzicht mag regelen door op voorhand aan te geven wie de zorg voor zijn

²¹⁶ België: art. 214, 220, 1420 en 1426 BW; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 515; Frankrijk: art. 217, 219, 1426 en 1429 C.Civ.; N. PETERKA, “Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée”, *AJ Famille* 2012, (253) 253 e.v.

²¹⁷ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 515.

²¹⁸ België: art. 220, §§ 1 en 3 en 1420 BW; Frankrijk: art. 217 C.Civ.

²¹⁹ België: art. 220, § 2 en 1426 BW; Frankrijk: art. 219, 1426 en 1429 C.Civ.

²²⁰ België: art. 1477 § 2 j° art. 220 § 1 BW; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 515; Frankrijk: art. 815-4 en 815-5 C.Civ.; N. PETERKA, “Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée”, *AJ Famille* 2012, (253) 254.

²²¹ Rb. Antwerpen 14 mei 2012, *NFM* 2013, 170, noot V. VANDERHULST; Vred. Marchienne-au-Pont 11 mei 1994, *JLMB* 1995, 1058; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 190-192; W. PINTENS en A. VERBEKE, “Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige”, *RW* 1991-92, (169) 170. *Contra*: F. SWENNEN en T. ROBERT, “De toezichhouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – capita selecta”, *RW* 2003-04, (1614) 1627.

²²² M. PREISNER, “Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa – Zusammenfassung” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (327) 329.

vermogen in een informele context zal overnemen en welke lotsbestemmingen hij hiervoor in gedachten heeft.

C. *Kostenargument*

131. Hoewel de opwaardering van het zelfbeschikkingsrecht van de mens ten grondslag ligt aan de regulering van lastgeving als een beschermingsinstrument in Europa, kan men in een materie als de bescherming van meerderjarigen niet beweren dat idealisme de enige drijfveer vormt van nationale wetgevers om hun burgers toe te laten het heft in eigen handen te nemen. Gelet op de steeds groter wordende groep kwetsbaren in de samenleving, gaan er achter de recente ontwikkelingen inzake lastgeving ook financiële motieven schuil.²²³ De privatisering van de meerderjarigenbescherming resulteert in een ontlasting van het gerecht, al wordt dit kostenargument niet altijd op de voorgrond gebracht omdat men het veelal als 'minder legitiem' beschouwt.²²⁴ Nochtans wordt en moet het bij beleidskeuzes wel degelijk in rekening worden gebracht. Een efficiënte allocatie van overheidsmiddelen in het kader van meerderjarigenbescherming impliceert hun benutting waar nodig, en dus niet daar waar eigen initiatieven een afdoende oplossing kunnen bieden. De staat kan dan meer middelen vrijmaken voor burgers voor wie rechterlijke bescherming wel onontbeerlijk is.²²⁵ Pragmatisme en idealisme gaan in deze materie hand in hand.²²⁶

²²³ R. ANDORNO, "An Important Step in the Promotion of Patients' Self-Determination", *EJHL* 2010, (119) 120; D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge - Familienrecht in Bewegung*, Berlin, BWV, 2004, (27) 31; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 568; A. WYLLEMAN, "Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 111. Zie bv.: *Parl.St. Kamer* 2011-12, nr. 53-1009/010, 31.

²²⁴ D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Deffrénois* 2009, (142) 142; M. PREISNER, "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa - Zusammenfassung" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (327) 356.

²²⁵ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 75-76.

²²⁶ A. BATTEUR, "Contrat et mesures de protection", *JCP N* 2008, (1275) nr. 11.

DEEL III
LASTGEVING ALS INSTRUMENT
VAN VERMOGENSBESCHERMING

HOOFDSTUK I

LASTGEVING ALS BESCHERMINGSMAATREGEL VÓÓR DE BIJZONDERE REGIMES

AFDELING I. INLEIDING

132. In de meeste stelsels kon men reeds vóór de implementatie van de lastgeving in het recht inzake meerderjarigenbescherming van deze techniek gebruik maken om op een toekomstige onbekwaamheid te anticiperen (zie *supra*, nr. 44). Op deze bijzondere vorm van vertegenwoordiging waren de gemeenrechtelijke regels integraal van toepassing. Dit was het geval in België, Duitsland, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland. In de eerste vier stelsels nam men aan dat het voortbestaan van een volmacht niet afhankelijk was van de geestestoestand van de lastgever en eindigde zij dus niet bij wilsonbekwaamheid (zie *infra*, nrs. 134 e.v.). In Zwitserland was het uitgangspunt weliswaar omgekeerd, maar had de lastgever de mogelijkheid om deze beëindigingsgrond in zijn volmacht uit te sluiten (zie *infra*, nrs. 137 e.v.).

133. Beide types staan in schril contrast met het Engelse recht, volgens welk een volmacht automatisch kwam te vervallen wanneer de lastgever mentaal niet langer in staat was om zelf zijn zaken te behartigen, afgezien van enkele uitzonderingen (zie *supra*, nr. 41 en *infra*, nrs. 139 e.v.).

AFDELING II. TYPE 1: BEHOUD VAN LASTGEVING BIJ WILSONBEKWAAMHEID TENZIJ ANDERS BEPaald

134. In een eerste type rechtsstelsels bleef een volmacht automatisch voortbestaan wanneer de lastgever zijn intellectuele capaciteiten verloor. Deze regel leed enkel uitzondering wanneer de lastgever had bepaald dat de volmacht moest eindigen wanneer hij niet langer bekwaam zou zijn. Omgekeerd hoefde de lastgever dus niets te preciseren wanneer hij wilde dat de volmacht bleef voortduren. Tot dit type behoren België, Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk.

135. Volgens het Belgische en Franse artikel 2003 BW respectievelijk C.Civ. eindigde lastgeving (onder meer) door de *onbekwaamverklaring* respectievelijk *tutelle* van de lastgever. De rechtspraak en de rechtsleer in beide landen interpreteerden de bepaling in die zin dat de lastgeving een einde nam zodra de lastgever handelingenonbekwaam werd omwille van een beschermingsmaatregel, zoals bijvoorbeeld het voorlopig bewind, de *curatelle* en de *tutelle*.²²⁷ De lastgeving bleef dan enkel behouden voor zover ze niet het takenpakket van de bewindvoerder betrof.²²⁸ Artikel 2003 BW/C.Civ. beperkte zich er bijgevolg toe te bepalen dat lastgeving eindigde bij juridische onbekwaamheid van de lastgever door de toepassing van een rechterlijke beschermingsmaatregel. Het artikel had niet tot gevolg dat een verleende volmacht reeds kwam te vervallen wanneer de lastgever feitelijk onbekwaam werd.²²⁹ In België werd dit in 2011 nog bevestigd door het Comité voor Studie en Wetgeving van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat.²³⁰ Men kon dus via een gewone volmacht anticiperen op een toekomstige onbe-

²²⁷ België: P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 305; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 336-337; A. WYLLEMAN, "Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 111; Y.-H. LELEU, "La protection conventionnelle des personnes vulnérables" in Y.-H. LELEU (ed.), *Administration provisoire, questions pratiques: gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats*, Luik, Anthemis, 2010, (225) 240; Frankrijk: Cass.fr. 22 oktober 1963, *JCP* 1963, IV, 162; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 609-610; 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.

²²⁸ W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind. Actualités autorité parentale, tutelle et administration provisoire*, Brugge, die Keure, 2004, (3) 5; P. WÉRY, *Contrats divers – mandat in Rép.Not.*, IX, Brussel, Larcier, 2000, 305; T. WUYTS, "Onbekwamen in het vermogensrecht" in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 103.

²²⁹ België: P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 308; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 337; 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; Y.-H. LELEU, "La protection conventionnelle des personnes vulnérables" in Y.-H. LELEU (ed.), *Administration provisoire, questions pratiques: gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats*, Luik, Anthemis, 2010, (225) 239. Een minderheid in de rechtsleer verdedigde de stelling dat de lasthebber niet meer kon optreden bij feitelijke onbekwaamheid van de lastgever: C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten*, III, Mechelen, Kluwer, 2005, 244; W. DE VOGELAERE, "Conventionele lastgeving: organiseer zelf uw onbekwaamheid", *Nieuwsbrief Notariaat* 2013, afl. 17, (7) 8; Frankrijk: Cass.fr. 22 oktober 1963, *JCP* 1963, IV, 162; J. PICARD, "Handicap de santé à venir: incertitudes et promesses du mandat", *JCP N* 2000, (651) 651; 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.

²³⁰ CSW dossier 4397, "Kan er nog gebruik gemaakt worden van een volmacht in geval van feitelijke onbekwaamheid van de lastgever?" (Verslag A. WYLLEMAN en C. DE WULF), onuitg.; zie ook p. 19-20 van de praktijkbrochure van de Koning Boudewijnstichting en de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat (*Het voorlopig bewind, een manier om het vermogen te beschermen van wie het niet meer kan*), verschenen in 2012, te raadplegen op www.notaris.be.

kwaamheid, alleen had die volmacht geen wettelijke voorrang op rechterlijke maatregelen.²³¹

136. Ook in Oostenrijk namen rechtspraak en rechtsleer aan dat een volmacht, verleend overeenkomstig het gemene recht in § 1002 ABGB e.v., niet eindigde door de feitelijke onbekwaamheid van de lastgever.²³² In Duitsland heeft de wetgever dit uitdrukkelijk bepaald: § 168 BGB, in samenhang met § 672 BGB en § 104 BGB, schrijft voor dat wilsonbekwaamheid geen einde stelt aan een eerder verleende volmacht.²³³ De lasthebber blijft bevoegd om zijn lastgever te vertegenwoordigen.²³⁴

AFDELING III. TYPE 2: BEËINDIGING VAN LASTGEVING BIJ WILSONBEKWAAMHEID TENZIJ ANDERS BEPAALD

137. Het Zwitserse artikel 35 OR, in samenhang met artikel 405 OR, bepaalt dat een volmacht eindigt door de overeenstemmende handelingsonbekwaamheid van de lastgever, tenzij deze lastgever het tegendeel heeft bepaald of wanneer het voortbestaan van de volmacht voortvloeit uit haar aard. De rechtspraak en de doctrine, alsook de rechtspractici, nemen op grond van artikel 17 ZGB aan dat de bepaling ook doelt op het verlies van intellectuele capaciteiten en dus niet alleen

²³¹ 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) 262; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 568 (die over een "reeds bestaande praktijk" spreekt). Er waren wel verschillende auteurs die de voorrang van de lastgeving op het bewind bepleitten, zolang de belangen van de kwetsbare meerderjarige niet in gevaar waren. Zie bv.: W. PINTENS, "Erwachsenenschutz, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in Belgien" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (263) 272-273.

²³² 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; M. SCHAUER, "'Vorsorgevollmacht' für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts", *RZ* 1998, (100) 103; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 22.

²³³ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 2; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 127.

²³⁴ W. MÜLLER-FREIENFELS, "Die Altersvorsorgevollmacht" in N. HORN (ed.), *Festschrift Helmut Coing*, München, Beck, 1982, (395) 406; W. BAUMANN, "Generalvollmachten als Vorsorgevollmachten", *MittRhNotK* 1998, (1) 5; D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlin, BWV, 2004, (27) 34.

op de toepassing van een beschermingsmaatregel.²³⁵ Het uitgangspunt is dat een volmacht eindigt in de mate dat zij betrekking heeft op rechtshandelingen waarvoor de lastgever zelf onbekwaam is geworden, tenzij de lastgever heeft bepaald dat zij in dat geval verder moet blijven bestaan.²³⁶

138. Vóór de hervorming van het recht inzake meerderjarigenbescherming volgde hieruit niet alleen dat een volmacht die reeds vóór de feitelijke onbekwaamheid in werking was getreden, haar gelding kon behouden, maar ook dat een lastgever zijn volmacht pas op het ogenblik van die onbekwaamheid in werking kon laten treden.²³⁷ Er gold toen evenwel nog geen principiële voorrang van een dergelijke volmacht op rechterlijke maatregelen. Men nam aan dat een wettelijke vertegenwoordiger moest worden aangesteld om de uitvoering van de lastgeving te controleren of te beëindigen zodra de lastgever niet langer in staat was om dit zelf te doen.²³⁸

AFDELING IV. TYPE 3: VAN RECHTSWEGE BEËINDIGING VAN LASTGEVING BIJ WILS- ONBEKWAAMHEID

139. Volgens de *common law* eindigt een gewone volmacht in Engeland & Wales (*power of attorney*) van rechtswege wanneer de lastgever mentaal niet langer in staat is om zelf zijn zaken te behartigen, afgezien van enkele uitzonderingen.²³⁹ De

²³⁵ BGE 23 mei 2005, BGE 132 III, 222; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 72-74; T. GEISER, “Demenz und Recht Regulierung – Deregulierung”, ZVW 2003, (97) 101; R.E. 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) 75; O. KÄLIN, “Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen: Dispute Resolution und ausgewählte Probleme”, ST 2008, (1048) 1050; 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) 47.

²³⁶ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 72 e.v.

²³⁷ *Idem*, 75.

²³⁸ BGE 22 mei 2008, BGE 134 III, 385; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 74; C. ZUMSTEIN-SCHULER en B. MEYER, “Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Kurzeinführung für Praktiker”, *Anwaltspraxis* 2012, (287) 287; 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; P. BREITSCHMID en J. REICH, “Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts, Erb- und Obligationenrecht”, ZVW 2001, (144) 165.

²³⁹ G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 398; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 3; *Halsbury's Laws of England*, Londen, Butterworths, 1973, 529; H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 790.

lastgever kan niet van dit principe afwijken door een andersluidende bepaling in de lastgevingsovereenkomst op te nemen. Men gaat ervan uit dat een vertegenwoordiger juridisch gezien niet meer kan doen dan dat waartoe zijn opdrachtgever op dat moment zelf toe in staat is.²⁴⁰ Twee arresten aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw liggen aan de oorsprong van deze lotsverbondenheid tussen vertegenwoordiger en vertegenwoordigde.²⁴¹ De beëindiging van de volmacht dient wel in die zin te worden genuanceerd dat een vertegenwoordiger zijn lastgever nog steeds kan binden wanneer hij handelt met een derde die niet op de hoogte is van de onbekwaamheid van de lastgever (*apparent authority*).²⁴² Bovendien is hij niet aansprakelijk jegens de lastgever of een andere persoon wanneer hij zelf geen weet had van de wilsonbekwaamheid.²⁴³

140. Het principe van de beëindiging van rechtswege leidde aanvankelijk tot het ongewenste gevolg dat de bevoegdheid van de lasthebber verviel net wanneer de nood voor vertegenwoordiging het hoogst was. De enige oplossing bestond erin dat de rechter een bewindvoerder aanwees om het vermogen van de meerderjarige verder te beheren.²⁴⁴ Vandaar dat men reeds in 1985 een bijzondere wet stemde die toeliet om een speciale volmacht op te stellen die wel van toepassing blijft nadat de lastgever onbekwaam is geworden of op dat moment in werking treedt, mits men verschillende wettelijke vereisten respecteert.²⁴⁵

AFDELING V. BESLUIT

141. Via de regulering van de lastgeving als beschermingsmaatregel hebben de verschillende wetgevers een reeds bestaande praktijk wettelijk omkaderd. Enkel in het derde type (Engeland & Wales) kreeg de lastgeving door deze regelgeving

²⁴⁰ 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 & Maxwell, 2008, 24; W. MÜLLER-FREIENFELS, “Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht” in P. FORSTMOSER, H. GIGER en A. HEINI (eds.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 1989, (35) 55.

²⁴¹ *Drew v Nunn* [1878] 4 QBD 661; *Yonge v Toynbee* [1910] 1 KB 215.

²⁴² S. 5 (2) Power of Attorney Act 1971; *Drew v Nunn* [1878] 4 QBD 661; *Halsbury's Laws of England*, Londen, Butterworths, 1973, 529; J.T. FARRAND, “Enduring Powers of Attorney” in J.M. EEKELAAR en D. PEARL (eds.), *An aging world: dilemmas and challenges for law and social policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, (637) 639; W. MÜLLER-FREIENFELS, “Die Altersvorsorgevollmacht” in N. HORN (ed.), *Festschrift Helmut Coing*, München, Beck, 1982, (395) 413-416.

²⁴³ S. 5 (1) Power of Attorney Act 1971; J.T. FARRAND, “Enduring Powers of Attorney” in J.M. EEKELAAR en D. PEARL (eds.), *An aging world: dilemmas and challenges for law and social policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, (637) 639.

²⁴⁴ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 3.

²⁴⁵ 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 (zie *supra*, nr. 41). G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 409.

een volledig nieuwe rol toebedeeld; voorheen kon zij niet bij wilsonbekwaamheid worden gebruikt (zie *supra*, nrs. 139 e.v.). In de andere stelsels kon een meerderjarige reeds voor de introductie van de bijzondere regimes een volmacht verlenen die bleef voortduren wanneer hij niet langer in staat was om zijn vermogen zelf te beheren. In de stelsels van het eerste type (het Belgische, Duitse, Franse en Oostenrijkse recht) hoefde de lastgever dit voortbestaan zelfs niet in zijn volmacht voor te schrijven (zie *supra*, nrs. 134 e.v.). Dat was wel vereist naar Zwitsers recht, dat om die reden een afzonderlijk type uitmaakt (zie *supra*, nrs. 137 e.v.). Omdat de wilsonbekwaamheid van de lastgever geen hindernis was voor de verdere toepassing van de lastgeving, kon men in beide types ook bepalen dat de bevoegdheid van de lasthebber pas vanaf dat ogenblik zou ingaan.

142. De wetgevers kwamen evenwel tot de vaststelling dat het gemene recht vertrekt vanuit de premisse dat de lastgever de uitvoering van de lastgeving kan controleren en herroepen, wat bij wilsonbekwaamheid per definitie niet het geval is. Zij verbonden daarom bijkomende waarborgen aan het instrument, opdat men het zou kunnen inzetten als een volwaardig alternatief voor het bewind, dat sindsdien een subsidiaire maatregel is (zie *supra*, nr. 44). In het volgende hoofdstuk zal worden nagegaan of deze nieuwe regimes gelden als een *lex specialis* dan wel of een meerderjarige nog steeds gebruik kan maken van een louter gemeenrechtelijke volmacht om op een latere wilsonbekwaamheid te anticiperen.

HOOFDSTUK II

VERHOUDING TUSSEN HET BIJZONDERE LASTGEVINGSREGIME EN HET GEMENE RECHT

AFDELING I. HET BIJZONDERE REGIME VAN DE LASTGEVING: *LEX SPECIALIS* OF LOUTER ALTERNATIEF?

143. Vooraleer dieper in te gaan op de verschillende aspecten van de bijzondere lastgevingsregimes in de bestudeerde rechtsstelsels, moet eerst worden uitgeklaard hoe deze regimes zich verhouden tot het gemene recht van de lastgeving. Sluiten zij uit dat men kan teruggrijpen naar de gemeenrechtelijke lastgeving om een regeling te treffen voor het geval men wilsonbekwaam is of kan een 'gewone' volmacht ook nog dienen als beschermingsinstrument, zoals dat vroeger kon in het eerste en tweede type van het vorige hoofdstuk? Met andere woorden, wat is *nu* het lot van een gewone volmacht wanneer de lastgever plots onbekwaam wordt? Eindigt zij of kan de lasthebber zijn mandaat verder blijven uitoefenen?

144. Het antwoord op deze vraag bepaalt de aard van het bijzondere lastgevingsregime in het recht inzake meerderjarigenbescherming. Wanneer een rechtsstelsel gewone volmachten laat vervallen bij onbekwaamheid, dan maken de vereisten die het bijzondere lastgevingsregime stelt *geldigheidsvereisten* uit. Pas wanneer een lastgever de opgelegde vorm en inhoud respecteert, kan hij aan de regel van beëindiging ontkomen en zijn volmacht laten voortduren of in werking laten treden na zijn onbekwaamheid. Leeft hij de bijzondere voorwaarden voor de totstandkoming van de volmacht niet na, dan is zijn volmacht ongeldig en kan zij geen rechtsgevolgen teweegbrengen zodra hij onbekwaam wordt.

145. De zaken liggen anders wanneer een volgens het gemene recht opgestelde volmacht die reeds uitwerking kreeg vóór de onbekwaamheid van de lastgever automatisch (ook wanneer hierover niets is bepaald in de lastgevingsovereenkomst) blijft voortbestaan wanneer de lastgever zijn intellectuele capaciteiten verliest. De gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten zijn dan ook de geldigheidsvereisten voor een volmacht die men verleent met de gedachte dat ze eveneens van

pas zal komen bij onbekwaamheid. Voor dergelijke 'voortdurende' volmachten zijn de formele en inhoudelijke vereisten van het bijzondere lastgevingsregime hoogstens *subsidiariteitsvoorwaarden*: zij dienen te worden vervuld om de subsidiariteit van rechterlijke maatregelen ten opzichte van de gewone volmacht te doen spelen. Het gaat om een 'checklist' die de rechter moet overlopen wanneer hij moet beslissen over een beschermingsmaatregel voor de intussen onbekwame lastgever. De lastgever heeft er dus alle belang bij om deze wettelijke vereisten (bv. inzake vorm) na te leven wanneer hij zoveel mogelijk uitwerking aan zijn volmacht wil verlenen. Voldoet de volmacht aan de opgelegde verplichtingen, dan krijgt zij voorrang op rechterlijke statuten. Is dit niet het geval, dan rust er op de rechter geen verplichting om de volmacht toe te passen en kan hij een (controle-) bewindvoerder aanstellen. Aangezien het hier evenwel slechts gaat om subsidiariteits- en niet om geldigheidsvereisten, kan de volmacht, ook al vervult zij de voorwaarden van het bijzondere regime niet, worden toegepast in de periode tussen het verlies van onbekwaamheid en de rechterlijke procedure, zolang de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten werden gerespecteerd.

146. Een wetgever kan niet alleen bepalen dat een gemeenrechtelijke volmacht voortduurt na onbekwaamheid maar kan ook in de mogelijkheid voorzien om een gewone volmacht op te stellen die pas in werking treedt op het ogenblik dat de lastgever zijn oordeelsvermogen verliest. Wanneer hij dit toelaat, beschouwt hij de vereisten van zijn bijzonder lastgevingsregime in het recht inzake meerderjarigenbescherming ook voor dat type volmacht als subsidiariteitsvereisten. Hij kan er daarentegen ook voor kiezen om dit regime als een *lex specialis* te beschouwen, zodat een volmacht die nog geen uitwerking heeft gekregen vóór de onbekwaamheid van de lastgever en die niet volgens de opgelegde voorwaarden tot stand is gekomen, niet in werking kan treden na die onbekwaamheid.

147. Het onderscheid tussen geldigheid en subsidiariteit is belangrijk om voor ogen te houden. De uitbouw van een lastgevingsregime in het recht inzake meerderjarigenbescherming veronderstelt dat de wetgever de relatie ten opzichte van het gemene recht omschrijft. Deze relatie hangt samen met het lot van een gemeenrechtelijke volmacht, zijnde een volmacht die niet aan de vereisten van het bijzondere lastgevingsregime voldoet, wanneer de lastgever onbekwaam wordt.

148. In dit verband kan men de zes onderzochte stelsels onderverdelen in drie categorieën. In een eerste type vormen de regels over de buitengerechtelijke bescherming via lastgeving een *lex specialis*, in die zin dat een volmacht aan de bijzondere vereisten moet voldoen om bij wilsonbekwaamheid te kunnen worden gebruikt (zie *infra*, nrs. 149 e.v.). In een tweede categorie stelsels is het bijzondere regime slechts een alternatief voor de gewone lastgeving (zie *infra*, nrs. 156 e.v.). 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 buitengerechtigke beschermingsmaatregel te worden gebruikt (zie *infra*, nr. 161).

AFDELING II. TYPE 1: HET BIJZONDERE REGIME VAN DE LASTGEVING ALS *LEX SPECIALIS*

149. Zowel in het Belgische als in het Engelse recht is het niet mogelijk om een volmacht in werking te laten treden bij onbekwaamheid noch om haar te laten voortduren, wanneer zij niet strookt met de vereisten van het bijzondere lastgevingsregime. Voor beide gevallen fungeren deze verplichtingen als geldigheidsvereisten.

150. In het Engelse recht is dit het gevolg van de *common law*-regel van de beëindiging van de lastgeving bij wilsonbekwaamheid van de lastgever (zie *supra*, nr. 139). Daardoor kan een *ordinary power of attorney* niet worden gehanteerd als beschermingsmaatregel. Om via lastgeving een regeling te kunnen treffen voor onbekwaamheid dienen de specifieke voorwaarden van de MCA 2005 omtrent *lasting powers of attorney* te worden vervuld. Een dergelijke volmacht heeft principieel voorrang op rechterlijke maatregelen: S. 1 (6) MCA 2005 legt de prioriteit vast van maatregelen die een even effectieve bescherming van de meerderjarige kunnen realiseren als een statelijke tussenkomst maar minder ingrijpend zijn voor diens persoonlijke autonomie.

151. In het Belgische recht maakte de wilsonbekwaamheid van de lastgever aanvankelijk geen beëindigingsgrond uit (zie *supra*, nr. 135), maar bij de introductie van een bijzonder lastgevingsregime voor kwetsbare meerderjarigen werd het eerder vermelde artikel 2003 BW herschreven. Voortaan bepaalt het laatste lid 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, en de lastgeving niet voldoet aan de eisen van het bijzondere regime in de nieuwe artikelen 490 en 490/1, § 1 BW.²⁴⁶ Dit is het geval wanneer de lastgeving niet beoogt een buitengerechtigke bescherming tot stand te brengen,

²⁴⁶ 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; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 294. Deze regel is enkel van toepassing op lastgevingen verleend na 1 september 2014 (datum van inwerkingtreding van de wet van 17 maart 2013; zie art. 22 wet van 12 mei 2014 houdende wijziging en coördinatie van diverse wetten inzake Justitie, *BS* 19 mei 2014). Lastgevingen verleend voor 1 september 2014 blijven onderworpen aan de oude, gemeenrechtelijke regeling en eindigen dus niet door de wilsonbekwaamheid van de lastgever (art. 226 wet 17 maart 2013, *BS* 14 juni 2013).

niet is geregistreerd of wanneer de lasthebber tot een uitgesloten categorie behoort.²⁴⁷ Net als in het Engelse recht, vormt het bijzondere regime in de artikelen 489 BW e.v. aldus een *lex specialis*. Lastgevingen die bedoeld zijn om voort te duren na wilsonbekwaamheid of om op dat moment in werking te treden, 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.²⁴⁸ De Belgische wetgever had vastgesteld dat de integrale toepassing van het gemene recht niet volstond voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige en wilde daarom elke lastgeving die gedurende wilsonbekwaamheid wordt uitgeoefend met bijzondere waarborgen omkaderen.²⁴⁹

152. 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 verwisting verkeerde. De rechter houdt daarbij rekening met de rechten van derden te goeder trouw.²⁵⁰ Dit artikel staat op gespannen voet met artikel 2003 BW: als de lastgeving beëindigd is, dan 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 de lasthebber indien die van de beëindiging op de hoogte was.²⁵¹ 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 geen benadeling vereist.

153. 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.²⁵² Vandaar dat men de nietigverklaring

²⁴⁷ F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 294.

²⁴⁸ Art. 490/2, § 1, eerste lid BW; zie ook: *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 35; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 568; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 294; A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtigde vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 79.

²⁴⁹ *Cf. Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 30.

²⁵⁰ T. WUYTS, "Onbekwamen in het vermogensrecht" in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 106.

²⁵¹ Art. 2008 BW *a contrario* en 2009 BW *a contrario*; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 312-313.

²⁵² *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 33.

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.²⁵³ Artikel 2008 BW beschermt op zijn beurt de lasthebber te goeder trouw, jegens wie de lastgever zijn interne verplichtingen wel moet nakomen.²⁵⁴ Ook vanuit hun perspectief valt dus moeilijk in te zien wat de rol is van het artikel en vooral van het benadelingsvereiste.

154. 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*, die elke speelruimte ontnemen 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.²⁵⁵

155. Tot slot dient de lastgever ook in Zwitserland de bijzondere vereisten van de buitengerechtelijke bescherming na te leven, maar wel alleen indien hij wenst dat zijn volmacht pas in werking treedt op het moment dat hij zijn oordeelsvermogen verliest (zie *infra*, nr. 156).²⁵⁶ Men neemt aan dat een dergelijke volmacht uitsluitend wordt beheerst door de nieuwe regelgeving, die bijgevolg geldt als *lex specialis*, omdat de bescherming waar deze bepalingen in voorzien anders zou worden uitgehouden.²⁵⁷ Wel zullen de wensen van de meerderjarige in een ongeldige vol-

²⁵³ P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 313; Zie ook: art 202 wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, BS 14 mei 2014. 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.

²⁵⁴ P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 312.

²⁵⁵ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 82-83.

²⁵⁶ 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; M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 146; L. FAVRE, "Nouveau droit de la protection de l'adulte. Le mandat pour cause d'inaptitude", *ZBGR* 2013, (145) 159. *Contra*: C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 125 (volgens deze auteur zijn de vereisten slechts subsidiariteitsvoorwaarden).

²⁵⁷ C. ZUMSTEIN-SCHULER en B. MEYER, "Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Kurzeinführung für Praktiker", *Anwaltspraxis* 2012, (287) 289.

macht in acht worden genomen als richtlijnen voor de uitbouw van een rechterlijke maatregel.²⁵⁸ Indien het gaat om een volmacht waarvan de uitvoering reeds voor de wilsonbekwaamheid van de lastgever wordt aangevat en die als doel heeft om ook daarna te worden gebruikt ('voortdurende volmacht'), geldt het bijzondere regime louter als een *alternatief* voor de gemeenrechtelijke lastgeving, in tegenstelling tot het Belgische en Engelse recht. Omwille van deze differentiatie behoort het Zwitserse recht zowel tot het eerste als tot het tweede type (zie *infra*, nrs. 156 e.v.).

AFDELING III. TYPE 2: HET BIJZONDERE REGIME VAN DE LASTGEVING ALS ALTERNATIEF

§ 1. VOORTDURENDE VOLMACHTEN

156. In het Franse, Oostenrijkse en Zwitserse recht sluit het regime van de buitengerechtelijke bescherming niet uit dat via een louter gemeenrechtelijke 'voortdurende' volmacht op een toekomstige onbekwaamheid wordt geanticipeerd. Een volmacht die reeds uitwerking kreeg voor 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.²⁵⁹ Een equivalent van het nieuwe Belgische artikel 2003 BW (zie *supra*, nr. 151) is er niet voorhanden.

157. Naar Frans recht volgt dit uit artikel 428 C.Civ. Deze bepaling verklaart rechterlijke maatregelen niet alleen subsidiair ten opzichte van het *mandat de protection future* maar ook ten opzichte van "*l'application des règles du droit commun de la représentation*".²⁶⁰ Het Oostenrijkse § 284g ABGB bepaalt op zijn beurt

²⁵⁸ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 292; R.E. 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) 71.

²⁵⁹ 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: R.E. 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) 74; C. ZUMSTEIN-SCHULER en B. MEYER, "Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Kurzeinführung für Praktiker", *Anwaltspraxis* 2012, (287) 289; M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 146. In Zwitserland veronderstelt het voortbestaan wel dat de lastgever deze doelstelling in zijn volmacht expliciteert (zie *supra*, nr. 137).

²⁶⁰ 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.

dat een rechterlijke maatregel overbodig is wanneer een volmacht weliswaar niet de opgelegde voorwaarden vervult maar er geen concreet gevaar is dat de lasthebber zijn opdracht ten nadele van de lastgever zal uitvoeren.²⁶¹ In beide stelsels volstaat het dus dat een volmacht strookt met de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten om bij wilsonbekwaamheid rechtsgeldig te blijven voortbestaan.

158. Uit beide bepalingen blijkt ook dat zelfs aan de *voorrang* van een gemeenrechtelijke volmacht op rechterlijke maatregelen geen bijzondere vereisten verbonden zijn.²⁶² Dat is in het Zwitserse recht anders: voor de totstandkoming van een voortdurende lastgeving kan men als lastgever weliswaar teruggrijpen naar de gemeenrechtelijke regels²⁶³, maar een dergelijke volmacht geniet geen principiële voorrang op de rechterlijke bescherming.²⁶⁴ Artikel 397a OR legt de lasthebber van een gewone volmacht de verplichting op om de nodige instanties te informeren wanneer de lastgever onbekwaam is geworden en wanneer een dergelijke melding aangewezen lijkt voor zijn welzijn.²⁶⁵ Sommige auteurs nemen aan dat dit bijna altijd het geval zal zijn, aangezien een wilsonbekwame lastgever meestal niet meer in staat is om de uitvoering van de lastgeving (minstens in beperkte mate) te controleren.²⁶⁶ Er wordt dan, net zoals voorheen, een bewindvoerder

²⁶¹ M. SCHAUER, "Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006", *FamZ* 2006, (148) 150; M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 223.

²⁶² **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, "Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006", *FamZ* 2006, (148) 150; M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 223. De auteur GANNER meent wel dat het aangewezen is om een controlebewindvoerder te benoemen om de uitvoering van de gemeenrechtelijke volmacht in het oog te houden: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 342.

²⁶³ R.E. 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) 74; C. ZUMSTEIN-SCHULER en B. MEYER, "Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Kurzeinführung für Praktiker", *Anwaltspraxis* 2012, (287) 289; P. BREITSCHMID en I. MATT, "Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)", *Pflegerecht* 2012, (223) 226; M. STETTLER, "La sauvegarde des intérêts des personnes incapables de discernement dans le nouveau droit de la protection de l'adulte", *RDT* 2003, (258) 263; M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 146. *Contra:* 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) 68.

²⁶⁴ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 124-125.

²⁶⁵ M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 146; P. BREITSCHMID, "Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR – in welchen Fällen zwingend?", *SJZ* 2013, (251) 251-253; D.W. FREI en N. HOLDEREGGER, "Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2013, (1224) 1228 e.v.

²⁶⁶ M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 146.

aangesteld om die controle van hem over te nemen (zie *supra*, nr. 138).²⁶⁷ Voor voortdurende volmachten in Zwitserland zijn de specifieke vereisten dus geen geldigheids-, maar wel subsidiariteitsvoorwaarden.

159. Dat de Zwitserse wetgever het bijzondere regime van de lastgeving wel als een *lex specialis* heeft geconcipeerd voor volmachten onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid (zie *supra*, nr. 155) maar slechts als een alternatief ten aanzien van voortdurende volmachten, heeft allicht te maken met het feit dat het bijzondere regime van de buitengerechtelijke bescherming in dit land gepaard gaat met strengere vormvereisten dan in het gemene recht. Deze hebben onder meer als doel 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. 195). Een dergelijke waarschuwing is overbodig wanneer de volmacht reeds voor de wilsonbekwaamheid wordt uitgevoerd en de lastgever dus de kans heeft om de lastgeving te controleren en desgevallend te herroepen.²⁶⁸

§ 2. VOLMACHTEN ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE VAN WILSONBEKWAAMHEID

160. Naar Frans en Oostenrijks recht hoeft een volmacht zelfs niet conform de specifieke voorschriften van respectievelijk het *mandat de protection future* en de *Vorsorgevollmacht* te worden opgesteld wanneer ze onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid wordt verleend. Zolang zij strookt met het gemene recht, kan zij rechtsgeldig bij wilsonbekwaamheid worden gebruikt.²⁶⁹ Krachtens de voormelde artikelen 428 C.Civ. en § 284g ABGB (zie *supra*, nr. 157) mag de rechter geen bewind opleggen wanneer een dergelijke volmacht de belan-

²⁶⁷ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 124-125.

²⁶⁸ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, “De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief”, *TEP* 2014, (74) 80.

²⁶⁹ **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; 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; S. KÜHNBERG, “Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005”, *NZ* 2005, (85) B. 2. 7.; C. RABL, “Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz und Bankgeschäfte”, *ÖBA* 2008, (83) 87; M. SCHAUER, “Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006”, *FamZ* 2006, (148) 150; M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 218; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 341; C. SPRUZINA, “Vorsorgevollmacht” in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 688-689.

gen van de meerderjarige voldoende dient en er dus geen gevaar is dat de lasthebber zijn opdracht ten nadele van de lastgever zal vervullen.²⁷⁰ De Franse en Oostenrijkse vereisten (bijvoorbeeld inzake de vorm van de lastgeving) zijn aldus eerder bedoeld als een *incentive* voor de lastgever om niet ondoordacht een volmacht op te stellen voor de periode dat hij de uitoefening ervan zelf niet meer kan opvolgen, dan als echte subsidiariteits- of geldigheidsvereisten.²⁷¹ Daaruit blijkt de bedoeling van de betrokken wetgevers om in naam van het subsidiariteitsbeginsel zoveel mogelijk uitwerking te verlenen aan informele beschermingsmaatregelen die een bewind overbodig kunnen maken.²⁷²

AFDELING IV. TYPE 3: HET BIJZONDERE REGIME VAN DE LASTGEVING ALS LOUTERE TOEPASSING VAN HET GEMENE RECHT

161. 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.²⁷³ “*Grundsätzlich kann (...) jede Vollmacht zur Vorsorgevollmacht werden.*”²⁷⁴

AFDELING V. BESLUIT

162. Toen de wetgevers van de bestudeerde rechtsstelsels een regime voor de lastgeving als beschermingsmaatregel uitbouwden, hadden zij twee doelstellin-

²⁷⁰ Sommige Oostenrijkse auteurs menen wel dat het aangewezen is om een controlebewindvoerder te benoemen om de uitvoering van de gemeenrechtelijke volmacht in het oog te houden: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 342; B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 14.

²⁷¹ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, “De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief”, *TEP* 2014, (74) 82.

²⁷² Cf. 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)*, 2007, 135 (www.assemblee-nationale.fr).

²⁷³ 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. Men 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. Zie *infra*, nr. 242 en de verwijzingen aldaar.

²⁷⁴ 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.

gen voor ogen: enerzijds wilden zij de kwetsbare meerderjarige zoveel mogelijk zeggenschap verlenen over het beheer van zijn vermogen en de staat daar zoveel mogelijk buiten houden, anderzijds waren zij tot de vaststelling gekomen dat de gemeenrechtelijke regels hem onvoldoende bescherming konden bieden in een toestand van wilsonbekwaamheid en wilden zij hieraan remediëren (zie *supra*, nr. 44). Vooral het Belgische, Engelse, Franse en Zwitserse recht kozen er daarom voor om de lastgeving met verschillende bijkomende waarborgen te omkaderen. Zo is de lastgever naar Belgisch en Engels recht verplicht om zijn lastgeving te laten registreren, zodat de rechter te weten kan komen dat hij zelf een regeling voor het beheer van zijn vermogen heeft opgesteld eenmaal hij wilsonbekwaam is geworden (zie *infra*, nr. 299). Op dat moment is hij allicht niet meer in staat om dit zelf aan de rechter mee te delen. Tevens hebben verschillende stelsels vormvereisten aan de lastgeving verbonden en kan niet eender welke persoon de rol als lasthebber op zich nemen (zie *infra*, nrs. 190 e.v. en 219 e.v.). In het Franse recht is de lastgever bovendien verplicht om in zijn volmacht in een privaatrechtelijk systeem van controle te voorzien (zie *infra*, nr. 518).

163. Net omdat de bescherming van de kwetsbare meerderjarige de ratio vormt van deze regelgeving, zou zij dwingend in de plaats moeten komen van de gemeenrechtelijke regels die men als te beperkt beschouwde om in een context van controleverlies te worden toegepast. In het omgekeerde geval zou het nut van deze waarborgen worden uitgehold. De lastgeving zou mijns inziens maar in werking mogen treden of blijven voortduren na de wilsonbekwaamheid van de lastgever indien aan de wettelijke vereisten van het bijzondere regime is voldaan. Vanaf dat ogenblik zou een louter gemeenrechtelijke volmacht niet meer mogen worden gebruikt, in tegenstelling tot wat geldt in het Duitse en Oostenrijkse recht, waar zelfs een volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid de bijzondere vereisten niet moet vervullen om als buitengerechtigde maatregel te fungeren (zie *supra*, nr. 160). De voorrang van een dergelijke volmacht eindigt in deze stelsels weliswaar wanneer het instrument de belangen van de kwetsbare meerderjarige schaadt (zie *supra*, nr. 160), maar laat het net dat zijn wat de waarborgen van het bijzondere regime kunnen voorkomen. Het is daarom belangrijk dat men deze waarborgen beschouwt als geldigheidsvereisten, als een *lex specialis*, naar analogie met de stelsels van het eerste type (zie *supra*, nr. 149). Enkel wanneer de lastgeving aan deze voorwaarden voldoet, kan zij rechtsgeldig blijven voortbestaan of in werking treden bij wilsonbekwaamheid. De verdere uitvoering ervan wordt beheerst door de regels van het bijzondere regime omtrent de rechten en plichten van de lasthebber, de bevoegdheid van de rechter en de beëindiging van de lastgeving.

164. Het is wel zinvol om een onderscheid te maken tussen voortdurende volmachten en volmachten onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaam-

heid, in lijn met het Zwitserse recht (zie *supra*, nr. 155). Meer bepaald zou een volmacht die onmiddellijk in werking is getreden of op een ander tijdstip waarop de lastgever nog wilsbekwaam was, moeten kunnen voortduren tijdens zijn onbekwaamheid zonder dat zij in een specifieke vorm werd opgesteld, zolang de andere voorwaarden van het regime, bijvoorbeeld omtrent registratie en de hoedanigheid van de lasthebber, zijn nageleefd. In die hypothese heeft de lastgever immers de mogelijkheid gehad om de uitvoering van de lastgeving reeds op voorhand waar te nemen en desgevallend te herroepen. Hij hoeft met andere woorden niet meer via specifieke vormvereisten bewust te worden gemaakt van de impact van de bevoegdheden die hij aan zijn lasthebber verleent (zie *supra*, nr. 159). Daarnaast is het ook niet noodzakelijk dat de vorm van zijn volmacht hem behoedt voor beïnvloeding door derden, aangezien hij zijn lastgeving niet specifiek tot stand brengt voor een situatie van controleverlies, die een kwaadwillige lasthebber zou kunnen uitbuiten. Het voortbestaan van de lastgeving tijdens de wilsonbekwaamheid van de lastgever veronderstelt wel dat de lastgever dit uitdrukkelijk in zijn volmacht heeft toegelaten. Het is belangrijk dat hij er bewust voor gekozen heeft om zijn lasthebber in een periode van kwetsbaarheid in een buitengerechtigde context te laten optreden.

HOOFDSTUK III

VERHOUDING TUSSEN LASTGEVING EN ANDERE BESCHERMINGS- MAATREGELEN

AFDELING I. PRINCIPE: VOORRANG VAN LASTGEVING

§ 1. SUBSIDIARITEIT VAN RECHTERLIJKE MAATREGELEN

165. Om de verhouding van lastgeving ten aanzien van rechterlijke beschermingsmaatregelen te omschrijven, maken wetgevers gebruik van het subsidiariteitsbeginsel (zie *supra*, nrs. 74-76). De vraag of een beschermingsmaatregel noodzakelijk is, laten ze afhangen van het al dan niet voorhanden zijn van alternatieven die minder ingrijpend zijn voor de individuele vrijheid van de kwetsbare meerderjarige en eveneens zijn belangen waarnemen.²⁷⁵ Op basis van dit subsidiariteitsbeginsel heeft een volmacht die de meerderjarige heeft verleend met het oog op zijn onbekwaamheid en die aan de opgelegde vereisten voldoet, in beginsel voorrang op rechterlijke beschermingsmaatregelen. Op die manier kunnen de wetgevers de persoonlijke autonomie van kwetsbare meerderjarigen waarborgen en er tegelijk voor zorgen dat overheidsmiddelen enkel worden ingezet waar ze echt noodzakelijk zijn (zie *supra*, nr. 74).

166. De primauteit van lastgeving is in elk van de onderzochte stelsels opgenomen in de regelgeving omtrent meerderjarigenbescherming via een subsidiariteitsbepaling.²⁷⁶ In verschillende stelsels blijkt de voorkeur voor privaatrechtelijke initiatieven bovendien uit de volgorde waarin de beschermingsmaatregelen voor volwassenen in de wet worden behandeld. De regels over lastgeving gaan in België, Engeland & Wales en Zwitserland deze over de rechterlijke bescherming vooraf.

²⁷⁵ A. CERMOLACCE, "Présentation générale des mesures de protection des majeurs – Entre rupture et continuité", *JCP N* 2008, (1268) 27; K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 71.

²⁷⁶ **België:** art. 492 BW; **Duitsland:** § 1896 tweede lid BGB; **Engeland & Wales:** S. 1 (6) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 428 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 268 tweede lid ABGB; **Zwitserland:** art. 389 ZGB.

§ 2. COMBINATIE VAN LASTGEVING MET EEN RECHTERLIJKE BESCHERMINGSMAATREGEL

167. Om het subsidiariteitsbeginsel ten volle te eerbiedigen, moet de rechter zich er bewust van zijn dat de keuze tussen een aantal beschermingsmaatregelen niet zwart-wit hoeft te zijn. Hij kan ook maatregelen combineren.²⁷⁷ Het feit dat een voorhanden zijnde volmacht zich slechts uitstrekt tot een deel van de belangen van de meerderjarige vormt geen reden om haar volledig buiten spel te zetten. In de mate dat zij tekortschiet, kan zij worden aangevuld door een rechterlijke maatregel. De keuze voor een bepaalde maatregel mag dus niet automatisch resulteren in de uitsluiting van de andere. Bij het combineren van verschillende regimes geldt het welzijn van de kwetsbare meerderjarige steeds als maatstaf.²⁷⁸

168. Deze combinatieverplichting wordt in verschillende rechtsstelsels wettelijk gehonoreerd. Krachtens het Belgische artikel 490/1, § 2 BW kan de vrederechter een rechterlijke beschermingsmaatregel bevelen die de lastgeving geheel of gedeeltelijk beëindigt of daarbovenop komt. In Frankrijk is dit beginsel vervat in artikel 485, tweede lid C.Civ. Wanneer het *mandat de protection future* omwille van zijn toepassingsgebied niet alle bescherming kan bieden die de meerderjarige nodig heeft, kan de rechter een complementaire rechterlijke maatregel opleggen. De uitvoering daarvan kan hij eventueel toewijzen aan de lasthebber. Hij kan deze laatste of een lasthebber *ad hoc* bovendien machtigen om een of meerdere handelingen te stellen die niet door de volmacht zijn gedekt.²⁷⁹ Deze soepele oplossingen waarborgen een toegesneden bescherming en een effectieve subsidiariteit van statelijk ingrijpen, aangezien de rechter verschillende mogelijkheden heeft om de rechterlijke maatregel te vermijden of tot een minimum te beperken.²⁸⁰

169. Voor het subsidiariteitsbeginsel naar Duits recht kan worden verwezen naar § 1896, tweede lid BGB. Daarin wordt bepaald dat een bewindvoerder enkel mag worden ingeschakeld voor handelingen waarvoor zijn tussenkomst noodzakelijk is. Daarbij maakt men de precisering dat deze noodzakelijkheid niet aanwezig is bij aangelegenheden die even goed door een lasthebber kunnen worden geregeld. Dit betekent dat de rechter soms een gecombineerd regime zal moeten opleggen, waarbij het welzijn van de meerderjarige zijn leidraad vormt. Voor elke

²⁷⁷ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 65.

²⁷⁸ N. PETERKA, "Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire" (noot onder Cass. (1^{re} civ.) 12 januari 2011), *JCP N* 2011, (416) nr. 2; K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 487.

²⁷⁹ Art. 485, tweede lid C.Civ.

²⁸⁰ N. PETERKA, "Articulation du mandat de protection future et d'une mesure de protection judiciaire" (noot onder Cass. (1^{re} civ.) 12 januari 2011), *JCP N* 2011, (416) nr. 2.

handeling moet hij nagaan welk beschermingsniveau vereist is en of de verleende volmacht hieraan voldoet, dan wel of een bewind geboden is.²⁸¹

§ 3. EFFECTIVITEIT VAN HET SUBSIDIARITEITSBEGINSEL VIA REGISTRATIE

170. Om de positie van lastgeving ten opzichte van rechterlijke maatregelen te versterken, beschikken sommige rechtsstelsels over een register voor volmachten die bedoeld zijn om bij wilsonbekwaamheid te worden gebruikt. Via deze databank wil men voorkomen dat de rechter een eventuele volmacht over het hoofd ziet en een rechterlijke maatregel toepast die eigenlijk overbodig is. Soms zal de kwetsbare meerderjarige immers niet meer in staat zijn om de rechter mee te delen dat hij op zijn onbekwaamheid heeft geanticipeerd. De rechter aan wie een aanvraag voor een bewind wordt voorgelegd, moet het register dan raadplegen.²⁸² In België en Engeland & Wales is de lastgever daarom verplicht om de lastgeving op voorhand te laten registreren.²⁸³ In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland is registratie slechts facultatief.²⁸⁴ Men is er van mening dat het aan de lastgever zelf is om te beslissen in welke

²⁸¹ Cf. BGH 7 maart 2012, *MittBayNot* 2012, 473 en OLG Zweibrücken 12 april 2011, *BeckRS* 2011, 14629, waarin wordt beslist dat het takenpakket van een bewindvoerder zo nauwkeurig mogelijk moet worden geformuleerd. De noodzakelijkheid van het bewind moet dus voor elke aangelegenheid afzonderlijk worden vastgesteld (M.J. ZIMMERMANN, “Die Bestellung eines Betreuers mit dem Wirkungskreis ‘Vertretung in Behördenangelegenheiten’ ermächtigt diesen nicht zur Vertretung des Betroffenen im Ehescheidungsverfahren” (noot onder OLG Zweibrücken 12 april 2011), *FamFR* 2011, (312) 312).

²⁸² België: art. 186 wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, *BS* 14 mei 2014; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 296; Duitsland: BT-Drucks. 15/2253, 18; 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, 19; Engeland & Wales: S. 16 (3) j° 1 (6) MCA 2005; Oostenrijk: S. FERRARI, “Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (139) 152; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 365; Zwitserland: art. 363, eerste lid ZGB; 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, 23 (www.ejpd.admin.ch); S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, “Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags” in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 94.

²⁸³ België: art. 490 BW; Engeland & Wales: S. 9 (2)(b) en (3)(b) MCA 2005; Schedule 1 nrs. 4-16 MCA 2005.

²⁸⁴ Duitsland: § 78a BNotO; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 63; Oostenrijk: ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 27; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 99; S. KÜHNBERG, “Von der Sachwalterschaft zur

mate hij de effectiviteit van zijn volmacht wil bevorderen.²⁸⁵ Het Duitse recht bevat wel een bijkomende waarborg voor de primauteit van de buitengerechtelijke bescherming doordat § 1901c BGB bepaalt dat iedereen die in het bezit is van een schriftelijke *Vorsorgevollmacht*, dit aan de rechter moet meedelen wanneer hij vernomen heeft dat er een bewindsprocedure voor de lastgever is opgestart. In het Franse recht heeft men niet in een mogelijkheid tot registratie voorzien, wat in de rechtsleer fel wordt bekritiseerd, nu dit de subsidiariteit van het bewind ondermijnt.²⁸⁶ Hoofdstuk VI zal verder op de registratie van de lastgeving ingaan (zie *infra*, nrs. 297 e.v.).

AFDELING II. UITZONDERING: TOEPASSING VAN EEN ANDERE BESCHERMINGSMAATREGEL

§ 1. WELZIJN ALS PARAMETER

171. Het is verleidelijk om lastgeving absolute voorrang te verlenen op andere beschermingsmaatregelen, vooral wanneer deze een gerechtelijke tussenkomst impliceren. Maar een onverkort respect voor de wensen van de onbekwame biedt nog geen garantie op een effectieve bescherming van zijn belangen. De voorrang van lastgeving op andere beschermingsmaatregelen mag daarom niet absoluut zijn. Het welzijn van de meerderjarige bakent de subsidiariteit af: een volmacht is weliswaar de minst ingrijpende maatregel, maar voor de bescherming van de onbekwame kan deze beperkte inmenging onvoldoende zijn en dus ongewenst. In een rechtsstelsel dat streeft naar een evenwicht tussen wil en bestwil, dient de rechter aldus steeds een kwalitatief onderzoek te voeren wanneer hem een aanvraag voor een beschermingsmaatregel wordt voorgelegd: dient de voorhanden zijnde lastgeving de belangen van de meerderjarige in voldoende mate? Deze belangen behelzen zowel de financiële toestand van de meerderjarige als zijn persoonlijke autonomie en dus de mate waarin zijn lasthebber zijn instructies naleeft (zie *infra*, nr. 548). Indien nodig moet de rechter de voorkeur geven aan een maatregel die weliswaar een grotere impact heeft op het zelfbeschikkingsrecht van de onbekwame maar zijn algemeen welzijn beter behartigt.

Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005”, NZ 2005, (85) D.; 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.

²⁸⁵ Zie bv.: Oostenrijk: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 364; Zwitserland: *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); *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision du code civil (protection de l’adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2004, 120 (www.ejpd.admin.ch).

²⁸⁶ D. FENOUILLET, “Le mandat de protection future ou la double illusion”, *Defrénois* 2009, (142) nr. 37; I. MARIA, “Absence de publicité du mandat de protection future: aucun changement à envisager”, *Droit de la famille* 2009, comm. 162; P. POTENTIER, “Forces et faiblesses du mandat de protection future”, *Dr. et patrimoine* 2008, (74) 78.

172. Samengevat kan men het subsidiariteitsbeginsel omschrijven als de verplichting om de minst ingrijpende beschermingsmaatregel toe te passen zolang deze het welzijn van de kwetsbare meerderjarige dient. Als *in concreto* blijkt dat een rechterlijke maatregel een betere waarborg vormt voor het belang van de onbekwame, eindigt de principiële prioriteit van de lastgeving. De maatstaf ‘welzijn’ maakt in elk van de onderzochte stelsels deel uit van de subsidiariteitsbepaling. Zo bepaalt het Franse artikel 428 C.Civ. dat de rechter een rechterlijke maatregel kan bevelen wanneer de volmacht die de meerderjarige voorheen heeft opgesteld zijn belangen niet voldoende kan beschermen. Het Duitse § 1896, tweede lid BGB geeft weer dat het bewind noodzakelijk is wanneer de lasthebber de aangelegenheden van de onbekwame niet even goed als een bewindvoerder kan waarnemen. Uit de rechtspraak blijkt dat de kwalificatie als ‘even goed’ afhankelijk is van de mate waarin het welzijn van de volwassene wordt gegarandeerd.²⁸⁷

173. De beoordeling van de geschiktheid van een voorhanden zijnde volmacht in het licht van het welzijn van de kwetsbare meerderjarige moet telkens *in concreto* gebeuren en is dus geen abstracte denkoefening. De rechter kan een volmacht pas buiten spel zetten wanneer er concrete aanwijzingen zijn dat zij de belangen van de meerderjarige in het gedrang brengt.²⁸⁸ In die zin weigerde het hof van beroep van Parijs om een volmacht te beëindigen waarmee de kinderen van de lastgever niet akkoord waren omdat zij op geen enkele manier konden aantonen dat die nadelig was voor de persoonlijke of patrimoniale belangen van de lastgever en deze herhaaldelijk te kennen had gegeven dat zij nog steeds door haar lasthebber vertegenwoordigd wilde worden.²⁸⁹

§ 2. VOORRANG VAN DE REGELS OMTRENT HET HUWELIJK IN HET FRANSE RECHT

A. Beëindiging van lastgeving indien bescherming door echtgenoot volstaat

174. Terwijl het welzijn van de kwetsbare meerderjarige in België, Duitsland, Engeland & Wales, Oostenrijk en Zwitserland het *enige* argument vormt op grond waarvan een geldige volmacht opzij kan worden geschoven, hanteert het Franse recht een bijkomende parameter die een dergelijke uitsluiting kan

²⁸⁷ OLG Brandenburg 10 maart 2005, *NJW* 2005, 1587; KG 14 maart 2006, *FGPrax* 2006, 182; KG 31 oktober 2006, *FGPrax* 2007, 115.

²⁸⁸ 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) 822; M. BÜHLER, “Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht”, *FamRZ* 2001, (1585) 1587; 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) 127.

²⁸⁹ CA Parijs 14 januari 2013, *Droit de la famille* 2013, comm. 61, noot I. MARIA.

verantwoorden. Artikel 483, 4° C.Civ. kent namelijk aan elke belanghebbende de mogelijkheid toe om de herroeping te vragen van de volmacht wanneer een gemeenrechtelijke volmacht of de regels van het primair stelsel en het huwelijksvermogensstelsel ervoor zorgen dat de belangen van de meerderjarige voldoende kunnen worden gewaarborgd door zijn echtgenoot en hij nog steeds met die echtgenoot samenleeft.

175. Het artikel doelt ten eerste op de hypothese dat de echtgenoot van de kwetsbare meerderjarige niet werd aangewezen als lasthebber van het *mandat de protection future* maar wel over een gewone volmacht beschikt.²⁹⁰ Deze volmacht geniet voorrang indien zij voor de bescherming van de belangen van de kwetsbare meerderjarige volstaat. De echtgenoot, of elke andere belanghebbende, kan in dat geval eisen dat de rechter het *mandat de protection future* beëindigt.

176. Ten tweede verwijzen de bewoordingen van artikel 483, 4° C.Civ. naar de regels vervat in de artikelen 217, 219, 1426 en 1429 C.Civ.²⁹¹ Artikel 217 C.Civ. bepaalt dat een echtgenoot een rechterlijke machtiging kan krijgen om alleen een rechtshandeling te stellen waarvoor in beginsel ook de instemming van zijn echtgenoot vereist is, wanneer deze laatste niet in staat is om zijn wil te kennen te geven. De echtgenoot kan zich eveneens laten machtigen om in dat geval als vertegenwoordiger op te treden bij de uitoefening van de bevoegdheden die voortvloeien uit het huwelijksvermogensstelsel (art. 219 C.Civ.). Is de wilsonbekwaamheid van lange duur, dan kan de echtgenoot zich door de rechter in de plaats laten stellen van zijn onbekwame levensgezel voor het bestuur van het gemeenschappelijk vermogen en/of diens eigen vermogen (art. 1426 en 1429 C.Civ.).²⁹² Als de toepassing van deze regels de financiële belangen van de kwetsbare meerderjarige voldoende vrijwaren, eindigt de opdracht van de lasthebber van het *mandat de protection future* op verzoek van elke belanghebbende.

177. Uit deze regel blijkt het belang dat de Franse wetgever hecht aan de huwelijkse solidariteit. Op grond van de hulpplicht in artikel 212 C.Civ. en de '*communauté d'intérêts*' die tussen echtgenoten bestaat, beschouwt hij de echtgenoot van de kwetsbare meerderjarige als de best geplaatste persoon om voor diens bescherming in te staan.²⁹³ De wetgever wilde niet dat deze echtgenoot de tussenkomst van een derde zou moeten dulden in het beheer van de eigen goederen van zijn part-

²⁹⁰ Cf. art. 218 en 1431 C.Civ.

²⁹¹ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 474. Zie de vermelding van de artikelen in art. 428 C.Civ., waarin de primautéit van deze regels ten aanzien van rechterlijke maatregelen is vastgelegd. Zie ook *supra*, nr. 129.

²⁹² Zie N. PETERKA, "Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée", *AJ Famille* 2012, (253) 253 e.v.

²⁹³ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 225; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 545.

ner en van het gemeenschappelijk vermogen.²⁹⁴ De inmenging van een derde zou bovendien de interne familiale organisatie verstoren.²⁹⁵ Om deze redenen hebben de regels van het huwelijk niet alleen voorrang op de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving, maar ook, *a fortiori*, op een rechterlijke maatregel (art. 428 C.Civ.).

B. Uitsluiting van de wettelijk en feitelijk samenwonende partner

178. Het is opvallend dat artikel 483, 4° C.Civ. het enkel heeft over de echtgenoot van de kwetsbare meerderjarige en niet over zijn wettelijk of feitelijk samenwonende partner. Meer bepaald schrijft het niet voor dat ook een gemeenschappelijke volmacht verleend aan deze partner een reden vormt om de lastgeving te beëindigen.²⁹⁶ In de parlementaire voorbereidingen licht men deze uitsluiting niet toe. In de literatuur haalt men aan dat enkel de band tussen gehuwden voldoende stevig is om partners het recht toe te kennen bij voorrang in te staan voor elkaars bescherming en dus af te wijken van de keuze voor een andere vertegenwoordiger.²⁹⁷ Nochtans staan de wettelijk en feitelijk samenwonende partner van de kwetsbare meerderjarige wel op dezelfde hoogte als de echtgenoot wanneer het gaat om de benoeming van een bewindvoerder. Krachtens artikel 429 C.Civ. moet de rechter hen bij voorkeur aanstellen als de meerderjarige zelf niemand op voorhand heeft aangeduid. De Franse wetgever wilde de rol als vertegenwoordiger doen toekomen aan de persoon die met de kwetsbare meerderjarige samenleeft, ongeacht het juridisch statuut van hun relatie. Dat deze redenering in artikel 483, 4° C.Civ. wordt verlaten, heeft allicht te maken met het feit dat de kwetsbare meerderjarige in die context wel een vertegenwoordiger heeft gekozen. In geval van feitelijke en wettelijke samenwoning is de Franse wetgever klaarblijkelijk van mening dat die keuze moet worden gerespecteerd en dat dus niet van de lastgever kon worden verwacht dat hij het beheer van zijn vermogen aan zijn partner toevertrouwde. Was hij daarentegen getrouwd, dan moet zijn lasthebber wijken voor zijn echtgenoot indien deze daarom verzoekt.

179. Bij deze redenering kunnen vraagtekens worden geplaatst. De soliditeit van een relatie wordt niet bepaald door het juridische etiket ervan maar door andere factoren, zoals bijvoorbeeld de duur. De regel van artikel 483, 4° C.Civ. heeft tot gevolg dat een persoon die reeds vijftien jaar wettelijk of feitelijk met de

²⁹⁴ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 546; D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Defrénois* 2009, (142) nr. 26; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 474.

²⁹⁵ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 546.

²⁹⁶ N. PETERKA, "La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs", *JCP N* 2010, (33) nr. 8.

²⁹⁷ N. PETERKA, "La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs", *JCP N* 2010, (33) nr. 8.

kwetsbare meerderjarige samenwoont de lastgeving niet kan laten beëindigen terwijl een persoon die sinds één jaar met de kwetsbare meerderjarige getrouwd is die claim wel heeft. Het artikel schiet in dat opzicht zijn doelstelling voorbij: de persoon die reeds jaren met de kwetsbare meerderjarige samenleeft, wordt plots geconfronteerd met de inmenging van een derde in de boekhouding van zijn partner. Ook de eventuele kinderen van het koppel kunnen hier net zo goed als bij een huwelijk onder lijden. Als de wetgever met artikel 483, 4° C.Civ. wilde voorkomen dat de familiale structuur rond de kwetsbare meerderjarige zou worden verstoord, dan had het aangewezen geweest om niet alleen te verwijzen naar de echtgenoot maar naar elke persoon die reeds gedurende een bepaald aantal jaren een gemeenschappelijke huishouding met de kwetsbare meerderjarige voert. Een dergelijk criterium vinden we bijvoorbeeld terug in de Oostenrijkse § 284c ABGB, die een vertegenwoordigingsbevoegdheid toekent aan bepaalde naasten van de wilsonbekwame meerderjarige (zie *supra*, nr. 127), onder meer aan zijn feitelijk samenwonende partner met wie hij sinds minstens drie jaar een gemeenschappelijke huishouding voert. De kwestie kadert evenwel in een ruimere discussie over de relevantie van het onderscheid tussen het huwelijk en de wettelijke samenwoning en het al dan niet toekennen van juridische gevolgen aan feitelijke samenlevingsvormen, die hier verder buiten beschouwing wordt gelaten.

C. Contrast met andere rechtsstelsels

180. De hamvraag blijft natuurlijk of het überhaupt opportuun is om een zelf gekozen vertegenwoordiger te doen wijken voor iemand anders. De aanwezigheid van een volmacht met het oog op wilsonbekwaamheid, verleend aan een derde, wijst er net op dat de onbekwame meerderjarige liever door die derde dan door zijn echtgenoot (dan wel wettelijk of feitelijk samenwonende partner) wordt vertegenwoordigd.²⁹⁸ Om die reden hebben de wetgevers van verschillende andere stelsels ervoor gekozen om de lastgeving steeds voorrang te verlenen op familiale beschermingsmaatregelen. Zowel het Oostenrijkse als het Zwitserse recht bevatten een bepaling die aan bepaalde naasten respectievelijk de echtgenoot of wettelijk samenwonende partner van de kwetsbare meerderjarige een vertegenwoordigingsbevoegdheid van rechtswege toekent, waarin uitdrukkelijk staat dat een eventuele lastgeving primeert (art. 374 ZGB en § 284b ABGB, zie *supra*, nr. 127).²⁹⁹

²⁹⁸ D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Defrénois* 2009, (142) nr. 26.

²⁹⁹ Oostenrijk: M. SCHAUER, "Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006", *FamZ* 2006, (148) 151; Zwitserland: R. FANKHAUSER, "Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts", *BJM* 2010, (240) 243. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de partner of het familielid kan de lastgeving wel aanvullen als het toepassingsgebied ervan te beperkt is om de meerderjarige afdoende te beschermen (Oostenrijk: ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 22; Zwitserland: R. FANKHAUSER, "Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts", *BJM* 2010, (240) 243).

De Zwitserse parlementaire voorbereidingen vermelden dat deze vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de partner net als in Frankrijk gegrond is op de bijstandsplicht van gehuwden en samenwonenden³⁰⁰, maar dit bleek geen reden te zijn om een volmacht van de kwetsbare meerderjarige als subsidiair te beschouwen. In 2003 werd ook in Duitsland voorgesteld om echtgenoten bevoegd te maken om elkaar bij wilsonbekwaamheid te vertegenwoordigen om op die manier de subsidariteit van het bewind effectiever te maken (zie *supra*, nr. 128). Het voorstel werd uiteindelijk niet aangenomen maar zou hoe dan ook niet tot een vergelijkbare situatie als in het Franse recht hebben geleid omdat de vertegenwoordigingsmacht van het familielid ook volgens het Duitse voorstel pas van toepassing mocht zijn wanneer geen volmacht was opgesteld: “*Durch eine gesetzliche Vertretungsmacht darf die Privatautonomie nicht eingeschränkt werden*”.³⁰¹

181. Tijdens de hervormingen van de Belgische beschermingsmaatregelen is de verhouding tussen het huwelijksrecht, dat overigens vergelijkbaar is met de eerder geciteerde Franse bepalingen (zie *supra*, nr. 176)³⁰², en de (buiten)gerechtelijke bescherming niet aan bod gekomen.³⁰³ De wet preciseert niet aan welk statuut de rechter voorrang moet verlenen. In elk geval kent zij de echtgenoot niet uitdrukkelijk, zoals in het Franse recht, het recht toe om de stopzetting van de lastgeving te vragen wanneer het huwelijksrecht voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige volstaat.

182. De Belgische rechtspraak heeft wel erkend dat de toepassing van het huwelijksrecht de voorkeur verdient op een *bewind*. De echtgenoot van de kwetsbare meerderjarige mag de beëindiging van het bewind en de toepassing van een huwelijksrechtelijke bepaling zoals de gerechtelijke indeplaatsstelling (art. 220 BW) vragen wanneer die voor de bescherming van zijn partner volstaat.³⁰⁴ De rechters verantwoordden hun beslissing op grond van de redenering dat een inmenging in het privé- en gezinsleven van de echtgenoot, beschermd door artikel 8 EVRM, tot een minimum moet worden beperkt. Verschillende auteurs slopen zich bij dit standpunt aan.³⁰⁵

³⁰⁰ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6648 (www.ejpd.admin.ch).

³⁰¹ BT-Drucks. 15/2494, 5 en 17.

³⁰² Art. 214, 220, 1420 en 1426 BW.

³⁰³ Cf. *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 297; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 516; V. VANDERHULST, “Gerechtelijke indeplaatsstelling of bewind: welk statuut geniet voorrang bij gehuwden?”, *NFM* 2013, (158) 166.

³⁰⁴ Rb. Antwerpen 14 mei 2012, *NFM* 2013, 170, noot V. VANDERHULST: “Bij afzonderlijk verzoekschrift heeft appellante verzocht om als mandataris van de te beschermen persoon te worden aangesteld krachtens art. 220 BW, en deze minder ingrijpende beschermingsmaatregel geniet in dit geval de voorkeur, zodat het voorlopig bewind beëindigd moet worden.”; Vred. Marchienne-au-Pont 11 mei 1994, *JLMB* 1995, 1058.

³⁰⁵ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 190-192; W. PINTENS en A. VERBEKE, “Voorlopig bewind over de goederen toe-

D. Tussenoplossing op basis van de aard van de te beheren goederen

183. De vraag rijst of de Belgische rechtspraak en rechtsleer dezelfde redenering zouden volgen wanneer er een lasthebber is aangesteld. Het gaat in dat geval om een heel andere situatie dan wanneer er een bewindvoerder is benoemd. Het probleem bij de lastgeving is immers dat het recht op een privé- en gezinsleven van de echtgenoot lijnrecht tegenover het recht op persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige komt te staan, dat overigens eveneens voortvloeit uit artikel 8 EVRM (zie *supra*, nr. 53). Met artikel 483, 4° C.Civ. heeft de Franse wetgever ervoor gekozen om dit laatste belang ter zijde te schuiven, terwijl men in andere stelsels de keuzevrijheid van de meerderjarige laat primeren.

184. Ik vraag me af of er geen tussenoplossing bestaat die de belangen van beide partijen in balans kan brengen. Een criterium dat de Belgische wetgever daarbij van pas kan komen is de aard van de goederen waarvoor de kwetsbare meerderjarige vertegenwoordiging behoeft. Behoren deze goederen tot het gemeenschappelijk vermogen van beide echtgenoten, dan komt het me voor dat de inmenging van een derde inderdaad een disproportionele aantasting uitmaakt van het privé- en gezinsleven van de bekwame echtgenoot. De lasthebber oefent zeggenschap uit over goederen die niet alleen toebehoren aan de wilsonbekwame maar ook aan de bekwame echtgenoot, onder meer over diens inkomsten. Alle handelingen waarvoor de toestemming van één echtgenoot volstaat, kan hij alleen stellen, net omdat hij de plaats van de wilsonbekwame echtgenoot inneemt. De bekwame echtgenoot is weliswaar ook bevoegd om voor deze handelingen alleen op te treden, maar als de lasthebber dit doet, moet hij diens bestuursdaden eerbiedigen (zie art. 1416 BW). Gaat het om handelingen waarvoor de toestemming van beide echtgenoten vereist is, ziet hij zich mogelijk geconfronteerd met het veto van de lasthebber.

185. Voor deze vergaande gevolgen bestaat mijns inziens geen afdoende verantwoording. De bestuursregels van het gemeenschappelijk vermogen vinden hun grondslag in de idee dat er tussen echtgenoten een belangengemeenschap bestaat. Zij mogen elk afzonderlijk dit vermogen beheren, ook al behoort het deels toe aan de ander, omdat zij worden verondersteld alle bestuurshandelingen in het belang van het gezin te stellen (zie art. 1415, tweede lid en 1416 BW). De ene echtgenoot kan bijgevolg op de andere vertrouwen, want ze hebben allebei dezelfde doelstelling voor ogen en weten allebei wat goed is voor het gezin. Die belangengemeenschap en het bijhorende vertrouwen bestaan niet tussen de bekwame echtgenoot

behorend aan een meerderjarige”, *RW* 1991-92, (169) 170. Tegenstanders staven hun kritiek op het gebrek aan rechterlijke controle op de manier waarop de echtgenoot zijn bevoegdheden uitoefent: F. SWENNEN en T. ROBERT, “De toezichhouders op het beheer (de beheerders) van andermans vermogen – capita selecta”, *RW* 2003-04, (1614) 1627.

en eender welke derde. Het is daarom niet gerechtvaardigd om de lasthebber inspraak te verlenen in het beheer van gemeenschappelijke goederen en dus in het welzijn van het gezin. De bekwame echtgenoot zou het recht moeten hebben om met uitsluiting van de lasthebber het beheer van deze goederen waar te nemen. Enkel wanneer hij daarvoor ongeschikt blijkt, bijvoorbeeld omdat hij zelf ook wilsonbekwaam is, komen de lasthebber of, bij gebreke daarvan, een bewindvoerder in het vizier.

186. Ten aanzien van het eigen vermogen van de kwetsbare meerderjarige liggen de zaken anders. De huwelijkse solidariteit strekt zich niet zo ver uit dat echtgenoten bevoegd zijn om te beslissen over het persoonlijk vermogen van hun partner. Elke echtgenoot bestuurt zijn eigen vermogen alleen (art. 1425 BW). Die bevoegdheid omvat ook het recht om bij volmacht te bepalen wie dit bestuur zal uitoefenen wanneer de echtgenoot daar zelf niet meer toe in staat is en welke beginselen deze persoon daarbij in acht moet nemen. Deze volmacht heeft daarom voorrang op een eventuele claim van de andere echtgenoot.

187. Op het eerste gezicht volgt uit bovenstaande uiteenzetting dat er naar Belgisch recht geen reden is om ook aan de wettelijk of feitelijk samenwonende partner van de kwetsbare meerderjarige het recht toe te kennen om bij voorrang voor het beheer van (een aantal van) diens goederen in te staan. In dat geval is er immers geen sprake van een doelgebonden gemeenschappelijk vermogen. Tussen de partners kan weliswaar een onverdeeldheid bestaan, maar deze dient niet te worden beheerd in het uitsluitend belang van het gezin. Het bestuur van deze goederen gebeurt volgens het gemene recht inzake mede-eigendom en is niet gebaseerd op het vertrouwen dat tussen beide partners bestaat; vandaar dat zij bijvoorbeeld niet zonder toestemming van de ander over de onverdeelde goederen mogen beschikken (art. 577-2, § 6 BW). Dat de partners niet verplicht zijn om hun onverdeeldheid in het belang van het gezin te beheren, betekent echter nog niet dat zij dit niet zullen doen. Als het koppel reeds gedurende een aantal jaren samenleeft, kan men vermoeden dat zij bij het beheer van hun onverdeelde goederen dezelfde belangen voor ogen hebben als een gehuwd stel. In die optiek is de tussenkomst van een derde voor de bekwame wettelijk of feitelijk samenwonende partner even ingrijpend als voor een echtgenoot en kan men dus argumenteren dat deze derde ook voor hem moet wijken.

AFDELING III. BESLUIT

188. De positie van de lastgeving ten opzichte van andere beschermingsmaatregelen wordt bepaald door het subsidiariteitsbeginsel. In het recht inzake meerderjarigenbescherming moet men dit beginsel omschrijven als de plicht om de minst

ingrijpende beschermingsmaatregel toe te passen zolang en in de mate dat die het welzijn van de kwetsbare meerderjarige voldoende dient (zie *supra*, nrs. 171-172). De lastgeving heeft bijgevolg wel voorrang op andere maatregelen, maar deze voorrang is niet absoluut. Op basis van de specifieke omstandigheden van elk geval kan de rechter besluiten om de lastgeving te vervangen door een bewind en de autonomie van de kwetsbare meerderjarige dus beperken in naam van zijn bescherming. Het subsidiariteitsbeginsel dwingt hem er wel toe om eerst na te gaan of de lastgeving niet met de rechterlijke bescherming kan worden gecombineerd en dus geheel of gedeeltelijk behouden kan blijven (zie *supra*, nr. 167). Hij mag deze privaatrechtelijke maatregel niet zomaar volledig uitsluiten, louter omdat die niet in *alle* vereiste bescherming voorziet.

189. Het welzijn van de kwetsbare meerderjarige is echter niet de enige parameter die kan rechtvaardigen dat de lastgeving geen uitvoering krijgt. Het recht op privé- en gezinsleven van de echtgenoot of samenwonende partner van de kwetsbare meerderjarige plaatst hem in een voorrangpositie ten aanzien van de lasthebber voor het beheer van de gemeenschappelijke of onverdeelde goederen (zie *supra*, nrs. 185 en 187). Daarentegen zou de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige ten volle moeten kunnen spelen als het gaat om zijn eigen vermogen (zie *supra*, nr. 186). De Franse beëindigingsgrond in artikel 483, 4^o C.Civ. is in dat opzicht een disproportionele maatregel.

HOOFDSTUK IV

VORM VAN DE LASTGEVING

AFDELING I. INLEIDING

190. Het opleggen van vormvoorschriften voor rechtshandelingen beschouwt men vaak als een inperking van de persoonlijke autonomie van het rechtssubject. Bij lastgeving in het kader van meerderjarigenbescherming ligt het vormvraagstuk des te gevoeliger, omdat dit instrument net in het leven werd geroepen om het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige naar een hoger niveau te tillen. Bovendien wil men met het systeem van lastgeving zoveel mogelijk rechterlijke maatregelen vermijden en die doelstelling wordt door het risico op formele ongedigheid doorkruist.

Volgens Principe 5 van de Rec (2009)¹¹ moet een volmacht waarmee men op een toekomstige onbekwaamheid wil anticiperen minstens schriftelijk zijn, maar kunnen staten beslissen om bijkomende vereisten op te leggen. Sommige nationale wetgevers hebben ervoor gekozen om dit niet te doen. In andere rechtssystemen was men evenwel de mening toegedaan dat formalisme net een waarborg vormt voor autonomie en dat vormvrijheid synoniem staat voor willekeur en dus een verlies aan zelfbeschikking.³⁰⁶ Of, om het met de woorden van VON JHERING te zeggen: “*Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit.*”³⁰⁷ De striktheid van dit formalisme verschilt evenwel van land tot land. Het resultaat is een amalgaam van regelgeving omtrent de vorm van de lastgeving in de onderzochte Europese rechtssystemen. In dit hoofdstuk zal worden nagegaan in welke mate men de lastgeving aan formalisme zou moeten onderwerpen opdat dit instrument de vooropgestelde balans tussen autonomie en bescherming zou bereiken.

³⁰⁶ Cf. U. DI FABIO, “Form und Freiheit”, *DNotZ* 2006, (342) 345; A. RÖTHEL, “Form und Freiheit der Patientenautonomie”, *AcP* 2011, (196) 203; I. KROPPENBERG, *Privatautonomie von Todes wegen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 235.

³⁰⁷ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1898, 471.

AFDELING II. VAN QUASI-VORMVRIJHEID TOT STRIKT FORMALISME

§ 1. QUASI-VORMVRIJHEID

191. Naar Belgisch en Duits recht is de lastgever die via volmacht wil anticiperen op een eventuele toekomstige onbekwaamheid in beginsel niet gebonden aan vormvereisten.³⁰⁸ De enige beperking in het Belgische recht is dat de lastgeving niet mondeling kan worden verleend, gelet op de registratieverplichting in artikel 490, eerste lid BW³⁰⁹, terwijl dat in het Duitse recht theoretisch gezien wel mogelijk is.³¹⁰ Voor het overige kan de lastgever in beide stelsels kiezen of hij de lastgeving tot stand laat komen via een onderhandse of authentieke akte.³¹¹

192. Op deze principiële vormvrijheid bestaan evenwel uitzonderingen. Ten eerste moet de lastgever er rekening mee houden dat hij zijn volmacht (die het bewijs vormt van de lastgeving, zie *supra*, nr. 15) in de regel in notariële vorm moet opstellen wanneer ze een rechtshandeling betreft die bij notariële akte moet gebeuren.³¹² Men wil op die manier vermijden dat de vormvoorschriften van de desbetreffende rechtshandeling, en vooral hun waarschuwingsfunctie, door de lastgeving worden uitgehouden.³¹³ In het Belgische recht is dit een principe dat op elke

³⁰⁸ **België:** F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 568; 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) 261; **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 150 en 154; R. SPANL, “Zur Formbedürftigkeit einer Vorsorgevollmacht”, *Rpfleger* 2006, (455) 456; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 90; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 30; D. SCHWAB, “BGB § 1896 Voraussetzungen” in D. SCHWAB (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, nr. 50.

³⁰⁹ F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 568; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 295.

³¹⁰ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 150. Een geschrift is wel vereist voor volmachten die betrekking hebben op vrijheidsontnemende of medische maatregelen (§ 1904, vijfde lid en 1906, vijfde lid BGB). *Cf.* art. 1985 BW.

³¹¹ **België:** F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 586; M.A. MASSCHELEIN, “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, (3) 4; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 80; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 448; **Duitsland:** J. DIECKMANN en A. JURGELEIT, “Die Reform des Betreuungsrechts”, *BtPrax* 2002, (135) 138; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 90-92.

³¹² **België:** B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 80; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 448; A. VERBEKE en I. VERVOORT, “Comparant bij volmacht” in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 483; **Duitsland:** V.

lastgeving van toepassing is en dus niet alleen op de lastgeving die bedoeld is als beschermingsmaatregel. In het Duitse recht is dit anders: § 167, tweede lid BGB bepaalt dat de vorm van de volmacht niet onderworpen is aan de vorm die vereist is voor de rechtshandeling waarop ze betrekking heeft. Deze bepaling wordt evenwel op teleologische wijze geïnterpreteerd: een volmacht moet wel de vorm aannemen van de rechtshandeling waarop ze betrekking heeft als ze de lastgever op dezelfde manier bindt als wanneer hij die rechtshandeling zelf zou stellen, omdat de vormvereisten hun waarschuwingfunctie anders niet kunnen vervullen. Men neemt aan dat dit het geval is voor de *Vorsorgevollmacht*, aangezien de wilsonbekwame lastgever deze niet meer gaat kunnen herroepen.³¹⁴ Deze teleologische interpretatie van § 167, tweede lid BGB brengt mee dat een *Vorsorgevollmacht* die betrekking heeft op een onroerend goed volgens de meeste auteurs de tussenkomst van een notaris vereist.³¹⁵

193. Ten tweede schrijft de wet voor bepaalde soorten volmachten toch een specifieke vorm voor. Deze uitzonderingen gelden ook in het kader van de gemeenschappelijke lastgeving. Naar Duits recht is dit bijvoorbeeld het geval indien de volmacht de verwerping van een nalatenschap betreft (§ 1945, derde lid BGB). In België is een notariële akte vereist als het mandaat het aanvaarden van een schenking betreft (art. 933 BW). De rechtsleer breidt dit uit tot de volmacht die het verrichten van een schenking omvat, met het oog op de rechtszekerheid en de bescherming van de schenker tegen lichtzinnigheid.³¹⁶ Men dient wel voor ogen te houden dat een notariële volmacht niet noodzakelijk een notariële lastgevingsovereenkomst vereist (zie *supra*, nr. 15 voor het onderscheid tussen lastgeving en volmacht).³¹⁷

LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 150; R. SPANL, "Zur Formbedürftigkeit einer Vorsorgevollmacht", *Rpfleger* 2006, (455) 457.

³¹⁴ U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 90-92. Kritisch: V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 150 en 152.

³¹⁵ J. DIECKMANN en A. JURGELEIT, "Die Reform des Betreuungsrechts", *BtPrax* 2002, (135) 138; A. BAUER en T. KLIE, "Wie ist eine Betreuung vermeidbar? Praktische Gestaltungsfragen von Vorsorgevollmachten und der Grundsatz der Subsidiarität der gesetzlichen Betreuung", *FPR* 2004, (671) 675. *Contra*: R. SPANL, "Zur Formbedürftigkeit einer Vorsorgevollmacht", *Rpfleger* 2006, (455) 458.

³¹⁶ 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) 262; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 448; A. VERBEKE en I. VERVOORT, "Comparant bij volmacht" in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 485; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 80; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V. Brussel, Bruylant, 1975, 381.

³¹⁷ A.-L. VERBEKE, P. BRULEZ, N. CARETTE *et al.*, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 300; A. VERBEKE en I. VERVOORT, "Comparant bij volmacht" in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 480.

§ 2. SOEPEL FORMALISME

194. Een tweede type van vormregulering vinden we terug in het Oostenrijkse en Zwitserse recht. De lastgeving verleend met het oog op onbekwaamheid kan er niet op eender welke manier tot stand komen, maar het opgelegde formalisme laat nog een zekere keuzevrijheid toe. In beide stelsels speelde de bekommernis dat te veel administratieve horden en kosten de lastgever zouden ontmoedigen om een volmacht op te stellen.³¹⁸ Zowel de Oostenrijkse § 284f, tweede lid ABGB als het Zwitserse artikel 361 ZGB bepalen dat men de lastgeving via een onderhandse of openbare akte kan verlenen.

195. De vormschriften leunen aan bij die van het testament.³¹⁹ Dit wil zeggen dat de lastgever de onderhandse akte volledig zelf moet uitschrijven en ondertekenen, zodat er minder twijfel kan ontstaan over de vraag of het document werkelijk door hem werd opgesteld en zodat hij zich bewuster is van de keuzes die hij op dat moment maakt.³²⁰ In tegenstelling tot het Zwitserse recht, laat de Oostenrijkse § 284f, tweede lid ABGB evenwel ruimte voor een volmacht die niet met de hand werd geschreven. Op die manier kunnen ook personen die niet (meer) kunnen lezen of schrijven een volmacht opstellen.³²¹ In dat geval moet de lastgever, naast het plaatsen van zijn handtekening, de inhoud van het document bevestigen in aanwezigheid van drie getuigen, die deze bevestiging in een bijlage bekrachtigen.³²² De Oostenrijkse wetgever wilde de lastgever op die manier behoeden voor misbruik.³²³ In Zwitserland moet een onderhandse volmacht steeds met de hand geschreven zijn; een getypte of gedicteerde volmacht is bijgevolg ongeldig, omdat men wil vermijden dat de lastgever gedwongen zou worden om een document te ondertekenen dat hij niet zelf heeft opgesteld.³²⁴ Wel mag de rechter de inhoud van deze volmacht in aanmerking nemen als loutere wensen van de kwetsbare meerderjarige wanneer hij een bewind instelt.³²⁵

³¹⁸ Oostenrijk: ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 27; Zwitserland: *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); *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2004, 114 en 116 (www.ejpd.admin.ch).

³¹⁹ Oostenrijk: cf. § 578 ABGB e.v.; ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 27; C. RABL, “Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz und Bankgeschäfte”, *ÖBA* 2008, (83) 87; Zwitserland: cf. art. 499 e.v. en 505 ZGB; S. WOLF, “Erwachsenenschutz und Notariat”, *ZBGR* 2010, (73) 91.

³²⁰ Oostenrijk: § 284f, tweede lid ABGB; ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 27; S. RESCH, “Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht”, *PSR* 2013, (4) 5; Zwitserland: art. 361, tweede lid ZGB; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 302.

³²¹ ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 27.

³²² Cf. § 579 ABGB.

³²³ ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 4-5.

³²⁴ *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).

³²⁵ R.E. AEBI-MÜLLER en S. BIENZ, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in der Schweiz” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (57) 71.

196. Zolang de lastgeving geen medische aangelegenheden omvat, is in Zwitserland de keuze tussen een onderhandse of notariële akte vrij. De wet en de rechtspraak laten de vorm van een volmacht niet afhangen van het type rechtshandeling dat men wil laten verrichten.³²⁶ De Zwitserse rechtsleer is echter, net als de Belgische en Duitse, van oordeel dat een lastgever zijn volmacht in notariële vorm moet opstellen wanneer die vorm vereist is voor de rechtshandeling waarop ze betrekking heeft.³²⁷ Ook naar Oostenrijks recht is dit het geval.³²⁸ Een striktere vorm dringt zich in Oostenrijk overigens hoe dan ook op wanneer de *Vorsorgevollmacht* vermogensaangelegenheden betreft die als buitengewone economische verrichtingen kunnen worden beschouwd (§ 284f, derde lid ABGB). Dit moet *in concreto* worden beoordeeld.³²⁹ Men spreekt dan van een gekwalificeerde volmacht.³³⁰ Een voorbeeld hiervan is de machtiging om een onroerend goed van de lastgever te verkopen.³³¹ Dit type volmacht moet de lastgever opstellen met bijstand van een advocaat, een notaris of het gerecht (§ 284f, derde lid ABGB), opdat hij voldoende geïnformeerd zou zijn.³³² Voor elke *Vorsorgevollmacht* geldt dat de lastgever precies moet formuleren voor welke aangelegenheden de lasthebber mag optreden (§ 284f, eerste lid ABGB; zie *infra*, nr. 272).

§ 3. STRIKT FORMALISME

197. Het Engelse en Franse recht bevatten een derde type van vormvereisten voor de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving.

198. In Engeland & Wales moet de lastgever zijn *lasting power of attorney* in de vorm opstellen die is voorgeschreven in *The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007)*³³³ en die verschilt naargelang hij de volmacht verleent met het oog op persoons- dan wel vermogensrechtelijke aangelegenheden.³³⁴ Het gaat telkens om een voorgedrukt formulier van een vijftientigtal bladzijden waarop de lastgever verschillende gegevens moet invullen of aankruisen. Zo moet hij aangeven of hij

³²⁶ BGE 26 januari 1966, BGE 86 II, 40; BGE 24 september 1986, BGE 112 II, 332.

³²⁷ H. HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010, 316.

³²⁸ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 345.

³²⁹ T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 29.

³³⁰ C. RABL, “Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz und Bankgeschäfte”, *ÖBA* 2008, (83) 87.

³³¹ B. JUD en J. SEIDL, “Gründbuchsrechtliche Hürden der Vorsorgevollmacht”, *ecolx* 2007, (495) 495.

³³² ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 27.

³³³ Geamendeerd door *The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian (Amendment) Regulations* 2013.

³³⁴ Schedule 1 nr. 1 (1)(a) MCA 2005.

een vervangende lasthebber wil aanstellen, of hij bepaalde personen wil inlichten over de aanvraag tot registratie van de volmacht, of hij zijn lasthebber wil vergoeden, enz. Het document vormt de enige manier om een *lasting power of attorney* tot stand te brengen. De Engelse wetgever hecht zeer veel belang aan de vorm van de lastgeving omdat hij wil dat de lastgever en de lasthebber zich ten volle bewust zouden zijn van de aard en de gevolgen van het instrument.³³⁵

199. Een belangrijk contrast met de voorgaande stelsels is dat steeds de tussenkomst van een derde vereist is om van het betreffende document een geldige volmacht te maken. Naast de uitdrukkelijke aanvaarding van de lasthebber, vereist het Engelse formulier immers een certificaat waarin een derde verklaart 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.³³⁶ De certificaatverlener organiseert daarvoor een afzonderlijk gesprek met de lastgever. Het moet gaan om een persoon die de lastgever tijdens de laatste twee jaren heeft gekend of om iemand die zich omwille van zijn professionele expertise in staat acht om een dergelijke verklaring af te leggen.³³⁷ Een tweede attest is vereist als de lastgever niemand heeft opgegeven die op de hoogte moet worden gebracht van de aanvraag tot registratie van de volmacht.³³⁸ Tot slot moet het formulier worden ondertekend door een getuige die aanwezig was bij de ondertekening door zowel de lastgever als -hebber, maar dit mag dezelfde persoon zijn als de certificaatverlener.³³⁹

200. Omwille van het certificaatvereiste kan het opstellen van de volmacht naar Engels recht dus niet in een besloten sfeer gebeuren. De certificaatverlener mag overigens niet eender welke persoon zijn; een aantal personen komen hier niet voor in aanmerking omdat de wetgever een zekere onafhankelijkheid verlangt.³⁴⁰ Onder meer familieleden van de lastgever mogen het certificaat niet verlenen.³⁴¹ Voor ouderen zal dit vaak betekenen dat zij hun toevlucht moeten nemen tot een

³³⁵ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23-24, nr. 4.10.

³³⁶ Schedule 1 nr. 2 (1)(e) MCA 2005.

³³⁷ Reg. 8 (1) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

³³⁸ Reg. 7 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

³³⁹ Reg. 9 (3)(b) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 85.

³⁴⁰ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Consultation Paper on Lasting Powers of Attorney – forms and guidance (CP 01/06, 20 januari 2006)*, 13.

³⁴¹ Reg. 8 (3) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

advocaat of zorgverlener, met die belangrijke nuance dat ook personeelsleden van de instelling waar zij verblijven uitgesloten zijn.³⁴²

201. Ook het Franse recht kan men als strikt formalistisch beschouwen. Artikel 477, vierde lid C.Civ. bepaalt dat men een *mandat de protection future* via een onderhandse of notariële akte kan verlenen. Op het eerste gezicht lijkt de Franse regeling zich dus aan te sluiten bij de Oostenrijkse en Zwitserse pleegvormen. Toch is er in Frankrijk sprake van een strengere formalisme, en dit om twee redenen.

202. Ten eerste is de keuze tussen de onderhandse en notariële akte niet zo vrijblijvend als in de andere stelsels. Krachtens de artikelen 490, eerste lid en 493, eerste lid C.Civ. is 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.³⁴³ Artikel 493 C.Civ. schrijft namelijk voor dat het mandaat dat via een onderhandse akte werd verleend beperkt is tot rechtshandelingen die een bewindvoerder zonder toestemming van de rechter mag verrichten. Gelet op de artikelen 504 en 505 C.Civ., betekent dit dat de lasthebber enkel daden van bewaring en beheer mag stellen (*actes conservatoires et d'administration*). Voor daden van beschikking (*actes de disposition*) heeft hij toestemming van de rechter nodig, die bepaalt of de daden noodzakelijk zijn voor de belangen van de meerderjarige (art. 493, tweede lid C.Civ.).³⁴⁴ De Franse wetgever beschouwt deze handelingen als te ingrijpend om ze toe te vertrouwen aan iemand die via een onderhandse akte is aangesteld, omdat de lastgever mogelijk onvoldoende is geïnformeerd (zie *infra*, nr. 269). Met het onderscheid tussen de twee soorten volmachten tracht de wetgever een evenwicht tussen soepelheid en rechtszekerheid tot stand te brengen.³⁴⁵

203. De vorm van de volmacht bepaalt bijgevolg de omvang van de bevoegdheden van de lasthebber.³⁴⁶ De lastgever kan zijn lasthebber pas toelaten om over

³⁴² Reg. 8 (3) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

³⁴³ 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. Zie *infra*, nr. 268.

³⁴⁴ Art. 493 C.Civ.; 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), 2007, 201 (www.assemblee-nationale.fr).

³⁴⁵ 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), 2007, 190 (www.assemblee-nationale.fr).

³⁴⁶ J. KLEIN, "Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle", *Droit de la famille* 2007, afl. 5, dossier 21, nr. 16.

zijn vermogen te beschikken wanneer hij de stap naar een notaris zet. De autonomie van de kwetsbare meerderjarige is daardoor begrensd, in naam van zijn bescherming. Weliswaar is dit in sommige andere rechtsstelsels ook het geval, maar in mindere mate dan in Frankrijk. Zo is een notariële volmacht in Oostenrijk enkel vereist voor buitengewone economische verrichtingen, terwijl in Frankrijk voor eender welke beschikkingsdaad een notariële akte moet worden voorgelegd.

204. Een tweede reden waarom men de Franse vormregeling als strikt formalistisch kan beschouwen, is het feit dat de Franse wetgever een specifieke invulling heeft gegeven aan het begrip ‘onderhandse akte’ in het raam van het *mandat de protection future*, die meebrengt dat dit instrument niet even gemakkelijk tot stand kan worden gebracht als in de voorgaande stelsels. Meer bepaald schrijft artikel 492 C.Civ. voor dat de onderhandse volmacht, die niet met de hand moet worden geschreven, ofwel mede ondertekend moet worden door een advocaat ofwel opgesteld moet worden via een officieel model, vervat in het decreet van 30 november 2007.³⁴⁷ In tegenstelling tot wat het geval is in de voorgaande types volstaat het in Frankrijk dus niet dat de meerderjarige een papier ter hand neemt, daar naar eigen inzicht zijn wensen op neerschrijft en het ondertekent. Met deze vormvereisten wilde de wetgever de inhoudelijke kwaliteit van een onderhandse lastgeving waarborgen.³⁴⁸ Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat er destijds stemmen opgingen om van de volmacht verleend met het oog op onbekwaamheid een notariële akte te maken. Dit voorstel werd evenwel van de hand gewezen en vervangen door de huidige regeling om de lastgever toch nog een minimum aan soepelheid te kunnen bieden.³⁴⁹ Het is overigens de eerste keer dat het concept van de ‘modelakte’ zijn opwachting maakt in het Franse burgerlijke recht.³⁵⁰

205. Er kan nog worden opgemerkt dat een notariële akte wel steeds vereist is voor het *mandat de protection future pour autrui*, dat wordt verleend door ouders met het oog op de belangenbescherming van hun kind wanneer dit kind en zijzelf daar niet meer toe in staat zouden zijn.³⁵¹

³⁴⁷ Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé.

³⁴⁸ H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs* (nr. 212), 2007, 196 (www.senat.fr).

³⁴⁹ JO Sénat 16 februari 2007 (sessie 15 februari 2007), 1603-1604; 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), 2007, 190 (www.assemblee-nationale.fr).

³⁵⁰ A.-M. LEROYER, “Mandat de protection future – Acte sous seing privé”, *RTD Civ.* 2008, (167) 167.

³⁵¹ Art. 477, vierde lid C.Civ.

AFDELING III. CRITERIA VOOR DE VORM VAN DE LASTGEVING

§ 1. NOOD AAN BIJZONDERE FORMALITEITEN

206. Gelet op de specifieke rol van de lastgeving als beschermingsmaatregel, is het raadzaam om vormvereisten aan dit instrument te verbinden. De situatie van een meerderjarige die anticipeert op een toekomstige onbekwaamheid onderscheidt zich op verschillende vlakken van die van een lastgever die tijdens de uitoefening van het mandaat bekwaam blijft. De onbekwaam geworden meerderjarige is niet meer in staat om zijn volmacht op eender welk ogenblik te wijzigen of herroepen, kan zelf geen rechtshandelingen stellen en kan geen controle uitoefenen over de daden van zijn lasthebber. Dit wil zeggen dat het verlenen van een volmacht voor een latere onbekwaamheid een ingrijpendere rechtshandeling is dan het opstellen van een gewone volmacht waarbij de lastgever nauw betrokken blijft.

207. Omwille van dit invloedrijke karakter van de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving, moet de wetgever bewerkstelligen dat een werkelijke en doordachte wilsuïting in hoofde van de lastgever wordt bereikt.³⁵² Dit betekent dat de vorm van de volmacht een aantal functies moet vervullen, zoals het waarschuwen van de meerderjarige voor de gevolgen van zijn keuzes en het voorkomen van beïnvloeding. Op die manier kan een overhaast of onder druk verleende volmacht geen uitwerking krijgen en wordt het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige gevrijwaard. Op basis van deze criteria, die hierna zullen worden toegelicht, kan men bepalen welke vormregeling en dus welke mate van formalisme het meest aangewezen is.

208. De keuze voor een vormregeling betreft een delicate evenwichtsoefening, omdat de vormvoorschriften die de wetgever oplegt niet dermate talrijk, ingewikkeld of kostelijk mogen zijn dat ze drempelverhogend werken.³⁵³ Zij mogen het nut en de aantrekkelijkheid van de volmacht als privaatrechtelijke beschermingsmaatregel niet uithollen door de opstelling ervan aan te veel hindernissen te onderwerpen.³⁵⁴ Aan de andere kant acht ik het evenwel belangrijk om voor ogen te houden dat elke 'ingreep' op het niveau van de vorm een latere tussenkomst van de staat kan voorkomen.³⁵⁵ Zowel vanuit het oogpunt van de meerderjarige als

³⁵² Cf. A. RÖTHEL, "Form und Freiheit der Patientenautonomie", *AcP* 2011, (196) 210.

³⁵³ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 111.

³⁵⁴ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 111; M. SCHAUER, "20 Jahre Sachwalterrecht – Sinn, Zweck und Alternativen", *RZ* 2004, (206) III. 2. c).

³⁵⁵ U. DI FABIO, "Form und Freiheit", *DNotZ* 2006, (342) 350.

dat van de staat is het in dat opzicht interessanter om de meerderjarige te verplichten een specifieke vorm te respecteren dan om hem vormvrijheid toe te kennen. Op die manier kan men bepaalde risico's al op voorhand opvangen en vermijdt men bijvoorbeeld dat de rechter de volmacht nog aan een uitvoerige controle moet onderwerpen alvorens zij in werking kan treden of dat er achteraf betwistingen ontstaan over de geldigheid ervan, die de rechter moet beslechten of het einde van de lastgeving kunnen betekenen wanneer het instrument niet in het rechtsverkeer wordt aanvaard. Zulke tussenkomsten worden door de meerderjarige als veel ingrijpender ervaren dan een beperking van zijn keuzevrijheid inzake de vorm van zijn volmacht.³⁵⁶

§ 2. WAARSCHUWINGSFUNCTIE

209. Hoger werd gewezen op het feit dat de eigenheid van een volmacht voor onbekwaamheid er onder meer in bestaat dat de lastgever het instrument na enige tijd niet meer zal kunnen herroepen (zie *supra*, nr. 206). Dit betekent dat het verlenen van een dergelijke volmacht een groter risico op zelfbinding creëert. Men beslist over toekomstige kwesties waarover men op het ogenblik van de opstelling van de volmacht nog niets weet en men kan hier niet op terugkomen als de maatregel uiteindelijk uitwerking krijgt. Daarbij komt dat het toekomstaspect van de volmacht soms kan leiden tot minder doordachte beslissingen omdat het moeilijk is zich in te leven in een situatie waarin men zich nog niet bevindt en wellicht nog nooit bevonden heeft. Het is daarom van belang dat de meerderjarige door de aard van de opstelling van zijn volmacht wordt gewezen op de gevolgen van de keuzes die hij wil maken met betrekking tot de zeggenschap over zijn vermogen.³⁵⁷ Een autonome wilsuiting is op zijn minst een doordachte wilsuiting; overhaasting moet worden vermeden.³⁵⁸ In die zin is het belangrijk om een voldoende gedetailleerde volmacht op te stellen. Zowel § 284f, eerste lid ABGB als artikel 360, tweede lid ZGB gebieden dat de volmacht preciseert op welke aangelegenheden de lastgeving betrekking heeft (zie *infra*, nr. 272). Dit laat de lastgever toe om het mandaat in zijn volle draagwijdte te begrijpen.³⁵⁹ Bovendien vormt precisie ook een waarborg voor de effectieve realisatie van de wensen van de meerderjarige, want als zijn wilsverklaring te vaag is, wordt die in de praktijk onwerkbaar of verkeerd geïnterpreteerd.

³⁵⁶ Cf. de idee van *preventive justice in civil law*-landen, waarbij de staat een preventieve wettelijke controle door authenticatie (via een notaris) doorvoert bij transacties met een bijzonder economisch of persoonlijk belang om geschillen voor de rechtbank (*contentious jurisdiction*) over geldigheid of inhoud te vermijden. Zie: COUNCIL OF THE NOTARIATS OF THE EUROPEAN UNION, *Comparative Study on Authentic Instruments, Study for the European Parliament No IP/C/JURI/IC/2008-019*, iv (www.cnue-nouvelles.be).

³⁵⁷ A. RÖTHEL, "Form und Freiheit der Patientenautonomie", *AcP* 2011, (196) 207.

³⁵⁸ A. RÖTHEL, "Form und Freiheit der Patientenautonomie", *AcP* 2011, (196) 211.

³⁵⁹ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 109.

210. Ook de verplichting voor de lastgever om zijn volmacht volledig met de hand te schrijven, zoals die bijvoorbeeld geldt in het Zwitserse recht (art. 361, tweede lid ZGB) draagt bij tot een groter besef van de gevolgen van de lastgeving. Wanneer de lastgever zijn instructies zelf uitschrijft, is hij zich bewuster van zijn beslissingen dan wanneer iemand anders voor hem een tekst opstelt en hij die slechts hoeft te ondertekenen.

§ 3. BEWIJSFUNCTIE

211. Men kan een volmacht uiteraard pas aanwenden wanneer men het bestaan ervan kan bewijzen. Zonder een overtuigend bewijs van de inhoud van het mandaat en de identiteit van de lastgever en -hebber zal de volmacht op slechts weinig aanvaarding kunnen rekenen in het rechtsverkeer. Men belandt dan in een situatie waarbij toch een bewindsprocedure moet worden opgestart, omdat de volmacht weliswaar geldig werd opgesteld maar onwerkzaam blijkt te zijn. Vooral financiële instellingen schuwen het risico op een volmacht die niet werkelijk van de beweerde lastgever afkomstig is.³⁶⁰ Dit leidt opnieuw tot de vaststelling dat de volmacht best met de hand wordt geschreven (zie *supra*, nr. 210). In tegenstelling tot een getypt document, biedt een handgeschreven exemplaar het voordeel dat vervalsing wordt bemoeilijkt, dat de lastgever niet zomaar een papier ondertekent waarvan hij de inhoud niet begrijpt en dat de volmacht om die redenen meer overtuigingskracht heeft.³⁶¹

§ 4. VOORKOMEN VAN BEÏNVLOEDING EN BEDROG

212. Gelet op de invloed van een volmacht die men met het oog op wilsonbekwaamheid verleent, is het risico reëel dat familie, vrienden of kennissen van de lastgever hem onder druk zetten of dat zij zelf in zijn naam een volmacht opstellen. Erfgenamen zien mogelijk hun kans om al te ingrijpende patrimoniale beslissingen te voorkomen, opdat het vermogen van de lastgever (en dus zijn toekomstige nalatenschap) zoveel mogelijk intact blijft. Men mag ook 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. Vooral ouderen, wellicht de voornaam-

³⁶⁰ J. DIECKMANN en A. JURGELEIT, "Die Reform des Betreuungsrechts", *BtPrax* 2002, (135) 140; M. BÜHLER, "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, (1585) 1590.

³⁶¹ A. BAUER en T. KLIE, "Wie ist eine Betreuung vermeidbar? Praktische Gestaltungsfragen von Vorsorgevollmachten und der Grundsatz der Subsidiarität der gesetzlichen Betreuung", *FPR* 2004, (671) 674; O. KÄLIN, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen: Dispute Resolution und ausgewählte Probleme", *ST* 2008, (1048) 1048.

ste gebruikers van de volmacht, zijn hierbij een uiterst kwetsbare doelgroep.³⁶² Het is van belang dat de vormregeling van het bijzondere lastgevingsregime dit risico op fraude en beïnvloeding verzacht door gepaste waarborgen in te bouwen. Daarbij kan opnieuw worden gewezen op het nut van een eigenhandig geschreven volmacht, die bedrog weliswaar niet uitsluit maar wel bemoeilijkt. Ook het betrekken van een derde persoon bij de ondertekening van de volmacht, zoals het geval is in Engeland & Wales, is een mogelijke optie.

AFDELING IV. BESLUIT

213. Kenmerkend voor bijna alle onderzochte rechtsstelsels is dat de lastgever zijn volmacht in private sfeer, binnen de eigen muren, kan opstellen.³⁶³ Enkel in Engeland & Wales moet steeds een derde (als certificaatverlener) betrokken zijn bij het opstellen van de volmacht (zie *supra*, nr. 199). In Frankrijk is de lastgever verplicht om zich naar de notaris te begeven zodra hij zijn lasthebber wil machtigen voor beschikkingsdaden (zie *supra*, nr. 202). Het voordeel van de aanwezigheid van een bijstandspersoon zoals een notaris of advocaat is dat deze de lastgever kan adviseren over de inhoud en gevolgen van zijn volmacht. Door zijn professionaliteit en ervaring heeft hij zicht op mogelijke problemen en valkuilen waar de lastgever mogelijk geen weet van heeft.³⁶⁴ Voorts kan de bijstandspersoon, in het bijzonder de notaris, in een voorafgaandelijk gesprek de wilsbekwaamheid van de lastgever en eventuele beïnvloeding nagaan.³⁶⁵ De lastgever wordt met andere woorden beschermd tegen druk en onwetendheid.³⁶⁶ Het is daarom niet ondenkbaar dat sommige mensen voor deze professionele tussenkomst zullen opteren wanneer zij een regeling willen treffen voor later.³⁶⁷ Naar mijn mening gaat het echter te ver om de lastgever hiertoe te verplichten. Buiten

³⁶² K. STOLZ, "Betreuung ist gut, Vorsorge ist besser (?)", *BWNotZ* 1998, (75) 78.

³⁶³ A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtigde vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 84.

³⁶⁴ A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 30.

³⁶⁵ Cf. V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 164; M. BÜHLER, "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, (1585) 1590; G. MÜLLER en T. RENNER, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, 266-273; M. LOCHER, "Vorsorge durch Vollmachtserteilung", *FamRB* 2004, (30) 32; A. VERBEKE en I. VERVOORT, "Comparant bij volmacht" in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 475.

³⁶⁶ A. VERBEKE en I. VERVOORT, "Comparant bij volmacht" in J. BAEL, H. BOCKEN, S. DEVOS *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, (475) 475.

³⁶⁷ Cf. M.A. MASSCHELEIN, "De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen", *NNK* 2013, (3) 4.

het geval van plechtige rechtshandelingen (zie *supra*, nrs. 192 en 196), zou men de lastgever niet mogen dwingen om zijn besognes over een latere of langzaam intredende wilsonbekwaamheid met de buitenwereld te delen. Vele volwassenen beschouwen de anticipatie hierop als een hoogstpersoonlijk gebeuren. Die wens naar intimiteit dient naar mijn mening te worden gerespecteerd. De stap naar een externe persoon en de bijhorende kosten zouden een meerderjarige bovendien kunnen weerhouden om het beheer van zijn vermogen via lastgeving te regelen.³⁶⁸ In het licht van zijn autonomie, moet hij aldus de mogelijkheid hebben om een onderhands document op te stellen.

214. Dit betekent echter niet dat de lastgever ook volledig vrij moet zijn in de manier waarop hij zijn volmacht in besloten sfeer opstelt. In navolging van het Engelse recht, zou de lastgever naar mijn mening verplicht moeten worden om een specifiek formulier in te vullen wanneer hij zijn volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid verleent (zie *supra*, nr. 164 voor voortdurende volmachten).³⁶⁹ Op die manier wordt hij er toe aangezet om meer over de bevoegdheden van zijn lasthebber en de omkadering van diens opdracht te reflecteren. Het formulier kan bijvoorbeeld ruimte laten voor controlemodaliteiten waarmee de lastgever een eventueel misbruik van zijn volmacht kan voorkomen, zoals de aanwijzing van verschillende lasthebbers die voor bepaalde handelingen samen moeten optreden of van een controlelasthebber, aan wie de lasthebber periodiek verantwoording moet afleggen (zie *infra*, nr. 525). De lastgever kan ook beslissen wie er in de plaats van zijn lasthebber moet optreden als er sprake zou zijn van een belangenconflict (zie *infra*, nr. 480) of als de lasthebber zijn taak niet langer zou kunnen uitvoeren, bijvoorbeeld door ziekte of overlijden.

215. Het formulier kan de lastgever ook inlichten over de mogelijkheid om de inwerkingtreding van de lastgeving te modaliseren. Meer bepaald kan het de vraag bevatten of hij de beoordeling van de intrede van wilsonbekwaamheid wenst over te laten aan de lasthebber dan wel of hij wil dat een geneesheer zich hierover uitsprekt (zie *infra*, nrs. 360-361). Tevens kan het formulier er ook voor zorgen dat de lastgever de bevoegdheden van zijn lasthebber voldoende preciseert, door te vragen of bepaalde rechtshandelingen (zoals bijvoorbeeld transacties met betrekking tot onroerend goed) al dan niet in het takenpakket van de lasthebber begrepen zijn en of hij bepaalde goederen (zoals souvenirs) aan het

³⁶⁸ ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 27; J. DIECKMANN en A. JURGELEIT, "Die Reform des Betreuungsrechts", *BtPrax* 2002, (135) 139; zie ook: A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtigde vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 84.

³⁶⁹ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtigde vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 85.

beheer wil onttrekken.³⁷⁰ Het formulier kan de lastgever met andere woorden wijzen op bepaalde mogelijkheden waar hij zelf niet aan zou hebben gedacht en vervult in dat opzicht dus de waarschuwingfunctie. Het zorgt ervoor dat de volmacht zijn wensen zo goed mogelijk vertolkt.

216. Daarenboven vermindert een formulier 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.³⁷¹ Ook het feit dat elke als beschermingsmaatregel bedoelde volmacht dezelfde structuur kent, kan het risico op terughoudendheid van bepaalde instanties verminderen.

217. Minstens zou de lastgever het formulier eigenhandig moeten invullen, dateren en ondertekenen, om het risico op vervalsing of ongewenste aanvullingen door derden te verminderen (zie *supra*, nr. 212).³⁷² De volmacht zal daardoor betrouwbaarder zijn dan een getypt document en vervult in die zin ook de bewijsfunctie (zie *supra*, nr. 211).³⁷³ Bovendien maakt een eigenhandig geschrift de lastgever bewuster van de vermogensrechtelijke keuzes die hij maakt (zie *supra*, nr. 210).

218. Tot slot is het essentieel dat ook de lasthebber het formulier mee ondertekent. Op die manier kan de lastgever meteen nagaan of de vertrouwenspersoon die hij in gedachten heeft wel degelijk bereid is om het beheer van zijn vermogen op zich te nemen. Anders loopt hij het risico dat deze persoon de opdracht weigert op het moment dat hij wilsonbekwaam is geworden en hij dus niet meer in staat is om iemand anders te benoemen.³⁷⁴ Dit risico bestaat in het Duitse, Oostenrijkse

³⁷⁰ A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 40.

³⁷¹ Cf. A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 32.

³⁷² Cf. W. PINTENS inzake de voordelen van het Belgisch 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.

³⁷³ Cf. W. PINTENS inzake de voordelen van het Belgisch eigenhandig testament in W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH *et al.*, *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 920.

³⁷⁴ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 115; 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) 261; C. SPRUZINA, "Vorsorgevollmacht" in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 683; C. FOUNTOLAKIS en C. GAIST, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le nouveau droit de la protection de l'adulte" in P. GAUCH, J.-B. ZUFFEREY, J. DUBEY *et al.* (eds.),

en Zwitserse recht, waar het beschermingsinstrument werd geconcipieerd als een eenzijdige rechtshandeling (een volmacht), die de lasthebber al dan niet kan aanvaarden op het ogenblik dat zij uitwerking moet krijgen.³⁷⁵ In België gaat het werkelijk om een lastgevingsovereenkomst, die verplicht moet worden geregistreerd.³⁷⁶ Dit betekent dat de lasthebber het document op voorhand moet ondertekenen.³⁷⁷ Ook in het Engelse recht moet de handtekening van de lasthebber op het formulier figureren vooraleer het in het register kan worden opgenomen.³⁷⁸

L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich, Schulthess, 2011, (153) 157-158; A. ZEITER, "Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute", *SJZ* 2013, (225) 229.

³⁷⁵ **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 100; **Oostenrijk:** ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 28; M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 223; **Zwitserland:** cf. art. 363, derde lid ZGB; A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 29; C. BRÜCKNER, "Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz", *BN* 2011, (36) nr. 4; S. WOLF, "Erwachsenenschutz und Notariat", *ZBGR* 2010, (73) 92.

³⁷⁶ Art. 490 BW heeft het over de lastgeving en dus over een overeenkomst.

³⁷⁷ 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) 261.

³⁷⁸ Schedule 1 nr. 2 (1)(d) 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, 26.

HOOFDSTUK V

INHOUD VAN DE LASTGEVING

AFDELING I. AANWIJZING VAN DE LASTHEBBER

§ 1. HOEDANIGHEID VAN DE LASTHEBBER

A. *Rechtstreeks beperkte keuzevrijheid via wettelijke onverenigbaarheden*

219. Principe 4 van Rec (2009)11 schrijft voor dat de lastgever eender welke persoon mag aanwijzen als zijn lasthebber, maar dat staten beperkingen mogen invoeren die zij noodzakelijk achten voor zijn bescherming. In elk van de onderzochte rechtsstelsels werden dergelijke restricties opgenomen. Verschillende categorieën van personen mogen de taak van lasthebber niet uitoefenen omdat men het risico op misbruik, wanuitvoering of belangenconflicten te groot acht. Door deze onverenigbaarheden is de keuzevrijheid van de lastgever rechtstreeks beperkt; hij weet op voorhand welke personen niet als lasthebber mogen optreden. De uitsluitingen zijn grotendeels gebaseerd op de regels inzake de rechterlijke bescherming maar vormen soms ook een toepassing van het gemene recht van de lastgeving.

1. Minderjarigen

220. In alle onderzochte rechtsstelsels zijn personen onder de achttien jaar minderjarig.³⁷⁹ De vraag rijst welke gevolgen aan deze minderjarigheid verbonden zijn met betrekking tot de lastgeving als beschermingsmaatregel. Kan men als lasthebber optreden wanneer men de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt? In België, Engeland & Wales en Frankrijk werd wettelijk bepaald dat de onbekwame lastgever zich niet mag laten vertegenwoordigen door een minderjarige lasthebber.³⁸⁰ De verschillende wetgevers trokken op die manier een parallel met het bewind.³⁸¹ Zij meenden dat minderjarigen beter niet als vertegenwoordiger van

³⁷⁹ België: art. 388 BW; Duitsland: § 2 BGB; Engeland & Wales: S. 1 (1) Family Law Reform Act 1969; Frankrijk: art. 388 C.Civ.; Oostenrijk: § 21 tweede lid ABGB; Zwitserland: art. 14 ZGB.

³⁸⁰ België: art. 490/1, § 1 j° art. 496/6, 4° BW; Engeland & Wales: S. 10 (1)(a) MCA 2005; Frankrijk: art. 480, tweede lid C.Civ.

³⁸¹ België: art. 496/6, 4° BW; Engeland & Wales: S. 19 (1)(a) MCA 2005; Frankrijk: art. 395, 1° C.Civ.

een kwetsbare meerderjarige worden aangesteld omdat de kans op wanuitvoering in dat geval reëel is.³⁸² De Franse wetgever benadrukte dat minderjarigen zelf onder bescherming staan en daarom niet kunnen instaan voor de bescherming van een ander.³⁸³

221. Naar Frans recht geldt wel een uitzondering voor de ontvoogde minderjarige: aangezien deze handelingsbekwaam is, mag hij wel als vertegenwoordiger optreden.³⁸⁴ Naar Belgisch recht is dit anders: een ontvoogde minderjarige is slechts gedeeltelijk handelingsbekwaam met betrekking tot zijn goederen zodat hij ressorteert onder de onverenigbaarheid van ‘personen die niet vrij over hun goederen kunnen beschikken’.³⁸⁵ De wetgever week op die manier in het belang van de beschermde persoon af van het gemene recht van de lastgeving, volgens welk men een ontvoogde minderjarige als lasthebber van een gewone volmacht kan aanstellen (art. 1990 BW).³⁸⁶

222. In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland bestaat geen specifieke bepaling omtrent de mogelijkheid voor minderjarigen om als lasthebber van een wilsonbekwame lastgever op te treden. De kwestie wordt beheerst door het gemene recht, meer bepaald door het principe dat men handelingsbekwaam moet zijn om als vertegenwoordiger op te treden.³⁸⁷ Aangezien men in Zwitserland pas vanaf achttien jaar over volledige handelingsbekwaamheid beschikt, geldt ook daar dat men meer-

³⁸² Zie bv.: **België**: *Parl.St. Kamer* 2011-12, nr. 53-1009/010, 32; **Engeland & Wales**: THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23.

³⁸³ 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)*, 2007, 97 (www.assemblee-nationale.fr).

³⁸⁴ Art. 480, tweede lid j° 395, 1° C.Civ. heeft het enkel over ‘mineurs non émancipés’; art. 413-6 C.Civ.; 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)*, 2007, 97 (www.assemblee-nationale.fr); N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 182.

³⁸⁵ Art. 482-484 BW; cf. de parlementaire voorbereiding van art. 397 BW inzake de voogdij, dat dezelfde uitsluitingsgrond bevat: *Parl.St. Kamer* 1999-2000, nr. 50-0576/001, 19; C. LEMMENS, *De minderjarige en de Wet Patiëntenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 103.

³⁸⁶ Art. 1990 BW vormt een toepassing van het principe dat men als vertegenwoordiger niet juridisch bekwaam moet zijn tot het verrichten van een rechtshandeling; feitelijke bekwaamheid volstaat (I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 47). De redenering daarachter is dat een lasthebber enkel het vermogen van zijn lastgever verbindt en dus niet dat van zichzelf. Er is daarom geen reden waarom hij tegen dergelijke handelingen zou moeten worden beschermd (S. VAN LOOCK, “De feitelijke bekwaamheid en de handelingsbekwaamheid van een lasthebber” (noot onder Cass. 7 januari 2010), *RW* 2012, (1594) 1595).

³⁸⁷ **Duitsland**: BGH 9 februari 1970, *NJW* 1970, 806; **Oostenrijk**: M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 413; **Zwitserland**: art. 405, eerste lid OR; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 284; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-

derjarig moet zijn om de taak van lasthebber te mogen vervullen.³⁸⁸ Minderjarigen die omwille van hun wilsbekwaamheid beperkt handelingsbekwaam zijn, komen niet in aanmerking; het optreden als vertegenwoordiger behoort niet tot de aangelegenheden die zij krachtens artikel 19, tweede lid ZGB zelf mogen behartigen.³⁸⁹ In Duitsland en Oostenrijk dragen enkel minderjarigen onder de zeven jaar het etiket van volledige handelingsonbekwaamheid.³⁹⁰ Zij mogen niet als lasthebber optreden.³⁹¹ Oudere wilsbekwame minderjarigen, die slechts beperkt handelingsonbekwaam zijn, mogen dit wel.³⁹² In de literatuur benadrukt men wel dat de theoretische mogelijkheid voor deze minderjarigen om als lasthebber op te treden geen garantie biedt voor een goed beheer en dat de rechter daarom een bewindvoerder moet aanstellen om toezicht te houden op de uitvoering van de lastgeving.³⁹³

223. Het is aangewezen om alle minderjarigen uit te sluiten van de hoedanigheid als lasthebber, ook zij die in hun rechtsstelsel volgens het gemene recht als vertegenwoordiger mogen optreden. De leeftijdsgrens van achttien jaar is een geschikt criterium om op een zo objectief mogelijke wijze een onderscheid te maken tussen feitelijk bekwamen en onbekwamen. Onder die leeftijd is het risico te groot dat de betrokken persoon de draagwijdte van zijn handelen niet kan inschatten en daardoor de wensen of het welzijn van de lastgever, die zijn lasthebber niet kan controleren, in gevaar brengt.

2. Personeelsleden van de inrichting waar de lastgever verblijft

224. In België, Duitsland en Oostenrijk mag een lastgever zich niet laten vertegenwoordigen door een persoon die tewerkgesteld is in een instelling waar de

MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 469.

³⁸⁸ Art. 13 en 17 ZGB; R.E. 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) 69; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 284.

³⁸⁹ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 284.

³⁹⁰ **Duitsland:** § 104 BGB; **Oostenrijk:** § 865 ABGB; E. GITSCHTHALER, "Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen", *ÖJZ* 2004, afl. 4, B. I. a).

³⁹¹ **Duitsland:** U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 59; **Oostenrijk:** M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 413.

³⁹² **Duitsland:** §§ 106 en 165 BGB; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 65; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 132; **Oostenrijk:** § 1018 BGB; M. GANNER, *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 413 (in het bijzonder voetnoot 2116).

³⁹³ § 1896, derde lid BGB; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 132.

lastgever verblijft.³⁹⁴ Met dit verbod wilden de wetgevers belangenconflicten voorkomen. De lasthebber moet zijn lastgever onafhankelijk kunnen vertegenwoordigen en mag daarom niet reeds beroepsmatig instaan voor zijn verzorging.³⁹⁵ Bijkomend verhindert de uitsluitingsgrond dat deze personen de kwetsbare meerderjarige, die afhankelijk van hen is, kwaadwillig zouden overtuigen om een volmacht in hun voordeel op te stellen.³⁹⁶ Dit risico op captatie en suggestie is overigens de reden waarom patiënten in sommige stelsels niet mogen schenken of testeren ten voordele van personen die in de instelling waar zij verblijven zijn tewerkgesteld en personen die hen tijdens hun laatste ziekte hebben verzorgd.³⁹⁷

225. In Engeland & Wales verbiedt de Code of Practice, een leidraad met ‘*best practices*’ die een lasthebber verplicht in acht moet nemen wanneer hij optreedt in het kader van de MCA 2005³⁹⁸, alle betaalde zorgverleners om als lasthebber voor hun patiënt op te treden en dus niet alleen zij die in de instelling werken waar de meerderjarige verblijft.³⁹⁹ Men maakt wel een uitzondering voor zorgverleners die de enige naaste verwant zijn van de kwetsbare meerderjarige.⁴⁰⁰ In Frankrijk geldt een vergelijkbare onverenigbaarheid: medische beroepsbeoefenaars, apothekers en medisch hulppersoneel mogen hun patiënten niet vertegenwoordigen.⁴⁰¹

226. Bijna alle stelsels schrijven dus voor dat personen die beroepsmatig instaan voor de persoonlijke verzorging van de lastgever hem niet mogen vertegenwoordigen. Deze uitsluiting is begrijpelijk wanneer men voor ogen houdt dat de regels over de buitengerechtigde bescherming via lastgeving in deze stelsels (behalve België⁴⁰²) niet alleen gelden voor vermogensrechtelijke maar ook voor persoonsrechtelijke volmachten. Indien de lastgever een dergelijke volmacht verleent aan een

³⁹⁴ België: art. 490/1, § 1 j° art. 496/6 BW; Duitsland: § 1896, tweede lid BGB j° § 1897, derde lid BGB; Oostenrijk: § 284f, eerste lid ABGB.

³⁹⁵ Zie bv.: België: *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 32; Duitsland: BT-Drucks. 13/7158, 33; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 134; Oostenrijk: ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 27; 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, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil I)”, *ÖJZ* 2007, (173) 179; B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 14.

³⁹⁶ Cf. U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 64.

³⁹⁷ Zie bv.: België: art. 909, tweede lid BW; A. VERBEKE en R. BARBAIX, *Kernbegrippen familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 262; Frankrijk: art. 909, eerste lid C.Civ. en art. L. 331-4, eerste lid Code de l’action sociale et des familles.

³⁹⁸ S. 42 (4)(a) MCA 2005.

³⁹⁹ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 118.

⁴⁰⁰ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 118.

⁴⁰¹ Art. 480 j° art. 445, tweede lid C.Civ.

⁴⁰² Art. 489 BW. Zie *infra*, nr. 260.

betaalde zorgverlener, zoals een personeelslid van de instelling waar hij verblijft, bestaat de kans dat de opdracht die deze lasthebber in het kader van de lastgeving moet vervullen op gespannen voet komt te staan met zijn professionele taken, zeker wanneer het om een betaalde lastgeving gaat.⁴⁰³ Die taken zijn immers eveneens gericht op de persoon van de kwetsbare meerderjarige. Gaat het evenwel om een louter patrimoniale volmacht, dan speelt dit belangenconflict niet. Toch verdient het ook in dat geval geen aanbeveling om de kwetsbare meerderjarige te laten vertegenwoordigen door personen die beroepsmatig instaan voor zijn persoonlijke verzorging, aangezien dit misbruik zou faciliteren. Verzorgers met slechte bedoelingen kunnen bewust toenadering zoeken tot bepaalde (vermogende) patiënten en een vertrouwensband creëren met het oog op een aanstelling als lasthebber met ruime bevoegdheden. Daarbij bestaat het risico dat de lastgever op dat moment eigenlijk niet meer wilsbekwaam is en argeloos overgaat tot het verlenen van een volmacht.⁴⁰⁴

227. In dat opzicht is de door het Engelse en Franse recht gehanteerde onverenigbaarheid zinvol, volgens welke niet alleen personen die werken in de instelling waar de kwetsbare meerderjarige verblijft, uitgesloten zijn van de functie als lasthebber maar ook bijvoorbeeld thuisverzorgers en apothekers. Het lijkt me wel aangewezen om, zoals in het Engelse recht, een uitzondering in te bouwen voor personen die familie zijn van de patiënt of voorheen al een vertrouwensband met hem hadden (zie *supra*, nr. 225).⁴⁰⁵ Daarentegen gaat het te ver om élk personeelslid van de instelling waar de kwetsbare meerderjarige verblijft (bv. een kok of een tuinman) van de hoedanigheid als lasthebber uit te sluiten.⁴⁰⁶ Om het doel van de onverenigbaarheid te bereiken, volstaat het dat enkel het verzorgend personeel wordt geviseerd. Het lijkt me overigens niet aangewezen om als voorwaarde te stellen dat de verzorger in loondienst moet zijn; ook vrijwilligers kunnen ten aanzien van de kwetsbare meerderjarige in een machtspositie staan en hem dus mogelijk beïnvloeden.

3. Gefailleerden

228. In België, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland kan een gefailleerde niet als lasthebber optreden voor zijn onbekwame lastgever.⁴⁰⁷ De

⁴⁰³ Cf. B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 14.

⁴⁰⁴ U. WALTER, "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 1999, (685) 688, vn. 43.

⁴⁰⁵ Cf. G. MÜLLER en T. RENNER, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, 96.

⁴⁰⁶ Cf. A.L. VERBEKE en R. BARBAIX, *Kernbegrippen familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 262; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 94.

⁴⁰⁷ **België:** art. 490/1, § 1 *j*° 496/6, 4° BW; art. 2003 BW; **Engeland & Wales:** S. 10 (2) en 13 (6)(b) MCA 2005; **Frankrijk:** art. 483, 3° C.Civ.; **Oostenrijk:** § 1024 ABGB; **Zwitserland:** art. 405, eerste lid OR.

reden daarvoor is dat zijn faillissement kan wijzen op een onvermogen tot goed vermogensbeheer.⁴⁰⁸ De Duitse wetgever besloot deze onverenigbaarheid niet op te nemen (ook niet in het kader van het bewind) omdat de bescherming van de meerderjarige zich vaak uitstrekt tot persoonsrechtelijke aangelegenheden en hij het in die context niet gerechtvaardigd vond om een gefailleerde de mogelijkheid tot verzorging van deze meerderjarige te ontzeggen.⁴⁰⁹ Sommige stelsels differentieren om die reden tussen beide soorten aangelegenheden (zie bv. S. 13(8) MCA 2005).

229. Naar Belgisch recht vloeit de onverenigbaarheid voort uit artikel 490/1, § 1 j° 496/6, 4° BW, volgens welk “personen die niet vrij over hun goederen kunnen beschikken”, geen lasthebber mogen zijn. Een gefailleerde verliest immers van rechtswege het beheer over zijn goederen.⁴¹⁰ Het gaat om een bevestiging van het gemene recht in artikel 2003 BW.⁴¹¹ Krachtens deze bepaling eindigt de lastgeving overigens ook in geval van kennelijk onvermogen van de lasthebber, aangezien naar Belgisch recht niet elke persoon failliet kan worden verklaard.⁴¹² Deze onverenigbaarheid bestaat ook in het Franse recht (art. 483, 3° C.Civ.).⁴¹³ Het Oostenrijkse en Zwitserse recht bevatten weliswaar geen afzonderlijke bepaling over de impact van het faillissement van de lasthebber op de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving maar uit het gemene recht volgt dat zijn bevoegdheid in dat geval eindigt (§ 1024 ABGB en art. 405, eerste lid OR).

230. In Engeland & Wales staat de onverenigbaarheid van faillissement opgenomen in S. 10 (2) MCA 2005, dat betrekking heeft op de aanwijzing van de lasthebber, en S. 13 (6)(b) MCA 2005, volgens welk de volmacht eindigt bij faillissement van de lasthebber. In tegenstelling tot het Belgische, Franse, Oostenrijkse en Zwitserse recht gaat het niet om een toepassing van het gemene recht; het faillissement van de lasthebber kan de gewone lastgeving slechts in bepaalde omstandigheden beëindigen.⁴¹⁴ De Engelse wetgever achtte het om twee redenen aange-

⁴⁰⁸ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 463; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 338; THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23.

⁴⁰⁹ BT-Drucks. 11/4528, 125 (over het bewind); V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 136 en 249; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 141.

⁴¹⁰ Art. 16, eerste lid Faill.W.

⁴¹¹ B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 338-339.

⁴¹² Art. 2003 BW; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 338; zie art. 2 Faill.W.

⁴¹³ Art. 483, 3° C.Civ. neemt de bewoordingen over van het gemeenrechtelijke art. 2003 C.Civ. ('déconfiture') en doet dus niet alleen op het faillissement, maar ook op het kennelijk onvermogen van de lasthebber (zie C. BLOCH, D. KRAJESKI en M. POUMARÈDE, "Contrats de service" in P. LE TOURNEAU (ed.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, (nr. 3625) nr. 4137).

⁴¹⁴ H.G. BEALE, *Chitty on contracts - volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 103-104; THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23, vn. 114.

wezen om een gefailleerde wel uit te sluiten van de lastgeving die bedoeld is als beschermingsmaatregel. Ten eerste meende hij dat het onverantwoord was om een persoon die niet is geslaagd in het beheer van zijn eigen goederen verantwoordelijk te maken voor het vermogensbeheer van een ander, zeker nu die laatste geen controle gaat kunnen uitoefenen op dit beheer. Ten tweede achtte hij de kans reëel dat een insolvente lasthebber in de verleiding zou kunnen komen om het vermogen van zijn lastgever te gebruiken om zijn eigen financiële positie te verbeteren.⁴¹⁵ Dit zijn terechte overwegingen. Aan een gefailleerde zou inderdaad de mogelijkheid moeten worden ontzegd om als lasthebber op te treden. Het is niet opportuun om het vermogen van een wilsonbekwame meerderjarige toe te vertrouwen aan iemand die mogelijk wegens zijn eigen onkunde insolvent is geworden en die meer dan iemand anders in de verleiding zou kunnen komen om dit vermogen aan te wenden voor eigen doeleinden.

4. Beschermde personen

231. Het Belgische en Franse recht bevatten een bepaling die personen onder een (buiten)gerechtelijke beschermingsmaatregel verbiedt om als lasthebber voor een onbekwame lastgever op te treden.⁴¹⁶ Als ze reeds een lastgeving aan het uitvoeren zijn, dan maakt hun plaatsing onder een beschermingsmaatregel daar een einde aan.⁴¹⁷ Dit is mijns inziens een correct uitgangspunt. Een beschermingsmaatregel wordt ingegeven door de bekommernis dat de meerderjarige in kwestie geheel of ten dele niet in staat is om zijn vermogen te beheren. *A fortiori* is hij evenmin een geschikte beheerder voor het vermogen van een ander. In het Engelse en Zwitserse recht geldt een gelijkaardig principe: de lastgeving eindigt wanneer de lasthebber zelf wilsonbekwaam wordt.⁴¹⁸ Dit is per definitie het geval als hij onder rechterlijke of buitengerechtelijke bescherming wordt geplaatst.

232. In Oostenrijk tast de toepassing van een beschermingsmaatregel op de lasthebber de geldigheid van zijn rechtshandelingen niet automatisch aan. Zij kunnen slechts worden aangevochten als hij volledig handelingsonbekwaam is (dus als hij onder bewind staat en zijn vertegenwoordiger bevoegd is om hem in alle aangelegenheden te vertegenwoordigen) of als er sprake is van een gebrek aan toestemming. Een beperkt handelingsonbekwame persoon kan als vertegenwoordiger van een ander optreden (zie *supra*, nr. 222). Het gaat evenwel slechts om een theoretisch principe. In de praktijk zal de rechter een bewindvoerder aanstellen in de plaats (of ter controle) van de lasthebber die zelf onder bescherming staat, vanuit de redene-

⁴¹⁵ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23.

⁴¹⁶ België: art. 490/1, § 1, 1° BW en art. 490/1, § 1, 2° j° 496/6, 1° BW; Frankrijk: art. 480, tweede lid j° 395, 2° C.Civ.

⁴¹⁷ België: art. 490/1, § 1 BW *a contrario*; art. 2003 BW; zie ook: art. 490/2, § 3, 4° BW (over het einde van de buitengerechtelijke bescherming); Frankrijk: art. 483, 3° C.Civ.

⁴¹⁸ Engeland & Wales: S. 13 (6)(d) MCA 2005; Zwitserland: art. 405, eerste lid OR j° art. 17 ZGB.

ring dat de belangen van de kwetsbare meerderjarige anders in het gedrang zouden komen. Hetzelfde principe geldt in het Duitse recht, waar de toepassing van een (buiten)gerechtelijke maatregel op de lasthebber evenmin een wettelijke onverenigbaarheid uitmaakt.⁴¹⁹ Men redeneert dat deze gebeurtenissen ervoor zorgen dat de lasthebber niet langer garant kan staan voor het welzijn van de kwetsbare meerderjarige.⁴²⁰ Op die grond kan de rechter de lastgeving beëindigen.

5. Personen ontzet uit het ouderlijk gezag

233. Het Belgische en Franse recht voorzien in een uitsluitingsgrond die in de overige rechtsstelsels niet werd opgenomen: een persoon die ontzet werd uit het ouderlijk gezag, kan geen lasthebber zijn van een wilsonbekwame lastgever.⁴²¹

6. Rechtspersonen

234. Met betrekking tot de mogelijkheid om een rechtspersoon als lasthebber aan te wijzen, vallen twee benaderingen te onderscheiden. In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland kan de lastgever in beginsel eender welke rechtspersoon aanwijzen als lasthebber voor het beheer van zijn vermogen bij onbekwaamheid.⁴²² De wet formuleert dienaangaande geen enkele beperking, in tegenstelling tot wat het geval is voor het bewind.⁴²³ In het Zwitserse artikel 360, eerste lid ZGB staat de mogelijkheid om een rechtspersoon te benoemen zelfs uitdrukkelijk vermeld. Men vond dat een lastgever de mogelijkheid moest hebben om een geprofessionaliseerd beheer te verkiezen boven een sterk gepersonaliseerd beheer, zeker wanneer zijn volmacht louter vermogensrechtelijke aangelegenheden betreft.⁴²⁴

235. Volgens een tweede groep van rechtsstelsels (België, Engeland & Wales en Frankrijk) kan de lastgever slechts bepaalde soorten rechtspersonen als lasthebber

⁴¹⁹ D. FISCHER, "BGB § 673" in G. BAMBERGER en H. ROTH (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2014, (nr. 1) nr. 3.

⁴²⁰ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 135.

⁴²¹ **België:** art. 490/1, § 1 j° art. 496/6, 5° BW; **Frankrijk:** art. 480 j° art. 395, 3° C.Civ.

⁴²² **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 137; **Oostenrijk:** S. FERRARI, "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (139); M. SCHAUER, "Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006", *FamZ* 2006, (148) 149; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 347.

⁴²³ **Duitsland:** § 1900, eerste en vierde lid BGB; **Oostenrijk:** § 279, derde lid ABGB; **Zwitserland:** art. 400, eerste lid ZGB.

⁴²⁴ 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).

aanduiden. In België bijvoorbeeld, schrijft artikel 490/1, § 1 j° 496/6, 2° BW voor dat enkel de private stichting die zich uitsluitend inzet voor de beschermde persoon of een stichting van openbaar nut die over een statutair ingesteld comité belast met het opnemen van bewindvoeringen beschikt, als lasthebber kunnen optreden.⁴²⁵ Naar Engels recht heeft enkel de *trust corporation* die bevoegdheid.⁴²⁶ De wetgever was van mening dat vertegenwoordiging door een rechtspersoon moest worden uitgesloten voor persoonsrechtelijke aangelegenheden maar liet in het kader van patrimoniale volmachten ruimte voor *trust corporations* omwille van hun ervaring in vermogensbeheer.⁴²⁷ In Frankrijk kunnen alleen rechtspersonen die werden ingeschreven op een specifieke lijst van gerechtelijke mandatarissen (*mandataires judiciaires à la protection des majeurs*) als lasthebber optreden (art. 480 C.Civ. j° art. L. 471-2 Code de l'action sociale et des familles). Het gaat om rechtspersonen die een gereguleerd beroep uitoefenen, zich verplicht moeten laten verzekeren en een door de overheid vastgelegde vergoeding ontvangen. De Franse wetgever wilde op die manier een minimum aan professionaliteit waarborgen en vermijden dat sekten zich zouden mengen in het beheer van vermogens van kwetsbare meerderjarigen.⁴²⁸

236. De onverenigbaarheden van dit tweede type stelsels vloeien voort uit de wens van de wetgevers om de vertegenwoordiging van kwetsbare meerderjarigen zoveel als mogelijk te personaliseren.⁴²⁹ Vertegenwoordiging door een rechtspersoon beschouwt men als te anoniem.⁴³⁰ Daarom mogen in België bijvoorbeeld enkel de private stichting die zich uitsluitend inzet voor de beschermde persoon of bepaalde stichtingen van openbaar nut de taak van vertegenwoordiger (zowel bewindvoerder als lasthebber) op zich nemen.⁴³¹ In deze kwestie is het evenwel belangrijk om het onderscheid tussen persoons- en vermogensrechtelijke volmachten in het achterhoofd te houden. In geval van een volmacht die betrekking heeft op persoonsgebonden aangelegenheden, zoals medische verzorging en woonplaatskeuze, is het verlangen naar een persoonlijke aanpak en de bijhorende uitsluiting van rechtspersonen begrijpelijk. Maar is dat ook zo wanneer het gaat om patrimoniale vertegenwoordiging?⁴³² En belangrijker: is dit niet een kwestie

⁴²⁵ Art. 190 wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, BS 14 mei 2014.

⁴²⁶ S. 10 (1)(b) MCA 2005.

⁴²⁷ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23, nr. 4.8.

⁴²⁸ Circ. DACS CIV/01/09/C1 9 februari 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, *BO min. Just.* 28 februari 2009, 37; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 560.

⁴²⁹ Zie bv. de parlementaire voorbereiding in België van de wet van 18 juli 1991: *Parl.St.* Kamer 1990-91, nr. 1654/2, 8.

⁴³⁰ Cf. U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 60.

⁴³¹ Art. 490/1, § 1 j° 496/6, 2° BW.

⁴³² Cf. de parlementaire voorbereidingen van het Zwitserse art. 360, eerste lid ZGB: COMMISSION D'EXPERTS POUR LA RÉVISION TOTALE DU DROIT DE LA TUTELLE, *Protection de l'adulte. Rapport*

waarover de meerderjarige zelf mag oordelen? De onverenigbaarheid werd in de verschillende stelsels gebaseerd op de regels aangaande de rechterlijke bescherming.⁴³³ Inherent aan die rechterlijke bescherming is dat zij wordt opgelegd nadat de meerderjarige wilsonbekwaam is geworden, waardoor hij niet betrokken is bij de organisatie ervan. In die situatie is het gerechtvaardigd om rechtspersonen uit te sluiten van de hoedanigheid als bewindvoerder, omdat men er kan vanuit gaan dat de meeste mensen liever door een natuurlijk persoon dan door een rechtspersoon worden vertegenwoordigd. Bij lastgeving daarentegen is het niet nodig dat de wetgever die beslissing in de plaats van de kwetsbare meerderjarige neemt, aangezien dit systeem hem wel toelaat om zijn toekomstige bescherming zelf in kaart te brengen. Onder die autonomie valt mijns inziens ook de keuze om al dan niet door een rechtspersoon te worden vertegenwoordigd.⁴³⁴ Het is best mogelijk dat de meerderjarige meer heil ziet in de expertise en continuïteit van een rechtspersoon dan in de persoonsgerichte aanpak van een natuurlijk persoon.⁴³⁵ Het onderscheid tussen beiden mag trouwens niet al te veel worden geënt op het concept 'personalisering'. Een rechtspersoon handelt immers via één of meerdere natuurlijke personen, met wie de meerderjarige een vertrouwensrelatie kan hebben opgebouwd.⁴³⁶ Om deze redenen is het terecht dat zowel de Duitse, Oostenrijkse als Zwitserse wetgever de beperkingen aangaande de aanstelling van een rechtspersoon als bewindvoerder niet hebben getransponeerd naar het lastgevingsregime.⁴³⁷

7. Gevolgen van de onverenigbaarheden

237. Sommige onverenigbaarheden hebben tot gevolg dat de lastgever de uitgesloten personen niet als lasthebber mag aanwijzen in zijn volmacht omdat die dan ongeldig is. Andere betreffen enkel de uitvoering van de lastgeving: een lastheb-

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); zie ook, voor Duitsland: 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 en in Oostenrijk door P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 347.

⁴³³ België: art. 496/6, 2° BW; Engeland & Wales: S.19 (1)(b) MCA 2005; Frankrijk: art. 450 C.Civ.

⁴³⁴ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 87.

⁴³⁵ 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); cf. A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 28.

⁴³⁶ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 137.

⁴³⁷ Het gaat om § 1900, eerste en vierde lid BGB; § 279, derde lid ABGB; art. 400, eerste lid ZGB.

ber kan zijn volmacht niet gebruiken wanneer hij onder een van de uitsluitingsgronden valt. Het gaat om een subtiel doch belangrijk onderscheid.

238. In Engeland & Wales bepaalt de wet bijvoorbeeld dat de aangewezen lasthebber meerderjarig moet zijn op het moment dat de volmacht ter registratie wordt voorgelegd. Is dit niet het geval, dan kan er geen volmacht tot stand komen; zij zal ongeldig zijn en daarom niet worden geregistreerd.⁴³⁸ De Engelse wetgever veronderstelde dat er vaak maar een korte tijdsspanne zou bestaan tussen het ogenblik waarop de lastgever zijn volmacht opstelt en het ogenblik waarop hij wilsonbekwaam wordt en vond het daarom niet nodig om enkel op dat tweede ogenblik de leeftijd van de lasthebber in acht te nemen. Bovendien vond hij het niet wenselijk dat een lasthebber zijn taak niet zou mogen uitvoeren terwijl de intussen wilsonbekwame lastgever er wel steeds op heeft vertrouwd dat deze persoon zijn vertegenwoordiger zou zijn.⁴³⁹

239. In België, Duitsland, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland daarentegen kan de lastgever probleemloos een minderjarige aanstellen als lasthebber maar wanneer hij onbekwaam wordt, mag deze persoon hem slechts vertegenwoordigen als deze meerderjarig is.⁴⁴⁰ Uit het feit dat een minderjarige handelingsonbekwaam is, volgt immers nog niet dat men hem geen volmacht kan verlenen.⁴⁴¹

240. Hetzelfde kan worden gezegd over de mogelijkheid om een gefailleerde aan te duiden als lasthebber. Enkel in Engeland & Wales kan dit niet.⁴⁴² In de andere rechtsstelsels met deze uitsluitingsgrond (België, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland) kan men een gefailleerde wel als lasthebber aanstellen maar hij kan zijn taak slechts vervullen als hij vermogend is. De wet bepaalt immers dat de lastgeving door zijn faillissement eindigt (zie *infra*, nr. 642).⁴⁴³

⁴³⁸ S. 9 (2)(a) MCA 2005. Zie ook D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 37.

⁴³⁹ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23.

⁴⁴⁰ Zie bv. art. 480, tweede lid C.Civ.: “Le mandataire doit, pendant toute l’exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l’article 395 et les deux derniers alinéas de l’article 445 du présent code.” (eigen cursivering); F. FERRAND, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (223) 234.

⁴⁴¹ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 132.

⁴⁴² S. 10 (2) MCA 2005: *An individual who is bankrupt may not be appointed as donee of a lasting power of attorney in relation to P’s property and affairs.*

⁴⁴³ België: art. 2003 BW; Engeland & Wales: S. 13 (5) en (6)(b) MCA 2005 (zie evenwel: S. 13 (9) MCA 2005); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 205; Frankrijk: art. 483, 3° C.Civ.; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 473; Oostenrijk: § 1024 ABGB; P. BARTH en M.

241. In Engeland & Wales kan men evenmin een andere rechtspersoon dan een *trust corporation* als lasthebber aanstellen. Ook in Frankrijk kan men uit de bewoordingen van de wet afleiden dat een volmacht waarin een rechtspersoon voorkomt die niet op de lijst van gerechtelijke mandatarissen staat, ongeldig is.⁴⁴⁴ Uit artikel 2003 BW volgt daarentegen enkel dat een lastgeving waarbij een uitgesloten rechtspersoon werd aangeduid geen uitwerking kan krijgen wanneer de lastgever nadien onbekwaam wordt. Het onderscheid is hier evenwel enkel van theoretisch belang: de kans is klein dat een aangewezen rechtspersoon bij aanstelling tot een uitgesloten categorie behoort en nadien, bij onbekwaamheid van de lastgever, niet meer.

242. De overige onverenigbaarheden hebben niet tot gevolg dat de lastgever de geviseerde personen niet als lasthebber kan aanwijzen, wel dat zij hun opdracht niet kunnen vervullen als zij nog steeds tot een uitgesloten categorie behoren op het ogenblik dat hij onbekwaam wordt. Artikel 2003 BW bepaalt dat de lastgeving in dat geval uitdooft, en dus niet dat zij van meet af aan ongeldig is.⁴⁴⁵ Ook het Franse artikel 480, tweede lid C.Civ. schrijft voor: “Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires [...]”⁴⁴⁶

243. Met betrekking tot personeelsleden die tewerkgesteld zijn in de inrichting waar de lastgever verblijft, blijkt uit de parlementaire voorbereiding van het Duitse *Betreuungsrechtsänderungsgesetz* dat de wetgever dergelijke personen niet *a priori* van de hoedanigheid als lasthebber heeft willen uitsluiten.⁴⁴⁷ De lastgever mag hen een volmacht verlenen en zij mogen die zelfs uitvoeren zolang er geen concreet gevaar is voor een belangenconflict. Het enige gevolg van de onverenigbaarheid is dat voor dergelijke volmachten de principiële subsidiariteit van § 1896, tweede lid BGB niet speelt.⁴⁴⁸ Er treedt een weerlegbaar vermoeden in de plaats

GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; Zwitserland: art. 405, eerste lid OR.

⁴⁴⁴ Het eerste lid van artikel 480 C.Civ. bepaalt immers: “Le mandataire peut être [...] une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs [...]”, terwijl voor de andere onverenigbaarheden (bv. medische beroepsbeoefenaars) geldt: “Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires [...]”

⁴⁴⁵ Er dient ook rekening te worden gehouden met art. 490/1, § 3 BW. Over de moeilijke verhouding van dit artikel ten opzichte van art. 2003 BW, zie *supra*, nrs. 152-154.

⁴⁴⁶ Eigen cursivering.

⁴⁴⁷ BT-Drucks. 13/7158, 33.

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 13/7158, 33; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 134; D. SCHWAB, “BGB § 1896” in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 62; M. LOCHER, “Vorsorge durch Vollmachtserteilung”, *FamRB* 2004, (30) 34; G. MÜLLER en T. RENNER, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, 96.

dat zij het welzijn van de meerderjarige niet even goed als een bewind kunnen realiseren.⁴⁴⁹ Als men het tegendeel niet kan aantonen, dan kan de rechter een (toezien) bewindvoerder aanduiden.

244. In Oostenrijk gaat men op dezelfde soepele manier om met de uitsluiting van personeelsleden die werken in de inrichting waar de lastgever verblijft: volgens de reeds eerder vermelde § 284g ABGB (zie *supra*, nr. 157) kan een volmacht waarin een dergelijke persoon als lasthebber werd aangesteld toch uitwerking krijgen wanneer er geen concreet gevaar is dat hij zijn taak in strijd met het belang van de lastgever zal uitvoeren. De Oostenrijkse auteur GANNER neemt evenwel een strengere houding aan en stelt dat de lasthebber de volmacht weliswaar kan uitvoeren maar dat de rechter hoe dan ook een bewindvoerder moet aanstellen om zijn handelingen te controleren.⁴⁵⁰ Er is in dat geval dus geen sprake meer van zuiver buitengerechtigde bescherming.

245. De verschillende voorgestelde onverenigbaarheden mogen er naar mijn mening in geen geval toe leiden dat de lastgever de geïsoleerde personen niet als lasthebber kan *aanduiden*, zoals het geval is in Engeland & Wales. Het gaat om voorwaarden die vervuld moeten zijn op het ogenblik dat de lastgever zijn oordeelsvermogen verliest en de lastgeving dus in werking treedt. Enkel op dat moment is de hoedanigheid van de lasthebber relevant. Dit laat de lastgever toe om in zijn volmacht een minderjarige, gefailleerde of onder bescherming geplaatste vertrouwenspersoon als lasthebber te benoemen, bijvoorbeeld omdat hij vermoedt dat de intrede van onbekwaamheid niet voor meteen is. In tegenstelling tot wat de Engelse wetgever veronderstelt, ben ik ervan overtuigd dat vele meerderjarigen wel lang op voorhand op een eventuele onbekwaamheid gaan anticiperen. Zelfs wanneer er slechts een korte periode zou bestaan tussen de opmaak en de inwerkingtreding van de volmacht, is de anticipatieve uitsluiting van bijvoorbeeld minderjarigen niet opportuun. Dit zou betekenen dat een alleenstaande ouder zijn zeventienjarig kind niet als lasthebber mag aanduiden terwijl hij mogelijk een beroerte krijgt op het ogenblik dat dit kind net meerderjarig is geworden.

246. Enkel ten aanzien van zorgverleners is het noodzakelijk de lastgever te verbieden hen als lasthebber aan te wijzen in zijn volmacht om het doel van deze uitsluiting, namelijk het voorkomen van manipulatie (zie *supra*, nr. 227), te kunnen bereiken. Hij heeft op dat moment de kans om iemand anders naar eigen

⁴⁴⁹ U. WALTER, "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 1999, (685) 688; A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 28.

⁴⁵⁰ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 347.

keuze aan te duiden, terwijl hij die mogelijkheid niet zou hebben wanneer de rechter zijn lasthebber pas zou afwijzen wanneer er zich problemen voordoen en hij geen vervangingslasthebber heeft aangesteld.

247. Het is daarentegen niet nodig om de lastgeving te doen eindigen wanneer de lasthebber pas na de totstandkoming van de lastgeving zorgverlener van de lastgever is geworden. De onverenigbaarheid wil immers enkel voorkomen dat de lastgever door zijn verzorgers onder druk wordt gezet om een volmacht te verlenen (zie *supra*, nr. 227). Er bestaat geen bezwaar tegen een zorgverlener die instaat voor de persoonlijke verzorging van de lastgever en die tegelijk zijn vermogen beheert, op grond van een vertrouwensband die hij reeds eerder met de lastgever had opgebouwd. Betreft de volmacht daarentegen ook persoonsrechtelijke aangelegenheden, dan is beëindiging wel aangewezen, omdat er in dat geval sprake is van een belangentegenstelling. De verzorger heeft enerzijds instructies gekregen van de lastgever voor bepaalde medische of andere persoonsrechtelijke beslissingen en moet anderzijds de door zijn werkgever opgelegde richtlijnen respecteren (zie *supra*, nr. 226).

B. Onrechtstreeks beperkte keuzevrijheid via controle a posteriori

248. In Zwitserland hoeft de lastgever bij het opstellen van zijn volmacht slechts rekening te houden met de gemeenrechtelijke uitsluitingsgronden. Hij dient enkel voor ogen te houden dat zijn lasthebber wils- en handelingsbekwaam en solvent moet zijn om zijn opdracht te vervullen (zie *supra*, nrs. 222, 228 en 231). De keuzevrijheid van de lastgever is evenwel slechts relatief: volgens artikel 363, tweede lid ZGB moet de rechter nagaan of de lasthebber voor zijn opdracht 'geschikt' is vooraleer hij de volmacht in werking kan laten treden. Volgens de parlementaire voorbereidingen gaat het om een marginale toetsing: pas wanneer de aangewezen persoon *kennelijk* ongeschikt is om als vertegenwoordiger op te treden, mag de rechter van de wil van de lastgever afwijken.⁴⁵¹ Niettemin benadrukken sommige auteurs dat de rechter de geschiktheid van de lasthebber wel degelijk nader moet onderzoeken en de nodige inlichtingen hierover moet inwinnen.⁴⁵² De geschikt-

⁴⁵¹ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6661 (www.ejpd.admin.ch); C.L. WIDMER BLUM, "Art. 363 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, (1091) 1093; S. HOTZ, "Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda. Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda", *ZKE* 2011, (102) 108.

⁴⁵² T. GEISER, "ZGB 363" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (135) 141; C. FOUNTOLAKIS en C. GAIST, "Le mandat pour cause d'inaptitude dans le nouveau droit de la protection de l'adulte" in P. GAUCH, J.-B. ZUFFEREY, J. DUBEY *et al.* (eds.), *L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zürich, Schulthess, 2011, (153) 159.

heidscontrole impliceert dat hij nagaat of de lasthebber over de nodige vaardigheden beschikt om de hem toevertrouwde taken uit te voeren en of hij hiervoor de nodige tijd kan vrijmaken.⁴⁵³ De rechter onderzoekt ook of er al dan niet sprake is van een belangenconflict. Hij moet daarbij wel terughoudend zijn wanneer de lastgever van een dergelijk conflict op de hoogte was toen hij de volmacht opstelde en hij dit element dus bij zijn keuze van de lasthebber heeft kunnen betrekken.⁴⁵⁴

249. De autonomie van de lastgever inzake de aanwijzing van zijn lasthebber wordt in het Zwitserse recht dus ook onrechtstreeks beperkt, via een rechterlijke controle *a posteriori*. Dan pas verneemt de lastgever of zijn keuze kan worden ingewilligd. Artikel 360, derde lid ZGB biedt hem daarom de mogelijkheid om in zijn volmacht een vervangingslasthebber aan te duiden, voor het geval dat de eerste niet geschikt wordt bevonden. Op die manier kan de lastgever de continuïteit van de lastgeving garanderen, aangezien de rechter niet bevoegd is om zelf een vervangende lasthebber te benoemen maar enkel een rechterlijke maatregel kan opleggen (zie *infra*, nr. 579).⁴⁵⁵

250. Het Zwitserse recht onderscheidt zich op die manier van de andere rechtstelsels. In geen enkel ander stelsel is de geschiktheidscontrole van de lasthebber een premisse voor de inwerkingtreding van de lastgeving. Overigens vormt deze inwerkingtreding enkel in het Franse en Zwitserse recht het voorwerp van een formele procedure (zie *infra*, nr. 327).

251. Naar mijn mening is het aan de wetgever en niet aan de rechter om te bepalen aan welke vereisten een lasthebber moet voldoen. De wetgever moet zijn invulling van het begrip 'geschiktheid' verankeren in de wet zodat de lastgever zijn keuze daarop kan afstemmen en zijn volmacht hem geen vals gevoel van zekerheid geeft. Zo hebben de Belgische, Duitse, Engelse, Franse en Oostenrijkse wetgevers er voor gekozen om personeelsleden van de instelling waar de lastgever verblijft van de hoedanigheid als lasthebber uit te sluiten (zie *supra*, nrs. 224 e.v.). Omwille van het risico op beïnvloeding en belangenconflicten, worden deze personen niet geschikt geacht om voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige in te staan.

252. Als men de invulling van het vage begrip 'geschiktheid' overlaat aan de rechter, is de autonomie van de lastgever afhankelijk van de persoonlijke interpretatie van een derde. Wie voor de ene rechter een geschikte lasthebber is, zal dat

⁴⁵³ T. GEISER, "ZGB 363" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (135) 141.

⁴⁵⁴ T. GEISER, "ZGB 363" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (135) 141.

⁴⁵⁵ C. FOUNTOULAKIS en C. GAIST, "Les mesures personnelles anticipées: des directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'inaptitude", *FamPra.ch* 2012, (867) 877.

voor de andere niet zijn. De beoordeling van iemands geschiktheid is onvermijdelijk subjectief. Wanneer is immers aan dit criterium voldaan? Is de lasthebber ongeschikt als hij weliswaar niet officieel failliet is maar wel met financiële problemen kampt? Is de lasthebber ongeschikt als niet hijzelf maar zijn kind failliet is, zodat hij mogelijk in de verleiding zou kunnen komen om naar deze laatste geld door te sluizen? Kan een periode van depressie of rouw een reden vormen om de aangewezen lasthebber te vervangen door een bewindvoerder? Moet de lasthebber geschoold zijn om een omvangrijk vermogen te kunnen beheren? In welke mate kan het strafrechtelijk verleden van de lasthebber een rol spelen? Minstens had de Zwitserse wetgever aan de rechter concretere houvasten moeten bieden.

253. Bovendien valt erg moeilijk in te zien op welke manier de rechter de geschiktheid van de lasthebber überhaupt op afdoende wijze gaat kunnen onderzoeken. Dit is een kritiek die ook tijdens de Zwitserse hervormingen werd aangehaald door een van de kantons.⁴⁵⁶ Men zou bijvoorbeeld kunnen redeneren dat de manier waarop de lasthebber zijn eigen vermogen beheert indicatief is voor de manier waarop hij zich zal bekommeren om het vermogen van de lastgever, maar een onderzoek van zijn rekeningen e.d. zou in strijd zijn met zijn privacy. In dat opzicht kan de rechter bijvoorbeeld niet achterhalen of de lasthebber al dan niet verkwistend gedrag vertoont. Hetzelfde geldt voor de vraag of de lasthebber al dan niet voldoende tijd kan vrijmaken voor zijn opdracht of een betrouwbaar persoon is.

254. Voorts impliceert een geschiktheidscontrole van de lasthebber dat de lastgeving pas kan worden uitgevoerd na het doorlopen van een rechterlijke procedure. Dit betekent dat het beheer van het vermogen van de kwetsbare meerderjarige niet ononderbroken kan worden verder gezet en dat men de kwetsbare meerderjarige toch nog confronteert met rechterlijke inmenging in zijn persoonlijke keuzes, terwijl hij die keuzes op dat moment niet meer kan verantwoorden. In hoofdstuk VII zal verder op de kenmerken van een formeel regime van inwerkingtreding worden ingegaan (zie *infra*, nrs. 321 e.v.).

§ 2. PLURALITEIT VAN LASTHEBBERS

255. In elk van de onderzochte rechtsstelsels heeft een lastgever de mogelijkheid om in zijn volmacht, verleend met het oog op een toekomstige onbekwaamheid, meer dan één lasthebber aan te duiden.⁴⁵⁷ Dit is in overeenstemming met

⁴⁵⁶ *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2004, 128 (www.ejpd.admin.ch).

⁴⁵⁷ **België:** art. 490/2, § 1 laatste lid BW; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", RW 2013-14, (563) 568; **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch*

Principe 4, tweede lid van Rec (2009)¹¹. Maakt de lastgever van deze mogelijkheid gebruik, dan dient hij de onderlinge verhouding tussen de verschillende lasthebbers te preciseren. Hij kan bijvoorbeeld bepalen dat zij steeds of in bepaalde gevallen gezamenlijk moeten optreden, om misbruik te vermijden of om het risico op familietwisten te verminderen.⁴⁵⁸ Hij dient daarbij wel voor ogen te houden dat een dergelijke plicht niet raadzaam is voor rechtshandelingen die een snel en efficiënt optreden vereisen.⁴⁵⁹ De lastgever kan er ook voor opteren om verschillende lasthebbers aan te wijzen met elk hun eigen takenpakket, of lasthebbers met concurrente bevoegdheden aanstellen.⁴⁶⁰ Bovendien kan hij in zijn volmacht een vervangingslasthebber benoemen, voor het geval de eerst aangewezen lasthebber niet langer in staat of bereid is om de vertegenwoordiging op zich te nemen, of een lasthebber die instaat voor de controle van de uitvoering van de volmacht.⁴⁶¹ Op die manier kan hij zelf voor een privaatrechtelijk controlemechanisme zorgen (zie *infra*, nrs. 516-517). Een combinatie van deze opties is mogelijk: de lastgever kan voorschrijven dat bepaalde gewichtige rechtshandelingen (bv. onroerende transacties) het akkoord van verschillende lasthebbers vereisen, terwijl voor andere beslissingen het optreden van één lasthebber volstaat.⁴⁶²

der Vorsorgeverfügungen, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 202, 252-259; Engeland & Wales: S. 9 (1) en S. 10 (3)-(8) MCA 2005; Frankrijk: art. 477, eerste lid en 479, derde lid C.Civ.; 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; zie ook § 1011 ABGB; Zwitserland: art. 360, derde lid ZGB; R.E. 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) 69.

⁴⁵⁸ Explanatory Memorandum of Recommendation (2009)¹¹ on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 98; M. BÜHLER, "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, (1585) 1589; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 226.

⁴⁵⁹ W. MÜLLER-FREIENFELS, "Die Altersvorsorgevollmacht" in N. HORN (ed.), *Festschrift Helmut Coing*, München, Beck, 1982, (395) 420; A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 73; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 39.

⁴⁶⁰ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 202.

⁴⁶¹ Zie bv.: België: art. 490/2, § 1, derde lid BW; Engeland & Wales: S. 10 (8)(b) MCA 2005; Frankrijk: art. 479 C.Civ.; Oostenrijk: ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 29; Zwitserland: art. 360, derde lid ZGB. In dit artikel werd uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid om een vervangingslasthebber aan te wijzen omdat de rechter de eerst aangeduide lasthebber ongeschikt kan bevinden krachtens art. 363, tweede lid ZGB (zie *supra*, nr. 248).

⁴⁶² Explanatory Memorandum of Recommendation (2009)¹¹ on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 101; M. BÜHLER, "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, (1585) 1589.

256. In het belang van een efficiënt vermogensbeheer, is het aangewezen om de verschillende lasthebbers wettelijk te verplichten elkaar op de hoogte te brengen van hun beslissingen, ook wanneer zij gerechtigd zijn om alleen op te treden. Deze verplichting bestaat bijvoorbeeld in het Franse recht in het kader van een pluraliteit van bewindvoerders of een samenloop van een lasthebber met een bewindvoerder (art. 447, laatste lid en 485, laatste lid C.Civ.). Conflicten tussen de lasthebbers dienen te worden beslecht door de rechter (zie bv. het Belgische art. 490/2, § 1, zesde lid BW).

AFDELING II. BEVOEGDHEDEN VAN DE LASTHEBBER

§ 1. PERSOONS- EN/OF VERMOGENSRECHTELIJKE AANGELEGENHEDEN

257. Principe 3 van Rec (2009)¹¹ bepaalt: “*States should consider whether it should be possible for a continuing power of attorney to cover economic and financial matters, as well as health, welfare and other personal matters, and whether some particular matters should be excluded.*” Alle onderzochte rechtsstelsels bieden deze mogelijkheid aan: meerderjarigen die op een toekomstige onbekwaamheid willen anticiperen, kunnen niet alleen hun financiële belangen veilig stellen maar kunnen ook een volmacht verlenen voor persoonsrechtelijke aangelegenheden, zoals gezondheid en welzijn (zolang het niet gaat om hoogstpersoonlijke rechtshandelingen, zie *infra*, nr. 284). Niettemin kan men op dit vlak twee verschillende benaderingen binnen de stelsels onderscheiden.

258. In een eerste type, namelijk Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland, heeft men de mogelijkheid tot persoonsrechtelijke vertegenwoordiging via lastgeving uitdrukkelijk geïmplementeerd in de regelgeving omtrent meerderjarigenbescherming.⁴⁶³ Persoonsrechtelijke volmachten zijn in deze landen grotendeels onderworpen aan dezelfde regels als vermogensrechtelijke volmachten, maar kennen daarnaast ook een apart regime, omdat zij ingrijpendere gevolgen teweegbrengen. Zo legt de Franse wetgever de lasthebber van een persoonsrechtelijke volmacht een aantal verplichtingen op die eveneens van toepassing zijn op de bewindvoerder.⁴⁶⁴ In het Oostenrijkse recht moeten volmachten die betrekking hebben op bepaalde persoonsrechtelijke materies, zoals medische aangelegenheden, voldoen aan specifieke vormvereisten, die strenger zijn dan de vereisten voor een zuiver patrimoniale volmacht.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Duitsland: § 1901a, vijfde lid BGB; § 1906, 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.

⁴⁶⁴ Art. 479, eerste lid C.Civ.

⁴⁶⁵ § 284f, derde lid ABGB.

259. De lastgever kan de vertegenwoordiging in persoonsrechtelijke aangelegenheden opdragen aan een andere persoon dan degene die belast is met het vermogensbeheer, maar kan er ook voor kiezen om de bevoegdheid in beide domeinen in handen te leggen van één lasthebber. Dit kan hij doen via twee verschillende documenten, om te vermijden dat zijn contractpartners inzage zouden hebben in zijn wensen op het vlak van gezondheid en welzijn. In Engeland & Wales is de lastgever hiertoe verplicht.⁴⁶⁶ Via de wettelijk opgelegde formulieren dient hij een afzonderlijke volmacht voor elk vertegenwoordigingsdomein op te stellen, ook al koos hij maar één lasthebber. De inhoud van deze formulieren verschilt naargelang de volmacht betrekking heeft op *personal welfare* dan wel op *property and affairs*. De Engelse wetgever stond weigerachtig tegenover de mogelijkheid van één enkel formulier voor beide soorten rechtshandelingen, omdat dit verwarrend zou kunnen zijn voor personen die slechts in een van beide domeinen een lasthebber willen aanduiden en omwille van de hierboven vermelde reden van privacy.⁴⁶⁷ In Duitsland, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland staat het de lastgever vrij om één dan wel twee verschillende documenten op te stellen.

260. In het tweede type, namelijk het Belgische recht, zijn de bepalingen die de lastgeving als een instrument van buitengerechtigde bescherming omkaderen slechts van toepassing op de vermogensrechtelijke vertegenwoordiging (art. 489 BW). Dit wil echter niet zeggen dat het naar Belgisch recht onmogelijk is om een persoon aan te duiden die bij wilsonbekwaamheid instaat voor belangenbehartiging op persoonsrechtelijk vlak. Men kan zich hiervoor beroepen op het gemene recht van de lastgeving; de beëindigingsregel in artikel 2003 BW (zie *supra*, nr. 151) betreft immers enkel lastgevingen die onder het toepassingsgebied van de buitengerechtigde bescherming vallen en dus niet zij die gericht zijn op de bescherming van de persoon.⁴⁶⁸ De regels van de buitengerechtigde bescherming in het Burgerlijk Wetboek doen bovendien geen afbreuk aan de mogelijkheden tot vertegenwoordiging bij persoonsrechtelijke handelingen die zijn opgenomen in bijzondere wetten, zoals de Wet Patiëntenrechten.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ 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); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 82.

⁴⁶⁷ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Consultation Paper on Lasting Powers of Attorney – forms and guidance* (CP 01/06, 20 januari 2006), 12; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 82.

⁴⁶⁸ Art. 2003 BW (zie art. 201 wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, BS 14 mei 2014; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, RW 2013-14, (563) 570; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 65.

⁴⁶⁹ *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 37; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, RW 2013-14, (563) 569; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van

261. 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.⁴⁷⁰ 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 omtrent 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 niet aangewezen zou zijn. Dit zou een meerderjarige toelaten om via één volmacht in een volledige juridische bescherming te voorzien.⁴⁷¹ Bovendien kan de onderscheiden behandeling van persoons- en vermogensbescherming tot onduidelijkheid leiden bij gemengde rechtshandelingen.⁴⁷²

262. Omdat het voorliggende onderzoek enkel betrekking heeft op de vermogensrechtelijke bescherming van kwetsbare meerderjarigen, blijft het aspect van de persoonsrechtelijke vertegenwoordiging verder buiten beschouwing.

§ 2. RECHTSHANDELINGEN IN NAAM EN VOOR REKENING VAN DE LASTGEVER

263. Essentieel aan het concept van een volmacht is dat de lasthebber de bevoegdheid krijgt om in naam en voor rekening van de lastgever *rechtshandelingen* te stellen.⁴⁷³ Hij is met andere woorden gemachtigd om de rechtsverhou-

kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 294. Zie hierover uitgebreid: W. PINTENS, “Wilsverklaringen en patiëntenrechten” in A. MICHIELENS, E. ALOFS, K. BYTTEBIER *et al.* (eds.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (351) 351-365.

⁴⁷⁰ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/010, 37.

⁴⁷¹ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, “De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief”, *TEP* 2014, (74) 78.

⁴⁷² F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 569; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 65.

⁴⁷³ **België:** Cass. 29 april 1988, *Pas.* 1988, I, 1032; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 64; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 446; **Duitsland:** K.-H. SCHRAMM, “BGB § 167 Erteilung der Vollmacht” in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 1; **Engeland & Wales:** H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 16; **Frankrijk:** P. PUIG, *Contrats spéciaux*,

dingen van zijn lastgever te wijzigen of nieuwe verhoudingen tot stand te brengen, bijvoorbeeld via het sluiten van een contract. Net daarom wordt de techniek gehanteerd als een instrument van bescherming; zij maakt het mogelijk dat de lastgever de rechten waarvan hij titularis is ook effectief kan uitoefenen en dus in het rechtsverkeer kan blijven optreden, ondanks zijn feitelijke onbekwaamheid.

264. Dat een volmacht betrekking heeft op rechtshandelingen, betekent evenwel niet dat de lasthebber geen materiële handelingen mag verrichten. Uit de Belgische, Franse en Oostenrijkse rechtsleer blijkt dat de kwalificatie als *lastgeving* respectievelijk *mandat* respectievelijk *Auftrag* impliceert dat de opdracht van de lasthebber *hoofdzakelijk* betrekking heeft op rechtshandelingen.⁴⁷⁴ Zij verhindert niet dat de lasthebber een aantal voorbereidende materiële handelingen stelt alvorens hij overgaat tot het eigenlijke doel van zijn overeenkomst met de lastgever, namelijk de totstandbrenging van een of meerdere rechtshandelingen.⁴⁷⁵ Dit geldt *a fortiori* voor de lasthebber die optreedt in het kader van de buitengerechtelijke bescherming. Aangezien hij instaat voor de behartiging van de vermogensbelangen van een kwetsbare meerderjarige, moet hij indien nodig initiatieven nemen die verder reiken dan loutere vertegenwoordiging.⁴⁷⁶

265. In dit verband kan ook worden gewezen op de Zwitserse artikelen 360 ZGB e.v. Zij verwijzen naar de gemeenrechtelijke overeenkomst van *Auftrag*, die krachtens artikel 394 OR niet alleen betrekking kan hebben op het stellen van rechts-

Parijs, Dalloz, 2013, 587; Oostenrijk: R. STRASSER, “§ 1002 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2003) 2029; Zwitserland: I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 307.

⁴⁷⁴ België: V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 446; J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 84-86; Frankrijk: P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 588; S. HÉBERT, “Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?”, *D.* 2008, (307) nr. 8; Oostenrijk: R. STRASSER, “§ 1002 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2003) 2019.

⁴⁷⁵ België: V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 446; J. DELVOIE, *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 84-86; Frankrijk: P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 588; S. HÉBERT, “Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?”, *D.* 2008, (307) nr. 8.

⁴⁷⁶ 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) 261; K. GIJBELS, “De nieuwe regeling inzake beschermde personen” in X (ed.), *Familierecht en familiaal vermogensrecht in beweging*, Mechelen, Kluwer, 2013, (29) 36; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 315; T. WUYTS, “Onbekwamen in het vermogensrecht” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 103.

handelingen maar ook op andere diensten, zoals het stellen van materiële handelingen (zie *supra*, nr. 14).⁴⁷⁷ Dat geldt eveneens voor het Duitse *Auftrag* en *Geschäftsbesorgungsvertrag*, die aan een *Vorsorgevollmacht* ten gronde kunnen liggen.⁴⁷⁸ Ook uit de omschrijving in artikel 360, eerste lid ZGB van de mogelijke bevoegdheden die de meerderjarige in een *Vorsorgeauftrag* kan vastleggen, blijkt dat de overeenkomst niet noodzakelijk en dus zeker niet uitsluitend betrekking moet hebben op daden van vertegenwoordiging: “*im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten*”.⁴⁷⁹ In de Zwitserse rechtsleer merkt men evenwel terecht op dat deze bewoordingen het doel van de *Vorsorgeauftrag* onvoldoende weergeven, aangezien een efficiënte bescherming van de kwetsbare meerderjarige, in het bijzonder van zijn vermogen, pas mogelijk is wanneer de aangeduide vertrouwenspersoon de bevoegdheid heeft om voor hem rechtshandelingen te stellen.⁴⁸⁰

§ 3. GRENZEN AAN DE INHOUD VAN DE LASTGEVING

A. Beperkende werking van de vorm van de volmacht

1. Beperkt toepassingsgebied van de onderhandse volmacht

266. De lastgever is, weliswaar binnen bepaalde grenzen (zie *infra*, nrs. 275 e.v.), vrij om de inhoud van zijn lastgeving te bepalen.⁴⁸¹ Hij kan zijn lasthebber niet alleen de bevoegdheid geven om rechtshandelingen te stellen die ertoe strekken zijn vermogen in stand te houden en het te laten renderen, maar hij kan hem ook

⁴⁷⁷ H. HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, 315 en 324.

⁴⁷⁸ H. SEILER, “BGB § 662 Vertragstypische Pflichten beim Auftrag” in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, (nr. 1) nr. 16; P.W. HEERMANN, “BGB § 675 Entgeltliche Geschäftsbesorgung” in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, (nr. 1) nr. 5.

⁴⁷⁹ Zie ook de bewoordingen in C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 285: “Ziel ist es, für die Erhaltung und die sachgerechte Verwendung des Vermögens alle notwendigen rechtlichen und tatsächlichen Handlungen vorzunehmen.”

⁴⁸⁰ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 287; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, “Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags” in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 88.

⁴⁸¹ Zie bv.: Duitsland: D. SCHWAB, “Probleme der Vorsorgevollmacht” in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlin, 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.

machtigen om over dat vermogen te beschikken en dus om vermogensbestanddelen te vervreemden of ze met een hypotheek te bezwaren.

267. In verschillende rechtsstelsels dient hij er echter rekening mee te houden dat de vorm van zijn volmacht de reikwijdte van de bevoegdheden van zijn lasthebber kan beïnvloeden. Volgens de Oostenrijkse § 284f, derde lid ABGB moet hij zijn volmacht worden opstellen bij een notaris, advocaat of rechterlijke instantie indien zij betrekking heeft op bepaalde persoonsrechtelijke beslissingen of buitengewone economische verrichtingen ('gekwalificeerde *Vorsorgevollmacht*', zie *supra*, nr. 196), omwille van het ingrijpende karakter van dergelijke rechtshandelingen. Daarnaast volgt uit het gemene recht dat een Oostenrijkse volmacht notarieel moet zijn indien de rechtshandeling waarvoor ze wordt verleend enkel via een notariële akte tot stand kan komen (zie *supra*, nr. 196). Ook in België, Duitsland en Zwitserland is voor sommige rechtshandelingen (bijvoorbeeld de verkoop van een onroerend goed of een schenking) krachtens het gemene recht een notariële volmacht vereist en volstaat een onderhandse akte dus niet (zie *supra*, nrs. 192, 193 en 196).

268. De invloed van de vorm van de volmacht op de draagwijdte van de bevoegdheden van de lasthebber is echter het grootst in het Franse recht. Krachtens de artikelen 490, eerste lid en 493, eerste lid C.Civ. is enkel de lasthebber van een notariële volmacht gerechtigd om over de goederen van de kwetsbare meerderjarige te beschikken (*actes de disposition*; zie *supra*, nr. 202). De opdracht van een lasthebber met een onderhandse volmacht is beperkt tot daden van bewaring en beheer (*actes conservatoires et d'administration*), in tegenstelling tot wat geldt voor de gewone lastgeving. Voor daden van beschikking heeft hij een rechterlijke machtiging nodig (art. 493, tweede lid C.Civ.). Wat er precies moet worden verstaan onder deze twee verschillende categorieën van rechtshandelingen en welke verrichtingen ze behelzen, werd opgenomen in het decreet nr. 2008-1484.⁴⁸² Daden van beheer worden omschreven als de exploitatie van het vermogen van de beschermde persoon zonder abnormaal risico.⁴⁸³ Voorbeelden hiervan zijn het laten uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden aan een gebouw en het ontvangen van inkomsten.⁴⁸⁴ Daden van beschikking zijn handelingen die het vermogen nu of later op substantiële wijze veranderen, die een significante waardevermindering van het kapitaal teweegbrengen of die een bestendige wijziging van de pre-

⁴⁸² Décret n° 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.

⁴⁸³ Art. 1 Décret n° 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.

⁴⁸⁴ Annexe 1 Décret n° 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.

rogatieven van de vermogenstitularis inhouden.⁴⁸⁵ Men kan daarbij denken aan de vestiging van een vruchtgebruik op een onroerend goed of de aanvraag van een kredietkaart.⁴⁸⁶

269. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat dit onderscheid in het Franse recht het resultaat is van een afweging tussen de autonomie en de bescherming van de kwetsbare meerderjarige. Enerzijds hechtte de Franse wetgever er belang aan om de meerderjarige die een *mandat de protection future* wenst op te stellen een minimum aan soepelheid te bieden, door hem niet te verplichten om naar een notaris te gaan. Anderzijds was men van mening dat een onderhandse akte weinig rechtszekerheid biedt en tekortschiet op het vlak van bescherming, aangezien zij niet noodzakelijk samengaat met professioneel advies.⁴⁸⁷ Om die reden werd het toepassingsgebied van de onderhandse volmacht beperkt en is voor de meest ingrijpende rechtshandelingen, zijnde daden van beschikking, een notariële akte vereist.

270. Als compensatie voor deze verplichting, schakelde de Franse wetgever de toepassing van het gemeenrechtelijke artikel 1988 C.Civ. in het kader van het notariële *mandat de protection future* uit (art. 490, eerste lid C.Civ.). Dit betekent dat een uitdrukkelijk mandaat, d.i. een mandaat waaruit duidelijk blijkt dat het de lasthebber is toegestaan om (bepaalde) daden van beschikking te stellen, niet vereist is; een mandaat in algemene bewoordingen volstaat om de lasthebber te machtigen tot beschikkingsdaden, zolang het notarieel werd opgesteld.⁴⁸⁸ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de volmacht zich ertoe beperkt te bepalen dat de lasthebber instaat voor de behartiging van de financiële belangen van de lastgever gedurende zijn wilsonbekwaamheid.

2. Concretiseringsvereiste

271. Naar Belgisch recht is artikel 1988 BW, dat identiek is aan het Franse artikel 1988 C.Civ., wel onverkort van toepassing op de lastgeving die bedoeld is als

⁴⁸⁵ Art. 2 Décret n° 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.

⁴⁸⁶ Annexe 1 Décret n° 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.

⁴⁸⁷ JO Sénat 16 februari 2007 (sessie 15 februari 2007), 1603-1604; 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)*, 2007, 190 (www.assemblee-nationale.fr).

⁴⁸⁸ 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)*, 2007, 199 (www.assemblee-nationale.fr).

beschermingsmaatregel, ingevolge artikel 490/2, § 1, eerste lid BW. Er mag bijgevolg geen twijfel bestaan over de intentie van de lastgever om zijn lasthebber de bevoegdheid te verlenen om beschikkingsdaden te verrichten ten aanzien van zijn vermogen.⁴⁸⁹ Dit moet uitdrukkelijk uit de toegekende volmacht blijken.

272. Een gelijkaardig vereiste vindt men terug in de Oostenrijkse en Zwitserse regelgeving omtrent meerderjarigenbescherming. Zowel § 284f, eerste lid ABGB als artikel 360, tweede lid ZGB gebieden dat de volmacht preciseert op welke aangelegenheden de lastgeving betrekking heeft. Met deze bepalingen wilden de wetgevers twijfel over de omvang van de volmacht voorkomen en verzekeren dat de lastgever zich ten volle van die omvang bewust is.⁴⁹⁰ In de Oostenrijkse rechtsleer neemt men aan dat het *Bestimmtheitsfordernis* de lastgever niet verplicht om de rechtshandelingen die hij zijn lasthebber toevertrouwt een voor een op te sommen (*Einzelvollmacht*, bv. de verkoop van een welbepaald goed), maar dat het volstaat om de aard van de betrokken rechtshandelingen te vermelden (*Gattungsvollmacht*, bijvoorbeeld de betaling van verzekeringspremies).⁴⁹¹ Men leidt dit af uit de toelichting van de wetgever bij de bepalingen over de *Vorsorgevollmacht*. Daarin wordt het gemene recht in § 1008 ABGB van toepassing verklaard: wanneer het gaat om rechtshandelingen waarvoor § 1008 ABGB een *Einzelvollmacht* verlangt, volstaat het dat de lastgever een algemene volmacht opstelt die de aard van de toevertrouwde rechtshandelingen preciseert.⁴⁹² Als de wetgever het voor dergelijke handelingen niet nodig achtte om een *Einzelvollmacht* op te stellen, zo redeneert men, dan is dit ook niet nodig voor andere, minder ingrijpende verrichtingen. Ook voor de gekwalificeerde volmacht, waarvoor § 284f, derde lid ABGB een 'uitdrukkelijke vermelding' van de toevertrouwde aangelegenheden vereist, acht men een dergelijke *Gattungsvollmacht* voldoende.⁴⁹³ Het volstaat dus

⁴⁸⁹ Cass. 16 februari 2012, RW 2013-14, 261.

⁴⁹⁰ Oostenrijk: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 348; M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 220; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 13; Zwitserland: 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) 57; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 305.

⁴⁹¹ F. KERSCHNER en B. LANG, "Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht als neue Vorsorgeinstrumente", *RFG* 2007, (174) 176; C. SPRUZINA, "Vorsorgevollmacht" in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER et al. (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 686; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 14; S. KÜHNBERG, "Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005", *NZ* 2005, (85) B.3; S. FERRARI, "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH et al. (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (139) 150.

⁴⁹² ErlRV 1420 BlgNR 22. GP, 27.

⁴⁹³ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 352; M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 221.

dat de lastgever in zijn volmacht opneemt dat zijn lasthebber voor ‘buitengewone economische verrichtingen’ gemachtigd is, zonder dat hij deze handelingen in detail moet weergeven.⁴⁹⁴

273. Een restrictieve interpretatie van de verplichting om alle bevoegdheden van de lasthebber te concretiseren, valt inderdaad moeilijk te rijmen met de aard van de lastgeving als een planningsinstrument op lange termijn.⁴⁹⁵ Het is voor de lastgever onmogelijk om precies in te schatten welke rechtshandelingen zijn lasthebber zal moeten stellen om een zo gunstig mogelijke financiële toestand te bereiken. Hij weet niet hoe groot zijn vermogen nog zal zijn op het ogenblik dat hij wilsonbekwaam is, in welke economische omstandigheden het zal worden beheerd en welke factoren deze omvang of dit beheer kunnen beïnvloeden. Bijgevolg bestaat het risico dat een te gedetailleerde volmacht niet is afgestemd op de precieze behoeften van de wilsonbekwaam geworden lastgever. Om die reden verwacht men in Zwitserland dat de verplichting van de lastgever in artikel 360, tweede lid ZGB om de taken van zijn lasthebber te omschrijven in de praktijk op een soepele manier zal worden geïnterpreteerd.⁴⁹⁶ Men wil bovendien vermijden dat een bijkomend vormvereiste wordt gecreëerd op grond waarvan de geldigheid van het document kan stranden.⁴⁹⁷

274. Voor bepaalde rechtshandelingen is een precisievereiste daarentegen wel onontbeerlijk, namelijk wanneer het gaat om ingrijpende rechtshandelingen die mogelijk nadelig zijn voor de financiële belangen van de lastgever, zoals rechtshandelingen ten kosteloze titel of de verkoop van een onroerend goed. Het is belangrijk dat de lastgever zich ten volle bewust is van het feit dat hij deze bevoegdheden verleent en dat de lasthebber of een contractpartner zich niet afvraagt of zij werkelijk in de volmacht begrepen zijn.⁴⁹⁸ In verschillende stelsels biedt het gemene recht hier evenwel voldoende soelaas, aangezien het voorschrijft dat dergelijke handelingen een bijzondere volmacht vereisen en dus moeten wor-

⁴⁹⁴ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 352; M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 221; S. RESCH, “Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht”, *PSR* 2013, (4) 7.

⁴⁹⁵ M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 221.

⁴⁹⁶ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 309; cf. M. HOPF, “Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag”, *ST* 2013, (145) 147; cf. A. ZEITER, “Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute”, *SJZ* 2013, (225) 229 (“zumindest in genereller Weise”).

⁴⁹⁷ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 309.

⁴⁹⁸ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 210-211.

den gepreciseerd.⁴⁹⁹ Zo heeft een lastgever naar Belgisch en Zwitsers recht weliswaar de mogelijkheid om een algemene volmacht op te stellen die zijn lasthebber machtigt om over zijn vermogen te beschikken, maar moet hij een bijzondere en uitdrukkelijke volmacht verlenen om zijn lasthebber de bevoegdheid toe te kennen in zijn plaats te schenken.⁵⁰⁰

B. Specifieke beperkingen en uitsluitingen

275. In Principe 3 van zijn aanbeveling geeft de Raad van Europa aan dat nationale wetgevers ervoor kunnen kiezen om een aantal rechtshandelingen uit te sluiten van de mogelijkheid tot vertegenwoordiging door een lasthebber. In de onderzochte rechtsstelsels situeren dergelijke uitsluitingen zich vooral op persoonsrechtelijk vlak (bijvoorbeeld het sluiten van een huwelijk of de erkenning van een kind)⁵⁰¹, maar ook een aantal vermogensrechtelijke handelingen kunnen niet of slechts in beperkte mate aan een vertegenwoordiger worden overgelaten.

276. Sommige van deze uitzonderingen werden uitdrukkelijk opgenomen in de regels over de lastgeving als beschermingsmaatregel omdat zij afwijken van het gemene recht. Dit is bijvoorbeeld het geval in het Engelse recht, waar de lastgever zijn lasthebber slechts in beperkte mate kan opdragen om in zijn naam en voor zijn rekening te schenken, en in het Franse recht, waar de lasthebber een rechterlijke machtiging behoeft om te schenken (zie *infra*, nrs. 278 en 281). Andere uitsluitingen vormen een toepassing van de gemeenrechtelijke idee dat bepaalde rechtshandelingen hoogstpersoonlijk zijn en dus niet vatbaar zijn voor wettelijke en/of conventionele vertegenwoordiging. In alle onderzochte rechtsstelsels is dit het geval voor het opstellen van een testament (zie *infra*, nr. 284).

⁴⁹⁹ Cf. A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 43.

⁵⁰⁰ België: R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 253; C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 393; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 297; N. GEELHAND DE MERXEM, "De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?", *TEP* 2014, (16) 27; Zwitserland: art. 396, derde lid OR; M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 147; A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 45. *Contra*: 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, 65.

⁵⁰¹ Zie bv.: Frankrijk: art. 479, eerste lid C.Civ. j° art. 458 C.Civ.; Engeland & Wales: S. 27, 28 en 29 MCA 2005; Explanatory memorandum of Recommendation (2009)¹¹ on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 94.

1. Schenking

A. TWEE TYPES

277. In elk van de onderzochte rechtsstelsels kan een lastgever zijn lasthebber de bevoegdheid verlenen om gedurende zijn wilsonbekwaamheid in zijn naam en voor zijn rekening te schenken.⁵⁰² Het gaat om een toepassing van het gemene recht, dat de verschillende wetgevers in het kader van de lastgeving verleend met het oog op een latere wilsonbekwaamheid niet hebben willen uitsluiten. In de meerderheid van de stelsels, namelijk België, Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland, is deze schenkingsbevoegdheid niet aan bijkomende regels onderworpen en verschilt zij dus niet van de schenkingsbevoegdheid van een lasthebber die optreedt in het kader van een gewone lastgeving. De enige beperking waarmee de lastgever in deze stelsels mogelijk rekening moet houden is de vorm van zijn volmacht en het hoger vermelde concretiseringsvereiste (zie *supra*, nrs. 193 en 274). In Engeland & Wales en Frankrijk daarentegen besloot de wetgever om de schenkingsbevoegdheid van de lasthebber die een wilsonbekwame persoon vertegenwoordigt met bijzondere waarborgen te omkaderen (zie *infra*, nrs. 278 en 281).

B. VEREISTE VAN RECHTERLIJKE MACHTIGING IN HET FRANSE RECHT

278. Artikel 490, tweede lid C.Civ. bepaalt dat de lasthebber van een *mandat de protection future* slechts ten kosteloze titel over het vermogen van zijn lastgever mag beschikken wanneer hij hiervoor een rechterlijke machtiging heeft gekregen. Het artikel viseert de lasthebber van een notariële volmacht, aangezien de lasthebber van een onderhandse volmacht door de beperkte reikwijdte van zijn man-

⁵⁰² **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; S. SEYNS, “Nieuwe wetgeving” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (91) 102; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 297; M.A. MASSCHELEIN, “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, (3) 4; N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, (16) 26; **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 228; A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 169; M. BÜHLER, “Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht”, *FamRZ* 2001, (1585) 1588; **Engeland & Wales:** S. 12 MCA 2005; **Frankrijk:** art. 490, eerste lid C.Civ.; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, “Wie errichte ich eine Vorsorgevollmacht? Die Mustervorsorgevollmacht des BMJ mit Anmerkungen”, *ÖJZ* 2007, (475) 487; **Zwitserland:** M. BALESTRIERI, “Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht”, *ZKE* 2011, (201) 204; A. LEUBA, “Le mandat pour cause d’inaptitude dans le projet de révision du code civil” in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l’honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 45.

daat hoe dan ook geen beschikkingsdaden mag verrichten (zie *supra*, nrs. 202 en 268). De Franse wetgever wilde vermijden dat de lasthebber misbruik zou maken van zijn positie door het vermogen van de lastgever aan te wenden in zijn eigen voordeel.⁵⁰³ De bepaling weerspiegelt tevens het traditionele wantrouwen van de wetgever ten aanzien van schenkingen.⁵⁰⁴

279. Het risico op een egoïstische aanwending van de volmacht door de lasthebber zou men echter op een meer proportionele manier kunnen vermijden. Men kan dit risico immers opvangen door de lasthebber te verplichten zich voor elke transactie waarbij hij zelf optreedt als tegenpartij, en dus bij elk belangenconflict (ook al is dit in de volmacht toegestaan), te wenden tot de rechter, zodat die hem een machtiging kan verlenen of een lasthebber *ad hoc* kan aanstellen (zie *infra*, nrs. 479 e.v.). Het is mijn ogen niet vereist dat de rechter ook tussenkomt wanneer de lasthebber schenkt aan één van de naasten van de lastgever. Bovendien wordt het risico op misbruik in verschillende stelsels, waaronder Frankrijk, reeds getemperd door het feit dat een volmacht tot schenken notarieel moet zijn. De kans dat de schenkingsbevoegdheid in de volmacht onder druk van de lasthebber werd opgenomen, is daardoor kleiner. De notaris heeft de lastgever daarenboven kunnen bewust maken van zijn keuze om de lasthebber toe te laten in zijn naam en voor zijn rekening te schenken.

280. Het is naar mening wel vereist dat een lastgever die zijn lasthebber wil toelaten om te schenken het voorwerp, de modaliteiten en de begunstigde van de schenking vermeldt en dit dus niet overlaat aan de discretie van de lasthebber.

C. BEPERKING VAN TYPE EN OMVANG VAN DE SCHENKING IN HET ENGELSE RECHT

281. S. 12 (2) MCA 2005 onderwerpt de schenkingsbevoegdheid van de lasthebber aan verschillende restricties, om misbruiken te vermijden. Ten eerste mag de lasthebber enkel schenken aan personen die gerelateerd zijn aan de lastgever (inclusief aan zichzelf) op aangelegenheden waarbij het gebruikelijk is om te schenken of aan een goed doel waar de lastgever eerder aan heeft geschonken of waarvan men aanneemt dat de lastgever er aan zou willen schenken als hij nog wilsbekwaam was geweest.⁵⁰⁵ De woorden '*related to or connected with*' worden ruim geïnterpreteerd.⁵⁰⁶ Uit S. 12 (3)(b) MCA 2005 blijkt dat het niet

⁵⁰³ 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), 2007, 199 (www.assemblee-nationale.fr).

⁵⁰⁴ J. KLEIN, "Le mandat de protection future enfin opérationnel", *AJ Famille* 2009, (56) 58.

⁵⁰⁵ Met '*customary occasions*' doelt de wetgever op geboortes, verjaardagen, huwelijken, het aangaan van een wettelijke samenwoning of elke gelegenheid waarbij het gebruikelijk is dat familieleden, vrienden of collega's elkaar geschenken geven (S. 12 (3) MCA 2005).

⁵⁰⁶ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 272.

alleen gaat om familieleden maar ook om vrienden en collega's. Ten tweede mag de waarde van deze giften niet onredelijk zijn in het licht van de omstandigheden, in het bijzonder van de omvang van het totale vermogen van de lastgever. De lastgever kan in zijn volmacht bijkomende beperkingen opleggen of bepalen dat zijn lasthebber geen enkele schenking mag doen (S. 12 (4) MCA 2005).⁵⁰⁷ Het is hem echter niet toegestaan om zijn lasthebber een ruimere schenkingsbevoegdheid toe te kennen.⁵⁰⁸ S. 12 (2) MCA 2005 wordt strikt gehanteerd. De lastgever mag bijvoorbeeld niet in zijn volmacht opnemen dat zijn drie kinderen elk een bepaald (omvangrijk) bedrag uit zijn vermogen moeten ontvangen en zelfs niet dat zijn gehandicapte kind voldoende onderhouden moet worden.⁵⁰⁹ Dergelijke clausules worden naar aanleiding van de registratie van de volmacht geschrapt.⁵¹⁰ Krachtens S. 23 (4) MCA 2005 kan de rechter de lasthebber wel machtigen om schenkingen te doen die buiten het toepassingsgebied van S. 12 (2) MCA 2005 vallen, bijvoorbeeld voor fiscale doeleinden (zie uitgebreid, *infra*, nrs. 555 e.v.).⁵¹¹

282. S. 12 (2) MCA 2005 beperkt aldus de persoonlijke keuzevrijheid van de lastgever om hem te beschermen tegen eventueel misbruik. De wet tekent voor een deel zelf de contouren uit van het beheer van diens vermogen; dit zal niet volledig kunnen verlopen volgens zijn eigen plannen. Om de doelstelling van bescherming te realiseren, had het naar mijn mening echter volstaan om de schenkingsbevoegdheid van de lasthebber met een aantal controlemechanismen te omkaderen in plaats van de lastgever meteen de mogelijkheid te ontzeggen om bepaalde personen gedurende zijn wilsonbekwaamheid te bevoordelen. Het vereiste van een rechterlijke machtiging zoals dit bestaat in het Franse recht of, zoals hogerop werd voorgesteld, voor belangenconflicten is in dat opzicht een meer proportionele maatregel (zie *supra*, nrs. 279 en 282). Het laat de meerderjarige toe om zijn vermogen de bestemming te geven die hij hiervoor in gedachten had zonder dat dit betekent dat de lasthebber een blanco cheque in handen heeft.

⁵⁰⁷ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 189.

⁵⁰⁸ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 47; cf. D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 273 (over de *enduring power of attorney*, de voorloper van de *lasting power of attorney*); A. PALIN, "Traps for the Unwary – Lasting Powers of Attorney", *PCB* 2043, (310) 312-315.

⁵⁰⁹ Re Burdock 2 juli 2012, ongepubl.; Re O'Brien 18 mei 2012, ongepubl. Een samenvatting van beide zaken en andere voorbeelden van ongeldig verklaarde clausules omtrent giften kan men terugvinden op www.justice.gov.uk/protecting-the-vulnerable/mental-capacity-act/orders-made-by-the-court-of-protection/lasting-powers-of-attorney.

⁵¹⁰ Cf. D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 191.

⁵¹¹ *Explanatory notes Mental Capacity Act 2005*, 15 (www.legislation.gov.uk); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164.

283. S. 12 (2) MCA 2005 is ook van toepassing wanneer de lastgever de bevoegdheid tot schenken niet in zijn volmacht ter sprake heeft gebracht.⁵¹² Dit wil zeggen dat de lasthebber ook dan over een beperkte schenkingsbevoegdheid beschikt. Uit de discussies die de MCA 2005 voorafgingen in de Law Commission, blijkt dat deze keuze het resultaat is van een belangenafweging.⁵¹³ Enerzijds uitte de commissie haar bezorgdheid over de autonomie van de meerderjarige; men erkende dat er zonder zijn toelating in de volmacht niet met zekerheid kan worden geantwoord op de vraag of hij wel wilde dat de lasthebber in zijn plaats zou schenken.⁵¹⁴ Tegelijk was zij van mening dat men de praktische bruikbaarheid van de *lasting power of attorney* zou ondermijnen wanneer men de lasthebber volledig verbiedt om in het voordeel van anderen op te treden.⁵¹⁵ De commissie stelde daarom voor om de lasthebber in S. 12 (2) MCA 2005 een beperkte schenkingsbevoegdheid toe te kennen, zolang de lastgever daaromtrent geen beperkingen heeft opgelegd.⁵¹⁶

2. Testament

284. Enkel rechtshandelingen die vatbaar zijn voor conventionele vertegenwoordiging kunnen het voorwerp uitmaken van de lastgeving.⁵¹⁷ Testeren valt hier niet onder, omdat men dit in alle onderzochte stelsels als een hoogstpersoonlijke rechtshandeling beschouwt.⁵¹⁸ Daarmee bedoelt men dat het gaat om een gewichtige han-

⁵¹² THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 29, (nr. 4.28).

⁵¹³ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 28-29 (nrs. 4.23-4.29).

⁵¹⁴ *Idem*, 28 (nr. 4.24).

⁵¹⁵ *Idem*, 28 (nr. 4.26).

⁵¹⁶ *Idem*, 29 (nrs. 4.27-4.29) en 47. Cf. Zwitserland: art. 240 tweede lid OR.

⁵¹⁷ 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) 261; 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; H. KEILBACH, "Vorsorgeregeln zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende", *FamRZ* 2003, (969) 970; Oostenrijk: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 349; C. SPRUZINA, "Vorsorgevollmacht" in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 690; Zwitserland: C. BRÜCKNER, "Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz", *BN* 2011, (36) 37.

⁵¹⁸ België: W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH *et al.*, *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 866; A. GABRIËLS, "Schenken onder levenden en testeren door personen onder voorlopig bewind: een analyse", *NFM* 2012, (2) 9; Duitsland: § 2064 BGB; W. BIENWALD, "Rechtliche Betreuung" in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006, (1) 137; A. SPICKHOFF, "Autonomie und Heteronomie im

deling die een uitdrukking vormt van iemands diepste gevoelens en wensen en waarover dus niemand anders kan beslissen.⁵¹⁹ Omwille van deze kwalificatie mag ook een bewindvoerder geen testament in naam en voor rekening van de beschermde persoon opmaken.⁵²⁰ In Engeland & Wales is het hoogstpersoonlijke karakter van het testament echter relatief: de rechter kan de lasthebber machtigen om een ‘*statutory will*’ voor de wilsonbekwame lastgever op te stellen op grond van S. 18 (1)(i) MCA 2005 en Schedule 2 nr. 1-4 MCA 2005, tenzij de lastgever deze mogelijkheid uitdrukkelijk in zijn volmacht heeft uitgesloten (zie uitgebreid, *infra*, nrs. 555 e.v.).

285. De Raad van Europa sluit testeren niet uitdrukkelijk uit van de mogelijke inhoud van de lastgeving en ook niet van de bevoegdheid van een bewindvoerder.⁵²¹ Er zijn inderdaad argumenten denkbaar die in het voordeel pleiten van testamentaire vertegenwoordiging.⁵²² De onverkorte toepassing van het ab intestaat erfrecht op de nalatenschap van de lastgever kan in bepaalde gevallen tot onbillijke situaties leiden, bijvoorbeeld wanneer een erfgenaam zich nooit om de erflater heeft bekommerd.⁵²³ Een lasthebber zou daaraan kunnen remediëren. Men zou ook het hoogstpersoonlijke karakter van de rechtshandeling in vraag kunnen stellen, nu een lastgever zijn vertegenwoordiger wel in zijn plaats kan

Alter”, *AcP* 2008, (345) 401; Engeland & Wales: D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164 en 183; Frankrijk: art. 490, eerste lid j° 476, tweede lid C.Civ.; N. PETERKA, “Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007”, *Droit de la famille* 2007, nr. 14; 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; R. KUHN en M. JAKOB, “Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht: Ein Überblick und einige Gedanken”, *TREX* 2013, (106) 108; A. LEUBA, “Le mandat pour cause d’inaptitude dans le projet de révision du code civil” in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l’honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 32.

⁵¹⁹ Cf. *Parl.St. Kamer (België)* 2010-11, nr. 53-1009/001, 48-49; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 39; T. ZIMMERMANN, “Die Vertretung in höchstpersönlichen Angelegenheiten – neuere Entwicklungen im Betreuungsrecht”, *BWNotZ* 1998, (101) 104.

⁵²⁰ Zie bv.: Duitsland: A. SPICKHOFF, “Autonomie und Heteronomie im Alter”, *AcP* 2008, (345) 402; 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) nr. 127; Frankrijk: art. 476, tweede lid C.Civ.

⁵²¹ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 94; Explanatory memorandum of Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults, nr. 66.

⁵²² Explanatory memorandum of Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults, nr. 66.

⁵²³ I. JANSEN, “De hoogstpersoonlijke rechtshandeling, in het bijzonder de uiterste wilsbeschikking” in S.C.J.J. KORTMANN (ed.), *Yin-Yang van Mourik bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, (109) 115.

laten schenken (zie *supra*, nr. 277). Dit is eveneens een rechtshandeling om niet en heeft een grotere vermogensrechtelijke impact op de lastgever dan een testament, dat enkel de erfgenamen kan schaden, niet de lastgever zelf.⁵²⁴ Bovendien kan men zich afvragen of een rechtshandeling nog wel hoogstpersoonlijk is als de lastgever zelf in zijn volmacht te kennen geeft dat een ander deze handeling in zijn plaats mag stellen.

286. Daartegenover staat echter dat de lasthebber die de bevoegdheid heeft om een testament op te stellen niet met zekerheid kan achterhalen welke personen de lastgever zou begunstigen, in welke omstandigheden, hoe omvangrijk die gift zou zijn en welke modaliteiten de meerderjarige daar al dan niet aan zou verbinden. Dat de loutere toepassing van het versterferrecht in bepaalde gevallen onbillijk zou zijn, is onvermijdelijk een opportuniteitsoordeel en dus subjectief. Het is niet omdat de lasthebber of de rechter het ongepast vindt om een bepaald kind wegens zijn desinteresse of wangedrag te laten delen in de nalatenschap dat ook de lastgever gewild zou hebben om zijn eigen bloed, inclusief mogelijke toekomstige kleinkinderen, (deels) van zijn erfenis uit te sluiten. Er zijn weliswaar situaties denkbaar waarin de kans zeer reëel is dat de meerderjarige iemands erfrechtelijke aanspraken zou ontnemen, bijvoorbeeld in geval van mishandeling, maar die gevallen zijn veelal in rekening gebracht door de wetgever in de regels over erfrechtelijke onwaardigheid.⁵²⁵ Het gebrek aan zekerheid over de wil van de meerderjarige is nadelig voor zijn persoonlijke autonomie. Daar kan men weliswaar tegen opwerpen dat hij zelf voor die onzekerheid gekozen heeft door de testeeurkeuze aan iemand anders over te laten. Het testament van de lasthebber beïnvloedt echter ook anderen, namelijk zijn erfgenamen. Het brengt hen mogelijk in een minder gunstige positie dan wanneer de lastgever zelf had getesteerd. Het klopt dat de buitengerechtelijke bescherming om de lastgever draait en niet om hen, maar dat mag niet betekenen dat met hun belangen wordt gespeculeerd door een bepaalde bevoegdheid van de lasthebber als onschadelijk te bestempelen zolang ze maar geen patrimoniale impact heeft op de lastgever zelf.

287. Net als bij de schenking zou men daarom kunnen redeneren dat een lastgever zijn lasthebber de bevoegdheid kan verlenen om te testeren zolang hij de begiftigde en de omvang van de gift preciseert. In dat geval kan men het testament echter even goed zelf opstellen. Het krijgt immers pas uitwerking bij overlijden, dus het ogenblik van de opstelling ervan maakt niet uit.⁵²⁶ Dit toont meteen

⁵²⁴ Cf. de toelichting bij het Belgische wetsvoorstel nr. 53-1031/001 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de geestesgestoorde onder voorlopig bewind met machtiging van de vrede-rechter te laten testeren (*Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1031/001, 5).

⁵²⁵ Cf. F. SCHOLS, "Het ontbreken van de uiterste wil – Wills for persons lacking capacity; een eerste gedachte", *TPR* 2009, (143) 210.

⁵²⁶ Bij de schenking is dit anders: de lastgever wil mogelijk nog wachten met de begunstiging en laat dit daarom over aan zijn lasthebber. Hij zou de schenking weliswaar al kunnen doen als hij

aan dat het belang van de discussie omtrent testateurbevoegdheid in het kader van de lastgeving slechts relatief is. In die context gaat het immers per definitie om het treffen van regelingen voor de toekomst. Op het ogenblik dat de lastgever zijn volmacht opstelt en dus bepaalt wat er met zijn goederen moet gebeuren wanneer hij wilsonbekwaam is, kan hij ook keuzes maken over de overgang van dit vermogen na zijn overlijden.⁵²⁷ Dit testament kan hij doorheen de tijd aanpassen in functie van gewijzigde omstandigheden, totdat hij wilsonbekwaam is.⁵²⁸ Tevens kan hij ervoor kiezen om dierbare naasten die geen wettelijke erfgenamen zijn reeds tijdens zijn leven te begunstigen of zijn lasthebber daarvoor toelating verlenen.

AFDELING III. BESLUIT

§ 1. AANWIJZING VAN DE LASTHEBBER

288. Bovenstaande comparatieve analyse over de mogelijke inhoud van de lastgeving legde ten eerste verschillende gradaties bloot van de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige inzake de keuze van zijn lasthebber. Sommige rechtsstelsels, met name het Duitse en Oostenrijkse, leggen amper vereisten op en zijn daarenboven ook erg soepel wat de afdwingbaarheid ervan betreft. De wettelijke uitsluiting van personeelsleden van de inrichting waar de lastgever verblijft verhindert niet dat deze personen als lasthebber optreden, zolang de rechter van oordeel is dat het welzijn van de kwetsbare meerderjarige is gevrijwaard (zie *supra*, nrs. 243-244). In Engeland & Wales daarentegen is de impact van de wettelijke onverenigbaarheden op de keuzevrijheid van de lastgever veel groter. Dat komt omdat hij ze reeds moet eerbiedigen op het ogenblik dat hij zijn volmacht opstelt (zie *supra*, nrs. 238-241). Daardoor kan hij bijvoorbeeld geen minderjarige of gefailleerde als lasthebber aanstellen, ook al bestaat de kans dat zijn onbekwaamheid pas intreedt na het einde van de minderjarigheid respectievelijk insolventie. Het Belgische en Franse recht situeren zich tussen beide uitersten: de

nog wilsbekwaam is en er een opschortende voorwaarde of termijn aan verbinden maar in sommige stelsels neemt men aan dat het eigendomsrecht van het goed in dat geval onmiddellijk overgaat naar de begunstigde en dat de schenker zich dus niet het recht kan voorbehouden om er nog over te beschikken (zie bijvoorbeeld: België: R. DEKKERS en H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht – deel IV*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 589; N. LABEEUW, “Art. 938 BW” in X (ed.), *Erfenissen, schenkingen en testamente. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006, (1) nr. 5; *contra*: R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 345-347; A. VERBEKE en R. BARBAIX, *Kernbegrippen familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 280. Anders in Frankrijk: B. JADAUD, “La donation à terme”, *JCP N* 2006, (nr. 1) nr. 9).

⁵²⁷ N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, (16) 31.

⁵²⁸ N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, (16) 31.

onverenigbaarheden betreffen niet het opstellen van de volmacht, wel haar uitvoering (zie *supra*, nrs. 239-240 en 242).⁵²⁹ In tegenstelling tot in Duitsland en Oostenrijk is er daarbij geen sprake van een rechterlijke appreciatiemarge en zijn de onverenigbaarheden dus absoluut: een volmacht verleend aan een persoon die op het ogenblik dat de lastgever wilsonbekwaam is onder een uitsluitingsgrond valt, kan geen uitwerking krijgen (zie *supra*, nrs. 239-240 en 242).

289. Het Zwitserse recht lijkt op het eerste gezicht in een grote mate aan zelfbeschikking te voorzien door het beperkt aantal onverenigbaarheden, maar de rechter kan met zijn geschiktheidscontrole achteraf voor verrassingen zorgen door de gekozen lasthebber toch te verbieden zijn taak uit te voeren (zie *supra*, nr. 248). Aangezien de regels over de bijzondere lastgeving in Zwitserland pas op 1 januari 2013 in werking zijn getreden, kan evenwel nog niet worden ingeschat hoe vaak hij een volmacht opzij zal schuiven op grond van artikel 363, tweede lid ZGB.

290. Met het oog op de ontwikkeling van een lastgevingsregime voor onbekwaamheid dat een evenwicht realiseert tussen autonomie en bescherming, werd voorgesteld om een aantal absolute onverenigbaarheden in te bouwen. Dit verdient de voorkeur op een systeem waarbij men pas op het ogenblik dat de lastgever wilsonbekwaam is, beslecht of de aangeduide vertrouwenspersoon geschikt is om als lasthebber op treden en waarbij de lastgever dus niet de zekerheid kan krijgen die hij net wilde bereiken door op voorhand een regeling te treffen voor later (zie *supra*, nr. 251).

291. De kwetsbare meerderjarige zou zich niet mogen laten vertegenwoordigen door een minderjarige, gefailleerde of onder bescherming geplaatste persoon om wanbeheer en belangenconflicten te vermijden (zie *supra*, nrs. 223 en 230-231). Dit wil zeggen dat zijn lasthebber niet tot deze uitgesloten categorieën mag behoren op het ogenblik dat de lastgever zijn oordeelsvermogen verliest. Met het oog op een maximaal behoud van zijn autonomie, zou de lastgever deze personen dus wel als lasthebber moeten kunnen benoemen (zie *supra*, nr. 245). Enkel medische beroepsbeoefenaars, apothekers of medisch hulppersoneel die instaan voor de verzorging van de lastgever (behalve familieleden of personen die voorheen reeds een vertrouwensband met hem hadden) mogen niet in de volmacht voorkomen om het risico op beïnvloeding en misbruik te vermijden (zie *supra*, nrs. 246-247). Voor het overige is de meerderjarige vrij om te kiezen wie hem zal vertegenwoordigen wanneer hij zelf niet meer in staat is om zijn vermogen te beheren. De rechter moet wel te allen tijde de mogelijkheid hebben om de lastgeving te beëindigen of aan te vullen met een rechterlijke maatregel wanneer blijkt dat de lasthebber de

⁵²⁹ Met uitzondering van de onverenigbaarheid inzake rechtspersonen in het Franse art. 480, eerste lid C.Civ., zie *supra*, nr. 241.

bescherming van de kwetsbare meerderjarige in het gedrang brengt (zie *infra*, nr. 584).

§ 2. BEVOEGDHEDEN VAN DE LASTHEBBER

292. In de meeste rechtsstelsels beschikt een lastgever die een regeling wil treffen voor het beheer van zijn vermogen bij wilsonbekwaamheid over dezelfde contractuele vrijheid als een gewone lastgever. Alle handelingen die vatbaar zijn voor conventionele vertegenwoordiging kunnen het voorwerp vormen van zijn lastgeving (zie *supra*, nr. 284). De lastgever kan de opdracht van zijn lasthebber beperken tot daden van bewaring en beheer of tot een aantal specifieke goederen, maar kan zijn lasthebber ook toelaten om daden van beschikking te stellen. In het Franse recht veronderstelt een dergelijke omvangrijke bevoegdheid wel dat zijn volmacht aan strengere vormvereisten voldoet; enkel de lasthebber van een notariële volmacht mag over het vermogen van zijn lastgever beschikken (zie *supra*, nrs. 202 en 268). De Oostenrijkse wetgever legt een striktere vorm op voor de *Vorsorgevollmacht* die de lasthebber machtigt voor buitengewone economische verrichtingen (zie *supra* nrs. 196 en 267). In de overige stelsels is de stap naar de notaris enkel vereist als het gemene recht dit oplegt, bijvoorbeeld wanneer de rechtshandeling waarop de volmacht betrekking heeft via notariële akte moet worden verleend (zie *supra*, nrs. 192, 193, 196 en 267).

293. Bij het opstellen van zijn volmacht moet de lastgever ook andere gemeenrechtelijke vereisten in acht nemen. Voor bepaalde ingrijpende rechtshandelingen, zoals een schenking, is in sommige stelsels een bijzondere volmacht vereist en moet de lastgever deze handelingen dus uitdrukkelijk vermelden (zie *supra*, nr. 274). In dat opzicht zorgt het gemene recht er reeds voor dat de lastgever zich voldoende bewust is van de macht die hij zijn vertegenwoordiger verleent en dat hierover zowel in hoofde van de lasthebber als van diens contractpartner geen twijfel bestaat. De Oostenrijkse en Zwitserse wetgever hebben dit concretiseringsvereiste voor de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving verstrengd door te vereisen dat de volmacht preciseert op welke aangelegenheden ze betrekking heeft (zie *supra*, nr. 272). De rechtsleer interpreteert deze regel evenwel op een soepele manier; terecht hoeft de lastgever niet alle rechtshandelingen op te sommen waarvoor hij zijn lasthebber bevoegd maakt maar volstaat het dat hij de aard van die handelingen weergeeft. Het is voor hem immers moeilijk om op voorhand in te schatten welke vertegenwoordigingsdaden nodig zullen zijn voor zijn welzijn (zie *supra*, nr. 272-273).

294. In alle bestudeerde stelsels kan de lastgever zijn lasthebber de bevoegdheid verlenen om, minstens in beperkte mate, in zijn plaats te schenken. In België, Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland speelt het gemene recht hier onverkort (zie

supra, nr. 277). De Engelse en Franse wetgever kozen er evenwel voor om de schenkingsbevoegdheid van de lasthebber met bijzondere waarborgen te omkaderen. Zo heeft de Franse lasthebber een rechterlijke machtiging nodig om ten kosteloze titel over het vermogen van zijn lastgever te beschikken (zie *supra*, nr. 278). Een dergelijke machtiging lijkt me evenwel enkel noodzakelijk als de lasthebber aan zichzelf zou schenken, omdat er dan sprake is van een belangenconflict (zie *supra*, nr. 279). Het is naar mening wel vereist dat een lastgever die zijn lasthebber wil toelaten om te schenken het voorwerp, de modaliteiten en de begunstigde van de schenking vermeldt en dit dus niet overlaat aan de discretie van de lasthebber (zie *supra*, nr. 280).

295. Het Engelse recht legt de lastgever restricties op aangaande het type en de omvang van de schenking (zie *supra*, nr. 281). Dit is een verregaande vorm van bescherming; de lastgever kan zijn lasthebber geen ruimere schenkingsbevoegdheid toekennen (zie *supra*, nr. 281). In dat opzicht is het Franse recht gematigder; de keuzevrijheid van de lastgever aangaande plaatsvervangend schenken is onbeperkt maar zijn lasthebber heeft wel een rechterlijke machtiging nodig (zie *supra*, nr. 282). Het Engelse systeem biedt wel het voordeel dat de lasthebber ook over de beperkte schenkingsbevoegdheid beschikt wanneer zijn volmacht hier geen melding van maakt. Dit laat hem toe om gebruikelijke geschenken te geven die in verhouding staan tot het vermogen van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nr. 286). In dezelfde zin zou hij de mogelijkheid moeten hebben om een schenkingspatroon van de lastgever vóór de intrede van wilsonbekwaamheid ook daarna verder te zetten, zodat deze wilsonbekwaamheid de autonomie van de kwetsbare meerderjarige op dat vlak niet aantast.

296. Met betrekking tot testeren is men het er in alle rechtsstelsels over eens dat dit een hoogstpersoonlijke rechtshandeling is die de lastgever niet aan zijn lasthebber kan overlaten (zie *supra*, nr. 28). De beslissing om af te wijken van het ab intestaat erfrecht is inderdaad een subjectieve beoordeling met ingrijpende familiale gevolgen die enkel de vermogenstitularis zelf kan maken. Derden kunnen niet met zekerheid achterhalen in welke omstandigheden hij dat zou willen doen. Dit gebrek aan zekerheid is niet alleen nadelig voor de persoonlijke autonomie van de lastgever maar ook voor diens erfgenamen. De beslissingen van de lasthebber hebben een rechtstreekse invloed op hun vermogensrechtelijke toestand en zijn mogelijk minder gunstig dan wanneer de lastgever zelf zou hebben getesteerd. Op grond daarvan zou het voor de lastgever niet mogelijk mogen zijn om zijn lasthebber toe te laten plaatsvervangend te testeren (zie *supra*, nr. 286). Dit betekent niet dat hij niemand bij zijn overlijden zal kunnen begunstigen. Op het ogenblik dat hij zijn volmacht opstelt, kan hij immers ook zelf een testament opmaken dat hij tot aan de intrede van wilsonbekwaamheid kan aanpassen. Daarnaast kan hij de betrokken personen bij leven begunstigen of zijn lasthebber toelaten om dit in de toekomst voor hem te doen (zie *supra*, nr. 287).

HOOFDSTUK VI

REGISTRATIE VAN DE LASTGEVING

AFDELING I. DOEL VAN REGISTRATIE

297. In verschillende stelsels kan of moet de lastgeving in een register worden opgenomen vooraleer de lasthebber zijn opdracht kan uitvoeren.⁵³⁰ Deze registratie is bedoeld om de voorrang van het beschermingsinstrument en dus de subsidariteit van het bewind te versterken: de rechter moet het register raadplegen alvorens hij een rechterlijke maatregel beveelt om na te gaan of de meerderjarige zelf reeds maatregelen heeft genomen voor het beheer van zijn vermogen tijdens zijn wilsonbekwaamheid.⁵³¹ Voorts laat de registratie de rechter toe om te verifiëren of een lastgevingsovereenkomst die hem wordt voorgelegd intussen niet reeds werd gewijzigd of herroepen. In die zin kan registratie ook een waarborg

⁵³⁰ **België:** art. 490 BW; **Duitsland:** § 78a Bundesnotarordnung (hierna: BNotO); Verordnung über das Zentrale Vorsorgeregister (hierna: VRegV); **Engeland & Wales:** S. 9 (2)(b) en 9 (3)(b) MCA 2005; **Oostenrijk:** § 140h Notariatsordnung (hierna: NO); **Zwitserland:** art. 361, derde lid ZGB.

⁵³¹ **België:** art. 492, tweede lid BW (zie art. 186 wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, BS 14 mei 2014); A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 296; **Duitsland:** BT-Drucks. 15/2253, 18; 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, 19; A. ALBRECHT, "Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung als Instrumente der Vorsorgenden Rechtspflege" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (45) 51; **Engeland & Wales:** S. 16 (3) j° 1 (6) MCA 2005; **Oostenrijk:** S. FERRARI, "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (139) 152; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 365; **Zwitserland:** art. 363, eerste lid ZGB; 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, 23 (www.ejpd.admin.ch); S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 94.

vormen tegen misbruik door de lasthebber.⁵³² Dit is vooral het geval in Engeland & Wales, aangezien de lastgever op voorhand kan bepalen dat een aantal personen van de aanvraag tot registratie op de hoogte moeten worden gebracht, zodat zij eventuele tekenen die wijzen op kwaadwillige intenties van de lasthebber kunnen melden en de registratie op die manier kunnen verhinderen (zie *infra*, nr. 530).

298. Ten aanzien van de registratie van de lastgeving kan men binnen de onderzochte rechtsstelsels drie types onderscheiden. In België en Engeland & Wales is de lastgever verplicht om de lastgeving op voorhand te laten registreren en vormt de registratie dus een essentieel kenmerk van het beschermingsregime (zie *infra*, nrs. 299 e.v.). In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland is registratie slechts facultatief (zie *infra*, nrs. 308 e.v.). Het Franse recht vormt een derde type, dat geen mogelijkheid tot registratie bevat (zie *infra*, nrs. 315 e.v.).

AFDELING II. TYPE 1: REGISTRATIEPLICHT

299. Volgens artikel 490 BW en S. 9 (2)(b) en (3)(b) MCA 2005 moet de lastgevingsovereenkomst die bedoeld is als buitengerechtelijke beschermingsmaatregel worden geregistreerd.⁵³³ Een niet-geregistreeerde lastgeving verleent de lasthebber geen bevoegdheid om bij wilsonbekwaamheid van zijn lastgever op te treden.⁵³⁴

300. In België registreert men de lastgeving in het centraal register dat wordt bijgehouden door de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat.⁵³⁵ De regis-

⁵³² T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 76.

⁵³³ België: K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 186; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 112; Engeland & Wales: D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 95; A. MARTIN, “Powers of attorney – peace of mind or out of control?”, *Conv.* 2008, (11) 26.

⁵³⁴ België: Een niet-geregistreeerde lastgeving eindigt immers bij wilsonbekwaamheid van de lastgever: art. 490/1, § 1 BW *a contrario* en art. 2003 BW. Zie ook: art. 490/1, § 3 BW. Over de moeilijke verhouding tussen deze artikelen, zie *supra*, nrs. 152-154; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 570; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 114; M.A. MASSCHELEIN, “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, (3) 5; T. WUYTS, “Onbekwamen in het vermogensrecht” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 106; Engeland & Wales: S. 9 (2)(b) en 9 (3)(b) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 133.

⁵³⁵ Art. 490, eerste lid BW.

tratie kan gebeuren tot op het tijdstip waarop de lastgever in een toestand van wilsonbekwaamheid of verkwisting komt te verkeren.⁵³⁶ 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 integraal opnemen in het centraal register. De nadere regels inzake oprichting, beheer en raadpleging van het centraal register zullen nog worden vastgelegd in een koninklijk besluit (art. 490, vierde lid BW).

301. Artikel 490, vijfde lid BW bepaalt dat men ook elke latere wijziging, opzegging of herroeping in het register *kan* laten opnemen. Het is vreemd dat de lastgever en lasthebber hiertoe niet verplicht zijn, aangezien de registratie van de volledige overeenkomst net bedoeld is om de rechter te laten weten of er al dan niet een volmacht voorhanden is en wat die precies inhoudt. Als men de beëindiging of wijziging van de lastgeving niet in het register opneemt, biedt deze databank geen actuele informatie op het moment dat de lastgever wilsonbekwaam is. Dit is vooral problematisch wanneer de lastgever de lastgeving intussen heeft herroepen. Strikt genomen kan de lasthebber een volmacht aan de rechter voorleggen die niet meer geldig is. Het is ook opmerkelijk dat de lastgever en lasthebber de redenen voor hun beslissing om de lastgeving te beëindigen moeten meedelen als ze besluiten om deze beëindiging in het register te laten noteren.⁵³⁷ Een mogelijke verklaring voor deze bepaling is dat de rechter op die manier kan achterhalen of de vertrouwensband tussen de lastgever en lasthebber verbroken is dan wel of er andere redenen zijn die de lasthebber ongeschikt maken als vermogensbeheerder. In dat geval weet hij dat hij deze persoon niet als bewindvoerder moet aanstellen.⁵³⁸

302. In het Engelse recht moet de volmacht worden geregistreerd bij *the Office of the Public Guardian*.⁵³⁹ De *Public Guardian* is een overheidsinstantie die instaat voor de bescherming van wilsonbekwame meerderjarigen in Engeland & Wales,

⁵³⁶ *Parl.St.* Kamer 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; K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *NFM* 2013, (182) 186.

⁵³⁷ Art. 490, vijfde lid BW; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 569; A. WYLLEMAN, "Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 112-113.

⁵³⁸ Zie ook: S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 70.

⁵³⁹ S. 58 (1)(a) MCA 2005.

onder meer door bewindvoerders te controleren en de rechter (*Court of Protection*) desgevallend in te lichten van problemen die zich voordoen in het kader van een bewind of een lastgeving.⁵⁴⁰ De registratie kan gebeuren door de lastgever, indien hij nog wilsbekwaam is, of door de lasthebber, bijvoorbeeld wanneer hij merkt dat de lastgever niet meer in staat is om voor zichzelf te beslissen en hij wenst op te treden.⁵⁴¹

303. Naar aanleiding van de aanvraag tot registratie, controleert de *Public Guardian* de geldigheid van de volmacht. De instantie verifieert onder meer of het verplichte formulier volledig werd ingevuld en of het geen bepalingen bevat die in strijd zijn met de beperkingen opgelegd door de MCA 2005 (bv. inzake de keuze van de lasthebber en inzake schenkingen, zie *supra*, nrs. 238, 240-241 en 281).⁵⁴² Bij onregelmatigheden moet de *Public Guardian* zich wenden tot de rechter, die kan beslissen om de volmacht niet te registreren of om een bepaalde ongeldige clause te schrappen.⁵⁴³

304. In tegenstelling tot het Belgische recht, neemt men niet de volledige volmacht in het register op maar een aantal gegevens hierover, onder meer de persoonsgegevens van de lastgever en lasthebber, de aard van de volmacht (persoons- of vermogensrechtelijk), de datum van opstellen en registratie, eventueel de verhouding tussen de verschillende lasthebbers (bv. concurrente bevoegdheid) en of de lastgever de lasthebber al dan niet voorwaarden of beperkingen heeft opgelegd.⁵⁴⁴ De *Public Guardian* bewaart wel een kopie van de volmacht.⁵⁴⁵ Elke derde kan de geregistreerde informatie opvragen (*'first tier search'*).⁵⁴⁶ De wetgever was van mening dat sommige personen er belang bij kunnen hebben om te weten of er al dan niet sprake is van een geregistreerde volmacht, bijvoorbeeld om op die manier na te gaan of de volmacht waarop hun contractpartner zich beroept wel degelijk geldig is.⁵⁴⁷ Als de derde bijkomende gegevens over de beschermde persoon

⁵⁴⁰ S. 58 (1) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 131 e.v.

⁵⁴¹ Schedule 1 nr. 4 (2) MCA 2005.

⁵⁴² Schedule 1 nr. 11 MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 104.

⁵⁴³ Schedule 1 nr. 11 (3)-(5) MCA 2005.

⁵⁴⁴ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Consultation Paper on Lasting Powers of Attorney – forms and guidance* (CP 01/06, 20 januari 2006), 15-16; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 134-135.

⁵⁴⁵ Reg. 17 (1)(a) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

⁵⁴⁶ Reg. 31 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 138-139; OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN, *Office of the Public Guardian Registers* (LPA109), 2011, 7-8 (www.publicguardian.gov.uk).

⁵⁴⁷ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Response to consultation: Lasting Powers of Attorney – forms and guidance* (CP 01/06, 17 juli 2006), 41 en 45.

wil, dan kan hij hiervoor een aanvraag indienen, maar moet hij preciseren waarom hij die gegevens nodig heeft en waarom hij die niet op andere manieren heeft kunnen verkrijgen ('*second tier search*').⁵⁴⁸ De *Public Guardian* oordeelt soeverein over dit tweede verzoek en bepaalt dus zelf hoeveel informatie hij vrijgeeft, onder meer op basis van de relatie tussen de lastgever en de aanvrager.⁵⁴⁹

305. Tijdens de parlementaire voorbereidingen merkte men terecht op dat het principe van de '*first tier search*', volgens welk elke derde het register mag raadplegen, op gespannen voet staat met de privacy van de lastgever. Mogelijk wil hij niet dat vrienden of familieleden weten dat hij een dergelijke volmacht heeft opgesteld en vooral wie hij als vertrouwenspersoon heeft aangewezen.⁵⁵⁰ Als sommige personen inderdaad een legitiem belang hebben bij de inzage van het register, dan is het niet onredelijk om te vereisen dat zij dit belang bij de aanvraag tot inzage vermelden en dat aan de *Public Guardian* dezelfde discretionaire bevoegdheid toekomt als bij de '*second tier search*'.⁵⁵¹

306. Kenmerkend voor de Engelse registratieprocedure is dat de lastgever of lasthebber die de aanvraag tot registratie heeft ingediend een aantal personen hierover moet inlichten, indien de lastgever deze meldingsplicht in zijn volmacht heeft voorgeschreven (zie *infra*, nr. 530).⁵⁵² Het kan bijvoorbeeld gaan om een familielid of een goede vriend. Deze in de volmacht vermelde personen hebben het recht om binnen de drie weken bezwaar aan te tekenen tegen de registratie van de volmacht.⁵⁵³ Dit kunnen zij doen op grond van een omstandigheid die de volmacht heeft beëindigd (bv. het faillissement van de lastgever- of lasthebber) maar ook op basis van het (eerdere) gedrag van de lasthebber.⁵⁵⁴ Wanneer de lasthebber zijn bevoegdheid te buiten is gegaan of in strijd met de belangen van de lastgever heeft gehandeld in het kader van een vorige volmacht of de intentie vertoont om zich op die manier te gedragen, kan de rechter bevelen dat de *lasting*

⁵⁴⁸ Reg. 32 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 139; OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN, *Office of the Public Guardian Registers* (LPA109), 2011, 9 (www.publicguardian.gov.uk).

⁵⁴⁹ Reg. 32 (2) en (6) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

⁵⁵⁰ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Response to consultation: Lasting Powers of Attorney – forms and guidance* (CP 01/06, 17 juli 2006), 39-41.

⁵⁵¹ Cf. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Response to consultation: Lasting Powers of Attorney – forms and guidance* (CP 01/06, 17 juli 2006), 40.

⁵⁵² Schedule 1 nr. 2 (1)(c) en nr. 6 MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 97.

⁵⁵³ Reg. 4, 5 en 6 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian (Amendment) Regulations 2013.

⁵⁵⁴ Schedule 1 nr. 13 MCA 2005; Reg. 15 (2)(c) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

power of attorney niet mag worden geregistreerd.⁵⁵⁵ Het is met andere woorden de bedoeling om de naasten van de kwetsbare meerderjarige toe te laten eventuele negatieve ervaringen met de lasthebber aan de *Public Guardian* mee te delen vooraleer de lasthebber zijn opdracht aanvat, zodat de registratie desgevallend kan worden geweigerd.⁵⁵⁶ In Engeland & Wales is de bestaansreden van de registratieverplichting bijgevolg vooral gelegen in het voorkomen van misbruik.⁵⁵⁷

307. Als de *Public Guardian* verneemt dat de lastgeving beëindigd is, dan moet hij deze informatie in het register opnemen.⁵⁵⁸ In tegenstelling tot wat geldt in het Belgische recht, moeten de lastgever en de lasthebber de *Public Guardian* op de hoogte brengen van hun beslissing om een einde te maken aan de lastgeving opdat het register steeds actueel zou zijn.⁵⁵⁹

AFDELING III. TYPE 2: REGISTRATIE-MOGELIJKHEID

308. In Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland is registratie slechts facultatief.⁵⁶⁰ Men is er van mening dat het aan de lastgever zelf is om te beslissen in welke mate hij de effectiviteit van zijn volmacht wil bevorderen.⁵⁶¹ Wellicht

⁵⁵⁵ S. 22 (3)(b) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 119-120.

⁵⁵⁶ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 32, nr. 4.36.

⁵⁵⁷ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 19 en 32; THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 117, nr. 7.30.

⁵⁵⁸ Schedule 1 nr. 21 MCA 2005.

⁵⁵⁹ Reg. 21 (1)(a) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); Reg. 20 (b)(i) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 143.

⁵⁶⁰ **Duitsland:** § 78a BNotO; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 63; A. ALBRECHT, "Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung als Instrumente der Vorsorgenden Rechtspflege" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (45) 51; **Oostenrijk:** ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 27; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 99; S. KÜHNBERG, "Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005", NZ 2005, (85) D.; **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.

⁵⁶¹ Zie bv.: **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 364; **Zwitserland:** *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte*,

wilde men de geldigheid van de lastgeving niet aan te veel drempels onderwerpen.⁵⁶²

309. In Duitsland en Zwitserland kan enkel de lastgever, en dus niet de lasthebber, overgaan tot registratie.⁵⁶³ Dit heeft hoogstwaarschijnlijk te maken met het facultatieve karakter van de registratie; de lastgever mag zelf bepalen of hij zijn volmacht in de officiële databank wenst op te nemen. Krachtens het gemene recht heeft hij wel de mogelijkheid om iemand anders te machtigen deze registratieaanvraag in zijn plaats uit te voeren.⁵⁶⁴ In Oostenrijk kan ook iemand anders dan de lastgever het initiatief tot registratie nemen.⁵⁶⁵ In elk geval moet men zich wenden tot een notaris of advocaat; enkel zij kunnen een *Vorsorgevollmacht* in het register laten opnemen.⁵⁶⁶

310. De stelsels van het tweede type hebben gemeenschappelijk dat slechts enkele gegevens over de volmacht en dus niet de volmacht zelf in het register worden opgenomen, wat contrasteert met de Belgische regeling (zie *supra*, nr. 300).⁵⁶⁷

droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, 6660 (www.ejpd.admin.ch); Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), 2004, 120 (www.ejpd.admin.ch).

⁵⁶² Cf. T. GEISER, "ZGB 361" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (120) 127.

⁵⁶³ **Duitsland:** § 2 (1) VRegV; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 62; **Zwitserland:** S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 94; A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 30.

⁵⁶⁴ Cf. V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 64 (over het verlenen van een volmacht aan een notaris met het oog op registratie); S. GÖRK, "Das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer – ein zentraler Baustein bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts", *FPR* 2007, (82) 82.

⁵⁶⁵ ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 33; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 365; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 101.

⁵⁶⁶ § 140h, tweede lid NO; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 365.

⁵⁶⁷ **Duitsland:** § 1 VRegV; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 62-63; S. GÖRK, "Das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer – ein zentraler Baustein bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts", *FPR* 2007, (82) 82; **Oostenrijk:** § 140h, derde lid NO; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 100; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 367; **Zwitserland:** art. 361, derde lid ZGB; *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de*

Er is ook geen sprake van een officiële kopie die naar aanleiding van de registratieprocedure moet worden afgegeven, zoals in het Engelse recht (zie *supra*, nr. 304). Krachtens § 140h (3) NO vermeldt het Oostenrijkse register onder meer een aantal persoonsgegevens van de lastgever en de lasthebber, de naam van de notaris of advocaat die is overgegaan tot registratie en, op verlangen van de lastgever, de gegevens van de persoon die de volmacht in bewaring heeft en de datum waarop de volmacht werd opgesteld. In het Duitse register kan men, naar analogie met het Engelse recht, ook laten opnemen of de volmacht persoons- of vermogensrechtelijke aangelegenheden betreft en hoe meerdere lasthebbers zich tot elkaar verhouden.⁵⁶⁸

311. Het is opvallend dat het voorwerp van de registratie naar Zwitsers recht veel beperkter is. Men registreert enkel dat de lastgever een volmacht heeft opgesteld, de datum waarop hij dit heeft gedaan en waar de volmacht wordt bewaard.⁵⁶⁹ Daaruit blijkt duidelijk dat men de registratieprocedure heeft willen beperken tot wat strikt noodzakelijk is om het doel ervan te kunnen bereiken, namelijk de rechter informeren dat de lastgever in een buitengerechtelijke beschermingsmaatregel heeft voorzien. Het is wel wat omslachtig dat de rechter enkel de locatie van de volmacht kan achterhalen en dus niet meteen de identiteit van de lasthebber; hij kan daardoor niet onmiddellijk overgaan tot de procedure van inwerkingtreding voorgeschreven in artikel 360, tweede en derde lid ZGB (zie daarover, *infra*, nr. 333). Het is wel een voordeel dat men niet de volledige inhoud van de lastgeving (zijnde de beginselen die de lasthebber moet naleven) in het register moet laten opnemen. Dit maakt de registratie van de volmacht eenvoudiger en goedkoper: als de volmacht integraal in het register zou worden opgeslagen, moet de lastgever ook elke latere wijziging laten registreren opdat de rechter over correcte informatie zou beschikken (zie *supra*, nr. 301).

312. Dat de registratie in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland enkel bedoeld is om de subsidiariteit van het bewind te versterken en niet ook, zoals in het Engelse recht, om tegemoet te komen aan bekommernissen vanuit het rechtsverkeer over de geldigheid van de volmacht, blijkt ook uit de regeling van het inzagerecht.⁵⁷⁰ In

l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, 6661 (www.ejpd.admin.ch); 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) 58.

⁵⁶⁸ § 1 (1) 5. en 6. a) VRegV; S. GÖRK, "Das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer – ein zentraler Baustein bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts", *FPR* 2007, (82) 83.

⁵⁶⁹ Art. 361, derde lid ZGB; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 94.

⁵⁷⁰ Cf. V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 62.

elk van de drie stelsels is het register enkel toegankelijk voor het gerecht en (in Oostenrijk en Zwitserland) enkele specifieke instanties. Aan familieleden van de lastgever, zijn partner of andere derden komt geen inzagerecht toe.⁵⁷¹

313. Door de volmacht te registreren, kan men in Duitsland niet alleen bewerkstelligen dat de rechter van de maatregel op de hoogte is maar ook de lasthebber. De instantie die het register beheert zal hem namelijk over de registratie inlichten.⁵⁷² Aangezien de Duitse *Vorsorgevollmacht* een eenzijdige verklaring is waarop de handtekening van de lasthebber niet hoeft voor te komen, wist hij tot op dat moment mogelijk nog niet dat de lastgever hem als vertegenwoordiger verkiest (zie *supra*, nr. 218). Uiteraard is het wenselijker en efficiënter om de lasthebber bij het opstellen van de volmacht te betrekken, opdat hij reeds op dat moment aan de lastgever kan meedelen of hij al dan niet bereid is als vertegenwoordiger op te treden (en dus niet pas nadat de registratieprocedure is doorlopen) (zie *supra*, nr. 218).

314. Als enige stelsel voorziet het Oostenrijkse recht ook in de mogelijkheid om de inwerkingtreding van de lastgeving te laten registreren, met andere woorden, om officieel te laten noteren dat de lastgever niet meer in staat is om zelf zijn belangen te behartigen en dat de lasthebber deze taak van hem heeft overgenomen (§ 284h, tweede lid ABGB en § 140h, eerste lid 4. NO).⁵⁷³ Bij de registratie ontvangt de lasthebber een oorkonde, die hij aan een geïnteresseerde contractpartner kan voorleggen om te bewijzen dat de opschortende voorwaarde van zijn bevoegdheid, namelijk de wilsonbekwaamheid van de lastgever, zich wel degelijk heeft gerealiseerd (§ 140h, zesde lid NO).⁵⁷⁴ Als nadien toch zou blijken dat de lastgever nog wilsbekwaam was, wordt de derde te goeder trouw beschermd doordat

⁵⁷¹ **Duitsland:** § 78d (1) BNotO; § 6 VRegV; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 62; S. GÖRK, “Das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer – ein zentraler Baustein bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts”, *FPR* 2007, (82) 83; **Oostenrijk:** § 140h, negende lid NO; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 370; **Zwitserland:** art. 79 Ordonnance sur l'état civil (OEC) van 28 april 2004.

⁵⁷² § 4 VRegV; S. GÖRK, “Das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer – ein zentraler Baustein bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts”, *FPR* 2007, (82) 83.

⁵⁷³ ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 30; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 99; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 365; M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 224; B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15; C. SPRUZINA, “Vorsorgevollmacht” in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 691-692; S. RESCH, “Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht”, *PSR* 2013, (4) 6 en 8.

⁵⁷⁴ M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 224; M. SCHAUER, “Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006”, *FamZ* 2006, (148) 153.

zijn transactie met de lasthebber uitwerking krijgt (§ 284h, tweede lid ABGB; zie hierover uitgebreid, *infra*, nrs. 379 e.v.).

AFDELING IV. TYPE 3: GEEN REGISTRATIE

315. In het Franse recht is er geen mogelijkheid tot registratie, wat in de rechtsleer fel wordt bekritiseerd, onder meer omdat dit de subsidiariteit van het bewind ondermijnt.⁵⁷⁵ Men verwijt de wetgever echter vooral dat hij niet in publiciteit van de inwerkingtreding van de lastgeving heeft voorzien. Verschillende auteurs zijn van mening dat de rechtszekerheid vereist dat derden op de hoogte worden gebracht van het feit dat de lastgever wilsonbekwaam is geworden.⁵⁷⁶ Zij lopen immers het risico dat hun transactie met de lastgever achteraf door hem wordt aangevochten op grond van een gebrek aan toestemming.⁵⁷⁷ Via de publiciteit van de maatregel weten zij, net zoals bij de rechterlijke bescherming, dat ze best niet met de kwetsbare meerderjarige maar enkel met zijn vertegenwoordiger contracteren (en kunnen zij ook weten wie die vertegenwoordiger is⁵⁷⁸).⁵⁷⁹

316. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat de Franse wetgever de publiciteit van de inwerkingtreding van de lastgeving niet noodzakelijk vond omdat de lastgever zijn handelingsbekwaamheid behoudt en hij dus niet elke han-

⁵⁷⁵ D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Deffrénois* 2009, (142) nr. 37; I. MARIA, "Absence de publicité du mandat de protection future: aucun changement à envisager", *Droit de la famille* 2009, comm. 162; P. POTENTIER, "Forces et faiblesses du mandat de protection future", *Dr. et patrimoine* 2008, (74) 78.

⁵⁷⁶ P. POTENTIER, "Mandat de protection future", *JurisClasseur Code Civil* 2009, (nr. 1) nr. 116; L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nrs. 15-19; P. POTENTIER, "Forces et faiblesses du mandat de protection future", *Dr. et patrimoine* 2008, (74) 78; F. FERRAND, "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (223) 234. Zie ook: *Les propositions du 102e Congrès des Notaires de France – Strasbourg 21-24 mai 2006: Les personnes vulnérables* (Troisième commission – 2^e proposition), www.congresdesnotaires.fr.

⁵⁷⁷ F. FERRAND, "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (223) 234. Krachtens art. 488 C.Civ. kan de lastgever zijn rechtshandelingen ook aanvechten op grond van benadeling of buitensporigheid, maar bij de beoordeling van deze nietigheid houdt de rechter rekening met de rechten van derden te goeder trouw (zie uitgebreid over deze bepaling, *infra*, nrs. 440 e.v.). Gaat het om een nietigverklaring op grond van een gebrek aan toestemming, dan worden derden te goeder trouw niet beschermd: Cass.fr. 10 juni 1981, *Bull.Civ.* 1981, I, nr. 202; Parijs 10 januari 1969, *D.* 1969, *Jur.*, 331; O. SIMON, "La nullité des actes juridiques pour trouble mental", *RTD Civ.* 1974, (707) 724. Zie ook *infra*, nr. 429.

⁵⁷⁸ D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Deffrénois* 2009, (142) nr. 37.

⁵⁷⁹ L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nr. 19.

deling die hij stelt kan aanvechten.⁵⁸⁰ De minister van Justitie heeft dit standpunt in 2014 bevestigd en voegde daaraan toe dat het stigmatiserende effect van de publicatie van de maatregel de bevolking zou kunnen ontmoedigen om van dit instrument gebruik te maken.⁵⁸¹ Deze toelichting biedt echter geen antwoord op de vraag waarom evenmin een (niet publiek toegankelijke) databank werd opgesteld waarin men kan registreren dit de meerderjarige een volmacht heeft verleend, naar het voorbeeld van de overige rechtsstelsels.⁵⁸² Als de lastgever geen nauw contact onderhoudt met zijn lasthebber (wat bv. mogelijk is als zijn lasthebber een rechtspersoon is of iemand die hij heeft gekozen omwille van zijn expertise), dan heeft hij geen zekerheid dat de rechter tijdig over het bestaan van zijn volmacht zal worden ingelicht en wordt hij mogelijk onnodig onder bewind geplaatst. In het licht van zijn persoonlijke autonomie, had de Franse wetgever minstens in de mogelijkheid tot registratie moeten voorzien.

317. De problematiek van de positie van derden die met de wilsonbekwame lastgever contracteren en de bijhorende vraag naar de publiciteit van de inwerkingtreding van de lastgeving, komen aan bod in de nrs. 428 e.v.

AFDELING V. BESLUIT

318. Het principe van de registratieplicht in het eerste type valt goed te keuren omdat het ervoor zorgt dat de regelingen die de meerderjarige heeft getroffen ook effectief uitwerking kunnen krijgen. Op het ogenblik dat de kwetsbare meerderjarige wilsonbekwaam is, is hij vaak niet meer in staat om de rechter mee te delen dat hij op die wilsonbekwaamheid heeft geanticipeerd. Soms zal de lasthebber weliswaar op de hoogte zijn van het feit dat hij voor zijn lastgever mag beginnen optreden en komt het dus niet zo ver dat men een rechterlijke procedure aanhangig maakt, maar het omgekeerde kan ook. Als de lasthebber de lastgever niet op geregelde basis ziet of een rechtspersoon is, bestaat de kans dat hij niet onmiddellijk verneemt dat zijn lastgever wilsonbekwaam is geworden en dat diens naasten

⁵⁸⁰ 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), 2007, 194 (www.assemblee-nationale.fr); H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs* (nr. 212), 2007, 187 (www.senat.fr).

⁵⁸¹ X, "Aucun registre des mandats de protection future n'est envisagé", *JCP N* 2014 (28 februari 2014), act. 342.

⁵⁸² Zie voor een mogelijke verklaring: H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs* (nr. 212), 2007, 187 (www.senat.fr).

een aanvraag voor een beschermingsmaatregel bij de rechter indienen. Dat doen zij mogelijk omdat zij evenmin op de hoogte zijn van de volmacht, maar het is ook denkbaar dat zij het bestaan ervan willen stilhouden zodat zij zelf een aanstelling als bewindvoerder kunnen vragen. Bij gebrek aan registratie kan de rechter niet achterhalen of de lastgever zelf op zijn onbekwaamheid heeft geanticipeerd.

319. Het is niet vereist dat de lastgever de volledige inhoud van de lastgeving laat registreren, omdat dit hem ertoe zou verplichten elke tussentijdse wijziging eveneens in het register te laten opnemen om het actueel te houden (zie *supra*, nr. 311). Het is voldoende dat men laat registreren dát men een lastgevingsovereenkomst heeft opgesteld en wie de lasthebber is. Om te vermijden dat een lasthebber de rechter een volmacht zou voorleggen die de lastgever eerder herroepen heeft, zou men de beëindiging van de lastgeving wel in het register moeten laten optekenen (zie *supra*, nr. 301).

320. In principe volstaat het dat enkel de rechter inzage heeft in het register, maar het kan voorkomen dat ook een derde belang heeft om de geregistreerde informatie te kennen, bijvoorbeeld wanneer hij heeft vastgesteld dat zijn vaste contractpartner wilsonbekwaam is en hij wil weten wie zijn vertegenwoordiger is zodat de handelsrelatie toch kan worden verdergezet. Om de privacy van de kwetsbare meerderjarige te beschermen, is het vereist dat de derde dit belang bij zijn aanvraag vermeldt (zie *supra*, nr. 305). Niet eender wie hoeft te weten dat de meerderjarige een volmacht heeft opgesteld en wie hij daarvoor in vertrouwen heeft genomen.

HOOFDSTUK VII

INWERKINGTREDING VAN DE LASTGEVING

AFDELING I. ONDERSCHIED TUSSEN TWEE SOORTEN VOLMACHTEN

321. De lastgever dient niet alleen de nodige formaliteiten voor de totstandkoming van de lastgeving na te leven, maar moet ook preciseren vanaf wanneer zijn lasthebber voor hem mag optreden, met andere woorden, wanneer de lastgeving in werking treedt. Hij beschikt hiervoor over twee mogelijkheden.

322. Ten eerste kan de lastgever bepalen dat de lasthebber onmiddellijk na het afsluiten van de lastgevingsovereenkomst bevoegd is om in zijn naam en voor zijn rekening op te treden, dus wanneer hij zelf nog volledig wilsbekwaam is. In de verschillende onderzochte rechtsstelsels kan de lasthebber deze volmacht ook na de feitelijke onbekwaamheid van de lastgever verder gebruiken. In Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk hoeft de lastgever die doelstelling zelfs niet te preciseren en kan hij dus ook gebruik maken van een gemeenrechtelijke lastgeving om te bereiken dat hij verder zal worden vertegenwoordigd gedurende zijn onbekwaamheid (zie *supra*, nrs. 156 en 161). Ook in Zwitserland kan de lastgever zich beroepen op het gemene recht, maar moet hij wel stipuleren dat zijn volmacht niet vervalt bij onbekwaamheid wanneer hij haar als een instrument van vermogensbescherming wil hanteren (zie *supra*, nrs. 137 en 156). In België en Engeland & Wales moet de lastgever voor een 'voortdurende' volmacht dezelfde specifieke vereisten naleven als voor een volmacht die pas in werking treedt bij onbekwaamheid (zie *supra*, nr. 149).

323. Bij dergelijke voortdurende volmachten is de inwerkingtreding van de lastgeving geen problematisch gegeven. De lasthebber is onmiddellijk bevoegd om zijn lastgever in het rechtsverkeer te vertegenwoordigen en de gezondheidstoestand van de lastgever oefent op de duur van die bevoegdheid geen invloed uit, zolang de volmacht aan de eventuele vereisten voor dit voortbestaan voldoet.

324. Ten tweede heeft de lastgever de mogelijkheid om de inwerkingtreding van de lastgeving uit te stellen naar een later ogenblik. Ook in dat geval hoeven zich

niet noodzakelijk problemen voor te doen, zolang het bedoelde tijdstip precies kan worden vastgesteld. De lastgever kan bijvoorbeeld bepalen dat de bevoegdheid van zijn lasthebber ingaat op het moment dat hij in een woonzorgcentrum wordt opgenomen of dat hij een bepaalde leeftijd heeft bereikt, ongeacht zijn geestestoestand op dat moment, en dat zij bedoeld is om ook na zijn effectieve onbekwaamheid verder te blijven bestaan.⁵⁸³

325. Vele meerderjarigen opteren er evenwel voor 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. Zij willen zo lang mogelijk de regie over hun eigen vermogen in handen houden en willen dit pas overlaten aan een ander wanneer zij er zelf niet meer in slagen. In een dergelijk geval wordt het vraagstuk naar de inwerkingtreding van de lastgeving moeilijker, want wanneer is iemand feitelijk onbekwaam? Wie stelt vast dat deze opschortende voorwaarde zich heeft gerealiseerd en op welke manier gebeurt die vaststelling? Eerder werd reeds gewezen op de verschillende vormen die onbekwaamheid kan aannemen (zie *supra*, nrs. 22-23). Zij kan van voorbijgaande aard zijn of zich slechts uitstrekken tot een aantal rechtshandelingen. Bij talrijke fysieke of mentale aandoeningen neemt het vermogen om de eigen belangen te behartigen bovendien geleidelijk aan af en wordt men dus niet plotseling onbekwaam. Deze diversiteit maakt het niet vanzelfsprekend om te bepalen vanaf wanneer de lastgeving uitwerking krijgt.

AFDELING II. INWERKINGTREDING VAN VOLMACHTEN ONDER OPSCHORTENDE VOORWAARDE VAN WILSONBEKWAAMHEID

§ 1. TWEE VORMEN VAN INWERKINGTREDING

326. Principe 7 van Rec (2009)¹¹ schrijft voor dat staten de inwerkingtreding van de lastgeving zouden moeten reguleren en dus zouden moeten bepalen hoe men de wilsonbekwaamheid van de lastgever moet vaststellen en welke bewijzen men daarvoor moet leveren. De Raad van Europa kent de lidstaten bijgevolg veel vrijheid toe op het vlak van de inwerkingtreding van de lastgeving; uit de aanbeveling blijkt geen bijzondere voorkeur voor een bepaalde formule.

⁵⁸³ 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) 150; ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 26; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 354; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 65.

327. In de onderzochte rechtsstelsels vallen twee verschillende benaderingen van dit aspect van de lastgeving te onderscheiden. Enerzijds zijn er rechtsstelsels waar de inwerkingtreding van de lastgeving 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 (zie *infra*, nrs. 328 e.v.). 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. Tot dit type behoren België, Duitsland, Engeland & Wales en Oostenrijk (zie *infra*, nrs. 359 e.v.). In sommige van deze stelsels werd wel in een facultatieve formele procedure voorzien om de inwerkingtreding van de lastgeving te bekrachtigen (zie *infra*, nrs. 376 e.v.).

§ 2. TYPE 1: FORMELE VASTSTELLING VAN INWERKINGTREDING

A. Constitutieve voorwaarde voor de bevoegdheid van de lasthebber

328. Zowel in Frankrijk als in Zwitserland kan de lasthebber pas optreden nadat de realisatie van de opschortende voorwaarde van de lastgeving, namelijk de feitelijke onbekwaamheid van de lastgever, formeel werd vastgesteld. Deze verklaring van inwerkingtreding is bijgevolg *constitutief* voor zijn bevoegdheid.⁵⁸⁴

⁵⁸⁴ **Frankrijk:** art. 481 C.Civ. en art. 1258 t.e.m. 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; F. FERRAND, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (223) 235; 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.M. GUTZWILLER, “Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des ‘Vorsorgeauftrages’ (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.06.2006)”, *AJP* 2007, (556) 558; D.W. FREI en N. HOLDEREGGER, “Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht”, *AJP* 2013, (1224) 1225; P. STÄHLI, “Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag (I-V)” in A.U. MONSCH, S. WOLF en A.L. SETZ (eds.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (113) 123; 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; S. WOLF, “Erwachsenenschutz und Notariat”, *ZBGR* 2010, (73) 100, vn. 162; D. STOLL, “Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?”, *Successio* 2013, (35) 40; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, “Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags” in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die*

329. In Frankrijk moet de lasthebber zich met zijn volmacht en een medisch attest wenden tot de griffie van het *tribunal d'instance* (art. 481 C.Civ.). Ook de lastgever moet aanwezig zijn, tenzij zijn gezondheidstoestand dit niet toelaat (art. 1258, eerste lid Code de procédure civile). Het attest dient te vermelden dat de lastgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf zijn belangen te behartigen wegens een verslechtering van zijn mentale of lichamelijke capaciteiten die verhindert dat hij zijn wil tot uitdrukking kan brengen (art. 481 j° 425 C.Civ.). Deze verklaring moet afkomstig zijn van een arts die vermeld staat in een door de procureur opgestelde lijst (art. 481 j° 431 C.Civ.). Het attest mag maximum twee maanden oud zijn (art. 1258, tweede lid, 2° Code de procédure civile).

330. Deze procedure is vergelijkbaar met de procedure voor een aanvraag van een rechterlijke maatregel, zoals de *tutelle* of *curatelle*, maar niet identiek. Het medisch attest dat men in een dergelijk geval moet voorleggen, moet omstandig zijn (*certificat médical circonstancié*) en dus een precieze beschrijving bevatten van de medische toestand van de kwetsbare meerderjarige en de impact daarvan op de noodzaak van bijstand of vertegenwoordiging van de meerderjarige in het rechtsverkeer (art. 431 C.Civ. en art. 1219 Code de procédure civile). De bedoeling daarvan is dat de rechter de beschermingsmaatregel kan afstemmen op de precieze graad van wilsonbekwaamheid in hoofde van de kwetsbare meerderjarige.⁵⁸⁵ Het attest dat artikel 481 C.Civ. vereist (*certificat médical*) is niet aan diezelfde graad van precisie onderworpen.⁵⁸⁶ De geneesheer dient enkel te verklaren dat de meerderjarige om fysieke of mentale redenen zijn wil niet kan uitdrukken en daardoor niet langer in staat is om zijn eigen belangen waar te nemen.⁵⁸⁷ Het medisch attest in de zin van artikel 481 C.Civ. vormt dus slechts de aanleiding om

Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 92-93. Een minderheid in de Zwitserse rechtsleer is echter de mening toegedaan dat de formele procedure krachtens art. 363 ZGB niet constitutief is voor de bevoegdheid van de lasthebber maar deze slechts bevestigt, aangezien de lastgeving volgens hen van rechtswege in werking treedt op het ogenblik dat de lastgever wilsonbekwaam wordt: R.E. 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) 74; T. GEISER, "ZGB 363" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (135) 137 (inwerkingtreding op het ogenblik van aanvaarding door de lasthebber). Zie *infra*, nr. 335.

⁵⁸⁵ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 542.

⁵⁸⁶ Circ. DACS CIV/01/09/C1 9 februari 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, *BO min. Just.* 28 februari 2009, 39; 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; D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Defrénois* 2009, (142) nr. 16.

⁵⁸⁷ L. PÉCAUT-RIVOLIER en T. VERHEYDE, "Majeurs protégés: mesures de protection juridique et d'accompagnement", *Rép. pr. civ. Dalloz* 2010, (1) 43.

een reeds door de meerderjarige zelf uitgewerkte beschermingsmaatregel te activeren en niet een instrument om de omvang van die bescherming te bepalen (zie *infra*, nr. 353).

331. De griffier verifieert of de lastgever en lasthebber meerderjarig waren op het ogenblik dat het mandaat werd verleend, of de volmacht uitdrukkelijk in controlemodaliteiten voorziet (zie *infra*, nr. 518), of zij de handtekening bevat van een advocaat indien zij onderhands en niet volgens het model in de zin van artikel 492 C.Civ. werd opgesteld (zie *supra*, nr. 204), of de *curateur* van de lastgever de volmacht heeft ondertekend indien die laatste onder *curatelle* stond en of de lasthebber, indien hij een rechtspersoon is, ingeschreven staat op de lijst bedoeld in artikel L. 471-2 Code de l'action sociale et des familles (art. 1258-2 Code de procédure civile). Het gaat om een formele controle; de griffier gaat niet na of de lastgever en de lasthebber bekwaam waren op het ogenblik dat de volmacht werd opgesteld en of de lasthebber geschikt is om de hem toevertrouwde taken tot een goed einde te brengen, zoals wel het geval is in Zwitserland (zie *supra*, nr. 248 en *infra*, nr. 333).⁵⁸⁸

332. Indien al deze voorwaarden zijn vervuld, vermeldt de griffier op de volmacht dat zij in werking treedt op de dag dat zij ter griffie werd aangeboden, stempelt hij het document af en geeft hij het terug aan de lasthebber, samen met het medisch attest (art. 481 C.Civ. en art. 1258-3, eerste lid Code de procédure civile). Er wordt bijgevolg geen kopie van de volmacht op de griffie bewaard en ook de inwerkingtreding ervan wordt niet geregistreerd.⁵⁸⁹ Meent de griffier dat niet aan alle vereisten voor de inwerkingtreding is voldaan, geeft hij de volmacht zonder zijn formele goedkeuring terug aan de lasthebber, die zich vervolgens kan wenden tot de rechter voor een nieuwe beoordeling (art. 1258-3, tweede en derde lid Code de procédure civile). Enkel in die hypothese is de rechter bij de procedure van inwerkingtreding van de lastgeving betrokken.⁵⁹⁰

333. In Zwitserland maakt de lasthebber de procedure van inwerkingtreding aanhangig voor de *Erwachsenenschutzbehörde*, een publieke instantie die instaat

⁵⁸⁸ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 542; 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)*, 2007, 193 (www.assemblee-nationale.fr); H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs (nr. 212)*, 2007, 187 (www.senat.fr); L. PÉCAUT-RIVOLIER en T. VERHEYDE, "Majeurs protégés: mesures de protection juridique et d'accompagnement", *Rép. pr. civ. Dalloz* 2010, (1) 44.

⁵⁸⁹ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 542.

⁵⁹⁰ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 542.

voor de juridische bescherming van kwetsbare meerderjarigen. Het gaat om een interdisciplinair samengesteld en gespecialiseerd orgaan, dat naargelang het kanton ofwel een gerechtelijke ofwel een administratieve instantie is (art. 440 ZGB).⁵⁹¹ Artikel 363 ZGB bepaalt dat de *Erwachsenenschutzbehörde* nagaat of de lastgeving geldig tot stand werd gebracht, of de lastgever wilsonbekwaam is, of de lasthebber geschikt is om de hem toebedeelde opdracht uit te voeren en of bijkomende beschermingsmaatregelen nodig zijn. Wanneer de lasthebber zijn opdracht aanvaardt, wijst de instantie hem op zijn verplichtingen en overhandigt zij hem een oorkonde die zijn bevoegdheden weergeeft. Dit document is constitutief voor de bevoegdheid van de lasthebber en vormt zijn officiële legitimatie in het rechtsverkeer.⁵⁹²

334. Artikel 363 ZGB maakt geen melding van een medisch attest voor de vaststelling van de feitelijke onbekwaamheid van de lastgever. Krachtens artikel 446, tweede lid ZGB, dat van algemene toepassing is op procedures voor de *Erwachsenenschutzbehörde*, moet de instantie zich echter beroepen op een deskundige 'indien nodig'. *De facto* zal zij bijgevolg in verschillende gevallen een arts moeten inschakelen om te beoordelen of de lastgever nog in staat is om zijn eigen belangen te behartigen.⁵⁹³

⁵⁹¹ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 22; T. GEISER, "Rechtsschutz im neuen Erwachsenenenschutzrecht", *ZKE* 2013, (16) 19.

⁵⁹² C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 272; P.M. GUTZWILLER, "Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des 'Vorsorgeauftrages' (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.06.2006)", *AJP* 2007, (556) 558; D.W. FREI en N. HOLDEREGGER, "Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenenschutzrecht", *AJP* 2013, (1224) 1225; P. STÄHLI, "Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag (I-V)" in A.U. MONSCH, S. WOLF en A.L. SETZ (eds.), *Das neue Erwachsenenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (113) 123; 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; D. STOLL, "Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?", *Successio* 2013, (35) 40-41; S. WOLF, "Erwachsenenschutz und Notariat", *ZBGR* 2010, (73) 100, vn. 162; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 92-93.

⁵⁹³ D.W. FREI en N. HOLDEREGGER, "Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenenschutzrecht", *AJP* 2013, (1224) 1230; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 280.

335. Een minderheid van de Zwitserse auteurs is van mening dat artikel 363 ZGB geen uitsluitel geeft over het moment waarop de lastgeving in werking treedt. Volgens hen is de lasthebber van rechtswege bevoegd om zijn lastgever te vertegenwoordigen zodra deze wilsonbekwaam wordt en heeft de rechterlijke procedure slechts tot doel om deze bevoegdheid naar derden toe te bevestigen.⁵⁹⁴ Zij baseren deze stelling op het feit dat de lastgever via zijn *Vorsorgeauftrag* koos voor een buitengerechtigd beschermingsmechanisme.⁵⁹⁵

336. De meerderheid van de rechtsleer wijst deze opvatting af op grond van de rechtszekerheid en omdat artikel 363 ZGB de *Erwachsenenschutzbehörde* niet alleen oplegt om de wilsbekwaamheid van de lastgever te beoordelen maar ook of de volmacht in een geldige vorm werd opgesteld en of de lasthebber geschikt is om als vertegenwoordiger op te treden.⁵⁹⁶ Uit de parlementaire voorbereidingen kan men afleiden dat het inderdaad de bedoeling was van de wetgever om de inwerkingtreding van de lastgeving afhankelijk te maken van deze verschillende verificaties. Zo valt in een rapport van de expertencommissie over de hervorming van het recht inzake meerderjarigenbescherming te lezen dat de *Erwachsenenschutzbehörde* die optreedt in het raam van artikel 363 ZGB “*doit alors examiner si le mandat peut déployer ses effets*”.⁵⁹⁷ De federale regering schreef over deze procedure voorts: “*Si les conditions relatives à la forme ne sont pas remplies, le mandat ne produit pas d’effet*.”⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ R.E. AEBI-MÜLLER en S. BIENZ, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in der Schweiz” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (57) 74; T. GEISER, “ZGB 363” in A. LEUBA, M. STETTTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (135) 137 (inwerkingtreding op het ogenblik van aanvaarding door de lasthebber); H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 474.

⁵⁹⁵ T. GEISER, “ZGB 363” in A. LEUBA, M. STETTTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (135) 137; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 474.

⁵⁹⁶ P. STÄHLI, “Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag (I-V)” in A.U. MONSCH, S. WOLF en A.L. SETZ (eds.), *Das neue Erwachsenenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (113) 123; S. WOLF, “Erwachsenenschutz und Notariat”, *ZBGR* 2010, (73) 100, vn. 162; P. MEIER, “Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et futur” in M. BADDELEY en B. FÖEX (eds.), *La planification du patrimoine*, Zürich, Schulthess, 2009, (39) 62. Zie ook voetnoot 592 voor andere auteurs van de meerderheidsstrekking.

⁵⁹⁷ 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, 24 (www.ejpd.admin.ch).

⁵⁹⁸ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l’adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6661 (www.ejpd.admin.ch).

B. *Rechtszekerheid*

337. Met deze formele procedures van inwerkingtreding bieden de stelsels van het eerste type rechtszekerheid aan verschillende belanghebbende partijen.⁵⁹⁹ Ten eerste ziet de lastgever het risico dat zijn lasthebber te vroeg zou optreden verminderd, aangezien deze niet zelf zal moeten inschatten vanaf wanneer hij bevoegd is.⁶⁰⁰ Zonder de officiële vaststelling van inwerkingtreding kan hij met zijn volmacht in het rechtsverkeer niets aanvangen.

338. De zekerheid over de realisatie van de opschortende voorwaarde van de lastgeving biedt ook de lasthebber zelf gemoedsrust. Zolang hij niet optreedt voordat hij een officiële verklaring van inwerkingtreding heeft ontvangen, loopt hij geen risico om achteraf door de lastgever te worden aangesproken wegens een gebrek aan bevoegdheid. Hij hoeft zich niet te bekommeren om de vraag of zijn lastgever al dan niet wilsonbekwaam is geworden maar kan deze beoordeling overlaten aan een externe instantie.

339. Ook bij de derde die met de lasthebber contracteert, neemt de geformaliseerde inwerkingtreding twijfels weg. Aan de hand van de verklaring van de griffier op de volmacht dan wel via de door de *Erwachsenenschutzbehörde* uitgevaardigde oorkonde weet de derde dat de vertegenwoordiger die voor hem staat werkelijk bevoegd is om in naam en voor rekening van de lastgever rechtshandelingen te stellen. Zonder deze officiële bevestiging van de inwerkingtreding van de lastgeving zou de derde te goeder trouw zich enkel kunnen beroepen op de theorie van de schijnvertegenwoordiging, maar het is niet zeker of dat beroep zou slagen. De theorie van de schijnvertegenwoordiging bestaat in alle onderzochte rechtsstelsels en houdt in dat een rechtshandeling gesteld door een lasthebber zonder vertegenwoordigingsmacht de lastgever bindt wanneer de derde te goeder trouw is en de opgewekte schijn in zekere mate toerekenbaar is aan de lastgever (zie ook, *infra*, nr. 381).⁶⁰¹ Enkel wanneer na de transactie met de lasthebber blijkt

⁵⁹⁹ 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, 10 (www.ejpd.admin.ch).

⁶⁰⁰ A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 303.

⁶⁰¹ **België:** Cass. 26 oktober 2012, *Pas.* 2012, 2052; Cass. 20 juni 1988, *RW* 1989-90, 1425, noot A. VAN OEVELEN; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 461-462; F. PARREIN, "Het schijnmandaat: de toerekenbaarheid van de schijn aan de schijnlastgever", *TRV* 2013, (390) 390-403; **Duitsland:** K.-H. SCHRAMM, "BGB § 167 Erteilung der Vollmacht" in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 54; **Engeland & Wales:** H.G. BEALE, *Chitty on contracts - volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 34-37; **Frankrijk:** C.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, Parijs, LGDJ, 2000, 187; **Oostenrijk:** F. BYDLINSKI, "Gesamtvertretung und Verkehrsschutz", *JBl* 1983,

dat de derde wist of redelijkerwijze kon weten dat de lasthebber buiten zijn bevoegdheid trad, geniet deze derde geen bescherming.

340. Als de inwerkingtreding van de lastgeving niet afhankelijk zou zijn van een officiële procedure maar op informele wijze zou plaatsvinden, dan zou deze theorie soelaas kunnen bieden wanneer zou blijken dat de lastgever toch nog wilsbekwaam was toen de derde met de lasthebber contracteerde. Het vereiste van toerekenbaarheid kan echter roet in het eten gooien.⁶⁰² Naargelang de omstandigheden kan de rechter van oordeel zijn dat dit niet vervuld is. Stel bijvoorbeeld dat de lastgever zijn lasthebber in de volmacht heeft opgedragen om zijn wilsonbekwaamheid via een medisch attest te laten vaststellen. De lasthebber blijkt slechte bedoelingen te hebben en vervalst een dergelijk attest om zijn vertegenwoordigingsmacht reeds te kunnen uitoefenen. Zijn gebrek aan bevoegdheid valt in deze hypothese op geen enkele manier aan de lastgever toe te rekenen.⁶⁰³ Dit zou anders zijn wanneer de lastgever de moeilijke beoordeling van zijn mentale toestand volledig overlaat aan zijn lasthebber en deze een verkeerde inschatting maakt. In dat geval heeft de lastgever de schijn van vertegenwoordiging onrechtstreeks zelf veroorzaakt. De stelsels van het eerste type vangen deze onzekerheid op door de inwerkingtreding van de lastgeving en dus de bevoegdheid van de lasthebber afhankelijk te maken van een officiële verklaring.

C. *Uitgesteld optreden van de lasthebber*

341. De rechtszekerheid die de formele vaststelling van inwerkingtreding van de lastgeving biedt, heeft voor de lastgever echter ook een keerzijde. Dat de lasthebber niet meteen gebruik mag maken van de hem toegekende volmacht zodra hij meent dat dit nodig is, betekent dat zich een vacuüm in het vermogensbeheer kan voordoen tussen het ogenblik waarop de lastgever zijn bekwaamheid verliest en het moment waarop dit verlies wordt vastgesteld.⁶⁰⁴ Het neemt immers enige tijd in beslag om de kwetsbare meerderjarige een geneeskundig onderzoek te laten

(627) I. I.; M. GANNER en P. BARTH, "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax* 2010, (204) 207; S. MACHOLD, "ÖZVV und Vertrauensschutz", *ecolex* 2007, (492) 484; Zwitserland: art. 33, derde lid OR; BGE 31 mei 2005, BGE 131 III, 511. Zie ook: C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 317-318.

⁶⁰² Cf. S. MACHOLD, "ÖZVV und Vertrauensschutz", *ecolex* 2007, (492) 493.

⁶⁰³ S. MACHOLD, "ÖZVV und Vertrauensschutz", *ecolex* 2007, (492) 493.

⁶⁰⁴ P.M. GUTZWILLER, "Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des "Vorsorgeauftrages" (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.06.2006)", *AJP* 2007, (556) 558; P. STÄHLI, "Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag (I-V)" in A.U. MONSCH, S. WOLF en A.L. SETZ (eds.), *Das neue Erwachsenenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (113) 121.

ondergaan en de resultaten daarvan te laten bekrachtigen bij de gepaste instantie (zoals het geval is in Frankrijk) of om zijn wilsbekwaamheid, al dan niet via een beroep op een specialist, door die instantie te laten beoordelen (zoals het geval is in Zwitserland).

342. Sommige Zwitserse auteurs menen dat artikel 392 ZGB een uitweg biedt voor dit probleem. Deze bepaling laat de *Erwachsenenschutzbehörde* toe om in bepaalde omstandigheden zelf de toestemming voor een bepaalde rechtshandeling te geven of een derde hiervoor te machtigen. Die derde zou dan de lasthebber zelf kunnen zijn, zodat die in afwachting van de officiële inwerkingtreding van de lastgeving al kan optreden.⁶⁰⁵ Een afdoende oplossing biedt deze redenering echter niet, aangezien de bevoegdheid die artikel 392 ZGB toekent eveneens veronderstelt dat de betrokken meerderjarige wilsbekwaam is.⁶⁰⁶ Net zoals het geval is bij de lastgeving, zal de *Erwachsenenschutzbehörde* de vervulling van deze voorwaarde moeten nagaan.

343. In de Zwitserse literatuur weerklinken er dan ook stemmen om de lastgever zelf toe te laten te beslissen wie over zijn wilsbekwaamheid mag oordelen. Indien hij dat wenst, kan hij die inschatting overlaten aan de lasthebber zelf.⁶⁰⁷ Men wil op die manier de persoonlijke autonomie van de meerderjarige bevorderen en een naadloze overgang van bekwaamheid naar onbekwaamheid garanderen. De informele vaststelling van inwerkingtreding is kenmerkend voor de stelsels van het tweede type en zal verderop in dit hoofdstuk worden geanalyseerd en beoordeeld (zie *infra*, nrs. 359 e.v.).

D. Problematiek van gedeeltelijke en tijdelijke wilsbekwaamheid

1. Gedeeltelijke wilsbekwaamheid

344. De diversiteit aan lichamelijke of mentale aandoeningen die tot gevolg hebben dat een volwassene niet meer in staat is om een wil te vormen of die tot uitdrukking te brengen, zorgt ervoor dat wilsbekwaamheid verschillende vor-

⁶⁰⁵ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 283; P. STÄHLI, “Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag (I-V)” in A.U. MONSCH, S. WOLF en A.L. SETZ (eds.), *Das neue Erwachsenenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (113) 121.

⁶⁰⁶ C. FOUNTOLAKIS, “Art. 392 ZGB” in P. BREITSCHMID en A. RUMO-JUNGO (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, (1170) 1171.

⁶⁰⁷ P.M. GUTZWILLER, “Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des ‘Vorsorgeauftrages’ (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.06.2006)”, *AJP* 2007, (556) 559.

men kent (zie *supra*, nrs. 22-23). In sommige gevallen, bijvoorbeeld bij een hersenletsel ten gevolge van een ongeval, gebeurt de overgang van bekwaamheid naar onbekwaamheid plotseling en treft zij de meerderjarige in al zijn intellectuele capaciteiten. Een dergelijke vorm van wilsonbekwaamheid valt eenvoudig vast te stellen en te dateren, zodat over de inwerkingtreding van de lastgeving weinig twijfels kunnen bestaan.

345. Eerder werd evenwel toegelicht dat wilsonbekwaamheid vaak slechts gedeeltelijk of tijdelijk is en geleidelijk aan ontstaat, in die zin dat een meerderjarige met een stoornis zowel goede als 'kwade' dagen kan doormaken, wat vooral het geval is bij beginnende dementie (zie *supra*, nrs. 22, 23 en 325). In welke mate is een formele procedure van inwerkingtreding op dit grillige karakter van onbekwaamheid afgestemd?

346. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen welke mate van wilsonbekwaamheid volstaat om de lastgeving in werking te doen treden. Wordt van de lasthebber verwacht dat hij zijn lastgever aanmoedigt om zijn oordeelsvermogen te laten onderzoeken zodra er signalen zijn dat dit niet meer werkt zoals voorheen? Vervolgens rijst de vraag of de lasthebber alleen de rechtshandelingen mag stellen waarop deze beginnende onbekwaamheid betrekking heeft dan wel of hij bevoegd is om alle in de volmacht begrepen rechtshandelingen te verrichten.

347. De Franse en Zwitserse regelgeving bieden op deze vragen geen uitdrukkelijk antwoord, net zomin als de parlementaire voorbereidingen en de rechtspraak. In de Zwitserse rechtsleer zijn de meningen over deze problematiek verdeeld. Volgens een eerste strekking kan de lastgeving pas uitwerking krijgen wanneer de lastgever volledig, d.i. met betrekking tot alle rechtshandelingen die hij in de volmacht heeft opgenomen, wilsonbekwaam is.⁶⁰⁸ Met deze oplossing wil men vermijden dat de lasthebber bevoegd wordt verklaard voor rechtshandelingen waarop de wilsonbekwaamheid van de lastgever (nog) geen betrekking heeft. Het gevolg hiervan is evenwel dat de lastgever in de vaak langdurige overgangperiode onder een proportionele *rechterlijke* beschermingsmaatregel dient te worden geplaatst, wat eveneens een aantasting van zijn persoonlijke autonomie zou uitmaken, aangezien hij net verkoos om zijn vermogen in een buitengerechtelijke context te laten beheren.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ D. STOLL, "Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?", *Successio* 2013, (35) 40; P.M. GUTZWILLER, "Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des 'Vorsorgeauftrages' (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.06.2006)", *AJP* 2007, (556) 558.

⁶⁰⁹ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 278-279.

348. Een tweede strekking, die de meerderheid lijkt te vormen, verdedigt dan ook de opvatting dat de rechter de inwerkingtreding van de lastgeving moet vaststellen wanneer de nood naar vertegenwoordiging zich voor het eerst voordoet, met andere woorden, in het eerste stadium van wilsonbekwaamheid.⁶¹⁰ De lastgeving krijgt in dat geval gedeeltelijk uitwerking, met het oog een maximaal behoud van de persoonlijke autonomie van de nog gedeeltelijk bekwame kwetsbare meerderjarige.⁶¹¹

349. Deze toepassing van het proportionaliteitsbeginsel is echter problematisch wanneer men eruit concludeert dat de lastgever de procedure voor de *Erwachsenenschutzbehörde* meermaals moet ondergaan om de lasthebber toe te laten steeds meer vertegenwoordigingsdaden voor hem te kunnen stellen gedurende zijn toenemende wilsonbekwaamheid. Dit is in de praktijk moeilijk haalbaar en ondermijnt de flexibiliteit van de lastgeving.⁶¹² Bovendien valt deze oplossing moeilijk te rijmen met de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige, aangezien het veelvuldig ondergaan van een onderzoek naar de eigen capaciteiten ingrijpend is voor zijn integriteit.

350. Om deze nadelige gevolgen van de proportionele inwerkingtreding te vermijden, stelt WIDMER voor dat de *Erwachsenenschutzbehörde* slechts eenmalig optreedt om de gedeeltelijke inwerkingtreding van de lastgeving te bevelen en dat de lasthebber nadien zelf bepaalt voor welke bijkomende rechtshandelingen zijn tussenkomst als vertegenwoordiger noodzakelijk is.⁶¹³ Op die manier beperkt men de inmenging in de autonomie van de lastgever. Men kan zich evenwel afvragen wat dan nog het nut is van de formele inwerkingtreding. De oorkonde die de rechter aan de lasthebber bezorgt kan in deze benadering slechts voor enkele rechtshandelingen bewijzen dat de opschortende voorwaarde van de lastgeving zich heeft gerealiseerd (zeker wanneer de lasthebber de formele procedure in een vroege fase van de wilsonbekwaamheid heeft opgestart) en kan de bevoegdheid van de lasthebber voor andere rechtshandelingen aldus niet staven. In dat opzicht

⁶¹⁰ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenv Verfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 279 en 281-282; P. STÄHLI, “Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag (I-V)” in A.U. MONSCH, S. WOLF en A.L. SETZ (eds.), *Das neue Erwachsenenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (113) 122; T. GEISER, “ZGB 363” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER et al. (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (135) 140; 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) 58.

⁶¹¹ *Idem.*

⁶¹² C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenv Verfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 281.

⁶¹³ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenv Verfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 281-282.

had de wetgever even goed kunnen kiezen voor een informeel regime van inwerkingtreding.

351. Een andere mogelijke oplossing bestaat erin dat de *Erwachsenenschutzbehörde* bij zijn eenmalige tussenkomst om de eerste intrede van wilsonbekwaamheid in hoofde van de lastgever vast te stellen, aan de lasthebber een oorkonde overhandigt die *alle* bevoegdheden uit de verleende volmacht weergeeft. De vaststelling dat de meerderjarige kwetsbaar is, ook al is het slechts in beperkte mate, zou dan als het ware de ‘trigger’ vormen om de lastgeving in zijn geheel uitwerking te verlenen. Voor de derde die met de lasthebber contracteert, biedt dit volledige zekerheid over de bevoegdheid van de lasthebber; de oorkonde is hier immers constitutief voor. Daardoor weet de derde dat zijn rechtshandeling uitwerking zal krijgen en dat het behoud ervan dus niet afhankelijk is van een geslaagd beroep op de theorie van de schijnvertegenwoordiging.

Deze oplossing van volledige inwerkingtreding bij gedeeltelijke wilsonbekwaamheid hanteert men in het Franse recht. Artikel 481 C.Civ. schrijft voor dat de lastgeving in werking treedt wanneer een medisch attest aantoonde dat de lastgever niet meer in staat is om zelf zijn belangen waar te nemen. Een gedeeltelijk wilsonbekwame voldoet aan deze voorwaarde, aangezien hij voor sommige rechtshandelingen vertegenwoordiging behoeft en dus niet meer zelf zijn belangen kan behartigen. Voor de inwerkingtreding van de lastgeving is bijgevolg niet vereist dat de wilsonbekwaamheid zich uitstrekt tot alle rechtshandelingen die in de volmacht begrepen zijn. Dat zou men overigens enkel kunnen nagaan via een omstandige geneeskundige verklaring, die voor de inwerkingtreding van het *mandat de protection future* niet vereist is (zie *supra*, nr. 330).

352. Uit artikel 481, tweede lid C.Civ. en artikel 1258-3, eerste lid Code de procédure civile volgt dat de inwerkingtreding betrekking heeft op de volledige inhoud van de volmacht. De griffier heeft immers niet de bevoegdheid om de opdracht van de lasthebber te beperken tot de rechtshandelingen waarvoor de lastgever wilsonbekwaam is; hij voert enkel een formele controle uit en besluit tot inwerkingtreding of niet. Bovendien heeft hij meestal niet eens weet van de precieze mate waarin de gezondheidstoestand van de meerderjarige diens bekwaamheid beïnvloedt aangezien het medisch attest in de zin van artikel 481 C.Civ. dit niet hoeft te preciseren. Het mag zelfs twee maanden oud zijn, zodat de wilsonbekwaamheid van de lastgever mogelijk al verder geëvolueerd is op het ogenblik dat de griffier zich over de inwerkingtreding van de lastgeving uitspreekt.

353. De Franse auteurs PETERKA, CARON-DÉGLISE EN ARBELLOT schreven in die zin: “*Parce qu’elle est organisée de manière anticipée par la personne à protéger elle-même et qu’elle évince le juge des tutelles de sa mise à exécution, la mesure conventionnelle conduit nécessairement à émousser les principes de nécessité et de*

*proportionnalité des mesures de protection.*⁶¹⁴ De procedure van artikel 481, tweede lid C.Civ. beoogt niet om een bescherming op maat te creëren maar is bedoeld om uitwerking te verlenen aan een beschermingsmaatregel waarvan de omvang reeds op voorhand door de meerderjarige zelf werd bepaald.

354. Een nadeel van een dergelijk systeem van volledige inwerkingtreding is dat de lasthebber met zijn oorkonde of afgestempelde volmacht strikt genomen ook rechtshandelingen kan verrichten die de lastgever nog zelf zou kunnen stellen maar die hem toch zullen binden. Eenmaal geactiveerd, staat zijn bevoegdheid los van de precieze mate aan wilsonbekwaamheid van de lastgever. In hoofde van de lastgever is de door de formele procedure van inwerkingtreding geboden rechtszekerheid aldus slechts relatief. Hieraan kan men echter remediëren. De lastgever kan de bevoegdheid van zijn lasthebber in de volmacht modaliseren, door te bepalen dat de lasthebber weliswaar *extern* kan optreden voor rechtshandelingen waarvoor de lastgever nog wilsbekwaam is maar dat hem dit *intern* niet is toegestaan, op straffe van aansprakelijkheid (cf. het verschil tussen juridisch *kunnen* handelen en *mogen* handelen, zie *supra*, nr. 15; zie ook *infra*, nr. 391).⁶¹⁵ Een dergelijk onderscheid zou men ook in de wet kunnen opnemen, met een uitzondering voor de lasthebber te goeder trouw (cf. *infra*, nrs. 372 e.v.). In elk geval gaat het om een loutere toepassing van de verplichting van de lasthebber om zich loyaal te gedragen tegenover zijn lastgever (zie *infra*, nr. 477).

355. Het voordeel van dit systeem van volledige inwerkingtreding bij gedeeltelijke onbekwaamheid, naast de rechtszekerheid voor derden (zie *supra*, nr. 351), is dat de lastgever niet tijdelijk onder rechterlijke bescherming moet worden geplaatst om de periode tot volledige wilsonbekwaamheid te overbruggen (cf. het gevolg van de eerste strekking in de Zwitserse rechtsleer, zie *supra*, nr. 347). Bovendien voorkomt men dat hij meermaals een onderzoek moet ondergaan naar de precieze impact van zijn gezondheidstoestand op zijn oordeelsvermogen om de bevoegdheid van zijn lasthebber te kunnen uitbreiden (zie *supra*, nr. 349).

2. Tijdelijke wilsonbekwaamheid

356. Het hierboven omschreven neveneffect van een te ruime bevoegdheid in een regime van formele inwerkingtreding (zie *supra*, nr. 354) doet zich ook voor bij aandoeningen of situaties die aanleiding geven tot tijdelijke fasen van wilsonbekwaamheid, zoals zware drugsverslavingen, manische depressiviteit en hyper-

⁶¹⁴ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 542.

⁶¹⁵ In dezelfde zin: N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, (16) 30; C.G.C. ENGELBERTINK en S.A. VAN DE MERWE, “Wilsonbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken”, *ftV* 2012, afl. 30, (16) 17.

thermie. Krachtens het Franse artikel 483, 1° C.Civ. eindigt de lastgeving onder meer wanneer volgens de procedure toepasselijk op haar inwerkingtreding wordt vastgesteld dat de lastgever opnieuw in staat is om zijn vermogen te beheren. Vertaald naar de praktijk betekent dit dat meerderjarigen die lijden aan een van vernoemde aandoeningen het begin en einde van elke opstoot van onbekwaamheid medisch zouden moeten laten vaststellen en bekrachtigen om te vermijden dat hun lasthebber, die de lastgeving in werking liet treden bij een eerste opstoot van onbekwaamheid, er ook nadien gedurende heldere tussenpozen gebruik kan van maken. Omdat dit het instrument heel wat minder flexibel maakt, kan men verwachten dat de lastgeving in de praktijk tijdens een korte fase van wilsbekwaamheid behouden zal blijven, met het oog op haar verderzetting in de nabije toekomst. De lastgever kan wel in zijn volmacht preciseren dat de lasthebber aansprakelijk kan worden gesteld wanneer hij gedurende een helder interval van zijn volmacht gebruik maakt (*cf. supra*, nr. 354).

357. In Zwitserland bepaalt artikel 369, eerste lid ZGB dat de lastgeving van rechtswege eindigt zodra de lastgever opnieuw bekwaam wordt.⁶¹⁶ Voor deze beëindiging is vereist dat de lastgever langdurig opnieuw in staat is om zijn vermogen zelf te beheren. Heldere intervallen volstaan niet om een einde te maken aan de bevoegdheid die de lasthebber van de rechter heeft verkregen.⁶¹⁷ Het is evenwel niet duidelijk hoe lang de meerderjarige dan wilsbekwaam moet zijn opdat de lastgeving zou eindigen. In elk geval creëert het behoud van de lastgeving tijdens

⁶¹⁶ Enkele Zwitserse auteurs verdedigen de opvatting dat er geen echte beëindiging plaatsvindt, aangezien de lastgeving volgens hen opnieuw in werking treedt zodra de lastgever opnieuw wilsonbekwaam wordt en hij de lastgeving intussen niet herroepen heeft (R.E. 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) 73; T. GEISER, "ZGB 369" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (179) 181). Dit kan nochtans niet uit de wet of de parlementaire voorbereidingen worden afgeleid. Art. 369 ZGB gebruikt bovendien het begrip 'Erlöschen'. Andere auteurs zijn dan ook, mijns inziens terecht, van mening dat de lastgeving wel degelijk eindigt, tenzij de lastgever hiervan afwijkt en in zijn volmacht voorschrijft dat de bevoegdheid van zijn lasthebber terug kan herleven wanneer hij opnieuw wilsonbekwaam zou worden (C.L. WIDMER BLUM, "Art. 369 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, (1105) 1106; S. WOLF, "Erwachsenenschutz und Notariat", *ZBGR* 2010, (73) 101).

⁶¹⁷ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 283; 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) 67; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 96.

heldere periodes het risico dat de lasthebber, te kwader trouw of niet, de lastgeving ook tijdens die periodes verder uitvoert. De lastgever zal door deze handelingen gebonden zijn; zijn lasthebber is immers bevoegd. De lastgever heeft weliswaar de mogelijkheid om de lastgeving gedurende een heldere periode te herroepen (art. 362, eerste lid ZGB)⁶¹⁸, maar dan kan ze nadien niet meer worden gebruikt indien dit nodig zou zijn. Opnieuw blijkt dus het nut van een schadebeding in de volmacht, dat een onderscheid maakt tussen de interne en externe bevoegdheid van de lasthebber (zie *supra*, nrs. 354 en 356).

358. Hoewel het behoud van de bevoegdheid van de lasthebber gedurende een helder interval 'onnatuurlijk' lijkt, dient het toch te worden goedgekeurd, mits de lastgever voormelde clausule in zijn volmacht opneemt. Indien heldere tussenposen de lastgeving wel van rechtswege zouden beëindigen, zou dit nadeliger zijn voor de autonomie van de lastgever, aangezien het instrument van de lastgeving te stroef zou worden. De lasthebber zou in dat geval immers voor elke opstoot van onbekwaamheid opnieuw de formele inwerkingtreding van de lastgeving moeten vragen, wat vooral ook de integriteit van de lastgever niet ten goede komt.⁶¹⁹ Bovendien zou de geformaliseerde inwerkingtreding haar nut verliezen; zij zou de potentiële contractspartij van de lasthebber geen zekerheid kunnen bieden over de geestestoestand van de lastgever. Dat de lasthebber beschikt over een formeel bekrachtigde volmacht zou immers geenszins zijn bevoegdheid bewijzen; die kan intussen weer beëindigd zijn door een heldere fase van wilsbekwaamheid in hoofde van de lastgever. Het is nog maar de vraag of de derde in dat geval bescherming kan genieten via de schijnleer (zie *supra*, nrs. 339-340).

§ 3. TYPE 2: INFORMELE VASTSTELLING VAN INWERKINGTREDING

A. Wilsautonomie van de lastgever

359. In de rechtsstelsels van het tweede type, namelijk België, Duitsland, Engeland & Wales en Oostenrijk, is de inwerkingtreding van de lastgeving niet afhankelijk van de formele goedkeuring van een externe instantie maar is zij een privaatrechtelijke kwestie. Het is de lastgever zelf die bepaalt door wie en op welke

⁶¹⁸ S. HOTZ, "Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda. Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda.", *ZKE* 2011, (102) 107; C.L. WIDMER BLUM, "Art. 362 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, (1089) 1091.

⁶¹⁹ A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 37.

manier zijn wilsonbekwaamheid moet worden vastgesteld.⁶²⁰ De doelstelling van de verschillende wetgevers om kwetsbare meerderjarigen meer autonomie toe te kennen, komt in deze materie bijgevolg uitdrukkelijk naar voren.

360. De lastgever kan bijvoorbeeld bepalen dat de lasthebber pas mag optreden wanneer één of meerdere artsen hebben vastgesteld dat hij omwille van zijn fysieke of mentale toestand bepaalde rechtshandelingen niet meer autonoom kan verrichten of in het geheel niet meer kan beslissen over zijn financiële belangen.⁶²¹ Hij mag die beoordeling ook overlaten aan een persoon naar keuze, zodat de lasthebber diens goedkeuring moet afwachten alvorens hij de lastgever mag vertegenwoordigen.⁶²²

361. De lastgever kan er ook voor kiezen om de inwerkingtreding van de lastgeving niet aan dergelijke voorwaarden te onderwerpen en slechts te bepalen dat zijn lasthebber de volmacht pas mag aanwenden wanneer hij feitelijk onbekwaam is. De bevoegdheid van de lasthebber gaat automatisch in op dat ogenblik.⁶²³ Bijgevolg legt de lastgever de beoordeling van zijn onbekwaamheid in handen van de lasthebber.⁶²⁴ Deze mag zelf inschatten, op basis van zijn persoonlijke contacten

⁶²⁰ **België:** art. 490/1, § 3, eerste lid BW (zie: art. 184 wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende justitie, *BS* 14 mei 2014); *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 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; M.A. MASSCHELEIN, “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, (3) 5; **Duitsland:** W. BIENWALD, “Rechtliche Betreuung” in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, 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; S. RESCH, “Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht”, *PSR* 2013, (4) 6.

⁶²¹ *Parl.St.* Kamer 2010-11 (België), 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.

⁶²² Zie bv. het officiële Engelse *lasting power of attorney* formulier, waarin de volgende vermelding staat: “You can use this section to specify that your LPA is only to be used when you lack capacity. If you decide to specify this, you should specify anything you want the attorney(s) to do to confirm that you lack capacity to make the decision in question.” (D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 414); U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 78; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 180-181.

⁶²³ Zie bv.: **Oostenrijk:** § 284f, eerste lid ABGB.

⁶²⁴ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 354; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz*

met de lastgever en diens naasten, wanneer zijn tussenkomst noodzakelijk is, of kan eventueel een medisch attest laten opmaken.

B. *Het begrip ‘wilsonbekwaamheid’*

1. Behoeft aan praktische handleiding voor de lasthebber

362. De beoordeling van de invloed van de gezondheidstoestand van de lastgever op zijn bekwaamheid om vermogensrechtelijke beslissingen te nemen, is voor de lasthebber geen sinecure. Wilsonbekwaamheid kent verschillende vormen en gradaties en zij treft de meerderjarige meestal niet van de ene dag op de andere (zie *supra*, nrs. 22, 23, 325 en 344-345). Om te vermijden dat de lasthebber hierdoor een verkeerde inschatting maakt en te vroeg optreedt, bevat de Engelse MCA 2005 verschillende richtlijnen die de lasthebber (en, ruimer, elke persoon die werd ingeschakeld als vertegenwoordiger van een kwetsbare meerderjarige) bij de beoordeling van de opportuniteit van zijn tussenkomst in acht moet nemen.⁶²⁵ Daarnaast wijdt ook de Code of Practice, de praktijkbrochure van de MCA 2005 die de lasthebber verplicht moet naleven⁶²⁶, een volledig hoofdstuk aan de concrete beoordeling van de feitelijke onbekwaamheid van de lastgever.⁶²⁷ Ook de praktische handleiding voor de lasthebbers van een *lasting power of attorney*, eveneens uitgebracht door de overheid, behandelt dit thema.⁶²⁸

363. De Belgische, Duitse en Oostenrijkse wetgever formuleerden in het kader van hun wetgeving over de bescherming van kwetsbare meerderjarigen een definitie van wilsonbekwaamheid, maar vertaalden deze abstracte omschrijving niet naar de praktijk.⁶²⁹ Zo beperkten de Belgische en Duitse wetgever zich ertoe te bepalen dat de meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is om zonder bijstand of een andere beschermingsmaatregel zijn belangen van vermogensrechtelijke of niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen, onder bescherming kan worden geplaatst.⁶³⁰

2006 *im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 36; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 297.

⁶²⁵ S. 1-3 MCA 2005.

⁶²⁶ S. 42 (4)(a) MCA 2005.

⁶²⁷ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 40-63.

⁶²⁸ OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN, *Lasting powers of attorney: a guide for people taking on the role of property and affairs attorney under a lasting power of attorney (LPA105)*, 2007, 21-23 (www.publicguardian.gov.uk).

⁶²⁹ België: art. 488/1 BW; Duitsland: § 1896, eerste lid BGB; Oostenrijk: § 284f, eerste lid ABGB.

⁶³⁰ De Belgische wetgever voegde daaraan toe dat dit ook geldt voor personen die in een toestand van verkwisting verkeren (zie *infra*, nrs. 366-367).

364. Ook de brochures die het Duitse en Oostenrijkse ministerie voor Justitie hebben uitgebracht richten zich eerder naar de lastgever dan naar de lasthebber en bieden die laatste bijgevolg geen criteria om *in concreto* af te toetsen wanneer zijn tussenkomst geboden is.⁶³¹ In België dient nog een informatiebrochure te worden opgesteld, na consultatie van het middenveld.⁶³² Dit is een geschikte gelegenheid om in samenspraak met artsen en andere specialisten minstens enkele houvasten te bieden aan de lasthebber, die immers geen expert is, met het oog op de beoordeling van wilsonbekwaamheid. Dergelijke richtlijnen creëren rechtszekerheid, bewerkstelligen dat de lastgever zo lang mogelijk zonder externe inmenging zijn vermogen kan beheren en bevorderen aldus zijn persoonlijke autonomie.

2. Diagnostische drempel

365. Volgens S. 2 (1) MCA 2005 is een persoon wilsonbekwaam voor een bepaalde beslissing als hij niet in staat is om die beslissing te nemen ten gevolge van een tijdelijke of permanente stoornis in de hersenen. Een eerste stap in de beoordeling van wilsonbekwaamheid bestaat er bijgevolg in dat de lasthebber nagaat of de lastgever lijdt aan een hersenstoornis. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de lastgever dement is, een hersenschudding heeft opgelopen of de symptomen van overmatig drank- of druggebruik vertoont.⁶³³ Het maakt niet uit of deze stoornis permanent dan wel tijdelijk is.⁶³⁴ De ratio van dit diagnostische vereiste is dat het maken van onverstandige beslissingen op zich niet volstaat om tot wilsonbekwaamheid te besluiten, net zomin als de leeftijd, verschijning of een loutere gedraging van de meerderjarige (bv. in zichzelf spreken of vermijden van oogcontact).⁶³⁵

366. Het principe dat de lastgeving maar kan worden geactiveerd wanneer de kwetsbaarheid van de meerderjarige een medische oorzaak heeft, contrasteert met het Belgische uitgangspunt. Volgens artikel 488/2 BW kunnen ook meerder-

⁶³¹ **Duitsland:** BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Betreuungsrecht, mit ausführlichen Informationen zur Vorsorgevollmacht*, Berlijn, Bundesministerium der Justiz, 2013, 42 p.; zie wel: § 4, derde lid en § 5 BtBG; **Oostenrijk:** BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ, *Sachwalterschaft – Wissenswertes für Betroffene, Angehörige und Interessierte*, Wenen, Bundesministerium für Justiz, 31 p.

⁶³² Art. 223 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 mei 2014; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 565.

⁶³³ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 44.

⁶³⁴ S. 2 (2) MCA 2005. Zie ook het Belgische art. 488/1 BW en de Duitse § 1896, eerste lid BGB.

⁶³⁵ S. 2 (3) MCA 2005; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 43; Cf. C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 43-44.

jarigen die zich in staat van verkwisting bevinden onder (rechterlijke of buitengerechtelijke) bescherming worden geplaatst. Het begrip ‘verkwisting’ duidt op de zekere en gebruikelijke neiging tot verspilling, die blijkt uit onverantwoorde buitensporige uitgaven die de gebruikelijke inkomsten van de persoon overschrijden en zijn vermogen aantasten.⁶³⁶ De kwetsbare toestand van de meerderjarige hoeft bijgevolg geen biologische oorzaak te hebben om de buitengerechtelijke bescherming in werking te doen treden. Verkwisting maakt immers niet noodzakelijk een ziektebeeld uit.⁶³⁷

367. Hoewel men zou kunnen argumenteren dat de meerderjarige op grond van zijn eigendomsrecht vrij is om op een dergelijke ‘onverstandige’ manier over zijn vermogen te beschikken, oordeelde de Belgische wetgever dat de bescherming van verkwisters verantwoord is in het licht van de belangen van de verkwister zelf, van zijn familie en in het bijzonder van zijn onderhoudsgerechtigden en onderhoudsplichtigen.⁶³⁸ De lastgever kan de hypothese van verkwisting weliswaar uitsluiten in zijn volmacht, aangezien hij zelf kan bepalen op welke manier zijn hulpbehoefendheid moet worden vastgesteld en dus ook een medisch attest kan vereisen (zie *supra*, nr. 360), maar dit verhindert de rechter niet om een rechterlijke beschermingsmaatregel op te leggen wanneer de meerderjarige in een toestand van verkwisting zou komen te verkeren die zijn welzijn in het gedrang brengt. Krachtens artikel 492 BW kan de vrederechter immers ten aanzien van een verkwister een rechterlijke beschermingsmaatregel bevelen wanneer en in de mate hij vaststelt dat dit noodzakelijk is en dat de buitengerechtelijke bescherming niet volstaat.

3. Evaluatie van het beslissingsproces

368. Naast de diagnostische test, legt de MCA 2005 de lasthebber een functionele test op.⁶³⁹ De lasthebber dient zich er van te vergewissen of de meerderjarige

⁶³⁶ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/001, 35-36; cf. Rb. Nijvel 19 maart 2009, *RTDF* 2010, 92 en Antwerpen 11 april 2002, *RW* 2004-05, 438; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 198-199; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 503-504; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 64.

⁶³⁷ Vred. Roeselare 23 december 2004, *RW* 2005-06, 873; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek Burgerlijk Recht – deel I*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 373; F. SWENNEN, “Voorlopig bewind en verkwisting” (noot onder Vred. Westerlo 16 oktober 2003), *RW* 2004-05, (114) 115; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 197; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 64. Over de vraag naar het pathologisch karakter van problematisch gokken, zie N. HOEKX, *Kansspelen op het internet. Een rechtsvergelijkende analyse van regels en belangen*, Brussel, Larcier, 2011, 280.

⁶³⁸ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/001, 34-35; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 504.

⁶³⁹ *Explanatory notes Mental Capacity Act 2005*, 5 (www.legislation.gov.uk).

omwille van zijn stoornis al dan niet nog in staat is om de hem voorgelegde beslissing zelf te nemen.⁶⁴⁰ Dit moet hij aan de hand van verschillende criteria beoordelen. Indien de meerderjarige de informatie die relevant is voor de beslissing (waaronder informatie over de redelijk voorzienbare gevolgen van een bepaalde keuze) niet begrijpt, niet kan onthouden of niet kan hanteren of overdenken als een onderdeel van het beslissingsproces, dan is hij feitelijk onbekwaam.⁶⁴¹ De lasthebber dient voldoende vragen te stellen aan de lastgever om dit na te gaan, waarbij hij eenvoudige ja/nee-vragen om te peilen naar diens begrip moet vermijden.⁶⁴²

369. Het is de taak van de lasthebber om de voor de beslissing relevante informatie aan de lastgever mee te delen op een manier die is afgestemd op zijn individuele capaciteiten, bijvoorbeeld door gebruik te maken van eenvoudige bewoordingen en visuele of andere hulpmiddelen.⁶⁴³ In die zin schrijft S. 1 (3) MCA 2005 voor dat een persoon pas als onbekwaam mag worden beschouwd wanneer tevergeefs alle haalbare stappen werden ondernomen om deze persoon te helpen bij het nemen van beslissingen. De wetgever preciseert bovendien dat het enkele feit dat de meerderjarige de informatie slechts gedurende een korte periode kan onthouden, niet noodzakelijk betekent dat hij onbekwaam is.⁶⁴⁴

370. De meerderjarige is eveneens wilsonbekwaam wanneer hij niet in staat is om zijn beslissing te communiceren (verbaal of non-verbaal).⁶⁴⁵ De lasthebber dient al het mogelijke te doen om de communicatie met zijn lastgever toch mogelijk te maken.⁶⁴⁶

4. Goede trouw in hoofde van de lasthebber

371. Het uitgangspunt van de MCA 2005 is dat men wilsbekwaamheid steeds moet beoordelen in functie van een welbepaalde beslissing op een welbepaald moment en dus niet *in globo*.⁶⁴⁷ Dit betekent echter niet dat op de lasthebber de verplichting rust om bij *elke* handeling die hij voor zijn lastgever wil stellen de hierboven toegelichte tweeledige test van wilsonbekwaamheid toe te passen. Men

⁶⁴⁰ S. 2 (1) MCA 2005; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 45.

⁶⁴¹ S. 3 (1)(a)-(c) MCA 2005; S. 3 (4) MCA 2005.

⁶⁴² DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 58.

⁶⁴³ S. 3 (2) MCA 2005; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 46.

⁶⁴⁴ S. 3 (3) MCA 2005.

⁶⁴⁵ S. 3 (1)(d) MCA 2005.

⁶⁴⁶ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 49.

⁶⁴⁷ S. 2 (1) MCA 2005; R. PROBERT, "England and Wales" in W. PINTENS (ed.), *International Encyclopedia of Laws: Family and Succession Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, (1) 68.

erkent dat het onredelijk is om dat van hem te verwachten voor handelingen zoals het betalen van rekeningen of het ontvangen van inkomsten wanneer de lastgever zich in een constante of degeneratieve toestand van wilsonbekwaamheid bevindt.⁶⁴⁸ De lasthebber moet de beoordeling van wilsonbekwaamheid wel geregeld herzien als de wilsonbekwaamheid van de lastgever fluctueert. Bij psychische aandoeningen zoals manische depressiviteit, is de kans reëel dat de meerderjarige na verloop van tijd opnieuw in staat is om de financiële beslissingen te nemen waarvoor hij eerder onbekwaam was.⁶⁴⁹

372. De Engelse wetgever erkent bovendien dat een lasthebber vaak niet over de nodige expertise beschikt om met *volledige zekerheid* te kunnen besluiten dat zijn lastgever wilsonbekwaam is om bepaalde rechtshandelingen te stellen. S. 2 (4) MCA 2005 bepaalt daarom dat elke beoordeling van wilsonbekwaamheid moet worden gemaakt “*on the balance of probabilities*”. De lasthebber moet met andere woorden kunnen aantonen dat het waarschijnlijker is dat de lastgever wilsonbekwaam is dan dat hij nog bekwaam is.⁶⁵⁰ Op die manier wordt zijn verantwoordelijkheid verlicht. Bovendien vereist zijn goede trouw niet dat hij voor elke beoordeling van wilsonbekwaamheid een specialist inschakelt.⁶⁵¹ De Code of Practice somt een aantal omstandigheden op waarin dit wel aangewezen is, bijvoorbeeld wanneer het gaat om rechtshandelingen met ingrijpende gevolgen (zoals een testament) of wanneer de lastgever of zijn familie niet akkoord gaan met de vaststelling van onbekwaamheid.⁶⁵²

373. Het is inderdaad niet redelijk om van de lasthebber te verwachten dat hij feilloos kan inschatten of het beslissingsproces van zijn lastgever op één van de voormelde punten problematisch verloopt. De grens tussen bekwaamheid en onbekwaamheid is veelal erg dun; mogelijk zal een tussenkomst van de lasthebber reeds nodig zijn voor een bepaalde handeling maar nog niet voor een andere. Er mag daarom geen al te zware aansprakelijkheid op hem rusten. Die zou potentiële lasthebbers kunnen ontmoedigen om de taak van lasthebber te vervullen of ertoe leiden dat een lasthebber zijn vertegenwoordigingsdaden te lang uitstelt uit vrees om te vroeg op te treden. Zolang de lastgever niet kan aantonen dat zijn lasthebber te kwader

⁶⁴⁸ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 194.

⁶⁴⁹ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 50.

⁶⁵⁰ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 194: “*he must reasonably believe that the donor lacks the mental capacity to make that particular decision*”; OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN, *Lasting powers of attorney: a guide for people taking on the role of property and affairs attorney under a lasting power of attorney (LPA105)*, 2007, 21.

⁶⁵¹ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 55.

⁶⁵² DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 59-60.

trouw is, en dat deze bijgevolg wist of redelijkerwijze kon weten dat de lastgever de rechtshandeling nog zelf had kunnen stellen, zou de lasthebber niet mogen worden aangesproken. De verbintenis om niet gedurende wilsbekwaamheid van de lastgever op te treden zou een inspanningsverbintenis moeten zijn en geen resultaatsverbintenis. Het is daarbij belangrijk dat de lasthebber weet welke stappen hij minstens moet ondernemen bij de beoordeling van wilsonbekwaamheid opdat hij te goeder trouw zou zijn. De Engelse Code of Practice, die onder meer de bovenvernoemde richtlijnen bevat (zie *supra*, nrs. 368 e.v.), vervult in dat opzicht een voorbeeldfunctie.⁶⁵³

5. Mogelijkheid om de lastgeving in werking te laten treden in andere situaties dan wilsonbekwaamheid

374. De hierboven toegelichte criteria van de MCA 2005 hebben uiteraard enkel betrekking op *lasting powers of attorney* die onder de opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid werden verleend. Een meerderjarige is vrij om te bepalen dat zijn volmacht reeds eerder in werking zal treden, bijvoorbeeld wanneer hij zich door fysieke ongemakken moeilijk kan verplaatsen (zie *supra*, nr. 324). Net zoals hij een vertegenwoordiger kan aanwijzen voor de periode waarin hij in het buitenland vertoeft, kan hij een lasthebber benoemen voor wanneer zijn gezondheidstoestand het hem niet onmogelijk maar wel lastiger maakt om zijn belangen te behartigen.⁶⁵⁴

375. Op dit vlak biedt de lastgeving een belangrijk voordeel ten opzichte van rechterlijke bescherming. De lastgever kan het vertegenwoordigingsregime uitstrekken tot situaties die geen aanleiding zouden geven tot een bewind. Dit blijkt duidelijk in het Oostenrijkse recht. Volgens § 268, a), eerste lid ABGB komt een meerderjarige wiens onbekwaamheid berust op een “*rein körperliche Ursache*”, die niet gepaard gaat met een geestelijke beperking, niet in aanmerking voor een bewind, net omdat hij nog in de mogelijkheid is om zelf een vertrouwenspersoon aan te wijzen die zijn belangen kan waarnemen.⁶⁵⁵

C. Rechtszekerheid

1. Facultatieve formele bekrachtiging van inwerkingtreding

A. RECHTERLIJKE BEOORDELING VAN WILSONBEKWAAMHEID

376. De kans bestaat dat de lasthebber of zijn potentiële contractpartij kampt met onzekerheid over de effectieve inwerkingtreding van de lastgeving. In verschillende

⁶⁵³ Zie bijvoorbeeld: DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 56.

⁶⁵⁴ Cf. S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 65.

⁶⁵⁵ ErlRV 1420 BlgNR 22. GP, 26-27; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 41.

stelsels kunnen zij zich daarom wenden tot de rechter om te laten vaststellen of de volmacht al dan niet in werking is getreden.⁶⁵⁶ Zo bepaalt het Belgische artikel 490/1, § 2, eerste lid BW dat de vrederechter hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de lastgever, de lasthebber, iedere belanghebbende evenals de procureur des Konings, een beslissing kan treffen omtrent de inwerkingtreding van de lastgeving.⁶⁵⁷ Bij het verzoekschrift moet een omstandige geneeskundige verklaring worden gevoegd die de gezondheidstoestand van de lastgever beschrijft (art. 490/1, § 2, eerste lid BW j° art. 1241 Ger.W.). Als de rechter 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.⁶⁵⁸ In het tegenovergestelde geval kan de vrederechter een (aanvullende of vervangende) rechterlijke beschermingsmaatregel bevelen.⁶⁵⁹ Deze facultatieve procedure werd ingeschreven om rechtszekerheid te creëren met betrekking tot de inwerkingtreding van de buitengerechtelijke bescherming.⁶⁶⁰

377. 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.⁶⁶¹ Men stelde met andere woorden voor om de inwerkingtreding van de lastgeving te formaliseren. Op dit voorstel kwam vanuit verschillende hoeken kritiek, omdat het de buitengerechtelijke bescherming te veel deed aanleunen bij de rechterlijke bescherming.⁶⁶² Om de autonomie van de meerderjarige te verhogen en de werklast voor de vrederechters te verminderen, opteerde de wetgever uiteindelijk voor een regime van informele inwerkingtreding en een facultatieve formele procedure in artikel 490/1, § 2 BW.⁶⁶³

⁶⁵⁶ België: art. 490/1, § 2 BW; *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/002, 8; *Parl.St. Kamer* 2011-12, nr. 53-1009/010, 37-38; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 570-571; Engeland & Wales: S. 15 (1) MCA 2005; S. 23 (1) MCA 2005; Oostenrijk P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 369; ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 30.

⁶⁵⁷ 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.

⁶⁵⁸ Art. 490/1, § 2, tweede lid BW.

⁶⁵⁹ Art. 490/1, § 2, derde lid BW.

⁶⁶⁰ *Parl.St. Kamer* 2011-12, nr. 53-1009/010, 36; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 570; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 297.

⁶⁶¹ *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/001, 81.

⁶⁶² *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.

⁶⁶³ *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/002, 7-9; *Parl.St. Kamer* 2011-12, nr. 53-1009/010, 15-16, 31, 36, 117; A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure,

B. REGISTRATIE VAN DE INWERKINGTREDING VAN DE LASTGEVING

378. Om de aanvaarding van de volmacht in het rechtsverkeer te verzekeren, biedt de Oostenrijkse wetgever de lasthebber de mogelijkheid om de inwerkingtreding van de lastgeving te laten registreren (§ 284h, tweede lid ABGB en § 140h, eerste lid, 4. NO; zie *supra*, nr. 314).⁶⁶⁴ Deze registratie heeft, net als de bekrachtiging door de vrederechter in de zin van het Belgische artikel 490/1, § 2 BW, een *declaratieve* werking, aangezien zij een reeds ontstane bevoegdheid bevestigt.⁶⁶⁵ De lasthebber dient een medisch attest voor te leggen aan een notaris (al dan niet degene die destijds de volmacht heeft opgesteld) dat de wilsonbekwaamheid van de lastgever aantoont. De notaris is verplicht om de inwerkingtreding van de lastgeving te registreren in het *Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis* (ÖZVV) en bezorgt de lasthebber een oorkonde die de registratie bekrachtigt (§ 140h, zesde lid NO).⁶⁶⁶

379. Volgens § 284h, tweede lid ABGB mag een derde op de inwerkingtreding van de lastgeving vertrouwen wanneer de lasthebber hem deze oorkonde vóór het verrichten van de vertegenwoordigingshandeling voorlegt. In dat geval krijgt en behoudt de rechtshandeling uitwerking, ook wanneer achteraf zou blijken dat de lastgever, ondanks de registratie van de inwerkingtreding van de lastgeving, toch nog wilsbekwaam was op het ogenblik dat de derde met de lasthebber contrac-

2013, (105) 113. 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”, *NFM* 2013, (182) 183, nr. 5, 186, nr. 18, 187, nr. 25, 188, nr. 33). Bij gebrek aan een wettelijke grondslag, kan deze stelling niet worden gevolgd.

⁶⁶⁴ EIdRV 1420 BlgNR 22. GP, 30; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 99; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 365; M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 224; B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15; C. SPRUZINA, “Vorsorgevollmacht” in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 691-692; S. RESCH, “Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht”, *PSR* 2013, (4) 6 en 8.

⁶⁶⁵ S. FERRARI, “Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (139) 152; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 365; M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 224; B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 99-100; S. MACHOLD, “ÖZVV und Vertrauensschutz”, *ecolex* 2007, (492) 492.

⁶⁶⁶ M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 224; M. SCHAUER, “Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006”, *FamZ* 2006, (148) 153.

teerde.⁶⁶⁷ De lastgever kan wel conform het gemeene recht een aansprakelijkheidsvordering instellen tegen de lasthebber, aangezien deze niet valt onder de bescherming van § 284h, tweede lid ABGB.⁶⁶⁸ De derde geniet evenwel geen bescherming wanneer hij de wilsbekwaamheid kende of behoorde te kennen (§ 284h, tweede lid ABGB). Stuit hij op tekenen in die richting, dan rust op hem, in de mate van het redelijke, een onderzoeksplicht. Bij twijfel kan hij een beroep doen op de rechter.⁶⁶⁹

380. § 284h, tweede lid ABGB vormt geen loutere toepassing van de jurisprudentiële theorie van de schijnvertegenwoordiging (zie *supra*, nr. 339 en *infra*, nrs. 381 e.v.), maar bevat een verdergaande vorm van derdenbescherming. De bepaling vereist immers niet dat de opgewekte schijn in zekere mate toerekenbaar is aan de lastgever, wat wel een voorwaarde vormt van de theorie van de schijnvertegenwoordiging.⁶⁷⁰ In de Oostenrijkse literatuur werpt men dan ook op dat § 284h, tweede lid ABGB de lastgever van een *Vorsorgevollmacht* onterecht in een minder gunstige positie brengt dan de lastgever van een gewone volmacht omdat hij sneller aan onbevoegd gestelde rechtshandelingen gebonden zal zijn.⁶⁷¹ De vraag rijst natuurlijk of een dergelijke situatie zich vaak gaat voordoen; § 284h, tweede lid ABGB betreft immers de hypothese dat het medisch attest dat aan de notaris werd voorgelegd inhoudelijk verkeerd is en de kwetsbare meerderjarige toch nog wilsbekwaam blijkt te zijn.⁶⁷² Bovendien heeft de bescherming van derden te goeder trouw onrechtstreeks een gunstig gevolg voor de lastgever, aangezien men in het rechtsverkeer door de geboden rechtszekerheid minder terughoudend zal zijn om met zijn lasthebber te contracteren (zie *infra*, nr. 384).

2. Bescherming van derden te goeder trouw via de theorie van de schijnvertegenwoordiging

381. In sommige omstandigheden heeft de derde ook zonder bovenstaande facultatieve procedures de zekerheid dat zijn overeenkomst met de lasthebber uitwerking zal krijgen wanneer deze de wils(on)bekwaamheid van zijn lastgever ver-

⁶⁶⁷ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 369; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 102; S. RESCH, “Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht”, *PSR* 2013, (4) 8; S. MACHOLD, “ÖZVV und Vertrauensschutz”, *ecolex* 2007, (492) 493.

⁶⁶⁸ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 369-370.

⁶⁶⁹ ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 30; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 369.

⁶⁷⁰ M. GANNER en P. BARTH, “Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht”, *BtPrax* 2010, (204) 207; S. MACHOLD, “ÖZVV und Vertrauensschutz”, *ecolex* 2007, (492) 493-494.

⁶⁷¹ M. GANNER en P. BARTH, “Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht”, *BtPrax* 2010, (204) 207.

⁶⁷² S. MACHOLD, “ÖZVV und Vertrauensschutz”, *ecolex* 2007, (492) 493.

keerd heeft ingeschat en dus onbevoegd was om op te treden. Meer bepaald kan hij zich in elk van de onderzochte stelsels beroepen op de gemeenrechtelijke theorie van de schijnvertegenwoordiging als hij niet wist en niet behoorde te weten dat de lastgeving nog niet in werking was getreden en als de opgewekte schijn in zekere mate aan de lastgever kan worden toegerekend (zie *supra*, nr. 339).⁶⁷³

382. In de praktijk is de kans niet zo groot dat aan een derde wordt verweten dat hij redelijkerwijze had *kunnen* weten dat de lasthebber nog niet mocht optreden. Dat op hem slechts een redelijke onderzoeksplicht rust, betekent immers dat men zijn goede of kwade trouw zal beoordelen in het licht van zijn concrete mogelijkheid tot kennisname van de toestand van de lastgever. Vaak heeft hij de lastgever nooit of slechts lang geleden ontmoet. Enkel indien er aanwijzingen zijn voor diens wilsbekwaamheid, wordt hij geacht zich verder te informeren.⁶⁷⁴

383. De vervulling van het vereiste van de toerekenbaarheid ligt daarentegen minder voor de hand. Indien de lastgever ervoor gekozen heeft om de moeilijke beoordeling van een eventuele wijziging in zijn mentale toestand volledig over te laten aan zijn lasthebber, dan kan er over de vervulling van deze voorwaarde weliswaar geen twijfel bestaan: de verkeerde inschatting door de lasthebber en de daaruit volgende schijn van vertegenwoordiging werden onrechtstreeks door de lastgever veroorzaakt (zie *supra*, nr. 340). Hij zal daarom gebonden zijn aan de te vroeg gestelde rechtshandeling. De lastgever kan echter ook andere modaliteiten aan de inwerkingtreding van zijn volmacht verbinden. In dat geval zijn er hypothesen denkbaar waarin de opgewekte schijn van vertegenwoordiging hem niet kan worden toegerekend, bijvoorbeeld wanneer de lasthebber een medisch attest vervalst of wanneer de arts die de lastgever onderzoekt ondanks diens protest verkeerdelijk verklaart dat hij wilsonbekwaam is (zie *supra*, nr. 340).

⁶⁷³ **België:** Cass. 26 oktober 2012, *Pas.* 2012, 2052; Cass. 20 juni 1988, *RW* 1989-90, 1425, noot A. VAN OEVELEN; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 461-462; F. PARREIN, "Het schijnmandaat: de toerekenbaarheid van de schijn aan de schijnlastgever", *TRV* 2013, (390) 390-403; **Duitsland:** K.-H. SCHRAMM, "BGB § 167 Erteilung der Vollmacht" in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 54; **Engeland & Wales:** H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 34-37; **Frankrijk:** C.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, Parijs, LGDJ, 2000, 187; **Oostenrijk:** F. BYDLINSKI, "Gesamtvertretung und Verkehrsschutz", *JBl* 1983, (627) I. 1.; M. GANNER en P. BARTH, "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax* 2010, (204) 207; S. MACHOLD, "ÖZVV und Vertrauensschutz", *ecolex* 2007, (492) 494; **Zwitserland:** art. 33, derde lid OR; BGE, 31 mei 2005, *BGE* 131 III 511. Zie ook: C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 317-318.

⁶⁷⁴ Zie bv.: **België:** *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 38; **Duitsland:** BGH 9 oktober 1989, *JurionRS* 1989, 13230; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 174; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 369.

384. Om deze onzekerheid in hoofde van de derde te goeder trouw weg te werken, heeft de Belgische wetgever er net als de Oostenrijkse voor gekozen om hem via een uitdrukkelijke wetsbepaling te beschermen tegen een verkeerde beoordeling van wilsonbekwaamheid. Op grond van artikel 490/1, § 3, eerste lid BW mag hij op de verklaringen van de lasthebber over de inwerkingtreding van de lastgeving vertrouwen.⁶⁷⁵ Een dergelijke wettelijke bescherming is onontbeerlijk voor een informeel regime van inwerkingtreding. Als beschermingsinstrument mag de lastgeving geen aanleiding geven tot rechtsonzekerheid. De autonomie en bescherming van de lastgever zijn er niet mee gebaat als derden terughoudend zijn om met zijn lasthebber te contracteren. Uiteraard moet de lastgever wel de mogelijkheid hebben om zich op zijn lasthebber te verhalen wanneer die te kwader trouw blijkt te zijn.⁶⁷⁶

D. Onmiddellijke inzetbaarheid van de lastgeving en vrijwaring van de persoonlijke integriteit

385. Tegenover het risico op een voortijdig optreden van de lasthebber door een verkeerde beoordeling van wils(on)bekwaamheid staat dat de kans op een *laat-tijdige* tussenkomst kleiner is dan in een formeel regime van inwerkingtreding. Omdat de bevoegdheid van de lasthebber om een bepaalde rechtshandeling te stellen automatisch ingaat op het ogenblik dat de lastgever daar zelf niet meer toe in staat is, kan hij inspringen zodra dit noodzakelijk is. Een regime van informele vaststelling van inwerkingtreding biedt bijgevolg het voordeel dat het beheer van het vermogen van de lastgever ononderbroken kan worden verder gezet.⁶⁷⁷ De Engelse auteur LUSH verwoordt dit als volgt: “LPAs [...] allow a smooth and seamless transition in the management of the donor’s affairs from the time when he is fully in command of his faculties, through the twilight stage when he is becoming incapacitated, to the time when he is incapable of managing his affairs.”⁶⁷⁸

386. 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 voorgeschreven. De lastgeving is in dat opzicht een flexibele en autonomiebevorderende maatregel die

⁶⁷⁵ België: zie art. 184 wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende justitie, *BS* 14 mei 2014; *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3149/004, 54; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 69; Oostenrijk: § 284h, tweede lid ABGB; zie *supra*, nrs. 314 en 379.

⁶⁷⁶ Cf. S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 69.

⁶⁷⁷ Cf. G. MÜLLER, “Altersvorsorgevollmacht – Gestaltung ihres Inkrafttretens”, *DNotZ* 1997, (100) 112.

⁶⁷⁸ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 4.

vooral haar nut bewijst bij haar wellicht meest omvangrijke doelgroep, namelijk personen met dementie.

E. *Problematiek van gedeeltelijke en tijdelijke wilsonbekwaamheid*

1. Gedeeltelijke wilsonbekwaamheid

387. In een systeem van informele vaststelling van inwerkingtreding nopen het noodzakelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel ertoe om de inwerkingtreding van de lastgeving *functioneel* te benaderen, in die zin dat de lasthebber de lastgever enkel mag vertegenwoordigen voor die rechtshandelingen waar de lastgever op dat moment niet toe in staat is. In de context van een informeel regime botst deze gedeeltelijke inwerkingtreding niet op het bezwaar dat zij de lastgeving te stroef maakt of de integriteit van de lastgever compromitteert (zie *supra*, nrs. 348-349), aangezien de lastgever per definitie geen formele procedure moet ondergaan om de bevoegdheid van zijn lasthebber te kunnen uitbreiden, tenzij hij daar zelf voor zou kiezen (zie *supra*, nr. 360 en *infra*, nr. 390). Zijn lasthebber dient enkel per vermogensrechtelijke aangelegenheid na te gaan of de lasthebber deze nog zelf kan behartigen. In tegenstelling tot wat het geval was voor de formele inwerkingtreding, is er geen reden om zijn bevoegdheid verder te doen reiken dan de behoeften van de lastgever. Dat de lastgever niet langer in staat is om bijvoorbeeld zijn aandelen te beheren, geeft de lasthebber niet het recht om hem meteen ook voor andere, minder moeilijke rechtshandelingen te vertegenwoordigen. Deze functionele opvatting vindt men terug in de Engelse S. 2 (1) MCA 2005, volgens welk wilsbekwaamheid steeds in functie van een welbepaalde beslissing op een welbepaald moment moet worden beoordeeld (zie *supra*, nr. 371) en in S. 20 (1) MCA 2005, dat de bewindvoerder verbiedt om een beslissing te nemen voor de beschermde persoon wanneer hij weet of redelijkerwijze gelooft dat deze wilsbekwaam is om die beslissing zelf te nemen (zie *supra*, nr. 107).⁶⁷⁹ In de overige stelsels wordt de problematiek van gedeeltelijke wilsonbekwaamheid bij lastgeving niet gedekt door een wettelijke bepaling en komt zij slechts zeer beperkt aan bod in de rechtspraak en rechtsleer.⁶⁸⁰

388. Wel dient opnieuw gewezen te worden op het belang van de bescherming van derden te goeder trouw (zie *supra*, nr. 384). Als de lasthebber is tussengekomen voor een financiële beslissing die de lastgever nog zelf had kunnen nemen, dan zou dit voor de contracterende derde pas nadelig mogen zijn wanneer hij van die wilsbekwaamheid op de hoogte was of wanneer hij heeft nagelaten om signalen in die richting te onderzoeken (zie *supra*, nrs. 339 en 381). De rechtshandeling

⁶⁷⁹ P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500 en 547.

⁶⁸⁰ G. MÜLLER, "Altersvorsorgevollmacht – Gestaltung ihres Inkrafttretens", *DNotZ* 1997, (100) 106.

krijgt bijgevolg uitwerking wanneer de derde te goeder trouw is. De lastgever heeft in dat geval wel de mogelijkheid om zich te verhalen op zijn lasthebber, al dient daarbij te worden gewezen op de eerder gemaakte nuance dat deze aansprakelijkheid afhankelijk zou moeten zijn van diens goede of kwade trouw. De lasthebber treft geen schuld wanneer hij kan aantonen dat het waarschijnlijker was dan niet dat de lastgever wilsonbekwaam was (zie *supra*, nrs. 372-373).

389. Omdat de inwerkingtreding van de lastgeving in een informeel regime gebaseerd is op de wilsautonomie van de lastgever, kan hij, indien hij dat wenst, van bovenstaande functionele benadering afwijken. Hij kan bijvoorbeeld bepalen dat de lasthebber bevoegd is om alle in de volmacht opgenomen rechtshandelingen in zijn plaats en voor zijn rekening te stellen wanneer hij over een geneeskundige verklaring beschikt die bevestigt dat de lastgever wilsonbekwaam is geworden, ongeacht of die wilsonbekwaamheid zich nog in een beginnend stadium bevindt. Mogelijk wenst de lastgever bijvoorbeeld dat zijn lasthebber hem vertegenwoordigt zodra bij hem dementie wordt vastgesteld. De lasthebber kan dit attest voorleggen aan een potentiële contractpartij die twijfelt aan de vertegenwoordigingsmacht van de lasthebber.

390. Indien de lastgever zich ertoe beperkt te stipuleren dat zijn wilsonbekwaamheid medisch moet worden vastgesteld en niet preciseert hoeveel bevoegdheid de realisatie van deze voorwaarde creëert in hoofde van de lasthebber, lijkt het me noodzakelijk dat de bevoegdheid van de lasthebber niet verder reikt dan de rechtshandelingen waarvoor de lastgever wilsonbekwaam werd verklaard. Uit de clause in de volmacht blijkt immers de wil van de lastgever om zijn lasthebber pas te laten optreden wanneer door een deskundige is vastgesteld dat hij wilsonbekwaam is. Die wens zou worden genegeerd indien de lasthebber met een medisch attest dat een beginnend stadium van wilsonbekwaamheid vaststelt gerechtigd zou zijn om het volledige vermogen van de kwetsbare meerderjarige te beheren. Bijgevolg heeft hij, op grond van de persoonlijke autonomie van de lastgever, een nieuwe verklaring nodig om zijn bevoegdheid te verruimen. In het kader van de formele inwerkingtreding werd tot een andere oplossing besloten, omdat het meermaals ondergaan van een onderzoek naar wilsonbekwaamheid in die context niet kon worden gestaafd op de persoonlijke wens van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nrs. 348-349). Dat zijn wilsonbekwaamheid formeel moet worden vastgesteld, volgt niet uit een clause in de volmacht maar is een keuze van de wetgever.

391. In de literatuur wordt voorts gewezen op de eerder vermelde mogelijkheid om een onderscheid te maken tussen de bevoegdheid van de lasthebber tegenover derden en zijn interne bevoegdheid (zie *supra*, nr. 354).⁶⁸¹ De lastgever kan op die

⁶⁸¹ N. GEELHAND DE MERXEM, "De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?", *TEP* 2014, (16) 30; zie ook in Nederland: C.G.C. ENGELBERTINK en S.A. VAN DE

manier bepalen dat zijn lasthebber jegens derden bevoegd is om onmiddellijk voor alle in de volmacht opgenomen rechtshandelingen op te treden maar intern aansprakelijk is wanneer hij de lastgever vertegenwoordigt voor een rechtshandeling die hij zelf nog had kunnen stellen. Het voordeel van deze methode is dat derden zich niet hoeven te bekommeren om de vertegenwoordigingsmacht van de lasthebber.

2. Tijdelijke wilsonbekwaamheid

392. Eerder werd toegelicht dat een regime van *formele* inwerkingtreding tot gevolg heeft dat de lasthebber bevoegd blijft om zijn lastgever gedurende een helder interval in het rechtsverkeer te vertegenwoordigen (zie *supra*, nrs. 356-357). In het omgekeerde geval zou het instrument zijn soepelheid verliezen, aangezien bij elke nieuwe fase van wilsonbekwaamheid de procedure van inwerkingtreding opnieuw zou moeten worden doorlopen (zie *supra*, nr. 358). De gevolgen van tijdelijke wilsonbekwaamheid in een regime van *informele* inwerkingtreding zijn gelijkaardig.

393. De reden hiervan is dat de herwonnen wilsbekwaamheid van de lastgever in geen van de vier stelsels een beëindigingsgrond van de lastgeving uitmaakt. Het Belgische artikel 490/2, § 3, 1° BW bepaalt weliswaar dat de buitengerechtelijke beschermingsmaatregel een einde neemt ingeval de lastgever zich niet meer bevindt in een toestand van wilsonbekwaamheid (of verkwisting, zie *supra*, nr. 366). Het einde van de buitengerechtelijke bescherming betekent echter nog niet het einde van de lastgeving zelf.⁶⁸² Die blijft in de periode van wilsbekwaamheid verder bestaan totdat zij volgens de gemeenrechtelijke beëindigingsgronden in artikel 2003 BW, waaronder de herroeping door de lastgever, een einde neemt.⁶⁸³ Dit biedt het voordeel dat zij opnieuw kan worden gebruikt wanneer de gezondheidstoestand van de lastgever hem opnieuw verhindert om zijn eigen vermogensrechtelijke belangen waar te nemen. In dat geval zullen de waarborgen van de buitengerechtelijke bescherming herleven.⁶⁸⁴ Bovendien kan de lasthebber

MERWE, "Wilsonbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken", *ftV* 2012, afl. 30, (16) 17.

⁶⁸² *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 40; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 70; K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *NFM* 2013, (182) 188; 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.

⁶⁸³ *Parl.St.* Kamer 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; M.A. MASSCHELEIN, "De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen", *NNK* 2013, (3) 6.

⁶⁸⁴ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 70.

zijn taak blijven uitvoeren indien de lastgeving bedoeld was om ook buiten periodes van wilsonbekwaamheid te worden gebruikt.⁶⁸⁵ Hetzelfde geldt echter ook voor de lasthebber van een volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid: aangezien de lastgeving niet eindigt bij herwonnen wilsonbekwaamheid van de lastgever, blijft ook zijn bevoegdheid gedurende een helder interval overeind.

394. Ook in Duitsland, Engeland & Wales en Oostenrijk werd niet in een bepaling omtrent de invloed van het herstel van wilsonbekwaamheid op de bevoegdheid van de lasthebber voorzien. In Engeland & Wales somt S. 13 MCA 2005 weliswaar een aantal beëindigingsgronden op, maar de bekwaamheid van de lastgever komt hier niet in voor. In Duitsland en Oostenrijk wordt de beëindiging van de lastgeving integraal beheerst door het gemene recht.⁶⁸⁶ De lastgeving, ook deze die specifiek werd verleend met het oog een toekomstige onbekwaamheid, houdt op te bestaan wanneer ze door de lastgever wordt herroepen of door de lasthebber wordt opgezegd, wanneer de lasthebber overlijdt of wanneer de lastgever insolvent is geworden.⁶⁸⁷ Het Oostenrijkse recht voegt daar het overlijden van de lastgever en de insolventie van de lasthebber aan toe.⁶⁸⁸ Dat de lastgever opnieuw in staat is om zijn vermogen te beheren, tast de bevoegdheid van de lasthebber bijgevolg niet automatisch aan. Het latere wegvallen van een opschortende voorwaarde die zich reeds heeft gerealiseerd, in dit geval de wilsonbekwaamheid van de lastgever, beïnvloedt het voortbestaan van een rechtshandeling in beginsel niet.⁶⁸⁹

395. De lastgever heeft wel de mogelijkheid om het herstel van zijn wilsonbekwaamheid zelf als beëindigingsgrond in zijn volmacht in te bouwen.⁶⁹⁰ Zo kan hij

⁶⁸⁵ F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571.

⁶⁸⁶ **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 247; W. BIENWALD, "Rechtliche Betreuung" in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006, (1) 136; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 18.

⁶⁸⁷ **Duitsland:** § 168 BGB; § 671 BGB; § 673 BGB; § 115, eerste lid en 117, eerste lid InsO; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 247; **Oostenrijk:** § 1020 ABGB; § 1021 ABGB; § 1022 ABGB; § 1024 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355.

⁶⁸⁸ § 1022 ABGB; § 1024 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355.

⁶⁸⁹ **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 178; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 71; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 354: om de lastgeving bij herwonnen wilsonbekwaamheid te laten beëindigen kan de lastgever een ontbindende voorwaarde opnemen of de lastgeving herroepen; *contra*: B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15.

⁶⁹⁰ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 178; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 71; W.

aan de opschortende voorwaarde een ontbindende voorwaarde koppelen, zodat de lastgeving eindigt wanneer haar bestaansreden, namelijk zijn wilsonbekwaamheid, verdwijnt.⁶⁹¹ Uiteraard kan hij de lastgeving tijdens zijn wilsonbekwaamheid ook herroepen (zie *infra*, nr. 622). Beide mogelijkheden brengen echter mee dat de lastgeving niet meer kan worden gebruikt wanneer de nood naar vertegenwoordiging zich opnieuw zou voordoen; de contractuele relatie tussen de lastgever en lasthebber wordt immers stopgezet.⁶⁹² In de literatuur raadt men dan ook terecht de clausule aan volgens welke de volmacht extern blijft voortbestaan maar de lasthebber in zijn interne relatie met de lastgever gebonden is om niet tijdens heldere intervallen op te treden (zie *supra*, nr. 356).⁶⁹³ Deze plicht tot onthouding volgt in elk geval uit de loyaliteitsverplichting die op de lasthebber rust (zie *supra*, nr. 354 en *infra*, nr. 477).

AFDELING III. BESLUIT

396. In alle onderzochte rechtsstelsels beschikt een meerderjarige die via lastgeving wenst te anticiperen op een toekomstige onbekwaamheid over verschillende mogelijkheden voor de inwerkingtreding van zijn volmacht. Hij kan ervoor kiezen om zijn lasthebber onmiddellijk vertegenwoordigingsmacht toe te kennen en bepalen dat deze bevoegdheid blijft voortduren nadat hij wilsonbekwaam is geworden (zie *supra*, nr. 322). De inwerkingtreding van de volmacht kan ook aan een opschortende voorwaarde of termijn worden verbonden, zoals de opname in een woonzorgcentrum of het bereiken van een bepaalde leeftijd (zie *supra*, nr. 324). Vaak wil de meerderjarige echter zo lang mogelijk zelf het exclusieve zeggenschap over zijn financiën in handen houden en het beheer ervan pas overlaten aan een ander wanneer hij er zelf niet meer toe in staat is. In dat geval kan hij de inwerkingtreding van de lastgeving afhankelijk maken van het verlies van zijn wilsonbekwaamheid (zie *supra*, nr. 325).

397. De vaststelling van de realisatie van deze opschortende voorwaarde gebeurt in Frankrijk en Zwitserland op formele wijze. De lastgeving kan pas in werking treden nadat een officiële instantie heeft verklaard dat de lastgever niet

BIENWALD, "Rechtliche Betreuung" in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006, (1) 136.

⁶⁹¹ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 354.

⁶⁹² C. SPRUZINA, "Vorsorgevollmacht" in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 692.

⁶⁹³ U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 71; N. GEELHAND DE MERXEM, "De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?", *TEP* 2014, (16) 30. Zie ook in Nederland: C.G.C. ENGELBERTINK en S.A. VAN DE MERWE, "Wilsonbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken", *ftV* 2012, afl. 30, (16) 17. Zie ook: S.20 (1) MCA 2005.

langer bekwaam is om zelf zijn vermogensrechtelijke belangen waar te nemen (zie *supra*, nr. 328). Naar Frans recht dient de lasthebber hiervoor een medisch attest voor te leggen aan de griffie van het *tribunal d'instance*, dat aantoonst dat de lastgever wilsonbekwaam is geworden (zie *supra*, nrs. 329-330). De griffier voert een formele controle uit van de geldigheid van de volmacht en vermeldt op het document dat dit in werking treedt op de dag dat het medisch attest ter griffie werd aangeboden (zie *supra*, nrs. 331-332). In Zwitserland wordt de wilsonbekwaamheid van de lastgever beoordeeld door de rechter. Indien hij meent dat de lastgeving in werking is getreden, ontvangt de lasthebber een oorkonde die zijn bevoegdheden weergeeft en net als de verklaring van de griffier in het Franse recht constitutief is voor zijn bevoegdheid (zie *supra*, nrs. 333-336).

398. In een tweede categorie van rechtsstelsels, namelijk het Belgische, Duitse, Engelse en Oostenrijkse, is de inwerkingtreding van de lastgeving een informele aangelegenheid. De lastgever bepaalt zelf door wie en op welke manier zijn wilsonbekwaamheid moet worden vastgesteld (zie *supra*, nrs. 359-360). Preciseert hij dit niet, dan treedt de volmacht automatisch in werking wanneer hij wilsonbekwaam wordt en laat hij de beoordeling daarvan dus over aan de lasthebber zelf (zie *supra*, nr. 361).

399. In een informeel regime van inwerkingtreding is aldus een belangrijke plaats weggelegd voor de persoonlijke voorkeur van de meerderjarige. Mogelijk beschouwt hij zijn lasthebber niet alleen als de meest aangewezen persoon om in zijn plaats financiële beslissingen te nemen maar ook als het best geplaatst om eventuele veranderingen in zijn oordeelsvermogen waar te nemen. De stelsels van het tweede type honoreren dit vertrouwen door de lastgever niet te verplichten een medische 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. Een dergelijke procedure kan ingrijpend zijn voor de persoonlijke integriteit van de lastgever. Verlangt hij toch dat zijn lasthebber hem pas vertegenwoordigt wanneer medisch is aangetoond dat hij zijn belangen niet meer kan behartigen, dan kan hij de inwerkingtreding van de lastgeving naar eigen keuze modaliseren, door bijvoorbeeld te vereisen dat twee artsen zijn wilsonbekwaamheid moeten vaststellen (zie *supra*, nr. 360).

400. Deze keuzevrijheid is een eerste element dat in het voordeel pleit van een informeel systeem van inwerkingtreding. Doordat zij de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige eerbiedigt, ligt zij het meest in lijn met het concept van de lastgeving als een *alternatief* voor maatregelen waarbij de staat en niet de meerderjarige zelf het vermogensbeheer vormgeeft.⁶⁹⁴

⁶⁹⁴ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 91.

401. Uiteraard mag een regime dat de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige bevordert pas in aanmerking worden genomen wanneer het ook zijn recht op bescherming voldoende respecteert. Gedurende het onderzoek zijn op dit punt echter geen tegenindicaties naar boven gekomen. Het klopt weliswaar dat een lasthebber in een informeel systeem van inwerkingtreding mogelijk te vroeg optreedt, terwijl een geformaliseerde inwerkingtreding dit risico uitschakelt, aangezien de volmacht in een dergelijk regime geen waarde heeft zonder een bewijs van officiële bekrachtiging (zie *supra*, nr. 337). Dit risico is evenwel inherent aan elke lastgeving die men onder een opschortende voorwaarde of termijn verleent. De voorwaarde van wilsonbekwaamheid is weliswaar moeilijker in te schatten, maar de lastgever die nog wilsbekwaam is op het ogenblik dat zijn lasthebber voorstelt om de volmacht te gebruiken, heeft de mogelijkheid om hem mee te delen dat hij nog geen vertegenwoordiging behoeft en kan de betrokken rechtshandeling zelf stellen. Handelingen die toch kwaadwillig te vroeg worden gesteld, kan hij meteen (zoals een gewone lastgever) opmerken zodat hij de lasthebber hier eventueel voor aansprakelijk kan stellen en de lastgeving kan herroepen.⁶⁹⁵ In dat opzicht is de kans op een vroegtijdig optreden te kwader trouw eerder klein. Het is voor de lastgever dus wel comfortabel, maar niet *noodzakelijk* om hem een afzonderlijke bescherming tegen voortijdige ingrepen te bieden. Is hij toch van mening dat een dergelijke bescherming aangewezen is, dan wordt deze wens door het informele regime erkend. Het biedt hem immers de mogelijkheid om zelf bijkomende garanties in zijn volmacht in te bouwen door de inwerkingtreding van de lastgeving te onderwerpen aan bepaalde formele voorwaarden (zie *supra*, nrs. 360 en 399).

402. Bovendien wordt de kans op een te vroege aanwending van de volmacht gecompenseerd door het feit dat het risico op een laattijdige tussenkomst van de lasthebber kleiner is dan in formeel regime van inwerkingtreding. Doordat de lasthebber geen machtigingsprocedure moet doorlopen, kan hij in het rechtsverkeer optreden zodra dit noodzakelijk is. Op die manier vermijdt men een hiaat in het beheer van het vermogen van de lastgever en dus in diens bescherming (zie *supra*, nrs. 341-343). De lastgeving biedt in dat opzicht een belangrijk voordeel ten opzichte van rechterlijke beschermingsmaatregelen.

403. Het is wel essentieel dat men in een informeel regime van inwerkingtreding erkent dat het voor de lasthebber vaak geen evidentie is om de intellectuele capaciteiten van zijn lastgever in te schatten. Hij zou maar aansprakelijk mogen worden gesteld wanneer het op grond van de concrete omstandigheden waarschijnlijker was dat de lastgever nog bekwaam was dan dat hij onbekwaam was. Een lasthebber te goeder trouw is op die manier beschermd tegen een mogelijk

⁶⁹⁵ G. MÜLLER, "Altersvorsorgevollmacht – Gestaltung ihres Inkrafttretens", *DNotZ* 1997, (100) 113.

verkeerde beoordeling van de feitelijke toestand van zijn lastgever (zie *supra*, nrs. 372-373). Het is overigens de taak van de overheid om de lasthebber in de wet of via een informatiebrochure voldoende concrete richtlijnen aan te reiken om hem een houvast te bieden en een foute inschatting te vermijden (zie *supra*, nrs. 362-364).

404. De wet zou tevens bescherming moeten bieden aan derden te goeder trouw, zodat het lot van hun transactie met een schijnbaar bevoegde lasthebber niet afhankelijk is van een beroep op de (onzekere) theorie van de schijnvertegenwoordiging (zie *supra*, nrs. 381 e.v.). Een derde te goeder trouw heeft dan weliswaar niet de zekerheid, zoals in een formeel regime, dat de lasthebber *werkelijk* bevoegd is om op treden, maar omdat de feitelijke toestand van de lastgever achteraf niet aan hem kan worden tegengeworpen, is het gevolg voor hem *de facto* hetzelfde; hij weet dat zijn transactie met de lasthebber uitwerking krijgt.

405. Wil de derde meer zekerheid verkrijgen over de realisatie van de opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid in hoofde van de lastgever, dan kan hij zich in verschillende stelsels wenden tot de rechter of de lasthebber verzoeken om dit te doen (zie *supra*, nrs. 376-377). Het lijkt me zinvol om deze mogelijkheid, net als in België en Engeland & Wales, wettelijk te verankeren in de regelgeving over de lastgeving als beschermingsmaatregel. In Oostenrijk heeft de lasthebber, met het oog op zijn legitimatie in het rechtsverkeer, tevens de mogelijkheid om de inwerkingtreding van de lastgeving te laten registreren (zie *supra*, nrs. 378-379).

406. Ook in situaties van gedeeltelijke wilsonbekwaamheid biedt een informeel regime niet minder kwaliteit dan een formeel systeem. Zolang derden te goeder trouw bescherming genieten en op de lasthebber een getemperde aansprakelijkheid rust, sorteert het grillige karakter van de wilsonbekwaamheid van de lastgever geen nadelige gevolgen voor de derde en de lasthebber te goeder trouw (zie *supra*, nrs. 388). Men kan de bevoegdheid van de lasthebber daarom probleemloos functioneel benaderen, in die zin dat een beginnende wilsonbekwaamheid hem nog niet de bevoegdheid geeft om *alle* in de volmacht opgenomen rechtshandelingen te stellen (zie *supra*, nrs. 387).

407. Op het vlak van tijdelijke wilsonbekwaamheid liggen het formele en informele regime op dezelfde lijn, zodat ook in deze context geen bezwaren tegen de informele inwerkingtreding opduiken. De lastgeving blijft overeind gedurende een helder interval zodat ze in alle volgende fasen van wilsonbekwaamheid opnieuw kan worden toegepast (zie *supra*, nrs. 392 e.v.). In beide systemen is het wel aangewezen dat de lastgever in zijn volmacht een onderscheid maakt tussen het juridische *kunnen* en het juridische *mogen* van zijn lasthebber (zie *supra*, nrs. 356-357 en 395). Mijns inziens zou men dit onderscheid moeten verankeren in de wet, door te bepalen dat een lasthebber die optreedt gedurende een helder

interval door de lastgever kan worden aangesproken wanneer hij wist of behoorde te weten dat de lastgever wilsbekwaam was, tenzij partijen anders zijn overeenkomen. Dit is een essentieel aspect van de loyaliteitsverplichting van de lasthebber (zie *supra*, nrs. 354 en 395 en *infra*, nr. 477). In dit verband kan worden verwezen naar het standpunt van de Raad van Europa: “*A continuing power of attorney that can only be exercised in the event of the granter’s incapacity may not be operated during periods when the granter has regained capacity.*”⁶⁹⁶

⁶⁹⁶ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 146.

HOOFDSTUK VIII

INVLOED VAN DE LASTGEVING OP DE HANDELINGSBEKWAAMHEID VAN DE LASTGEVER

AFDELING I. PRINCIPE: BEHOUD VAN HANDELINGSBEKWAAMHEID

§ 1. CONFORMITEIT VAN NATIONALE REGELGEVINGEN MET VN-VERDRAG EN AANBEVELINGEN VAN DE RAAD VAN EUROPA

408. Een basisprincipe in verschillende rechtsstelsels is dat elke persoon in het rechtsverkeer mag optreden, tenzij de wet hem daarvoor onbekwaam heeft verklaard.⁶⁹⁷ Een dergelijke uitzonderingsbepaling is in de verschillende nationale regelgevingen over de buitengerechtelijke bescherming via lastgeving niet terug te vinden. De inwerkingtreding van de lastgeving bij wilsonbekwaamheid van de lastgever leidt niet tot een verlies van diens handelingsbekwaamheid.⁶⁹⁸ Het feit dat

⁶⁹⁷ Zie bv.: **België**: art. 1123 BW; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 322; **Duitsland**: § 104 BGB; **Frankrijk**: art. 1123 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) 576 en 581; **Oostenrijk**: § 865 ABGB; **Zwitserland**: art. 17 en 19d ZGB.

⁶⁹⁸ **België**: *Parl.St.* Kamer 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; 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) 816-817; **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, zie *infra*, nrs. 440-441); 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)*, 2007, 193 (www.assemblee-nationale.fr); 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; J. MASSIP, “Le mandat de protection future”, *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 27; **Oostenrijk**: B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15; **Zwitserland**: art. 17 ZGB *a contrario*.

de lastgever een rechtshandeling heeft gesteld die binnen het bereik van de volmacht valt, volstaat niet om deze handeling aan te vechten.⁶⁹⁹

409. Het behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever hangt samen met 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 verzaken (zie ook *infra*, nr. 417).⁷⁰⁰ De ratio van dit principe is gelegen in het zelfbeschikkingsrecht. Men beschouwt de mogelijkheid om zelf in het rechtsverkeer op te treden als een voorwaarde voor, en niet als het voorwerp van, persoonlijke autonomie.⁷⁰¹ Een rechtssubject mag autonoom over zijn goederen beschikken, maar niet aan die autonomie verzaken, omdat zij inherent is aan zijn status als rechtssubject.⁷⁰²

410. Met het principe van het behoud van handelingsbekwaamheid sluiten de stelsels zich aan bij de opvattingen van de Raad van Europa. Terwijl de Raad in Rec (2009)11 staten veel vrijheid laat met betrekking tot de inwerkingtreding van de lastgeving (zie *supra*, nr. 326), neemt hij een uitgesproken standpunt in over de invloed van de lastgeving op de handelingsbekwaamheid van de lastgever. Principe 9 van de Aanbeveling bepaalt dat de inwerkingtreding van de lastgeving geen automatische impact mag hebben op de juridische bekwaamheid van de

⁶⁹⁹ J. MASSIP, "Le mandat de protection future", *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 29; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 298.

⁷⁰⁰ **België:** art. 1123 BW; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 321-322; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 320 en 353; **Duitsland:** § 137 BGB; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 16; D. SCHWAB, "Vertrauen ohne Kontrolle? Zur 'Vorsorgevollmacht' und ihren Grenzen" in X (ed.), *Ksiega Pamiatkowa Ku Czci Profesora Leopolda Steckiego*, Toruń, Tnoik Dom Organizatora, 1997, (277) 286; 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. 139); **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; **Oostenrijk:** OGH 26 april 1989, *WBl* 1989, 280; M. SCHAUER, "Verwalterbestellung und konkurrierendes Verwaltungshandeln von Miteigentümern", *wobl* 1999, (384) III. 3. a); **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, 1993, (29) 34-35.

⁷⁰¹ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 320; V. LIPP, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson: zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 202; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 37-38.

⁷⁰² V. LIPP, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson: zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 202-203.

kwetsbare meerderjarige. De lasthebber is bijgevolg niet exclusief bevoegd om het vermogen van zijn lastgever te beheren; deze kan nog steeds zelf en zelfstandig rechtshandelingen stellen zolang hij op dat moment wilsbekwaam is om die specifieke beslissingen te nemen.⁷⁰³

411. Dit standpunt vormt een aanvulling op Principe 3 van de eerste aanbeveling van de Raad van Europa inzake meerderjarigenbescherming (Rec (99)4), volgens welk een rechterlijke beschermingsmaatregel de handelingsbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige niet automatisch mag beperken, maar slechts wanneer dit noodzakelijk is.⁷⁰⁴ De ratio van dit principe is gelegen in het feit dat de feitelijke onbekwaamheid van een individu in de loop van de tijd kan variëren en dat er verschillende gradaties van onbekwaamheid bestaan, zodat het niet opportuun is om een beschermingsmaatregel automatisch gepaard te laten gaan met een juridische onbekwaamheid; deze zou in vele gevallen disproportioneel zijn aan de werkelijke behoeften van de kwetsbare meerderjarige.⁷⁰⁵

412. Het behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever ligt tevens in lijn met artikel 12 van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (2006), volgens welk personen met een handicap op voet van gelijkheid met anderen in alle aspecten van het leven rechts- en handelingsbekwaam zijn (zie *supra*, nr. 113).⁷⁰⁶ Dit artikel legt staten op om eerst alle noodzakelijke maatregelen te nemen om kwetsbare meerderjarigen te ondersteunen bij de uitoefening van hun rechten (*supported decision-making*) in plaats van hen meteen de juridische mogelijkheid tot uitoefening geheel of gedeeltelijk te ontnemen en over te dragen aan een ander (*substituted decision-making*).⁷⁰⁷ Dit betekent dat een beschermingsmaatregel niet automatisch de handelingsbekwaamheid van de beschermde personen mag beperken of uitsluiten.⁷⁰⁸ Met dit principe wil men de autonomie

⁷⁰³ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 145.

⁷⁰⁴ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 145.

⁷⁰⁵ Explanatory memorandum of Recommendation (99)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults, nr. 35; S. JANSEN, "Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal protection of incapable adults, an introduction in particular to part V Interventions in the health field", *EJHL* 2000, (333) 336.

⁷⁰⁶ Art. 12, tweede lid van het Verdrag.

⁷⁰⁷ Art. 12, derde lid van het Verdrag; V. LIPP en J. O. WINN, "Guardianship and autonomy: foes or friends?", *Journal of International Aging, Law and Policy* 2011, (41) 50-54; 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) 8-12.

⁷⁰⁸ V. LIPP en J. O. WINN, "Guardianship and autonomy: foes or friends?", *Journal of International Aging, Law and Policy* 2011, (41) 55; M. GANNER en P. BARTH, "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax* 2010, (204) 206.

van personen met een handicap bevorderen en bereiken dat zij als volwaardige leden van de maatschappij worden beschouwd.⁷⁰⁹ De Raad van Europa vermeldt het Verdrag uitvoerig in de toelichting bij Rec (2009)11 en heeft artikel 12, tweede lid bijna letterlijk overgenomen in zijn Rec (2014)2 over ouderen (zie *supra*, nr. 120).⁷¹⁰ Ook in de Belgische parlementaire voorbereidingen van de wetgeving omtrent meerderjarigenbescherming wordt er uitdrukkelijk naar verwezen.⁷¹¹

§ 2. CONTRAST MET BEWIND

413. Het gevolg van het principe van behoud van handelingsbekwaamheid is dat de rechtshandelingen die de lastgever zelf verricht nadat zijn volmacht in werking is getreden, niet automatisch, omwille van die inwerkingtreding, vernietigbaar zijn. Enkel wanneer blijkt dat de lastgever wilsonbekwaam was op het ogenblik dat hij de betrokken rechtshandeling stelde, komt de nietigverklaring in het vizier, omdat dan een geldige toestemming ontbreekt.⁷¹² Dit betekent dat de lastgever volkomen rechtsgeldig zelf en zelfstandig in het rechtsverkeer kan optreden gedurende een heldere tussenpoos.

414. In dat opzicht verschilt het regime van de lastgeving in verschillende stelsels van de rechterlijke bescherming. In België, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland is een persoon die onder bewind staat juridisch onbekwaam om alle rechtshandelingen te stellen die tot het takenpakket van zijn vertegenwoordiger behoren, ongeacht zijn feitelijke toestand op het ogenblik dat hij deze handelingen stelt (zie *supra*, nrs. 98 en 100).⁷¹³ De meerderjarige wordt geacht niet te *kunnen* optreden in het rechtsverkeer, zodat hij het ook niet *mag*.⁷¹⁴ De uitoefening van zijn rechten wordt overgedragen aan een derde, om te vermijden dat hij door zijn stilzitten uit het rechtsverkeer uitgesloten zou zijn of zich door zijn eigen rechtshandelingen zou benadelen.⁷¹⁵ Om deze bescherming en de bijhorende bevoegd-

⁷⁰⁹ INCLUSION EUROPE, *Position paper of Inclusion Europe: Key elements of a system for supported decision-making*, 2008, 1 (www.inclusion-europe.org).

⁷¹⁰ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nrs. 17-19; Principe 12 Recommendation (2014)2 on the promotion of the human rights of older persons.

⁷¹¹ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/010, 5 en 18-19.

⁷¹² **België:** art. 1108 BW; art. 504 BW *a contrario*; zie ook art. 901 BW; *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 33; **Duitsland:** § 104, tweede lid BGB; § 105, eerste en tweede lid BGB; **England & Wales:** H.G. BAELE, *Chitty on Contracts – Volume 1: General Principles*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 785-786; **Frankrijk:** art. 414-1 C.Civ.; Het Franse recht kent de lastgever evenwel nog een bijkomende grond toe om zijn rechtshandelingen aan te vechten in art. 488 C.Civ., zie *infra*, nrs. 440 e.v.; **Oostenrijk:** § 869 ABGB; **Zwitserland:** art. 18 ZGB.

⁷¹³ Zie evenwel de nuance voor het Zwitserse recht in nr. 104.

⁷¹⁴ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 98.

⁷¹⁵ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 20; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 101.

heidsbeperking effectief te maken, kunnen de handelingen die hij zelf verricht terwijl ze tot de opdracht van zijn vertegenwoordiger behoren, ongedaan worden gemaakt.⁷¹⁶ Op de persoon die zich op de nietigheid beroept, rust dus een vereenvoudigde bewijslast: hij hoeft niet aan te tonen dat de meerderjarige wilsonbekwaam was toen hij de betrokken rechtshandeling stelde, maar enkel dat hij onder bewind stond (zie *supra*, nrs. 27 en 100).⁷¹⁷

415. De draagwijdte van die handelingsonbekwaamheid verschilt evenwel van land tot land. Naar Oostenrijks en Zwitsers recht leidt de handelingsonbekwaamheid ertoe dat de rechtshandelingen die de beschermde persoon zonder toestemming van zijn bewindvoerder heeft gesteld, door zijn contractpartij kunnen worden aangevochten.⁷¹⁸ In Frankrijk is de handelingsonbekwaamheid van de beschermde persoon minder ingrijpend, daar zij resulteert in een relatieve nietigheid, die enkel de beschermde persoon zelf of zijn bewindvoerder kunnen inroepen.⁷¹⁹ Naar Belgisch recht is er pas sprake van nietigheid (die eveneens relatief is) wanneer de beschermde persoon handelingen verricht die tot de bevoegdheid van zijn vertegenwoordiger behoren *en* die een machtiging van de vrederechter vereisen (namelijk daden van beschikking).⁷²⁰ Is voor deze handelingen geen machtiging vereist, dan kunnen de aangegane verbintenissen pas nietig worden verklaard of verminderd in geval van benadeling respectievelijk buitensporigheid.⁷²¹

416. In Duitsland en Engeland & Wales is het principe van het behoud van handelingsbekwaamheid niet alleen kenmerkend voor de lastgeving maar ook voor het bewind. Voor beide beschermingsstatuten hanteren deze stelsels een functionele benadering van onbekwaamheid (zie *supra*, nrs. 105 e.v.). Dat de meerderjarige onder rechterlijke bescherming staat, tast de geldigheid van zijn rechtshandelingen niet automatisch aan. Daarvoor is vereist dat hij feitelijk onbekwaam was

⁷¹⁶ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 20; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 352.

⁷¹⁷ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 14 en 285.

⁷¹⁸ **Oostenrijk:** § 280, eerste en tweede lid ABGB; § 865 ABGB; J. STABENTHEINER, “§ 273-§ 273a ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (423) 428 en 429; **Zwitserland:** art. 19, eerste lid ZGB; art. 19b, eerste lid ZGB; P. BREITSCHMID, “Art. 19b 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, (79) 79.

⁷¹⁹ Art. 465, 3° C.Civ.; art. 1125 C.Civ.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 373. Zie *supra*, nr. 98.

⁷²⁰ Art. 493, § 2, eerste en tweede lid BW; art. 1125, tweede lid BW; 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) 297; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 576. Zie *supra*, nr. 98.

⁷²¹ *Idem*.

op het ogenblik dat hij deze handelingen stelde. Net als onder het regime van de lastgeving, kan hij aldus rechtsgeldig optreden gedurende periodes waarin hij tijdelijk weer beschikt over zijn intellectuele capaciteiten.

§ 3. VERBOD OP CONVENTIONELE HANDELINGS- ONBEKWAAMHEID

417. Handelingsonbekwaamheid kan enkel voortvloeien uit de wet. Daarom is het de lastgever in geen van de onderzochte rechtsstelsels toegestaan om in zijn overeenkomst met de lasthebber van het principe van het behoud van zijn handelingsbekwaamheid af te wijken (zie *supra*, nr. 409).⁷²² Een beding dat de lastgever de bevoegdheid ontnemt om zelf de rechtshandelingen te stellen die onder het toepassingsgebied van de volmacht vallen en dat bij schending resulteert in de nietigheid van deze rechtshandelingen, is dus ontoelaatbaar.⁷²³ Dit principe wortelt in het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige (zie *supra*, nr. 409). Het verbod om een conventionele handelingsonbekwaamheid in het leven te roepen draagt ook bij tot de rechtszekerheid, aangezien derden er op kunnen vertrouwen dat elk rechtssubject in beginsel bekwaam is om de rechten uit te oefenen waarvan hij titularis is.⁷²⁴

418. In verschillende stelsels benadrukt men wel dat een contractuele uitsluiting van de concurrerende eigen bevoegdheid wel geldig is wanneer zij geen zake-lijke maar een louter verbintenisrechtelijke werking heeft, in die zin dat er bij

⁷²² België: art. 1123 BW; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 321-322; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 320 en 353; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 298-299; Duitsland: § 137 BGB; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 16; D. SCHWAB, "Vertrauen ohne Kontrolle? Zur 'Vorsorgevollmacht' und ihren Grenzen" in X (ed.), *Księga Pamiatkowa Ku Czci Profesora Leopolda Steckiego*, Torún, Tnoik Dom Organizatora, 1997, (277) 286; 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. 139); 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; Oostenrijk: OGH 26 april 1989, WBl 1989, 280; M. SCHAUER, "Verwalterbestellung und konkurrierendes Verwaltungshandeln von Miteigentümern", *wobl* 1999, (384) III. 3. a); 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, 1993, (29) 34-35.

⁷²³ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 353.

⁷²⁴ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 351; A. ARNOLD, "§ 137 BGB" in H.P. WESTERMANN (ed.), *Erman BGB Kommentar*, Keulen, Otto Schmidt Verlag, 2011, nr. 1.

overtreding van de clause geen sprake is van een aan derden tegenwerpelijke nietigheid maar enkel van een verplichting tot schadeloosstelling ten opzichte van de medecontractant.⁷²⁵ Men kan met andere woorden het juridische *mogen* conventioneel aan banden leggen, maar niet het juridische *kunnen*.⁷²⁶ Daarbij maakt men wel het voorbehoud dat dergelijke verbodsclausules steeds naar inhoud, voorwerp of in de tijd beperkt moeten zijn.⁷²⁷

§ 4. RISICO OP TEGENSTRIJDIGE RECHTSHANDELINGEN?

419. Sommige auteurs bekritisieren het behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever, en dit om twee redenen. Ten eerste wijzen zij op het risico van tegenstrijdige rechtshandelingen dat met dit behoud gepaard gaat.⁷²⁸ De kans bestaat namelijk dat zowel de lasthebber als de lastgever contracteren over hetzelfde goed, maar elk met een andere contractpartij.⁷²⁹ Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de lastgever een van zijn schilderijen verkoopt aan persoon A, terwijl de lasthebber het goed reeds verkocht heeft aan persoon B.

420. In deze feitenconstellatie kunnen zich twee hypotheses voordoen. Ten eerste is het mogelijk dat de lastgever wilsonbekwaam was op het ogenblik dat hij het schilderij verkocht. In dat geval kan de lasthebber, op grond van zijn hoedanigheid als vertegenwoordiger, de transactie in naam van zijn lastgever laten nietig verklaren wegens het gebrek aan toestemming.⁷³⁰ Op die manier kan hij uitwer-

⁷²⁵ Zie bv.: België: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 353-355; zie ook: F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 322; Duitsland: § 137 BGB; A. ARNOLD, "§ 137 BGB" in H.P. WESTERMANN (ed.), *Erman BGB Kommentar*, Keulen, Otto Schmidt Verlag, 2011, nr. 1; Zwitserland: E. BUCHER, "Berner Kommentar, Bd. I/2/2, Die natürlichen Personen, Art. 27 ZGB" in H. HAUSHEER (ed.), *Berner Kommentar*, Bern, Stämpfli Verlag, 1993, (29) 36.

⁷²⁶ A. ARNOLD, "§ 137 BGB" in H.P. WESTERMANN (ed.), *Erman BGB Kommentar*, Keulen, Otto Schmidt Verlag, 2011, nr. 1; E. BUCHER, "Berner Kommentar, Bd. I/2/2, Die natürlichen Personen, Art. 27 ZGB" in H. HAUSHEER (ed.), *Berner Kommentar*, Bern, Stämpfli Verlag, 1993, (29) 36.

⁷²⁷ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 361-362; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 322; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571; B. SCHWENNEKER, "§ 137 BGB" in O. HAAG en J. LÖFFLER (eds.), *HGB Kommentar*, Keulen, ZAP Verlag, 2013, nr. 9.

⁷²⁸ 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.

⁷²⁹ B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 16; P. MALAURIE, "La réforme de la protection juridique des majeurs", *Defrénois* 2007, (557) nr. 9; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 348.

⁷³⁰ België: art. 1108 BW; art. 504 BW *a contrario*; zie ook art. 901 BW; *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 33; Duitsland: § 104, tweede lid BGB; § 105, eerste en tweede lid BGB; England & Wales: H.G. BAELE, *Chitty on Contracts - Volume 1: General Principles*, Londen, Sweet &

king verlenen aan de transactie die hij zelf ter behartiging van de belangen van de meerderjarige voor ogen had. Het resultaat is met andere woorden hetzelfde als wanneer de lastgever handelingsonbekwaam was geweest: ook in dat geval zou zijn handeling kunnen worden aangevochten.

421. Een andere hypothese is dat de lastgever zijn intellectuele capaciteiten tijdelijk herwonnen had en dus wel wilsbekwaam was op het ogenblik dat hij de verkoopovereenkomst sloot. De overeenkomst is dan rechtsgeldig en conflicteert met de overeenkomst die de lasthebber voordien over hetzelfde schilderij heeft gesloten. Dit risico vormt echter evenmin een reden om het verlies van handelingsbekwaamheid in hoofde van de lastgever te bepleiten, aangezien het inherent is aan *elke* lastgeving. Ook de lastgever van een ‘gewone’ volmacht behoudt zijn beschikkingsbevoegdheid en stelt daardoor mogelijk een rechtshandeling die onverzoenbaar is met een eerder of later gesloten overeenkomst van de lasthebber. Dit risico is bij de gewone lastgeving zelfs groter dan bij de lastgeving die bedoeld werd als beschermingsmaatregel, aangezien de lastgever van een gewone volmacht volkomen wilsbekwaam is, terwijl de lastgever in het andere geval meestal niet in staat is om zelf nog enige handeling te verrichten.⁷³¹ Het rechtvaardigt evenwel niet dat de lastgever van een gewone volmacht de bevoegdheid zou verliezen om zijn eigendom zelf te beheren door het loutere feit dat hij een lasthebber heeft aangeduid.

422. Het enige gevolg van hun overlappende bevoegdheid is dat de lastgever en lasthebber elkaar op de hoogte moeten brengen van de handelingen die ze verrichten. De lasthebber dient te rapporteren bij de lastgever over de transacties die hij met diens vermogen is aangegaan (zie *infra*, nr. 476). Deze verplichting van de lasthebber werd in het Belgische recht omtrent de buitengerechtelijke bescherming via lastgeving uitdrukkelijk in de wet opgenomen (art. 490/2, § 1, derde lid BW). Omgekeerd is het aan de lastgever om de lasthebber te informeren wanneer zijn tussenkomst voor een bepaalde handeling niet meer vereist is. Ontstaat er toch een conflict tussen de rechtshandelingen van beiden, dan dient te worden teruggегреpen naar de specifieke voorrangregels die hiervoor in de verschillende rechtsstelsels werden ontwikkeld.⁷³²

Maxwell, 2012, 785-786; Frankrijk: art. 414-1 en 414-2 C.Civ.; J. MASSIP, “Le mandat de protection future”, *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 29; J. KLEIN, “Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental”, *Defrénois* 2006, (695) A. 1.; Oostenrijk: § 869 ABGB; Zwitserland: art. 18 ZGB.

⁷³¹ Cf. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 322.

⁷³² Zie bv.: België: art. 1141 BW; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 381-384; Frankrijk: art. 1141 C.Civ.; Oostenrijk: § 430 ABGB.

§ 5. ONGESCHIKTHEID VAN DE LASTGEVING VOOR PERSONEN DIE TEGEN ZICHZELF MOETEN WORDEN BESCHERMD?

423. Tegen het behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever werpen sommigen ook op dat de lastgeving hierdoor geen volwaardige beschermingsmaatregel is.⁷³³ Zij biedt volgens hen geen oplossing voor personen die tegen zichzelf moeten worden beschermd, zijnde personen wiens wilsonbekwaamheid niet resulteert in passiviteit maar in het stellen van ondoordachte rechtshandelingen: “*représenter ce n’est pas protéger*”.⁷³⁴

424. Nochtans is het verschil tussen een handelingsbekwame wilsonbekwame meerderjarige en een handelingsonbekwame wilsonbekwame meerderjarige niet zo groot. Beiden beschikken over een rechtsgrond om hun handelingen te betwisten en zijn in dat opzicht beschermd ‘tegen zichzelf’. De handelingsbekwame meerderjarige (al dan niet via zijn vertegenwoordiger) zal daarbij wel het bewijs moeten leveren van zijn wilsonbekwaamheid. Dit vereiste is niet onredelijk: waarom zouden hij of zijn lasthebber moeten kunnen opkomen tegen een rechtshandeling die berust op een volkomen geldige toestemming? Als het in deze problematiek zou gaan om meerderjarigen die geen vertegenwoordiger hebben, dan zou men kunnen opwerpen dat zij onvoldoende worden beschermd door de gemeenrechtelijke rechtsgrond van een gebrek aan toestemming, omdat zij zich daar pas op kunnen beroepen wanneer ze opnieuw wilsbekwaam zijn of nadien een wettelijke vertegenwoordiger krijgen.⁷³⁵ In het kader van de lastgeving daarentegen beschikt de meerderjarige over een persoon die zijn belangen behartigt en die dus meteen tegen zijn rechtshandelingen kan opkomen indien hij deze onder invloed van zijn geestesstoornis heeft gesteld. Sommige stelsels vergemakkelijken bovendien het bewijs van de wilsonbekwaamheid door de bewijsvoering aan de hand van feitelijke vermoedens toe te laten. In het bijzonder aanvaardden zij een feitelijk en weerlegbaar vermoeden van wilsonbekwaamheid wanneer men kan aantonen dat de meerderjarige kort voor en kort na de rechtshandeling wilsonbekwaam was.⁷³⁶

⁷³³ 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.

⁷³⁴ 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) 577. Zie ook: 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; K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 187.

⁷³⁵ Cf. A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 284.

⁷³⁶ Zie bv.: België: F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 506; Frankrijk: Cass. 28 mei 1980, *JCP* 1981, II, 19552, noot G. RAYMOND; Cass. 11 juni 1980, *Bull. Civ.* 1980, I, 149, nr. 184; 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*

425. Het is pas wanneer het bewijs van wilsonbekwaamheid niet of moeilijk kan worden geleverd dat de bescherming van de handelingsbekwame wilsonbekwame lastgever in het gedrang komt en de bovenstaande kritiek pertinent wordt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij verkwisters. Naar Belgisch recht kunnen deze personen onder buitengerechtelijke bescherming worden geplaatst (art. 488/2 BW; zie *supra*, nr. 366), maar het valt niet in te zien welke rol de lastgeving voor hen kan spelen in de praktijk.⁷³⁷ De buitensporige verbintenissen die zij aangaan kunnen maar worden aangevochten indien een bewijs van gebrekkige toestemming wordt geleverd, en dat is in het geval van verkwisting niet altijd mogelijk: verkwistingsdrang is niet noodzakelijk het gevolg van een geestesstoornis (zie *supra*, nr. 366).

426. Dat de lastgeving ongeschikt is voor verkwisters of bepaalde andere personen, betekent echter nog niet dat zij voor iedereen zou moeten resulteren in een verlies van handelingsbekwaamheid. Het betekent alleen dat het voor deze categorie van personen aangewezen is dat de rechter een handelingsonbekwaamheid uitspreekt.⁷³⁸ In de huidige stand van het recht in de verschillende stelsels kan hij dit doen door een rechterlijke maatregel op te leggen, waarvan hij de concrete invulling beperkt tot het strikt noodzakelijke: hij maakt de lastgever handelingsonbekwaam en volgt de opportuniteit van deze handelingsonbekwaamheid op in de tijd, maar laat het beschermingsregime voor het overige intact.⁷³⁹ Dit wil zeggen dat de lasthebber blijft optreden als vertegenwoordiger en de in de volmacht opgenomen beginselen zijn takenpakket uitmaken. Op dat vlak volstond de lastgeving immers wel voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige. Om dezelfde reden zou de rechter de vertegenwoordiger moeten kunnen vrijstellen van de verplichting tot rekenschap en tot het vragen van een machtiging voor bepaalde handelingen.

(n° 3462) portant réforme de la protection juridique des majeurs (nr. 3557), 2007, 117 (www.assemblee-nationale.fr).

⁷³⁷ Cf. K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *NFM* 2013, (182) 187; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 299; M.A. MASSCHELEIN, "De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen", *NNK* 2013, (3) 6; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 511.

⁷³⁸ Cf. *Parl.St.* Kamer (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; A. WYLLEMAN, "Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 115; D. SCHWAB, "Vertrauen ohne Kontrolle? Zur 'Vorsorgevollmacht' und ihren Grenzen" in X (ed.), *Księga Pamiatkowa Ku Czci Profesora Leopolda Steckiego*, Toruń, Tnoik Dom Organizatora, 1997, (277) 286; T. WUYTS, "Onbekwamen in het vermogensrecht" in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 104.

⁷³⁹ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 66.

427. Lastgeving hoeft bijgevolg niet automatisch gepaard te gaan met handelingsonbekwaamheid om een volwaardige beschermingsmaatregel te kunnen zijn. Om wilsonbekwame meerderjarigen op proportionele wijze te beschermen tegen zichzelf, volstaat het dat de rechter de *mogelijkheid* heeft om een handelingsonbekwaamheid uit te spreken en zo een hybride regime te creëren, dat zich tussen de buitengerechtelijke en rechterlijke bescherming situeert. Dit regime kan de vorm aannemen van een rechterlijke maatregel met buitengerechtelijke elementen, maar een wetgever zou er ook voor kunnen opteren om de mogelijkheid tot het uitspreken van een handelingsonbekwaamheid te integreren in de regelgeving over de buitengerechtelijke bescherming. Vooralsnog is dit in geen van de onderzochte rechtsstelsels het geval. De mogelijkheid van handelingsonbekwaamheid zou alleszins niet in strijd zijn met de eerder aangehaalde Europese aanbevelingen; zij verbieden enkel een *automatisch* verlies van handelingsbekwaamheid (zie *supra*, nrs. 120 en 410-411).

§ 6. INVLOED OP DE POSITIE VAN DERDEN

A. *Type 1: onderscheiden positie bij buitengerechtelijke en rechterlijke bescherming*

428. Handelingsonbekwaamheid is een hoedanigheid die niet alleen de rechtspositie van de meerderjarige zelf beïnvloedt maar die ook haar weerslag heeft op de derden die met hem contracteren, gelet op de vernietigbaarheid waarmee zij gepaard gaat. Verschillende wetgevers hebben er daarom voor gekozen om het rechtsverkeer in te lichten zodra een meerderjarige handelingsonbekwaam wordt verklaard door de toepassing van een rechterlijke beschermingsmaatregel. Dit is bijvoorbeeld het geval in het Belgische en Franse recht.⁷⁴⁰ Via deze publicatie weten derden (of kunnen zij te weten komen) welke risico's een transactie met de meerderjarige inhoudt.⁷⁴¹ De eventuele nietigverklaring van deze overeenkomst is daardoor gerechtvaardigd: de derde is per definitie te kwader trouw, zodat de belangen van de kwetsbare meerderjarige kunnen primeren.⁷⁴²

429. In het kader van de buitengerechtelijke bescherming via lastgeving ontbreekt deze publiciteit, omdat de Belgische en Franse wetgever deze omwille van

⁷⁴⁰ België: art. 1249 Ger.W.; 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) 314; Frankrijk: art. 444 C.Civ.; art. 1233 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, 354.

⁷⁴¹ F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 233.

⁷⁴² A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 237; T. WUYTS, "De retroactieve werking van de handelingsonbekwaamheid van de persoon geplaatst onder voorlopig bewind: zegen of vloek?" (noot onder Brussel 21 maart 2007), *TBBR* 2008, (82) 83.

het behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever niet noodzakelijk achten.⁷⁴³ Toch loopt een derde ook in dat geval het risico dat zijn overeenkomst met de lastgever achteraf wordt aangevochten, zij het dat de oorzaak hiervan zal liggen in diens wilsonbekwaamheid (zie *supra*, nr. 413).⁷⁴⁴ De nietigheid resulteert weliswaar in volledige restitutie, maar dit betekent niet noodzakelijk dat zij geen nadelige gevolgen voor de derde kan teweegbrengen.⁷⁴⁵ Wanneer bijvoorbeeld de overname van een handelszaak wordt vernietigd omdat de overnemer wilsonbekwaam bleek te zijn, kan de handelszaak een deel van haar waarde verliezen.⁷⁴⁶ Men zou kunnen verwachten dat het gebrek aan publiciteit wordt gecompenseerd door een andere vorm van derdenbescherming, maar dit is niet het geval. Zodra de lastgever (al dan niet via zijn lasthebber) kan aantonen dat hij wilsonbekwaam was toen hij een bepaalde rechtshandeling stelde, wordt deze handeling in principe nietig verklaard, ook al kon zijn contractspartij op geen enkele manier van de wilsonbekwaamheid op de hoogte zijn.⁷⁴⁷ Derden te goeder trouw genieten in het Belgische en Franse recht geen wettelijke bescherming wanneer een rechtshandeling op grond van wilsonbekwaamheid nietig wordt verklaard, ook niet in het kader van de lastgeving. Het belang van de wilsonbekwame meerderjarige krijgt voorrang. Allicht is dit principe het gevolg van de opvattingen over geestesgestoordheid ten tijde van de opstelling van de Code Civil in 1804. Mentale stoornissen werden geassocieerd met abnormale gedragingen die voor iedereen duidelijk zichtbaar waren, zoals bv. razernij. Men veronderstelde met andere woorden dat een derde zich bewust was van de wilsonbekwaamheid van zijn contractant, zodat hij de gevolgen van de bescherming van deze contractant moest ondergaan.⁷⁴⁸

⁷⁴³ **België:** *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 38; **Frankrijk:** Circ. DACS CIV/01/09/C1 9 februari 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, *BO min. Just.* 28 februari 2009, 40.

⁷⁴⁴ F. FERRAND, "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (223) 234.

⁷⁴⁵ **België:** A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 288 en 296; **Frankrijk:** M.-A. RAKOTOVAHINY, "Restitution en nature ou restitution en valeur: propos sur une équivalence fonctionnelle", *D.* 2002, (3108) nr. 3.

⁷⁴⁶ *Cf.* Antwerpen 12 november 1985, *RW* 1986-87, 463. Zie ook de bespreking van dit arrest in: A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 296.

⁷⁴⁷ **België:** A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 236, 296-297 en 300; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 169; J.M. PAUWELS, "Preadvies Prof. Johan M. Pauwels" in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, (43) 64; **Frankrijk:** Cass.fr. 10 juni 1981, *Bull.Civ.* 1981, I, nr. 202; Parijs 10 januari 1969, *D.* 1969, *Jur.*, 331; O. SIMON, "La nullité des actes juridiques pour trouble mental", *RTD Civ.* 1974, (707) 724.

⁷⁴⁸ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 235-236.

430. Dit betekent dat een derde die wenst te contracteren met een persoon onder buitengerechtelijke bescherming zich in een andere positie bevindt dan een derde die een rechtshandeling wenst af te sluiten met een persoon onder rechterlijke bescherming. De eerste is zich onbewust van het feit dat zijn overeenkomst mogelijk ongeldig zal zijn, terwijl de tweede op voorhand de risico's van zijn transactie kan achterhalen en de bewindvoerder van de beschermde persoon kan contacteren om de geplande overeenkomst af te sluiten. Dit leidt tot rechtsonzekerheid.⁷⁴⁹ Bovendien voelt de nietigverklaring van een rechtshandeling die een derde met de beschermde persoon heeft afgesloten enkel in het tweede geval aan als verantwoord omwille van de mogelijkheid tot kennisname. Voor de derde die te goeder trouw met een wilsonbekwame lastgever contracteert, komt de nietigverklaring geheel onverwacht. Nochtans bevinden beide contractpartijen zich niet in een fundamenteel verschillende situatie. Ze contracteren allebei met een meerderjarige die onder bescherming staat, mogelijk zelfs omwille van dezelfde mentale aandoening. Naar mijn mening valt het niet te rechtvaardigen dat de aard van deze bescherming (namelijk buitengerechtelijk of niet) hun rechtspositie beïnvloedt.

431. De betrokken wetgevers staan hier voor een belangenafweging. Een gelijkshakeling van de gevolgen van beide soorten beschermingsmaatregelen ten aanzien van derden kan op verschillende manieren gebeuren. Theoretisch gezien zou men er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om ook aan de inwerkingtreding van de lastgeving een publiciteitsmechanisme te verbinden. Dat is de oplossing die men in de Franse literatuur bepleit.⁷⁵⁰ In de praktijk zou dit evenwel een disproportionele impact hebben op de autonomie van de kwetsbare meerderjarige. Men mag niet vergeten dat gedeeltelijke wilsonbekwaamheid reeds volstaat om de lastgeving in werking te doen treden (zie *supra*, nrs. 348, 351 en 387). De lastgever is in dat geval nog steeds in staat om verschillende handelingen zelf te stellen en hij mag die ook stellen, nu de lastgeving hem niet handelingsonbekwaam maakt. Door de publiciteit van de maatregel zou hem die mogelijkheid om zelf op te treden echter worden ontnomen: derden gaan terughoudend zijn om eender welke rechtshandeling met hem af te sluiten. Daardoor wordt de handelingsbekwaamheid van de lastgever *de facto* uitgehouden. Het stigmatiserende effect van de publi-

⁷⁴⁹ Cf. *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 282.

⁷⁵⁰ P. POTENTIER, "Mandat de protection future", *JurisClasseur Code Civil* 2009, (nr. 1) nr. 116; L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nrs. 15-19; P. POTENTIER, "Forces et faiblesses du mandat de protection future", *Dr. et patrimoine* 2008, (74) 78; F. FERRAND, "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (223) 234. Zie ook: *Les propositions du 102e Congrès des Notaires de France – Strasbourg 21-24 mai 2006: Les personnes vulnérables* (Troisième commission – 2^e proposition), www.congresdesnotaires.fr.

citeit van de inwerkingtreding van de lastgeving is overigens de reden waarom de Franse wetgever er niet toe wil overgaan.⁷⁵¹

432. Men zou ook kunnen argumenteren dat publiciteit niet noodzakelijk is om derden te behoeden voor de nadelige gevolgen van een eventuele nietigverklaring. De rol van publiciteit zou evengoed kunnen worden overgenomen door een wettelijke bepaling die derden te goeder trouw beschermt wanneer een rechtshandeling op grond van een gebrek aan toestemming wordt aangevochten.⁷⁵² Zo zou men kunnen voorschrijven dat een rechtshandeling behouden moet blijven wanneer de derde rechtmatig mocht vertrouwen op de geldigheid van de toestemming van zijn contractpartner, met andere woorden wanneer hij niet wist en redelijkerwijze niet kon weten dat deze wilsonbekwaam was.⁷⁵³ Een dergelijke bepaling erkent dat wilsonbekwaamheid in vele gevallen niet zomaar kan worden afgeleid uit een of enkele ontmoetingen met de wilsonbekwame persoon. Het probleem is echter dat deze regel de balans volledig doet doorwegen in het voordeel van de belangen van de derde.⁷⁵⁴ Slechts in een aantal gevallen zal men de derde kunnen verwijten dat hij wist of kon weten dat er iets schortte met de wil van zijn contractspartij en kan de meerderjarige tegen deze gebrekkige toestemming worden beschermd.

433. In haar doctoraat verdedigt WYLLEMAN een interessante oplossing voor deze problematiek, die men kan beschouwen als een middenweg. Zij is eveneens van mening dat er een deficit bestaat in de bescherming van derden te goeder trouw die met een wilsonbekwame handelingsbekwame meerderjarige contracteren, zijnde een meerderjarige die niet onder een rechterlijk beschermingsstatuut staat.⁷⁵⁵ Tegelijk erkent zij dat de bescherming van deze derden niet onverkort mag primeren op de belangen van de kwetsbare meerderjarige door hem de nietigverklaring te ontzeggen zodra zijn contractspartij niet op de hoogte was of kon zijn van zijn wilsonbekwaamheid.⁷⁵⁶ Zij stelt voor om de belangen van derden te goeder trouw weliswaar in rekening te brengen maar om deze bescherming te temperen

⁷⁵¹ X., "Aucun registre des mandat de protection future n'est envisagé", *JCP N* 2014 (28 februari 2014), act. 342. Zie *supra*, nr. 316.

⁷⁵² Cf. de discussies tijdens de hervormingen van het Zwitserse recht inzake meerderjarigenbescherming: *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2004, 417 (www.ejpd.admin.ch): "Il faut donc soit maintenir le principe de la publication, soit consacrer la protection des tiers de bonne foi."

⁷⁵³ Cf. W. DE BONDT, "De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten", *TBBR* 1996, (369) 395-396.

⁷⁵⁴ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 309.

⁷⁵⁵ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 296 en 300.

⁷⁵⁶ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 309.

via een beroep op de theorie van het rechtsmisbruik.⁷⁵⁷ Dit houdt in dat de overeenkomst die een derde te goeder trouw met een wilsonbekwame meerderjarige heeft afgesloten pas behouden mag blijven wanneer het nadeel dat die derde zou lijden bij de nietigverklaring veel groter is dan het nadeel dat de meerderjarige ondervindt door het behoud van de rechtshandeling. Omgekeerd betekent dit dat de meerderjarige pas de nietigheid kan verkrijgen wanneer hij aantoont dat het nadeel dat hij zou lijden bij het behoud van de rechtshandeling veel groter is dan het nadeel dat de derde ondervindt door de nietigverklaring.⁷⁵⁸ WYLLEMAN geeft daarbij het voorbeeld van enerzijds een wilsonbekwame meerderjarige die in een vlaag van manie een kast op maat laat maken terwijl hij die eigenlijk niet nodig heeft en anderzijds een wilsonbekwame meerderjarige die onder invloed van zijn stoornis een exclusieve, peperdure mantel aankoopt in een speciaalzaak. In het eerste geval is het behoud van de overeenkomst verantwoord, terwijl er in het tweede geval geen redenen zijn om de nietigverklaring en bijhorende restitutie te weigeren.⁷⁵⁹

434. Een gelijkaardig voorstel kwam ook ter sprake tijdens de voorbereidingen van de hervorming van het Zwitserse recht inzake meerderjarigenbescherming, zij het dan in de context van de rechterlijke bescherming. Er was namelijk besloten om rechterlijke maatregelen niet langer te publiceren, ook al kunnen zij soms aanleiding geven tot handelingsonbekwaamheid, omdat men deze publiciteit als stigmatiserend beschouwde en ze bovendien niet efficiënt bleek te zijn in de praktijk.⁷⁶⁰ Tegelijk zou het nieuwe artikel 452, eerste lid ZGB bepalen dat een beschermingsmaatregel tegenwerpelijk is aan derden te goeder trouw.⁷⁶¹ Het kanton

⁷⁵⁷ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 310-312.

⁷⁵⁸ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 311. Ook SWENNEN pleit in zijn doctoraat voor een billijkere benadering van de nietigheidssanctie bij wilsonbekwaamheid, maar dan via een verruiming van art. 1386bis BW. Zie ook: W. DE BONDT, "De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten", *TBBR* 1996, (369) 395-396.

⁷⁵⁹ A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 311-312.

⁷⁶⁰ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6653 en 6722 (www.ejpd.admin.ch): "Il existe ainsi un déséquilibre important entre l'utilité supposée de la publication pour des tiers et la stigmatisation que représente une mesure pour la personne qui la subit."

⁷⁶¹ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6722 (www.ejpd.admin.ch). Er werden wel een aantal waarborgen voor de bescherming van derden ingebouwd. Zo kan een belanghebbende aan de rechter vragen of een bepaalde persoon al dan niet onder bescherming staat (art. 451, tweede lid ZGB). Voorts bepaalt art. 452, tweede lid ZGB dat de bestaande schuldenaren van de kwetsbare meerderjarige moeten worden ingelicht over zijn handelingsonbekwaamheid en dat zij dus enkel bevrijdend kunnen betalen in handen van diens vertegenwoordiger. Worden zij niet geïnformeerd, dan kan de handelingsonbekwaamheid hen niet worden tegengeworpen. Tot slot zal een derde in bepaalde omstandigheden een schadevergoeding kunnen bekomen van de handelingsonbekwame (art. 19b, tweede lid en 452, derde lid ZGB).

Basel-Land beschouwde dit als een te vergaande bepaling omdat zij aanleiding kon geven tot onbillijke situaties. Het gaf daarbij het voorbeeld van een handelingsonbekwame persoon die over een zeer omvangrijk vermogen beschikt en de nietigverklaring vordert van een overeenkomst met een geringe waarde. Terwijl hij deze overeenkomst probleemloos had kunnen uitvoeren, kan de nietigverklaring voor zijn contractpartij heel wat nadelen opleveren. Het kanton stelde voor dat de rechter in dergelijke gevallen op grond van de billijkheid zou moeten kunnen oordelen en soms voorrang zou moeten kunnen verlenen aan de belangen van derden te goeder trouw.⁷⁶² Dit voorstel werd evenwel niet aanvaard; de tekst van artikel 452, eerste lid ZGB bleef ongewijzigd. De wetgever wenste meer belang te hechten aan het belang van de kwetsbare meerderjarige dan “aux rapports juridiques”.⁷⁶³

435. Slechts in één van de onderzochte rechtsstelsels, namelijk Engeland & Wales, kunnen derden te goeder trouw zich verzetten tegen de nietigverklaring van de overeenkomst die zij met een wilsonbekwame meerderjarige hebben gesloten. Pas wanneer de meerderjarige kan aantonen dat de andere partij van zijn onbekwaamheid op de hoogte was of kon zijn, kan hij de rechtshandeling laten vernietigen.⁷⁶⁴

⁷⁶² *Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2004, 417 (www.ejpd.admin.ch).

⁷⁶³ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6722 (www.ejpd.admin.ch).

⁷⁶⁴ *Irvani v Irvani* [2000] 1 *Lloyd's Rep.* 412, 425; *Hart v O'Connor* [1985] AC 1000, 1018; H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet and Maxwell, 2012, 785-786; P. BARTLETT en R. SANDLAND, *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 500. Een principe van bescherming van derden te goeder trouw bij nietigverklaring op grond van wilsonbekwaamheid bestaat niet in de overige onderzochte stelsels: **België**: A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 236, 296-297 en 300; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 169; J.M. PAUWELS, “Preadvies Prof. Johan M. Pauwels” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, (43) 64; **Duitsland**: G. MÜLLER en T. RENNER, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, nr. 59; H. DÖRNER, “BGB § 105 Nichtigkeit der Willenserklärung” in R. SCHULZE (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2012, nr. 2.; **Frankrijk**: Cass. fr. 10 juni 1981, *Bull.Civ.* 1981, I, nr. 202; Parijs 10 januari 1969, *D.* 1969, *Jur.*, 331; O. SIMON, “La nullité des actes juridiques pour trouble mental”, *RTD Civ.* 1974, (707) 724; **Oostenrijk**: P. RUMMEL, “§ 865 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (1304) 1308; **Zwitserland**: P. BREITSCHMID, “Art. 18 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, (73) 74; M. STETTLER, *Représentation et protection de l'adulte*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1992, 21.

436. Als derden te goeder trouw ook in het Belgische en Franse recht zouden worden beschermd tegen de nadelige gevolgen van de wilsonbekwaamheid van een handelingsbekwame meerderjarige, meer bepaald via de theorie van het rechtsmisbruik om een billijk evenwicht tussen de belangen van de meerderjarige en de derde te bereiken, dan kan worden verholpen aan de rechtsonzekerheid die momenteel voortvloeit uit het contrast tussen de rechterlijke en buitengerechtelijke bescherming.

B. *Type 2: gelijke positie bij buitengerechtelijke en rechterlijke bescherming*

437. In andere rechtsstelsels, zoals Duitsland, Engeland & Wales en Zwitserland, is de positie van derden in het kader van de buitengerechtelijke en rechterlijke bescherming wel gelijk. In het Duitse recht is dit het gevolg van het feit dat noch de lastgeving noch een rechterlijke beschermingsmaatregel gepaard gaan met publiciteit naar derden toe, omdat de meerderjarige in beide gevallen zijn handelingsbekwaamheid behoudt (zie *supra*, nrs. 105 en 416).⁷⁶⁵ Zijn rechtshandelingen kunnen maar worden aangevochten op grond van wilsonbekwaamheid. Bijgevolg worden derden die contracteren met een wilsonbekwame persoon onder buitengerechtelijke dan wel rechterlijke bescherming over dezelfde kam geschoren. Van bescherming is evenwel geen sprake: een derde kan zich niet beroepen op zijn goede trouw om de nietigverklaring van de rechtshandeling van zijn wilsonbekwame contractpartner te verhinderen.⁷⁶⁶

438. Ook in Engeland & Wales beïnvloedt de aard van de beschermingsmaatregel de positie van de contractpartner van de wilsonbekwame meerderjarige niet. Net als in Duitsland maakt het bewind de meerderjarige niet handelingsonbekwaam (zie *supra*, nrs. 105 en 416). De derde die een overeenkomst aangaat met een meerderjarige onder rechterlijke bescherming en de derde die handelt met de lastgever van een *lasting power of attorney*, lopen dus hetzelfde risico, namelijk dat hun overeenkomst wordt aangevochten op grond van wilsonbekwaamheid. Essentieel daarbij is dat hun goede trouw wél in rekening wordt gebracht bij de beoordeling van de nietigheid van de rechtshandeling (zie *supra*, nr. 435).

439. In het Zwitserse recht kan een rechterlijke maatregel wel leiden tot handelingsonbekwaamheid (zie *supra*, nr. 104), maar zoals hierboven vermeld, wordt deze maatregel niet bekendgemaakt aan het rechtsverkeer (zie *supra*, nr. 434), net zoals geldt voor de lastgeving. Dit gebrek aan publiciteit wordt niet gecompenseerd door een andere vorm van derdenbescherming: artikel 452 ZGB schrijft voor dat

⁷⁶⁵ DIRECTORATE GENERAL INTERNAL POLICIES OF THE UNION, *Comparative study on the legal systems of the protection of adults lacking legal capacity*, 2008, 12 (www.europarl.europa.eu).

⁷⁶⁶ G. MÜLLER en T. RENNER, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, nr. 59; H. DÖRNER, "BGB § 105 Nichtigkeit der Willenserklärung" in R. SCHULZE (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2012, nr. 2.

een beschermingsmaatregel tegenstelbaar is aan derden te goeder trouw (zie *supra*, nr. 434). Ook bij de nietigverklaring van rechtshandelingen die werden gesteld door een wilsonbekwame meerderjarige die niet onder rechterlijke bescherming staat, wordt geen rekening gehouden met de rechten van derden te goeder trouw.⁷⁶⁷ De derde die heeft gecontracteerd met een wilsonbekwame meerderjarige onder rechterlijke bescherming bevindt zich daardoor niet in een andere positie dan de derde die heeft gecontracteerd met een meerderjarige onder buitengerechtelijke bescherming. Beiden waren niet in de mogelijkheid om te weten te komen of hun contractpartner al dan niet onder bescherming stond en kunnen zich niet beroepen op hun goede trouw om de nietigverklaring van de overeenkomst te voorkomen.

AFDELING II. UITZONDERINGEN IN HET FRANSE RECHT

§ 1. MOGELIJKHEID TOT NIETIGVERKLARING OF VERMINDERING IN GEVAL VAN BENADELING OF BUITENSPORIGHEID

440. Naar Frans recht dient het principe van de handelingsbekwaamheid van de lastgever te worden genuanceerd. De lastgever behoudt weliswaar de mogelijkheid om zelf in het rechtsverkeer op te treden, maar in vergelijking met de overige stelsels, beschikt hij over meer mogelijkheden om zijn rechtshandelingen achteraf aan te vechten. Hij (of zijn vertegenwoordiger⁷⁶⁸) kan zich namelijk niet alleen beroepen op een gebrek aan feitelijke bekwaamheid (art. 414-1 C.Civ.) maar kan de rechter ook verzoeken om zijn rechtshandelingen nietig te verklaren op grond van benadeling of om de door hem aangegane verbintenissen te verminderen wanneer ze buitensporig zijn (art. 488 C.Civ.). De rechter houdt bij de beoordeling van deze vordering rekening met het nut of de nuttelosheid van de verrichte transactie, met de omvang van het vermogen van de kwetsbare meerderjarige en met de goede of kwade trouw van diens contractpartij (art. 488 C.Civ.).⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ P. BREITSCHMID, "Art. 18 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, (73) 74; M. STETTLER, *Représentation et protection de l'adulte*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1992, 21.

⁷⁶⁸ J. MASSIP, "Le mandat de protection future", *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 29; L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nr. 28.

⁷⁶⁹ P. POTENTIER, "Forces et faiblesses du mandat de protection future", *Dr. et patrimoine* 2008, (74) 78.

441. Via artikel 488 C.Civ. geniet de lastgever van een *mandat de protection future* dus meer bescherming dan een gewone lastgever.⁷⁷⁰ In het gemeene recht kan men benadeling immers maar inroepen ten aanzien van bepaalde contracten of personen en dus niet zodra er een economisch onevenwicht bestaat tussen de overeengekomen prestaties (art. 1118 C.Civ.).⁷⁷¹ In het kader van de lastgeving die fungeert als beschermingsmaatregel laat de Franse wetgever dit uitzonderlijke karakter van de vernietiging wegens benadeling achterwege. De rechtshandelingen van de lastgever kunnen nietig worden verklaard indien de rechter vaststelt dat de door de lastgever geleverde prestatie onevenredig is aan de prestatie van de tegenpartij. De rechter bepaalt zelf vanaf wanneer een economische ongelijkheid voldoende ernstig is om te sanctioneren, mits hij de hoger vermelde criteria uit artikel 488 C.Civ. in acht neemt (zie *supra*, nr. 440).⁷⁷² Daarnaast kan hij verbintenissen die nutteloos zijn of onevenredig zijn aan het vermogen van de lastgever verminderen, door bijvoorbeeld de prijs die de lastgever in ruil voor een goed of dienst moet betalen te verlagen.

442. “[...], le mandant reste donc capable, mais devient un ‘capable diminué.’”⁷⁷³ De Franse wetgever wilde de lastgever de mogelijkheid om zelf te handelen enkel toekennen in de mate dat deze autonomie geen nadelige gevolgen voor hem heeft.⁷⁷⁴ Hij plaatste de lastgever op die manier op dezelfde lijn als de meerderjarige die onder de rechterlijke maatregel *sauvegarde de justice* staat, aangezien artikel 488 C.Civ. de bewoordingen van artikel 435, tweede en derde lid C.Civ. herneemt.⁷⁷⁵ De sanctie van artikel 488 C.Civ. is overigens identiek aan de sanctie van het Belgische artikel 493, § 2, tweede lid BW in het kader van het bewind: de beschermde persoon kan de handelingen die hij in strijd met zijn handelingsonbekwaamheid heeft verricht en waarvoor zijn bewindvoerder geen rechterlijke machtiging nodig heeft, laten nietig verklaren op grond van benadeling of buitensporigheid (zie *supra*, nrs. 100 en 415).

⁷⁷⁰ J. MASSIP, “Le mandat de protection future”, *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 27; 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) 577.

⁷⁷¹ 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) 577; Y. LEQUETTE, F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil – Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2013, 344.

⁷⁷² Y. LEQUETTE, F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil – Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2013, 354.

⁷⁷³ P. MALAURIE, “La réforme de la protection juridique des majeurs”, *Defrénois* 2007, (557) nr. 6; zie ook: J. MASSIP, “Le mandat de protection future”, *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 27.

⁷⁷⁴ P. POTENTIER, “Forces et faiblesses du mandat de protection future”, *Dr. et patrimoine* 2008, (74) 78.

⁷⁷⁵ P. MALAURIE, “La réforme de la protection juridique des majeurs”, *Defrénois* 2007, (557) nr. 6; L. PÉCAUT-RIVOLIER en T. VERHEYDE, “Majeurs protégés: mesures de protection juridique et d’accompagnement”, *Rép. pr. civ. Dalloz* 2010, (1) 41; 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) 577.

443. Omwille van het benadelingsvereiste houdt het systeem van artikel 488 C.Civ. het midden tussen het stigmatiserende regime van de handelingsonbekwaamheid, waarbij elke handeling van de beschermde persoon vernietigbaar is, en het gemeenrechtelijke systeem, dat een bewijs van wilsonbekwaamheid vereist. In dat opzicht is het een proportionelere oplossing om de lastgever tegen zichzelf te beschermen dan de handelingsonbekwaamheid. De regeling laat hem of zijn vertegenwoordiger toe om op te komen tegen rechtshandelingen zonder het bewijs te moeten leveren van zijn wilsonbekwaamheid, maar het mag dan wel enkel gaan om rechtshandelingen die hem hebben benadeeld. Op die manier kan bijvoorbeeld worden geredieerd aan ondoordachte acties van personen wiens wilsonbekwaamheid resulteert in spilzucht of het verwarren van oude en nieuwe munteenheden, of aan overeenkomsten die het gevolg zijn van derden die de kwetsbaarheid van de lastgever hebben uitgebuit. Het blijft echter wel een feit dat deze rechtsgrond ook kan worden gebruikt wanneer de lastgever volkomen wilsonbekwaam was toen hij de nadelige rechtshandeling stelde, zolang de lastgeving niet formeel werd beëindigd volgens de procedure in artikel 483, 1° C.Civ.

444. De sanctionering van rechtshandelingen van de lastgever op grond van benadeling of buitensporigheid stond oorspronkelijk ook in het Belgische wetsvoorstel tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid.⁷⁷⁶ De regel werd echter niet in het uiteindelijke regime van de buitengerechtelijke bescherming geïmplementeerd. De parlementaire voorbereidingen geven hiervoor geen uitdrukkelijke redenen. Een mogelijke verklaring ligt evenwel gevonden in het feit dat men in de loop van de wetgevende procedure heeft besloten om het Belgische systeem van de buitengerechtelijke bescherming niet te baseren op het Franse recht, zoals geopperd in het eerste wetsvoorstel, maar om het te doen aanleunen bij het soepelere Engelse recht, om te vermijden dat de lastgeving te veel op een bewind zou lijken.⁷⁷⁷ Deze wijziging had onder meer tot gevolg dat de inwerkingtreding van de lastgeving werd gedeformaliseerd; de procedure van inwerkingtreding in artikel 490/2, § 2 BW is slechts facultatief (zie *supra*, nr. 377). De lasthebber heeft geen verklaring van de vrederechter nodig om zijn lastgever in het rechtsverkeer te vertegenwoordigen.

445. Allicht is deze gedeformaliseerde inwerkingtreding de reden waarom de bepaling die de lastgever de mogelijkheid bood om rechtshandelingen omwille van benadeling of buitensporigheid te laten vernietigen of verminderen, verloren ging; zij had immers veel minder nut. Aangezien de sanctionering betrekking heeft op rechtshandelingen die gedurende het regime van buitengerechtelijke bescherming werden gesteld, dient de lastgever die zich hierop wil beroepen (of

⁷⁷⁶ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/001, 39 en 85-86.

⁷⁷⁷ *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 31-32.

zijn lasthebber) te bewijzen dat de lastgeving reeds in werking is getreden.⁷⁷⁸ Gebeurde die inwerkingtreding in een formele procedure (zoals het geval is in Frankrijk, zie *supra*, nr. 328) dan is dat bewijs eenvoudig geleverd; de lastgever kan in dat geval de officiële verklaring van inwerkingtreding voorleggen. Wird de inwerkingtreding daarentegen op informele wijze vastgesteld, bijvoorbeeld door de lasthebber zelf, dan kan de lastgever haar enkel aantonen door te bewijzen dat de opschortende voorwaarde van de lastgeving reeds was vervuld en dat hij dus feitelijk onbekwaam is geworden tussen het ogenblik dat hij zijn volmacht heeft opgesteld en dat hij de betrokken handeling heeft gesteld. Met andere woorden, de bewijslast die op dat moment op hem rust, verschilt bijna niet van de bewijslast die op hem zou rusten indien er van een bijzondere sanctioneringsmogelijkheid geen sprake zou zijn. In dat geval moet hij eveneens het bewijs leveren van zijn wilsonbekwaamheid vooraleer hij de geldigheid van een rechtshandeling kan betwisten.

446. De Belgische wetgever had dus wel in het sanctioneringsmechanisme kunnen voorzien, maar dan zou het slechts een beperkt nut hebben, in die zin dat het enkel van pas zou komen voor de lastgever wiens lastgeving op grond van de facultatieve procedure formeel in werking is getreden (of door de vervulling van een eenvoudig te bewijzen voorwaarde, zoals de aflevering van een medisch attest dat de wilsonbekwaamheid van de lastgever vaststelt). De vraag rijst of er in dat geval geen sprake is van een discriminatoir onderscheid: lastgevers wier lasthebber verkoos om de inwerkingtreding van de lastgeving door de rechter te laten vaststellen, zouden hun eigen handelingen nadien op grond van benadeling of buitensporigheid kunnen aanvechten, terwijl op de andere lastgevers een zwaardere bewijslast rust, zonder dat hiervoor een redelijke verantwoording bestaat.

447. Dit toont aan dat een rechtsstelsel ook een ruimer sanctioneringsmechanisme, zijnde een regime van handelingsonbekwaamheid dat van rechtswege van toepassing is zodra de lastgeving in werking treedt, pas aan de lastgeving kan verbinden wanneer het de inwerkingtreding van de maatregel formaliseert. Enkel dan heeft het zin om wettelijk te bepalen dat alle handelingen die de lastgever gedurende zijn bescherming heeft gesteld, kunnen worden vernietigd.

448. Men moet dezelfde redenering toepassen wanneer men argumenteert dat een alternatief voor een regime van handelingsonbekwaamheid er in zou kunnen bestaan om het vermoeden dat elk individu wilsbekwaam is om te draaien in de context van de buitengerechtigde bescherming via lastgeving.⁷⁷⁹ Daardoor

⁷⁷⁸ Cf. de bewoordingen van het Franse art. 488 C.Civ.: “Les actes passés et les engagements contractés par une personne faisant l’objet d’un mandat de protection future *mis à exécution*, pendant la durée du mandat, peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d’excès [...]” Eigen cursivering.

⁷⁷⁹ Zie bv.: F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 571; cf. *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 39.

zou de lastgever makkelijker zijn eigen rechtshandelingen kunnen aanvechten, aangezien hij niet het bewijs zou moeten leveren van zijn wilsonbekwaamheid. Het is aan zijn contractpartij om aan te tonen dat de lastgever wel wilsbekwaam was. Opnieuw geldt echter dat een dergelijke bescherming pas effectief kan zijn wanneer men haar vastknoopt aan een formele inwerkingtreding. In het andere geval zou de lastgever paradoxaal genoeg moeten aantonen dat hij wilsonbekwaam was alvorens hij zich op het vermoeden van wilsonbekwaamheid kan beroepen.

§ 2. ONMOGELIJKHEID OM DE LASTGEVING TE HERROEPEN

449. In België, Duitsland, Engeland & Wales, Oostenrijk en Zwitserland impliceert de handelingsbekwaamheid van de lastgever dat hij de juridische mogelijkheid heeft om de lastgeving te herroepen, zolang hij hiervoor over de nodige geestesvermogens beschikt.⁷⁸⁰ Principe 6 van Rec (2009)¹¹ verkondigt hetzelfde principe. Stelt de lastgever bijvoorbeeld gedurende een heldere tussenpoos vast dat zijn lasthebber niet optreedt zoals hij had gehoopt, dan kan hij diens taak beëindigen en een nieuwe vertegenwoordiger aanduiden. Door de herroeping kan hij ook te kennen geven dat hij de bescherming niet langer noodzakelijk acht omdat hij intussen opnieuw in staat is om zijn vermogen zelf te beheren.

450. Uit de Belgische en Engelse parlementaire voorbereidingen blijkt dat beide wetgevers oorspronkelijk niet de bedoeling hadden om de lastgever de mogelijk-

⁷⁸⁰ **België:** art. 490, vijfde lid BW; art. 490/2, § 3, 3° BW; art. 2003 BW; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571; **Duitsland:** § 671, eerste lid BGB; V. LIPP, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson: zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 208; W. BIENWALD, "Rechtliche Betreuung" in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006, (1) 136; Engeland en Wales: S. 13 (2) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 199; **Oostenrijk:** § 1020 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 18; **Zwitserland:** art. 362 ZGB; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 95; P. BREITSCHMID, "Vorsorgevollmachten, Allgemeiner Vorsorgeauftrag, medizinischer Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Vertrauenspersonen und persönliches Umfeld – ein dicht gewobenes Netz mit Knoten- und Reissgefahr", *ZVW* 2003, (269) 275.

heid tot herroeping toe te kennen.⁷⁸¹ In het Belgische recht had dit mogelijk te maken met het feit dat de lastgeving volgens het eerste wetsvoorstel slechts na een rechterlijke beslissing een aanvang kon nemen (zie *supra*, nr. 377); allicht was men daarom van mening dat ze niet op eigen initiatief van de lastgever kon eindigen. Nadien wees men er op dat de onmogelijkheid om te herroepen onverzoenbaar was met het principe van het behoud van de handelingsbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige en werd het wetsvoorstel aangepast.⁷⁸²

451. Volgens S. 7 (1)(a) van de Engelse Enduring Powers of Attorney Act 1985 was een herroeping door de lastgever na de registratie van de volmacht pas geldig nadat deze door de rechter was bevestigd, ook al was de lastgever op dat moment wilsbekwaam.⁷⁸³ Bovendien kon de herroeping enkel op uitdrukkelijke wijze gebeuren, en dus niet impliciet, wat een afwijking vormde op de *common law*.⁷⁸⁴ Men vond immers dat de lasthebber en derden moesten kunnen vertrouwen op de geldigheid van een geregistreerde volmacht en wilde dus voorkomen dat een informele verklaring van de lastgever daar twijfel over zou zaaien.⁷⁸⁵ Tijdens de hervormingen beklemtoonde de Law Commission echter dat de herroeping door de lastgever niet aan enige beperking onderhevig mag zijn. Dat een persoon niet in staat is om bepaalde financiële keuzes te maken, betekent nog niet dat hij tevens onbekwaam is om aan te geven dat hij niet langer door zijn lasthebber vertegenwoordigd wil worden. Men vond het daarom inopportuun om een lasthebber verder te laten optreden wanneer zijn lastgever te kennen heeft gegeven dat hij de toegekende bevoegdheid wil ontnemen.⁷⁸⁶

452. Het Franse recht positioneert zich opnieuw tegenover de overige onderzochte rechtsstelsels door de herroeping door de lastgever van het *mandat de pro-*

⁷⁸¹ België: *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/001, 84-85; Engeland & Wales: THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 122, nr. 7.42.

⁷⁸² *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 39. Op p. 40 van dit verslag staat dat wanneer de inwerkingtreding van de lastgeving door de rechter werd vastgesteld, zij ook enkel via een rechterlijke beslissing kan worden beëindigd. Deze zinsnede heeft evenwel geen wettelijke grondslag; art. 490, vijfde lid en 490/2, § 3, 3° BW laten de herroeping door de lastgever (te allen tijde) expliciet toe.

⁷⁸³ THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 122, nr. 7.42; J.T. FARRAND, "Enduring Powers of Attorney" in J.M. EEKELAAR en D. PEARL (eds.), *An aging world: dilemmas and challenges for law and social policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, (637) 643.

⁷⁸⁴ S. 8 (3) Enduring Powers of Attorney Act 1985; THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 122, nr. 7.42; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 201.

⁷⁸⁵ Men sprak over de 'sanctity of registration': THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 42.

⁷⁸⁶ THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 122, nr. 7.43.

tection future na zijn inwerkingtreding niet als een geldige beëindigingsgrond te beschouwen.⁷⁸⁷ Artikel 483 C.Civ. somt limitatief een aantal beëindigingsgronden op, waartoe de herroeping door de lastgever niet behoort.⁷⁸⁸ De handelingsbekwaamheid van de lastgever is bijgevolg beperkt, want strekt zich niet uit tot de herroeping. Volgens de rechtsleer vindt deze uitzondering op de gemeenrechtelijke *ad nutum* herroepelijkheid van de lastgeving (art. 2004 C.Civ.) haar grondslag in de noodzaak om de lastgever te beschermen tegen zichzelf, meer bepaald tegen een herroeping van het mandaat zonder enige reden of in een opwelling.⁷⁸⁹ Men argumenteert dat het weinig zinvol zou zijn om op een toekomstige onbekwaamheid te anticiperen wanneer men deze regeling na haar inwerkingtreding op eenvoudige wijze zou kunnen beëindigen.⁷⁹⁰ Wil de lastgever zijn volmacht herroepen (omdat hij bijvoorbeeld niet langer op goede voet staat met zijn lasthebber), dan moet hij zich wenden tot de rechter (art. 483, 4° C.Civ.).⁷⁹¹

453. Deze uitzondering in het Franse recht op de principiële handelingsbekwaamheid van de lastgever is naar mijn mening onterecht. Via het gemene recht wordt de lastgever reeds voldoende beschermd tegen een herroeping die mogelijk niet voortvloeit uit zijn vrije wil: indien hij wilsonbekwaam was toen hij zijn volmacht herriep, kan hij of zijn vertegenwoordiger de herroeping aanvechten op grond van een gebrek aan toestemming.⁷⁹² Was de lastgever wel wilsbekwaam, dan is er ook geen nood aan bescherming. De lastgever heeft in dat geval allicht een reden om de lastgeving te herroepen, wat die reden ook mag zijn. Het ontnemen van zijn recht om gedurende een heldere tussenpoos een einde te maken aan een

⁷⁸⁷ Art. 483 C.Civ.; art. 489, tweede lid C.Civ.; art. 492, derde lid C.Civ.; 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), 2007, 193 (www.assemblee-nationale.fr); S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, (307) nr. 19-20; L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nr. 10; P. MALAURIE, "Le mandat en droit des personnes" in N. DISSAUX (ed.), *Le mandat. Un contrat en crise?*, Parijs, Economica, 2011, (115) 124; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 469.

⁷⁸⁸ L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nr. 10; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 469.

⁷⁸⁹ J.-D. PELLIER, "Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs", *PA* 2007, afl. 83, (4) nr. 10; S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, (307) nr. 20.

⁷⁹⁰ S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, afl. 129, (307) nr. 21.

⁷⁹¹ P. MALAURIE, "Le mandat en droit des personnes" in N. DISSAUX (ed.), *Le mandat. Un contrat en crise?*, Parijs, Economica, 2011, (115) 124; 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) 578.

⁷⁹² Art. 414-1 C.Civ.; J. MASSIP, "Le mandat de protection future", *PA* 2008, (11) nr. 29; L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nr. 28.

contract dat hij zelf in het leven heeft geroepen, zou in strijd zijn met zijn persoonlijke autonomie.⁷⁹³ Heeft de wilsbekwame lastgever nadien spijt van zijn keuze om de lastgeving te beëindigen, dan kan hij de lasthebber een nieuwe volmacht verlenen. Doet hij dat niet en wordt hij nadien opnieuw wilsonbekwaam, dan heeft de rechter de mogelijkheid om een rechterlijke maatregel toe te passen indien dit voor de bescherming van zijn belangen noodzakelijk is.⁷⁹⁴ In die zin vormt het herroepingsrecht, als erkenning van het recht op persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige, geen bedreiging voor zijn recht op bescherming.

454. Hoogstens zou men de vereisten voor de herroeping van de lastgeving kunnen verstrengen ten opzichte van het gemene recht, in die zin dat de lastgever bepaalde formaliteiten moet vervullen. Door bijvoorbeeld te vereisen dat de herroeping schriftelijk gebeurt, kan men een herroeping die niet berust op een geldige toestemming of die gedurende een opwelling plaatsvond gedeeltelijk vermijden (zie voor een uitgebreide bespreking van de herroeping van de lastgeving: *infra*, nrs. 622 e.v.).

AFDELING III. BESLUIT

455. In alle onderzochte rechtsstelsels behoudt de lastgever zijn handelingsbekwaamheid tijdens de duur van de buitengerechtelijke bescherming (zie *supra*, nr. 408). Dit principe is in overeenstemming met de aanbevelingen van de Raad van Europa en het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, die een centrale plaats toekennen aan het zelfbeschikkingsrecht van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nrs. 410-412). Het behoud van handelingsbekwaamheid impliceert dat de handelingen van de lastgever niet kunnen worden aangevochten op grond van het loutere feit dat de lastgever ze tijdens de duur van de lastgeving heeft gesteld. In dat opzicht staat de lastgeving als beschermingsmaatregel in verschillende stelsels in schril contrast met de rechterlijke bescherming, waarbij de meerderjarige (gedeeltelijk) de bevoegdheid verliest om zelf en zelfstandig in het rechtsverkeer op te treden (zie *supra*, nr. 414).

456. Het is de lastgever niet toegestaan om zelf een handelingsonbekwaamheid in het leven te roepen door conventioneel te bepalen dat zijn rechtshandelingen met nietigheid kunnen worden gesanctioneerd, aangezien de bevoegdheid tot rechtsuitoefening een premisse is voor zijn autonomie in het algemeen en zijn hoedanigheid als rechtspersoon in het bijzonder (zie *supra*, nr. 417).

⁷⁹³ Cf. THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 122, nr. 7.43.

⁷⁹⁴ Art. 425 C.Civ.

457. Het behoud van handelingsbekwaamheid resulteert in een co-existentie en bijgevolg ook in een mogelijke concurrentie van bevoegdheden. Sommige auteurs halen dit risico op tegenstrijdige rechtshandelingen aan om een verlies van handelingsbekwaamheid in hoofde van de lastgever te bepleiten. Zij lijken daarbij over het hoofd te zien dat de kans op conflicterende rechtshandelingen ook inherent is aan de gewone lastgeving en in die context geen verlies van handelingsbekwaamheid in hoofde van de vermogenstitularis kan rechtvaardigen. Bovendien kunnen de handelingen van de lastgever worden aangevochten indien hij wilsonbekwaam was toen hij ze stelde. Ontstaat er toch een conflict tussen daden van de lastgever en de lasthebber, dan dient men dit op te lossen aan de hand van de specifieke rechtsregels die bepalen welke rechtshandeling voorrang geniet (zie *supra*, nrs. 419 e.v.).

458. 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 rechtshandelingen te stellen die in de volmacht begrepen zijn in vele gevallen een disproportionele maatregel zijn.⁷⁹⁵ De lastgever is dan juridisch onbekwaam om in bepaalde domeinen van het rechtsverkeer op te treden, terwijl hij tussendoor mogelijk opnieuw feitelijk bekwaam is om bepaalde handelingen zelf te verrichten, bijvoorbeeld omdat zijn mentale aandoening een grillig karakter heeft. 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. In dit verband kan worden gewezen op de treffende bewoordingen van de Engelse auteur LEWIS: “*A finding of incompetence may end up being a self-fulfilling prophecy: we lose skills if we do not practice them*”.⁷⁹⁶

459. Een verlies van handelingsbekwaamheid heeft overigens onvermijdelijk een stigmatiserend effect.⁷⁹⁷ Het etiket ‘handelingsonbekwaamheid’ beïnvloedt de manier waarop anderen de kwetsbare meerderjarige zien en met hem omgaan. Daardoor verandert ook het beeld dat de meerderjarige van zichzelf heeft. Dit kan leiden tot onderschatting van de eigen competenties en een gebrek aan motivatie, met als gevolg dat de meerderjarige zich onthoudt van handelingen die hij in principe nog wel zou kunnen en mogen stellen.⁷⁹⁸

⁷⁹⁵ A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 299.

⁷⁹⁶ O. LEWIS, “Advancing legal capacity jurisprudence”, *E.H.R.L.R.* 2011, (700) 703.

⁷⁹⁷ Cf. INCLUSION EUROPE, *Position paper of Inclusion Europe: Key elements of a system for supported decision-making*, 2008, 1 (www.inclusion-europe.org): “*This system has led very often to the depersonalization of the disabled individual who no longer is deemed to be a full and equal citizen in society.*”; B.J. WINICK, “The side effects of incompetency labeling and the implications for mental health law”, *Psychology, Public Policy and Law* 1995, (6) 10.

⁷⁹⁸ Zie de uitgebreide analyse van B.J. WINICK van de psychologische gevolgen van handelingsonbekwaamheid voor het individu: B.J. WINICK, “The side effects of incompetency labeling and

460. Het behoud van handelingsbekwaamheid betekent niet dat *alle* rechtshandelingen van de lastgever uitwerking zullen krijgen. Op grond van het gemene recht kan hij achteraf opkomen tegen zijn acties indien zijn geestestoestand was aangetast op het ogenblik dat hij ze uitvoerde (zie *supra*, nr. 413). Het Franse recht kent de lastgever nog een bijkomende mogelijkheid toe indien er sprake is van benadeling of buitensporigheid. In dat geval kan hij of zijn lasthebber de rechter op grond van artikel 488 C.Civ. vragen om zijn verbintenissen nietig te verklaren of te verminderen (zie *supra*, nrs. 440 e.v.). In Frankrijk is het principe van de handelingsbekwaamheid van de lastgever bijgevolg relatief; de status van de lastgever als beschermde persoon resulteert wel degelijk in een bekwaamheidsregime dat van het gemene recht afwijkt, zonder dat dit evenwel betekent dat al zijn handelingen als ongeldig en dus vernietigbaar worden beschouwd (zie *supra*, nr. 443).

461. Het is evenwel belangrijk om voor ogen te houden dat men een dergelijk sanctioneringsregime, net als een regime van handelingsonbekwaamheid, praktisch gezien enkel kan implementeren in een systeem waarbij de lastgeving formeel in werking treedt. In het andere geval zou het regime geen meerwaarde bieden ten opzichte van het gemene recht, aangezien de lastgever de realisatie van de opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid zou moeten aantonen (zie *supra*, nrs. 445 en 447).

462. Hoe dan ook geniet de lastgever ook zonder deze bijzondere sanctioneringsmogelijkheid voldoende bescherming. Berust zijn rechtshandeling op een door een mentale aandoening vertroebelde wilsuïting, dan kan hij of zijn vertegenwoordiger deze op grond van het gemene recht laten nietig verklaren. Is er van wilsonbekwaamheid geen sprake, dan is er ook geen reden om in een bijkomende vorm van bescherming te voorzien.

463. Kwetsbare meerderjarigen voor wie een regime van handelingsonbekwaamheid wel aangewezen lijkt, kunnen onder bewind worden geplaatst, dat de rechter volgens het proportionaliteitsbeginsel kan uitbouwen volgens hun richtlijnen uitgedrukt in de volmacht (zie *supra*, nr. 426). Lastgeving heeft immers slecht voorrang op een rechterlijke maatregel in de mate dat zij de belangen van de kwetsbare meerderjarigen voldoende dient. Om die reden is het in mijn ogen weinig zinvol om, zoals het geval is in België, verkwisters onder het personele toepassingsgebied van de buitengerechtelijke bescherming te doen vallen (zie *supra*, nr. 425). Dat zou enkel nuttig zijn indien de regels over deze buitengerechtelijke bescherming de rechter zouden toelaten om een handelingsonbekwaamheid voor de lastgever uit te spreken.

the implications for mental health law”, *Psychology, Public Policy and Law* 1995, 6-42 (in het bijzonder 10 en 20).

464. Het Franse recht bevat een bijkomende beperking van de handelingsbekwaamheid van de lastgever doordat het de lastgever niet toelaat om de lastgeving zelf te beëindigen. Daarvoor is een rechterlijke beslissing nodig, in tegenstelling tot wat het geval is in de andere onderzochte rechtsstelsels (zie *supra*, nr. 452). Naar mijn mening is deze uitschakeling van het herroepingsrecht een disproportionele maatregel. Het is niet omdat men onbekwaam is om een aantal rechtshandelingen te stellen, dat men ook onbekwaam is om te beslissen dat men niet meer door een bepaalde persoon vertegenwoordigd wil worden. Blijkt de beslissing van de meerderjarige toch niet te berusten op een geldige toestemming, dan kan hij of zijn vertegenwoordiger daar op grond van het gemene recht aan remediëren. Was de herroeping van de lastgever wel geldig maar heeft hij nadien opnieuw bescherming nodig, dan kan de rechter een bewind opleggen, in de mate dat de meerderjarige intussen geen nieuwe volmacht heeft opgemaakt (zie *supra*, nr. 453).

465. In sommige stelsels, zoals het Belgische en Franse recht, leidt het principiële behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever tot een ongelijkheid tussen derden die contracteren met een persoon onder buitengerechtelijke bescherming en derden die contracteren met een persoon onder bewind (zie *supra*, nrs. 428-430). Het is aangewezen om de gevolgen van beide soorten beschermingsmaatregelen gelijk te schakelen door derden te goeder trouw die met een wilsonbekwame handelingsbekwame meerderjarige contracteren te beschermen, weliswaar met een tempering op grond van de theorie van het rechtsmisbruik om ook de belangen van de kwetsbare meerderjarige niet uit het oog te verliezen. Meer bepaald mag een derde het behoud vragen van zijn overeenkomst met de wilsonbekwame lastgever wanneer het nadeel dat hij zou lijden bij de nietigverklaring ervan veel groter is dan het nadeel dat de meerderjarige ondervindt door het behoud van de rechtshandeling (zie *supra*, nrs. 433-436).

HOOFDSTUK IX

RECHTEN EN PLICHTEN VAN DE LASTHEBBER

AFDELING I. RECHTEN VAN DE LASTHEBBER

§ 1. ONKOSTENVERGOEDING

466. In elk van de onderzochte rechtsstelsels volgt uit het gemene recht dat een lasthebber aanspraak kan maken op een vergoeding voor de onkosten die hij bij de uitvoering van zijn opdracht heeft gemaakt.⁷⁹⁹ De verschillende wetgevers zijn in het kader van de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving niet van dit principe afgeweken.

§ 2. VERLONING

467. Net zoals geldt in het gemene recht, kunnen de lastgever en lasthebber overeenkomen dat de lasthebber een loon zal ontvangen voor de prestaties die hij als vertegenwoordiger van de kwetsbare meerderjarige verricht.⁸⁰⁰ Gebeurt dit niet

⁷⁹⁹ **België:** art. 1999-2001 BW; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 456; **Duitsland:** § 670 en § 675, eerste lid BGB; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 305; **Engeland & Wales:** Thacker v Hardy [1878] 4 Q.B.D. 685; zie ook: S. 23 (3) (c) MCA 2005; H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 100; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 163; **Frankrijk:** art. 1999-2001 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 1014 en 1015 ABGB; ErlRV 1420 B1gnNR 22. GP, 29; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 363-364; **Zwitserland:** art. 402, eerste lid OR (zie ook: art. 366, tweede lid OR); C.L. WIDMER BLUM, “Art. 366 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, (1100) 1101.

⁸⁰⁰ **België:** art. 1986 en 1999, eerste lid BW; 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) 274; **Duitsland:** § 611, eerste lid BGB (Het gaat dan om een *Dienstvertrag*, meer bepaald om een *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675 BGB). Komen de partijen geen loon overeen, dan gaat het om een *Auftrag*: § 662 BGB); V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 300; **Engeland & Wales:** H.G.

en is de lastgeving dus kosteloos, dan kent zowel het Engelse als het Zwitserse recht de rechter de bevoegdheid toe om de lasthebber toch nog een verloning toe te kennen, wanneer de lastgever dit zelf niet meer kan.⁸⁰¹ Bovendien hebben zij de mogelijkheid om een vastgelegd loon te verhogen.⁸⁰²

468. Beide wetgevers realiseerden zich dat het voor de lastgever moeilijk kan zijn om op voorhand in te schatten hoeveel moeite de lasthebber in de uitvoering van de lastgeving zal moeten steken.⁸⁰³ Dat zal immers afhangen van de mate waarin hij zelf wilsonbekwaam is om zelf zijn belangen te behartigen. Er kan bovendien een grote tijdsspanne bestaan tussen het opstellen van de volmacht en de inwerkingtreding ervan, waarin het vermogen van de lastgever veel omvangrijker of complexer is geworden.⁸⁰⁴ In de Engelse parlementaire voorbereidingen leert men deze tijdsspanne ook aan een risico op inflatie.⁸⁰⁵ Dit onvoorspelbare karakter van de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving rechtvaardigt dat de rechter zeggenschap heeft over het loon van de lasthebber.

469. De bevoegdheid van de rechter over het loon van de lasthebber hangt ook onlosmakelijk samen met de bezorgdheid van de wetgevers dat de lasthebber zou weigeren zijn taak verder uit te voeren wegens een wanverhouding tussen het werk dat hij moet verrichten en de gestipuleerde vergoeding.⁸⁰⁶ In dat geval wordt

BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 83; OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN, *Lasting powers of attorney: a guide for people who want to make a property and affairs lasting power of attorney (LPA103)*, 2007, 23 (www.publicguardian.gov.uk); Frankrijk: art. 419, vijfde lid C.Civ.; art. 1986 en 1999, eerste lid C.Civ.; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 467; Oostenrijk: § 1004 ABGB; ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 29; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 363; Zwitserland: art. 394, derde lid OR; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 288.

⁸⁰¹ Engeland & Wales: S. 23 (3)(c) MCA 2005; Zwitserland: art. 366, eerste lid ZGB.

⁸⁰² Engeland & Wales: S. 23 (3)(c) MCA 2005; THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 46; Zwitserland: art. 364 ZGB; 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) 64; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 288.

⁸⁰³ H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, 34.

⁸⁰⁴ H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, 34.

⁸⁰⁵ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 46.

⁸⁰⁶ Engeland & Wales: THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 46; Zwitserland: C.L. WIDMER BLUM, "Art. 366 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, (1100) 1101.

de buitengerechtelijke bescherming stopgezet en moet de rechter overschakelen naar een bewind, ten koste van de autonomie van de kwetsbare meerderjarige. Dit risico is vooral aanwezig in het Zwitserse recht, ten gevolge van de aard van de *Vorsorgeauftrag* als een eenzijdige wilsverklaring, die de lasthebber pas moet aanvaarden op het moment dat ze uitwerking moet krijgen (zie *supra*, nr. 218). De lasthebber is bij het opstellen ervan niet noodzakelijk betrokken partij en heeft de lastgever op dat moment dus geen verwachtingen over zijn vergoeding kunnen meedelen. Daardoor is de lastgever mogelijk vergeten om een loon op te nemen of stipuleerde hij een bedrag waar de lasthebber zich helemaal niet in kan vinden.⁸⁰⁷ De kans bestaat dat de lasthebber de lastgeving om die reden weigert te aanvaarden op het ogenblik dat hij het bestaan ervan verneemt, namelijk wanneer de meerderjarige wilsonbekwaam wordt.

470. Krachtens artikel 366, eerste lid ZGB moet de rechter de lasthebber een loon toekennen wanneer dit gerechtvaardigd lijkt in het licht van de omvang van de bevoegdheden van de lasthebber of wanneer deze prestaties gewoonlijk gepaard gaan met een vergoeding. Hij moet daarbij rekening houden met alle omstandigheden, waaronder de relatie tussen de lastgever en de lasthebber. Wanneer zij nauw met elkaar verwant zijn, is het niet onredelijk dat de lastgeving of bepaalde aspecten daarvan kosteloos worden uitgevoerd.⁸⁰⁸ Artikel 366, eerste lid ZGB benadrukt wel dat de rechter geen loon mag toekennen als de lastgever in zijn volmacht heeft bepaald dat de lasthebber geen tegenprestatie zal ontvangen.⁸⁰⁹ Buiten de indexerings van het loon, is ook een loonsverhoging alleen maar mogelijk wanneer dit in lijn ligt met de vermoedelijke wil van de lastgever.⁸¹⁰ Dit lijkt in het Engelse recht anders te zijn: in de parlementaire voorbereidingen van de vroegere Enduring Powers of Attorney Act 1985 staat te lezen dat de rechtbank de mogelijkheid moet hebben om zich uit te spreken over het loon van de lasthebber “*whether or not the EPA made specific provision*”.⁸¹¹ S. 8 (2)(iii) van deze wet schreef

⁸⁰⁷ T. GEISER, “ZGB 366” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (160) 160.

⁸⁰⁸ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l’adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6663 (www.ejpd.admin.ch); T. GEISER, “ZGB 366” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (160) 163.

⁸⁰⁹ 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) 64; T. GEISER, “ZGB 366” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (160) 162.

⁸¹⁰ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 288; 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) 64; T. GEISER, “ZGB 366” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (160) 162.

⁸¹¹ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 46.

dan ook voor dat de rechter mocht beslissen over het loon van de lasthebber “*whether or not in default of or in accordance with any provision made by the instrument [...]*”. Hoewel de bewoordingen van de MCA 2005 nu algemener zijn (“*give directions with respect to the remuneration or expenses of the donee*”) neemt men aan dat de bevoegdheden van de rechter hetzelfde zijn gebleven.⁸¹²

471. Met het oog op de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige, lijkt het op eerste gezicht aantrekkelijk om de Zwitserse redenering te volgen en dus geen loon aan de lasthebber toe te kennen wanneer de lastgever uitdrukkelijk heeft bepaald dat hij dit niet wil. De gevolgen van dit standpunt zijn echter nadeliger voor zijn autonomie dan wanneer de rechter de wens van de lasthebber om vergoed te worden wel zou inwilligen. Immers, als de lasthebber weigert om de lastgeving kosteloos uit te voeren, zal de rechter genoodzaakt zijn om een bewind in te stellen (al dan niet met de lasthebber als bewindvoerder, nu deze door de kwetsbare meerderjarige zelf als vertrouwenspersoon werd aangewezen). Op die manier wordt de wil van de kwetsbare meerderjarige op tweeërlei wijze gehypothekerd. Enerzijds kan zijn wens om op buitengerechtigke wijze te worden beschermd niet worden gerealiseerd en anderzijds zal hij het vermogensbeheer (in beginsel) toch moeten betalen, want zijn bewindvoerder moet worden vergoed. Met andere woorden, de rechter toelaten om de lasthebber een vergoeding toe te kennen, ongeacht het standpunt van de lastgever hierover, is een meer proportionele oplossing.

472. Men mag deze redenering uiteraard niet tot in het absurde doortrekken, in die zin dat de rechter ook een vraag tot overdreven loonsverhoging zou moeten inwilligen om koste wat het kost te vermijden dat een bewind wordt ingesteld. Dit kan immers de financiële belangen van de lastgever schaden. De rechter mag geen loon toekennen dat onevenredig is aan de geleverde prestaties.

473. De Engelse en Zwitserse rechter hebben ook de mogelijkheid om het loon van de lasthebber te verlagen. In Engeland & Wales volgt dit uit de algemene bewoordingen van S. 23 (3)(c) MCA 2005. Dat de rechter de terugbetaling van een excessief loon kan eisen blijkt ook uitdrukkelijk uit de parlementaire voorbereidingen en de bewoordingen van de voormelde bepaling uit de Enduring Powers of Attorney Act 1985 (zie *supra*, nr. 470), die de rechter deze bevoegdheid uitdrukkelijk toekende.⁸¹³ In Zwitserland leidt men de bevoegdheid tot loonsvermindering af uit artikel 368, eerste lid ZGB, volgens welk de rechter de noodzakelijke maatregelen moet nemen wanneer de belangen van de kwetsbare meerderjarige op de

⁸¹² D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164.

⁸¹³ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 46; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164.

helling komen te staan.⁸¹⁴ Het is inderdaad wenselijk dat de rechter een overdreven loon kan herleiden wanneer dit disproportioneel is aan het geleverde werk, gelet op het eerdere vermelde feit dat het voor de lastgever moeilijk is om op voorhand in te schatten hoe omvangrijk de opdracht van zijn lasthebber zal zijn (zie *supra*, nr. 468).

474. Dat de andere stelsels de bevoegdheid tot het toekennen van een loon of het matigen ervan niet in de regelgeving omtrent de buitengerechterlijke bescherming via lastgeving hebben opgenomen, hoeft niet te betekenen dat de rechter deze bevoegdheid niet heeft. Zij kan immers voortvloeien uit het gemene recht van de lastgeving. Zo oordeelden het Belgische en het Franse Hof van Cassatie dat een rechter het overdreven loon van een lasthebber mag verminderen tot een billijke vergoeding.⁸¹⁵ Voorts hanteert men in beide rechtsstelsels het uitgangspunt dat de lastgeving wordt vermoed ten bezwarende titel te zijn wanneer die door een professionele lasthebber wordt uitgevoerd.⁸¹⁶ Ook het feit dat artikel 366, eerste lid ZGB de rechter onder meer toelaat om de lasthebber een loon toe te kennen wanneer de door hem verrichte prestaties gewoonlijk worden vergoed (zie *supra*, nr. 470), vormt eigenlijk een loutere toepassing van het gemene recht (art. 394, derde lid OR).

AFDELING II. PLICHTEN VAN DE LASTHEBBER

§ 1. UITVOERING VAN DE LASTGEVING

475. Het spreekt voor zich dat de voornaamste verplichting van de lasthebber erin bestaat om de lastgeving volgens de instructies in de volmacht uit te voeren. Conform het gemene recht van de verschillende stelsels, moet hij zijn opdracht zorgvuldig uitvoeren.⁸¹⁷ Als de lastgever hem voor bepaalde aspecten een discretionaire

⁸¹⁴ C.L. WIDMER BLUM, "Art. 366 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, (1100) 1101; T. GEISER, "ZGB 366" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (160) 162.

⁸¹⁵ **België:** Cass. 6 maart 1980, *Pas.* 1980, I, 832; Cass. 14 oktober 2002, *TBBR* 2003, noot P. WÉRY; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 113; B. TILLEMANN, E. DURSIN, E. TERRYIN *et al.*, "[Lastgeving] Kwalificatieproblemen – Geldigheidsvereisten", *TPR* 2010, (601) 647; **Frankrijk:** Cass. 23 november 2011, *Bulletin* 2011, I, n° 206.

⁸¹⁶ **België:** B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 103-104; **Frankrijk:** Cass. 16 juni 1998, *Bulletin* 1998, I, n° 211; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 467.

⁸¹⁷ **België:** V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 453; **Duitsland:** H. SEILER, "BGB § 662 Vertragstypische Pflichten beim Auftrag" in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, (nr. 1) nr. 33; **Engeland & Wales:** H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 72; G.H.L. FRIDMAN, *The law of*

bevoegdheid heeft toegekend, moet hij die steeds in het belang van zijn lastgever uitoefenen.⁸¹⁸ Hij dient zich met andere woorden diligent en loyaal te gedragen.

476. Deze verplichting brengt ook mee dat hij de lastgever steeds op de hoogte moet houden van zaken die voor hem relevant zijn.⁸¹⁹ Dit impliceert dat hij de lastgever, in de mate van het mogelijke, moet inlichten over de handelingen die hij verricht.⁸²⁰ Men mag niet vergeten dat de kwetsbare meerderjarige gedurende de bescherming zijn handelingsbekwaamheid niet verliest, net zoals een gewone lastgever, omdat het juist de bedoeling is dat hij zelf zou kunnen optreden wanneer hij dit nog kan (zie *supra*, nr. 408). Hij heeft er daarom alle belang bij om te weten welke rechtshandelingen zijn lasthebber reeds voor hem heeft gesteld. Zonder deze informatie bestaat het risico dat hij over hetzelfde goed contracteert met een andere derde en dat er dus sprake is van tegenstrijdige rechtshandelingen (zie *supra*, nr. 422).⁸²¹ De Belgische wetgever heeft de verplichting voor de lasthebber om de lastgever op de hoogte te brengen van de handelingen die hij verricht uitdrukkelijk in de wetgeving omtrent de buitengerechtigde bescherming via lastgeving opgenomen (artikel 490/2, § 1, derde lid BW). De loyaliteitsplicht van de lasthebber en zijn rol als ‘beschermer’ houden tevens in dat hij de rechter moet inlichten zodra hij vaststelt dat de belangen van zijn lastgever in gevaar zijn, bijvoorbeeld wanneer de lastgeving ontoereikend blijkt te zijn.⁸²²

agency, Londen, Butterworths, 1996, 158; Frankrijk: P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 596; Oostenrijk: § 1009 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 359; Zwitserland: art. 365, eerste lid ZGB; art. 398, eerste en tweede lid OR; R.E. 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, Gieseking, 2011, (57) 75; O. ARTER, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung. Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder”, *ST* 2007, (657) 659.

⁸¹⁸ Zie bv.: Engeland & Wales: S. 1 (5) MCA 2005 (“An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.”); H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 72; G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 160; Oostenrijk: § 284h, eerste lid ABGB (“Mangels eines feststellbaren Willens hat der Bevollmächtigte das Wohl des Vollmachtgebers bestmöglich zu fördern.”).

⁸¹⁹ Zie bv.: België: B. TILLEMAN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 125-127; Duitsland: § 666 BGB; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 280; Engeland & Wales: H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet and Maxwell, 2008, 72; Frankrijk: P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 596.

⁸²⁰ Zie bv.: België: art. 490/2, § 1, derde lid BW; Duitsland: V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 280; Frankrijk: L. TAUDIN, “Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d’une représentation”, *JCP N* 2009, (1357) nr. 24.

⁸²¹ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 280; L. TAUDIN, “Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d’une représentation”, *JCP N* 2009, (1357) nr. 24.

⁸²² Zie bijvoorbeeld: Zwitserland: art. 365, tweede lid ZGB; 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) 63.

477. Uit de loyaliteitsplicht van de lasthebber vloeit ook voort dat hij zijn lastgever niet mag vertegenwoordigen wanneer hij weet of redelijkerwijze kan weten dat deze in staat is om de betrokken rechtshandeling zelf te stellen. Dit wil zeggen dat hij zich in het geval van gedeeltelijke wilsonbekwaamheid moet onthouden van de rechtshandelingen waarop de wilsonbekwaamheid van de lastgever geen betrekking heeft en dat hij niet mag optreden gedurende heldere intervallen (zie *supra*, nrs. 354, 395 en 407).

478. Als de lasthebber zijn verplichtingen niet nakomt, kan de lastgever hem aansprakelijk stellen voor de schade die hieruit voortvloeit. In alle onderzochte rechtsstelsels is hij onderworpen aan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels van de lastgeving.⁸²³ De Engelse MCA 2005 voegt hier aan toe dat de rechter de lasthebber geheel of gedeeltelijk kan vrijstellen van aansprakelijkheid (S. 23 (3)(d) MCA 2005). De rechter geniet hier een ruime discretionaire bevoegdheid.⁸²⁴ Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt de bekommernis van de wetgever om potentiële lasthebbers niet te ontmoedigen om de taak als lasthebber op zich te nemen.⁸²⁵ De bepaling laat de rechter toe om bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de lasthebber rekening te houden met het feit of deze al dan niet een vergoeding ontvangt voor zijn diensten. Dienaangaande kan men de vergelijking maken met bijvoorbeeld het Belgische en Franse recht: op grond van artikel 1992, tweede lid BW/C.Civ. wordt de aansprakelijkheid van een lasthebber minder streng beoordeeld als hij de lastgeving kosteloos op zich heeft genomen.

§ 2. BELANGENCONFLICTEN

479. Krachtens het gemene recht van de lastgeving in alle onderzochte rechtsstelsels is het een lasthebber in beginsel niet toegestaan om in twee hoedanigheden te handelen, met andere woorden, om als tegenpartij van zijn lastgever op te

⁸²³ **België:** art. 490/2, § 1, eerste lid BW; art. 1991, 1992 en 1997 BW; **Duitsland:** G. KROPP, "Die Vorsorgevollmacht", *FPR* 2012, (9) 11; **Engeland & Wales:** THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 52; **Frankrijk:** art. 424 C.Civ.; art. 1992 C.Civ.; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 466; **Oostenrijk:** § 1009 en 1012 ABGB; ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 29; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 360; **Zwitserland:** art. 398, eerste en tweede lid OR; art. 456 ZGB; 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) 63; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 318-322.

⁸²⁴ D. LUSH, *Cretny & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164.

⁸²⁵ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 52.

treden.⁸²⁶ Wanneer zijn lastgever hem bijvoorbeeld heeft opgedragen om een bepaald goed te verkopen, mag hij dit goed niet zelf aankopen. In dat geval zijn zijn belangen immers in strijd met de belangen van de lastgever, die hij net moet behartigen. Het staat de lastgever in de verschillende stelsels evenwel vrij om aan deze bescherming te verzaken door zijn lasthebber in de volmacht toe te laten als tegenpartij op te treden.⁸²⁷

480. In het kader van de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving zijn de Duitse, Engelse, Oostenrijkse en Zwitserse wetgever niet van dit principe afgeweken. De lasthebber die bij een bepaalde rechtshandeling vaststelt dat zijn belangen conflicteren met die van de lastgever moet zich wenden tot de rechter, tenzij de volmacht de belangentegenstelling toestaat. De Zwitserse regelgeving bevat weliswaar een bepaling over belangenconflicten, maar die bevestigt enkel het gemeenschappelijke principe. Meer bepaald schrijven artikel 365, tweede en derde lid ZGB voor dat in geval van een belangenconflict de betrokken bevoegdheden van de lasthebber van rechtswege vervallen en hij onmiddellijk de rechter moet verwittigen.⁸²⁸ Stelt hij de handeling toch, dan is deze nietig.⁸²⁹ In het andere geval kan de rechter een lasthebber *ad hoc* aanstellen of de voorgenomen handeling zelf verrichten (art. 392 ZGB). In de rechtsleer wijst men erop dat artikel 365 ZGB geen toepassing vindt wanneer de lastgever het belangenconflict in zijn volmacht heeft toegelaten of wanneer men kan aantonen dat hij zich er bewust van was toen hij

⁸²⁶ België: Cass. 18 maart 2004, *RW* 2004-05, 303, noot A. SMETS; zie ook: Cass. 7 december 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 407; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 71-72; B. TILLEMAN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 54; Duitsland: § 181 BGB; Engeland & Wales: H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 76-77; Frankrijk: P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 597; Oostenrijk: R. STRASSER, “§ 1009 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2058) 2066; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 73; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 358; Zwitserland: I. SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 319-320.

⁸²⁷ België: B. TILLEMAN, E. DURSIN, E. TERRYIN *et al.*, “[Lastgeving] Kwalificatieproblemen – Geldigheidsvereisten”, *TPR* 2010, (601) 617; Duitsland: § 181 BGB; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 243; Engeland & Wales: H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 76-77; Frankrijk: P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 597; Oostenrijk: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 358; Zwitserland: C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 316.

⁸²⁸ C.L. WIDMER BLUM, “Art. 365 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, (1096) 1099.

⁸²⁹ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 315; T. GEISER, “ZGB 365” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 157.

zijn lasthebber aanwees.⁸³⁰ Men maakt daarbij wel de terechte nuance dat de betrokken rechtshandeling in dat geval alleen maar uitwerking mag krijgen wanneer het slechts gaat om een abstract belangenconflict; d.i. een situatie waarbij de belangen van de lasthebber weliswaar verschillen van die van de lastgever maar waarbij niet is aangetoond dat de lasthebber zijn eigen belangen heeft laten primeren.⁸³¹ Zodra dit bewijs er wel is, zou de handeling wel moeten kunnen worden aangevochten. In dat geval staat het welzijn van de kwetsbare meerderjarige immers op het spel, dat de lastgeving als beschermingsmaatregel net moet vrijwaren. Een gelijkaardige redenering vindt men terug in het Oostenrijkse recht over de gemeenrechtelijke lastgeving.⁸³²

481. Enkel de Belgische en Franse wetgever nemen ten aanzien van belangenconflicten in hoofde van de lasthebber van een als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving een strengere houding aan dan in het gemene recht. Artikel 490/2, § 1, vierde lid BW schrijft voor dat wanneer de belangen van de lasthebber in strijd zijn met die van de lastgever, de vrederechter een lasthebber *ad hoc* aanstelt, ambtshalve of op verzoek van de lastgever of iedere belanghebbende.⁸³³ De parlementaire voorbereidingen preciseren dat de lasthebber verplicht is om bij een belangentegenstelling om deze aanstelling te verzoeken.⁸³⁴ Belangrijk is dat de bepaling geen onderscheid maakt naargelang de belangentegenstelling in de volmacht is toegestaan of niet.

482. Artikel 490, eerste lid C.Civ. bepaalt op zijn beurt dat een lasthebber geen rechtshandelingen mag stellen die buiten de bevoegdheid van een *tuteur* vallen.⁸³⁵ Daartoe behoort het aankopen, huren of pachten van goederen die toebehoren aan de beschermde persoon (art. 509, 4° C.Civ.). De lasthebber mag deze handelingen dus nooit stellen, ook al heeft de lastgever hem hiervoor toestemming verleend in zijn volmacht. De rechter zal een lasthebber *ad hoc* moeten aan-

⁸³⁰ R. KUHN en M. JAKOB, "Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenenschutzrecht: Ein Überblick und einige Gedanken", *TREX* 2013, (106) 109; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 316; T. GEISER, "ZGB 365" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 157.

⁸³¹ T. GEISER, "ZGB 365" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 157.

⁸³² R. STRASSER, "§ 1009 ABGB" in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2058) 2066.

⁸³³ Dezelfde regel is van toepassing op het bewind: art. 497/4 BW.

⁸³⁴ *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 37.

⁸³⁵ 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)*, 2007, 199 (www.assemblee-nationale.fr); N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 546.

stellen.⁸³⁶ De lastgever kan op voorhand zelf in zijn volmacht beslissen wie dit zal zijn.⁸³⁷

483. Naar mijn mening is het verantwoord om de rechter te laten tussenkomen wanneer er sprake is van een belangenconflict, ook al zou de lastgever hiervoor zijn toestemming hebben verleend. In tegenstelling tot bij een gewone lastgeving, is de lastgever immers niet in staat om zijn lasthebber te controleren op het ogenblik dat die de betrokken rechtshandeling stelt. De lasthebber kan niet terugkoppelen naar hem voor instructies wanneer hij het zelf moeilijk vindt om bijvoorbeeld in te schatten welke prijs hij vanuit zijn hoedanigheid als verkoper én koper voor een goed moet vragen. De kans dat de lasthebber zijn eigen belangen in zijn beslissing laat doorwegen is daardoor groter. Om dit risico te vermijden, is het gerechtvaardigd dat iemand anders deze beslissing van hem overneemt.

§ 3. PLAATSVERVANGING

A. Problematiek

484. Het kan voorkomen dat de lasthebber een van zijn taken niet zelf kan verrichten, bijvoorbeeld omdat hij daar niet de vereiste kennis of tijd voor heeft. De vraag rijst of hij voor die specifieke rechtshandelingen een vervanger mag aanduiden, wanneer de volmacht hier geen richtlijnen over bevat ('gedeeltelijke plaatsvervangings'). Heeft hij tevens de bevoegdheid om zijn opdracht tijdelijk *integraal* over te dragen aan een persoon naar keuze, bijvoorbeeld als hij voor een jaar naar het buitenland verhuist ('volledige plaatsvervangings')? In Rec (2009)11 komt deze problematiek niet aan bod.⁸³⁸ Het vraagstuk van de plaatsvervangings staat los van het feit dat de lasthebber steeds de mogelijkheid heeft om hulpverleners in te schakelen voor bijstand of advies bij de uitvoering van zijn taken, zoals bijvoorbeeld een boekhouder of advocaat.⁸³⁹

⁸³⁶ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 483; D. NOGUÉRO, "Interrogations au sujet du mandat de protection future", *D.* 2006, (1133) II B 2.

⁸³⁷ Cf. 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) 275.

⁸³⁸ Zie Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 105.

⁸³⁹ A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 34; L. FAVRE, "Nouveau droit de la protection de l'adulte. Le mandat pour cause d'incapacité", *ZBGR* 2013, (145) 154; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 132.

B. Volledige plaatsvervangning

485. In de meeste rechtsstelsels is men het erover eens dat *volledige* plaatsvervangning niet is toegestaan. Zo verbiedt S. 10 (8)(a) MCA 2005 de lastgever om zijn lasthebber de bevoegdheid te verlenen een derde aan te wijzen om hem te vervangen of op te volgen.⁸⁴⁰ De lasthebber mag dus zelfs met de voorafgaandelijke toestemming van de lastgever geen vervanger naar keuze aanduiden. In een rapport van de Law Commission naar aanleiding van de Enduring Powers of Attorney Act 1985, vinden we in dat verband volgende overweging: “*We would not wish, however, the attorney to be enabled to appoint a substitute or successor to himself. This would be contrary to the special relationship of trust subsisting between the EPA donor and attorney.*”⁸⁴¹

486. De meerderheid van de Zwitserse rechtsleer volgt dezelfde redenering. Het gemene recht in artikel 398, derde lid OR, dat plaatsvervangning onder bepaalde voorwaarden (waaronder toestemming van de lastgever) toelaat, moet volgens deze strekking wijken voor de bijzondere vertrouwensrelatie tussen de lastgever en zijn lasthebber.⁸⁴² De aanwijzing van een lasthebber van een *Vorsorgeauftrag* is omwille van dit vertrouwensaspect een hoogstpersoonlijk recht dat de lastgever niet aan een ander kan overlaten.⁸⁴³ De mogelijkheid voor de lasthebber om een vervanger aan te duiden beschouwt men ook als onverzoenbaar met artikel 363, tweede lid ZGB, dat voorschrijft dat de rechter, alvorens hij de lastgeving uitvoerbaar verklaart, de geschiktheid van de lasthebber beoordeelt, hem op zijn plichten wijst en hem een oorkonde afgeeft die zijn legitimatiebewijs vormt in het rechtsverkeer (zie *infra*, nr. 333).⁸⁴⁴

⁸⁴⁰ Zie bv. ook: *Re Goodwin* [2013] MHLO 86 (LPA) (samenvatting op www.justice.gov.uk).

⁸⁴¹ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 27.

⁸⁴² C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 289; A. LEUBA, “Le mandat pour cause d’inaptitude dans le projet de révision du code civil” in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l’honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 33-34; L. FAVRE, “Nouveau droit de la protection de l’adulte. Le mandat pour cause d’inaptitude”, *ZBGR* 2013, (145) 154; T. GEISER, “ZGB 365” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 157.

⁸⁴³ A. LEUBA, “Le mandat pour cause d’inaptitude dans le projet de révision du code civil” in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l’honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 34; T. GEISER, “ZGB 365” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 157; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 469.

⁸⁴⁴ A. LEUBA, “Le mandat pour cause d’inaptitude dans le projet de révision du code civil” in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l’honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 34.

487. Ook naar Duits, Frans en Oostenrijks recht mag de lasthebber van een vermogensrechtelijke volmacht die werd verleend met het oog op wilsonbekwaamheid zijn bevoegdheden niet integraal doorgeven aan een derde.⁸⁴⁵ In Frankrijk bepaalt de wet dit uitdrukkelijk: volgens artikel 482 C.Civ. is plaatsvervangende in vermogensrechtelijke aangelegenheden enkel mogelijk ten bijzondere titel (bv. voor de verkoop van een welbepaald gebouw) en dus niet voor het geheel van het mandaat, omdat dit in strijd is met de wil van de kwetsbare meerderjarige om door de door hem gekozen persoon te worden vertegenwoordigd.⁸⁴⁶ De Duitse rechtsleer preciseert dat volledige plaatsvervangende wel mogelijk is indien de lasthebber kan steunen op een uitdrukkelijke toelating in de volmacht en wijkt in die zin af van de opvattingen in de andere stelsels.⁸⁴⁷

488. De Belgische regeling omtrent de buitengerechtelijke bescherming bevat geen specifieke bepaling over plaatsvervangende en ook de rechtspraak en rechtsleer hebben zich hier nog niet over uitgesproken. Wat het gemene recht betreft, is men het er overwegend over eens dat een lasthebber het recht heeft om zich te laten vervangen, zolang de lastgever dit niet verboden heeft.⁸⁴⁸ Krachtens artikel 1994 BW is hij dan enkel aansprakelijk voor zijn plaatsvervanger wanneer die kennelijk onbekwaam of onvermogen was (*culpa in eligendo*).⁸⁴⁹ Plaatsvervangende is echter verboden wanneer de lastgeving een sterk *intuitu personae*-karakter heeft.⁸⁵⁰ Om die reden kan de lasthebber van een volmacht verleend met het oog op een toekomstige onbekwaamheid zich mijns inziens niet voor zijn volledige opdracht laten vervangen door een derde, aangezien zijn intrinsieke kwaliteiten net doorslaggevend waren voor zijn aanstelling. Zijn lastgever heeft hem net gekozen omdat hij hem voldoende betrouwbaar en geschikt achtte om zijn ver-

⁸⁴⁵ **Duitsland:** U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 103; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 237, 238; A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 327; **Frankrijk:** art. 482 *a contrario* C.Civ.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 548; **Oostenrijk:** C. SPRUZINA, “Vorsorgevollmacht” in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 685.

⁸⁴⁶ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 548.

⁸⁴⁷ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 238.

⁸⁴⁸ Cass. 6 februari 2006, RABG 2006, 993, noot V. DOOMS, TBBR 2007, 96, noot I. SAMOY; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 183; zie voor een overzicht: R. GILLIS, “Plaatsvervangende bij lastgeving”, NJW 2012, (154) 161.

⁸⁴⁹ A.-L. VERBEKE, P. BRULEZ, N. CARETTE *et al.*, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 302; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 188.

⁸⁵⁰ P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 184; I. SAMOY, “Over de mogelijkheid van plaatsvervangende bij lastgeving: lastgeving is al lang geen vriendendienst meer ...” (noot onder Cass. 6 februari 2006), TBBR 2007, (103) 104.

mogen in een buitengerechterlijke context te beheren, zonder extern toezicht en zonder rechterlijke machtiging.⁸⁵¹ Men kan niet verwachten dat de lastgever deze taak in handen van eender welke persoon zou willen leggen.

489. Enkel wanneer de lastgever zijn lasthebber uitdrukkelijk de bevoegdheid toekent om zelf een tijdelijke vervanger aan te duiden, bijvoorbeeld voor in gevallen van overmacht, zou volledige plaatsvervangingsmogelijkheid moeten zijn. Hij geeft dan zelf te kennen dat hij de lasthebber voldoende vertrouwt in zijn keuze van een vervanger en dat hij er geen probleem mee heeft dat hij in de toekomst mogelijk tijdelijk door iemand anders vertegenwoordigd zal worden. De hierboven vermelde opvattingen (zoals de Engelse S. 10 (8)(a) MCA 2005) die een door de lastgever gewilde substitutie verbieden (zie *supra*, nrs. 485-487), leiden in die zin tot een disproportionele aantasting van zijn autonomie.

C. Gedeeltelijke plaatsvervangings

1. Type 1: gedeeltelijke plaatsvervangings is niet toegestaan

490. Volgens de meerderheid van de Zwitserse rechtsleer moet de lasthebber van een *Vorsorgeauftrag* zijn opdracht steeds persoonlijk uitvoeren, omwille van de vertrouwensrelatie tussen de lastgever en de lasthebber. Daarom is niet alleen volledige, maar ook gedeeltelijke plaatsvervangings niet toegestaan; men maakt geen onderscheid tussen beide.⁸⁵² Sommige auteurs argumenteren echter dat de inschakeling van een vervanger soms nuttig kan zijn bij complexe vermogens, wanneer loutere bijstand of advies niet volstaat. In dat geval zou gedeeltelijke substitutie mogelijk zijn, ook wanneer de lastgever daar in zijn volmacht geen toestemming voor heeft verleend.⁸⁵³

2. Type 2: gedeeltelijke plaatsvervangings is toegestaan

491. In Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk en Oostenrijk is gedeeltelijke plaatsvervangings bij patrimoniale volmachten voor onbekwaamheid in beginsel toegelaten, ook wanneer de volmacht hierover het stilzwijgen behoudt.⁸⁵⁴

⁸⁵¹ A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 33.

⁸⁵² C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 289; A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 33-34; L. FAVRE, "Nouveau droit de la protection de l'adulte. Le mandat pour cause d'incapacité", *ZBGR* 2013, (145) 154.

⁸⁵³ M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 149; T. GEISER, "ZGB 365" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 157.

⁸⁵⁴ **Duitsland:** U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 103; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz

492. In de Duitse literatuur benadrukt men wel dat de toelaatbaarheid van gedeeltelijke plaatsvervangings steeds afhankelijk is van de werkelijke wil van de lastgever en dus een goede interpretatie van diens volmacht.⁸⁵⁵ Er mogen geen tegenindicaties zijn. Zo is men bij een bijzonder mandaat minder geneigd om de bevoegdheid tot het aanduiden van een plaatsvervanger aan te nemen, in tegenstelling tot wat het geval is bij een algemene, onbepaalde volmacht.⁸⁵⁶ In Frankrijk volgt de bevoegdheid tot gedeeltelijke plaatsvervangings rechtstreeks uit de regelgeving omtrent het *mandat de protection future* (art. 482, eerste lid C.Civ.; zie *supra*, nr. 487).

493. In Engeland & Wales en Oostenrijk is het gemeenrechtelijke uitgangspunt weliswaar dat een lasthebber zijn taak persoonlijk moet uitvoeren en geldt dit des te meer voor de lasthebber van een volmacht die werd verleend met het oog op onbekwaamheid, omwille van het vertrouwen dat zijn lastgever in hem heeft gesteld.⁸⁵⁷ Op dit principe bestaan evenwel twee uitzonderingen. Ten eerste kan de lasthebber wel een vervanger aanduiden om een of meerdere rechtshandelingen van hem over te nemen wanneer de lastgever hem die bevoegdheid uitdrukkelijk heeft toegekend.⁸⁵⁸ Ten tweede is een overdracht van een aantal bevoegdheden in

Vahlen, 2009, 237, 238 en 253; A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 327; Engeland & Wales: THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 6, nr. 2.15 en 27, nr. 4.22; Frankrijk: art. 482 C.Civ.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 547-548; zie *supra*, nr. 487; Oostenrijk: § 284h, derde lid ABGB *a contrario*; zie ook § 1010 ABGB; ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 30; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 357.

⁸⁵⁵ Cf. § 664 eerste lid BGB; G. MÜLLER en T. RENNER, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, 113.

⁸⁵⁶ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 236; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 102-103.

⁸⁵⁷ Engeland & Wales: “*Delegatus non potest delegare.*” H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 26; G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 164; THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 6. In de Code of Practice van de MCA 2005 spreekt men van een *duty not to delegate* (DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 132, nrs. 7.61-7.62); Oostenrijk: R. STRASSER, “§ 1009 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2058) 2061; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 357.

⁸⁵⁸ Engeland & Wales: THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 6, nr. 2.15 en 27, nr. 4.22; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 188-189; Oostenrijk: § 1010 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 357.

specifieke omstandigheden ook zonder deze machtiging toegestaan, bijvoorbeeld in geval van hoogdringendheid, onvoorziene omstandigheden of voor bepaalde handelingen die niet van die aard zijn dat de lastgever een persoonlijke volbrenging zou hebben verwacht.⁸⁵⁹

494. In de meeste stelsels van dit tweede type heeft de mogelijkheid tot gedeeltelijke plaatsvervangende enkel betrekking op vermogensrechtelijke handelingen. Zowel het Duitse als het Franse recht laten de lasthebber niet toe om zijn bevoegdheden aan een derde over te dragen wanneer het gaat om persoonsrechtelijke kwesties.⁸⁶⁰ In het Franse recht werd dit uitdrukkelijk in de wet bepaald (art. 482 C.Civ.). Voor dergelijke aangelegenheden acht men een bijzonder vertrouwen van de lastgever in zijn vertegenwoordiger noodzakelijk.⁸⁶¹ Om dezelfde reden hanteert het Oostenrijkse recht een vergelijkbaar principe: plaatsvervangende is niet mogelijk voor beslissingen over medische behandelingen of wijziging van woonplaats (§ 284h, derde lid ABGB), zelfs wanneer de lastgever hiervoor zijn toestemming heeft verleend.⁸⁶² Deze laatste nuance wordt door verschillende Duitse auteurs niet gemaakt; volgens hen is plaatsvervangende bij persoonsrechtelijke handelingen mogelijk wanneer de lastgever dit uitdrukkelijk in zijn volmacht heeft toegelaten.⁸⁶³

495. Zoals eerder toegelicht, bevat het Belgische recht geen uitdrukkelijke bepaling over de mogelijkheid tot plaatsvervangende in het kader van de buitengerechtelijke bescherming en hebben de rechtspraak en rechtsleer hier nog geen standpunt over ingenomen (zie *supra*, nr. 488). Naar mijn mening zou gedeeltelijke plaatsvervangende, dus ten bijzondere titel, mogelijk moeten zijn, ook wanneer de lastgever hierover niets heeft bepaald. In dat opzicht is het Duitse, Engelse, Franse en Oostenrijkse uitgangspunt zeer valabel. Het houdt het vertrouwensaspect van de lastgeving en de praktische haalbaarheid van het vermogensbeheer in evenwicht. Zonder de lasthebber de mogelijkheid te geven zijn opdracht integraal aan een ander over te dragen, erkent deze regel dat het soms nuttig kan zijn om voor

⁸⁵⁹ Engeland & Wales: THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 6, nr. 2.15 en 27, nr. 4.22; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 132, nr. 7.62; cf. H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 26; Oostenrijk: § 1010 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 357.

⁸⁶⁰ Duitsland: V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 238; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 103; Frankrijk: art. 482 C.Civ.

⁸⁶¹ 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)*, 2007, 194 (www.assemblee-nationale.fr).

⁸⁶² P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 357.

⁸⁶³ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 324; M. LOCHER, "Vorsorge durch Vollmachtserteilung II", *FamRB* 2004, (58) 59 en 62.

bepaalde rechtshandelingen een vervanger aan te duiden, of het nu gaat om het vermogen van een bekwame lastgever of niet, bijvoorbeeld in geval van erg complex vermogensbeheer of plotse overmacht.⁸⁶⁴

496. Het argument dat dit in strijd is met de autonomie van de kwetsbare meerderjarige omdat hij dan voor bepaalde handelingen wordt vertegenwoordigd door een persoon die hij niet zelf gekozen heeft, vervalt zodra men de beschikbare alternatieven bekijkt. Als een lasthebber geen plaatsvervanger zou mogen aanduiden en vervanging blijkt wel degelijk nodig te zijn, dan doet de rechter dat voor hem; hij zal immers een andere vertegenwoordiger moeten benoemen om de betrokken rechtshandelingen te verrichten. Dit strookt minder met de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige dan wanneer zijn eigen vertrouwenspersoon een plaatsvervanger kiest.⁸⁶⁵ Ziet hij de mogelijkheid tot plaatsvervanging toch niet zitten, dan kan hij die in zijn volmacht uitsluiten. Uiteraard kan hij in zijn volmacht ook zelf een plaatsvervanger aanwijzen.

§ 4. BIJHOUDEN VAN VERANTWOORDINGSTUKKEN

497. Uit de gemeenrechtelijke rekenschapsplicht bij lastgeving in elk van de onderzochte rechtsstelsels vloeit voort dat de lasthebber financiële verantwoording moet kunnen afleggen aan de lastgever wanneer die terug bekwaam zou worden of aan diens erfgenamen wanneer hij komt te overlijden. Hij is dus verplicht om gedurende zijn opdracht als vermogensbeheerder een overzicht bij te houden van de rechtshandelingen die hij in naam en voor rekening van zijn lastgever verricht (zie ook: Principe 10, vierde lid Rec(2009)11).⁸⁶⁶ De lasthebber zal

⁸⁶⁴ Cf. U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 102.

⁸⁶⁵ Cf. A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 327.

⁸⁶⁶ **België:** art. 1993 BW; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 324; **Duitsland:** § 666 BGB; D. KRAUß, "Vermeidung einer Betreuung durch Erteilung einer Vollmacht", *BWNotZ* 1999, (86) 89; **Engeland & Wales:** S. 23 (3)(a) MCA 2005 ("The court may, if P lacks capacity to do so, give directions to the donee with respect to the rendering by him of reports or accounts and the production of records kept by him for that purpose" – eigen cursivering); Re Harcourt [2012] MHLO 74 (LPA); DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 133; **Frankrijk:** art. 486, 487, 494 en 1993 C.Civ.; J. MASSIP, "Le mandat de protection future", *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 58; **Oostenrijk:** § 1012 ABGB; ErlRV 1420 BlnNR 22. GP, 29; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 16; S. KÜHNBERG, "Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005", *NZ* 2005, (85) B.4.; **Zwitserland:** art. 400, eerste lid OR; M. HOPF, "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, (145) 149; P. BREITSCHMID en I. MATT, "Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)", *Pflegerecht* 2012, (223) 230; A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.),

deze informatie echter op geen enkel moment tijdens de duur van de lastgeving aan iemand moeten voorleggen (behalve in het Franse recht), tenzij de lastgever een controlelasthebber had aangesteld (zie hierover uitgebreid, *infra*, nrs. 527 e.v.).

498. De Franse wetgever heeft de verplichting voor de lasthebber om informatie bij te houden over het vermogensbeheer uitdrukkelijk opgenomen in de regelgeving omtrent het *mandat de protection future*. Artikel 486 C.Civ. bepaalt dat de lasthebber aan het begin van zijn opdracht een inventaris moet opstellen van het vermogen van de lastgever en deze geregeld moet actualiseren gedurende zijn mandaat. Hij dient ook jaarlijks een beheersrekening op te maken.⁸⁶⁷ Volgens artikel 487 C.Civ. moet hij na afloop van zijn mandaat de inventaris en de vijf laatste beheersrekeningen ter beschikking houden van de lastgever, diens erfgenamen of de persoon die het vermogensbeheer zal voortzetten. Hij moet ook steeds in staat zijn om deze documenten, de bijhorende bewijsstukken en de stukken die nodig zijn om het beheer verder te zetten aan de rechter of procureur over te maken wanneer die hierom verzoeken (art. 494 C.Civ.).⁸⁶⁸ Het is zinvol om dergelijke preciseringen in de wet op te nemen, om de lasthebber bewust te maken van zijn verplichting om zorgvuldig informatie bij te houden over het vermogensbeheer.

§ 5. CONSULTATIE VAN DE LASTGEVER

499. In het Belgische recht is de lasthebber 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 (zie *supra*, nr. 476).⁸⁶⁹ Het is jammer dat deze bepaling niet verder gaat door de lasthebber ook te verplichten om de beschermde persoon zoveel mogelijk en in verhouding tot diens begripsvermogen bij de uitoefening van zijn opdracht te betrekken. Deze verplichting is nochtans wel van toepassing op een bewindvoerder, die net dezelfde functie als een lasthebber vervult.⁸⁷⁰ Zij bestaat ook in het Engelse recht, waar zij geldt voor iedereen die instaat voor de bescherming van een kwetsbare meerderjarige. Deze personen zijn ertoe gehouden om de kwetsbare meerderjarige in de mate van het mogelijke te betrekken bij elke handeling die zij voor hem stellen en elke beslissing die ze voor hem nemen (S. 4 (4) MCA 2005). Ook in Oostenrijk rust op de lasthebber een verplichting tot ‘*Wunschermit-*

Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler, Genève, Schulthess, 2007, (27) 33.

⁸⁶⁷ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 465-466.

⁸⁶⁸ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 466.

⁸⁶⁹ Art. 490/2, § 1, derde lid BW. Zie ook, in het Engelse recht: S. 4 (7)(a) MCA 2005.

⁸⁷⁰ Art. 499/1, § 3, tweede lid BW.

tlung'.⁸⁷¹ Dit betekent dat hij, net als een bewindvoerder, er actief naar moet streven om de lastgever een mening te laten vormen over de aangelegenheden waarin hij hem vertegenwoordigt.⁸⁷² Volgens de parlementaire voorbereidingen vloeit deze verplichting voort uit § 284h, eerste lid ABGB, dat de lasthebber oplegt om rekening te houden met de wensen die de lastgever uit na de inwerkingtreding van de lastgeving, tenzij dit in strijd zou zijn met diens welzijn (zie ook: Principe 10, tweede lid Rec(2009)11).⁸⁷³

500. Het lijkt me wel aangewezen om een dergelijke verplichting tot overleg te beperken tot belangrijke rechtshandelingen, naar het voorbeeld van wat geldt in het Duitse recht voor een bewindvoerder (§ 1901, derde lid BGB). De opdracht van de lasthebber zou aanzienlijk worden verzaamd als hij voor elke kleine handeling zou moeten terugkoppelen naar de lastgever; het vermogensbeheer kan hierdoor stroever verlopen.⁸⁷⁴ Eventueel kan de lastgever in zijn volmacht preciseren wat er onder belangrijke rechtshandelingen moet worden verstaan, maar hij kan dit ook aan de beoordeling van de lasthebber zelf overlaten.⁸⁷⁵

501. In het Duitse, Franse en Zwitserse recht bevat de wetgeving omtrent de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving geen verplichting voor de lasthebber om de kwetsbare meerderjarige zoveel mogelijk te betrekken bij de uitvoering van zijn taak.⁸⁷⁶ Mogelijk achtten de verschillende wetgevers dit niet noodzakelijk nu de kwetsbare meerderjarige, in tegenstelling tot bij een bewind, per definitie zeggenschap heeft over het vermogensbeheer, aangezien hij op voorhand zelf heeft bepaald hoe dit moet verlopen. Toch blijft overleg tussen de lastgever en de lasthebber pertinent, aangezien de lasthebber op die manier specifieke wensen van de kwetsbare meerderjarige kan achterhalen over de wijze waarop hij zijn (veelal

⁸⁷¹ ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 30; C. SPRUZINA, "Vorsorgevollmacht" in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 684; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 47; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 362.

⁸⁷² ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 30; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 362.

⁸⁷³ ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 30.

⁸⁷⁴ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 281.

⁸⁷⁵ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 281.

⁸⁷⁶ *Cf. Duitsland*: § 1901, derde lid BGB, die een bewindvoerder verplicht om belangrijke rechtshandelingen met de beschermde persoon te bespreken vooraleer hij ze verricht (tenzij dit in strijd zou zijn met zijn welzijn), is niet automatisch van toepassing op de lasthebber. De lastgever kan deze verplichting wel opnemen in zijn volmacht. Zie: V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 281; 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) 817.

ruime) bevoegdheden concreet moet uitoefenen.⁸⁷⁷ Bovendien is het mogelijk dat de lasthebber gedurende dit overleg vaststelt dat de lastgever nog in staat is om een bepaalde handeling zelf te stellen. De verschillende wetgevers moedigen aan dat de lastgever in dat geval nog zelf optreedt, nu zij er allen voor hebben gekozen om hem niet handelingsonbekwaam te maken ten gevolge van de inwerkingtreding van de lastgeving (zie *supra*, nr. 408).⁸⁷⁸ In dat opzicht kan men argumenteren dat de verplichting om de kwetsbare meerderjarige inspraak te verlenen bij het beheer van zijn vermogen en om zijn eigen initiatieven aan te moedigen voortvloeit uit het doel van de lastgeving, namelijk de bevordering van de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige. In dit verband kan overigens worden gewezen op het feit dat in het kader van de rechterlijke bescherming in verschillende stelsels de mogelijkheid tot bijstand bestaat, waarbij de beschermde persoon wel zelf, maar niet zelfstandig in het rechtsverkeer optreedt (zie *supra*, nr. 95). Als deze bijstand volstaat, mag de bewindvoerder geen vertegenwoordigingsopdracht toegewezen krijgen. Dezelfde idee zou men moeten toepassen op de lastgeving: de lasthebber moet de kwetsbare meerderjarige eerst proberen te begeleiden bij de uitoefening van een bepaalde rechtshandeling in plaats van deze meteen volledig van hem over te nemen.

§ 6. RECHTERLIJKE MACHTIGING

502. Een essentieel kenmerk van de bescherming via lastgeving in bijna alle stelsels is dat de lasthebber geen machtiging nodig heeft van de rechter om voor de lastgever de overeengekomen vermogensrechtelijke handelingen te kunnen stellen.⁸⁷⁹ Het is immers net de bedoeling dat het vermogen van de lastgever zo veel als mogelijk in een buitengerechtelijke context wordt beheerd. Wel heeft de rechter in verschillende stelsels de mogelijkheid om de lasthebber te verplichten

⁸⁷⁷ Cf. V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 280.

⁸⁷⁸ Cf. D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 193.

⁸⁷⁹ Zie bv.: **België**: F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 570; M.A. MASSCHELEIN, “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wils- onbekwame personen”, *NNK* 2013, (3) 4; **Duitsland**: 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) 23; A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 170; **Oostenrijk**: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 358; S. FERRARI, “Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (139) 153; S. RESCH, “Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht”, *PSR* 2013, (4) 5; **Zwitserland**: T. GEISER, “ZGB 365” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l’adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 153.

voor bepaalde rechtshandelingen een machtiging te vragen, indien hij dit voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige noodzakelijk acht (zie *infra*, nr. 567).

503. De enige uitzonderingen op het principe van het zelfstandig optreden van de lasthebber vindt men terug in het Franse recht, waar de lasthebber niet kan schenken in naam en voor rekening van de kwetsbare meerderjarige zonder rechterlijke toelating (zie *supra*, nr. 278) en waar de lasthebber van een onderhandse volmacht deze toelating ook nodig heeft om daden van beschikking te kunnen stellen, ook al zou hij daartoe bevoegd zijn volgens de bewoordingen van zijn volmacht (zie *supra*, nrs. 202 en 268).

§ 7. VERMOGENSSCHEIDING

504. Het Belgische recht gebiedt de lasthebber uitdrukkelijk om de gelden en de goederen van de lastgever volledig en duidelijk af te scheiden van diens eigen vermogen, in navolging van Principe 10, derde lid Rec(2009)11. De banktegoeden van de lastgever worden op zijn naam ingeschreven (art 490/2, § 1, vijfde lid BW). Deze verplichting geldt ook voor bewindvoerders en is bedoeld om te voorkomen dat het vermogen van de kwetsbare meerderjarige zou worden vermengd met dat van zijn vertegenwoordiger (art. 499/3 BW). In de andere stelsels kan de lastgever er uiteraard wel voor opteren om een dergelijke verplichting in zijn volmacht op te nemen.⁸⁸⁰ Men kan dit ook als een toepassing beschouwen van de zorgvuldigheidsplicht van de lasthebber.

AFDELING III. BESLUIT

505. Een lasthebber die optreedt voor een wilsonbekwame lastgever heeft minstens dezelfde rechten en plichten als een gewone lasthebber. Zo kan hij in de verschillende stelsels aanspraak maken op een vergoeding voor gemaakte onkosten en kunnen beide partijen overeenkomen dat hij een loon zal ontvangen voor de uitvoering van zijn opdracht (zie *supra*, nrs. 466-467). Het is hem niet toegestaan om in een dubbele hoedanigheid op te treden, bijvoorbeeld als koper van een van de goederen van de lastgever (zie *supra*, nrs. 479-480). Hij moet in dat geval de rechter vatten om de transactie via een rechterlijke machtiging of een lasthebber *ad hoc* te laten doorgaan. Sommige stelsels maken op grond van het gemene recht wel een uitzondering voor het geval waarin de lastgever het belangenconflict in zijn volmacht heeft toegestaan (zie *supra*, nrs. 479-480). Dit is mijns

⁸⁸⁰ Zie bv.: **Duitsland**: V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 283-284.

inziens niet aangewezen; aangezien de lastgever zijn lasthebber niet kan controleren en deze dus ook niet naar de lastgever kan terugkoppelen voor instructies, noopt de bescherming van de kwetsbare meerderjarige tot de aanstelling van een lasthebber *ad hoc*, zoals in het Belgische en Franse recht (zie *supra*, nrs. 481-483).

506. Het is de voornaamste plicht van de lasthebber om een loyale houding aan te nemen tegenover zijn lastgever (zie *supra*, nr. 475). Dit betekent onder meer dat hij hem in de mate van het mogelijke op de hoogte moet brengen van de verrichtingen die hij voor hem uitvoert (zie *supra*, nr. 476). De lastgeving maakt de lastgever immers niet handelingsonbekwaam en biedt hem dus het voordeel dat hij de handelingen die het voorwerp uitmaken van de volmacht terug op zich kan nemen wanneer hij zich daartoe in staat acht, bijvoorbeeld tijdens een helder interval. Om die reden is de lasthebber er overigens toe gehouden om niet op te treden wanneer hij weet of redelijkerwijze kan weten dat de lastgever dit nog zelf kan (zie *supra*, nr. 477). In alle onderzochte stelsels houdt de loyaliteit van de lasthebber tevens in dat hij rekenschap moet kunnen afleggen over de manier waarop hij het vermogen van zijn lastgever heeft beheerd. Dit impliceert dat hij de informatie die hiervoor relevant is, zoals rekeningen en verslagen, zorgvuldig moet bewaren (zie *supra*, nr. 497). Als de lasthebber zijn verplichtingen of de instructies in de volmacht niet naleeft, dan kan hij hiervoor op dezelfde manier als een gewone lasthebber aansprakelijk worden gesteld (zie *supra*, nr. 478).

507. Om het beschermingsgehalte van de lastgeving te verhogen, hebben verschillende wetgevers ervoor gekozen om de lasthebber bijkomende plichten op te leggen. In het Franse recht is hij bijvoorbeeld verplicht om een rechterlijke machtiging te vragen als hij in naam en voor rekening van de kwetsbare meerderjarige wenst te schenken, om misbruiken te vermijden (zie *supra*, nrs. 278 en 503). In de overige stelsels kan hij deze rechtshandeling zonder het fiat van de rechter stellen (zij het slechts in beperkte mate in Engeland & Wales, zie *supra*, nr. 281). Dit is mijns inziens niet problematisch zolang men de lastgever verplicht om het voorwerp van de schenking, de begunstigde en de modaliteiten in de volmacht te vermelden (zie *supra*, nr. 280). Daarnaast is de lasthebber er in het Belgische recht toe gehouden om zijn eigen vermogen duidelijk te scheiden van dat van de lastgever, een verplichting die men eveneens zou kunnen beschouwen als een toepassing van zijn loyaliteitsplicht (zie *supra*, nr. 504).

508. Sommige bijkomende waarborgen hebben als finaliteit om de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige tijdens de uitvoering van de lastgeving te versterken. Naar Belgisch recht moet zijn lasthebber geregeld naar hem terugkoppelen voor overleg en hem op de hoogte brengen van de handelingen die hij verricht (zie *supra*, nrs. 476 en 499). Het Engelse en Oostenrijkse recht gaan hier verder in en verplichten de lasthebber om de kwetsbare meerderjarige zoveel mogelijk bij het beheer van zijn vermogen te betrekken (zie *supra*, nr. 499). Dit

biedt enerzijds het voordeel dat het beheer een persoonlijker karakter krijgt en anderzijds dat de lasthebber de lastgever er kan toe aanzetten om nog zelf op te treden waar en wanneer hij dat nog kan, indien nodig met bijstand (zie *supra*, nr. 501).

509. Daarnaast is men het er over eens dat de lasthebber zijn opdracht niet integraal mag doorgeven aan een ander, omdat dit in strijd is met het *intuitu personae*-karakter van de lastgeving (zie *supra*, nr. 486). Volledige plaatsvervangende zou mijns inziens slechts mogelijk mogen zijn wanneer de lastgever zijn lasthebber die bevoegdheid heeft toegekend en aldus te kennen heeft gegeven dat hij er geen probleem mee heeft dat hij later mogelijk door een andere lasthebber vertegenwoordigd zal worden (zie *supra*, nr. 489). Daarentegen zou de mogelijkheid tot gedeeltelijke plaatsvervangende wel impliciet vervat moeten zijn in de bevoegdheid van de lasthebber, omdat dit nuttig kan zijn om de lastgeving tot een goed einde te brengen, bijvoorbeeld wanneer de lasthebber voor een bepaalde transactie de nodige expertise mist of er sprake is van tijdelijke overmacht (zie *supra*, nr. 495). Door de lasthebber de bevoegdheid te verlenen zelf voor bepaalde handelingen een vervanger aan te duiden, voorkomt men dat de rechter deze keuze maakt (zie *supra*, nr. 496). De mogelijkheid tot gedeeltelijke plaatsvervangende wordt in de meerderheid van de rechtsstelsels erkend (zie *supra*, nr. 491).

510. Tot slot is de rechter in het Engelse en Zwitserse recht terecht bevoegd om zich uit te spreken over het loon van de lasthebber (zie *supra*, nr. 467). Zelfs wanneer de lastgever uitdrukkelijk heeft bepaald dat de lastgeving kosteloos is, moet hij de lasthebber een loon kunnen toekennen wanneer dat redelijk is, rekening houdend met de omvang van diens taak en zijn relatie met de lastgever. Het alternatief is immers dat de lasthebber zijn taak weigert en dat de rechter een bewindvoerder moet aanstellen, die eveneens moet worden vergoed (zie *supra*, nr. 471). Naast een loonsverhoging, moet ook een loonsvermindering mogelijk zijn, namelijk wanneer het afgesproken salaris buiten verhouding staat tot het geleverde werk (zie *supra*, nr. 473).

HOOFDSTUK X

CONTROLE OP DE UITVOERING VAN DE LASTGEVING

AFDELING I. NOOD AAN CONTROLE VAN DE LASTHEBBER

511. Volgens het gemene recht inzake lastgeving in de verschillende rechtsstelsels moet een lasthebber rekenschap en verantwoording afleggen aan de lastgever over de uitvoering van zijn opdracht.⁸⁸¹ Dit wil zeggen dat de lastgever op elk moment aan zijn lasthebber kan vragen om rekeningen en andere informatie omtrent het vermogensbeheer voor te leggen.⁸⁸² Op die manier kan hij de financiële transacties opvolgen en kan hij controleren of de lasthebber het mandaat overeenkomstig zijn instructies uitvoert.⁸⁸³

512. De uitoefening van dit controlerecht is evenwel problematisch wanneer de lastgever wilsonbekwaam is tijdens de uitvoering van de volmacht. Hij is dan niet in staat om toezicht uit te oefenen en de volmacht te herroepen wanneer het gebruik ervan te wensen over laat. Het risico op misbruik of wanbeheer ligt daardoor aanzienlijk hoger dan bij een gewone volmacht.⁸⁸⁴ Een lasthebber kan sneller in de verleiding komen om bepaalde rechtshandelingen in zijn eigen voordeel te stellen of om overdreven spaarzaam om te gaan met het vermogen van zijn lastgever, omdat hij bijvoorbeeld tevens diens erfgenaam is.⁸⁸⁵ Daardoor komen niet alleen de financiële belangen van de kwetsbare meerderjarige op het spel te staan, maar wordt ook zijn autonomie aangetast, aangezien de instructies in zijn volmacht niet worden nageleefd.

⁸⁸¹ België: art. 1993 BW; Duitsland: § 666 BGB; Engeland & Wales: Gray v Haig [1854] 20 Beav 219; Frankrijk: art. 1993 C.Civ.; Oostenrijk: § 1012 ABGB; Zwitserland: art. 400, eerste lid OR.

⁸⁸² P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Zürich, Schulthess, 2003, 678; G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 173-174.

⁸⁸³ B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 127.

⁸⁸⁴ D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge - Familienrecht in Bewegung*, Berlijn, BWV, 2004, (27) 46; K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 291; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 161.

⁸⁸⁵ D. KURZE, "Die Kontrollbetreuung", *NJW* 2010, (2220) 2221.

513. Om te waarborgen dat de lasthebber zijn volmacht aanwendt volgens de wensen van de kwetsbare meerderjarige en in zijn belang, moet iemand de controlefunctie van de lastgever overnemen. Volgens Principe 12, eerste lid van Rec (2009)11 kan deze controle ten eerste privaatrechtelijk worden geregeld. De lastgever kan in zijn volmacht zelf mechanismen inbouwen die het gevaar voor wanuitvoering of misbruik temperen, door bijvoorbeeld een controlelasthebber of verschillende lasthebbers aan te duiden die concurrente bevoegdheden hebben of enkel gezamenlijk mogen optreden. Daarenboven wijst de Raad van Europa er op dat staten ook moeten overwegen om in publieke waarborgen te voorzien, die overheidsinstanties toelaten om op te treden zodra een lasthebber de wensen of het welzijn van zijn wilsonbekwame lastgever in het gedrang brengt.⁸⁸⁶ Ook wanneer de lastgever zelf controlemechanismen in zijn volmacht heeft ingebouwd, kan een dergelijke tussenkomst noodzakelijk zijn. Bij een pluraliteit van lasthebbers bestaat het risico op collusie, onderlinge conflicten of belangentegenstellingen. Het is tevens denkbaar dat een in de volmacht voorgedragen controlelasthebber niet langer beschikbaar is op het ogenblik dat de lastgever feitelijk onbekwaam wordt en dat de lasthebber daar misbruik van maakt.

514. De controle door de staat mag evenwel niet zo ver gaan dat zij de lastgeving doet verglijden naar een systeem van rechterlijke bewindvoering. Daar speelt de overheid een centrale rol bij het vermogensbeheer. Bewindvoerders zijn verplicht om periodiek rekenschap en verantwoording af te leggen aan de rechter en hebben voor sommige rechtshandelingen diens machtiging nodig.⁸⁸⁷ De lastgeving is daarentegen in essentie een buitengerechtigde beschermingsmaatregel, bedoeld als een alternatief voor publieke systemen van bijstand en vertegenwoordiging. Dit impliceert dat de overheid niet automatisch en systematisch mag worden betrokken in de privaatrechtelijke relatie tussen de lastgever en lasthebber.⁸⁸⁸

515. Anderzijds mag de overheid evenmin de kwetsbare positie van de meerderjarige negeren, aangezien dit zijn welzijn op het spel zet. Bovendien is er dan geen garantie dat zijn wensen werkelijk worden gerealiseerd. Bij de regulering van een controleregime voor de lastgeving is het aldus van belang om zowel de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige als zijn recht op bescherming met elkaar te verzoenen.

⁸⁸⁶ Principe 12, tweede lid Recommendation (2009)11 concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity.

⁸⁸⁷ Zie bv.: **België**: art. 499/7, § 2 BW en art. 499/14, § 2 BW; **Duitsland**: § 1908i, eerste lid j° § 1840 BGB; **Zwitserland**: art. 410, eerste lid, 411, eerste lid en 416, eerste lid ZGB.

⁸⁸⁸ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 160.

AFDELING II. INTERNE CONTROLE-MECHANISMEN IN DE VOLMACHT

§ 1. EEN 'PROTECTOR' ALS BESCHERMING TEGEN MISBRUIK EN WANBEHEER

516. Via de lastgeving opteert de meerderjarige voor een discreet beheer van zijn patrimonium voor het geval dat hij zijn oordeelsvermogen verliest. Hij kiest er bewust voor om zijn financiële belangen buiten het toepassingsgebied van rechterlijke beschermingsmaatregelen te houden door zelf een vertegenwoordiger aan te wijzen en hem de nodige bevoegdheden toe te bedelen. De figuur van de lastgeving laat hem toe om ook de controle van die lasthebber in private sfeer te laten plaatsvinden. Meer bepaald kan hij in zijn volmacht verschillende lasthebbers aanstellen en hun onderlinge verhouding definiëren (zie *supra*, nr. 255). Hij kan hen bijvoorbeeld een verplichting tot gezamenlijk bestuur opleggen, zodat een malafide lasthebber zal botsen op de bezwaren van de anderen. Ook wanneer de lasthebbers concurrente bevoegdheden hebben, ontstaat een situatie van interne controle, aangezien de ene lasthebber kan nagaan (bv. via de rekeningen van de lastgever) welke transacties de andere heeft uitgevoerd.

517. Het risico op misbruik of slecht beheer wordt eveneens aanzienlijk verkleind door de aanwezigheid van een controlelasthebber. Zijn taak bestaat er niet in om het vermogen van de lastgever te beheren maar om rechtstreeks toezicht uit te oefenen op dat beheer via het opvragen van rekeningen en om de rechter in te lichten van eventuele anomalieën.⁸⁸⁹ Artikel 490/2, § 1, derde lid BW bepaalt bijvoorbeeld dat de lastgever zijn lasthebber kan verplichten om bepaalde derden op de hoogte te brengen van de handelingen die hij verricht. Een dergelijk controlesysteem is vergelijkbaar met de *protector* die men in het kader van een *trust* kan benoemen om toezicht uit te oefenen op de *trustee*.⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ C. FOUNTOLAKIS en C. GAIST, "Les mesures personnelles anticipées: des directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'incapacité", *FamPra.ch* 2012, (867) 881; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 314; A. LEUBA, "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 35; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 157-159; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-2014, (563) 568; A. WYLLEMAN, "Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, (105) 114; 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) 288.

⁸⁹⁰ P. HODSON, "Modern role and benefits of a protector", *Int.LegalPrac.* 2003, 89 e.v.

§ 2. VERPLICHTING TOT ORGANISATIE VAN INTERNE CONTROLE

A. Lastgeving als maatregel van bescherming

518. In Frankrijk is de lastgever van een *mandat de protection future* verplicht om in zijn volmacht controlemodaliteiten op te nemen (art. 479, derde lid C. Civ.).⁸⁹¹ De Franse modelakte (zie *supra*, nr. 201) bevat dan ook een afzonderlijk luik waarin de lastgever een controlelasthebber moet aanduiden. De lasthebber moet jaarlijks aan deze persoon een beheersrekening voorleggen.⁸⁹² Artikel 1258-2 Code de procédure civile bepaalt dat de griffier die belast is met de procedure van inwerkingtreding in de zin van artikel 481 tweede lid C.Civ. (zie *supra*, nrs. 329-332) de aanwezigheid van controlemodaliteiten moet verifiëren. Blijkt de voorwaarde niet vervuld te zijn, dan kan hij de volmacht geen uitwerking verlenen.

519. Het is opmerkelijk dat de organisatie van een intern controlesysteem enkel verplicht is in Frankrijk. In de facultatieve volmachtmodellen van andere rechtstelsels is weliswaar ruimte gelaten voor de benoeming van een toezichthouder, maar het gaat niet om een element dat inherent is aan het lastgevingsregime.⁸⁹³ Onvermijdelijk rijst daardoor de vraag naar het beschermingsgehalte van de lastgeving in deze stelsels, omdat zij evenmin een vorm van externe controle omvat, gelet op haar privaatrechtelijk karakter (zie *infra*, nrs. 527-529). Kiest de lastgever ervoor om geen interne controlewaarborgen in te bouwen, dan is hij met andere woorden volledig afhankelijk van de goede of kwade trouw, of kunde en onkunde, van zijn lasthebber. Voor zijn financiële welzijn en persoonlijke autonomie houdt dit heel wat risico's in.⁸⁹⁴ De kans bestaat dat de lasthebber zijn positie misbruikt en het vermogen van de lastgever aanwendt voor persoonlijke doeleinden.⁸⁹⁵ Als

⁸⁹¹ Circ. DACS CIV/01/09/C1 9 februari 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, *BO min. Just.* 28 februari 2009, 38; H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs (nr. 212)*, 2007, 186 (www.senat.fr). Zie amendement n° 82 bij Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs (n° 3462) (www.assemblee-nationale.fr).

⁸⁹² Art. 486, tweede lid C.Civ.

⁸⁹³ Zie bijvoorbeeld: U. WALTER, "Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung", *ZEV* 2000, (353) 355.

⁸⁹⁴ D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlin, BWV, 2004, (27) 46; K.A. VON SACHSEN-GESSAPHE, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 291.

⁸⁹⁵ Zie in dit verband de Engelstalige literatuur over de lastgeving als beschermingsmaatregel; daar spreekt men over een 'license to steal': A.J. CONROY, "Curbing the license to steal: a discus-

hij tevens erfgenaam is van de lastgever, negeert hij mogelijk diens aanwijzingen en houdt hij het vermogen door overdreven spaarzaamheid zo lang mogelijk intact.⁸⁹⁶ Pas wanneer iemand uit de sociale omgeving van de lastgever de rechter alarmeert, kan aan dergelijke situaties een einde worden gemaakt. Kwade trouw in hoofde van de lasthebber is overigens geen noodzakelijke premisse voor financieel malheur. Ook een lasthebber die het goed voor heeft met zijn lastgever, kan door zijn onkunde of nalatigheid een bedreiging vormen voor diens financiële belangen.

520. Het klopt dat het niet implementeren van een intern controlemechanisme in de volmacht een eigen keuze is van de lastgever. Men zou kunnen argumenteren dat men die keuze moet respecteren, zowel op grond van zijn autonomie als op grond van het feit dat de lastgeving een overeenkomst is die essentieel gebaseerd is op vertrouwen. Men mag echter niet vergeten dat de lastgeving bedoeld is als een alternatief voor rechterlijke beschermingsstatuten en aldus een maatregel van *buitengerechtelijke bescherming* uitmaakt. Dit begrip omvat twee essentiële componenten. Enerzijds impliceert het buitengerechtelijke aspect van de maatregel dat de rechter niet automatisch en systematisch betrokken is bij de uitvoering ervan (zie *supra*, nr. 514 en *infra*, nrs. 527-529). Anderzijds is en blijft de lastgeving een beschermingsmaatregel, in die zin dat zij het welzijn van de kwetsbare meerderjarige moet waarborgen. De lastgeving is met andere woorden een instrument waarmee de lastgever op privaatrechtelijke wijze zijn eigen bescherming vormgeeft. Zij is bedoeld voor personen voor wie een rechterlijke maatregel niet noodzakelijk is omdat hun sociale omgeving hun belangen voldoende kan waarborgen. Naar mijn mening kan die doelstelling van bescherming niet worden bereikt wanneer de lastgever zijn lot ongecontroleerd in handen van één enkele persoon legt. Het aspect rekenschap en dus controle is bovendien inherent aan de idee van vertegenwoordiging via lastgeving (cf. *infra*, nr. 497).

521. Het is daarom noodzakelijk dat de lastgever zijn lasthebber aan de controle van minstens één vertrouwenspersoon onderwerpt.⁸⁹⁷ Die controle kan, zoals eerder toegelicht, verschillende vormen aannemen (zie *supra*, nrs. 516-517). De meest voor de hand liggende methode is de aanstelling van een toezichthouder, aan wie de lasthebber op vaste tijdstippen rekenschap en verantwoording moet afleggen.⁸⁹⁸ Om deze controle effectief te maken, wordt de lasthebber best ver-

sion of English law and possible reforms for the durable power of attorney”, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 2009-2010, (31) 31.

⁸⁹⁶ D. KURZE, “Die Kontrollbetreuung”, *NJW* 2010, (2220) 2221.

⁸⁹⁷ Zie in dezelfde zin: 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. Zie ook: A. VAN DEN BROECK, “De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief”, *TEP* 2014, (74) 94-95.

⁸⁹⁸ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 257; M. LÖHNIG, “Probleme der Vorsorgevollmacht nach deutschem

plicht om bij aanvang van zijn mandaat een inventaris van het vermogen van de lastgever op te stellen. De lastgever kan ook twee of meerdere lasthebbers aanduiden en bepalen dat zij concurrente bevoegdheden hebben dan wel slechts gezamenlijk mogen optreden.⁸⁹⁹ Dat kan een aantrekkelijke optie zijn voor de lastgever die meent dat de aanwezigheid van een controlelasthebber aanleiding kan geven tot spanningen, wanneer bijvoorbeeld het ene kind het andere controleert.⁹⁰⁰ Door hen allen als lasthebber te benoemen, plaatst hij hen op voet van gelijkheid. Hij dient zich er wel van te vergewissen dat het vereiste van een akkoord de efficiëntie van het vermogensbeheer gebeurlijk kan bezwaren in gevallen waar een snel optreden vereist is.⁹⁰¹ Ook een combinatie van deze modaliteiten is mogelijk, zolang die er maar toe leidt dat minstens één persoon kennis neemt van de rechtshandelingen die de lasthebber verricht.

522. Deze verplichting tot de organisatie van een intern controlesysteem sluit sociaal geïsoleerde personen die slechts over één vertrouwenspersoon beschikken *de facto* uit van het personele toepassingsgebied van de buitengerechtelijke maatregel. Voor hen is de lastgeving als beschermingsmaatregel niet geschikt. Zij zorgt er weliswaar voor dat deze personen gedurende hun wilsonbekwaamheid worden vertegenwoordigd, maar zonder controle van de lasthebber kan men de figuur van lastgeving niet beschouwen als een beschermingsmaatregel. Om het welzijn van de geïsoleerde wilsonbekwame te waarborgen, is een bewind en het daarbij horende rechterlijke toezicht noodzakelijk.

523. Dit betekent uiteraard niet dat men deze meerderjarige alle zeggenschap over het beheer van zijn vermogen moet ontnemen. Een rechtsstelsel dat de autonomie van kwetsbare meerderjarigen zoveel mogelijk wil bevorderen, dient ook in de regelgeving omtrent rechterlijke bescherming in mogelijkheden tot inspraak te voorzien. In verschillende stelsels zijn die voorhanden. Een persoon die wenst te anticiperen op zijn toekomstige onbekwaamheid kan via een voorafgaandelijke wilsverklaring aangeven door wie hij tijdens het bewind vertegenwoordigd wil

Recht" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (15) 25.

⁸⁹⁹ Explanatory Memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 98; M. BÜHLER, "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, (1585) 1589.

⁹⁰⁰ Cf. 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) 269.

⁹⁰¹ W. MÜLLER-FREIENFELS, "Die Altersvorsorgevollmacht" in N. HORN (ed.), *Festschrift Helmut Coing*, München, Beck, 1982, (395) 420; A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 73; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 39.

worden en/of welke richtlijnen deze vertegenwoordiger in acht moet nemen (zie *supra*, nrs. 123-125).⁹⁰² De rechterlijke inmenging kan op die manier worden beperkt tot wat de kwetsbare meerderjarige nodig heeft, namelijk controle over de daden van de door hem gekozen vertegenwoordiger.

524. Als het controlesysteem wegvalt, bijvoorbeeld doordat de controlelasthebber komt te overlijden, dan eindigt de lastgeving, net omdat het controleaspect inherent is aan het beschermingsregime. De lasthebber is ertoe gehouden om de rechter in te lichten. Deze zal de controlefunctie vanaf dat moment overnemen door de lasthebber te verplichten periodiek verantwoording aan hem af te leggen. Op die manier creëert de rechter een tussenregime; de buitengerechtelijke bescherming vertoont rechterlijke kenmerken maar de lastgeving blijft het uitgangspunt van het vermogensbeheer en men hoeft dus niet volledig over te schakelen naar een bewind. Indien de lasthebber de rechter niet zou inlichten en verder zonder toezicht zou blijven optreden, dan kan de sociale omgeving van de lastgever aan de alarmbel luiden. De situatie is dan met andere woorden hetzelfde als ze nu is in de stelsels waar interne controle niet verplicht is: de lasthebber vertegenwoordigt de lastgever zonder dat hij wordt gecontroleerd. Als de rechter zou vaststellen dat de lasthebber in die periode rechtshandelingen heeft gesteld die nadelig zijn voor de lastgever, dan kan de lastgever (via een vertegenwoordiger die de rechter voor hem aanwijst) deze laten nietig verklaren op grond van het feit dat de lastgeving toen reeds beëindigd was. Als de contracterende derde te goeder trouw was, krijgt de betrokken rechtshandeling wel uitwerking maar kan de lastgever zijn lasthebber aansprakelijk stellen (zie *supra*, nr. 339).

B. Belang van registratie en advies

525. Bij een verplichting hoort uiteraard afdwingbaarheid. De wetgever moet ervoor zorgen dat de lastgever wel degelijk controlemodaliteiten in zijn volmacht heeft opgenomen alvorens de lasthebber kan optreden. Krachtens het eerder aangehaalde artikel 1258-2 C.Civ. maakt de verificatie van de aanwezigheid van interne controlemechanismen in Frankrijk een onderdeel uit van de procedure van inwerkingtreding van de volmacht (zie *supra*, nr. 331). Een dergelijke werkwijze veronderstelt echter dat de inwerkingtreding wordt geformaliseerd, wat in hoofdstuk VII werd bekritiseerd omdat dit de flexibiliteit van de lastgeving als beschermingsinstrument en de autonomie van de meerderjarige hypothekeert (zie *supra*, nrs. 399-400 en 402). Een minder ingrijpende oplossing bestaat erin om de verificatie van de aanwezigheid van controlemodaliteiten een aspect te laten vormen van de registratieprocedure. De volmacht zal niet worden geregis-

⁹⁰² België: art. 496, eerste en tweede lid BW; Duitsland: § 1897, vierde lid en § 1901, derde lid BGB; Frankrijk: art. 448 C.Civ.; Oostenrijk: § 279, eerste lid ABGB; Zwitserland: art. 401, eerste lid ZGB en art. 406, eerste lid ZGB.

treerd en dus niet door de lasthebber kunnen worden gebruikt wanneer een intern controlemechanisme ontbreekt. Kiest een wetgever ervoor om de lastgever te verplichten een formulier in te vullen om de lastgeving tot stand te brengen (zoals hogerop bepleit, zie *supra*, nr. 214), dan dient hij dus in een afzonderlijk luik omtrent interne controle te voorzien.

526. Om de inhoudelijke kwaliteit van de ingebouwde controletechnieken te waarborgen, is een belangrijke taak weggelegd voor de notaris of advocaat tot wie de lastgever zich mogelijk wendt om zijn volmacht op te stellen. Op basis van de informatie die de lastgever hem bezorgt over zijn familiale en sociale context, kan hij de lastgever een adequaat controlesysteem voorstellen. De daarin betrokken personen dienen de lastgevingsovereenkomst mee te ondertekenen, nadat de notaris hen over hun rechten en plichten heeft geïnformeerd. De notaris of advocaat kunnen de lastgever ook wijzen op de mogelijkheid om de controlelasthebber tevens te benoemen als vervangingslasthebber (mits aanduiding van een persoon die hém zal controleren) om zo de continuïteit van de buitengerechtelijke bescherming te garanderen. Het is tevens van belang dat zij de lastgever bijstaan bij het opstellen van richtlijnen voor zijn controlelasthebber; de lastgever kan bijvoorbeeld aangeven welke handelingen de controlelasthebber als verdacht moet beschouwen en aan de rechter moet signaleren.

AFDELING III. EXTERNE CONTROLE VAN DE LASTGEVING

§ 1. AFHANKELIJKHEID VAN SOCIALE OMGEVING

A. *Geen automatische en systematische controle door de staat*

527. De gemeenrechtelijke rekenschapsplicht bij lastgeving in de verschillende stelsels brengt mee dat de lasthebber financiële verantwoording moet kunnen afleggen aan de lastgever wanneer die terug bekwaam zou worden of aan diens erfgenamen wanneer hij komt te overlijden. Hij moet gedurende zijn opdracht als vermogensbeheerder dus een overzicht bijhouden van de rechtshandelingen die hij in naam en voor rekening van zijn lastgever verricht (zie *supra*, nrs. 497-498).⁹⁰³ De lasthebber zal deze informatie echter op geen enkel moment tijdens de

⁹⁰³ **België:** art. 1993 BW; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 324; **Duitsland:** § 666 BGB; D. KRAUß, "Vermeidung einer Betreuung durch Erteilung einer Vollmacht", *BWNotZ* 1999, (86) 89; **Engeland & Wales:** S. 23 (3)(a) MCA 2005 ("The court may, if P lacks capacity to do so, give directions to the donee with respect to the rendering by him of reports or accounts and the production of records kept by him for that purpose" – eigen cursivering); Re Harcourt [2012] MHLO 74 (LPA); DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007,

duur van de lastgeving aan iemand moeten voorleggen, tenzij de lastgever een controlelasthebber had aangesteld. In elk van de zes onderzochte rechtsstelsels, met uitzondering van Frankrijk voor wat de notariële volmacht betreft (zie *infra*, nrs. 532 e.v.), is het uitgangspunt dat de lasthebber zich niet automatisch en systematisch moet verantwoorden voor een publieke instantie. De staat zal zich pas mengen in het vermogensbeheer wanneer hem ter ore komt dat dit problematisch verloopt. Dit betekent dat de publiekrechtelijke controle van de lastgeving volledig afhankelijk is van de sociale omgeving van de lastgever.⁹⁰⁴ Pas wanneer een familielid, vriend of kennis de alarmbel luidt, kan de overheid de publiekrechtelijke waarborgen inschakelen waarin de wetgever heeft voorzien.⁹⁰⁵

133; **Frankrijk**: art. 486, 487, 494 en 1993 C.Civ.; J. MASSIP, “Le mandat de protection future”, *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 58; **Oostenrijk**: § 1012 ABGB; ErlRV 1420 BlgNR 22. GP, 29; B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 16; S. KÜHNBERG, “Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005”, *NZ* 2005, (85) B.4.; **Zwitserland**: art. 400, eerste lid OR; M. HOPF, “Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag”, *ST* 2013, (145) 149; P. BREITSCHMID en I. MATT, “Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)”, *Pflegerecht* 2012, (223) 230; A. LEUBA, “Le mandat pour cause d’incapacité dans le projet de révision du code civil” in M. BADDELEY (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l’honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, (27) 33.

⁹⁰⁴ **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; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 300; **Duitsland**: D. SCHWAB, “Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?” in W. BAYER en E. KOCH (eds.), *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, (111) 116; M. BÜHLER, “Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht”, *FamRZ* 2001, (1585) 1595; **Engeland & Wales**: DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 134; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 145; **Frankrijk**: D. FENOUILLET, “Le mandat de protection future ou la double illusion”, *Defrénois* 2009, (142) nr. 52; 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)*, 2007, 197 (www.assemblee-nationale.fr); 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**: S. KÜHNBERG, “Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005”, *NZ* 2005, (85) B.5.; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 75; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 358; **Zwitserland**: C. FOUNTOLAKIS en C. GAIST, “Le mandat pour cause d’incapacité dans le nouveau droit de la protection de l’adulte” in P. GAUCH, J.-B. ZUFFEREY, J. DUBÉY *et al.* (eds.), *L’Homme et son droit – Mélanges en l’honneur de Marco Borghi*, Zürich, Schulthess, 2011, (153) 158-159; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 313-314.

⁹⁰⁵ A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 340.

528. Deze marginale positie van de overheid in de verschillende rechtsstelsels kadert ten eerste binnen de doelstelling van de wetgevers om de persoonlijke autonomie van kwetsbare meerderjarigen te bevorderen.⁹⁰⁶ Via het bijzondere lastgevingsregime wil men volwassenen de mogelijkheid bieden om zoveel als mogelijk de regie over hun eigen leven te behouden en rechterlijke procedures te vermijden.⁹⁰⁷ Zij kunnen een belangrijke rol toebedelen aan hun sociale netwerk en hoeven de vaak confronterende gevolgen van een verminderde geestelijke gezondheid niet met de buitenwereld te delen.⁹⁰⁸ De bescherming via lastgeving is daarom vanuit haar essentie buitengerechtigd. Staten erkennen het vertrouwen dat de lastgever in zijn lasthebber stelt en zullen pas tussenkomen wanneer er redenen zijn om aan dat vertrouwen te twijfelen.⁹⁰⁹ In een rapport van de Engelse Law Commission vinden we in dat verband volgende overweging: “*We should like to stress, however, that the Court would not be under any duty to investigate an attorneyship unless it had reason to do so. Accordingly we would not envisage that the Court should exercise these powers as a matter of routine or on a spot-check basis.*”⁹¹⁰

529. Aan deze onthouding liggen uiteraard ook financiële motieven ten gronde (zie *supra*, nr. 131). Gelet op de vergrijzing, moeten overheden op zoek gaan naar goedkopere alternatieven om hun bevolking te beschermen tegen de gevolgen van ouderdomsziekten zoals dementie. Daarbij redeneert men dat het economisch gezien weinig efficiënt is om middelen te investeren in personen voor wie een informele beschermingsregeling voldoende soelaas biedt. Dat zou bovendien ten koste gaan van personen voor wie een tussenkomst van overheidswege wel onontbeerlijk is. De overheid zal dus niet automatisch interfereren in de private lastgevingsverhouding maar enkel wanneer dit noodzakelijk is.

B. Inlichten van sociale omgeving in het Engelse recht

530. Door het verlenen van de volmacht legt de lastgever zijn lot bijgevolg in handen van zijn lasthebber en sociale entourage. Om de sociale controle te waar-

⁹⁰⁶ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 3-4; *Parl.St. Kamer 2011-12* (België), nr. 53-1009/010, 30-31.

⁹⁰⁷ M. PREISNER, “Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa – Zusammenfassung” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (327) 329.

⁹⁰⁸ Explanatory memorandum of Recommendation (2009)11 on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, nr. 48.

⁹⁰⁹ Cf. D. SCHWAB, “Probleme der Vorsorgevollmacht” in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlijn, BWV, 2004, (27) 46; S. KÜHNBERG, “Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005”, *NZ 2005*, (85) B. 5.

⁹¹⁰ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 45. Zie ook: *Re Harcourt* (2012) MHLO 74 (LPA), nr. 39.

borgen, zetten sommige rechtsstelsels de lastgever er niet alleen toe aan om in zijn volmacht een controlelasthebber te benoemen maar ook om een persoon aan te duiden die over het bestaan van de lastgeving zal worden ingelicht. Dit is bijvoorbeeld het geval in Engeland & Wales: krachtens Schedule 1, nrs. 2 (1)(c), 6 (1) en (2) MCA 2005 kan de lastgever tot vijf ‘*named persons*’ vermelden, die op de hoogte moet worden gebracht indien hij of zijn lasthebber de volmacht ter registratie willen aanbieden bij *the Office of the Public Guardian*.⁹¹¹ Wil hij van die mogelijkheid geen gebruik maken, dan moet hij dit uitdrukkelijk vermelden en heeft hij twee certificaatverleners (in plaats van één) nodig om een geldige *lasting power of attorney* tot stand te kunnen brengen (zie *supra*, nr. 199).⁹¹²

531. Een *named person* heeft het recht om binnen de drie weken op bepaalde gronden bezwaar aan te tekenen tegen de registratie van de volmacht, bijvoorbeeld wanneer de lasthebber voorheen misbruik heeft gemaakt van de meerderjarige (zie *supra*, nr. 306).⁹¹³ Het voornaamste doel van de Engelse wetgever bestaat er dus in om de sociale controle van de lastgeving te ‘activeren’ door bepaalde naasten van de lastgever te informeren en hen toe te laten negatieve ervaringen met de lasthebber aan de *Public Guardian* mee te delen, nog voor deze lasthebber aan zijn opdracht begint.⁹¹⁴ Een bijkomend gevolg van de notificatie is dat minstens deze aangeduide personen de uitvoering van de lastgeving in het oog kunnen houden en desgevallend de nodige instanties kunnen alerteren⁹¹⁵, al kan men natuurlijk aannemen dat zij, gelet op hun wellicht nauwe band met de lastgever, hoe dan ook op de hoogte zouden geweest zijn van de vertegenwoordigingsrelatie.

C. Uitzondering: onrechtstreekse rechterlijke controle in het Franse recht

1. De notaris als tussenpersoon

532. Eerder werd aangehaald dat de lasthebber ertoe gehouden is, overeenkomstig de gemeenrechtelijke rekenschapsplicht, om informatie bij te houden over zijn vermogensbeheer zodat hij op het einde van zijn mandaat verantwoording kan

⁹¹¹ Reg. 6 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); zie D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 49-60.

⁹¹² Reg. 7 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

⁹¹³ Reg. 4, 5 en 6 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian (Amendment) Regulations 2013.

⁹¹⁴ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 32, nr. 4.36.

⁹¹⁵ A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 340. Cf. P. POTENTIER, “Forces et faiblesses du mandat de protection future”, *Dr. et patrimoine* 2008, (74) 78.

afleggen aan de lastgever of diens erfgenamen (zie *supra*, nr. 527). In Frankrijk heeft de wetgever die verplichting uitdrukkelijk gepreciseerd in de regelgeving omtrent het *mandat de protection future* (artikel 486 en 487 C.Civ.; zie *supra*, nr. 498).

533. De lasthebber van een *onderhandse* volmacht is er niet toe gehouden om de door hem bijgehouden informatie periodiek aan de rechter te bezorgen.⁹¹⁶ Artikel 494 C.Civ. schrijft enkel voor dat de lasthebber zijn inventaris, zijn vijf laatste beheersrekeningen, zijn bewijsstukken alsook de stukken die nodig zijn om het beheer verder te zetten, aan de rechter of procureur moet overhandigen *wanneer die erom verzoeken* in het kader van het algemene toezicht dat zij uitoefenen op de beschermingsmaatregelen in hun ambtsgebied, in de zin van artikel 416 C.Civ. De rechter kan de beheersrekeningen tevens laten controleren volgens de modaliteiten van de *tutelle*, maar ook daar gaat het slechts om een mogelijkheid.⁹¹⁷ Bij gebreke aan publiciteit van de volmacht, zal de rechter pas ingrijpen wanneer hij over een eventueel misbruik of wanbeheer wordt ingelicht.⁹¹⁸ Net als in de overige rechtsstelsels, is de lasthebber van een Franse onderhandse volmacht dus niet van rechtswege onderworpen aan publieke controle.⁹¹⁹

534. Voor de *notariële* volmacht heeft de wetgever echter in een ander controle-regime voorzien. De lasthebber zal in dat geval wel tussentijds financiële verantwoording moeten afleggen aan de hand van de stukken die hij heeft moeten bewaren. Volgens artikel 491 C.Civ. moet hij jaarlijks rekenschap afleggen bij de notaris die de volmacht destijds heeft opgesteld.⁹²⁰ 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.⁹²¹ De notaris vormt bijgevolg een intermediair tussen de lasthebber en de rechter. Van groot

⁹¹⁶ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 549; 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)*, 2007, 197 (www.assemblee-nationale.fr).

⁹¹⁷ Art. 486, tweede lid C.Civ.; D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Defrénois* 2009, (142) nr. 47; P. CARLI, "Exactitude et probité. – Le mandat notarié de protection future, instrument de la pérennité de gestion de patrimoine", *JCP N* 2009, (1233) nr. 19.

⁹¹⁸ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 549; D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Defrénois* 2009, (142) nr. 47.

⁹¹⁹ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 549.

⁹²⁰ Daarnaast is ook het in voetnoot 917 vermelde art. 486, tweede lid C.Civ. op de notariële volmacht van toepassing, volgens welk de rechter de beheersrekeningen kan laten controleren volgens de modaliteiten van de *tutelle* vervat in art. 511 C.Civ.

⁹²¹ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 549.

belang is dat hij de rechter niet louter zal informeren maar de zaak ook werkelijk bij hem zal aanhangig maken. Het gaat bovendien niet om een loutere mogelijkheid maar om een verplichting, die aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid.⁹²²

535. Dit wil zeggen dat de lasthebber van een notariële volmacht naar Frans recht onderworpen is aan een onrechtstreekse rechterlijke controle. Via de notaris oefent de rechter toezicht uit op zijn vermogensbeheer. Daardoor zal de rechter in principe op de hoogte zijn van een eventueel misbruik, in tegenstelling tot wat het geval is in andere stelsels.⁹²³

2. Inhoud van de meldingsplicht

536. In de Franse literatuur stelt men zich geregeld de vraag naar de precieze inhoud van de notariële verplichting.⁹²⁴ Wat bedoelt de wetgever met ‘*tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés*’? In de parlementaire voorbereidingen spreekt men over ‘*actes injustifiés ou anormaux*’ en ‘*opérations suspectes*’.⁹²⁵ Dit doet vermoeden dat de notaris ook een zekere opportuniteitscontrole zal moeten doorvoeren; hij zal immers moeten oordelen of een bepaalde handeling een normale verrichting uitmaakt. Voorts wijst het begrip ‘*suspectes*’ erop dat hij niet alleen actie dient te ondernemen bij manifest misbruik maar ook in geval van een verdachte handeling van de lasthebber.⁹²⁶

3. Ratio van de externe controle

537. De reden waarom de Franse wetgever de lasthebber van een notariële volmacht aan een strenger controleregime heeft onderworpen, ligt in de reikwijdte

⁹²² F. FERRAND, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (223) 236. In het oorspronkelijke wetsontwerp was er enkel sprake van een meldingsplicht, maar als gevolg van een amendement werd de notaris verplicht om de rechter te vatten. 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)*, 2007, 200 (www.assemblee-nationale.fr); Amendement n° 98 bij *Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs (n° 3462)* (www.assemblee-nationale.fr).

⁹²³ A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 336.

⁹²⁴ D. FENOUILLET, “Le mandat de protection future ou la double illusion”, *Defrénois* 2009, (142) nr. 46; H. FULCHIRON, “Le notaire et l’exécution du mandat de protection future”, *Defrénois* 2009, (178) II. 2.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 548.

⁹²⁵ 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)*, 2007, 200 (www.assemblee-nationale.fr).

⁹²⁶ J. MASSIP, “Le mandat de protection future”, *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 48.

van zijn bevoegdheden.⁹²⁷ Naar Frans recht mag enkel de lasthebber van een notariële *mandat de protection future* daden van beschikking stellen. De opdracht van de lasthebber van een onderhandse volmacht is beperkt tot daden van bewaring en beheer, in tegenstelling tot wat het geval is in andere rechtsstelsels (zie *supra*, nrs. 202 en 268). Een notariële volmacht heeft in Frankrijk bijgevolg ingrijpendere gevolgen voor de lastgever dan een onderhandse, waardoor de wetgever een rekenschapsplicht en de onrechtstreekse betrokkenheid van de rechter noodzakelijk achtte. Deze externe controle komt bovenop de verplichting van de lasthebber om zich te verantwoorden tegenover de controlelasthebber die de lastgever in zijn volmacht heeft aangeduid (zie *supra*, nr. 518).

4. Evaluatie

A. PUBLIEKE MAAR BUITENGERECHTELIJKE CONTROLE

538. Het Franse recht onderscheidt zich met dit systeem van publieke controle van de andere onderzochte rechtsstelsels. Het is het enige stelsel waar de lasthebber aan een publieke instantie verantwoording moet afleggen. Frankrijk gaat daardoor in tegen de opvattingen van de Raad van Europa, volgens welke de lastgeving niet automatisch en systematisch door de overheid zou mogen worden gecontroleerd. Het is vooral opvallend dat de Franse wetgever twee beschermingsvormen cumuleerde. Hoewel de lastgever zelf heeft bepaald wie over zijn lasthebber toezicht zal houden, zal die zich niettemin bijkomend moeten verantwoorden aan iemand die geen deel uitmaakt van de sociale omgeving van de lastgever.

539. Toch kan men bezwaarlijk beweren dat de Franse wetgever de bescherming van de lastgever volledig ten koste heeft laten gaan van zijn autonomie. Door te opteren voor controle door een tussenpersoon, hield hij de rechter buiten de lastgevingsverhouding en creëerde hij aldus een mildere vorm van toezicht, die tegemoet komt aan de wens van de kwetsbare meerderjarige om door een buitengerechtelijke maatregel te worden beschermd. Theoretisch gezien kan met andere woorden een interessant compromis tussen autonomie en bescherming voorliggen.

B. PRAKTISCHE BEDENKINGEN BIJ UITWERKING

540. Niettemin kan men een aantal bedenkingen maken bij de praktische uitwerking van dit controlesysteem. Artikel 491 C.Civ. schrijft voor dat de lasthebber jaarlijks rekenschap moet afleggen bij de notaris die de volmacht destijds heeft

⁹²⁷ 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)*, 2007, 201 (www.assemblee-nationale.fr); N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 548.

opgesteld. Deze bepaling lijkt geen rekening te houden met het feit dat er een grote tijdsspanne kan bestaan tussen de opstelling van een *mandat de protection future* en haar effectieve inwerkingtreding. Aan wie moet de lasthebber rekenschap afleggen wanneer de notaris die de volmacht destijds heeft opgemaakt niet langer beschikbaar is?

541. Zoals vermeld, is het bovendien onduidelijk in welke gevallen de notaris de rechter moet alarmeren. Het zou nuttig zijn om de notaris enkele houvasten te bieden via een niet-exhaustieve lijst met handelingen die een indicatie vormen voor misbruik of wanbeheer. Deze richtlijnen verkleinen de kans dat bepaalde verdachte transacties niet worden gesignaleerd. De Code of Practice van de MCA 2005 in Engeland & Wales bevat een dergelijke opsomming.⁹²⁸ Een verdachte handeling is bijvoorbeeld dat de lasthebber gelden op een buitenlandse rekening heeft gezet of een kredietkaart voor de lastgever heeft aangevraagd. Het kan eveneens zinvol zijn om elke transactie die betrekking heeft op een bepaald percentage van het totale vermogen aan de rechter te melden.

C. EFFICIËNTIE VAN HET CONTROLESYSTEEM

542. Artikel 491 C.Civ. verplicht de lasthebber om zich jaarlijks aan te melden bij de notaris, maar hoe dwingt men die verplichting af? De notaris kan de lasthebber pas aanmanen tot rekenschap wanneer hij op de hoogte is van de inwerkingtreding van de volmacht, die, zoals vermeld, mogelijk veel later plaatsvindt dan de opstelling ervan. De Franse regelgeving omtrent het *mandat de protection future* heeft in een dergelijke informatieoverdracht echter niet voorzien.⁹²⁹ De procedure van inwerkingtreding gebeurt bij de griffie van het *tribunal d'instance* (zie *supra*, nrs. 329-332) en de notaris wordt hier niet over geïnformeerd. Hij kan met andere woorden niet verifiëren of de lasthebber zijn rekenschapsplicht nakomt. Een lasthebber te goeder trouw zal zich allicht vrijwillig aanmelden, maar dat geldt niet voor de lasthebber die ongeoorloofde handelingen te verbergen heeft.

D. INTERNE CONTROLE ALS ESSENTIEEL ELEMENT VAN LASTGEVING ALS BESCHERMINGSMAATREGEL

543. Bovenstaande overweging illustreert dat de problematiek van externe controle onlosmakelijk verbonden is met de vraag naar de wijze van inwerkingtreding van de lastgeving. Omdat een extern controlesysteem pas efficiënt is wanneer men de inwerkingtreding van de lastgeving aan de controlerende instantie

⁹²⁸ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 134.

⁹²⁹ H. FULCHIRON, "Le notaire et l'exécution du mandat de protection future", *Defrénois* 2009, (178) I. 1.

communiceert, moet die inwerkingtreding formeel worden vastgesteld. Het is net die formalisering die in hoofdstuk VII werd bekritiseerd, omdat zij de flexibiliteit van de lastgeving als beschermingsinstrument en de autonomie van de meerderjarige op het spel zet (zie *supra*, nrs. 399-400 en 402).

544. Uiteraard zou een geformaliseerde inwerkingtreding met externe controle wel noodzakelijk zijn als de afwezigheid ervan elke bescherming aan de kwetsbare meerderjarige zou ontnemen, maar dat is niet het geval. Naast de mogelijkheid van externe controle beschikt de wetgever immers ook over de mogelijkheid om de lastgever te verplichten in een intern controlemechanisme te voorzien (zie *supra*, nrs. 516 e.v.). Enkel die laatste optie is naar mijn mening verzoenbaar met de aard van de lastgeving als een instrument dat bedoeld is voor kwetsbare meerderjarigen wier *sociale omgeving* voldoende ondersteuning en bescherming kan bieden. Bovendien is zij vanuit het oogpunt van de autonomie van de lastgever ook de minst ingrijpende optie, aangezien de gevolgen van zijn wilsonbekwaamheid binnen de door hem samengestelde kring van vertrouwenspersonen worden afgewikkeld en niet verplicht met derden moeten worden gedeeld. Dit biedt overigens het voordeel dat de persoon die instaat voor de controle van de lasthebber hem niet alleen om rekenschap kan vragen maar ook op basis van persoonlijke contacten met de lastgever kan oordelen over diens welzijn.

545. Pas wanneer blijkt dat dit informele beschermingskader enerzijds het welzijn of anderzijds de persoonlijke autonomie van de lastgever in het gedrang brengt, is er plaats voor bescherming van buitenaf.⁹³⁰ Deze twee elementen vormen de indicatoren voor een rechterlijke tussenkomst.

§ 2. CRITERIUM VOOR RECHTERLIJKE TUSSENKOMST

A. Belangen van de kwetsbare meerderjarige

1. Rol van het noodzakelijkheidsbeginsel

546. Vooraleer in te gaan op de maatregelen die de rechter ter beschikking staan om in te grijpen in de kwetsbare situatie van de lastgever, is het van belang te definiëren *wanneer* hij mag tussenkomen. Het is niet omdat een naaste van de lastgever hem alerteert, dat een inmenging ook werkelijk vereist is. Dat een familielid ontevreden is met de inhoud van de lastgeving of met de aangeduide lasthebber, mag niet volstaan om de lastgeving aan te passen of te beëindigen.⁹³¹ Om de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige zoveel mogelijk veilig te stel-

⁹³⁰ Cf. LG Verden 7 oktober 2010, *BeckRS* 2011, 13164.

⁹³¹ Cf. CA Parijs 14 januari 2013, *Droit de la famille* 2013, comm. 61, noot I. MARIA.

len, speelt het noodzakelijkheidsbeginsel in deze kwestie een essentiële rol. Meestal zal een rechterlijke tussenkomst in de onderzochte rechtsstelsels pas plaatsvinden wanneer die in het licht van de belangen van de meerderjarige noodzakelijk is. Dit belangencriterium komt in verschillende nationale regelgevingen omtrent de lastgeving als beschermingsmaatregel uitdrukkelijk naar voren.

547. Artikel 368 ZGB schrijft bijvoorbeeld voor dat de *Erwachsenenschutzbehörde* ambtshalve of op verzoek de noodzakelijke maatregelen mag nemen wanneer de belangen van de lastgever geschaad zijn of dreigen geschaad te worden.⁹³² Het Belgische artikel 490/2, § 2 BW bepaalt op zijn beurt dat de vrederechter te allen tijde geheel of gedeeltelijk een einde kan 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.⁹³³ Ook in Engeland & Wales kan de rechter volgens S. 22 (3)(b) MCA 2005 pas overgaan tot de beëindiging van de volmacht wanneer de lasthebber zijn bevoegdheid overschrijdt, in strijd met de belangen van de lastgever handelt of de intentie vertoont om zich op die manier te gedragen.⁹³⁴ Hetzelfde geldt voor het opvragen van rekeningen; dat kan enkel wanneer de rechter redenen heeft om aan te nemen “*that there was something wrong with the attorneyship*”.⁹³⁵

2. Het begrip ‘belangen van de kwetsbare meerderjarige’

548. De ‘belangen van de kwetsbare meerderjarige’ is een tweeledig concept dat men kan ontdebelen in enerzijds de persoonlijke autonomie van de meerderjarige en anderzijds zijn welzijn. Beide premissen van de menselijke waardigheid van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nr. 52) vormen in de onderzochte rechtsstelsels de parameters voor statelijke interventie in de principieel private relatie tussen lastgever en -hebber.⁹³⁶ Een rechterlijke tussenkomst is dus niet alleen mogelijk wanneer de lastgever financieel nadeel lijdt door de uitvoering van de lastgeving maar ook wanneer de lasthebber de opgelegde instructies niet naleeft. Zo laat § 284g

⁹³² C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 293-295.

⁹³³ K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 187.

⁹³⁴ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 207.

⁹³⁵ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 46.

⁹³⁶ Zie bv. **Engeland**: S. 22 (3)(b) MCA 2005; S. 4 (6) MCA 2005; **Oostenrijk**: § 284g ABGB; **Zwitserland**: *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l’adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6647 (www.ejpd.admin.ch); C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 121; **Duitsland**: U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 33.

ABGB zowel bij een gevaar voor het welzijn van de meerderjarige als bij een aantasting van diens wensen de benoeming van een (toezien) bewindvoerder toe.⁹³⁷ Hetzelfde geldt voor de voormelde bepaling S. 22 (3)(b) MCA 2005 (zie *supra*, nr. 547). Ook uit S. 4 (6) MCA 2005 blijkt dat de notie ‘*best interests*’ nauw gelieerd is aan de wil van de kwetsbare meerderjarige.⁹³⁸ De parlementaire voorbereidingen van artikel 368 ZGB geven eveneens aan dat een rechterlijke tussenkomst noodzakelijk is wanneer de lasthebber afwijkt van de beginselen in de volmacht.⁹³⁹

3. Potentieel gevaar als voldoende voorwaarde

549. Voor een rechterlijk optreden is niet vereist dat er sprake is van een manifeste aantasting van de belangen van de kwetsbare meerderjarige. In de verschillende rechtsstelsels kan de rechter reeds actie ondernemen wanneer er concrete indicaties zijn van een potentieel gevaar. Dit blijkt bijvoorbeeld uitdrukkelijk uit de bewoordingen van het Zwitserse artikel 368, eerste lid ZGB: “*Si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l’être, l’autorité de protection de l’adulte prend les mesures nécessaires d’office ou sur requête d’un proche du mandant*”.⁹⁴⁰ Hetzelfde principe vinden we terug in de parlementaire voorbereidingen van het Belgische artikel 490/2, § 2 BW; het gaat om een alarmprocedure die mogelijk moet maken om snel en proportioneel in te grijpen ingeval de rechter signalen opvangt van potentiële misbruiken.⁹⁴¹ De Engelse bepaling S. 22 (3)(b) MCA 2005 ligt in dezelfde lijn: de rechter kan de volmacht herroepen wanneer de lasthebber “*proposes to behave in a way that would contravene his authority or would not be in P’s best interests*”.⁹⁴²

550. Een schending van de belangen van de kwetsbare meerderjarige veronderstelt overigens niet noodzakelijk een opzettelijk misbruik in hoofde van de lasthebber.⁹⁴³ In die zin oordeelde het Duitse Bundesgerichtshof dat ook de omvang en moeilijkheidsgraad van zijn opdracht kunnen noodzaken tot externe controle.⁹⁴⁴

⁹³⁷ M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 222.

⁹³⁸ Zie ook: DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 64-91 (hoofdstuk 5).

⁹³⁹ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l’adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6647 (www.ejpd.admin.ch); zie ook: LG Verden 7 oktober 2010, *BeckRS* 2011, 13164.

⁹⁴⁰ P. BREITSCHMID en I. MATT, “Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)”, *Pflegerecht* 2012, (223) 230.

⁹⁴¹ *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 39.

⁹⁴² D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 207.

⁹⁴³ D. SCHWAB, “Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?” in W. BAYER en E. KOCH (eds.), *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, (111) 116; W. BIENWALD, “Rechtliche Betreuung” in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006, (I) 142, nr. 133.

⁹⁴⁴ BGH 30 maart 2011, *FamFR* 2011, 311; LG Verden 7 oktober 2010, *BeckRS* 2011, 13164; D. SCHWAB, “Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?” in W. BAYER en E. KOCH (eds.), *Aktuelle*

Een rechterlijke tussenkomst zal eveneens noodzakelijk zijn wanneer het toepassingsgebied van de volmacht ontoereikend blijkt te zijn en de meerderjarige ook voor andere rechtshandelingen vertegenwoordiging behoeft.⁹⁴⁵

B. Uitzonderingen

1. Verplichte externe controle van de Franse notariële volmacht

551. Op het principiële uitgangspunt dat statelijke betrokkenheid in de lastgevingverhouding pas mogelijk is wanneer zij, op grond van de omstandigheden, vereist is met het oog op de belangen van de meerderjarige, bestaan een aantal afwijkingen. Een belangrijk voorbeeld daarvan is het controleregime dat verbonden is aan de Franse notariële volmacht (zie *supra*, nrs. 532-538), waarbij de lasthebber van rechtswege (dus zonder concrete noodzaak) gehouden is tot het geven van rekenschap bij een publieke instantie (art. 491 C.Civ.).

2. Voorrang aan het belang van de echtgenoot in het Franse recht

552. Een andere uitzondering situeert zich eveneens in het Franse recht. Men herinnert zich artikel 483, 4° C.Civ., volgens welk elke belanghebbende de beëindiging kan vragen van de volmacht wanneer de regels over de rechten en plichten van echtgenoten, het huwelijksvermogensrecht of het gemene vertegenwoordigingsrecht ervoor zorgen dat de echtgenoot van de meerderjarige zijn belangen voldoende kan waarborgen (zie *supra*, nrs. 174 e.v.). De rechter kan de lastgeving bijgevolg niet alleen stopzetten wanneer zij nadelig is voor de belangen van de meerderjarige maar ook wanneer diens echtgenoot die belangen *eveneens* kan dienen, op grond van een gewone volmacht of de regels van het primair stelsel en het huwelijksvermogensrecht. Dit wijst erop dat het belang van de meerderjarige zelf niet de enige maatstaf is maar dat ook het belang van zijn echtgenoot en gezin een rechterlijke tussenkomst kunnen rechtvaardigen.

3. Rekenschapsplicht in het Franse recht onafhankelijk van belangenschending

553. De meeste vormen van rechterlijke tussenkomst heeft de Franse wetgever in uitdrukkelijke bewoordingen aan het criterium van de belangen van de kwetsbare meerderjarige verbonden. Krachtens artikel 485 C.Civ. kan hij bijvoorbeeld de buitengerechtelijke bescherming aanvullen met een rechterlijke maatregel

Fragen des Familienrechts, Baden-Baden, Nomos, 2009, (111) 115-116; U. WALTER, "Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung", *ZEV* 2000, (353) 353. Voor Oostenrijk, zie: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 359.

⁹⁴⁵ Zie bv. België: art. 490/1, § 2, laatste lid BW; Frankrijk: art. 485 C.Civ.; Oostenrijk: M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 222.

wanneer het toepassingsgebied van de volmacht ontoereikend is voor de bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van de kwetsbare meerderjarige. Volgens dezelfde bepaling kan hij er ook voor kiezen om de lasthebber of een lasthebber *ad hoc* te machtigen om een handeling te stellen die niet in de volmacht begrepen is.

554. Daarentegen is zijn bevoegdheid krachtens de artikelen 486, tweede lid en artikel 494, tweede lid C.Civ. om de lasthebber te verplichten rekenschap en verantwoording af te leggen (zie *supra*, nr. 533), niet afhankelijk van een (mogelijke) aantasting van de autonomie of het welzijn van de meerderjarige.⁹⁴⁶ Deze bevoegdheden vormen een toepassing van het algemene toezicht dat de rechter en de procureur krachtens artikel 416 C.Civ. uitoefenen op de beschermingsmaatregelen in hun ambtsgebied (zonder dat daarvoor sprake hoeft te zijn van een belangenschending).⁹⁴⁷ Strikt genomen mag de rechter de lasthebber dus ook zonder concrete aanwijzingen van misbruik of wanbeheer om informatie over het vermogensbeheer verzoeken. *De facto* zal hij dit echter pas doen wanneer hem ter ore komt dat de uitvoering van de lastgeving problematisch verloopt. Er bestaat immers geen andere manier waarop hij over het bestaan van de buitengerechtelijke bescherming kan worden ingelicht, gelet op het feit dat er geen publiciteit aan de inwerkingtreding van de lastgeving verbonden is.⁹⁴⁸

4. Rechterlijke tussenkomst in het voordeel van derden in het Engelse recht

A. SCHENKINGEN EN TESTAMENTEN

555. Ook in Engeland & Wales zijn niet alle rechterlijke bevoegdheden inzake de lastgeving louter afhankelijk van de belangen van de lastgever. Krachtens S. 23 (4) MCA 2005 mag de rechter de lasthebber toelaten om schenkingen te doen die vallen buiten het toepassingsgebied van S. 12 (2) MCA 2005 (zie *supra*, nr. 281) en op grond van S. 18 (1)(i) MCA 2005 en Schedule 2 nrs. 1-4 MCA 2005 kan hij de lasthebber machtigen om een testament voor de lastgever op te stellen, tenzij de lastgever deze mogelijkheden uitdrukkelijk in zijn volmacht heeft uitgesloten.⁹⁴⁹ Zelf heeft de lastgever niet het recht om zijn lasthebber in zijn volmacht toe te laten om in zijn plaats te testen (zie *supra*, nr. 284) en hij kan hem slechts in beperkte mate

⁹⁴⁶ 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)*, 2007, 197 en 202 (www.assemblee-nationale.fr).

⁹⁴⁷ *Idem*, 120 (www.assemblee-nationale.fr).

⁹⁴⁸ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 549; D. FENOUILLET, “Le mandat de protection future ou la double illusion”, *Defrénois* 2009, (142) nr. 47.

⁹⁴⁹ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164, 187 en 271; THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 47.

de bevoegdheid verlenen om te schenken (zie *supra*, nr. 281). De bepalingen laten de rechter toe om toch te beslissen dat het vermogen van de lastgever wordt aangewend ten voordele van anderen (waaronder de lasthebber zelf).⁹⁵⁰ Dit betekent dat hij de inhoud van de lastgeving kan aanpassen zonder dat er sprake is van misbruik of wanbeheer, zolang deze wijziging de belangen van de meerderjarige eerbiedigt. De bepalingen vormen een precisering van de algemene bevoegdheid van de rechter om beslissingen te nemen over het vermogen en persoonlijk welzijn van een wilsonbekwame meerderjarige (S. 16 (2)(a) MCA 2005).

B. RUIME INTERPRETATIE VAN 'BEST INTERESTS'

556. Een toepassing van deze algemene bevoegdheid in een situatie van rechterlijke bescherming vindt men in de zaak *Re G (TJ)*.⁹⁵¹ De rechter moest oordelen over een aanvraag om de wettelijke vertegenwoordiger (*deputy*) van een onbekwame meerderjarige toe te laten sommen uit te betalen aan diens volwassen dochter in functie van haar onderhoud. Op basis van twee factoren willigde hij de aanvraag in. Ten eerste stond het vast dat de kwetsbare meerderjarige na de gift voldoende middelen zou overhouden om in haar huidige en toekomstige noden te voorzien. De gift zou haar welzijn dus niet in het gedrang brengen. Ten tweede was de rechter ervan overtuigd dat de kwetsbare meerderjarige gewild zou hebben dat de schenkingen voor haar dochter plaatsvonden. Meer nog, de realisatie van deze altruïstische wens maakt deel uit van de bescherming van haar belangen: “Further, the word “interest” in the best interests test does not confine the court to considering the self interest of P [...], the wishes which P would have formed, if P had capacity, which may be altruistic wishes, can be a relevant factor.” Het criterium van de belangen van de beschermde persoon wordt bijgevolg ruim geïnterpreteerd. Daardoor is een beslissing over zijn vermogen in het belang van anderen mogelijk, zolang die strookt met zijn veronderstelde wil en zijn eigen welzijn.⁹⁵²

C. EVALUATIE

557. S. 18 (1)(i) en 23 (4) MCA 2005 laten de rechter toe om de lasthebber te machtigen tot schenken of testeren zolang de lastgever zich daar niet heeft tegen uitgesproken in de volmacht.⁹⁵³ Er is dus geen voorafgaandelijke wilsverklaring van de lastgever vereist. De rechter kan de machtiging bijvoorbeeld toekennen met het oog op vermogensplanning, een voorbeeld dat overigens wordt vermeld in de

⁹⁵⁰ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 47.

⁹⁵¹ *Re G (TJ)* [2010] EWHC 3005 (COP).

⁹⁵² THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 47.

⁹⁵³ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 47.

memorie van toelichting (“*tax planning purposes*”).⁹⁵⁴ Men kan zich echter afvragen of hij in dat geval wel voldoende zal kunnen staven dat de schenking of het testament strookt met de vermoedelijke wil van de lastgever. Als de lastgever voorzieningen voor zijn naasten had willen treffen, had hij die dan niet in zijn volmacht opgenomen? Het is vreemd dat de Engelse wetgever de algemene bevoegdheid van de rechter om beslissingen te nemen over het vermogen van een onbekwame meerderjarige, zoals het opleggen van een schenking, doortrekt naar het domein van de *lasting power of attorney*, waar het uitgangspunt net is dat de lastgever dergelijke beslissingen voor zichzelf neemt. Uit de parlementaire voorbereidingen van de MCA 2005 blijkt dat de wetgever vreesde dat de praktische bruikbaarheid van de *lasting power of attorney* zou worden ondermijnd als de lasthebber nooit in het voordeel van anderen zou mogen optreden (zie *supra*, nr. 283).⁹⁵⁵

558. Deze benadering past binnen de eigenheid van het Engelse rechtssysteem ten opzichte van de continentale rechtssystemen, in die zin dat zij een illustratie vormt van de ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter. Zij doet in zekere mate denken aan de Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, die bepaalde nabestaanden van een testator toelaat om op bepaalde gronden een deel van zijn erfenis op te eisen, hoewel zij niet in zijn testament voorkomen.⁹⁵⁶ Ook daar kan de rechter in functie van anderen ingrijpen in de gevolgen van een persoonlijke rechtshandeling.

559. De ratio van die regeling is evenwel louter gelegen in de belangen van de nabestaanden van de testator. Bij de beoordeling van hun claim, gaat de rechter enkel na of zij via het testament of intestaatserfrecht een redelijk bedrag uit de nalatenschap zullen ontvangen en indien dat niet zo is, welk bedrag ze zouden moeten ontvangen.⁹⁵⁷ Daarbij verifieert hij niet of de toekenning van een dergelijk bedrag wel overeenstemt met de wil van de testator.⁹⁵⁸ Integendeel, de regeling is net bedoeld om nabestaanden die de testator bewust van zijn erfenis heeft uitgesloten toch een redelijk bedrag te verschaffen.⁹⁵⁹

⁹⁵⁴ *Explanatory notes Mental Capacity Act 2005*, 15 (www.legislation.gov.uk); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 164.

⁹⁵⁵ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 28-29 (nrs. 4.23-4.29).

⁹⁵⁶ S. 1 (1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975; R. KERRIDGE en A.H.R. BRIERLEY, *Parry and Kerridge: the law of succession*, Londen, Sweet and Maxwell, 2009, 163-218.

⁹⁵⁷ S. 1 (1) en 2 (1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975; R. KERRIDGE en A.H.R. BRIERLEY, *Parry and Kerridge: the law of succession*, Londen, Sweet & Maxwell, 2009, 169-181 en 204-207; P. MATTHEWS, “Perspective 5 Comparative law – United Kingdom” in C. CASTELEIN, R. FOQUÉ en A.L. VERBEKE (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society: five perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (123) 140.

⁹⁵⁸ Zie de lijst met factoren die de rechter in rekening dient te brengen bij het beoordelen van een claim onder de Act: S. 3 (1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

⁹⁵⁹ Zie R. KERRIDGE en A.H.R. BRIERLEY, *Parry and Kerridge: the law of succession*, Londen, Sweet and Maxwell, 2009, 163.

560. De bevoegdheid van de rechter om onder de MCA 2005 in de lastgeving in te grijpen is daarentegen strikt gebonden aan de norm ‘*best interests*’ en dus aan de wensen van de lastgever.⁹⁶⁰ Die focus op autonomie zou moeten verhinderen dat de rechter een schenkings- of testeerbevoegdheid toekent wanneer die niet in de volmacht staat. Een aanpassing van de inhoud van de lastgeving is naar mijn mening enkel gerechtvaardigd wanneer dit noodzakelijk is voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige.

561. Hoogstens zou men een uitzondering kunnen maken voor het geval waarin de wil tot schenken uitdrukkelijk blijkt uit andere schriftelijke of mondelinge verklaringen van de kwetsbare meerderjarige, geuit toen hij nog wilsbekwaam was. Een vergelijkbare bepaling vinden we terug in het Belgische recht, waar de rechter in bepaalde omstandigheden een bijzondere machtiging kan verlenen aan een bewindvoerder om te schenken voor rekening van de beschermde persoon (art. 499/7, § 4 BW).⁹⁶¹

§ 3. OMVANG VAN RECHTERLIJKE BEVOEGDHEID

A. Twee types van rechterlijke tussenkomst

562. Wanneer de rechter eenmaal op de hoogte is van een mogelijk misbruik of wanbeheer in hoofde van de lasthebber en hij het noodzakelijk acht om in te grijpen, rijst de vraag naar de maatregelen die hem ter beschikking staan. In dit verband kan men de onderzochte rechtsstelsels opdelen in twee categorieën. In een eerste type, gevormd door België, Engeland & Wales, Frankrijk en Zwitserland, kan de rechter *rechtstreeks* interfereren in de lastgevingsverhouding om daar de noodzakelijke wijzigingen in aan te brengen. Hij kan de lasthebber verplichten om verantwoording af te leggen over zijn taak, andere modaliteiten verbinden aan de uitvoering ervan of zijn bevoegdheden (minstens in beperkte mate) aanpassen (zie *infra*, nr. 578).

563. In het tweede type daarentegen, gevormd door het Duitse en Oostenrijkse recht, kan de rechter niet rechtstreeks tussenkomen in de lastgevingsverhouding.⁹⁶² Hij kan de contractuele relatie tussen de lastgever en -hebber niet modi-

⁹⁶⁰ S. 1 (5) en 4 (6) MCA 2005.

⁹⁶¹ K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 192; 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) 307; 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) 313.

⁹⁶² 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.

ficeren en mag het takenpakket van de lasthebber dus niet aanpassen. Hij kan de lastgeving enkel beëindigen *Onrechtstreeks* kan hij de uitvoering van de lastgeving echter wel beïnvloeden. Om het welzijn van de lastgever voldoende te garanderen, kan hij een persoon aanstellen die de lasthebber stelselmatig zal controleren (een zogenaamde *Überwachungsbetreuer/-Sachwalter*; zie *infra*, nrs. 587-598). Deze toezichthouder mag de lasthebber nadere instructies geven over de in de volmacht toegekende bevoegdheden en kan (gedeeltelijk) een einde maken aan de lastgeving. In dat geval kan de rechter voor die rechtshandelingen een gerechtelijk regime opleggen. De toezichthouder is daarentegen niet bevoegd om de uitvoering van de lastgeving te modaliseren of om de inhoud van de lastgeving aan te passen.

564. De reikwijdte van de bevoegdheden van de rechter dan wel van de toezichthouder die hij heeft aangesteld, oefent een rechtstreekse invloed uit op de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige. Indien een rechter/toezichthouder bijvoorbeeld enkel de mogelijkheid zou hebben om de lastgeving te beëindigen en te vervangen door een bewind zodra zich een probleem voordoet, dan onttrekt hij het vermogensbeheer aan de private sfeer. Vanaf dat ogenblik is er sprake van een gerechtelijk regime, met alle bijhorende pleegvormen en procedures, die de lastgever via zijn volmacht net wilde vermijden. Op de glijdende schaal tussen autonomie en bescherming leunt een dergelijke maatregel bijna volledig aan bij de doelstelling van bescherming en nauwelijks bij die van zelfbeschikking.

565. De verschillende nationale wetgevers kozen er echter voor om een aantal middenwegen open te stellen, die toelaten om de persoonlijke keuzes van de kwetsbare meerderjarige zo veel en zo lang mogelijk te respecteren. Deze maatregelen behouden het mandaat van de lastgever als het uitgangspunt voor zijn bescherming. Pas wanneer zij niet volstaan om de belangen van de kwetsbare meerderjarige voldoende te waarborgen, kan de rechter als *ultimum remedium* opteren voor de gehele of gedeeltelijke beëindiging van de lastgeving en een rechterlijke beschermingsmaatregel instellen. Het proportionaliteitsbeginsel oefende bijgevolg een belangrijke invloed uit op de regulering van de rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van de lastgeving in de verschillende rechtsstelsels.⁹⁶³

⁹⁶³ Zie bv. de parlementaire voorbereidingen van het Zwitserse art. 368 ZGB: *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6663 (www.ejpd.admin.ch). Volgens het oorspronkelijke voorontwerp had de rechter enkel de mogelijkheid om de lastgeving te beëindigen wanneer zij een gevaar vormde voor de belangen van de kwetsbare meerderjarige (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, 26 (www.ejpd.admin.ch)). Het huidige art. 368 ZGB schrijft voor dat de rechter in dat geval alle noodzakelijke maatregelen mag nemen. De wetgever wilde de autonomie van de lastgever zolang mogelijk vrijwaren: "*Le présent projet, lui, tend à sauvegarder dans la mesure du possible la volonté du mandant.*" Zie ook de parlementaire voorbereidingen van de Belgische wet van 17 maart

B. *Type 1: rechtstreekse rechterlijke tussenkomst via wijzigingen aan de lastgevingsverhouding*

1. Modalisering van de lastgeving

566. Eerder werd vermeld dat de lasthebber krachtens het gemene recht verplicht is om rekeningen en verslagen bij te houden over zijn vermogensbeheer (zie *supra*, nrs. 497-498 en 527). In België, Engeland & Wales, Frankrijk en Zwitserland kan de rechter hem verplichten om die informatie periodiek aan de rechtbank te bezorgen en aldus rekenschap af te leggen over de uitvoering van zijn mandaat (art. 490/2, § 2 BW; S. 23 (3)(a) en (b) MCA 2005; art. 486, tweede lid C.Civ.; art. 416 C.Civ.; art. 494, tweede lid C.Civ.; art. 368, tweede lid ZGB).⁹⁶⁴ Vanaf dat moment staat de lasthebber onder rechterlijk toezicht, net zoals een bewindvoerder. De rechter creëert met andere woorden een regime dat het midden houdt tussen een buitengerechtigde en rechterlijke beschermingsmaatregel.⁹⁶⁵ Hij maakt een einde aan het zuiver private karakter van de bescherming, maar raakt niet aan de keuzes van de kwetsbare meerderjarige aangaande zijn vertegenwoordiger en de inhoud van diens opdracht. Op die manier kunnen de verschillende wetgevers de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige zoveel mogelijk waarborgen.⁹⁶⁶

567. De rechter kan ook andere modaliteiten van het bewind van toepassing verklaren op de uitvoering van de lastgeving. In België, Frankrijk en Zwitserland moet een bewindvoerder voor sommige rechtshandelingen een machtiging aanvragen.⁹⁶⁷ Een dergelijke verplichting kan de rechter ook aan de lasthebber opleggen. Artikel 490/2, § 2 BW bepaalt dat de rechter de uitvoering van de lastgeving kan onderwerpen aan dezelfde vormvereisten als die welke gelden bij een rechter-

2013: "Het voorstel laat een proportionele tussenkomst van de vrederechter toe." (*Parl.St. Kamer* 2011-12, nr. 53-1009/010, 39).

⁹⁶⁴ België: 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; Engeland & Wales: D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 163; zie ook de gelijkaardige bevoegdheden van de Public Guardian in Reg. 46 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); 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; Zwitserland: C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 294; T. GEISER, "ZGB 365" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER et al. (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (150) 153.

⁹⁶⁵ Cf. F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571.

⁹⁶⁶ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6663 (www.ejpd.admin.ch); *Parl.St. Kamer (België)* 2011-12, nr. 53-1009/010, 39.

⁹⁶⁷ België: art. 499/7, § 2 BW; Frankrijk: art. 505-508 C.Civ.; Zwitserland: art. 416, eerste lid ZGB.

lijke beschermingsmaatregel.⁹⁶⁸ Krachtens artikel 484 C.Civ. kan hij beslissingen nemen over de voorwaarden en modaliteiten van de uitvoering van de lastgeving. Artikel 368 ZGB laat de *Erwachsenenschutzbehörde* toe om alle noodzakelijke maatregelen te nemen wanneer de belangen van de lastgever in gevaar zijn.⁹⁶⁹

2. Wijziging van de bevoegdheden van de lasthebber

A. SUBTYPE 1: RUIME WIJZIGINGSBEVOEGDHEID

568. De rechter kan van oordeel zijn dat hij de belangen van de kwetsbare meerderjarige enkel veilig kan stellen via een aanpassing van de inhoud van de lastgevingsopdracht, bijvoorbeeld omdat die ontoereikend is. In de vier stelsels van het eerste type heeft hij daartoe de mogelijkheid, zij het dat de grenzen van die bevoegdheid verschillen van land tot land.

569. In België bepaalt artikel 490/2, § 2 BW dat de vrederechter zich hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van elke belanghebbende evenals van de procureur des Konings, kan uitspreken over de voorwaarden en nadere regels tot uitvoering van de lastgeving. Uit de parlementaire voorbereidingen en de literatuur kan men afleiden dat men deze bepaling ruim moet interpreteren, in die zin dat de rechter de opdracht van de lasthebber mag wijzigen in functie van de noden van de kwetsbare meerderjarige.⁹⁷⁰ Hij kan de lasthebber bepaalde bevoegdheden ontnemen, hem opdragen om bepaalde handelingen te verrichten die niet in de volmacht staan opgenomen of een toegekende bevoegdheid herdefiniëren. Het gaat om een ruime discretionaire bevoegdheid; de rechter bepaalt zelf welke inhoudelijke aanpassingen aan de volmacht noodzakelijk zijn.

570. Ook in Engeland & Wales kan een lasthebber aan de rechter vragen om zijn bevoegdheden uit te breiden of te wijzigen.⁹⁷¹ Dat dit ook in het voordeel van de

⁹⁶⁸ 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; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571.

⁹⁶⁹ 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) 66.

⁹⁷⁰ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/001, 40; K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *NFM* 2013, (182) 184-185.

⁹⁷¹ S. 16 (2)(a) en S. 23 (2)(b) MCA 2005; zie ook Schedule 3 nr. 14 (1) MCA 2005; DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Mental Capacity Act 2005 Code of Practice*, Norwich, TSO, 2007, 128 (nr. 7.48) en 130 (nr. 7.56); A. MARTIN, "Powers of attorney – peace of mind or out of control?", *Conv.* 2008, (11) 26; LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Who decides? Making decisions on behalf of mentally incapacitated adults*, London, The Stationery Office, 1997, nr. 6.51-6.53 (in antwoord op: THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 128-129, nr. 7.57); *Explanatory notes Mental Capacity Act 2005*, 31, nr. 177 (www.legislation.gov.uk); A. WARD, "Vorsorgeauftrag

lasthebber of derden kan gebeuren en dus geen (mogelijke) belangenschending in hoofde van de lasthebber vereist, illustreren de hierboven uiteengezette artikelen S. 18 (1)(i) en 23 (4) MCA 2005 (zie *infra*, nr. 555).

B. SUBTYPE 2: BEPERKTE WIJZIGINGSBEVOEGDHEID

571. Krachtens artikel 485 C.Civ. kan de rechter de lasthebber of een lasthebber *ad hoc* toelaten om één of meer specifieke rechtshandelingen te stellen die niet gedekt zijn door de volmacht, wanneer de volmacht ontoereikend is om de belangen van de lastgever voldoende te beschermen. Artikel 493 C.Civ. herhaalt deze rechterlijke bevoegdheid specifiek voor wat de onderhandse volmacht betreft, die per definitie enkel daden van bewaring en beheer omvat (zie *supra*, nrs. 202 en 268). Indien de belangen van de lastgever nopen tot het stellen van een daad van beschikking of van een bepaalde rechtshandeling die in de volmacht ontbreekt, moet de lasthebber de rechter vatten voor een toelating.

572. Met deze bepaling legt de Franse wetgever de focus op proportionaliteit. Wanneer een uitbreiding van de lastgeving volstaat om de belangen van de lastgever veilig te stellen, dient de rechter deze mogelijkheid te verkiezen boven de herroeping van het instrument en de toepassing van een rechterlijke maatregel.⁹⁷²

573. De mogelijkheid van de rechter om de bevoegdheid van de lasthebber te wijzigen, is evenwel begrensd. Een punctuele uitbreiding (dus onder bijzondere titel) lijkt de enige manier te zijn waarop hij de inhoud van de lastgevingsopdracht kan aanpassen. In de parlementaire voorbereidingen van artikel 485 C.Civ. staat namelijk te lezen dat de rechter gebonden is aan het principe van de bindende kracht van de overeenkomst, vervat in artikel 1134, eerste lid C.Civ.⁹⁷³ Wanneer een volmacht omwille van haar inhoud ongeschikt blijkt voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige, mag de rechter geen wijzigingen aanbrengen aan de clausules ervan of aan de bevoegdheden van de lasthebber (bv. door deze uit te breiden tot een bepaalde categorie van rechtshandelingen of

und Patientenverfügung in Großbritannien” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (201) 219; A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 168.

⁹⁷² N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 556-557.

⁹⁷³ 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), 2007, 196 (www.assemblee-nationale.fr); H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs* (nr. 212), 2007, 190 (www.senat.fr).

goederen). “*Si le mandat est inapproprié, le remède est la révocation prévue au 4° de l'article 483.*”⁹⁷⁴

574. Ook het Zwitserse recht laat de *Erwachsenenschutzbehörde* toe om de opdracht van de lasthebber bij te schaven. Artikel 368, tweede lid ZGB somt op niet-exhaustieve wijze de maatregelen op die de instantie kan nemen, zoals het geheel of gedeeltelijk ontnemen van de bevoegdheden van de lasthebber of het geven van instructies.⁹⁷⁵ Artikel 364 ZGB legt evenwel een belangrijke beperking op: een aanvulling van de lastgevingsovereenkomst is enkel mogelijk wanneer het gaat om ‘*Nebenpunkte*’, om bijkomstige zaken.⁹⁷⁶

575. Het was de bedoeling van de wetgever om te kunnen remediëren aan onnauwkeurigheden in de lastgevingsovereenkomst die het gevolg zijn van gewijzigde omstandigheden sinds haar totstandkoming.⁹⁷⁷ Om de lasthebber voldoende zekerheid te bieden over de inhoud van zijn opdracht en een efficiënte uitvoering ervan te garanderen, kan de rechter op grond van artikel 364 ZGB de volmacht interpreteren en in beperkte mate aanvullen, in die zin dat hij een toegekende bevoegdheid nader kan specificeren (bv. inzake de gewenste verkoopprijs van een bepaald goed).⁹⁷⁸ Op die manier hoeft hij geen ingrijpendere maatregel te nemen om de bijzaken in kwestie te regelen.⁹⁷⁹ Daaruit volgt echter wel dat het hem niet is toegestaan om de inhoud van de lastgeving fundamenteel uit te brei-

⁹⁷⁴ 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)*, 2007, 196 (www.assemblee-nationale.fr).

⁹⁷⁵ P. BREITSCHMID en I. MATT, “Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)”, *Pflegerecht* 2012, (223) 230; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, “Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags” in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 93.

⁹⁷⁶ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 310; R.E. 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.

⁹⁷⁷ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6662 (www.ejpd.admin.ch).

⁹⁷⁸ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6662 (www.ejpd.admin.ch); C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 310.

⁹⁷⁹ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6662 (www.ejpd.admin.ch); H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 477.

den, in die zin dat hij de lasthebber geen nieuwe bevoegdheden mag toekennen.⁹⁸⁰

C. PROPORTIONALITEIT EN BINDEnde KRACHT VAN DE OVEREENKOMST

576. De bijzondere aandacht voor het principe van de bindende kracht van overeenkomsten in het kader van de lastgeving in het Franse en vooral het Zwitserse recht contrasteert met het uitgangspunt in België en Engeland & Wales. Nochtans maakt het principe ook daar deel uit van het overeenkomstenrecht en heeft het eveneens tot gevolg dat een rechter de inhoud of draagwijdte van een overeenkomst in beginsel niet mag wijzigen; hij mag zich niet mengen in de contractuele verhouding die de partijen tot stand hebben gebracht.⁹⁸¹ In het kader van de lastgeving als beschermingsmaatregel lieten de Belgische en Engelse wetgevers zich echter leiden door de beginselen die de juridische bescherming van volwassenen beheersen, eerder dan door de beginselen die gelieerd zijn aan de conventionele aard van de beschermingsmaatregel. Dat de rechter de inhoud van de lastgeving kan wijzigen, vormt een toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. De wetgevers redeneerden dat de rechter pas maatwerk kan realiseren wanneer hij de mogelijkheid heeft om de taak van de lasthebber zelf vorm te geven, in functie van de belangen van de kwetsbare meerderjarige. Vandaar dat hij niet gebonden zal zijn aan de beschikkingen van de lastgever.⁹⁸²

577. Die visie is terecht. Als de rechter niet mag raken aan de opdracht van de lasthebber wanneer die te beperkt of inhoudelijk ongeschikt blijkt in het licht van het welzijn van de lastgever, dan zal hij genoodzaakt zijn om de lastgeving aan te vullen of te vervangen door een rechterlijke maatregel (indien mogelijk met de lasthebber als bewindvoerder), omdat hij de inhoud daarvan wel vrij kan bepalen. Dit tast het zelfbeschikkingsrecht van de meerderjarige op disproportionele wijze

⁹⁸⁰ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 310; R.E. 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; C. FOUNTOULAKIS en C. GAIST, “Les mesures personnelles anticipées: des directives anticipées du patient et le mandat pour cause d’inaptitude”, *FamPra.ch* 2012, (867) 879.

⁹⁸¹ **België**: Cass. 24 oktober 1990, *T.Verz.* 1991, 391, noot M. LAMBERT; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht* 1, Brugge, die Keure, 2005, 41; S. STIJNS en S. JANSEN, “Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht” in K. DEKETELAERE (ed.), *Themis Verbintenissenrecht* 75, Brugge, die Keure, 2012, 26; zie ook het overzicht van cassatierechtspraak in: S. MARYSSE, “Over (bindende) prijsbepaling door een derdebesliser en schending van de bindende kracht van de overeenkomst (door de rechter)”, *TBBR* 2010, 345; **Engeland & Wales**: H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet and Maxwell, 2008, 16-19. Zie ook: R. MOMBERG URIBE, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 6.

⁹⁸² Cf. THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 128-129, nr. 7.57.

aan. Hij belandt in een regime met pleegvormen en procedures die hij via het privaatrechtelijke procedé van de lastgeving net wilde vermijden, hoewel die informele maatregel volstond voor zijn bescherming, voor zover het toepassingsgebied ervan werd aangepast. Dat de rechter een bewind moet instellen vooraleer hij kan beslissen over de bevoegdheden van de vertegenwoordiger van de kwetsbare meerderjarige is een gekunstelde constructie. Dit doel kan hij ook bereiken op een minder ingrijpende manier, namelijk door de opdracht van de lasthebber te kneden in functie van de belangen van de kwetsbare meerderjarige.⁹⁸³

578. Het is weinig zinvol om op grond van de *ratio legis* van het principe van de bindende kracht van overeenkomsten, namelijk de behoefte aan rechtszekerheid⁹⁸⁴, of op grond van de autonomie van de meerderjarige te argumenteren dat een dergelijke wijzigingsbevoegdheid ongewenst is omdat zij ervoor zou zorgen dat de partijen bij de lastgeving in een situatie belanden die ze niet hebben voorzien en misschien ook niet hebben gewild. Dat zal immers eveneens het geval zijn wanneer men de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid niet aanvaardt. Zoals hierboven aangegeven (nr. 577), moet de rechter in die hypothese immers een complementaire of vervangende rechterlijke maatregel instellen, waarvan hij het precieze toepassingsgebied zelf zal uittekenen. In het geval van een complementaire maatregel wordt de lastgeving juridisch gezien niet gewijzigd, maar *de facto* zijn de gevolgen voor beide partijen hetzelfde: de vertegenwoordiger heeft voortaan een uitgebreidere opdracht en de lastgever wordt vertegenwoordigd voor rechtshandelingen die hij niet in zijn volmacht had opgenomen. Bovendien is van volledige buitengerechtigde bescherming, waarvoor de lastgever gekozen heeft, geen sprake meer. Meent de rechter dat een complementaire maatregel niet volstaat, dan is hij genoodzaakt om de overeenkomst integraal te vervangen door een rechterlijke maatregel en aldus te beëindigen. Kan men ook in dat geval nog volhouden dat de bindende kracht van de overeenkomst wordt gerespecteerd?

3. Vervanging van de lasthebber

579. Het kan voorkomen dat de bevoegdheden in de volmacht weliswaar naadloos aansluiten op de behoeften van de lastgever maar dat de lasthebber ze misbruikt of op een zodanig onkundige manier uitoefent dat de belangen van de lastgever in het gedrang komen. Gewijzigde omstandigheden kunnen er bovendien voor zorgen dat de lasthebber niet langer bereid of in staat is om de lastgeving uit te voeren op het ogenblik dat de lastgever wilsonbekwaam is geworden. De kans is immers reëel dat er een grote tijdsspanne bestaat tussen het opstellen

⁹⁸³ Cf. D. FENOUILLET, "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Defrénois* 2009, (142) nr. 52.

⁹⁸⁴ A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE, *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 117.

van de volmacht en het ogenblik van inwerkingtreding. In het geval van een bejaard koppel is het bijvoorbeeld mogelijk dat de partner die als lasthebber werd aangeduid intussen ook zijn eigen mentale capaciteiten voelt afnemen of overleden is. Kan de rechter in dergelijke gevallen de lasthebber vervangen door een nieuwe lasthebber, wanneer de lastgever zelf geen vervanger in zijn volmacht heeft aangeduid of wanneer ook die vervanger niet langer beschikbaar is?

580. Het valt op dat geen enkel rechtsstelsel van het eerste type in deze mogelijkheid voorziet.⁹⁸⁵ De rechter heeft in sommige stelsels weliswaar de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden een lasthebber *ad hoc* aan te stellen (bv. bij een belangenconflict)⁹⁸⁶, maar het gaat in dat geval niet om een bestendige vervanging van de lasthebber. Bijgevolg dient de rechter in geval van een ongeschikte of malafide lasthebber de lastgeving te beëindigen en een bewind in te stellen, waarbij hij zelf een vertegenwoordiger aanwijst. Conform het proportionaliteitsbeginsel, kan hij diens opdracht integraal baseren op de in de volmacht opgenomen richtlijnen van de kwetsbare meerderjarige.

581. In Engeland & Wales kwam de vervangingsbevoegdheid van de rechter aan bod gedurende de parlementaire werkzaamheden die de MCA 2005 voorafgingen. De Law Commission was van mening dat het vaak nuttiger is om een goede volmacht verder te laten gebruiken door een nieuwe lasthebber dan meteen een einde te maken aan de lastgeving en een wettelijke vertegenwoordiger aan te stellen.⁹⁸⁷ Dit voorstel werd echter afgewezen in een beleidsverklaring van de regering. Gelet op de ruime bevoegdheid van de lasthebber, die in een buitengerechtelijke context mag optreden, beschouwde men de keuze voor een lasthebber als ‘*highly personal*’, omdat zij gebaseerd is op vertrouwen.⁹⁸⁸ De huidige MCA 2005 laat de rechter bijgevolg niet toe om de lasthebber van een *lasting power of attorney* te vervangen wanneer deze niet langer in staat of bereid is om voor zijn wils-

⁹⁸⁵ Zie bv.: Engeland & Wales: D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 15; Zwitserland: R.E. 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, Gieseking, 2011, (57) 77; L. FAVRE, “Nouveau droit de la protection de l’adulte. Le mandat pour cause d’inaptitude”, *ZBGR* 2013, (145) 153; C.L. WIDMER BLUM, “Art. 368 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, (1102) 1104; H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 478.

⁹⁸⁶ België: art. 490/2, § 1, vierde lid BW; Frankrijk: art. 485, tweede lid C.Civ.

⁹⁸⁷ THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 127-128, nr. 7.56; LORD CHANCELLOR’S DEPARTMENT, *Who decides? Making decisions on behalf of mentally incapacitated adults*, Londen, The Stationery Office, 1997, nr. 6.68.

⁹⁸⁸ 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.

onbekwame lastgever op te treden.⁹⁸⁹ Hij dient in dat geval een rechterlijke beschermingsmaatregel op te leggen.⁹⁹⁰

582. Men zou kunnen argumenteren dat de bevoegdheid om de lasthebber te vervangen, net zoals de rechterlijke bevoegdheid om de inhoud van de lastgeving te wijzigen, minder ingrijpend is dan de benoeming van een bewindvoerder. De kwetsbare meerderjarige valt dan immers nog steeds onder een buitengerechtig beschermingsstatuut, in die zin dat de modaliteiten van het bewind niet van toepassing zullen zijn. Dit strookt met zijn persoonlijke voorkeur; destijds stelde hij immers een volmacht op om een gerechtelijk regime te vermijden. Dat de keuze van zijn vertegenwoordiger niet langer kan worden gerespecteerd, betekent niet dat meteen ook zijn wens naar een informeel beschermingskader opzij moet worden gezet.

583. Men kan er echter niet omheen dat de lastgever net voor de buitengerechterlijke bescherming heeft geopteerd omdat hij iemand uit zijn naaste omgeving voldoende vertrouwd om zonder extern toezicht en zonder rechterlijke machtiging in zijn naam en voor zijn rekening op de noodzakelijke momenten op te treden. Men kan niet verwachten dat hij dit vertrouwen aan eender wie zou schenken. Het gebruik van de lastgeving als beschermingsmaatregel zou worden ontmoedigd als de lastgever weet dat zijn lasthebber kan worden vervangen door een andere persoon, die eveneens in een buitengerechterlijke context zijn vermogen zal beheren.⁹⁹¹ In dat opzicht is een rechterlijke beschermingsmaatregel meer aangewezen, met die nuance dat de instructies in de volmacht meteen ook het takenpakket zouden moeten vormen van de bewindvoerder.

4. Gehele of gedeeltelijke beëindiging van de lastgeving

584. Een laatste remedie die de rechter in de stelsels van het eerste type ter beschikking staat wanneer hij vaststelt dat de lastgeving de belangen van de lastgever onvoldoende dient, is de gehele of gedeeltelijke beëindiging van de lastgeving.⁹⁹² Hij schakelt dan over naar een systeem van rechterlijke bescherming, dat

⁹⁸⁹ D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 15.

⁹⁹⁰ 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.

⁹⁹¹ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechterlijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 96.

⁹⁹² **België:** art. 490/2, § 2 BW; 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; K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *NFM* 2013, (182) 187; **Engeland & Wales:** S. 22 (3) en (4) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 207; **Frankrijk:** art. 483, 4° C.Civ.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et*

de lastgeving aanvult of vervangt. Zo bepaalt artikel 490/2, § 2 BW dat de vrede-rechter te allen tijde geheel of gedeeltelijk een einde kan 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.⁹⁹³ Het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel nemen bijgevolg ook hier een belangrijke plaats in; de lastgeving wordt slechts beëindigd en vervangen door een ingrijpendere maatregel in de mate dat zij de belangen van de kwetsbare meerderjarige compromitteert. Het gedeelte dat volstaat voor zijn bescherming, blijft behouden.⁹⁹⁴

585. Uit de analyses in dit hoofdstuk blijkt dat deze optie in bepaalde rechtstelsels van het eerste type sneller zal worden benut dan in andere. Immers, hoe meer maatregelen er zijn die via een aanpassing van de lastgeving het welzijn van de kwetsbare meerderjarige kunnen vrijwaren, hoe langer het duurt vooraleer die lastgeving aan de kant moet worden gezet. In België en Engeland & Wales bijvoorbeeld, geeft het feit dat de volmacht inhoudelijk niet geschikt is voor het vermogensbeheer van de lastgever nog geen aanleiding tot de beëindiging ervan. De rechter past de bevoegdheden van de lasthebber aan tot wanneer zij nauwkeurig aansluiten op de behoeften van de lastgever (zie *supra*, nrs. 568-570). Omdat de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid in Frankrijk en Zwitserland beperkter is, zal de rechter zich daar wel sneller genoodzaakt zien om over te schakelen naar een rechterlijke maatregel (zie *supra*, nrs. 571-575). Daarentegen zal de vaststelling dat de lasthebber ongeschikt is om de lastgeving verder uit te voeren in elk van de rechtstelsels leiden tot de beëindiging van diens mandaat en zijn vervanging door een bewindvoerder, aangezien het de rechter niet is toegestaan om een andere lasthebber de buitengerechtelijke vertegenwoordiging te laten verderzetten (zie *supra*, nrs. 579-583).

586. In het oorspronkelijke Zwitserse wetsontwerp was de beëindiging van de lastgeving de enige maatregel die de rechter kon nemen wanneer hij vaststelde dat

des majeurs, Parijs, Dalloz, 2012, 555-557; Zwitserland: art. 368 ZGB; 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) 66.

⁹⁹³ 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; K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *NFM* 2013, (182) 187.

⁹⁹⁴ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 556; A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 301; F. REUSENS, "Petit aperçu de la grande réforme du droit belge des incapacités", *Ann.dr.Louvain* 2014, (5) 9-10.

de belangen van de lastgever op het spel stonden.⁹⁹⁵ Om de kwetsbare meerderjarige in functie van zijn autonomie een proportioneel beschermingskader te kunnen bieden, bepaalt het huidige artikel 368, tweede lid ZGB dat de rechter alle maatregelen mag nemen die hij noodzakelijk acht (mits inachtnaam van de beperking in art. 364 ZGB, zie *supra*, nrs. 574-575).⁹⁹⁶

C. *Type 2: onrechtstreekse rechterlijke tussenkomst via aanstelling van een toezichthouder*

1. Geen wijzigingen aan de lastgevingsverhouding

587. 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 zijn vertegenwoordiger.⁹⁹⁷ Hij kan de lasthebber niet verplichten om op bepaalde tijdstippen rekeningen of verslagen aan hem voor te leggen of andere modaliteiten na te leven.⁹⁹⁸ Evenmin kan hij raken aan het takenpakket van de lasthebber; hij kan hem geen toelating geven om handelingen te stellen die niet in de volmacht zijn vervat. Enkel de beëindiging van de lastgeving ligt binnen zijn bevoegdheid. Het Duitse en Oostenrijkse recht houden dus sterk vast aan de contractuele aard van de *Vorsorgevollmacht*. Dat het instrument fungeert als beschermingsmaatregel, tast zijn conventionele karakter niet aan.

2. Aanstelling van een toezichthouder

A. CONTROLE, INSTRUCTIES EN HERROEPING

588. Uit de rechterlijke onthouding blijkt de bijzondere aandacht die de wetgevers van het tweede type hechten aan de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige. De rechter dient de keuzes van de lastgever inzake de inhoud van zijn volmacht en de persoon van zijn lasthebber te eerbiedigen. Dat impliceert evenwel niet dat deze stelsels de wilsonbekwame lastgever volledig aan zijn lot overlaten. De rechter kan weliswaar geen rechtstreekse controle uitoefenen op de lasthebber maar hij mag dit wel onrechtstreeks, via een door hem aangewezen toezichthouder. Zowel het Duitse als het Oostenrijkse recht kennen de figuur van

⁹⁹⁵ 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, 26 (www.ejpd.admin.ch). Zie *supra*, nr. 565 voetnoot 963.

⁹⁹⁶ *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 6663 (www.ejpd.admin.ch).

⁹⁹⁷ 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.

⁹⁹⁸ U. WALTER, "Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung", *ZEV* 2000, (353) 353.

de *Überwachungsbetreuer/Überwachungssachwalter*.⁹⁹⁹ Anders dan de term doet uitschijnen, gaat het niet om een echte bewindvoerder (*Betreuer/Sachwalter*) maar om een persoon die door de rechter inschakelt om de uitvoering van de lastgeving te controleren. Deze toezichthouder stelt met andere woorden geen vermogensrechtelijke handelingen in naam en voor rekening van de lastgever maar oefent de controle uit waartoe die laatste zelf niet in staat is.¹⁰⁰⁰

589. De toezichthouder kan de lasthebber in naam van de lastgever vragen om rekenschap en verantwoording, mag hem bijsturen in de uitoefening van zijn mandaat en kan de volmacht indien nodig ook herroepen.¹⁰⁰¹

590. Net zoals het geval is in de stelsels van het eerste type, is het de toezichthouder niet toegestaan om de lasthebber te vervangen.¹⁰⁰² Als hij ontdekt dat de lasthebber de in de volmacht opgelegde verplichtingen niet naleeft, kan hij de volmacht herroepen. De rechter kan in dat geval eventueel zijn opdracht verruimen door hem tot bewindvoerder te benoemen.¹⁰⁰³ Een toezichthouder is tevens onbevoegd om de inhoud van de lastgeving aan te passen, in die zin dat hij de lasthebber geen bijkomende taken mag opleggen.¹⁰⁰⁴ Komt hij tot de vaststelling dat de volmacht ontoereikend is, dient hij de rechter op de hoogte te brengen, zodat deze een aanvullend bewindsregime kan instellen. Indien mogelijk, stelt hij de lasthebber aan als bewindvoerder.¹⁰⁰⁵

- ⁹⁹⁹ **Duitsland:** U. WALTER, "Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung", *ZEV* 2000, (353) 353-356; D. KURZE, "Die Kontrollbetreuung", *NJW* 2010, (2220) 2220-2224; **Oostenrijk:** ErlRV 1420 Blg nNR 22. GP, 29; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 342 en 359; M. SCHAUER, "Vorsorgevollmacht" für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts", *RZ* 1998, (100) III. D.
- ¹⁰⁰⁰ U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 37; D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlijn, BWV, 2004, (27) 46; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 49.
- ¹⁰⁰¹ **Duitsland:** D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlijn, BWV, 2004, (27) 46; A. BAUER en T. KLIE, "Wie ist eine Betreuung vermeidbar? Praktische Gestaltungsfragen von Vorsorgevollmachten und der Grundsatz der Subsidiarität der gesetzlichen Betreuung", *FPR* 2004, (671) 675; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 37 en 147; **Oostenrijk:** M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 225; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 342.
- ¹⁰⁰² M. BÜHLER, "Vorsorgevollmacht zur Vermeidung einer Gebrechlichkeitspflegschaft oder Betreuung", *BWNotZ* 1990, (1) 2.
- ¹⁰⁰³ 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) 144, nr. 139.
- ¹⁰⁰⁴ G. DODEGGE en A. ROTH, *Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht*, Keulen, Bundesanzeiger Verlag, 2010, nr. 29; zie *infra*, nr. 592.
- ¹⁰⁰⁵ M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 222.

591. Op dit punt wijken de bevoegdheden van de toezichthouder af van die van de rechter in de stelsels van het eerste type. De rechter beschikt er minstens over een beperkte wijzigingsbevoegdheid (zie *supra*, nrs. 568 e.v.), op grond waarvan hij de lasthebber bijkomende taken kan toebedelen. Hij kan, naast het opleggen van een rekenschapsplicht, ook andere modaliteiten verbinden aan de lastgeving (bijvoorbeeld een machtigingsvereiste opleggen, zie *supra*, nr. 567), wat niet het geval is voor een toezichthouder. In die zin bieden de stelsels van het tweede type minder proportionaliteit dan die van het eerste type.

592. In de Duitse literatuur benadrukt men wel dat de toezichthouder een in de volmacht toegekende bevoegdheid mag concretiseren wanneer de belangen van de lastgever dit vereisen.¹⁰⁰⁶ Zijn opdracht bestaat er immers in om de rechten uit te oefenen waarover de kwetsbare meerderjarige in zijn hoedanigheid als lastgever beschikt maar die hij omwille van zijn wilsonbekwaamheid niet zelf kan waarnemen.¹⁰⁰⁷ Een van die rechten houdt in dat een lastgever zijn vertegenwoordiger mag bijsturen via instructies ('*Weisungen*') over de uitvoering van het mandaat.¹⁰⁰⁸ Hij dient daarbij wel de grenzen van wat hij contractueel met zijn lasthebber is overeengekomen te respecteren; de inhoud van de lastgevingsovereenkomst mag hij (en dus ook zijn toezichthouder) niet wijzigen.¹⁰⁰⁹ Deze bevoegdheid van de toezichthouder is dus vergelijkbaar met die van de Zwitserse rechter krachtens de artikelen 364 en 368 tweede lid ZGB (zie *supra*, nrs. 574-575).

B. KENMERKEN VAN HET TOEZICHT

593. De rechter stelt een toezichthouder aan zodra dit in het licht van de belangen van de meerderjarige vereist is. Zoals eerder werd toegelicht (zie *supra*, nr. 550), veronderstelt dit niet noodzakelijk dat de lasthebber opzettelijk misbruik maakt van zijn positie.¹⁰¹⁰ Ook wanbeheer dat het gevolg is van de omvang en

¹⁰⁰⁶ A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 163.

¹⁰⁰⁷ U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 37; D. SCHWAB, "Probleme der Vorsorgevollmacht" in H.-J. BAUER (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlijn, BWV, 2004, (27) 46; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 49.

¹⁰⁰⁸ § 665 BGB; H. SEILER, "BGB § 665 Abweichung von Weisungen" in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 3; 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) 143, nr. 138.

¹⁰⁰⁹ H. SEILER, "BGB § 665 Abweichung von Weisungen" in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 12; D. FISCHER, "BGB § 665" in G. BAMBERGER en H. ROTH (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2013, nr. 4.

¹⁰¹⁰ D. SCHWAB, "Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?" in W. BAYER en E. KOCH (eds.), *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, (111) 116.

moeilijkheidsgraad van de lastgevingsopdracht, kan aanleiding geven tot de benoeming van een toezichthouder.¹⁰¹¹

594. Om te vermijden dat de lasthebber zich moet verantwoorden tegenover een toezichthouder die buiten de sociale kring van de lastgever staat, kan deze laatste in zijn volmacht of een afzonderlijke verklaring anticipatief een persoon naar keuze als toezichthouder aanduiden.¹⁰¹²

595. In Duitsland kent het systeem van *Überwachungsbetreuung* zijn grondslag in de wet, namelijk in § 1896, derde lid BGB. Deze bepaling laat de rechter toe om voor de kwetsbare meerderjarige een vertegenwoordiger te benoemen die belast wordt met de opdracht om de rechten van de meerderjarige jegens zijn lasthebber waar te nemen. In Oostenrijk erkent men dit toezichtmechanisme als een toepassing van het proportionaliteitsbeginsel, meer bepaald van het principe dat de opdracht van een bewindvoerder afgestemd moet zijn op de specifieke behoeften van de kwetsbare volwassene.¹⁰¹³

C. DOEL VAN HET TOEZICHT

596. Het doel van de rechtsfiguur van de toezichthouder is het realiseren van een compromis tussen de persoonlijke autonomie van de lastgever en zijn nood aan bescherming.¹⁰¹⁴ Enerzijds houdt de aanstelling van een toezichthouder de contractuele relatie tussen de lastgever en -hebber in stand, anderzijds voorkomt zij dat deze verhouding door misbruik of wanbeheer nadelig uitvalt voor de lastgever.¹⁰¹⁵

¹⁰¹¹ LG Verden 7 oktober 2010, *BeckRS* 2011, 13164; BGH 30 maart 2011, *FamFR* 2011, 311; D. SCHWAB, "Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?" in W. BAYER en E. KOCH (eds.), *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, (111) 115-116; U. WALTER, "Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung", *ZEV* 2000, (353) 353.

¹⁰¹² V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 74; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 17; D. SCHWAB, "Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?" in W. BAYER en E. KOCH (eds.), *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, (111) 116.

¹⁰¹³ M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 223; S. KÜHNBERG, "Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005", *NZ* 2005, (85) B. 2.; M. SCHAUER, "'Vorsorgevollmacht' für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts", *RZ* 1998, (100) III. D.; cf. ErlRV 1420 BlgnNR 22. GP, 29.

¹⁰¹⁴ A. FISCHER, *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 344.

¹⁰¹⁵ M. SCHAUER, "'Vorsorgevollmacht' für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts", *RZ* 1998, (100) III. D.; W. BIENWALD, "Rechtliche Betreuung" in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2006, (1) 143, nr. 137.

597. Dat deze bescherming slechts plaatsvindt door een onrechtstreeks toezicht van de rechter, betekent niet noodzakelijk dat zij minder effectief is dan wanneer de rechter zelf dit toezicht zou uitoefenen. De rechter moet zijn toezichthouder controleren en dient dus na te gaan of deze de wensen en het welzijn van de lastgever voldoende vrijwaart. Dit veronderstelt dat de rechter kennis neemt van de concrete uitvoering van de lastgeving via de rekeningen en verslagen van de lasthebber die hij van de toezichthouder heeft ontvangen.¹⁰¹⁶ Op die manier kan hij nagaan of de toezichthouder actie onderneemt waar nodig en hem eventueel bijsturen, door hem op te leggen om meer informatie bij de lasthebber op te vragen of om de volmacht te herroepen.

D. EVALUATIE

598. Op basis van deze werkwijze kan men zich wel afvragen of een systeem van *rechtstreeks* rechterlijk toezicht niet minder omslachtig is.¹⁰¹⁷ Is het noodzakelijk om een intermediair in te schakelen als de rechter, om de adequate vervulling van diens opdracht te kunnen verzekeren, ook zelf de handelingen van de lasthebber moet controleren? Men kan alvast niet opwerpen dat de constructie meer bijdraagt tot de ontlasting van het gerecht dan een systeem van rechtstreekse rechterlijke betrokkenheid, gelet op het feit dat de rechter de toezichthouder moet controleren. Voor zijn werklast maakt het weinig verschil uit of hij op deze persoon toezicht uitoefent, dan wel op de lasthebber. Wel zou men kunnen argumenteren dat de figuur van de toezichthouder gunstiger is voor de persoonlijke autonomie van de lastgever, aangezien zijn lasthebber geen verantwoording zal moeten afleggen aan de rechter maar aan een persoon die hij zelf op voorhand kan aanduiden.

AFDELING IV. BESLUIT

§ 1. NOOD AAN BUITENGERECHTELIJKE CONTROLE

599. De lastgeving is een buitengerechterlijke beschermingsmaatregel. In elk van de onderzochte rechtsstelsels uit het *buitengerechterlijke* aspect van het regime zich in de afwezigheid van rechterlijke betrokkenheid op drie niveaus: de keuze van de lasthebber, het bepalen van diens opdracht en het toezicht op de uitvoering ervan. De rechter zal zich pas mengen in de lastgevingsverhouding wanneer zijn tussenkomst noodzakelijk is in het licht van de belangen van de kwetsbare meer-

¹⁰¹⁶ U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 147-148; U. WALTER, "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 1999, (685) 686.

¹⁰¹⁷ Cf. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 327.

derjarige (zie *supra*, nrs. 527-529). Via de lastgeving wil men meerderjarigen aldus toelaten om het beheer van hun vermogen in besloten kring te laten plaatsvinden.

600. Met uitzondering van het Franse recht (zie *supra*, nr. 518), heeft men de idee van privaatrechtelijk vermogensbeheer evenwel niet consequent doorgetrokken naar het *beschermingsaspect* van de lastgeving. De lastgever kiest weliswaar zelf zijn lasthebber en stelt diens takenpakket naar eigen goeddunken samen, maar hij is niet verplicht om ook zelf te bepalen wie op het gebruik van zijn volmacht zal toezien (zie *supra*, nr. 519). Rechterlijke bescherming van de kwetsbare meerderjarige werd uitgesloten, maar er treedt hiervoor geen buitengerechtigde bescherming in de plaats. Het gevolg is dat de lastgeving, omwille van het gebrek aan zowel interne als externe controle, aanleiding kan geven tot een situatie van onopgemerkt misbruik of onkundig beheer (zie *supra*, nr. 519).

601. Het is dan ook noodzakelijk om de lastgever, in navolging van het Franse recht, te verplichten zelf controletechnieken in zijn volmacht in te bouwen (zie *supra*, nrs. 520-523). Hij kan één of meerdere personen aanduiden bij wie zijn lasthebber zich moet verantwoorden, hij kan een regime van concurrent of gezamenlijk bestuur opleggen of bepaalde controlemodaliteiten combineren (zie *supra*, nrs. 516-517). Het is aan de notaris of advocaat die de volmacht opstelt om de lastgever hierover gepast advies te verlenen (zie *supra*, nr. 526). De lastgeving zou niet mogen worden geregistreerd als een intern controlemechanisme ontbreekt (zie *supra*, nr. 525).

602. Het Franse recht onderscheidt zich bijkomend van de andere rechtsstelsels omdat het de opgelegde interne controle combineert met een systeem van extern toezicht. De lasthebber van een notariële volmacht is verplicht om rekening af te leggen bij de notaris die de volmacht destijds heeft geredigeerd (zie *supra*, nrs. 532 e.v.). Omdat het systeem slechts in *onrechtstreeks* rechterlijk toezicht voorziet en dus buitengerechtigd is, zou het een aantrekkelijke piste kunnen zijn voor staten waar interne controle niet verplicht is (zie *supra*, nr. 539). Op het vlak van praktische haalbaarheid en efficiëntie, kent het evenwel een aantal gebreken (zie *supra*, nrs. 540-542). Bovendien is het systeem ingrijpender voor de persoonlijke autonomie van de lastgever dan een verplichting tot interne controle, die naar mijn mening volstaat om invulling te geven aan het beschermingsaspect van de lastgeving. Een dergelijke verplichting valt overigens het meest te verzoenen met de aard van de lastgeving als een instrument dat bedoeld is voor volwassenen die voor hun financiële welzijn kunnen steunen op hun sociale omgeving (zie *supra*, nrs. 543-545).

§ 2. BELANGEN VAN DE KWETSBARE MEERDERJARIGE ALS CRITERIUM VOOR RECHTERLIJKE TUSSENKOMST

603. In elk van de onderzochte rechtsstelsels mag de rechter bepaalde beslissingen nemen over de lastgeving wanneer die een bedreiging vormt voor de belangen van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nrs. 546-547). Dit begrip behelst zowel het financiële welzijn van de lastgever als zijn persoonlijke autonomie (zie *supra*, nr. 548). In de meeste rechtsstelsels vormen deze belangen het enige criterium voor een rechterlijke tussenkomst.

604. In Engeland & Wales en Frankrijk daarentegen veronderstelt een rechterlijke inmenging niet noodzakelijk dat er sprake is van slecht vermogensbeheer. Naar Engels recht mag de rechter de bevoegdheid van de lasthebber uitbreiden in het voordeel van anderen, in die zin dat hij hem kan toelaten om te schenken of testeren in naam en voor rekening van de lastgever, zolang de lastgever dit niet verboden heeft in zijn volmacht en hij zelf voldoende middelen overhoudt om in zijn onderhoud te voorzien (zie *supra*, nrs. 555-556). Deze ruime bevoegdheid van de rechter kan men bekritisieren op grond van de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige; als hij werkelijk had gewild dat zijn lastgever in zijn plaats zou schenken of testeren, dan had hij dit in zijn volmacht opgenomen (zie *supra*, nrs. 557 e.v.). Een aanpassing van de door hem omschreven inhoud van de lastgeving is naar mijn mening enkel verantwoord wanneer dit voor zijn eigen financiële welzijn, niet dat van anderen, noodzakelijk is (zie *supra*, nr. 560).

605. Ook in Frankrijk kunnen andere belangen dan die van de lastgever aanleiding geven tot een rechterlijke tussenkomst. Zo kan de rechter de buitengerechtere maatregel uitschakelen wanneer de echtgenoot van de kwetsbare meerderjarige ook diens welvaren kan waarborgen krachtens de regels van het primair stelsel, het huwelijksvermogensrecht of een gewone volmacht (zie *supra*, nrs. 174 en 552). Een dergelijke tussenkomst verantwoordt men op grond van het recht op gezinsleven van de echtgenoot van de lastgever en het belang van de interne familiale organisatie (zie *supra*, nr. 177).

§ 3. PROPORTIONALITEIT VAN BUITENGERECHTELIJKE EN RECHTERLIJKE BESCHERMINGSMAATREGELEN

606. Met betrekking tot de initiatieven die de rechter kan nemen om de belangen van de lastgever te vrijwaren, kan men de onderzochte rechtsstelsels opdelen in twee types (zie *supra*, nrs. 562-563). In het eerste type (België, Engeland & Wales, Frankrijk en Zwitserland) is de rechter bevoegd om beslissingen te nemen over de privaatrechtelijke verhouding tussen de lastgever en zijn vertegenwoordi-

ger (zie *supra*, nrs. 566 e.v.). In het tweede type (Duitsland en Oostenrijk) heeft hij de mogelijkheid om een toezichthouder aan te stellen, die over een aantal maatregelen beschikt om het vermogensbeheer te beïnvloeden (zie *supra*, nrs. 587 e.v.). In de stelsels van het tweede type is de rechter bijgevolg slechts onrechtstreeks betrokken in de lastgevingsverhouding (zie *supra*, nrs. 563 en 588). Dit biedt het voordeel dat het buitengerechtelijke karakter van de lastgeving deels gevrijwaard blijft; de rechtstreekse controle van de lastgeving kan plaatsvinden door een persoon die de lastgever zelf in zijn volmacht heeft aangewezen (zie *supra*, nr. 598).

607. In beide types laten de bevoegdheden van de rechter/toezichthouder toe om de beëindiging van de lastgeving en de overgang naar een bewind uit te stellen en dus om de volmacht zo lang mogelijk als uitgangspunt te hanteren voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nrs. 564-565). In de stelsels van het eerste type neemt deze proportionaliteitsgedachte evenwel een prominenter plaats in dan in de stelsels van het tweede type; de rechter heeft er meer mogelijkheden om de lastgeving te kneden naar de precieze behoeften van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nr. 591). Hij hoeft de buitengerechtelijke bescherming daardoor minder snel te vervangen of aan te vullen met een bewind om het vermogensbeheer van de kwetsbare meerderjarige in functie van zijn belangen vorm te geven.

608. Een eerste maatregel die de rechter in de stelsels van het eerste type kan nemen, is het opleggen van een rekenschapsplicht. Hij kan de lasthebber verplichten om zich periodiek bij hem te verantwoorden aan de hand van rekeningen en verslagen (zie *supra*, nr. 566). Het equivalent van deze maatregel in de stelsels van het tweede type is de aanstelling van een toezichthouder, die de uitvoering van de lastgeving zal controleren (zie *supra*, nr. 588).

609. In de stelsels van het eerste type kan de rechter ook andere modaliteiten, zoals bijvoorbeeld een machtigingsvereiste voor bepaalde rechtshandelingen, aan de lastgeving verbinden (zie *supra*, nr. 567). De rechter is er tevens bevoegd om de inhoud van de lastgeving te wijzigen. In België en Engeland & Wales is die bevoegdheid zeer ruim; de rechter kan de lasthebber bevoegdheden ontnemen, hem toelaten om rechtshandelingen te stellen die niet in de volmacht staan of een toegekende bevoegdheid wijzigen (zie *supra*, nrs. 568 e.v.). In Frankrijk is de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid beperkt; de rechter kan de lasthebber wel toelaten om een of meer specifieke rechtshandelingen te stellen die niet in de volmacht staan, maar hij kan de inhoud van de lastgeving niet op bestendige wijze aanpassen door de bevoegdheid van de lasthebber bijvoorbeeld uit breiden naar een bepaalde categorie van rechtshandelingen of goederen (zie *supra*, nrs. 571-573). In Zwitserland is een aanvulling van de lastgeving slechts mogelijk voor bijkomstige

zaken; de rechter kan geen nieuwe bevoegdheden toekennen maar hij kan een bestaande bevoegdheid wel herdefiniëren (zie *supra*, nrs. 574-575).

610. De opdracht van een toezichthouder in het tweede type is beperkter; hij kan de lasthebber enkel instructies geven binnen de grenzen van het mandaat en de lastgeving dus niet modaliseren of wijzigen (zie *supra*, nrs. 591-592).

611. Tot slot kan de rechter of toezichthouder beslissen om de lastgeving geheel of gedeeltelijk stop te zetten. Hij kan haar dan vervangen of aanvullen met een rechterlijke beschermingsmaatregel (zie *supra*, nrs. 584 en 589). De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel is hier essentieel (zie *supra*, nr. 584).

612. Terecht is de rechter in geen van de bestudeerde stelsels bevoegd om een nieuwe lasthebber aan te wijzen die eveneens zonder externe controle of rechterlijke machtiging kan optreden, omdat dit het vertrouwen van de lastgever vereist (zie *supra*, nrs. 579 e.v.).

613. De rechtsvergelijkende analyses in dit hoofdstuk tonen aan dat een wetgever de persoonlijke autonomie en het recht op bescherming van een wilsonbekwame lastgever pas in balans kan brengen wanneer hij de lastgeving niet als een onaantastbare, privaatrechtelijke overeenkomst beschouwt maar als een beschermingsmaatregel, waarin de staat de nodige inspraak heeft. Dit biedt het voordeel dat de rechter regimes kan creëren die het midden houden tussen een rechterlijk en buitengerechtelijk beschermingsstatuut (zie *supra*, nr. 565). Hij kan de kwetsbare meerderjarige de bescherming bieden die hij nodig heeft zonder te moeten overschakelen naar een zuiver rechterlijke beschermingsmaatregel, zijnde een maatregel met formele procedures, machtigingsvereisten en (in sommige stelsels) handelingsonbekwaamheid, waarbij de rechter zelf een vertegenwoordiger aanwijst voor de kwetsbare meerderjarige, hem een opdracht toebedeelt en toezicht uitoefent over de uitvoering ervan.

614. Dit brengt mee dat, wanneer bijvoorbeeld blijkt dat de inhoud van de lastgeving problemen oplevert, het volstaat om de nodige wijzigingen aan te brengen aan de opdracht van de lasthebber, zonder hem meteen ook te vervangen, onder toezicht te plaatsen of de lastgeving te beëindigen (zie *supra*, nr. 577). Omgekeerd betekent het feit dat de lasthebber ongeschikt of niet langer beschikbaar is niet dat de instructies die hem in de volmacht waren toegewezen, onbruikbaar worden. Zij kunnen het takenpakket vormen van de bewindvoerder die de rechter in zijn plaats aanstelt (zie *supra*, nr. 583). Dit illustreert dat het proportionaliteitsbeginsel niet alleen maatwerk in het kader van buitengerechtelijke maatregelen vereist maar dat ook een rechterlijke maatregel flexibel dient te zijn. Wanneer een bewind zich opdringt, is het niet altijd noodzakelijk om de keuze van de vertegenwoordi-

ger en/of diens opdracht uit handen van de kwetsbare meerderjarige te nemen en aan de rechter over te dragen. Een rechterlijke beschermingsmaatregel zou de kwetsbare meerderjarige op beide niveaus inspraak moeten verlenen (zie *supra*, nr. 523).

615. De concepten van buitengerechtigde en rechterlijke bescherming zouden inhoudelijk dus niet ver uit elkaar mogen liggen; een wetgever dient beide regimes op een voldoende flexibele manier in te vullen. Een regime kan op één bepaald niveau gerechtelijk zijn, maar op andere niveaus buitengerechtigd. Een beschermingsmaatregel hoeft niet *of* van zuiver conventionele aard te zijn, *of* van publieke. In functie van het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel, is het van het belang dat een wetgever beide regimes niet te scherp van elkaar aflijnt maar de overgang van het ene naar het andere soepel doet verlopen. Door op zoek te gaan naar een middenweg, kan hij aan de kwetsbare meerderjarige een bescherming op maat bieden.

HOOFDSTUK XI

BEËINDIGING VAN DE LASTGEVING

AFDELING I. HERSTEL VAN WILSBEKWAAMHEID

§ 1. TYPE 1: LASTGEVING EINDIGT BIJ HERSTEL VAN WILSBEKWAAMHEID

616. Enkel in het Franse en het Zwitserse recht leidt het herstel van de wilsbekwaamheid van de lastgever tot de beëindiging van de lastgeving die hij specifiek met het oog op wilsonbekwaamheid heeft verleend.¹⁰¹⁸ Een belangrijk verschil tussen beide stelsels is evenwel dat deze beëindiging in het Zwitserse recht automatisch intreedt, terwijl men in Frankrijk een formele procedure moet doorlopen.

617. Meer bepaald schrijft artikel 483, 1° C.Civ. voor dat de lastgeving eindigt wanneer men volgens de procedure toepasselijk op haar inwerkingtreding vaststelt dat de lastgever opnieuw in staat is om zijn vermogen te beheren. Conform artikel 481 C.Civ. en artikel 1259 Code de procédure civile, zullen de lastgever en lasthebber zich dus moeten wenden tot de griffie van het *tribunal d'instance* met een medisch attest dat vermeldt dat de gezondheidstoestand van de lastgever hem niet langer verhindert om zelf zijn belangen te behartigen.¹⁰¹⁹ Daarnaast biedt artikel 483, 1° C.Civ. de rechter de mogelijkheid om de lastgeving op verzoek van elke belanghebbende te beëindigen wanneer de lastgever terug wilsbekwaam is geworden.

618. Het Zwitserse artikel 369, eerste lid ZGB bepaalt daarentegen dat de lastgeving van rechtswege eindigt zodra de lastgever opnieuw bekwaam wordt.¹⁰²⁰ Voor

¹⁰¹⁸ Frankrijk: art. 483, 1° C.Civ.; Zwitserland: art. 369, eerste lid ZGB.

¹⁰¹⁹ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 471; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 553.

¹⁰²⁰ Enkele Zwitserse auteurs verdedigen de opvatting dat er geen echte beëindiging plaatsvindt, aangezien de lastgeving volgens hen opnieuw in werking treedt zodra de lastgever nadien terug wilsonbekwaam wordt en hij de lastgeving intussen niet herroepen heeft (R.E. 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, Gieseking, 2011, (57) 73; T. GEISER, "ZGB 369" in A. LEUBA, M. STETTLER, A.

deze beëindiging is vereist dat de lastgever langdurig opnieuw in staat is om zijn vermogen zelf te beheren. Heldere intervallen volstaan niet om een einde te maken aan de bevoegdheid die de lasthebber van de rechter heeft verkregen (zie *supra*, nr. 357).¹⁰²¹ Het is evenwel niet duidelijk hoe lang de meerderjarige dan wilsbekwaam moet zijn opdat de lastgeving zou eindigen. In elk geval biedt de regel van het voortbestaan van de lastgeving tijdens heldere intervallen het voordeel dat de lastgever en lasthebber de procedure van inwerkingtreding niet opnieuw moeten doorlopen wanneer de fase van tijdelijke bekwaamheid voorbij is (zie *supra*, nr. 358). Het voortbestaan van de bevoegdheid van de lasthebber tijdens een helder interval impliceert wel dat het aangewezen is om in de volmacht te stipuleren dat hij intern gehouden is om niet op te treden wanneer hij weet of redelijkerwijze kan weten dat zijn lastgever in staat is om de betrokken handelingen zelf te stellen (zie *supra*, nr. 357). Hoe dan ook volgt dit uit de verplichting van de lasthebber om zich loyaal tegenover zijn lastgever te gedragen (zie *supra*, nr. 477).

§ 2. TYPE 2: LASTGEVING EINDIGT NIET BIJ HERSTEL VAN WILSBEKWAAMHEID

619. In het Belgische, Duitse, Engelse en Oostenrijkse recht maakt het herwonen begripsvermogen van de lastgever geen einde aan de lastgeving. Het Belgische artikel 490/2, § 3, 1° BW bepaalt weliswaar dat de *buitengerechtelijke beschermingsmaatregel* een einde neemt ingeval de lastgever zich niet meer bevindt in een toestand van wilsonbekwaamheid (of verkwisting, zie *supra*, nr. 366), maar dit betekent nog niet het einde van de lastgeving zelf.¹⁰²² Die blijft in de periode

BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (179) 181). Dit kan men nochtans niet uit de wet of de parlementaire voorbereidingen afleiden. Art. 369 ZGB gebruikt bovendien het begrip 'Erlöschen'. Andere auteurs zijn dan ook, mijns inziens terecht, van mening dat de lastgeving wel degelijk eindigt, tenzij de lastgever hiervan afwijkt en in zijn volmacht voorschrijft dat de bevoegdheid van zijn lasthebber terug kan herleven wanneer hij opnieuw wilsonbekwaam zou worden (C.L. WIDMER BLUM, "Art. 369 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, (1105) 1106; S. WOLF, "Erwachsenenschutz und Notariat", *ZBGR* 2010, (73) 101).

¹⁰²¹ C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 283; 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) 67; S. HRUBESCHMILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 96.

¹⁰²² *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 40; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 70; K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een over-

van wilsbekwaamheid verder bestaan totdat zij volgens de gemeenrechtelijke beëindigingsgronden in artikel 2003 BW, waaronder de herroeping door de lastgever, een einde neemt.¹⁰²³ Daardoor kan de lasthebber zijn taak na de beëindiging van de buitengerechtelijke bescherming blijven uitvoeren indien de lastgeving bedoeld was om ook buiten periodes van wilsonbekwaamheid te worden gebruikt.¹⁰²⁴ Bovendien kan de lasthebber wiens volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid werd verleend opnieuw optreden wanneer de lastgever zijn wilsbekwaamheid weer zou verliezen. In dat geval zullen de waarborgen van de buitengerechtelijke bescherming herleven.¹⁰²⁵ Strikt genomen blijft zijn bevoegdheid echter ook in de tussenfase overeind. Naar mijn mening moet men artikel 490/2, § 3, 1° BW in die zin interpreteren dat de bevoegdheid van deze lasthebber geschorst is totdat de lastgever terug wilsonbekwaam is, gelet op zijn loyaliteitsplicht (zie *supra*, nrs. 477 en 618).¹⁰²⁶

620. Ook de Duitse, Engelse en Oostenrijkse wetgever hebben niet in een bepaling omtrent de invloed van het herstel van wilsbekwaamheid op de bevoegdheid van de lasthebber voorzien. In de lijst met specifieke beëindigingsgronden van de MCA 2005 (S. 13 MCA 2005) komt de bekwaamheid van de lastgever niet voor. In Duitsland en Oostenrijk wordt de beëindiging van de lastgeving integraal beheerst door het gemene recht.¹⁰²⁷ Dat de lastgever opnieuw in staat is om zijn vermogen te beheren, tast de bevoegdheid van de lasthebber bijgevolg niet automatisch aan. Het latere wegvallen van een opschortende voorwaarde die zich reeds heeft gerealiseerd, in dit geval de wilsonbekwaamheid van de lastgever, beïnvloedt het voortbestaan van een rechtshandeling in beginsel niet.¹⁰²⁸

zicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 188; 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.

¹⁰²³ *Parl.St.* Kamer 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; M.A. MASSCHELEIN, “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, (3) 6.

¹⁰²⁴ F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 571; A. VAN DEN BROECK, “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving” in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 301.

¹⁰²⁵ S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 70.

¹⁰²⁶ Zie ook: A. VAN DEN BROECK, “De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief”, *TEP* 2014, (74) 98.

¹⁰²⁷ **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 247; W. BIENWALD, “Rechtliche Betreuung” in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2006, (1) 136; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; B. JUD, “Die Vorsorgevollmacht”, *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 18.

¹⁰²⁸ **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 178; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 71; **Oostenrijk:** P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*,

621. Uiteraard heeft de lastgever wel de mogelijkheid om het herstel van zijn wilsbekwaamheid als beëindigingsgrond in zijn volmacht op te nemen of om de lastgeving tijdens zijn wilsbekwaamheid te herroepen.¹⁰²⁹ Om die reden is het niet noodzakelijk dat de lastgeving van rechtswege eindigt wanneer de lastgever terug wilsbekwaam wordt. Als deze zich opnieuw in staat acht om zijn belangen zelf te behartigen, dan kan hij de lastgeving gewoon zelf beëindigen. Het behoud van de lastgeving biedt bovendien het voordeel dat ze later opnieuw kan worden gebruikt. De lastgever schorst dan best wel de interne bevoegdheid van zijn lasthebber tijdens heldere intervallen (zie *supra*, nrs. 395 en 618). Indien een wetgever het bestendige herstel van wilsbekwaamheid toch als beëindigingsgrond zou opnemen, dan verdient het de voorkeur om de beëindiging van rechtswege te laten intreden en dus niet afhankelijk te maken van een formele procedure zoals in het Franse recht, omdat dit de autonomie van de kwetsbare meerderjarige onnodig aantast. Derden te goeder trouw zouden daarbij moeten worden beschermd (zie *supra*, nrs. 384 en 404) en de lasthebber die zijn wilsbekwaam geworden lastgever toch nog vertegenwoordigt, zou pas aansprakelijk mogen worden gesteld wanneer hij wist of redelijkerwijze kon weten dat zijn lastgever opnieuw over de nodige capaciteiten beschikte om zelf op te treden (zie *supra*, nr. 373).

AFDELING II. HERROEPING DOOR DE LASTGEVER

§ 1. TYPE 1: LASTGEVER MAG DE LASTGEVING HERROEPEN NA INWERKINGTREDING

622. Het is de lastgever in België, Duitsland, Engeland & Wales, Oostenrijk en Zwitserland toegestaan om de lastgeving op eender welk moment te herroepen, ook na de inwerkingtreding van de lastgeving, zolang hij hiervoor wilsbekwaam is (zie *supra*, nr. 449).¹⁰³⁰ Dit principe vindt bijval in de Rec (2009)11 en vloeit

Wenen, Linde, 2010, 354: om de lastgeving bij herwonnen wilsbekwaamheid te laten beëindigen, kan de lastgever een ontbindende voorwaarde opnemen of de lastgeving herroepen; *contra*: B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 15.

¹⁰²⁹ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 178; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 71; 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; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 354; C. SPRUZINA, "Vorsorgevollmacht" in M. GRUBER, S. KALLS, K. MÜLLER *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, (680) 692.

¹⁰³⁰ **België**: art. 490, vijfde lid BW; art. 490/2, § 3, 3° BW; art. 2003 BW; art. 2004 BW; F. SWENNEN, "De meerderjarige beschermde personen (deel I)", *RW* 2013-14, (563) 571; **Duitsland**: § 671, eerste lid BGB; V. LIPP, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson: zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 208; W. BIENWALD, "Rechtliche Betreuung" in H. ENGLER (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum*

voort uit het feit dat de lastgeving geen invloed heeft op de handelingsbekwaamheid van de lastgever.¹⁰³¹

623. In België, Duitsland en Oostenrijk zijn op de herroeping de gemeenrechtelijke regels van toepassing en hoeft de lastgever dus geen bijzondere vorm te respecteren. Het volstaat dat de lastgever zijn wil om de lastgeving te beëindigen ter kennis brengt van de lasthebber en derden.¹⁰³² De lastgever heeft bijkomend de mogelijkheid om zijn beslissing door te geven aan de instantie die de lastgeving destijds heeft geregistreerd (zie bv. naar Belgisch recht: art. 490, vijfde lid BW). Het is jammer dat het niet gaat om een verplichting, nu dit zou garanderen dat het register actueel is (zie *supra*, nr. 301). Het is tevens opvallend dat de lastgever bij de kennisgeving van zijn herroeping de redenen ervan moet vermelden (art. 490, vijfde lid BW). Allicht wilde de Belgische wetgever bewerkstelligen dat de rechter over de nodige informatie beschikt wanneer hij moet oordelen over de concrete invulling van een rechterlijke beschermingsmaatregel (zie *supra*, nr. 301).

624. De Engelse en Zwitserse wetgever hebben daarentegen specifieke vereisten verbonden aan de herroeping van de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving. Naar Engels recht moet de lastgever zijn beslissing niet alleen doorgeven aan de lasthebber maar ook aan de *Public Guardian*.¹⁰³³ Als die vaststelt dat de herroeping rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, schrappt hij de registratie van de lastge-

Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2006, (1) 136; Engeland & Wales: S. 13 (2) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 199; Oostenrijk: § 1020 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 18; Zwitserland: art. 362 ZGB; S. HRUBESCH-MILLAUER en D. JAKOB, "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in S. WOLF (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, (84) 95; P. BREITSCHMID, "Vorsorgevollmachten, Allgemeiner Vorsorgeauftrag, medizinischer Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Vertrauenspersonen und persönliches Umfeld – ein dicht gewobenes Netz mit Knoten- und Reissgefahr", *ZfW* 2003, (269) 275.

¹⁰³¹ Zie bv.: *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 39; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 70.

¹⁰³² België: art. 2005 BW; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 465; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 285-286; Duitsland: § 168 j° 167, eerste lid BGB; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 142; Oostenrijk: P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355.

¹⁰³³ Reg. 21 (1) *The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations* (2007); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 201.

ving.¹⁰³⁴ In het andere geval laat S. 22 (2)(b) MCA 2005 de rechter toe om uitspraak te doen over de vraag of de lastgeving al dan niet werd beëindigd. In Zwitserland is de lastgever gebonden aan een aantal vormvoorschriften. In tegenstelling tot het gemene recht, is van een rechtsgeldige herroeping pas sprake indien die gebeurt in een van de vormen die zijn voorgeschreven voor het opstellen van de volmacht in artikel 361, eerste en tweede lid (art. 362, eerste lid ZGB). Een andere mogelijkheid bestaat er evenwel in om de oorspronkelijke akte te vernietigen (naar analogie met het testament¹⁰³⁵) of om een nieuwe *Vorsorgeauftrag* op te stellen, zolang het duidelijk is dat die niet louter een aanvulling vormt op de vorige maar echt in de plaats komt ervan.¹⁰³⁶ De vormvereisten verlenen de lastgeving een groter gewicht, want zij zorgen ervoor dat men deze maatregel niet zomaar kan aanvechten op grond van een mondelinge verklaring van de lastgever dat hij niet meer vertegenwoordigd wil worden.¹⁰³⁷

625. In het Oostenrijkse recht is een herroeping van de lastgeving ook mogelijk wanneer de lastgever weliswaar niet meer wilsbekwaam is maar wel te kennen geeft dat hij niet meer door de lasthebber vertegenwoordigd wil worden, bijvoorbeeld mondeling of door zijn gedrag.¹⁰³⁸ Het moet dan wel gaan om een ernstige indicatie dat hij de vertegenwoordiging wil stopzetten.¹⁰³⁹ Een dergelijke herroeping heeft evenwel niet dezelfde gevolgen als wanneer de lastgever wel over het vereiste oordeelsvermogen zou beschikken. Zij leidt immers niet tot de beëindiging van de lastgeving maar enkel van het bijzondere statuut van het beschermingsinstrument, in die zin dat de *Vorsorgevollmacht* wordt herleid naar een 'gewone' volmacht.¹⁰⁴⁰ De lastgeving verliest daardoor haar voorrangsposi-

¹⁰³⁴ Reg. 21 (2) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007).

¹⁰³⁵ Art. 510, eerste lid ZGB.

¹⁰³⁶ Art. 362, tweede en derde lid ZGB; R.E. 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, Gieseking, 2011, (57) 72; T. GEISER, "ZGB 362" in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (130) 132-133; C.L. WIDMER BLUM, "Art. 362 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, (1089) 1090-1091.

¹⁰³⁷ H. HAUSHEER, T. GEISER en R.E. AEBI-MÜLLER, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010, 31.

¹⁰³⁸ Bericht des Justizausschusses 1511 BlgNR 22. GP, 2; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; S. FERRARI, "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (139) 154; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 18.

¹⁰³⁹ P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355.

¹⁰⁴⁰ Bericht des Justizausschusses 1511 BlgNR 22. GP, 2; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 356; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 104; S. FERRARI, "Vorsorge-

tie ten opzichte van het bewind. De rechter kan een toezichthouder benoemen om de uitvoering van de lastgeving te controleren en indien nodig te herroepen.¹⁰⁴¹ Dit is een interessante tussenoplossing. Enerzijds erkent men dat de wilsuiging van de lastgever door zijn gebrek aan wilsbekwaamheid juridisch gezien niet volstaat om de lastgeving te doen ophouden en dat er mogelijk ook geen enkele reden is waarom de lasthebber zijn taak plots niet meer zou mogen verder zetten, maar anderzijds houdt men er rekening mee dat het misschien wel aangewezen kan zijn om de lastgeving te beëindigen, bijvoorbeeld omdat de lastgever door een bepaald waanbeeld afkerig staat tegenover zijn lasthebber en onder de situatie lijdt of omdat de herroeping wel degelijk een signaal is van onenigheid.¹⁰⁴²

§ 2. TYPE 2: LASTGEVER MAG DE LASTGEVING NIET HERROEPEN NA INWERKINGTREDING

626. De Franse wetgever was van mening dat de lastgever er geen baat bij zou hebben als hij op eenvoudige wijze uit een regime kan stappen dat hij zelf voor zijn eigen bescherming heeft uitgetekend.¹⁰⁴³ Hij wilde de lastgever beschermen tegen zichzelf en een impulsieve herroeping vermijden.¹⁰⁴⁴ De drempel om een einde te maken aan het mandaat van de lasthebber is daarom hoger dan in het gemene recht. De lastgever heeft weliswaar het recht om de lastgeving op eigen initiatief te beëindigen zolang het regime nog niet in werking is getreden conform de formele procedure in artikel 481 C.Civ., maar hij moet voor deze herroeping dezelfde vorm hanteren als degene die hij heeft gebruikt om zijn volmacht op te stellen (bv. een notariële akte).¹⁰⁴⁵ Eenmaal de lastgeving in werking is getreden, is de lastgever handelingsonbekwaam om de lastgeving te herroe-

vollmacht und Erwachsenenschutz in Österreich" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, (139) 154. *Contra*: M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 225; B. JUD, "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, (11) 18.

¹⁰⁴¹ § 284g ABGB; Bericht des Justizausschusses 1511 BlgNR 22. GP, 2; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 356.

¹⁰⁴² *Cf. Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/010, 39.

¹⁰⁴³ S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, (307) nr. 21.

¹⁰⁴⁴ J.-D. PELLIER, "Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs", *PA* 2007, afl. 83, (4) nr. 10; S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, (307) nr. 20.

¹⁰⁴⁵ Art. 489, tweede lid en 492, derde lid C.Civ.; Circ. DACS CIV/01/09/C1 9 februari 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, *BO min. Just.* 28 februari 2009, 41; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 468; S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, (307) nr. 19.

pen (zie *supra*, nr. 452).¹⁰⁴⁶ Dit kan enkel via een rechterlijke beslissing.¹⁰⁴⁷ Meer bepaald kan de rechter de lastgeving beëindigen als niet langer voldaan is aan de voorwaarden voor haar inwerkingtreding en de lastgever dus opnieuw wilsbekwaam is of wanneer de lastgeving het welzijn van de lastgever op het spel zet, bijvoorbeeld omdat zijn lasthebber hem verwaarloost (art. 483, 4° C.Civ.).

627. Hogerop werd deze benadering bekritiseerd, omdat zij een disproportionele impact heeft op de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nr. 453). Voor zijn bescherming had het volstaan als het gemene recht van de lastgeving op dit vlak gewoon van toepassing was geweest. Dit houdt in dat de lastgever zijn herroeping (al dan niet via zijn vertegenwoordiger) kan aanvechten als blijkt dat hij niet over het nodige oordeelsvermogen beschikte om een dergelijke keuze te maken.¹⁰⁴⁸ Is hij wel wilsbekwaam, bijvoorbeeld omdat hij zich in een heldere tussenpoos bevindt of omdat zijn onbekwaamheid om bepaalde rechtshandelingen te stellen niet betekent dat hij tevens onbekwaam is om rationeel te beslissen of hij nog door zijn lasthebber vertegenwoordigd wil worden, dan is er ook geen reden om hem het herroepingsrecht te ontnemen.¹⁰⁴⁹

628. Wel zou men strengere vereisten kunnen stellen aan een herroeping van de lastgeving die plaatsvindt na de inwerkingtreding ervan, zoals in het Zwitserse recht (zie *supra*, nr. 624), door bijvoorbeeld te bepalen dat de herroeping schriftelijk moet gebeuren. Op die manier kan men het risico op een herroeping die niet berust op een geldige toestemming of die gedurende een opwelling plaatsvond, verminderen (zie *supra*, nr. 454).

¹⁰⁴⁶ Art. 483 C.Civ. (limitatieve lijst met beëindigingsgronden waarin herroeping niet voorkomt); art. 489, tweede lid C.Civ.; art. 492, derde lid C.Civ.; 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)*, 2007, 193 (www.assemblee-nationale.fr); S. HÉBERT, "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, (307) nrs. 19-20; L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nr. 10; P. MALAURIE, "Le mandat en droit des personnes" in N. DISSAUX (ed.), *Le mandat. Un contrat en crise?*, Parijs, Economica, 2011, (115) 124; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 469.

¹⁰⁴⁷ P. MALAURIE, "Le mandat en droit des personnes" in N. DISSAUX (ed.), *Le mandat. Un contrat en crise?*, Parijs, Economica, 2011, (115) 124; 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) 578.

¹⁰⁴⁸ Art. 414-1 C.Civ.; J. MASSIP, "Le mandat de protection future", *PA* 2008, afl. 129, (11) nr. 29; L. TAUDIN, "Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d'une représentation", *JCP N* 2009, (1357) nr. 28.

¹⁰⁴⁹ Cf. THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 122, nr. 7.43.

AFDELING III. OPZEGGING DOOR DE LASTHEBBER

§ 1. TYPE 1: LASTHEBBER MAG DE LASTGEVING
OPZEGGEN NA INWERKINGTREDING

629. In het Belgische, Duitse, Engelse, Oostenrijkse en Zwitserse recht mag de lasthebber beslissen om de lastgeving op te zeggen, ook indien de lastgever al wilsonbekwaam is geworden.¹⁰⁵⁰ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer er sinds het opstellen van de volmacht veel tijd verstreken is en de lasthebber het intussen niet meer mogelijk acht om zijn opdracht uit te voeren, bijvoorbeeld omdat hij ziek is of naar het buitenland verhuist.

630. Zowel in het Belgische, Duitse als in het Oostenrijkse recht betreft deze bevoegdheid tot opzegging na de inwerkingtreding van de lastgeving een loutere toepassing van het gemene recht.¹⁰⁵¹ De opzegging is niet aan bijkomende voorwaarden onderworpen en kan dus vormloos gebeuren.¹⁰⁵² Op zich lijkt deze opzegging door de lasthebber een problematisch gegeven, aangezien de wilsonbekwame lastgever per definitie niet in staat is om een andere regeling te treffen voor het beheer van zijn vermogen.¹⁰⁵³ Artikel 2007 BW, § 131, eerste lid BGB en § 862a ABGB bieden hier echter een oplossing. Deze bepalingen bevatten het principe dat een opzegging een eenzijdige wilsuiting is die pas rechtsgevolgen sorteert wanneer de tegenpartij er kennis van heeft genomen of er redelijkerwijs kennis van heeft kunnen nemen.¹⁰⁵⁴ Die laatste moet zich immers kunnen verge-

¹⁰⁵⁰ **België:** art. 2003 en 2007 BW; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 70; **Duitsland:** § 671, eerste lid BGB; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 141; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 247; **Engeland & Wales:** S. 13 (5) en (6)(a) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 202; **Oostenrijk:** § 1021 ABGB; **Zwitserland:** art. 367 ZGB; C.L. WIDMER BLUM, *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 324.

¹⁰⁵¹ **België:** art. 2007, eerste lid BW; **Duitsland:** § 671, eerste lid BGB; **Oostenrijk:** § 1021 ABGB.

¹⁰⁵² **België:** M. DAMBRE, *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2012, 482; **Duitsland:** H. SEILER, “BGB § 671 Widerruf; Kündigung” in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 3; **Oostenrijk:** R. STRASSER, “§ 1020 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2108) 2111.

¹⁰⁵³ T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 108; 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) 275; A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 156.

¹⁰⁵⁴ **België:** Cass. 14 januari 1991, *RW* 1991-92, 192; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 283-285; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 329; **Duitsland:** D. EINSELE, “BGB § 131 Wirksamwerden gegenüber nicht

wissen van de wil tot opzegging in hoofde van zijn lasthebber zodat hij een andere oplossing kan zoeken. De lasthebber weet echter, per definitie, dat zijn lastgever wilsonbekwaam is en dus wellicht niet in staat is om werkelijk kennis te nemen van de opzegging en het feit dat zijn vermogen onbeheerd achter blijft. Op basis daarvan moet men redeneren dat de lasthebber de rechter moet inlichten en de aanstelling van een bewindvoerder moet vragen aan wie de kennisgeving kan gebeuren (tenzij de lastgever in zijn volmacht een opvolger zou hebben aangeduid).¹⁰⁵⁵ § 131, eerste lid BGB vermeldt deze verplichting overigens expliciet: een eenzijdige wilsverklaring (zoals een opzegging) kan tegenover een wils- onbekwaam persoon alleen maar uitwerking krijgen wanneer men deze verklaring richt aan zijn wettelijke vertegenwoordiger.¹⁰⁵⁶ Enkel op die manier kan de lasthebber de lastgeving rechtsgeldig opzeggen. Tegelijk is de verdere bescherming van de lastgever gevrijwaard. De lasthebber is er overigens, eveneens op grond van het gemene recht, toe gehouden om zijn mandaat verder te blijven uitvoeren totdat de rechter voor de kwetsbare meerderjarige een bewindvoerder heeft aangesteld.¹⁰⁵⁷

voll Geschäftsfähigen” in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 1; **Oostenrijk**: P. RUMMEL, “§ 862a ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (1263) 1264.

¹⁰⁵⁵ **België**: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 329-330; 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) 275-276; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 571-572; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 70; T. WUYTS, “Onbekwamen in het vermogensrecht” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 109; **Duitsland**: A. JÜRGENS, “BGB § 1896 Voraussetzungen” in A. JÜRGENS (ed.), *Betreuungsrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2014, nr. 17; T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 108; zie ook: A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 158; **Oostenrijk**: M. GUMPOLTSBERGER, “Die Vorsorgevollmacht im Fokus des Bankgeschäfts”, *ecolex* 2006, (821) 823; M. SCHAUER, “Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)”, *ÖJZ* 2007, (217) 225; P. RUMMEL, “§ 862a ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, (1263) 1264 en 1266.

¹⁰⁵⁶ D. EINSELE, “BGB § 131 Wirksamwerden gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen” in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 3.

¹⁰⁵⁷ **België**: V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 465; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 329-330; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 329; 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; **Duitsland**: T. RAUTNER, *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 108-109; **Oostenrijk**: R.

631. Voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige is het aangewezen om deze verplichtingen van de lasthebber uitdrukkelijk in de regelgeving over de buitengerechtelijke bescherming op te nemen. Dit is het geval in het Engelse en Zwitserse recht. Om ervoor te zorgen dat de rechter te weten komt dat de kwetsbare meerderjarige niet langer over een vertegenwoordiger beschikt, hebben de betrokken wetgevers een aantal bijzondere vereisten aan de opzegging van de lastgeving verbonden.¹⁰⁵⁸ In Engeland & Wales moet de lasthebber zijn beslissing niet alleen communiceren aan de lastgever maar ook aan de *Public Guardian*, in Zwitserland rechtstreeks aan de rechter.¹⁰⁵⁹ De opzegging is dus ook aan vormvereisten onderworpen: voor zijn kennisgeving aan de *Public Guardian* moet de lasthebber een specifiek formulier invullen.¹⁰⁶⁰ In het Zwitserse recht volstaat het dat de melding van de opzegging schriftelijk gebeurt (art. 367, eerste lid ZGB). Artikel 367 ZGB gebiedt de lasthebber voorts om een opzegtermijn van twee maanden te respecteren, in tegenstelling tot wat geldt voor de gewone lastgeving, waar de lasthebber kan opzeggen zonder enige termijn in acht te moeten nemen.¹⁰⁶¹ De Zwitserse wetgever wilde de rechter voldoende tijd geven om de noodzakelijke maatregelen te nemen, zoals de benoeming van een bewindvoerder. In de literatuur ligt deze termijn onder vuur, omdat men niet inziet waarom een professionele instantie twee maanden nodig heeft om in een gepaste oplossing te voorzien.¹⁰⁶² De lasthebber heeft wel het recht om zonder inachtneming van een termijn uit de lastgevingsovereenkomst te stappen wanneer hij daar een belangrijke reden voor heeft (art. 367, tweede lid ZGB). Het gaat om omstandigheden die ervoor zorgen dat men redelijkerwijze niet van de lasthebber kan verwachten dat hij zijn opdracht nog gedurende twee maanden verder zet, bijvoorbeeld wanneer hij ziek is of voor zijn werk naar het buitenland moet.¹⁰⁶³

STRASSER, “§ 1025 ABGB” in P. RUMMEL (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2000, (2123) 2123-2124.

¹⁰⁵⁸ Cf. THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1) (e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 38.

¹⁰⁵⁹ Engeland & Wales: Reg. 20 (2) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); Zwitserland: art. 367, eerste lid ZGB.

¹⁰⁶⁰ S. 13 (6)(a) MCA 2005; Reg. 20 (1) The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 202.

¹⁰⁶¹ R. BÜHLER, “Art. 404 OR” in J.K. KOSTKIEWICZ, P. NOBEL, I. SCHWANDER *et al.* (eds.), *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, Orell Füssli Verlag 2009, (930) 930.

¹⁰⁶² T. GEISER, “ZGB 367” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (168) 169.

¹⁰⁶³ T. GEISER, “ZGB 367” in A. LEUBA, M. STETTLER, A. BÜCHLER *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, (168) 171; C.L. WIDMER BLUM, “Art. 367 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, (1101) 1102.

§ 2. TYPE 2: LASTHEBBER MAG DE LASTGEVING NIET OPZEGGEN NA INWERKINGTREDING

632. Zolang de lastgever nog bekwaam is en de lastgeving dus nog niet in werking is getreden, mag de lasthebber naar Frans recht de lastgeving opzeggen (art. 489, tweede lid en art. 492, derde lid C.Civ.). Hiervoor is een kennisgeving vereist aan de lastgever en, indien de volmacht notarieel is, aan de notaris die haar heeft opgesteld.¹⁰⁶⁴ Na de inwerkingtreding van de lastgeving valt deze bevoegdheid echter weg. De lastgeving eindigt slechts in de gevallen opgesomd in artikel 483 C.Civ., waartoe de opzegging niet behoort.¹⁰⁶⁵ Artikel 480, derde lid C.Civ. bepaalt dat de lasthebber enkel met een rechterlijke toelating uit zijn functie kan worden ontheven. Allicht wilde de Franse wetgever op die manier vermijden dat niemand van de beëindiging op de hoogte zou zijn en de kwetsbare meerderjarige dus geen bescherming meer zou genieten.¹⁰⁶⁶

633. Met het begrip ‘rechterlijke toelating’ verwijst artikel 480, derde lid C.Civ. naar een van de beëindigingsgronden in artikel 483, 4° C.Civ., namelijk de beëindiging door de rechter op verzoek van elke belanghebbende wanneer de uitvoering van de lastgeving de belangen van de lastgever in het gedrang brengt. Het komt me voor dat de rechter het verzoek van de lasthebber steeds zal inwilligen, aangezien de kwetsbare meerderjarige er geen baat bij heeft dat zijn lasthebber zijn opdracht verder moet uitvoeren terwijl hij dat niet meer wil.¹⁰⁶⁷ De parlementaire voorbereidingen doen in elk geval niet uitschijnen dat de rechter de lasthebber kan verplichten om de lastgeving toch verder te zetten (afgezien van de gemeenrechtelijke voortzettingplicht, zie *supra*, nr. 630). In dat opzicht had men de opzegging van de lastgeving op een minder omslachtige wijze kunnen regelen, namelijk door de lasthebber, net als in het Engelse en Zwitserse recht, het opzeggingsrecht wel toe te kennen maar hem uitdrukkelijk te verplichten de rechter te informeren over zijn beslissing om zijn opdracht als vertegenwoordiger stop te zetten (zie *supra*, nrs. 631 e.v.).

¹⁰⁶⁴ Art. 489, tweede lid en art. 492, derde lid C.Civ.

¹⁰⁶⁵ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 469.

¹⁰⁶⁶ D. FENOUILLET, “Le mandat de protection future ou la double illusion”, *Defrénois* 2009, (142) nr. 66.

¹⁰⁶⁷ Cf. S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, (60) 70; THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 38.

AFDELING IV. OVERLIJDEN VAN DE LASTGEVER OF LASTHEBBER

§ 1. OVERLIJDEN VAN DE LASTGEVER

A. *Type 1: lastgeving eindigt bij overlijden van de lastgever*

634. Met uitzondering van Duitsland, eindigt een gemeenrechtelijke lastgeving in de onderzochte rechtsstelsels van rechtswege wanneer de lastgever komt te overlijden, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.¹⁰⁶⁸ Dit geldt onverkort voor de lastgeving die werd verleend met het oog op een toekomstige onbekwaamheid en werd in sommige stelsels expliciet in de regelgeving hierover hernomen.¹⁰⁶⁹

635. De regel van de beëindiging van rechtswege bij overlijden van de lastgever kent verschillende bestaansredenen. Ten eerste redeneert men dat het voortbestaan van de lastgeving de beschikkingsvrijheid van de erfgenamen over het vermogen van de overleden lastgever te veel zou compromitteren.¹⁰⁷⁰ Zij behartigen hun belangen mogelijk liever zelf in plaats van dit over te laten aan een vertegenwoordiger. Voorts acht men het niet opportuun dat een onbezoldigde lastgeving zou blijven voortduren, omdat de lasthebber de erfgenamen van de lastgeving mogelijk veel minder genegen is.¹⁰⁷¹ Dit brengt ons bij de voornaamste reden van de beëindigingsregel: de lastgeving is gegrond op een vertrouwensband, die niet noodzakelijk bestaat tussen de lasthebber en de erfgenamen van de lastgever.¹⁰⁷²

636. In verschillende stelsels is de lasthebber er wel toe gehouden, eveneens krachtens het gemene recht, om zijn taak na het overlijden van de lastgever verder te zetten wanneer uitstel van de betrokken rechtshandelingen nadelig zou zijn voor diens vermogen.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁸ **België:** art. 2003 BW; **Engeland & Wales:** H.G. BEALE, *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 103; **Frankrijk:** art. 2003 C.Civ.; **Oostenrijk:** § 1022 ABGB; **Zwitserland:** art. 405, eerste lid OR.

¹⁰⁶⁹ **België:** art. 490/2, § 3, 4° BW (over het einde van de buitengerechtelijke bescherming); **Engeland & Wales:** Reg. 22 The Lasting Powers of Attorney, Enduring Powers of Attorney and Public Guardian Regulations (2007); **Frankrijk:** art. 483, 2° C.Civ.

¹⁰⁷⁰ B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 345; V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 462. Ze kunnen de lastgeving uiteraard wel herroepen.

¹⁰⁷¹ R. DEKKERS, A.-L. VERBEKE, N. CARETTE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht – deel III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 799; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 345-346.

¹⁰⁷² G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 397; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 609; R. BÜHLER, “Art. 405 OR” in J.K. KOSTKIEWICZ, P. NOBEL, I. SCHWANDER *et al.* (eds.), *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, Orell Füssli Verlag 2009, (932) 932; W. FELLMANN, “Art. 405 OR” in H. HAUSHEER (ed.), *Berner Kommentar, Bd. IV/2/2, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1992, (856) 860.

¹⁰⁷³ **België:** art. 1991, tweede lid BW; **Duitsland:** § 672 BGB; **Frankrijk:** art. 1991, tweede lid C.Civ.; **Oostenrijk:** § 1022 en 1025 ABGB; **Zwitserland:** art. 405, tweede lid OR.

B. *Type 2: lastgeving eindigt niet bij overlijden van de lastgever*

637. Het Duitse recht vormt in deze context een buitenbeentje, aangezien § 672 BGB bepaalt dat de lastgeving in geval van twijfel *niet* eindigt door het overlijden van de lastgever. Het uitgangspunt is bijgevolg dat de lastgeving overgaat op diens erfgenamen, die vervolgens kunnen beslissen om de lastgeving al dan niet te herroepen.¹⁰⁷⁴ Men staft dit principe van het voortbestaan van de lastgeving enerzijds op de rechtszekerheid en anderzijds op de nood aan continuïteit in het beheer van iemands vermogen.¹⁰⁷⁵ De lastgeving zal wel eindigen als de partijen dit waren overeengekomen of als de beëindiging strookt met hun vermoedelijke wil.¹⁰⁷⁶ Dit laatste zal men sneller aannemen als de lastgeving vooral betrekking heeft op persoonsrechtelijke aangelegenheden, omdat de voornoemde doelstelling van continuïteit dan minder speelt.¹⁰⁷⁷ Het Oberlandesgericht van Hamm paste deze gemeenrechtelijke principes in een uitspraak van 2002 toe op de *Vorsorgevollmacht*. Het besliste dat een volmacht die specifiek bedoeld is om te worden gebruikt tijdens wilsonbekwaamheid en die zowel persoons- als vermogensrechtelijke aangelegenheden omvat, in haar geheel eindigt bij het overlijden van de lastgever.¹⁰⁷⁸ Deze beëindiging volgt mijns inziens reeds uit het enkele feit dat de lastgeving bedoeld is als een beschermingsmaatregel bij onbekwaamheid en (zonder andersluidende clausule) niet om een postume vertegenwoordigingsrelatie tot stand te brengen.

§ 2. OVERLIJDEN VAN DE LASTHEBBER

638. Het spreekt voor zich dat in elk van de onderzochte rechtsstelsels het overlijden van de lasthebber een einde maakt aan de lastgeving.¹⁰⁷⁹ De lastgever heeft enkel aan deze persoon de behartiging van zijn belangen toevertrouwd; men kan

¹⁰⁷⁴ H. SEILER, "BGB § 672 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers" in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 5; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 124.

¹⁰⁷⁵ H. SEILER, "BGB § 672 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers" in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 1; A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 153.

¹⁰⁷⁶ H. SEILER, "BGB § 672 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers" in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 4; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 123; V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 249.

¹⁰⁷⁷ H. SEILER, "BGB § 672 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers" in J. BUSCHE en M. CASPER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 4; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 123.

¹⁰⁷⁸ OLG Hamm 17 september 2002, ZEV 2003, 470.

¹⁰⁷⁹ België: art. 2003 BW; zie ook: art. 490/2, § 3, 4° BW (over het einde van de buitengerechtelijke bescherming); Duitsland: § 673 BGB; Engeland & Wales: S. 13 (5) en (6)(b) MCA 2005;

niet verwachten dat hij ook door diens erfgenamen zou willen vertegenwoordigd worden.¹⁰⁸⁰ Doordat de buitengerechtelijke bescherming niet langer bestaat, zal de lastgever onder bewind moeten worden geplaatst, tenzij hij in zijn volmacht een opvolger heeft aangeduid.¹⁰⁸¹ In geen van de stelsels heeft de rechter de mogelijkheid om zelf een nieuwe lasthebber aan te duiden om de lastgeving verder te zetten, nu dit in strijd is met het hoogstpersoonlijke karakter van de keuze van een buitengerechtelijke vertegenwoordiger (zie *supra*, nrs. 579 e.v.).

AFDELING V. FAILLISSEMENT VAN DE LASTGEVER OF LASTHEBBER

§ 1. FAILLISSEMENT VAN DE LASTGEVER

A. *Type 1: lastgeving eindigt bij faillissement van de lastgever*

639. Volgens het gemene recht van de verschillende stelsels eindigt de vermogensrechtelijke lastgeving als de lastgever failliet is.¹⁰⁸² In het Belgische en Franse recht maakt ook het kennelijk onvermogen van de lastgever een einde aan de lastgeving, aangezien in deze stelsels niet elke natuurlijke persoon failliet kan worden verklaard (zie *supra*, nr. 229).¹⁰⁸³

640. Met uitzondering van het Franse recht is deze gemeenrechtelijke beëindigingsgrond in alle onderzochte rechtsstelsels op de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving van toepassing. Deze regel is het gevolg van de buitenbezitting die met het faillissement gepaard gaat, die ervoor zorgt dat de lastgever de

Frankrijk: art. 483, 3° C.Civ.; art. 2003 C.Civ.; Oostenrijk: § 1022 ABGB; Zwitserland: art. 405, eerste lid OR.

¹⁰⁸⁰ U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 139; A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 154; G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 397; B. TILLEMAN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 354; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 473.

¹⁰⁸¹ U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 139. Zie bijvoorbeeld de Engelse bepalingen S. 13 (5)(b) j° (7)(a) MCA 2005.

¹⁰⁸² België: art. 2003 BW; B. TILLEMAN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 338-339; Duitsland: § 115, eerste lid en 117, eerste lid InsO; Engeland & Wales: G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 398; Frankrijk: art. 2003 C.Civ.; C. BLOCH, D. KRAJESKI en M. POUMARÈDE, "Contrats de service" in P. LE TOURNEAU (ed.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, (nr. 3625) nr. 4137; Oostenrijk: § 1024 ABGB; Zwitserland: art. 405, eerste lid OR.

¹⁰⁸³ België: art. 2003 BW; B. TILLEMAN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 338; zie art. 2 Faill.W.; Frankrijk: art. 2003 C.Civ.; C. BLOCH, D. KRAJESKI en M. POUMARÈDE, "Contrats de service" in P. LE TOURNEAU (ed.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, (nr. 3625) nr. 4137; zie art. L631 en L640-2 Code de commerce.

beheers- en beschikkingsbevoegdheid over zijn vermogen verliest.¹⁰⁸⁴ Bovendien verliest de vermogensrechtelijke lastgeving haar voorwerp als de lastgever onvermogen is.

B. Type 2: lastgeving eindigt niet bij faillissement van de lastgever

641. Het is opvallend dat enkel de Franse wetgever de beëindigingsgrond van het faillissement van de lastgever niet heeft overgeheveld naar de regelgeving over het *mandat de protection future*. Die bevat nochtans een (limitatieve¹⁰⁸⁵) bepaling over de beëindiging waarin verschillende gemeenrechtelijke beëindigingsgronden uit artikel 2003 C.Civ. (zoals het overlijden en faillissement van de lasthebber) voorkomen (art. 483 C.Civ.). De parlementaire voorbereidingen verklaren niet waarom het onvermogen van de lastgever de lastgeving niet zou mogen beëindigen. Een mogelijke reden is dat de wetgever niet wilde dat ook een volmacht die (deels) betrekking heeft op persoonsrechtelijke aangelegenheden zou eindigen bij het faillissement van de lastgever. Strikt genomen had hij weliswaar kunnen opteren voor een systeem waarbij enkel de patrimoniale bevoegdheden van de lasthebber geraakt worden door het faillissement. Dit zou evenwel praktische moeilijkheden opleveren, aangezien een *mandat de protection future* vaak zowel persoons- als vermogensrechtelijke bevoegdheden toekent, die soms moeilijk van elkaar af te bakenen vallen (zogenaamde ‘gemengde rechtshandelingen’).¹⁰⁸⁶ Niettemin hebben verschillende stelsels van het eerste type voor deze oplossing van differentiatie gekozen.¹⁰⁸⁷ In het Engelse recht doet deze problematiek zich minder voor, nu een lastgever steeds twee afzonderlijke documenten moet opstellen als hij wenst dat zijn lasthebber hem in beide domeinen vertegenwoordigt (zie *supra*, nr. 259). S. 13 (3) MCA 2005 bepaalt dat het faillissement van de lastgever enkel een einde maakt aan de volmacht inzake *property and affairs*.

¹⁰⁸⁴ **België:** art. 2003 BW; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 338; **Duitsland:** § 115, eerste lid en § 117, eerste lid InsO; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 138-139; **Engeland & Wales:** S. 13 (3) MCA 2005 (zie evenwel: S. 13 (4) MCA 2005); G.H.L. FRIDMAN, *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 398; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 204; **Oostenrijk:** § 1024 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; **Zwitserland:** art. 405, eerste lid OR.

¹⁰⁸⁵ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 469. Cf. U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 123-124.

¹⁰⁸⁶ Zie bv.: **Duitsland:** § 115, eerste lid InsO (“Ein vom Schuldner erteilter Auftrag, der sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, erlischt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.” – eigen cursivering); U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 139; **Engeland & Wales:** S. 13 (3) MCA 2005; **Zwitserland:** art. 405, eerste lid OR (“Der Auftrag erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Auftraggebers oder des Beauftragten.” – eigen cursivering); R. BÜHLER, “Art. 405 OR” in J.K. KOSTKIEWICZ, P. NOBEL, I. SCHWANDER *et al.* (eds.), *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2009, (932) 933.

§ 2. FAILLISSEMENT VAN DE LASTHEBBER

A. *Type 1: lastgeving eindigt bij faillissement van de lasthebber*

642. Behalve in Duitsland, houdt de vermogensrechtelijke lastgeving in de verschillende stelsels op te bestaan wanneer de lasthebber failliet is (of, wat het Belgische en Franse recht betreft, kennelijk onvermogen).¹⁰⁸⁸ In België, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland is dit ook een gemeenrechtelijk principe.¹⁰⁸⁹ De reden van de beëindiging is dat het faillissement van de lasthebber kan wijzen op een onvermogen tot goed vermogensbeheer.¹⁰⁹⁰ De Engelse wetgever vreesde tevens dat een insolvente lasthebber meer dan iemand anders in de verleiding zou kunnen komen om het vermogen van de kwetsbare lastgever in zijn eigen voordeel aan te wenden.¹⁰⁹¹ Voor een uitgebreidere bespreking en evaluatie van deze beëindigingsgrond, zie *supra*, nrs. 228 e.v.

B. *Type 2: lastgeving eindigt niet bij faillissement van de lasthebber*

643. In Duitsland beïnvloedt het faillissement van de lasthebber het voortbestaan van de gemeenrechtelijke lastgeving niet.¹⁰⁹² De Duitse wetgever heeft er bewust voor gekozen om dezelfde regel te behouden in de context van de bescherming van kwetsbare meerderjarigen via bewind of lastgeving, omdat de bescherming van de meerderjarige zich vaak uitstrekt tot persoonsrechtelijke aangelegenheden en hij het in die context niet gerechtvaardigd vond dat de gefailleerde niet meer zou mogen instaan voor de verzorging van deze meerderjarige (zie

¹⁰⁸⁸ België: art. 2003 BW; zie ook: art. 490/1, § 1^j 496/6, 4^o BW; Engeland & Wales: S. 13 (5) en (6) (b) MCA 2005 (zie evenwel: S. 13 (9) MCA 2005); D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 205; Frankrijk: art. 483, 3^o C.Civ.; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 473. Art. 483, 3^o C.Civ. neemt de bewoordingen over van het gemeenrechtelijke art. 2003 C.Civ. (*déconfiture*) en doet dus niet alleen op het faillissement, maar ook op het kennelijk onvermogen van de lasthebber (zie C. BLOCH, D. KRAJESKI en M. POUMARÈDE, "Contrats de service" in P. LE TOURNEAU (ed.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, (nr. 3625) nr. 4137); Oostenrijk: § 1024 ABGB; P. BARTH en M. GANNER, *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 355; Zwitserland: art. 405, eerste lid OR.

¹⁰⁸⁹ België: art. 2003 BW; Oostenrijk: § 1024 ABGB; Frankrijk: art. 2003 C.Civ.; Zwitserland: art. 405 eerste lid OR.

¹⁰⁹⁰ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 463; B. TILLEMEN, *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 338; THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23.

¹⁰⁹¹ THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 23.

¹⁰⁹² K.-H. SCHRAMM, "BGB § 168 Erlöschen der Vollmacht" in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, nr. 16; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 141; A. FENGE, *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 158.

supra, nr. 228).¹⁰⁹³ In deze context heeft hij dus niet gekozen voor de mogelijkheid van een gedeeltelijke beëindiging zoals bij het faillissement van de lastgever (zie *supra*, nr. 641, in het bijzonder voetnoot 1089). Uiteraard heeft de rechter wel steeds de mogelijkheid om de lastgeving te beëindigen als hij van mening is dat de lasthebber niet langer garant staat voor een goede bescherming van de kwetsbare meerderjarige.

AFDELING VI. TOEPASSING VAN RECHTERLIJKE MAATREGEL OP LASTGEVER OF LASTHEBBER

§ 1. TOEPASSING VAN RECHTERLIJKE MAATREGEL OP LASTGEVER

A. *Type 1: lastgeving eindigt bij toepassing van rechterlijke maatregel op lastgever*

644. In het Belgische en Franse recht kan de rechter tijdens de duur van de lastgeving beslissen om de kwetsbare meerderjarige onder rechterlijke bescherming te plaatsen wanneer de lastgeving diens belangen onvoldoende waarborgt. Dit leidt in beginsel tot de beëindiging van de lastgeving, in de mate dat de bevoegdheden van de bewindvoerder overlappen met die van de lasthebber.¹⁰⁹⁴ Voor dat gedeelte is de rechter immers van mening dat de lastgeving niet volstaat voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige. De rechter kan echter beslissen om de lastgeving integraal te behouden en de rechterlijke maatregel aldus te beschouwen als een aanvullende (en niet als een vervangende) maatregel.¹⁰⁹⁵ De lastheb-

¹⁰⁹³ BT-Drucks. 11/4528, 125 (over het bewind); V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 136 en 249; U. WALTER, *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Gieseking, 1997, 141.

¹⁰⁹⁴ België: art. 490/1, § 2, derde lid BW; zie ook: art. 490/2, § 3, 4° BW (over het einde van de buitengerechtigde bescherming); K. ROTTHIER, "De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief", *NFM* 2013, (182) 187; Frankrijk: art. 483, 2° C.Civ. Volgens dit artikel eindigt de lastgeving wanneer de lastgever onder *tutelle* of *curatelle* wordt geplaatst maar kan de rechter anders beslissen; hij kan met andere woorden nog een gedeelte van de lastgeving laten voortbestaan. Zie ook Cass.fr. 29 mei 2013, www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁹⁵ België: art. 492 BW; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, (60) 71; Frankrijk: art. 485, tweede lid C.Civ.; zie ook de bewoordingen van art. 483, 2° C.Civ.: "Le mandat mis à exécution prend fin par: [...] 2° Le décès de la personne protégée ou son placement en curatelle ou en tutelle, *sauf décision contraire* du juge qui ouvre la mesure; [...]" (eigen cursivering); J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 473; J. LEPROVAUX, "Le mandat de protection future", *JCP N* 2008, (1274) nr. 29; L. PÉCAUT-RIVOLIER en T. VERHEYDE, "Majeurs protégés: mesures de protection juridique et d'accompagnement", *Rép. pr. civ. Dalloz* 2010, (1) 45, nr. 283; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit*

ber kan daarbij optreden als bewindvoerder.¹⁰⁹⁶ Dit zal het geval zijn wanneer de lasthebber wel een geschikte vertegenwoordiger is maar het toepassingsgebied van de toegekende volmacht te beperkt is om alle noden van de kwetsbare meerderjarige te kunnen dekken.

645. In het Franse recht eindigt de lastgeving enkel als de rechterlijke beschermingsmaatregel een *curatelle* of *tutelle* is, en dus niet wanneer het gaat om een *sauvegarde de justice*. Dit volgt uit een specifieke bepaling over het *mandat de protection future* (art. 483, 2° C.Civ.) maar kan men ook als een toepassing beschouwen van het gemeenrechtelijke principe uit artikel 2003 C.Civ. dat de lastgeving eindigt wanneer de lastgever handelingsonbekwaam wordt (zie *supra*, nr. 135), nu een *sauvegarde de justice* geen aanleiding geeft tot handelingsonbekwaamheid.¹⁰⁹⁷ In plaats van de lastgeving stop te zetten kan de rechter ervoor kiezen om de lastgeving tijdens de duur van de *sauvegarde de justice* op te schorten (art. 483, laatste lid C.Civ.). De bedoeling hiervan is om de rechter toe te laten de *sauvegarde de justice* als een voorlopige maatregel op te leggen om in de nodige bescherming voor de kwetsbare meerderjarige te voorzien en intussen de geldigheid en geschiktheid van het mandaat te beoordelen.¹⁰⁹⁸ Het kan bijvoorbeeld zijn dat een familielid om de *sauvegarde de justice* heeft verzocht omdat hij niet wist dat de meerderjarige een volmacht heeft opgesteld of omdat hij van mening is dat het niet raadzaam is om de lastgeving (verder) toe te passen. Als de rechter het bestaan van de lastgeving verneemt en hij stelt vast dat deze de belangen van de kwetsbare meerderjarige toch voldoende kan beschermen, dan kan hij de *sauvegarde de justice* nadien opheffen.¹⁰⁹⁹

des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs, Parijs, Dalloz, 2012, 556.

¹⁰⁹⁶ Art. 485, tweede lid C.Civ.; J. LEPROVAUX, “Le mandat de protection future”, *JCP N* 2008, (1274) nr. 30; F. FERRAND, “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich” in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Gieseking, 2011, (223) 237.

¹⁰⁹⁷ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 609-610; cf. J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 472.

¹⁰⁹⁸ 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), 2007, 195 (www.assemblee-nationale.fr); J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 475; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 555.

¹⁰⁹⁹ 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), 2007, 195 (www.assemblee-nationale.fr); J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 475; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 555.

B. *Type 2: lastgeving eindigt niet bij toepassing van rechterlijke maatregel op lastgever*

646. In Duitsland en Oostenrijk maakt de toepassing van een rechterlijke maatregel op de lastgever *an sich* geen beëindigingsgrond uit; de lastgeving blijft overeind.¹¹⁰⁰ Wat het Duitse en Oostenrijkse recht betreft, kan men dit principe illustreren aan de hand van de figuur van de toezichthouder: dit is een bewindvoerder die de speciale opdracht heeft om de uitvoering van de lastgeving te controleren (zie *supra*, nr. 588). De rechter legt dus wel een rechterlijke maatregel op, maar die tast het voortbestaan van de lastgeving niet automatisch aan. Wel kan de toezichthouder beslissen om de lastgeving te beëindigen als dit aangewezen is voor het welzijn van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nr. 589).

647. Ook in Engeland & Wales en Zwitserland zal de rechter de lastgeving eerst moeten beëindigen alvorens hij voor dezelfde rechtshandelingen een bewindvoerder kan aanstellen. De aanstelling van die bewindvoerder is op zich geen beëindigingsgrond zoals in de stelsels van het eerste type. Naar Zwitsers recht maakt de rechterlijke maatregel wel een einde aan de lastgeving als ze gepaard gaat met een handelingsonbekwaamheid (art. 405, eerste lid OR).

§ 2. TOEPASSING VAN BUITENGERECHTELIJKE OF RECHTERLIJKE MAATREGEL OP LASTHEBBER

A. *Type 1: lastgeving eindigt bij toepassing van buitengerechtelijke of rechterlijke maatregel op lasthebber*

648. Een persoon die zelf onder rechterlijke of buitengerechtelijke bescherming staat, kan in het Belgische en Franse recht niet als vertegenwoordiger van een andere kwetsbare meerderjarige optreden (zie *supra*, nr. 231).¹¹⁰¹ De lastgeving zal in dat geval terecht een einde nemen.¹¹⁰² De ratio van deze regel spreekt voor zich; iemand die niet in staat is om zijn eigen belangen waar te nemen, is geen geschikte beschermer voor het welzijn van een ander. In het Engelse en Zwitserse recht geldt een vergelijkbare beëindigingsgrond: de lastgeving eindigt wanneer de

¹¹⁰⁰ **Duitsland:** V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 247; **Oostenrijk:** M. SCHAUER, "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, (217) 225.

¹¹⁰¹ **België:** art. 490/1, § 1, 1° BW en art. 490/1, § 1, 2° j° 496/6, 1° BW; art. 2003 BW; zie ook: art. 490/2, § 3, 4° BW (over het einde van de buitengerechtelijke bescherming); **Frankrijk:** art. 480 tweede lid j° 395, 2° C.Civ.; art. 483, 3° C.Civ.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 553-554.

¹¹⁰² **België:** art. 490/1, § 1 BW *a contrario*; art. 2003 BW; zie ook: art. 490/2, § 3, 4° BW (over het einde van de buitengerechtelijke bescherming); **Frankrijk:** art. 483, 3° C.Civ.

lasthebber zelf wilsonbekwaam wordt.¹¹⁰³ Dit is per definitie het geval als hij onder rechterlijke of buitengerechtelijke bescherming wordt geplaatst.

B. Type 2: lastgeving eindigt niet bij toepassing van buitengerechtelijke of rechterlijke maatregel op lasthebber

649. In het Oostenrijkse recht leidt de wilsonbekwaamheid van de lasthebber niet tot het einde van de lastgeving. Een wilsonbekwame lasthebber kan weliswaar geen rechtsgeldige handelingen stellen, maar zijn overeenkomst met de lastgever blijft theoretisch gezien voortbestaan. Hetzelfde geldt voor zijn plaatsing onder bescherming. Die verhindert de geldigheid van zijn vertegenwoordigingsdaden trouwens enkel als hij volledig handelingsonbekwaam is. Beperkt handelingsonbekwamen mogen als lasthebber optreden, ook voor de handelingen waarvoor ze zelf onder bescherming staan (zie *supra*, nrs. 222 en 232). Het gaat evenwel slechts om theoretische principes. In de praktijk zal de rechter in dergelijke situaties een bewindvoerder aanstellen (wiens opdracht eventueel wordt beperkt tot toezicht), omdat de lastgeving de belangen van de kwetsbare meerderjarige anders in het gedrang zou brengen.¹¹⁰⁴ Dit geldt ook voor het Duitse recht, waar de wilsonbekwaamheid van de lasthebber of zijn plaatsing onder bescherming evenmin een einde maken aan de lastgeving.¹¹⁰⁵ Men kan enkel redeneren dat deze gebeurtenissen ervoor zorgen dat de lasthebber niet langer garant kan staan voor het welzijn van de kwetsbare meerderjarige.¹¹⁰⁶ Op die grond kan de rechter een bewindvoerder benoemen die de lastgeving kan beëindigen.

AFDELING VII. RECHTERLIJKE BESLISSING TOT BEËINDIGING

650. In het hoofdstuk over de controle van de lastgeving is gebleken dat de rechter verschillende bevoegdheden heeft om, al dan niet rechtstreeks, tussen te komen in de vertegenwoordigingsrelatie tussen de kwetsbare meerderjarige en zijn lasthebber (zie *supra*, nrs. 562 e.v.). Volstaan deze maatregelen niet, in die zin dat de bescherming van de kwetsbare meerderjarige een ingrijpendere oplossing vereist, dan staat hem als *ultimum remedium* de beëindiging van de lastgeving ter

¹¹⁰³ Engeland & Wales: S. 13 (6)(d) MCA 2005; Zwitserland: art. 405 eerste lid OR *j*^o art. 17 ZGB.

¹¹⁰⁴ Cf. P. BARTH en M. GANNER, "Wie errichte ich eine Vorsorgevollmacht? Die Mustervorsorgevollmacht des BMJ mit Anmerkungen", *ÖJZ* 2007, (475) 477.

¹¹⁰⁵ D. FISCHER, "BGB § 673" in G. BAMBERGER en H. ROTH (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2014, nr. 3.

¹¹⁰⁶ V. LIPP, A. RÖTHEL en J. SPALCKHAVER, *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 135.

beschikking en kan hij dit buitengerechtelijke beschermingsinstrument vervangen door een rechterlijke beschermingsmaatregel.¹¹⁰⁷

651. Bij de beëindiging van de lastgeving moet de rechter het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel in acht nemen.¹¹⁰⁸ Als de lastgeving op bepaalde vlakken wel volstaat voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige, dan moet zij voor dat gedeelte behouden blijven en slechts voor het overige worden aangevuld met een rechterlijke beschermingsmaatregel.¹¹⁰⁹ Dit blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit het Belgische recht: volgens artikel 490/2, § 2 BW kan de vrederechter te allen tijde 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 moet worden vervangen door een rechterlijke beschermingsmaatregel die de belangen van de lastgever beter dient.¹¹¹⁰

652-653. In het Franse recht veronderstelt een rechterlijke beëindiging niet noodzakelijk dat het welzijn van de lastgever op het spel staat. Het eerder besproken artikel 483, 4° C.Civ. illustreert dat de rechterlijke beëindiging ook in het belang van anderen kan plaatsvinden, namelijk in het belang van de echtgenoot (en ruimer, het gezin) van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nrs. 174 en 552).

AFDELING VIII. BESLUIT

654. In het Franse en het Zwitserse recht eindigt de lastgeving als de lastgever opnieuw in staat is om zelf zijn vermogen te beheren (zie *supra*, nrs. 616 e.v.). Terwijl dit in het Zwitserse recht van rechtswege gebeurt (zie *supra*, nr. 618), is in het

¹¹⁰⁷ België: art. 490/2, § 2 BW; 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; K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 187; Engeland & Wales: S. 22 (3) en (4) MCA 2005; D. LUSH, *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 207; Frankrijk: art. 483, 4° C.Civ.; art. 485, eerste lid C.Civ.; N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 555-557; Zwitserland: art. 368 ZGB; 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) 66.

¹¹⁰⁸ N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE en F. ARBELLOT, *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 556; K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 187.

¹¹⁰⁹ Cf. art. 485, tweede lid C.Civ.

¹¹¹⁰ 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; K. ROTTHIER, “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, (182) 187.

Franse recht voor deze beëindiging vereist dat een arts het herstel van wilsbekwaamheid vaststelt en dat de beëindiging van de lastgeving officieel wordt bevestigd (zie *supra*, nr. 617). In de overige stelsels maakt het herwinnen van de normale intellectuele capaciteiten geen beëindigingsgrond uit (zie *supra*, nrs. 619 e.v.). Dit is ook niet noodzakelijk, aangezien een wilsbekwame lastgever zelf zijn lastgeving kan herroepen (zie *supra*, nr. 621). Het is zelfs aangewezen dat de lastgeving blijft voortbestaan, omdat de kans bestaat dat de lastgever er op een later tijdstip opnieuw behoefte aan zal hebben. Tijdens de heldere tussenfasen moet de lasthebber zich onthouden van elke vertegenwoordigingsdaad, ook al is hij theoretisch gezien nog bevoegd. Het is aangewezen dat de wetgever, zo niet de lastgever zelf, melding maakt van dit onderscheid tussen interne en externe bevoegdheid (zie *supra*, nr. 621).

655. Het is opvallend dat het Franse recht de lastgever de mogelijkheid ontzegt om de lastgeving na haar inwerkingtreding te herroepen. De lastgever moet zich hiervoor wenden tot de rechter (zie *supra*, nr. 626). Dat dit bedoeld is om de lastgever te beschermen tegen zichzelf, is weinig overtuigend. Deze doelstelling kan men immers ook bereiken als de lastgever zijn herroepingsrecht behoudt. Als zou blijken dat zijn herroeping niet berust op een geldige toestemming, dan kan de lasthebber deze rechtshandeling aanvechten. Is de lastgever wel wilsbekwaam, dan moet men zijn beslissing respecteren en is het niet redelijk om van hem te verwachten dat hij een rechterlijke procedure doorloopt (zie *supra*, nr. 627). Wel zou een wetgever de herroeping afhankelijk kunnen maken van vormvereisten om het risico op een overhaaste herroeping of een herroeping in een toestand van wilsonbekwaamheid te verminderen, zoals het geval is in het Zwitserse recht (zie *supra*, nrs. 624 en 628).

656. Het Franse recht laat eveneens niet toe dat de lasthebber op eigen initiatief uit de vertegenwoordigingsrelatie stapt door de lastgeving op gemeenrechtelijke wijze op te zeggen. Ook hij heeft het fiat van de rechter nodig (zie *supra*, nr. 632). De doelstelling van deze regel is weliswaar legitiem, aangezien de wetgever wil vermijden dat niemand zou weten dat de kwetsbare meerderjarige onbeschermd achter blijft, maar men kan haar op een minder ingrijpende, informelere manier bereiken. Meer bepaald verdient het aanbeveling om de lasthebber, naar het voorbeeld van het Engelse en Zwitserse recht (zie *supra*, nr. 631), te verplichten om de rechter over zijn beslissing tot opzegging te informeren (zie *supra*, nr. 633). Dit volgt uit het principe dat de lastgever kennis moet kunnen nemen van de opzegging om indien nodig naar een andere oplossing te zoeken (zie *supra*, nr. 630). De lasthebber is er overigens toe gehouden om de lastgeving verder te blijven uitvoeren totdat een bewindvoerder is aangesteld, tenzij de lastgever zelf een opvolger in zijn volmacht heeft aangeduid (zie *supra*, nr. 630).

657. Omdat de lastgeving specifiek bedoeld is als beschermingsinstrument, is het gepast dat zij, zoals in de meerderheid van de stelsels, eindigt wanneer de

beschermde persoon overlijdt (zie *supra*, nrs. 635 en 637). Gelet op het *intuitu personae*-karakter van de lastgeving, spreekt het voor zich dat ook het overlijden van de lasthebber in alle stelsels een beëindigingsgrond uitmaakt (zie *supra*, nr. 638). Om het risico op wanbeheer en belangenconflicten te temperen, verdient het tevens aanbeveling om, net als in België, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland, te bepalen dat een gefailleerde lasthebber niet langer voor het vermogensbeheer van de lastgever mag instaan (zie *supra*, nr. 642). Ook het faillissement van de lastgever zelf maakt in de onderzochte stelsels, met uitzondering van het Franse recht (zie *supra*, nr. 640), een einde aan de bevoegdheid van de lasthebber (zie *supra*, nrs. 639-640). In België en Frankrijk geldt dit ook voor de toepassing van een bewind op de lastgever, maar wel enkel in de mate dat de bevoegdheden van de bewindvoerder overlappen met die van de lasthebber (zie *supra*, nr. 644). Uiteraard kan de rechter de lastgeving ook beëindigen wanneer zij niet langer garant staat voor de belangen van de kwetsbare meerderjarige en andere, minder ingrijpende maatregelen (zoals het opleggen van een plicht tot verantwoording bij de rechter) niet voldoen (zie *supra*, nr. 650). Het is van belang dat de rechter bij deze beëindiging het proportionaliteitsbeginsel in acht neemt (zie *supra*, nr. 651). Tot slot vereist de bescherming van de lastgever dat hij niet wordt vertegenwoordigd door een persoon die zelf onder (buiten)gerechtelijke bescherming is komen te staan (zie *supra*, nr. 648).

DEEL IV
BESLUIT

HOOFDSTUK I

VERHOUDING AUTONOMIE- BESCHERMING IN DE LASTGEVINGSREGIMES VAN DE ONDERZOCHE RECHTSSTELSELS

AFDELING I. OVERKOEPELENDE TYPOLOGIE

658. Het onderzoek heeft een grote verscheidenheid blootgelegd aan regelgeving over de figuur van de lastgeving als een instrument voor de vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen. De nationale wetgevers van de onderzochte stelsels geven hun eigen invulling aan deze van oorsprong gemeenrechtelijke vertegenwoordigingstechniek. Zij kennen immers een verschillend gewicht toe aan de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn bescherming, de twee essentiële beginselen die het recht inzake meerderjarigenbescherming en het voorliggende onderzoek doorkruisen.

659. Deze twee contrasterende belangen vormen in dit hoofdstuk de determinerende criteria voor een overkoepelende typologie. Op basis van de onderzoeksresultaten worden de zes onderzochte stelsels (België, Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk, Oostenrijk en Zwitserland) gegroepeerd en gepositioneerd op het continuüm tussen autonomie en bescherming naargelang hun benadering van de lastgeving als beschermingsmaatregel in haar geheel. Men kan drie types onderscheiden. In een eerste type (Duitsland en Oostenrijk) ligt de focus voornamelijk op de autonomie van de kwetsbare meerderjarige. Daartegenover staat een type waar het bijzondere regime van de lastgeving uitgesproken gericht is op zijn bescherming (Frankrijk). In het tussentype is de als beschermingsmaatregel bedoelde lastgeving paternalistisch getint met niettemin nog veel ruimte voor het zelfbeschikkingsrecht van de kwetsbare meerderjarige (België, Engeland & Wales en Zwitserland).

660. Hoofdstuk II van dit besluit richt zich vervolgens op de normatieve standpunten die gedurende het onderzoek op basis van de rechtsvergelijkende analyses werden ontwikkeld en probeert aldus het antwoord te formuleren op de onderzoeksvraag.

AFDELING II. TYPE 1: FOCUS OP AUTONOMIE VAN DE KWETSBARE MEERDERJARIGE

661. Doorheen het onderzoek is gebleken dat het regime van de vermogensrechtelijke lastgeving als anticipatieve beschermingsmaatregel in het Duitse en Oostenrijkse recht sterk aanleunt bij het gemeenrechtelijke systeem. Dit blijkt reeds uit het beperkte aantal wetsbepalingen dat de wetgevers aan deze figuur hebben gewijd. De lastgeving die men gebruikt bij wilsonbekwaamheid fungeert in dit eerste type op haast identieke wijze als in een normale context (zie *supra*, nr. 46). De betrokken wetgevers hebben de techniek met weinig bijkomende waarborgen omkaderd en bovendien zijn deze niet dwingend na te leven.

662. In beide stelsels geldt bijvoorbeeld het vereiste dat personen die afhankelijk zijn van de instelling waar de lastgever verblijft, niet als zijn lasthebber mogen optreden, omdat men de kans op belangenconflicten bij deze personen te groot acht (zie *supra*, nr. 224). Vanuit deze doelstelling van bescherming zou men kunnen redeneren dat de lastgeving niet rechtsgeldig in werking kan treden als de lasthebber tot de uitgesloten categorie behoort. Dit is echter niet het geval. De volmacht kan toch uitwerking krijgen zolang er geen concreet gevaar is dat de lasthebber zijn taak in strijd met het belang van de lastgever zal uitvoeren (zie *supra*, nrs. 243-244). De wetgevers wilden de keuzevrijheid van de lastgever dus niet preventief aan banden leggen. Deze benadering contrasteert met de regelgeving in de andere types, waar een lasthebber zijn opdracht niet kan vervullen als hij tot een uitgesloten categorie behoort op het ogenblik dat de lastgever zijn oordeelsvermogen verliest, ongeacht of hij diens belangen werkelijk zou compromitteren (zie *supra*, nrs. 239, 240 en 242).

663. Dezelfde soepelheid nemen we ook waar in het kader van de Oostenrijkse vormvereisten. Terwijl de Duitse wetgever ervoor opteerde om de vermogensrechtelijke volmacht niet aan bijzondere formaliteiten te onderwerpen, beschrijft de Oostenrijkse § 284, tweede en derde lid ABGB uitvoerig hoe een *Vorsorgevollmacht* er uit moet zien (zie *supra*, nrs. 194-196). Dit formalisme wordt evenwel meteen gerelativeerd door § 284g ABGB, volgens welke een rechterlijke maatregel overbodig is wanneer een volmacht weliswaar niet de opgelegde voorwaarden vervult maar er geen concreet gevaar is dat de lasthebber zijn opdracht ten nadele van de lastgever zal uitvoeren (zie *supra*, nrs. 158 en 160).

664. Evenmin is de lastgever in de stelsels van dit eerste type verplicht om zijn volmacht te laten registreren vooraleer zijn lasthebber haar kan gebruiken (zie *supra*, nr. 308), wat wel het geval is in het Belgische en Engelse recht (zie *supra*, nr. 299). Hij bepaalt zelf of hij het risico wil nemen dat de rechter niet op de hoogte is van de lastgeving op het ogenblik dat ze uitwerking zou moeten krijgen. Mede

gelet op bovenstaande bevindingen omtrent de hoedanigheid van de lasthebber en de vorm van de lastgeving, is de persoon die op een toekomstige onbekwaamheid wil anticiperen voor de totstandbrenging van zijn lastgeving dus niet aan meer voorwaarden gebonden dan een gewone lastgever.

665. Bovendien vindt de inwerkingtreding van de lastgeving in dit eerste type op informele wijze plaats (zie *supra*, nr. 359). Dit wil zeggen dat de lasthebber zich niet eerst moet laten machtigen door een rechterlijke instantie alvorens hij in het rechtsverkeer kan optreden. De inwerkingtreding van de lastgeving wordt integraal beheerst door de wil van de lastgever. Hij bepaalt wie zijn wilsonbekwaamheid moet vaststellen en op welke manier dat moet gebeuren. Indien hij dat wenst, kan hij deze beoordeling ook volledig in handen leggen van zijn lasthebber (zie *supra*, nrs. 359-361). De inwerkingtreding van de lastgeving laat zijn handelingsbekwaamheid overigens volledig intact, wat in het derde type niet het geval is (zie *infra*, nr. 677).

666. Het uitgesproken privaatrechtelijk karakter van het lastgevingsregime in het eerste type zien we tevens weerspiegeld in het feit dat de rechter slechts onrechtstreeks en in beperkte mate in de relatie tussen de lastgever en de lasthebber kan tussenkomen (zie *supra*, nrs. 563 en 587). Hij kan een toezichthouder aanstellen die de lasthebber zal controleren en de lastgeving kan beëindigen, maar wordt voor het overige op een afstand gehouden (zie *supra*, nrs. 588-589). Hij kan de opdracht van de lasthebber niet wijzigen en kan er geen modaliteiten aan verbinden (zie *supra*, nr. 587). Deze bevoegdheden heeft hij wel in de stelsels van het tweede type (zie *infra*, nr. 671). De lastgeving berust er weliswaar ook op privaatrechtelijke fundamenteën, maar tegelijk beschouwt men haar als een beschermingsmaatregel waarin de staat de nodige inspraak heeft.

AFDELING III. TYPE 2: BALANS TUSSEN AUTONOMIE EN BESCHERMING VAN DE KWETSBARE MEERDERJARIGE

667. Over het Belgische, Engelse en Zwitserse recht kan men mijns inziens niet zeggen dat de weegschaal doorslaat in de richting van de autonomie dan wel van de bescherming van de kwetsbare meerderjarige. In deze drie stelsels is het regime niet zo soepel opgevat als in het eerste type en verschilt het wel degelijk op verschillende vlakken van de gemeenrechtelijke lastgeving, maar evenmin neigt het naar een rechterlijke beschermingsmaatregel, zoals het geval is in het derde type (zie *infra*, nr. 673). België, Engeland & Wales en Zwitserland vormen dan ook een tussentype dat zich op de as autonomie-bescherming in het midden situeert.

668. De drie wetgevers hebben hun aandacht voor de autonomie en bescherming van de kwetsbare meerderjarige evenwichtig verdeeld over de verschillende elementen van het lastgevingsregime.¹¹¹¹ Voor sommige aspecten vonden zij het niet noodzakelijk om de persoonlijke keuzevrijheid van de lastgever te beknotten door meer drempels op te leggen dan voor een gewone lastgever. Dit compenseerden zij echter door op andere vlakken wel in verplichtingen te voorzien. Zo is de lastgever in het Belgische recht in beginsel vrij om te kiezen in welke vorm hij zijn lastgeving opstelt (zolang die schriftelijk is; zie *supra*, nr. 191) maar moet hij de overeenkomst verplicht laten opnemen in een register om ervoor te zorgen dat de rechter zich achteraf over het bestaan van de lastgeving kan informeren (zie *supra*, nr. 299). In het Zwitserse recht is het net omgekeerd: de lastgever moet een aantal vormvereisten naleven om hem te beschermen tegen overhaaste keuzes en misbruik (zie *supra*, nrs. 197 e.v.) maar is vrij om te beslissen over de registratie van het document (zie *supra*, nr. 308). Hij mag daarenboven kiezen wie hij als lasthebber aanwijst, afgezien van de gemeenrechtelijke uitzonderingen (zie *supra*, nrs. 222, 228 en 231), maar daartegenover staat wel dat de rechter zich zal uitspreken over de geschiktheid van de lasthebber op het ogenblik dat de lastgever wilsontbekwaam wordt (zie *supra*, nr. 248).

669. Dat laatste aspect onderscheidt het Zwitserse lastgevingsregime van het Belgische en het Engelse. Terwijl een lastgever in België en Engeland & Wales zelf mag bepalen onder welke voorwaarden de lastgeving uitwerking mag krijgen (zie *supra*, nr. 359), gaat deze inwerkingtreding in Zwitserland gepaard met een rechterlijke procedure om de rechtszekerheid te verhogen en op voorhand te kunnen nagaan of de lastgeving de belangen van de lastgever voldoende dient (zie *supra*, nr. 333). Dit maakt het Zwitserse systeem formeler dan de andere twee stelsels en meer gericht op de bescherming van de kwetsbare meerderjarige, zonder dat het echter op dezelfde hoogte komt te staan als het derde type, waar niet alleen de inwerkingtreding van de lastgeving maar ook de controle en de beëindiging ervan werden geïnstitutionaliseerd (zie *supra*, nrs. 674-675 en 677). De Belgische en Engelse wetgever plaatsten tegenover de informele inwerkingtreding wel de mogelijkheid voor de rechter om zich uit te spreken over de inwerkingtreding, om tegemoet te komen aan onzekerheden in het rechtsverkeer, van de lasthebber of van andere naasten (zie *supra*, nr. 376).

670. Wat de handelingsbekwaamheid van de kwetsbare meerderjarige betreft, kiezen de wetgevers van het tweede type er unaniem voor, net als in het eerste type (zie *supra*, nr. 665), om de lastgever toe te laten zelf zijn belangen te beharti-

¹¹¹¹ Cf. A. VAN DEN BROECK, "Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastgeving" in X (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, (291) 302; A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (74) 98-99.

gen telkens wanneer hij daartoe in staat is (zie *supra*, nr. 408). De inwerkingtreding van de lastgeving gaat niet automatisch gepaard met een verlies van handelingsbekwaamheid. De rechter kan deze maar beperken (door de toepassing van een bewind) indien dit, gelet op de concrete omstandigheden, noodzakelijk is voor het welzijn van de meerderjarige (zie *supra*, nr. 426). Dit is in het derde type anders: de handelingsbekwaamheid van de lastgever ondergaat een aantal beperkingen zodra de lastgeving van toepassing is verklaard (zie *supra*, nr. 677).

671. Ook op het gebied van de controle van de lastgeving trekken de wetgevers van het tweede type voornamelijk de kaart van de autonomie. In tegenstelling tot wat geldt in het derde type (zie *supra*, nr. 674), is de lastgever niet verplicht om in een privaatrechtelijk controlesysteem te voorzien (zie *supra*, nr. 519), noch moet de lasthebber zich bij een externe instantie verantwoorden voor de uitvoering van zijn taak (zie *supra*, nr. 527). Dat betekent echter niet dat men de kwetsbare meerderjarige aan zijn lot overlaat. Terwijl de rechter in het eerste type enkel onrechtstreeks kan interfereren in de privaatrechtelijke relatie tussen de lastgever en zijn vertegenwoordiger, kennen de stelsels van het tweede type hem verschillende bevoegdheden toe om de belangen van de kwetsbare meerderjarige veilig te stellen (zie *supra*, nrs. 562, 566 e.v.). De staat kan zich dus mengen in het vermogensbeheer wanneer dit noodzakelijk is voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige. Belangrijk om voor ogen te houden is dat de rechter met de maatregelen die hem ter beschikking staan een hybride regime kan creëren, dat het midden houdt tussen buitengerechtigde en rechterlijke bescherming (zie *supra*, nrs. 565 en 613). Hij kan de lasthebber bijvoorbeeld verplichten om op geregelde tijdstippen bij hem verantwoording af te leggen of om voor bepaalde rechtshandelingen een machtiging te vragen (zie *supra*, nrs. 566-567). Hij kan tevens de inhoud van de lastgeving (minstens in beperkte mate) aanpassen (zie *supra*, nrs. 568-575). Op die manier stelt hij de beëindiging van de lastgeving en de overgang naar een zuiver rechterlijke maatregel uit (zie *supra*, nr. 607). In dat opzicht moet men het autonomiegehalte op het vlak van de controle van de lastgeving in de stelsels van het eerste type enigszins relativeren: dat de rechter de lastgeving grotendeels ongemoeid moet laten en dat de door hem aangestelde toezichthouder de inhoud van de lastgeving niet mag wijzigen, kan men op zich wel bestempelen als 'autonomie' maar kan ertoe leiden dat de rechter sneller dan in het tweede type moet overschakelen naar een (aanvullend) bewind (zie *supra*, nrs. 591 en 607).

672. Uit de wettelijke verplichtingen die de lasthebber naar Belgisch recht moet naleven (consulteren en informeren van de lastgever en vermogensscheiding) blijkt zowel de aandacht van de wetgever voor de autonomie als voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nrs. 499 en 504). De beschermingsgedachte zien we in het Engelse en Zwitserse recht tevens vertaald in de regels die de beëindiging van de lastgeving omkaderen. De lastgever moet meer

vereisten naleven dan in het gemene recht om het mandaat van zijn lasthebber te kunnen herroepen. In het Engelse recht moet hij zijn beslissing melden aan de *Public Guardian*, zodat deze het register kan aanpassen en de rechter indien nodig kan oordelen over de rechtsgeldigheid van de herroeping (zie *supra*, nr. 624). De Zwitserse wetgever wil de 'echtheid' van de herroeping waarborgen door de drempel ervan te verhogen via vormvereisten (zie *supra*, nr. 624). Ook wat de opzegging door de lasthebber betreft, houdt men in beide stelsels de bescherming van de kwetsbare meerderjarige voor ogen door de lasthebber te verplichten om de beëindiging te communiceren aan de *Public Guardian* respectievelijk rechter en (in het Zwitserse recht) om een opzegtermijn te respecteren (zie *supra*, nr. 631).

AFDELING IV. TYPE 3: FOCUS OP BESCHERMING VAN DE KWETSBARE MEERDERJARIGE

673. De lastgeving als een instrument van vermogensbescherming kent het meest paternalistische regime in het Franse recht. Het systeem van het *mandat de protection future* vertoont weliswaar privaatrechtelijke kenmerken maar leunt vooral sterk aan bij het bewind. Het staat daardoor in schril contrast met de stelsels van het eerste type, waar men het instrument nauwelijks heeft gereguleerd (zie *supra*, nr. 661). De manier waarop het *mandat de protection future* in een situatie van wilsonbekwaamheid functioneert, verschilt grondig van de toepassing van een normale lastgeving. Bij tal van aspecten die in dit onderzoek aan bod zijn gekomen, neemt de doelstelling van bescherming van de kwetsbare meerderjarige in het Franse recht een prominente plaats in.

674. Vooral op het vlak van de controle op de lasthebber is de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige ondergeschikt aan de bezorgdheid van de Franse wetgever over zijn bescherming. De lastgever kan zijn lasthebber niet toelaten om zijn vermogen zonder enig toezicht te beheren. Hij is verplicht om in zijn volmacht controlemodaliteiten in te bouwen, om het risico op misbruik of wanuitvoering te temperen (zie *supra*, nr. 518). Voorts voerde Frankrijk als enige stelsel een vorm van publieke controle in. De lasthebber van een notariële volmacht dient zich jaarlijks te verantwoorden tegenover de notaris die de volmacht destijds heeft opgesteld. Deze notaris moet de rechter vatten zodra hij abnormale of verdachte transacties opmerkt (zie *supra*, nr. 534). Onrechtstreeks houdt de rechter dus een oogje in het zeil.

675. Ook wat de inwerkingtreding van de lastgeving betreft, neemt de wetgever het keuzerecht van de lastgever over. Deze laatste bepaalt niet zelf wie er over zijn wilsbekwaamheid zal oordelen en met welke elementen hij daarbij rekening moet houden. Vooraleer de lasthebber voor hem kan optreden, moet hij een medisch

onderzoek ondergaan en een formele procedure voor de griffie doorlopen (zie *supra*, nr. 329). De wetgever wilde enerzijds de rechtszekerheid verhogen en anderzijds de lastgever behoeden voor een vroegtijdig optreden van zijn lasthebber (zie *supra*, nrs. 337 e.v.). Hij komt dus tussen in de autonomie van de kwetsbare meerderjarige om deze autonomie te beschermen.

676. Hetzelfde gebeurt in het kader van de vorm van de lastgeving. In vergelijking met de andere types, is het derde type strikt formalistisch. Via verschillende vormvereisten wilde de wetgever de meerderjarige niet alleen beschermen tegen misbruik maar ook tegen ondoordachte keuzes (zie *supra*, nrs. 201 e.v.). Hij heeft er daarentegen niet voor geopteerd om de geldigheid van de lastgeving zoals in het Belgische en Engelse recht afhankelijk te maken van de registratie ervan en biedt ook de mogelijkheid daartoe niet aan (zie *supra*, nr. 315).

677. Andere afwijkingen van het gemene recht in naam van de bescherming van de kwetsbare meerderjarige betreffen zijn handelingsbekwaamheid en de beëindiging van de lastgeving. Terwijl de lastgever in alle overige types volledig handelingsbekwaam blijft om zelf de handelingen te stellen die in de volmacht begrepen zijn (zie *supra*, nr. 440), kan hij of zijn vertegenwoordiger volgens het Franse recht zijn daden aanvechten in geval van benadeling of buitensporigheid (zie *supra*, nrs. 665 en 670). Bovendien verliest de kwetsbare meerderjarige de mogelijkheid om op eigen initiatief een einde te maken aan de lastgeving, bijvoorbeeld wanneer hij het niet langer met zijn lasthebber kan vinden of wanneer hij opnieuw in staat is om zelf zijn belangen te behartigen, omdat de Franse wetgever hem wilde beschermen tegen een onoordeelkundige keuze (zie *supra*, nr. 632). Ook de lasthebber kan slechts met rechterlijke toelating uit zijn functie worden ontheven (zie *supra*, nrs. 452 en 626). Net als bij een bewind, moet de buitengerechtelijke bescherming dus niet alleen via een formele procedure worden opgestart, maar vereist ook haar beëindiging een rechterlijke beslissing.

678. Tot slot stelt men in het derde type ook beperkingen aan de bevoegdheden van de lasthebber. Hij kan geen rechtshandelingen stellen die buiten de bevoegdheid van een *tuteur* vallen (zie *supra*, nr. 482). Dit betekent dat de lastgever zijn lasthebber niet kan toelaten om goederen uit zijn vermogen aan te kopen, te pachten of te huren (zie *supra*, nr. 482), in tegenstelling tot verschillende andere stelsels (zie *supra*, nr. 486). Een dergelijk belangenconflict geeft steeds aanleiding tot de benoeming van een lasthebber *ad hoc* (zie *supra*, nr. 482). Om te kunnen schenken in de plaats van de lastgever, heeft de lasthebber bovendien een rechterlijke machtiging nodig, ook wanneer hij zelf niet de begunstigde is (zie *supra*, nr. 278).

679. De Franse wetgever heeft zijn focus op de bescherming van de kwetsbare meerderjarige evenwel niet tot het uiterste doorgedreven. Hij koos weliswaar voor

een lastgevingsregime dat veel paternalistischer is dan in de overige stelsels, maar dit regime komt niet dwingend in de plaats van het gemene recht. In tegenstelling tot de stelsels van het tweede type (zie *supra*, nrs. 149 en 155), kan ook een gewone volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid een bewind overbodig maken zolang er geen gevaar is voor de belangen van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nr. 160). Kiest de meerderjarige evenwel voor de waarborgen van het *mandat de protection future*, dan is hij aan alle voornoemde regels onderworpen.

HOOFDSTUK II

VOORSTEL VOOR EEN GEBALANCEERD REGIME VAN BUITENGERECHTELIJKE VERMOGENSBESCHERMING VIA LASTGEVING

AFDELING I. ALGEMEEN

680. De onderzoeksvraag die aan de basis ligt van het onderzoek luidt als volgt: *“Welke elementen zou een lastgevingsregime, bedoeld als een instrument van vermogensbescherming bij wilsonbekwaamheid, moeten omvatten om een legitiem evenwicht tot stand te brengen tussen de autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn recht op bescherming?”*.

681. Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden, werden alle aspecten van de vermogensrechtelijke lastgeving als buitengerechtelijke beschermingsmaatregel afzonderlijk onder de loep genomen. Naast een rechtsvergelijkende analyse, waarvan de conclusies in het vorige hoofdstuk werden toegelicht (zie *supra*, nrs. 658 e.v.) vond per thema ook een evaluatie plaats van de rechtsvergelijkende bevindingen in het licht van het recht op persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige en zijn recht op bescherming. Beide beginselen werden telkens tegenover elkaar afgewogen aan de hand van de criteria van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Op basis van deze belangenafweging werden suggesties geformuleerd voor een lastgevingsregime dat geschikt is om bij wilsonbekwaamheid van een meerderjarige te worden toegepast. Dit hoofdstuk bundelt deze voorstellen en geeft aldus een samenvattend overzicht van de normatieve conclusies uit het onderzoek.

AFDELING II. VERHOUDING TUSSEN HET BIJZONDERE LASTGEVINGSREGIME EN HET GEMENE RECHT

682. Als een wetgever bijzondere regels oplegt voor volmachten die in een context van wilsonbekwaamheid worden gebruikt, dan is hij van mening dat het gemene recht onvoldoende bescherming kan bieden in een situatie waarin de lastgever geen toezicht kan uitoefenen op de uitvoering van het mandaat. Het onderzoek bevat talrijke illustraties van dergelijke tussenkomsten. In verschillende rechtsstelsels gelden specifieke bepalingen voor de vorm van de lastgeving, haar registratie, de hoedanigheid van de lasthebber, het toezicht op de uitvoering van de lastgeving, de beëindiging, enzovoort.

683. Het is naar mijn mening in strijd met deze beschermingsdoelstelling om gewone volmachten toch nog rechtsgeldig te laten voortbestaan of in werking te laten treden wanneer de lastgever wilsonbekwaam is geworden, zoals dat bijvoorbeeld het geval is in het Franse en Oostenrijkse recht (zie *supra*, nrs. 157 en 160). De gemeenrechtelijke lastgeving heeft in deze stelsels weliswaar enkel voorrang op een bewind zolang zij de belangen van de kwetsbare meerderjarige niet schaadt (zie *supra*, nrs. 171-172), maar de waarborgen van het bijzondere lastgevingsregime kunnen een dergelijke aantasting net voorkomen. Zij zouden daarom een dwingend karakter moeten hebben. De lastgeving moet mijns inziens eindigen bij wilsonbekwaamheid van de lastgever indien niet aan de wettelijke vereisten van het bijzondere regime is voldaan (zie *supra*, nr. 169). In dit onderzoek gaat het om de verplichting om een specifiek formulier in te vullen (zie *supra*, nr. 214) en de lastgeving te laten registreren (zie *supra*, nr. 318) en om een aantal onverenigbaarheden in hoofde van de lasthebber (zie *supra*, nr. 291). Enkel wanneer de lastgeving aan deze voorwaarden voldoet, kan zij rechtsgeldig blijven voortbestaan of in werking treden bij wilsonbekwaamheid. De verdere uitvoering ervan wordt beheerst door de regels van het bijzondere regime omtrent de rechten en plichten van de lasthebber (zie *supra*, nrs. 466 e.v.), de bevoegdheid van de rechter (zie *supra*, nrs. 562 e.v.) en de beëindiging van de lastgeving (zie *supra*, nrs. 616 e.v.).

684. Het is wel zinvol om te differentiëren tussen voortdurende volmachten en volmachten onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid. De wetgevende tussenkomst in de autonomie van de meerderjarige moet niet verder gaan dan noodzakelijk. Meer bepaald zou een volmacht die onmiddellijk in werking is getreden of op een ander tijdstip waarop de lastgever nog wilsbekwaam was, moeten kunnen voortduren tijdens zijn onbekwaamheid zonder dat zij in een specifieke vorm werd opgesteld, zolang de voorwaarden omtrent registratie en de hoedanigheid van de lasthebber zijn nageleefd (zie *supra*, nr. 164). De eerdere uitvoering van de lastgeving vervult immers de waarschuwingfunctie van

de voorgestelde vormvereisten (zie *supra*, nrs. 159 en 164). De lastgever is zich bewust van de reikwijdte van de bevoegdheden van zijn lasthebber en heeft zelfs de kans gehad om de lastgeving aan te passen of te herroepen. Daarnaast speelt de doelstelling van het voorkomen van beïnvloeding en bedrog hier minder nu de volmacht niet specifiek met het oog op wilsonbekwaamheid werd verleend en er dus nog geen sprake is van een kwetsbare toestand die derden kunnen uitbuiten (zie *supra*, nr. 164). Het voortbestaan van de lastgeving tijdens de wilsonbekwaamheid van de lastgever veronderstelt wel dat de lastgever dit uitdrukkelijk in zijn volmacht heeft toegelaten (zie *supra*, nr. 164).

AFDELING III. VERHOUDING TUSSEN LASTGEVING EN ANDERE BESCHERMINGS- MAATREGELEN

685. De onderzochte rechtsstelsels hanteren terecht het principe dat de lastgeving voorrang heeft op een rechterlijke maatregel (zie *supra*, nrs. 165-166). Als buitengerechtigde beschermingsmaatregel is zij immers minder ingrijpend voor de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige dan een bewind. Uit deze subsidiariteit van de rechterlijke bescherming vloeit voort dat de rechter de lastgeving niet zomaar mag beëindigen wanneer zij te beperkt is om de belangen van de lastgever te waarborgen. In dat geval volstaat het dat hij een aanvullende rechterlijke maatregel beveelt, met andere woorden, dat hij een gecombineerd regime oplegt (zie *supra*, nrs. 167-169).

686. De voorrang van de lastgeving mag echter niet absoluut zijn. Een rechterlijke maatregel is noodzakelijk wanneer de lastgeving het welzijn van de kwetsbare meerderjarige onvoldoende kan garanderen (zie *supra*, nrs. 171-172). Dit welzijn behelst niet alleen zijn financiële belangen maar ook zijn autonomie, meer bepaald de mate waarin de lasthebber zijn instructies naleeft (zie *supra*, nrs. 171 en 172). De rechter zal dit steeds op grond van de concrete omstandigheden moeten beoordelen (zie *supra*, nr. 173).

687. Tegenover vertegenwoordiging door de echtgenoot of de wettelijk of feitelijk samenwonende partner van de kwetsbare meerderjarige is de lastgeving mijns inziens gedeeltelijk subsidiair. Het privé- en gezinsleven van de bekwame partner rechtvaardigt dat hij bij voorrang de gemeenschappelijke respectievelijk onverdeelde goederen beheert (zie *supra*, nrs. 185 en 189). Daarentegen zou ten aanzien van het eigen vermogen van de kwetsbare meerderjarige diens persoonlijke keuzevrijheid moeten primeren (zie *supra*, nrs. 186 en 189).

AFDELING IV. VORM VAN DE LASTGEVING

688. De wettelijk opgelegde vorm van de lastgeving mag volwassenen niet ontmoedigen om van dit beschermingsinstrument gebruik te maken (zie *supra*, nr. 209). Zij zouden daarom niet verplicht mogen worden om zich te wenden tot een notaris of advocaat, ook al biedt de betrokkenheid van een professionele derde verschillende voordelen (zie *supra*, nr. 213). Men dient evenwel te erkennen dat niet eender welke onderhandse akte voor voldoende bescherming zorgt. Het is in mijn ogen raadzaam om de lastgever, in navolging van het Engelse recht (zie *supra*, nr. 198), te verplichten een specifiek formulier in te vullen wanneer hij zijn volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid verleent (zie *supra*, nr. 214). Een dergelijk formulier zet de lastgever aan om te reflecteren over aspecten van het vermogensbeheer waar hij mogelijk zelf niet aan zou denken, zoals een intern controlesysteem en de modalisering van de inwerkingtreding van de lastgeving (zie *supra*, nrs. 214-215). Het dwingt hem ook om de bevoegdheden van zijn lasthebber voldoende te preciseren (zie *supra*, nr. 215). Het zorgt er dus voor dat de volmacht de wensen van de meerderjarige zo goed mogelijk weergeeft en dat er in het rechtsverkeer duidelijkheid bestaat over het takenpakket van de lasthebber en de omkadering van diens opdracht. Zeker wanneer het formulier in overleg met financiële instellingen wordt opgesteld, komt het me voor dat het de aanvaarding van onbekwaamheidsvolmachten in het rechtsverkeer kan bevorderen (zie *supra*, nr. 216).

689. De lastgever zou het formulier eigenhandig moeten invullen, dateren en ondertekenen om misbruik te voorkomen, de bewijskracht van het document te versterken en te garanderen dat hij zich ten volle bewust is van de vermogensrechtelijke keuzes die hij maakt (zie *supra*, nr. 217). Het is bovendien noodzakelijk dat de lasthebber het formulier mee ondertekent vooraleer het wordt geregistreerd en dat hij dus betrokken is bij de opstelling ervan, aangezien de lastgever op die manier meteen te weten kan komen of deze vertrouwenspersoon bereid is om later als zijn vertegenwoordiger op te treden (zie *supra*, nr. 218).

AFDELING V. INHOUD VAN DE LASTGEVING

§ 1. HOEDANIGHEID VAN DE LASTHEBBER

690. Om de kwetsbare meerderjarige te beschermen tegen wanbeheer en belangenconflicten, zouden minderjarigen, gefailleerden en personen die zelf onder bescherming staan hem niet mogen vertegenwoordigen (zie *supra*, nrs. 223, 230-231 en 291). Dit betekent niet dat de lastgever deze personen niet als lasthebber mag aanwijzen in zijn volmacht, wel dat zij niet meer tot een uitgesloten categorie

mogen behoren op het ogenblik dat hij wilsonbekwaam is (zie *supra*, nrs. 245 en 291). Het tegendeel zou een disproportionele aantasting uitmaken van zijn autonomie. Enkel ten aanzien van medische beroepsbeoefenaars, apothekers of medisch hulppersoneel die instaan voor de verzorging van de lastgever (behalve familieleden of personen die voorheen reeds een vertrouwensband met hem hadden), is het noodzakelijk om de lastgever de mogelijkheid te ontzeggen hen als lasthebber te benoemen, om op die manier het risico op kwaadwillige beïnvloeding te vermijden (zie *supra*, nrs. 246 en 291). Gelet op deze doelstelling, hoeft de lastgeving daarentegen niet te eindigen wanneer de lasthebber pas na de totstandkoming ervan zorgverlener werd van de lastgever (zie *supra*, nr. 247).

691. Een systeem van onverenigbaarheden valt mijns inziens te verkiezen boven het Zwitserse regime, waarbij de beoordeling van de geschiktheid van de lasthebber in handen ligt van de rechter en pas plaatsvindt wanneer de lastgever zijn oordeelsvermogen heeft verloren (zie *supra*, nrs. 248 e.v.). Het biedt de lastgever meer zekerheid en is bovendien objectiever dan de persoonlijke interpretatie van een derde van het vereiste 'geschiktheid'; wie voor de ene rechter een geschikte lasthebber is, zal dat voor de andere niet zijn (zie *supra*, nrs. 251-252). Minstens zou de Zwitserse wetgever een aantal criteria voor deze beoordeling moeten opsommen (zie *supra*, nr. 252).

§ 2. BEVOEGDHEDEN VAN DE LASTHEBBER

692. De meerderjarige die op een toekomstige wilsonbekwaamheid wenst te anticiperen zou in dezelfde mate als een gewone lastgever vrij moeten zijn om de bevoegdheden van zijn vertegenwoordiger te bepalen. Dit betekent dat alle handelingen die vatbaar zijn voor conventionele vertegenwoordiging het voorwerp kunnen vormen van de lastgeving. De lastgever kan zijn lasthebber een erg ruime bevoegdheid toekennen maar hij kan diens opdracht ook beperken tot een bepaald soort rechtshandelingen en/of een bepaald aantal goederen. In elk geval doet hij er goed aan om de opdracht van zijn lasthebber voldoende te preciseren zodat daar zowel in hoofde van de lasthebber zelf als van zijn contractpartners geen twijfel over bestaat. Men mag hem evenwel niet verplichten om alle bevoegdheden van de lasthebber exhaustief op te sommen; dat strookt immers niet met het opzet van de lastgeving als een planningsinstrument op lange termijn (zie *supra*, nr. 273). Op dit vlak volstaat de toepassing van gemeenrechtelijke principes (zie *supra*, nr. 274).

693. De rol van de lastgeving als een instrument van vermogensplanning brengt in het bijzonder mee dat de meerderjarige zijn lasthebber de bevoegdheid moet kunnen verlenen om in zijn plaats te schenken (zie *supra*, nr. 294). De lasthebber heeft mijns inziens geen rechterlijke machtiging nodig om deze instructie van zijn

lastgever uit te voeren, noch zou men de lastgever beperkingen mogen opleggen aangaande de omvang of het type van de schenking (zie *supra*, nrs. 279 en 282). Om achteraf zekerheid te hebben over zijn inzicht om een van zijn naasten te begiftigen, is het wel vereist dat hij het voorwerp, de modaliteiten en de begunstigde van de schenking preciseert en volstaat het dus niet dat hij zijn lasthebber in algemene bewoordingen toelaat om in zijn naam en voor zijn rekening te schenken (zie *supra*, nr. 294). Bovendien moet de lasthebber steeds om de aanstelling van een lasthebber *ad hoc* verzoeken als de lastgever hem heeft aangewezen als de begunstigde van de schenking omdat er in dat geval sprake is van een belangenconflict (zie *supra*, nrs. 294 en 483).

694. Ook zonder uitdrukkelijke machtiging in de volmacht zou de lasthebber in beperkte mate ten kosteloze titel over het vermogen van zijn lastgever moeten kunnen beschikken. Meer bepaald laat zijn functie hem mijns inziens impliciet toe om gebruikelijke geschenken te geven die in verhouding staan tot het vermogen van de kwetsbare meerderjarige (zie *supra*, nr. 295). Tevens zou hij de mogelijkheid moeten hebben om een schenkingspatroon van de lastgever vóór de intrede van wilsonbekwaamheid ook daarna verder te zetten, zodat deze wilsonbekwaamheid de autonomie van de kwetsbare meerderjarige op dat vlak niet aantast (zie *supra*, nr. 295). In beide gevallen moet hij wel om de benoeming van een lasthebber *ad hoc* vragen wanneer hij zelf de begunstigde is van de betrokken uitkeringen, omdat er dan opnieuw sprake is van een belangenconflict (zie *supra*, nrs. 479 e.v. en 505).

695. De keuzevrijheid van de lastgever ten aanzien van de inhoud van zijn volmacht mag echter niet zo ver gaan dat hij zijn lasthebber tevens kan toelaten om in zijn plaats een testament op te stellen. De beslissing om af te wijken van het ab intestaat erfrecht is een subjectieve beoordeling met ingrijpende familiale gevolgen die enkel de vermogenstitularis zelf kan maken (zie *supra*, nrs. 286 en 296). Derden kunnen niet met zekerheid achterhalen in welke omstandigheden hij dat zou willen doen. Deze benadering begrenst de autonomie van de kwetsbare meerderjarige slechts in beperkte mate: op het ogenblik dat hij een regeling treft voor zijn wilsonbekwaamheid, kan hij ook een testament opstellen, dat hij doorheen de tijd kan aanpassen in functie van gewijzigde omstandigheden, totdat hij wilsonbekwaam is (zie *supra*, nrs. 287 en 296).

AFDELING VI. REGISTRATIE VAN DE LASTGEVING

696. Door de figuur van de lastgeving te erkennen als beschermingsmaatregel, willen de verschillende wetgevers de persoonlijke autonomie van kwetsbare meerderjarigen naar een hoger niveau tillen en het gerecht niet onnodig belasten (zie

supra, nrs. 6 en 131). Deze dubbele doelstelling kan maar worden bereikt wanneer een rechter, die zich moet buigen over een aanvraag tot een bewind, op de hoogte is van het feit dat de betrokken meerderjarige zelf een regeling voor zijn wilsonbekwaamheid heeft getroffen. De lastgever zou zijn lastgeving daarom verplicht moeten laten registreren (zie *supra*, nr. 318), zoals het geval is in België en Engeland & Wales (zie *supra*, nr. 299). Daarbij volstaat het dat hij in het register laat opnemen dát hij een volmacht heeft verleend en wie zijn lasthebber is. De registratie hoeft zich niet uit te strekken tot de volledige inhoud van de lastgeving, omdat de lastgever dan ook elke wijziging zou moeten doorgeven om de geregistreerde informatie actueel te houden (zie *supra*, nrs. 311 en 319). Wel is het vereist dat men de beëindiging van de lastgeving in het register laat optekenen om te vermijden dat de rechter voorrang verleent aan een overeenkomst die in werkelijkheid niet meer bestaat (zie *supra*, nrs. 301 en 319).

697. Om de vooropgestelde doelstelling van de effectiviteit van de lastgeving te realiseren, volstaat het dat enkel de rechter het register kan raadplegen (zie *supra*, nr. 320). Niettemin kan het voorkomen dat ook een andere derde belang heeft bij de inzage in het register, bijvoorbeeld wanneer hij vaststelt dat zijn vaste contractpartner wilsonbekwaam is en hij wil weten wie zijn vertegenwoordiger is, zodat hij alsnog een transactie met de kwetsbare meerderjarige kan aangaan. Hij moet zijn aanvraag dan wel motiveren. De privacy van de lastgever vereist immers dat enkel derden die een legitiem belang kunnen laten gelden, en dus niet eender wie, toegang mogen krijgen tot een aantal geregistreerde gegevens (zie *supra*, nr. 320).

AFDELING VII. INWERKINGTREDING VAN DE LASTGEVING

698. Een lastgever die zijn volmacht in werking wil laten treden op het ogenblik dat hij wilsonbekwaam is geworden, moet de mogelijkheid hebben om in zijn volmacht de modaliteiten van die inwerkingtreding vast te leggen (zie *supra*, nrs. 399-407). Hij zou met andere woorden zelf moeten kunnen beslissen wie er over zijn mentale toestand zal oordelen en op welke wijze die beoordeling moet plaatsvinden. Zijn autonomie en persoonlijke integriteit worden op disproportionele wijze aangetast als hij, zoals in het Franse en Zwitserse recht (zie *supra*, nr. 328), eerst een medisch onderzoek en/of rechterlijke procedure moet ondergaan alvorens zijn lasthebber voor hem mag beginnen optreden (zie *supra*, nrs. 386 en 399). Dit verhindert bovendien een vlotte overgang van het vermogensbeheer naar de lasthebber (zie *supra*, nrs. 341 en 402).

699. Dat de inwerkingtreding van de lastgeving op een informele manier gebeurt, vormt geen bedreiging voor het welzijn van de kwetsbare meerderjarige.

Hij loopt weliswaar het risico dat de lasthebber zijn volmacht te vroeg aanwendt, maar dit is inherent aan elke lastgeving die men onder een opschortende voorwaarde of termijn verleent. Net als een gewone lastgever, kan hij hier zelf toezicht op uitoefenen; de hypothese van een vroegtijdige aanwending veronderstelt immers dat hij nog wilsbekwaam is. Hij kan zijn lasthebber meedelen dat hij nog geen vertegenwoordiging nodig heeft en de betrokken rechtshandelingen zelf stellen of hij kan de lasthebber aansprakelijk stellen als deze toch kwaadwillig te vroeg optreedt, en de lastgeving vervolgens herroepen (zie *supra*, nr. 401). Indien hij toch de volledige zekerheid wenst dat zijn lasthebber geen handelingen voor hem stelt wanneer hij zelf nog wilsbekwaam is, dan kan hij de inwerkingtreding van de lastgeving zelf formaliseren, door bijvoorbeeld een medisch attest te vereisen (zie *supra*, nrs. 399 en 401).

700. Men dient wel te erkennen dat de beoordeling van wilsonbekwaamheid voor de lasthebber geen sinecure is. Het zou voor hem steeds mogelijk moeten zijn om hiervoor een beroep te doen op de rechter (zie *supra*, nr. 405). Wanneer hij te vroeg van zijn volmacht gebruikt maakt, is het bovendien essentieel dat hij pas aansprakelijk wordt gesteld als hij wist of redelijkerwijze kon weten dat zijn lastgever nog in staat was om de betrokken rechtshandeling zelf uit te voeren (zie *supra*, nrs. 373 en 403). Op die manier worden potentiële lasthebbers niet ontmoedigd. Het is overigens de taak van de overheid om via een informatiebrochure concrete richtlijnen mee te geven die een lasthebber bij de beoordeling van wilsonbekwaamheid in acht moet nemen, zodat het duidelijk is wat van hem wordt verwacht en men een verkeerde inschatting kan vermijden (zie *supra*, nrs. 362-364 en 403).

701. In een informeel regime van inwerkingtreding is het tevens essentieel dat derden te goeder trouw bescherming genieten als zou blijken dat de lastgever toch nog wilsbekwaam was toen de lasthebber hem vertegenwoordigde (zie *supra*, nr. 384). Dit biedt meer rechtszekerheid dan de theorie van de schijnvertegenwoordiging en bevordert dus de aanvaarding van het beschermingsinstrument in het rechtsverkeer (zie *supra*, nrs. 381 e.v.). Een derde zou ook steeds de mogelijkheid moeten hebben om zich te wenden tot de rechter als hij meer duidelijkheid wenst over de realisatie van de opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid (zie *supra*, nr. 405).

702. Om de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige zoveel mogelijk te vrijwaren, is het van belang dat de lasthebber bij gedeeltelijke wilsonbekwaamheid geen rechtshandelingen stelt die weliswaar tot zijn takenpakket behoren maar die de lastgever nog zelf kan verrichten. Zijn bevoegdheid moet functioneel worden benaderd; de lastgeving treedt dus slechts gradueel in werking (zie *supra*, nrs. 387 en 406). De lasthebber belandt hierdoor niet in een nadelige positie zolang hij voornoemde aansprakelijkheidstempering geniet als hij de

evoluerende wilsonbekwaamheid van zijn lastgever verkeerd zou inschatten. Opnieuw blijkt ook het belang van de bescherming van derden te goeder trouw; bij een verkeerde beoordeling moeten zij het behoud van de rechtshandeling kunnen eisen (zie *supra*, nrs. 388 en 404).

703. Indien de mentale toestand van de lastgever fluctueert, in die zin dat periodes van wilsonbekwaamheid zich afwisselen met heldere intervallen, dan is het belangrijk dat de bevoegdheid van de lasthebber overeind blijft (zie *supra*, nr. 407). Dat de lastgever zijn vermogen terug zelf kan beheren, mag niet het einde van de lastgeving betekenen, tenzij de volmacht dit voorschrijft of de lastgever de lastgeving herroept (zie *supra*, nr. 621). Anders kan de lasthebber niet meer voor de nodige bescherming zorgen als de meerderjarige daar opnieuw behoefte aan zou hebben. Het is wel noodzakelijk dat de wet, zo niet de lastgever zelf, een onderscheid maakt tussen de interne en externe bevoegdheid van de vertegenwoordiger door hem te verbieden van zijn nog steeds geldige volmacht gebruik te maken gedurende heldere fasen (zie *supra*, nrs. 395, 407 en 621). Hoe dan ook volgt dit reeds uit de loyaliteitsplicht die op de lasthebber rust (zie *supra*, nrs. 354, 395, 407, 477).

AFDELING VIII. INVLOED VAN DE LASTGEVING OP DE HANDELINGSBEKWAAMHEID VAN DE LASTGEVER

704. Conform het uitgangspunt van de onderzochte stelsels en internationale verdragen en aanbevelingen (zie *supra*, nrs. 408 e.v.), zou de inwerkingtreding van de lastgeving de lastgever niet automatisch handelingsonbekwaam mogen maken voor de handelingen die de lasthebber van hem overneemt (zie *supra*, nr. 458). Een regime van handelingsonbekwaamheid kan nooit volledig afgestemd zijn op de realiteit, namelijk op het grillige karakter van wilsonbekwaamheid. De lastgeving zou net een flexibel instrument moeten zijn dat de meerderjarige toelaat om nog zelf op te treden 'in goede dagen' maar om dit over te laten aan een ander 'in kwade dagen' (zie *supra*, nr. 458).

705. Het behoud van handelingsbekwaamheid betekent niet dat de kwetsbare meerderjarige geen bescherming geniet tegen zijn eigen handelen. Als hij rechtshandelingen stelt waarvoor hij niet over het nodige oordeelsvermogen beschikt, dan kan zijn vertegenwoordiger deze onmiddellijk aanvechten op grond van een gebrek aan toestemming (zie *supra*, nrs. 413 en 462). Om die reden is het risico op tegenstrijdige rechtshandelingen van de lastgever en lasthebber overigens slechts relatief. Het doet zich maar voor wanneer de lastgever nog wilsbekwaam is om de handelingen te stellen waarvoor ook zijn lasthebber bevoegd is, maar deze co-

existentie van bevoegdheden is inherent aan elke lastgeving. Het benadrukt alleen maar het belang van een loyale houding van beide partijen ten aanzien van elkaar; zij moeten elkaar inlichten wanneer zij handelingen stellen die het voorwerp vormen van hun lastgevingsovereenkomst (zie *supra*, nrs. 421-422).

706. Nationale wetgevers dienen wel te erkennen dat het behoud van handelingsbekwaamheid voor sommige personen problematisch kan zijn, namelijk voor meerderjarigen die zich niet terugtrekken uit het rechtsverkeer maar net ondoordacht gaan handelen en bij wie wilsonbekwaamheid niet of moeilijk kan worden aangetoond (zie *supra*, nrs. 425-427). Dit is in het bijzonder het geval voor verkwesters, die naar Belgisch recht onder het toepassingsgebied van de buitengerechtelijke bescherming vallen (zie *supra*, nrs. 425 en 463). De rechter zou in dergelijke gevallen steeds de mogelijkheid moeten hebben om een (gedeeltelijke) handelingsonbekwaamheid uit te spreken (zie *supra*, nr. 427).

707. Voor de invulling van deze handelingsonbekwaamheid kan het Franse recht als inspiratie dienen. Doordat de lasthebber de handelingen van de lastgever enkel kan aanvechten als zij de lastgever benadelen of buitensporig zijn (zie *supra*, nr. 440), biedt het Franse regime een middenweg tussen het autonomiebevorderende behoud van handelingsbekwaamheid en het stigmatiserende effect van het verlies ervan (zie *supra*, nr. 443).

708. In sommige stelsels, zoals het Belgische en Franse recht, beïnvloedt het principiële behoud van de handelingsbekwaamheid van de lastgever de positie van derden. Derden die contracteren met een persoon onder buitengerechtelijke bescherming lopen immers het risico dat hun transactie achteraf wordt aangevochten op grond van een gebrek aan toestemming maar zijn zich daar niet van bewust (zie *supra*, nrs. 429-430). Als de meerderjarige daarentegen onder bewind had gestaan, dan weet de derde op voorhand, door de publiciteit die met de maatregel gepaard gaat, dat de nietigverklaring (op grond van handelingsonbekwaamheid) dreigt en is hij met andere woorden te kwader trouw. Dat de rechtshandeling geen uitwerking krijgt, is dan gerechtvaardigd (zie *supra*, nrs. 428 en 430). Het is aangewezen om de gevolgen van beide soorten beschermingsmaatregelen ten aanzien van derden gelijk te schakelen door derden te goeder trouw die met een wilsonbekwame handelingsbekwame meerderjarige contracteren te beschermen, weliswaar met een tempering op grond van de theorie van het rechtsmisbruik om ook de belangen van de kwetsbare meerderjarige niet uit het oog te verliezen. Meer bepaald mag een derde het behoud vragen van zijn overeenkomst met de wilsonbekwame lastgever wanneer het nadeel dat hij zou lijden bij de nietigverklaring ervan veel groter is dan het nadeel dat de meerderjarige ondervindt door het behoud van de rechtshandeling (zie *supra*, nrs. 433, 436 en 465).

AFDELING IX. RECHTEN EN PLICHTEN VAN DE LASTHEBBER

709. Op de lasthebber zouden minstens dezelfde rechten en plichten moeten rusten als in het gemene recht (zie *supra*, nr. 505). Zo kan hij bijvoorbeeld aanspraak maken op een vergoeding van de kosten die hij tijdens de uitvoering van zijn mandaat heeft moeten maken (zie *supra*, nr. 466). Daarnaast heeft hij geen rechterlijke machtiging nodig om in het rechtsverkeer op te treden, tenzij de rechter hem heeft verplicht om, net zoals een bewindvoerder, voor bepaalde handelingen een dergelijke machtiging te vragen (zie *supra*, nr. 592).

710. De voornaamste verplichting die op de lasthebber rust, is die van loyaliteit jegens zijn lastgever. Hij moet zijn opdracht diligent uitvoeren en zijn lastgever de nodige informatie hierover bezorgen (zie *supra*, nrs. 475-476). Hij moet ook steeds in staat zijn om verantwoording af te leggen over zijn taak indien de lastgever terug wilsbekwaam zou worden of overlijdt. Dit betekent dat hij rekeningen en andere stukken die zijn transacties met het vermogen van de lastgever bewijzen, moet bijhouden (zie *supra*, nr. 497). Wanneer de lasthebber vaststelt dat zijn belangen conflicteren met die van de lastgever, moet hij de rechter vatten met het oog op de benoeming van een lasthebber *ad hoc*, ook wanneer zijn volmacht de belangentegenstelling toestaat (zie *supra*, nrs. 483 en 505). Bovendien mag hij de lastgever niet vertegenwoordigen wanneer hij vaststelt dat deze de betrokken rechtshandeling zelf nog (of opnieuw) kan stellen (zie *supra*, nr. 477).

711. Zowel voor de autonomie als voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige is het evenwel aangewezen om de lasthebber aan bijkomende verplichtingen te onderwerpen. Hij zou zijn opdracht bijvoorbeeld niet integraal mogen doorgeven aan een ander, omdat dit in strijd is met het *intuitu personae*-karakter van de lastgeving (zie *supra*, nr. 488). Volledige plaatsvervangende is slechts mogelijk wanneer de lastgever zijn lasthebber die bevoegdheid heeft toegekend en aldus te kennen heeft gegeven dat hij er geen probleem mee heeft dat hij later mogelijk door een andere lasthebber zal worden vertegenwoordigd (zie *supra*, nr. 489). Daarentegen zou de mogelijkheid tot gedeeltelijke plaatsvervangende wel impliciet vervat moeten zijn in de bevoegdheid van de lasthebber, omdat dit nuttig kan zijn om de lastgeving tot een goed einde te brengen, bijvoorbeeld wanneer de lasthebber voor een bepaalde transactie de nodige expertise mist of er sprake is van tijdelijke overmacht (zie *supra*, nr. 490). Door de lasthebber de bevoegdheid te verlenen zelf voor bepaalde handelingen een vervanger aan te duiden, voorkomt men dat de rechter deze keuze maakt (zie *supra*, nr. 496).

712. Men stelt de autonomie van de kwetsbare meerderjarige eveneens veilig als men de lasthebber verplicht om zijn lastgever in verhouding tot diens begripsver-

mogen bij de uitvoering van de lastgeving te betrekken, minstens wanneer het gaat om belangrijke rechtshandelingen (zie *supra*, nrs. 499-501). Op die manier kan hij specifieke verlangens van de lastgever te weten komen of kan hij hem zelfs aanmoedigen om een bepaalde beslissing zelf te nemen als hij merkt dat de lastgever daartoe in staat is (zie *supra*, nr. 501).

713. Met het oog op de bescherming van de kwetsbare meerderjarige, kan men de lasthebber tevens verplichten om zijn eigen vermogen duidelijk afgescheiden te houden van het vermogen van zijn lastgever, maar dit vloeit in elk geval reeds voort uit zijn zorgvuldigheidsplicht (zie *supra*, nr. 504).

714. Tot slot zou de rechter de bevoegdheid moeten hebben om zich uit te spreken over het loon van de lasthebber (zie *supra*, nrs. 468, 471 en 473). Zelfs wanneer de lastgever uitdrukkelijk heeft bepaald dat de lastgeving kosteloos is, moet hij de lasthebber een loon kunnen toekennen wanneer dat redelijk is, rekening houdend met de omvang van diens taak en zijn relatie met de lastgever. Het alternatief is immers dat de lasthebber zijn taak weigert en dat de rechter een bewindvoerder moet aanstellen, die eveneens moet worden vergoed (zie *supra*, nr. 471). Naast een loonsverhoging, moet ook een loonsvermindering mogelijk zijn, namelijk wanneer het afgesproken salaris buiten verhouding staat tot het geleverde werk (zie *supra*, nr. 473).

AFDELING X. CONTROLE OP DE UITVOERING VAN DE LASTGEVING

715. De lasthebber mag er niet van rechtswege toe gehouden zijn om verantwoording af te leggen aan een publieke instantie. De lastgeving biedt de lastgever net de mogelijkheid om het beheer van zijn vermogen in een private sfeer, bijvoorbeeld in familiekring, te laten plaatsvinden. Aspecten die normaal gezien via de rechter worden geregeld, zoals de benoeming van een vertegenwoordiger en de samenstelling van diens takenpakket, kunnen via de lastgeving op buitengerechtelijke wijze gebeuren. Daartoe behoort mijns inziens ook de controle op het vermogensbeheer. In plaats van de rechter bij dit beheer te betrekken, zou de lastgever met andere woorden verplicht moeten worden om zelf controlemodaliteiten in zijn volmacht op te nemen (zie *supra*, nrs. 519-521 en 541). Het voorgestelde verplichte formulier kan hiervoor een afzonderlijk luik bevatten (zie *supra*, nrs. 214 en 525). Zonder de aanwezigheid van deze modaliteiten zou de registratie van het document moeten worden geweigerd (zie *supra*, nr. 525).

716. De rechter moet uiteraard wel kunnen tussenkomen als dit noodzakelijk is, namelijk als de belangen van de kwetsbare meerderjarige door de lastgeving in

het gedrang komen, bijvoorbeeld door onkunde van de lasthebber of doordat de lastgeving een te beperkt toepassingsgebied blijkt te hebben (zie *supra*, nr. 546). De parameter 'belangen van de kwetsbare meerderjarige' overkoepelt enerzijds het financiële welzijn van de meerderjarige maar anderzijds ook zijn persoonlijke autonomie. Een rechterlijke tussenkomst is dus vereist wanneer zou blijken dat de lasthebber zijn instructies niet naleeft (zie *supra*, nrs. 171 en 548).

717. Ten eerste moet de rechter de mogelijkheid hebben om modaliteiten te verbinden aan de lastgeving, zoals een rekenschapsplicht of de verplichting om hem voor bepaalde rechtshandelingen om een machtiging te vragen (zie *supra*, nrs. 566-567). Het buitengerechtigde regime krijgt dan rechterlijke kenmerken maar het is nog steeds geen zuiver bewind. Het mandaat blijft de centrale spil in het vermogensbeheer (zie *supra*, nr. 565 en 607). Om die reden moet de rechter ook de opdracht van de lasthebber kunnen aanpassen, door een toegekende bevoegdheid te wijzigen of de inhoud van de lastgeving uit te breiden (zie *supra*, nrs. 576-578 en 613-614). In laatste instantie kan hij de lastgeving beëindigen, maar daarbij is wel van belang dat hij het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel in acht neemt. Het deel van de lastgeving dat volstaat voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige moet hij behouden (zie *supra*, nrs. 584 en 611). Ook indien hij de lastgeving integraal vervangt door een bewind, moet hij beide beginselen respecteren en de ingreep op de persoonlijke autonomie van de kwetsbare meerderjarige tot een minimum beperken. Als hij het bewind bijvoorbeeld instelde omdat de lasthebber niet (langer) de aangewezen persoon was om de lastgever te vertegenwoordigen, dan is het van belang dat de bewindvoerder de instructies naleeft die in de volmacht waren opgenomen; daar was immers niets mee aan de hand (zie *supra*, nrs. 583 en 614).

718. De bestudeerde stelsels kennen de rechter terecht niet de bevoegdheid toe om de lasthebber te vervangen (zie *supra*, nr. 580). Dit zou in strijd zijn met het hoogstpersoonlijke karakter van de keuze van een vertegenwoordiger; men kan niet veronderstellen dat de lastgever eender wie in een buitengerechtigde context voor hem zou willen laten optreden (zie *supra*, nrs. 583 en 612).

AFDELING XI. BEËINDIGING VAN DE LASTGEVING

719. Het is niet noodzakelijk dat een lastgevingsovereenkomst die in werking is getreden bij wilsonbekwaamheid van de lastgever eindigt zodra deze terug over zijn normale intellectuele capaciteiten beschikt (zie *supra*, nrs. 621 en 703). De lastgever kan het mandaat van de lasthebber in dat geval gewoon herroepen. Het is zelfs aangewezen om de lastgeving te laten voortbestaan, want ze kan dan nadien terug worden gebruikt, mocht dat nodig zijn (zie *supra*, nrs. 621 en 7??). Het is wel

vereist dat de wetgever, zo niet de lastgever zelf, de interne bevoegdheid van de lasthebber tijdens periodes van wilsbekwaamheid schorst. Dit vormt een toepassing van de loyaliteitsplicht van de lasthebber (zie *supra*, nrs. 395, 407, 621 en 763).

720. De lastgever zou op elk moment een einde moeten kunnen maken aan de lastgeving (zie *supra*, nrs. 453, 464 en 627). Er is geen reden waarom men hem dat recht zou moeten ontzeggen. Dat hij niet in staat is om bepaalde vermogensrechtelijke handelingen te stellen, betekent niet noodzakelijk dat hij niet kan beslissen of hij al dan niet nog door de lasthebber vertegenwoordigd wil worden (zie *supra*, nr. 464). Voor zijn bescherming houdt deze herroeping geen risico's in: indien zou blijken dat de herroeping niet berust op een geldige toestemming, dan kan de lasthebber deze rechtshandeling aanvechten. Is de lastgever wel wilsbekwaam, dan moet men zijn keuze respecteren (zie *supra*, nrs. 453, 464 en 627). Als hij nadien opnieuw bescherming nodig zou hebben, dan kan de rechter een bewind instellen (zie *supra*, nrs. 453 en 464). Wel zou een wetgever de herroeping afhankelijk kunnen maken van vormvereisten om het risico op een herroeping in een toestand van wilsonbekwaamheid te verminderen (zie *supra*, nrs. 454 en 628).

721. Ook de lasthebber moet steeds uit de lastgevingsverhouding kunnen stappen. Voor de bescherming van de kwetsbare meerderjarige is het wel noodzakelijk hem enerzijds te verplichten om de rechter over zijn beslissing te informeren en anderzijds om zijn taak verder uit te voeren totdat de rechter een bewindvoerder heeft aangesteld, tenzij de lastgever zelf een opvolger in zijn volmacht heeft aangeduid (zie *supra*, nrs. 630-631).

722. Voor het overige dient de lastgeving een einde te nemen bij het overlijden van de lastgever of de lasthebber (zie *supra*, nrs. 637-638) en in geval zij failliet worden verklaard (zie *supra*, nrs. 230, 639, 642 en 657). De bescherming van de kwetsbare meerderjarige gebiedt tot slot dat zij ophoudt te bestaan wanneer de lasthebber zelf onder (buiten)gerechtelijke bescherming wordt geplaatst (zie *supra*, nrs. 231 en 648).

HOOFDSTUK III

SAMENGEVAT: KRACHTLIJNEN VAN HET ONDERZOEK

Aanbeveling 1:

De lastgeving eindigt bij wilsonbekwaamheid van de lastgever indien niet aan de wettelijke vereisten van het bijzondere regime is voldaan (zie *supra*, nr. 683). Het is evenwel niet noodzakelijk dat een volmacht die reeds uitvoering kreeg voor de wilsonbekwaamheid van de lastgever in een specifieke vorm wordt opgesteld (zie *supra*, nr. 684).

Aanbeveling 2:

De lastgeving heeft voorrang op het bewind, tenzij dit het welzijn van de kwetsbare meerderjarige in het gedrang brengt (zie *supra*, nrs. 685-686). Tegenover vertegenwoordiging door de echtgenoot of de wettelijk of feitelijk samenwonende partner van de kwetsbare meerderjarige is de lastgeving subsidiair met betrekking tot de gemeenschappelijke of onverdeelde goederen (zie *supra*, nr. 687).

Aanbeveling 3:

De lastgever dient verplicht een specifiek formulier in te vullen als hij een volmacht onder opschortende voorwaarde van wilsonbekwaamheid wenst te verlenen (zie *supra*, nr. 688). Hij moet dit formulier eigenhandig invullen, dateren en ondertekenen. Het document moet tevens de handtekening van de lasthebber bevatten (zie *supra*, nr. 689).

Aanbeveling 4:

De lasthebber mag niet optreden voor een wilsonbekwame lastgever als hij minderjarig is, failliet is of zelf onder bescherming staat. Daarnaast mag de lastgever medische beroepsbeoefenaars, apothekers of medisch hulppersoneel die instaan voor zijn verzorging (behalve familieleden of personen die voorheen reeds een vertrouwensband met hem hadden) niet als lasthebber aanduiden (zie *supra*, nr. 690).

Aanbeveling 5:

Alle handelingen die vatbaar zijn voor conventionele vertegenwoordiging kunnen het voorwerp uitmaken van de lastgeving (zie *supra*, nr. 692). In het bijzonder

kan de lastgever zijn lasthebber toelaten om in zijn plaats te schenken, maar hij dient dan wel het voorwerp, de begunstigde en de modaliteiten van de schenking te preciseren (zie *supra*, nr. 693). Plaatsvervangend testeren is niet mogelijk (zie *supra*, nr. 695).

Aanbeveling 6:

De lastgever moet laten registreren dat hij een volmacht heeft opgesteld en wie de lasthebber is. Ook de beëindiging van de lastgeving moet in het register worden opgenomen (zie *supra*, nr. 696). Derden die inzage willen krijgen in het register, moeten hun aanvraag motiveren (zie *supra*, nr. 697).

Aanbeveling 7:

De lastgever kiest zelf de modaliteiten van de inwerkingtreding van de lastgeving (zie *supra*, nr. 698). Als hij de beoordeling van wilsonbekwaamheid overlaat aan zijn lasthebber, dan moet deze steeds de mogelijkheid hebben om een beroep te doen op de rechter. Bovendien is hij voor een vroegtijdig optreden slechts aansprakelijk als hij wist of redelijkerwijze kon weten dat zijn lastgever nog in staat was om de betrokken rechtshandeling zelf uit te voeren (zie *supra*, nr. 700). Ook derden te goeder trouw genieten bescherming tegen een verkeerde beoordeling van wilsonbekwaamheid (zie *supra*, nr. 701). Bij gedeeltelijke wilsonbekwaamheid treedt de lastgeving slechts gradueel in werking (zie *supra*, nr. 702). Bij tijdelijke wilsbekwaamheid blijft de lastgeving voortbestaan maar is de lasthebber er intern toe gehouden om niet op te treden (zie *supra*, nr. 703).

Aanbeveling 8:

De inwerkingtreding van de lastgeving maakt de lastgever niet van rechtswege handelingsonbekwaam (zie *supra*, nr. 704). De rechter moet wel de mogelijkheid hebben om een handelingsonbekwaamheid uit te spreken indien de bescherming van de kwetsbare meerderjarige dit vereist, bijvoorbeeld in geval van verkwisting (zie *supra*, nr. 706). Deze handelingsonbekwaamheid is bij voorkeur beperkt, in die zin dat de lasthebber de handelingen van zijn lastgever enkel mag aanvechten wanneer zij nadelig of buitensporig zijn (zie *supra*, nr. 707). Derden die met een wilsonbekwame handelingsbekwame lastgever contracteren mogen niet in een nadeligere positie staan dan derden die contracteren met een meerderjarige onder bewind (zie *supra*, nr. 708).

Aanbeveling 9:

De lasthebber moet zich loyaal gedragen tegenover zijn lastgever. Dit betekent dat hij zijn lastgever niet mag vertegenwoordigen bij een belangenconflict of wanneer hij vaststelt dat de lastgever de betrokken rechtshandeling zelf kan stellen (zie *supra*, nr. 710). Hij moet tevens op elk moment verantwoording kunnen afleggen over de uitvoering van zijn opdracht en zijn eigen vermogen gescheiden houden van dat van de lastgever (zie *supra*, nrs. 710 en 713). Voor welbepaalde rechtshan-

delingen is plaatsvervangings mogelijk. Volledige plaatsvervangings kan evenwel slechts met toelating van de lastgever in de volmacht (zie *supra*, nr. 711). Voorts moet de lasthebber de lastgever in verhouding tot diens begripsvermogen bij de uitvoering van de lastgeving betrekken (zie *supra*, nr. 712). Tot slot kan de rechter zich uitspreken over het loon van de lasthebber (zie *supra*, nr. 714).

Aanbeveling 10:

De lasthebber hoeft geen verantwoording af te leggen aan een publieke instantie. De lastgever is verplicht om zelf controlemodaliteiten in zijn volmacht op te nemen (zie *supra*, nr. 715). De rechter kan wel tussenkomen wanneer dit voor de belangen van de kwetsbare meerderjarige noodzakelijk is. Hij kan modaliteiten opleggen, de bevoegdheden van de lasthebber aanpassen, de lastgeving aanvullen met een bewind of (in laatste instantie) de lastgeving (bij voorkeur gedeeltelijk) beëindigen (zie *supra*, nr. 717). Hij mag de lasthebber niet vervangen (zie *supra*, nr. 718).

Aanbeveling 11:

De lastgever en lasthebber kunnen op elk moment een einde maken aan de lastgeving. De lasthebber moet zijn beslissing meedelen aan de rechter en zijn taak verder blijven uitvoeren totdat een bewindvoerder is aangesteld (zie *supra*, nrs. 720-721). Tevens eindigt de lastgeving bij overlijden van de lastgever of de lasthebber, bij hun faillissement en wanneer de lasthebber zelf onder (buiten-) gerechtelijke bescherming wordt geplaatst (zie *supra*, nr. 722). Het herstel van wilsbekwaamheid beïnvloedt het voortbestaan van de lastgeving niet (zie *supra*, nr. 719).

BIBLIOGRAFIE

BELGIË

1. BOEKEN

- BARBAIX, R., *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 1130 p.
- DAMBRE, M., *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2012, 487 p.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 1167 p.
- DE WULF, C., *Het opstellen van notariële akten*, III, Mechelen, Kluwer, 2005, 724 p.
- DE WULF, C., *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 955 p.
- DEKKERS, R. en CASMAN, H., *Handboek Burgerlijk Recht – deel IV*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 917 p.
- DEKKERS, R. en WYLLEMAN, A., *Handboek Burgerlijk Recht – deel I*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 420 p.
- DEKKERS, R., VERBEKE, A.-L., CARETTE, N. et al., *Handboek Burgerlijk Recht – deel III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 820 p.
- DELVOIE, J., *Orgaantheorie in rechtspersonen van privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 590 p.
- DEVROE, W., *Rechtsvergelijking in een context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2010, 298 p.
- HOEKX, N., *Kansspelen op het internet. Een rechtsvergelijkende analyse van regels en belangen*, Brussel, Larcier, 2011, 606 p.
- LEMMENS, C., *De minderjarige en de Wet Patiëntenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 136 p.
- MOMBERG URIBE, R., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 328 p.
- PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J. et al., *Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1345 p.
- PINTENS, W., *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 265 p.
- ROTHIER, K., *Verlengde minderjarigheid: de rechtspositie van de mentaal gehandicapte*, Brugge, die Keure, 2010, 253 p.
- SAGAERT, V., TILLEMEN, B. en VERBEKE, A.L., *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 482 p.
- SAMOY, I., *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 762 p.
- STIJNS, S., *Leerboek verbintenissenrecht 1*, Brugge, die Keure, 2005, 559 p.
- SWENNEN, F., *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 879 p.
- SWENNEN, F., *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 572 p.
- TILLEMEN, B., *Lastgeving*, Deurne, E. Story-Scientia, 1997, 396 p.

- VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 436 p.
- VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949 p.
- VERBEKE, A.L. en BARBAIX, R., *Kernbegrippen familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 318 p.
- VERBEKE, A.L., ARTESCHENE, I., BRULEZ, P. *et al.*, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 316 p.
- WÉRY, P., *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 341 p.
- WYLLEMAN, A., *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 586 p.

2. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- BAEL, J., “De nieuwe wettelijke regeling inzake het bewind en de planning van de nalatenschappen van de ouders van een mentaal gehandicapt kind”, *T. Not.* 2014, 130-180.
- DE BONDT, W., “De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten”, *TBBR* 1996, 369-403.
- DE GROOT, G.-R., “Bescherming van meerderjarigen: enkele rechtsvergelijkende notities” in BOELE-WOELKI, K. en MOSTERMANS, E. (eds.), *Volwassen maar onzelfstandig: meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 35-60.
- DE VOGELAERE, W., “Conventionele lastgeving: organiseer zelf uw onbekwaamheid”, *Nieuwsbrief Notariaat* 2013, afl. 17, 7-8.
- DE WULF, C., “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, 254-326.
- DEGUEL, F., “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, 290-316.
- DELAHAYE, T. en HACHEZ, F., “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, 465-479.
- FAVREAU, B., “La Charte des Droits Fondamentaux: pourquoi et comment?” in FAVREAU, B. (ed.), *La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, Brussel, Bruylant, 2010, 3-37.
- FIERENS, J., “La dignité humaine comme concept juridique”, *JT* 2002, 577-582.
- GABRIËLS, A., “Schenken onder levenden en testen door personen onder voorlopig bewind: een analyse”, *NFM* 2012, 2-17.
- GEELHAND DE MERXEM, N., “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, 16-61.
- GIJBELS, K., “De nieuwe regeling inzake beschermde personen” in X. (ed.), *Familierecht en familiaal vermogensrecht in beweging*, Mechelen, Kluwer, 2013, 29-64.
- GILLIS, R., “Plaatsvervanging bij lastgeving”, *NJW* 2012, 154-207.

- JANSEN, S., “Het Nederlandse recht inzake bescherming van meerderjarigen en aanbeveling No. R (99) 4 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de Lidstaten omtrent wilsonbekwame volwassen personen” in BOELE-WOELKI, K. en MOSTERMANS, E. (eds.), *Volwassen maar onzelfstandig: meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 19-33.
- KLEIN GOLDEWIJK, B., “From Seattle to Porto Alegre: emergence of a new focus on dignity and the implementation of economic, social and cultural rights” in KLEIN GOLDEWIJK, B., CONTRERAS BASPINEIRO, A. en CARBONARI, P.C. (eds.), *Dignity and human rights*, Antwerpen, Intersentia, 3-16.
- LABEEUW, N., “Art. 938 BW” in X. (ed.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006, 1-12.
- LELEU, Y.-H., “La protection conventionnelle des personnes vulnérables” in LELEU, Y.-H. (ed.), *Administration provisoire, questions pratique: gestion des avoirs financiers et conclusion de contrats*, Luik, Anthemis, 2010, 225-264.
- MASSCHELEIN, M.A., “De invoering van één globaal beschermingsstatuut voor wilsonbekwame personen”, *NNK* 2013, 3-12.
- MATTHEWS, P., “Perspective 5 Comparative law – United Kingdom” in CASTELEIN, C., FOQUÉ, R. en VERBEKE, A.L. (eds.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society: five perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 123-151.
- MOSSELMANS, S. en VAN THIENEN, A., “Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013”, *T.Fam.* 2014, 60-96.
- PARREIN, F., “Het schijnmandaat: de toerekenbaarheid van de schijn aan de schijnlastgever”, *TRV* 2013, 390-403.
- PINTENS, W. en VERBEKE, A., “Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige”, *RW* 1991-92, 169-180.
- PINTENS, W., “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in MAERTENS, S. en BENOIT, G. (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind. Actualités autorité parentale, tutelle et administration provisoire.*, Brugge, die Keure, 2004, 3-45.
- PINTENS, W., “Wilsverklaringen en patiëntenrechten” in MICHIELENS, A., ALOFS, E., BYTTEBIER, K., et al. (eds.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 351-365.
- REUSENS, F., “Petit aperçu de la grande réforme du droit belge des incapacités”, *Annales de Droit de Louvain* 2014, 5-20.
- ROTHIER, K., “De nieuwe wet tot hervorming van het statuut van onbekwamen: Een overzicht vanuit vogelperspectief”, *NFM* 2013, 182-203.
- SCHOLS, F., “Het ontbreken van de uiterste wil – Wills for persons lacking capacity; een eerste gedachte”, *TPR* 2009, 143-227.
- SEYNS, S., “Nieuwe wetgeving” in PINTENS, W. en DECLERCK, C. (eds.), *Patrimonium 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 91-120.
- SINDING AASEN, H., “Dignity and human rights in the modern welfare state” in SINDING AASEN, H., HALVORSEN, R. en BARBOSA DA SILVA, A. (eds.), *Human rights, dignity and autonomy in health care and social services: Nordic perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 53-68.

- STIJNS, S. en JANSEN, S., “Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht” in DEKETELAERE, K. (ed.), *Themis Verbintenissenrecht 75*, Brugge, die Keure, 2012, 1-50.
- SWENNEN, F. en ROBERT, T., “De toezichthouders op het beheer (de beheerders) van ander-mans vermogen – capita selecta”, *RW* 2003-04, 1614-1631.
- SWENNEN, F., “De meerderjarige beschermde personen (deel I)”, *RW* 2013-14, 563-576.
- TILLEMANS, B., DURSIN, E., TERRY, E., *et al.*, “[Lastgeving] Kwalificatieproblemen – Gel-digheidsvereisten”, *TPR* 2010, 601-624.
- VAN DEN BROECK, A., “De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief”, *TEP* 2014, 74-99.
- VAN DEN BROECK, A., “Vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen via lastge-ving” in X. (ed.), *Recht in beweging. 21ste VRG Alumnidag 2014*, Antwerpen, Maklu, 2014, 291-303.
- VAN OEVEREN, A., “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht” in VAN HOECKE, M. (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 95-157.
- VANDERHULST, V., “Gerechtigde indeplaatsstelling of bewind: welk statuut geniet voor-rang bij gehuwden?”, *NFM* 2013, 158-169.
- VERBEKE, A. en VERVOORT, I., “Comparant bij volmacht” in BAEL, J., BOCKEN, H., DEVOS, S. *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 475-491.
- WARDLE, L.D., “Reconciling private autonomy and public interests in family law” in VER-beke, A.L., SCHERPE, J.M. en DECLERCK, C. (eds.), *Liber Amicorum Walter Pintens*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1747-1761.
- WÉRY, P., “Contrats divers – mandat” in *Rép. Not.*, IX, Brussel, Larcier, 2000, 56-320.
- WUYTS, T., “Onbekwamen in het vermogensrecht” in CARETTE, N. en BARBAIX, R. (eds.), *Tendensen Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 85-165.
- WYLLEMAN, A., “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbe-kwamen” in WYLLEMAN, A. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2013, 105-142.
- WYLLEMAN, A. en DE WULF, C., “Kan er nog gebruik gemaakt worden van een volmacht in geval van feitelijke onbekwaamheid van de lastgever?” (CSW dossier 4397), onuitg.

3. ANNOTATIES BIJ RECHTSPRAAK

- MARYSSE, S., “Over (bindende) prijsbepaling door een derdebeslissende en schending van de bindende kracht van de overeenkomst (door de rechter)” (noot onder Cass. 31 oktober 2008), *TBBR* 2010, 338-352.
- SAMOY, I., “Over de mogelijkheid van plaatsvervangende bij lastgeving: lastgeving is al lang geen vriendendienst meer ...” (noot onder Cass. 6 februari 2006), *TBBR* 2007, 103-104.
- SWENNEN, F., “Voorlopig bewind en verkwisting” (noot onder Vred. Westerlo 16 oktober 2003), *RW* 2004-05, 114-115.
- VAN LOOCK, S., “De feitelijke bekwaamheid en de handelingsbekwaamheid van een last-hebber” (noot onder Cass. 7 januari 2010), *RW* 2012, 1594-1597.
- WUYTS, T., “De retroactieve werking van de handelingsonbekwaamheid van de persoon geplaatst onder voorlopig bewind: zegen of vloek?” (noot onder Brussel 21 maart 2007), *TBBR* 2008, 82-87.

4. PARLEMENTAIRE VOORBEREIDINGEN

- Parl. St. Kamer* 1990-1991, nr. 1654/2, 11 p.
Parl. St. Kamer 1999-2000, nr. 50-0576/001, 253 p.
Parl. St. Kamer 2010-2011, nr. 53-1031/001, 15 p.
Parl. St. Kamer 2010-2011, nr. 53-1009/001, 141 p.
Parl. St. Kamer 2010-2011, nr. 53-1009/002, 78 p.
Parl. St. Kamer 2011-2012, nr. 53-1009/010, 389 p.
Parl. St. Kamer 2013-2014, nr. 53-3149/004, 74 p.
Parl. St. Kamer 2013-2014, nr. 53-3149/008, 100 p.

DUISSLAND

1. BOEKEN

- FENGE, A., *Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 253 p.
- FISCHER, A., *Selbstbestimmung durch Vorsorgevollmacht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Vorsorgevollmacht im deutschen, englischen und französischen Recht im Lichte der Selbstbestimmung*, Passau/Straatsburg, Universiteit Passau/Straatsburg, 2008, 436 p.
- KIRCHHOFF, U., *Das Rechtsfolgenstatut der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der Geschäftsunfähigkeit*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, 220 p.
- KROPFENBERG, I., *Privatautonomie von Todes wegen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 410 p.
- LIPP, V., *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson: zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, 276 p.
- LIPP, V., RÖTHEL, A. en SPALCKHAVER, J., *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, München, Verlag Franz Vahlen, 2009, 637 p.
- MÜLLER, G. en RENNER, T., *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Münster, ZAP Verlag, 2011, 487 p.
- RAMSER, C., *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, 154 p.
- RAUTNER, T., *Die Vorsorgevollmacht – ein Rechtsvergleich. Das österreichische Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2010, 129 p.
- SEICHTER, J., *Einführung in das Betreuungsrecht*, Heidelberg, Springer, 2010, 309 p.
- VON JHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1898, 674 p.
- VON SACHSEN-GESSAPHE, K.A., *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, 539 p.
- WALTER, U., *Die Vorsorgevollmacht*, Bielefeld, Giesecking, 1997, 270 p.

2. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- AEBI-MÜLLER, R. en BIENZ, S., "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in der Schweiz" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D., *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 57-86.
- ALBRECHT, A., "Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung als Instrumente der Vorsorgenden Rechtspflege" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D., *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 45-55.
- ARNOLD, A., "§ 137 BGB" in WESTERMANN, H.P. (ed.), *Erman BGB Kommentar*, Keulen, Otto Schmidt Verlag, 2011.
- BAUER, A. en KLIE, T., "Wie ist eine Betreuung vermeidbar? Praktische Gestaltungsfragen von Vorsorgevollmachten und der Grundsatz der Subsidiarität der gesetzlichen Betreuung", *FPR* 2004, 671-677.
- BAUMANN, W., "Generalvollmachten als Vorsorgevollmachten", *MittRhNotK* 1998, 1-8.
- BIENWALD, W., "Rechtliche Betreuung" in ENGLER, H. (ed.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: rechtliche Betreuung und Pflegschaft*, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2006, 1-1072.
- BÜHLER, M., "Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 2001, 1585-1597.
- BÜHLER, M., "Vorsorgevollmacht zur Vermeidung einer Gebrechlichkeitpflegschaft oder Betreuung", *BWNotZ* 1990, 1-5.
- CYPIONKA, B., "Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechtsverkehr", *NJW* 1992, 207-211.
- DE CONINCK, J., "The functional method of comparative law: quo vadis?", *RabelsZ* 2010, 318-350.
- DI FABIO, U., "Form und Freiheit", *DNotZ* 2006, 342-350.
- DIECKMANN, J. en JURGELEIT, A., "Die Reform des Betreuungsrechts", *BtPrax* 2002, 135-140.
- DODEGGE, G. en ROTH, A., *Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht*, Keulen, Bundesanzeiger Verlag, 2010, 807 p.
- DÖRNER, H., "BGB § 105 Nichtigkeit der Willenserklärung" in SCHULZE, R. (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2012.
- EINSELE, D., "BGB § 131 Wirksamwerden gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen" in BUSCHE, J. en CASPER, M. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- FERRAND, F., "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Frankreich" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D., *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 223-243.
- FERRARI, S., "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Österreich" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D., *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 139-160.
- FISCHER, D., "BGB § 665" in BAMBERGER, G. en ROTH, H. (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2013.

- FISCHER, D., "BGB § 673" in BAMBERGER, G. en ROTH, H. (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Munchen, Verlag C.H. Beck, 2014.
- GÖRK, S., "Das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer – ein zentraler Baustein bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts", *FPR* 2007, 82-84.
- HEERMANN, P.W., "BGB § 675 Entgeltliche Geschäftsbesorgung" in BUSCHE, J. en CASPER, M. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Munchen, Verlag C.H. Beck, 2012.
- HOPF, G., "§ 280 ABGB" in KOZIOL, H., BYDLINSKI, P. en BOLLENBERGER, R. (eds.), *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, Wenen, Springer, 2007, 236-237.
- JÜRGENS, A., "BGB § 1896 Voraussetzungen" in JÜRGENS, A. (ed.), *Betreuungsrecht*, Munchen, Verlag C.H. Beck, 2014.
- KEILBACH, H., "Vorsorgeregelungen zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende", *FamRZ* 2003, 969-982.
- KOHLER, C. en PINTENS, W., "Familienrechtliche Entwicklungen in der Europäischen Union und im Europarat", *FamRZ* 2008, 1669-1672.
- KRAUß, D., "Vermeidung einer Betreuung durch Erteilung einer Vollmacht", *BWNotZ* 1999, 86-90.
- KROPP, G., "Die Vorsorgevollmacht", *FPR* 2012, 9-13.
- KURZE, D., "Die Kontrollbetreuung", *NJW* 2010, 2220-2224.
- LABAND, P., "Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch", *ZHR* 1866, 183-241.
- LIEDER, J., "Trennung und Abstraktion im Recht der Stellvertretung", *JuS* 2014, 393-398.
- LIPP, V., "Erwachsenenschutz und Verfassung – Betreuung, Unterbringung und Zwangsbehandlung", *FamRZ* 2013, 913-923.
- LIPP, V., "Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit", *BtPrax* 2008, 51-56.
- LOCHER, M., "Vorsorge durch Vollmachtserteilung", *FamRB* 2004, 30-34.
- LOCHER, M., "Vorsorge durch Vollmachtserteilung II", *FamRB* 2004, 58-62.
- LÖHNIG, M., "Probleme der Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D. *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 15-26.
- LORENZ, S., "Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht", *JuS* 2010, 771-774.
- MÜLLER, G., "Altersvorsorgevollmacht – Gestaltung ihres Inkrafttretens", *DNotZ* 1997, 100-113.
- MÜLLER-FREIENFELS, W., "Die Altersvorsorgevollmacht" in HORN, N. (ed.), *Festschrift Helmut Coing*, Munchen, Beck, 1982, 395-422.
- MÜLLER-FREIENFELS, W., "Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht" in FORSTMOSER, P., GIGER, H. en HEINI, A. (eds.), *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 1989, 35-70.
- PINTENS, W., "Erwachsenenschutz, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in Belgien" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D. *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 263-280.
- PREISNER, M., "Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa – Zusammenfassung" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D. *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 327-356.
- RÖTHEL, A., "Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge", *FamRZ* 2004, 999-1005.
- RÖTHEL, A., "Form und Freiheit der Patientenautonomie", *AcP* 2011, 196-220.

- SCHMITT, J., "BGB § 104 Geschäftsunfähigkeit" in SÄCKER, F.J. en RIXECKER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SCHNYDER, B., "Auf dem Weg zu einem umfassenden schweizerischen Erwachsenenschutzrecht", *FamRZ* 2006, 1569-1577.
- SCHRAMM, K.-H., "BGB § 164 Wirkung der Erklärung des Vertreters" in SÄCKER, F.J. en RIXECKER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SCHRAMM, K.-H., "BGB § 167 Erteilung der Vollmacht" in SÄCKER, F.J. en RIXECKER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SCHRAMM, K.-H., "BGB § 168 Erlöschen der Vollmacht" in SÄCKER, F.J. en RIXECKER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SCHWAB, D., "Betreuung und private Fürsorge" in LANGE, H., NÖRR, W.K. en WESTERMANN, H.P. (eds.), *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993, 815-824.
- SCHWAB, D., "BGB § 1896" in SÄCKER, F.J. en RIXECKER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SCHWAB, D., "BGB § 1896 Voraussetzungen" in SCHWAB, D. (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2008.
- SCHWAB, D., "Probleme der Vorsorgevollmacht" in BAUER, H.-J. (ed.), *Versorgung und Vorsorge – Familienrecht in Bewegung*, Berlin, BWV, 2004, 27-49.
- SCHWAB, D., "Selbstbestimmung im Alter", *ZBJV* 2006, 561-579.
- SCHWAB, D., "Vertrauen ohne Kontrolle? Zur 'Vorsorgevollmacht' und ihren Grenzen" in X. (ed.), *Ksiega Pamiatkowa Ku Czci Profesora Leopolda Steckiego*, Torún, Tnoik Dom Organizatora, 1997, 277-292.
- SCHWAB, D., "Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?" in BAYER, W. en KOCH, E. (eds.), *Aktuelle Fragen des Familienrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009, 111-125.
- SCHWENNEKER, B., "§ 137 BGB" in HAAG, O. en LÖFFLER, J. (eds.), *HGB Kommentar*, Keulen, ZAP Verlag, 2013.
- SEILER, H., "BGB § 662 Vertragstypische Pflichten beim Auftrag" in BUSCHE, J. en CASPER, M. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SEILER, H., "BGB § 665 Abweichung von Weisungen" in BUSCHE, J. en CASPER, M. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SEILER, H., "BGB § 671 Widerruf; Kündigung" in BUSCHE, J. en CASPER, M. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SEILER, H., "BGB § 672 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers" in BUSCHE, J. en CASPER, M. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- SPANL, R., "Zur Formbedürftigkeit einer Vorsorgevollmacht", *Rpfleger* 2006, 455-457.
- SPICKHOFF, A., "Autonomie und Heteronomie im Alter", *AcP* 2008, 345-415.
- SPICKHOFF, A., "Selbstbestimmung im Alter – Möglichkeiten und Grenzen", *ZfRV* 2008, 33-41.
- STEINER, A., "Österreich: Vorsorgevollmacht und Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger", *ZEV* 2007, 429-430.
- STOLZ, K., "Betreuung ist gut, Vorsorge ist besser (?)", *BWNotZ* 1998, 75-79.
- WALTER, U., "Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht", *FamRZ* 1999, 685-695.

- WALTER, U., "Vorsorgevollmacht und Überwachungsbetreuung", *ZEV* 2000, 353-356.
- WARD, A., "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung in Großbritannien" in LÖHNIG, M., SCHWAB, D., HENRICH, D. *et al.* (eds.), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa*, Bielefeld, Giesecking, 2011, 201-221.
- ZIMMERMANN, T., "Die Vertretung in höchstpersönlichen Angelegenheiten – neuere Entwicklungen im Betreuungsrecht", *BWNotZ* 1998, 101-113.

3. ANNOTATIES BIJ RECHTSPRAAK

- ZIMMERMANN, M.J., "Die Bestellung eines Betreuers mit dem Wirkungskreis „Vertretung in Behördenangelegenheiten“ ermächtigt diesen nicht zur Vertretung des Betroffenen im Ehescheidungsverfahren." (noot onder OLG Zweibrücken 12 april 2011), *FamFR* 2011, 312.

4. PARLEMENTAIRE VOORBEREIDINGEN

- BT-Drucks. 1989, nr. 11/4528, 236 p.
- BT-Drucks. 1997, nr. 13/7158, 58 p.
- BT-Drucks. 2003, nr. 15/2253, 22 p.
- BT-Drucks. 2004, nr. 15/2494, 49 p.

ENGELAND & WALES

1. BOEKEN

- BARTLETT, P. en SANDLAND, R., *Mental health law: policy and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 700 p.
- BEALE, H.G., *Chitty on contracts – volume 1: General principles*, Londen, Sweet and Maxwell, 2012, 2480 p.
- BEALE, H.G., *Chitty on contracts – volume 2: Specific contracts*, Londen, Sweet and Maxwell, 2008, 1928 p.
- CAPPS, P., *Human dignity and the foundations of international law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 294 p.
- EMILIOU, N., *The principle of proportionality in European Law*, Londen, Kluwer Law International, 1996, 288 p.
- FRIDMAN, G.H.L., *The law of agency*, Londen, Butterworths, 1996, 434 p.
- HERRING, J., *Family law*, Harlow, Pearson Education Limited, 2004, 772 p.
- KERRIDGE, R. en BRIERLEY, A.H.R., *Parry and Kerridge: the law of succession*, Londen, Sweet and Maxwell, 2009, 668 p.
- LUSH, D., *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, Bristol, Jordans, 2009, 606 p.

- MCKENDRICK, E., *Contract law – Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 1270 p.
- PEEL, E. en TREITEL, G.H., *Treitel – The law of contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 1212 p.
- POOLE, J., *Textbook on contract law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 639 p.
- SMITS, J.M., *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 192 p.
- WATTS, P. en REYNOLDS, F.M.B., *Bowstead and Reynolds on agency*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 785 p.
- ZWEIGERT, K. en KÖTZ, H., *An introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 714 p.

2. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- PALIN, A., “Traps for the unwary – lasting powers of attorney”, *PCB* 2013, 310-313.
- FARRAND, J.T., “Enduring Powers of Attorney” in EEKELAAR, J.M. en PEARL, D. (eds.), *An aging world: dilemmas and challenges for law and social policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 637-652.
- HODSON, P., “Modern role and benefits of a protector”, *Int.LegalPrac.* 2003, 89-91.
- HURFORD, J., “‘Take then thy bond’: enforcing contracts against incapacitate parties after the Mental Capacity Act”, *Elder Law Journal* 2013, afl. 1, 61-68.
- LEWIS, O., “Advancing legal capacity jurisprudence”, *E.H.R.L.R.* 2011, 700-714.
- MARTIN, A., “Powers of attorney – peace of mind or out of control?”, *Conv.* 2008, 11-29.
- MCBRIDE, J., “Proportionality and the European Convention on Human Rights” in ELLIS, E. (ed.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999, 23-35.
- MEGRET, F., “The human rights of older persons: a growing challenge”, *H.R.L.R.* 2011, 37-66.
- MICHAELS, R., “The functional method of comparative law” in REIMANN, M. en ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 339-382.
- SCHULTE, B., “Reform of Guardianship Laws in Europe – A Comparative and Interdisciplinary Approach” in EEKELAAR, J.M. en PEARL, D. (eds.), *An aging world: dilemmas and challenges for law and social policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 591-608.
- SERIES, L., “Legal capacity and participation in litigation: recent developments in the European Court of Human Rights” in WADDINGTON, L., QUINN, G. en FLYNN, E. (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, Oxford, Intersentia, 2014, te verschijnen.

3. PARLEMENTAIRE VOORBEREIDINGEN

- THE LAW COMMISSION, *The Incapacitated Principal: Report on a reference under section 3(l)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Londen, 1983, 103 p.

- THE LAW COMMISSION, *Mental Incapacity: Item 9 of the Fourth Programme of Law Reform: Mentally Incapacitated Adults*, Londen, 1995, 290 p.
- LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Who decides? Making decisions on behalf of mentally incapacitated adults*, Londen, The Stationery Office, 1997, z.p.
- 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, 34 p.
- JOINT COMMITTEE ON THE DRAFT MENTAL INCAPACITY BILL, *Draft Mental Incapacity Bill*, Session 2002-03, volume I, 150 p. (www.publications.parliament.uk).
- DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *The Government Response to The Scrutiny Committee's Report on the draft Mental Incapacity Bill*, 2004 (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>).
- DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Consultation Paper on Lasting Powers of Attorney – forms and guidance* (CP 01/06, 20 januari 2006), 82 p. (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>).
- DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Response to consultation: Lasting Powers of Attorney – forms and guidance* (CP 01/06, 17 juli 2006), 55 p. (<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>).

FRANKRIJK

1. BOEKEN

- BATTEUR, A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 602 p.
- CHEN, C.-W., *Apparence et représentation en droit positif français*, Parijs, LGDJ, 2000, 435 p.
- DIDIER, P., *De la représentation en droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000, 461 p.
- LEQUETTE, Y., TERRÉ, F. en SIMLER, P., *Droit civil – Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2013, 1594 p.
- MASSIP, J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Parijs, Defrénois, 2009, 838 p.
- PETERKA, N., CARON-DÉGLISE, A. en ARBELLOT, F., *Droit des tutelles – Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Parijs, Dalloz, 2012, 737 p.
- PUIG, P., *Contrats spéciaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 707 p.
- TERRÉ, F. en FENOUILLET, D., *Droit civil. Les personnes*, Parijs, Dalloz, 2012, 934 p.

2. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- BATTEUR, A., "Contrat et mesures de protection", *JCP N* 2008, 1275 e.v.
- BLOCH, C., KRAJESKI, D. en POUMARÈDE, M., "Contrats de service" in LE TOURNEAU, P. (ed.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012, nr. 3625 – nr. 5706.

- CARLI, P., "Exactitude et probité. – Le mandat notarié de protection future, instrument de la pérennité de gestion de patrimoine", *JCP N* 2009, 1233 e.v.
- CERMOLACCE, A., "Présentation générale des mesures de protection des majeurs. – Entre rupture et continuité", *JCP N* 2008, 1268 e.v.
- DIJOUX, R., "L'autonomie en droit de la protection des majeurs: critiques pratiques", *PA* 2011, afl. 250, 4 e.v.
- FENOUILLET, D., "Le mandat de protection future ou la double illusion", *Defrénois* 2009, 142 e.v.
- FERRÉ-ANDRÉ, S., "Introduction au droit gérontologique", *Defrénois* 2009, 121 e.v.
- FULCHIRON, H., "Le notaire et l'exécution du mandat de protection future", *Defrénois* 2009, 178 e.v.
- HAUSER, J., "Des incapables aux personnes vulnérables", *Droit de la famille* 2007, afl. 5, étude 14.
- HÉBERT, S., "Le mandat de prévention: une nouvelle forme juridique?", *D.* 2008, 307 e.v.
- JADAUD, B., "La donation à terme", *JCP N* 2006, 1024 e.v.
- KLEIN, J., "Le mandat de protection future enfin opérationnel", *AJ Famille* 2009, 56 e.v.
- KLEIN, J., "Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle", *Droit de la famille* 2007, afl. 5, étude 21.
- KLEIN, J., "Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental", *Defrénois* 2006, 695 e.v.
- LEPROVAUX, J., "Le mandat de protection future", *JCP N* 2008, 1274 e.v.
- LEROYER, A.-M., "Mandat de protection future – Acte sous seing privé", *RTD Civ.* 2008, 167 e.v.
- LEVENEUR, L., "Intérêts et limites du mandat de protection future" in BICHERON, F., GAUDEMET, S., GRIMALDI, C. *et al.* (eds.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Parijs, Defrénois, 2012, 571-582.
- MALAURIE, P., "La réforme de la protection juridique des majeurs", *Defrénois* 2007, 557 e.v.
- MALAURIE, P., "Le mandat en droit des personnes" in DISSAUX, N. (ed.), *Le mandat. Un contrat en crise?*, Parijs, Economica, 2011, 115-125.
- MASSIP, J., "Le mandat de protection future", *PA* 2008, afl. 129, 11 e.v.
- NOGUÉRO, D., "Interrogations au sujet du mandat de protection future", *D.* 2006, 1133 e.v.
- PÉCAUT-RIVOLIER, L. en VERHEYDE, T., "Majeurs protégés: mesures de protection juridique et d'accompagnement", *Rép. pr. civ. Dalloz* 2010, 1-55.
- PELLIER, J.-D., "Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs", *PA* 2007, afl. 83, 4.
- PETERKA, N., "La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs", *JCP N* 2010, 33 e.v.
- PETERKA, N., "Les dispositifs alternatifs de protection de la personne mariée", *AJ Famille* 2012, 253 e.v.
- PICARD, J., "Handicap de santé à venir: incertitudes et promesses du mandat", *JCP N* 2000, 651 e.v.
- POTENTIER, P., "Forces et faiblesses du mandat de protection future", *Dr. et patrimoine* 2008, 74-78.
- POTENTIER, P., "Mandat de protection future", *JurisClasseur Code Civil* 2009, nr. 1 – nr. 174.
- RAKOTOVAHINY, M.-A., "Restitution en nature ou restitution en valeur: propos sur une équivalence fonctionnelle", *D.* 2002, 3108 e.v.

- ROCCATI, M., “La protection des majeurs incapables sous l’influence du droit européen”, *Gazette du Palais* 2009, afl. 64, 4 e.v.
- SIMON, O., “La nullité des actes juridiques pour trouble mental”, *RTD Civ.* 1974, 707-738.
- TAUDIN, L., “Mandat de protection future. – Itinéraire sinueux d’une représentation”, *JCP N* 2009, 1357 e.v.
- VASSEUR-LAMBRY, F., “Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l’homme”, *Droit de la famille* 2011, afl. 2, dossier 3.
- X., “Aucun registre des mandats de protection future n’est envisagé”, *JCP N* 2014 (28 februari 2014), act. 342.

3. ANNOTATIES BIJ RECHTSPRAAK

- PETERKA, N., “Articulation du mandat de protection future et d’une mesure de protection judiciaire” (noot onder Cass. (Ire civ.) 12 januari 2011), *JCP N* 2011, 416 e.v.

4. PARLEMENTAIRE VOORBEREIDINGEN

- 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)*, 2007, 479 p. (www.assemblee-nationale.fr).
- H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale sur le projet de loi, adopté par l’Assemblée Nationale, après déclaration d’urgence, portant réforme de la protection juridique des majeurs (nr. 212)*, 2007, 592 p. (www.senat.fr).
- JO Sénat 16 februari 2007 (sessie 15 februari 2007), 1574-1687.

OOSTENRIJK

1. BOEKEN

- BARTH, P. en GANNER, M., *Handbuch des Sachwalterrechts*, Wenen, Linde, 2010, 840 p.
- GANNER, M., *Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland*, Wenen, Springer, 2005, 451 p.

2. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- AFFOLTER, K., “Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht”, *AJP* 2006, 1057-1067.

- BARTH, P. en GANNER, M., "Wie errichte ich eine Vorsorgevollmacht? Die Mustervorsorgevollmacht des BMJ mit Anmerkungen", *ÖJZ* 2007, 475-494.
- BYDLINSKI, F., "Gesamtvertretung und Verkehrsschutz", *JBl* 1983, 627 e.v.
- GANNER, M. en BARTH, P., "Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht", *BtPrax* 2010, 204-208.
- GITSCHTHALER, E., "Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen", *ÖJZ* 2004, afl. 4, 81 e.v.
- GUMPOLTSBERGER, M., "Die Vorsorgevollmacht im Fokus des Bankgeschäfts", *ecolex* 2006, 821-823.
- JUD, B. en SEIDL, J., "Gründbuchsrechtliche Hürden der Vorsorgevollmacht", *ecolex* 2007, 495-498.
- JUD, B., "Die Vorsorgevollmacht", *Österreichisches Anwaltsblatt* 2007, 11-19.
- KERSCHNER, F. en LANG, B., "Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht als neue Vorsorgeinstrumente", *RFG* 2007, 174-178.
- KÜHNBERG, S., "Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2005", *NZ* 2005, 362-366.
- MACHOLD, S., "ÖZVV und Vertrauensschutz", *ecolex* 2007, 492-494.
- RABL, C., "Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz und Bankgeschäfte", *ÖBA* 2008, 83-90.
- RESCH, S., "Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht", *PSR* 2013, 4-12.
- RUMMEL, P., "§ 862a ABGB" in RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 1263-1267.
- RUMMEL, P., "§ 865 ABGB" in RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 1304-1309.
- SCHAUER, M., "“Vorsorgevollmacht” für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts", *RZ* 1998, 100 e.v.
- SCHAUER, M., "20 Jahre Sachwalterrecht – Sinn, Zweck und Alternativen", *RZ* 2004, 206 e.v.
- SCHAUER, M., "Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht", *NZ* 1983, 49 e.v.
- SCHAUER, M., "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil I)", *ÖJZ* 2007, 173-184.
- SCHAUER, M., "Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II)", *ÖJZ* 2007, 217-231.
- SCHAUER, M., "Verwalterbestellung und konkurrierendes Verwaltungshandeln von Miteigentümern", *wobl* 1999, 384 e.v.
- SCHAUER, M., "Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006", *FamZ* 2006, 148-153.
- SPRUZINA, C., "Vorsorgevollmacht" in GRUBER, M., KALLS, S., MÜLLER, K., *et al.* (eds.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, Wenen, Springer, 2010, 680-694.
- STABENTHEINER, J., "§ 273 – § 273a ABGB" in RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 423-430.
- STRASSER, R., "§ 1002 ABGB" in RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 2003-2044.

- STRASSER, R., “§ 1009 ABGB” in RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 2058-2068.
- STRASSER, R., “§ 1020 ABGB” in RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 2108-2115.
- STRASSER, R., “§ 1025 ABGB” in RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wenen, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 2123-2124.

3. PARLEMENTAIRE VOORBEREIDINGEN

- ErlRV 1420 BlgNR 22. GP, 62 p.
Bericht des Justizausschusses 1511 BlgNR 22. GP, 3 p.

ZWITSERLAND

1. BOEKEN

- HAUSHEER, H., GEISER, T. en AEBI-MÜLLER, R., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli Verlag, 2014, 644 p.
- HAUSHEER, H., GEISER, T. en AEBI-MÜLLER, R.E., *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, 154 p.
- HONSELL, H., *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2010, 501 p.
- SCHWENZER, I., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 665 p.
- STETTLER, M., *Représentation et protection de l'adulte*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1992, 248 p.
- TERCIER, P., *Les contrats spéciaux*, Zürich, Schulthess, 2003, 1129 p.
- WIDMER BLUM, C.L., *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich, Schulthess, 2010, 351 p.

2. BIJDAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, BOEKEN EN VERZAMELWERKEN

- ARTER, O., “Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung. Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder”, *ST* 2007, 657-660.
- BIDERBOST, Y., “Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes”, *AJP* 2010, 3-13.
- BREITSCHMID, P. en MATT, I., “Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)”, *Pflegerecht* 2012, 223-234.

- BREITSCHMID, P. en REICH, J., "Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts, Erb- und Obligationenrecht", *ZVW* 2001, 144-165.
- BREITSCHMID, P., "Art. 18 ZGB" in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 73-75.
- BREITSCHMID, P., "Art. 19b ZGB" in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 79-80.
- BREITSCHMID, P., "Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR – in welchen Fällen zwingend?", *SJZ* 2013, 251-253.
- BREITSCHMID, P., "Vorsorgevollmachten, Allgemeiner Vorsorgeauftrag, medizinischer Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Vertrauenspersonen und persönliches Umfeld – ein dicht gewobenes Netz mit Knoten- und Reissgefahr", *ZVW* 2003, 269-279.
- BRÜCKNER, C., "Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz", *BN* 2011, 36-50.
- BUCHER, E., "Berner Kommentar, Bd. I/2/2, Die natürlichen Personen, Art. 27 ZGB" in HAUSHEER, H. (ed.), *Berner Kommentar*, Bern, Stämpfli Verlag, 1993, 29-54.
- BÜHLER, R., "Art. 404 OR" in KOSTKIEWICZ, J.K., NOBEL, P., SCHWANDER, I. *et al.* (eds.), *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2009, 930-932.
- BÜHLER, R., "Art. 405 OR" in KOSTKIEWICZ, J.K., NOBEL, P., SCHWANDER, I., *et al.* (eds.), *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2009, 932-934.
- FANKHAUSER, R., "Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts", *BJM* 2010, 240-266.
- FAVRE, L., "Nouveau droit de la protection de l'adulte. Le mandat pour cause d'inaptitude", *ZBGR* 2013, 145-160.
- FELLMANN, W., "Art. 405 OR" in HAUSHEER, H. (ed.), *Berner Kommentar, Bd. IV/2/2, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, Bern, Stämpfli Verlag, 1992, 856-889.
- FOUNTOULAKIS, C. en GAIST, C., "Le mandat pour cause d'inaptitude dans le nouveau droit de la protection de l'adulte" in GAUCH, P., ZUFFEREY, J.-B., DUBEY, J. *et al.* (eds.), *L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zürich, Schulthess, 2011, 153-163.
- FOUNTOULAKIS, C. en GAIST, C., "Les mesures personnelles anticipées: des directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'inaptitude", *FamPra.ch* 2012, 867-888.
- FOUNTOULAKIS, C., "Art. 392 ZGB" in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1170-1174.
- FREI, D.W. en HOLDEREGGER, N., "Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2013, 1224-1231.
- GEISER, T., "Demenz und Recht Regulierung – Deregulierung", *ZVW* 2003, 97-114.
- GEISER, T., "Rechtsschutz im neuen Erwachsenenschutzrecht", *ZKE* 2013, 16-35.
- GEISER, T., "Vermögenssorge im Erwachsenenschutzrecht", *ZKE* 2013, 329-352.
- GEISER, T., "ZGB 361" in LEUBA, A., STETTLER, M., BÜCHLER, A. *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 120-127.

- GEISER, T., "ZGB 362" in LEUBA, A., STETTLER, M., BÜCHLER, A., *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 130-134.
- GEISER, T., "ZGB 363" in LEUBA, A., STETTLER, M., BÜCHLER, A., *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 135-145.
- GEISER, T., "ZGB 365" in LEUBA, A., STETTLER, M., BÜCHLER, A., *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 150-159.
- GEISER, T., "ZGB 366" in LEUBA, A., STETTLER, M., BÜCHLER, A., *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 160-167.
- GEISER, T., "ZGB 367" in LEUBA, A., STETTLER, M., BÜCHLER, A., *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 168-172.
- GEISER, T., "ZGB 369" in LEUBA, A., STETTLER, M., BÜCHLER, A., *et al.* (eds.), *Protection de l'adulte*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 179-182.
- GUTZWILLER, P.M., "Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des "Vorsorgeauftrages" (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.06.2006)", *AJP* 2007, 556-560.
- HÄFELI, C., "Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der Schweiz im Spannungsfeld von Freiheit und Zwang – Selbstbestimmung und Fremdbestimmung", *Voor-dracht 8 februari 2011 Caritas Luxemburg*, 13 p. (www.vbk-cat.ch).
- HECKENDORN URSCHELER, L., "IV. Rechtsvergleichung" in BÜCHLER, A., HÄFELI, C., LEUBA, A., *et al.* (eds.), *Erwachsenenschutz*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, 68-82.
- HOPF, M., "Neues Erwachsenenschutzrecht und Vorsorgeauftrag", *ST* 2013, 145-150.
- HOTZ, S., "Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda. Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda.", *ZKE* 2011, 102-115.
- HRUBESCH-MILLAUER, S. en JAKOB, D., "Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung / II Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags" in WOLF, S. (ed.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 84-97.
- KÄLIN, O., "Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen: Dispute Resolution und ausgewählte Probleme", *ST* 2008, 1048-1054.
- KUHN, R. en JAKOB, M., "Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht: Ein Überblick und einige Gedanken", *TREX* 2013, 106-109.
- LEUBA, A., "Le mandat pour cause d'incapacité dans le projet de révision du code civil" in BADDELEY, M. (ed.), *Protection de la personne par le droit: Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, 27-46.
- MEIER, P., "Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et futur" in BADDELEY, M. en FOËX, B. (eds.), *La planification du patrimoine*, Zürich, Schulthess, 2009, 39-74.
- PINTENS, W., "A new Recommendation of the Council of Europe on Continuing Powers of Attorney for Incapacity" in BÜCHLER, A. en MÜLLER-CHEN, M. (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzler zum 60. Geburtstag*, Bern, Stämpfli Verlag en Intersentia, 2011, 1399-1413.
- STÄHLI, P., "Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag (I-V)" in MONSCH, A.U., WOLF, S. en SETZ, A.L. (eds.), *Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson – Weiterbildungstagung des Verban-*

- des bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012*, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, 113-123.
- STETTLER, M., “La sauvegarde des intérêts des personnes incapables de discernement dans le nouveau droit de la protection de l’adulte”, *RDT* 2003, 258-268.
- STOLL, D., “Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?”, *successio* 2013, 35-43.
- WIDMER BLUM, C.L., “Art. 362 ZGB” in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1089-1091.
- WIDMER BLUM, C.L., “Art. 363 ZGB” in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1091-1094.
- WIDMER BLUM, C.L., “Art. 365 ZGB” in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1096-1100.
- WIDMER BLUM, C.L., “Art. 366 ZGB” in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1100-1101.
- WIDMER BLUM, C.L., “Art. 367 ZGB” in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1101-1102.
- WIDMER BLUM, C.L., “Art. 368 ZGB” in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1102-1104.
- WIDMER BLUM, C.L., “Art. 369 ZGB” in BREITSCHMID, P. en RUMO-JUNGO, A. (eds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Art. 1-456 ZGB*, Zürich, Schulthess, 2012, 1105-1106.
- WOLF, S., “Erwachsenenschutz und Notariat”, *ZBGR* 2010, 73-108.
- ZEITER, A., “Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute”, *SJZ* 2013, 225-233.
- ZUMSTEIN-SCHULER, C. en MEYER, B., “Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Kurzeinführung für Praktiker”, *Anwaltspraxis* 2012, 287-289.

3. PARLEMENTAIRE VOORBEREIDINGEN

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, 117 p. (www.ejpd.admin.ch).

- Classement des réponses à la procédure de consultation – Avant-projet de révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2004, 448 p. (www.ejpd.admin.ch).
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006*, 2006, 6635-6766 (www.ejpd.admin.ch).

OVERIGE

NEDERLAND

- ANDORNO, R., "An Important Step in the Promotion of Patients' Self-Determination", *EJHL* 2010, 119-124.
- BLANKMAN, C. en ENGELBERTINK, C.G.C., *Notariële bescherming ouderen*, Den Haag, Sdu, 2013, 132 p.
- BLANKMAN, K., "Modernisering van beschermingsmaatregelen voor meerderjarigen. Commentaar bij een conceptwetsvoorstel betreffende curatele, beschermingsbewind en mentorschap.", *FJR* 2010, 210-215.
- BRAUN, S., "Zelfbeschikking en financiële vermogensbescherming bij bejaarden" in VAN BOOM, W.H., TUIL, M.L. en DIJKSHOORN, W. (eds.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 227-249.
- BRUINS, A., "Levenstestament verdient Europese Aanbeveling", *Notariaat Magazine* 2011, 8-11.
- BRUNNER, C.J.H., "Preadvies Prof. mr. C. J. H. Brunner" in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, 3-42.
- ENGELBERTINK, C.G.C. en VAN DE MERWE, S.A., "Wilsonbekwaamheid mede vanuit medisch perspectief nader bekeken", *ftV* 2012, afl. 30, 16-20.
- HENDRIKS, A.C., FREDERIKS, B.J.M. en VERKERK, M.A., "Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien", *TvGR* 2008, 2-18.
- JANSEN, I., "De hoogstpersoonlijke rechtshandeling, in het bijzonder de uiterste wilsbeschikking" in KORTMANN, S.C.J.J. (ed.), *Yin-Yang van Mourik bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 109-119.
- JANSEN, S., "Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal protection of incapable adults, an introduction in particular to part V Interventions in the health field", *EJHL* 2000, 333-340.
- JANSSENS, W., "De vertrouwenspersoon in het Belgisch voorlopig bewind over de goederen van kwetsbare meerderjarigen", *FJR* 2011, 326-332.
- Kamerstukken* (Tweede Kamer) 2011-2012, 33 054, nr. 6, 3 en nr. 7, 7.
- PAUWELS, J.M., "Preadvies Prof. Johan M. Pauwels" in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974, 43-92.

Bibliografie

- PROBERT, R., "England and Wales" in PINTENS, W. (ed.), *International Encyclopedia of Laws: Family and Succession Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 1-260.
- STOLLENWERCK, A.H.N., "Doorlopende volmacht bij wilsonbekwaamheid – beschermingsmaatregelen door de rechter", *FtV* 2011, afl. 12, 3-4.

VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA

- CONROY, A.J., "Curbing the license to steal: a discussion of English law and possible reforms for the durable power of attorney", *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 2009-2010, 31-54.
- DINERSTEIN, R.D., "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, 8-12.
- GLENSY, R.D., "The right to dignity", *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 2011-12, afl. 43, 65-142.
- LIPP, V. en O. WINN, J., "Guardianship and autonomy: foes or friends?", *Journal of International Aging, Law and Policy* 2011, 41-56.
- WINICK, B.J., "The side effects of incompetency labeling and the implications for mental health law", *Psychology, Public Policy and Law* 1995, 6-42.