

*Handelingen 1974
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

ISBN 90 271 0958 3

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

PREADVIES PROF. MR. C. J. VAN ZEBEN

Inkomens- en vermogensbeheer van bejaarden.

1. Inleidende opmerkingen, 5
2. Enkele begrippen en gegevens, 9
3. Inventarisatie van de problemen, 16
 - 3.1. Algemeen, 16
 - 3.2. Bejaarden in een normale gezinswoning, bejaardenwoning of serviceflat, 16
 - 3.3. Bejaarden in een bejaardentehuis, 29
 - 3.4. Bejaarden in een ziekenhuis, verpleegtehuis, zwakzinnigeninrichting, psychiatrisch ziekenhuis, 35
 - 3.5. Samenvatting en conclusies, 48
4. Voorstellen, 51
 - 4.1. Algemeen, 51
 - 4.2. Het ontwerp-nieuw BW, 52
 - 4.3. Curatele, 62
 - 4.4. Uitbreiding van art. 953 BW, 64
 - 4.5. Slotwoord, 64

INHOUD

PREADVIES W. HEUFF

Inkomens- en vermogensbeheer van bejaarden.

HOOFDSTUK I

1. Inleiding, 67
2. Diverse oorzaken voor de problemen, 68
3. De aanpak, 70
4. Categorieën bejaarden, 71
5. Beheer van inkomen en vermogen, 71
6. Wilsgebreken, 71

HOOFDSTUK II

1. Rechtsfiguren welke ons ten dienste staan, 73
2. Vertegenwoordiging, 74
3. Volmacht; bekrachtiging, 74
4. Bestuursopdracht, 81
5. Overlaten van bestuur, 83
6. Overeenkomst tot wijziging van het bestuur, 84
7. Bewind, 85
8. Zaakwaarneming, 91

HOOFDSTUK III

De rechtsverhouding bejaarde-vertegenwoordiger, 93

1. Lastgeving, 93

Inkomens- en vermogensbeheer van bejaarden.

HOOFDSTUK I

Inleidende opmerkingen

1.1. Ongeveer twaalf jaren geleden verschenen kort na elkaar twee artikelen die waarschijnlijk de eerste aanzet zijn geweest voor een bezinning over de problematiek die thans in de preadviezen van Heuff en mij uitvoeriger aan de orde komt.

Het eerste artikel, van de hand van dr. C. van den Berg, verscheen in *Vrij Nederland* van 27 januari 1962 onder de titel 'Bescherm bejaarden tegen parasieten'. Van den Berg bepleit in onze wetgeving een nieuwe regeling, minder vergaand dan die van de curatele, ter bescherming van de bejaarden op te nemen.

Het tweede artikel werd door jhr. mr. S. M. S. de Ranitz gepubliceerd in *W.P.N.R.* 4724 (26 mei 1962) en droeg als opschrift 'Gevolgtrekking uit het Sfinx-raadsel'. Na het raadsel vermeld te hebben dat door de Sfinx van Thebe aan Oedipus opgegeven zou zijn, namelijk: 'Welk schepsel gaat des morgens op vier benen, des middags op twee en des avonds op drie?' en het juiste antwoord daarop van Oedipus: 'de mens', merkt De Ranitz op dat, terwijl reeds meer dan twee duizend jaren wettelijke waarborgen zijn gegeven ter bescherming van de mens in opgang, dergelijke waarborgen ten behoeve van de mens in neergang een slechts zeer incidenteel karakter hebben behouden. Rechtswetenschap en wetgever blijven volgens hem achter bij het overwegen van datgene, wat iure constituendo zou behoren te gelden.

1.2. Nog geen twee jaren na deze artikelen, op 29 april 1964, werd het door Van den Berg en De Ranitz gesignaleerde probleem door de vaste Commissie voor Maatschappelijk Werk aan de orde gesteld in de Tweede Kamer. Dit gebeurde tijdens een mondeling overleg met de Minister van Maatschappelijk Werk over onderwerpen van bejaardenzorg (1). Ik citeer: 'Voor vele bejaarden komt eens de tijd dat zij niet meer in staat zijn hun zaken zelf te regelen (geld beheren, betalingen verrichten e.d.). Acht de Minister het, zo vroegen vele leden, niet noodzakelijk dat er een wettelijke regeling komt, waardoor elke bejaarde die dit wenst, de mogelijkheid krijgt een beheerder voor zijn zaken aan te stellen, zulks uiteraard onder bepaalde voorwaarden? In dit verband wezen zij op het nog weleens voorkomende geval, dat bejaarden in tehuizen aan het eind van hun leven bezittingen hebben vermaakt aan de tehuisbeheerder, al of niet op aandrang van deze zelf. Acht de Minister het niet gewenst de materiële rechtsbescherming óók van bejaarden in tehuizen te regelen, zulks ter voorkoming van onjuiste erfelingen e.d.?'

'Uit de discussie ter vergadering bleek, dat het hier een probleem betreft met vele juridische aspecten. Men was het er echter over eens, dat de rechten van de bejaarden met meer waarborgen moeten worden omgeven. Gedacht werd aan voorzieningen, zoals die ook voor andere groeperingen (bijv. minderjarigen en onder curatele gestelden) in het Burgerlijk Wetboek zijn geregeld. Inschakeling van de kantonrechter, de verplichting tot boedelbeschrijving, zekerheidsstelling en verslaggeving zouden al aanzienlijke verbeteringen zijn.'

'De Minister erkende dat hier een probleem ligt, dat om een oplossing vraagt. Zij zegde toe in contact te zullen treden met haar collega van Justitie en met de Nederlandse Federatie voor Bejaardenzorg, ten einde een gezamenlijke studie van dit vraagstuk te bewerkstelligen.'

1.3. Na dit mondeling overleg kwam er meer literatuur. In de eerste plaats wijs ik op het artikel 'Privaatrechtelijke bejaardenzorg' van J. M. Polak in *NJB* 1965, blz. 373. In 1968 verscheen in *NJB* blz. 597 een korte notitie van R. Voûte over 'Zorgen voor bejaarden'. Voorts werden in het tijdschrift 'De Bejaarden' een aantal pu-

(1) Zitting 1963-1964-7400, *Rijksbegroting voor het dienstjaar 1964*, Hoofdstuk XVI, nr. 19.

blikaties aan het probleem van het vermogensbeheer van bejaarden gewijd. Daarvan noem ik:

'Vermogensbeheer bij toeneming van de leeftijd', redactioneel artikel, 1968, nr. 10;

'Vermogensbeheer voor geestelijk gestoorden' door P. H. Esser, 1968, nr. 11;

'Vermogensbeheer bij toeneming van de leeftijd' door F. R. Mohr, 1969, nr. 1;

'De banken en het vermogensbeheer voor bejaarden' door H. J. Homburger, 1969, nr. 2;

'De rentmeester bij het vermogensbeheer voor ouderen' door C. M. Reinders Folmer, 1969, nr. 4;

'De notaris en het vermogensbeheer voor bejaarden' door E. A. A. Luijten, 1969, nr. 11.

'Beheer van eigendommen' door W. A. F. Leenaerts, 1974, nr. 2. In 1972 verscheen voor de Nederlandse Vereniging voor Gerontologie een preadvies van G. A. Buijze over 'Wens of noodzaak van actieve rechtsbescherming' (1). Ook daarin komt het vermogensbeheer door bejaarden ter sprake.

1.4. De in bovengenoemde literatuur aan de orde gestelde problemen bracht de aan het slot van 1.2 reeds genoemde Nederlandse Federatie voor Bejaardenzorg – tegenwoordig geheten: Nederlandse Federatie voor Bejaardenbeleid – er toe, aan het Bestuur van de Nederlandse Juristen Vereniging te verzoeken hieraan in preadviezen aandacht te laten besteden. Daarbij bleek al spoedig, dat ook in andere kringen dan die welke zich in het bijzonder met de bejaarde mens bezig houden, belangstelling bestaat voor de problematiek van het vermogensbeheer. De Ziekenfondsraad heeft daarover op 19 december 1973 een advies uitgebracht aan de Staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne. Het Nationaal Ziekenhuisinstituut liet de publikatie 'Patiëntengelden' het licht zien. Op beide stukken kom ik nog uitvoerig terug. Hier volsta ik met de opmerking dat het in beide gaat over het beheer van gelden en goederen van – al dan niet bejaarde – patiënten die verpleegd worden in ziekenhuizen, zwakzinnigeninrichtingen en verpleegtehuizen. Sinds de invoering in 1968 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) komen de kosten van behandeling, verpleging en verzorging ten laste van de AWBZ. Dit gebeurt bij verpleegtehuizen en

(1) *Nederlands tijdschrift voor gerontologie* 1972, blz. 278-283.

zwakzinnigeninrichtingen terstond na de opname, bij ziekenhuizen één jaar na de opname. Voor die kosten wordt slechts voor een deel een eigen bijdrage van de patiënten gevraagd (1). Hetgeen de patiënt aan inkomsten uit arbeid, pensioen, vermogen, AOW of andere bronnen overhoudt, blijkt – vooral als het om ongehuwden gaat – dikwijls niet te worden opgemaakt en zich op te hopen. Het gevolg daarvan is dat verschillende inrichtingen aanzienlijke geldsbedragen en andere vermogensbestanddelen beheren ten behoeve van de patiënten.

1.5. Teneinde over de beheersproblemen van bejaarden en patiënten in de hierboven genoemde inrichtingen nader geïnformeerd te raken, ging ik op onderzoek uit bij degenen die daarmee in de praktijk op de een of andere wijze worden geconfronteerd. Ik voerde gesprekken met vertegenwoordigers van de Ministeries van CRM, Volksgezondheid en Justitie, de reeds genoemde Nederlandse Federatie voor Bejaardenbeleid, de Nederlandse Vereniging voor Maatschappelijk Werk 'Humanitas', de Katholieke Vereniging van Bejaardentehuizen (KVB), de Protestantse Vereniging van Instellingen voor Bejaardenzorg (PVIB), de Nederlandse Vereniging van Bejaarden (NEVEB), directeuren van gemeentelijke Sociale Diensten, directeuren van bejaardentehuizen, de Ziekenfondsraad, de Ziekenhuisraad en het Nationaal Orgaan Zwakzinnigenzorg (2). Op deze wijze werd veel informatie verkregen. Ook werden gesprekken gevoerd met de Kas-Associatie te Amsterdam en de Haagse Stichting Centrale Administratie voor verpleeg- en verzorgingskosten 'CAV', instellingen die beide veel met inkomens- en vermogensbeheer te maken hebben. Tevens werd in enkele tijdschriften voor bejaarden (3) een oproep geplaatst om inlichtingen over gevallen die zich in de praktijk hebben voorgedaan. De respons daarop was echter gering.

1.6. De gevoerde gesprekken waren voor mij erg waardevol. Ik kreeg op deze wijze verduidelijking van de problemen zoals deze ook reeds in de onder 1.1–1.3 genoemde publikaties werden aange-

(1) Zie Besluit Regeling Bijdragen Bijzondere Ziektekostenverzekering 1973, *Staatscourant* 1973, 118.

(2) Wie een overzicht wil hebben van de vele organisaties die op het terrein van de bejaardenzorg werkzaam zijn, verwijs ik naar 'De Bejaarden', 1973 nr. 3.

(3) Zie o.a. 'Op leeftijd' 1973, nr. 5 blz. 17.

stipt, maar vooral ook belangrijke nieuwe inlichtingen. Hieruit bleek mij dat de problemen van inkomens- en vermogensbeheer waarmee de bejaarden worstelen en de problemen die zich in de ziekenhuizen, verpleegtehuizen en zwakzinnigeninrichtingen voordoen, voor een zeer groot deel dezelfde zijn. Het gaat steeds om problemen die voortvloeien uit de omstandigheid dat iemand het beheer over zijn inkomen of vermogen niet meer zelfstandig kan uitoefenen. Voorts werd mij duidelijk dat zowel in de kringen die zich met de bejaarden bezig houden als in de kringen die meer in het bijzonder de zaken van de genoemde instellingen behartigen, met ongeduld wordt gewacht op het ogenblik dat de discussie over die problemen wordt begonnen met als – hopelijk spoedig – resultaat enkele duidelijke richtlijnen. Ik hoop dat de preadviezen van Heuff en mij en de daarover te voeren discussie daarvoor, na de onder 1.1 genoemde eerste aanzet van Van den Berg en De Ranitz, de stoot zullen geven. Heuff zal zich vooral richten op de zelfstandig wonende bejaarden en de problemen waarmee in de notariële praktijk wordt geworsteld. In mijn preadvies zal het accent meer liggen op de niet meer zelfstandig wonende bejaarden en de problemen waarmee de in 1.5 genoemde personen en instanties te maken krijgen. Voordat ik zal trachten de grote lijnen van die problemen in kaart te brengen, wil ik nogmaals allen, die mij te woord stonden, van harte danken. Ik bewaar aan alle gesprekken de beste herinneringen.

HOOFDSTUK 2

Enkele begrippen en gegevens

2.1. Eerst dient te worden aangegeven wat in dit preadvies onder 'bejaarden' en wat onder 'inkomens- en vermogensbeheer' wordt verstaan.

2.2. Bejaarden. Wanneer we over 'bejaarden' spreken is het dunkt mij in elk geval duidelijk, dat het over een bepaalde categorie meerderjarigen gaat. Maar welke categorie is dat?

Naar ik meen heeft het noemen van een bepaalde leeftijdsgrens iets willekeurigs. Dat geldt althans voor de problemen die in dit preadvies aan de orde moeten komen en onder 1.6 in het kort zijn vermeld. Het niet meer zelfstandig kunnen behartigen van eigen inko-

men of vermogen, is niet aan een bepaalde leeftijd te koppelen. De Ranitz verwerpt dan ook terecht de door hem gesuggereerde leeftijd van 70 jaar. Er zullen immers personen boven die leeftijd zijn die nog uitstekend voor zichzelf kunnen zorgen, terwijl anderen beneden die leeftijd dat niet meer kunnen (1).

Toch is als werkhypothese aan het uitgaan van een bepaalde leeftijdsgrens nauwelijks te ontkomen. Dat komt, omdat in verschillende rapporten en statistische gegevens over bejaarden, die we nodig hebben om een beter inzicht in de beheersproblematiek te krijgen, van een dergelijke grens wordt uitgegaan. Die grens is de 65-jarige leeftijd, (2) de leeftijd waarop het recht op AOW en in veel gevallen het recht op pensioen ontstaat. Voorlopig versta ik dan ook in dit preadvies onder 'bejaarde': een persoon van 65 jaar of ouder.

2.3. Inkomens- en vermogensbeheer. In de literatuur die ik onder 1.3 noemde, wordt meestal alleen over vermogensbeheer gesproken. Dat lijkt mij te beperkt. Zoals in Hoofdstuk 3 nader zal blijken, kan niet alleen het beheren van een vermogen, maar ook het beheren van inkomsten – al is dat alleen maar AOW of een uitkering op grond van de Algemene Bijstandswet – voor een bejaarde moeilijkheden opleveren.

Wat moeten we in dit preadvies onder 'beheer' verstaan? Vaak wordt deze term gebruikt tegenover 'beschikking'. Aldus bijvoorbeeld in art. 97 Boek 1 BW waar in verband met het bestuur over de gemeenschap van goederen wordt bepaald: het bestuur houdt de bevoegdheid in om met betrekking tot dat goed daden van beheer en van beschikking te verrichten. Een beheersdaad is dan o.a. het innen van dividenden of het verhuren van een onroerend goed, een beschikkingsdaad het verkopen van effecten of het verkopen van een onroerend goed. Van Gerven (3) noemt dit het mechanisch criterium. Daartegenover stelt hij het functioneel of doelgericht criterium. Beheer omvat dan 'het verrichten ten aanzien van de onder beheer gebrachte zaak van alle handelingen zo materiële als juridische (met inbegrip van al wat aan het verrichten van deze handelingen logisch en kronologisch voorafgaat zoals het nemen van beslissingen) die nodig of nuttig zijn voor het behoud en de

(1) Zie ook J. M. Polak in zijn onder 1.3 genoemde publikatie.

(2) Aldus o.a. de Wet op de bejaardenoorden, de Nota bejaardenbeleid 1970 (Zitting Tweede Kamer 1970-1971-19934 nr. 1) en de Statistiek van de bejaardenoorden 1970, Staatsuitgeverij 1973, nr. 821-034-70.

(3) W. van Gerven, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel 1962, blz. 66 e.v.

aspekulatieve vermeerdering van de waarde der beheerde zaak evenals voor de redelijke vruchtdraging van het aldus beheerd vermogen'. Daaronder kunnen dus ook beschikkingsdaden vallen. Speculatieve beleggingen zullen echter in beginsel uitgesloten zijn. Speculatie – aldus Van Gerven (1) – is een kansspel waaraan de eigenaar van een vermogen zich weliswaar op eigen risico mag overgeven maar waarvan elke bewindvoerder over andermans vermogen zich moet onthouden, tenzij het aanhouden van enkele speculatieve waarden – bijvoorbeeld in een effectenportefeuille – in het kader van een bewindspolitiek te verantwoorden is als tegenwicht voor al te soliede en daarom vaak 'laagrentende industriële waarden'.

Tot hoever de bevoegdheden gaan van iemand, die inkomen of vermogen van een bejaarde beheert, is niet in het algemeen te zeggen. Het zal afhangen van de juridische grondslag waarop dit beheer geschiedt. Zo zullen de bevoegdheden van degene, aan wie de bejaarde een volmacht heeft gegeven, veel verder kunnen gaan – en ook in de speculatieve sfeer terecht kunnen komen – dan van degene die, omdat de bejaarde door dementie niet meer tot handelen in staat was, dat beheer bij wege van zaakwaarneming behartigt. Bovendien kan het voorkomen dat, hoewel de beheerder in beginsel tot beschikkingsdaden is gerechtigd, voor bepaalde handelingen machtiging van de rechter is vereist. Men denke aan de voor een bejaarde optredende curator.

De conclusie moet zijn, dat voor dit preadvies geen voor alle gevallen geldende omschrijving van beheer kan worden gegeven. Afhankelijk van de rechtsfiguur waarbinnen de beheerder optreedt, zullen zijn bevoegdheden nu eens in ruimere, dan weer in beperktere zin moeten worden opgevat.

2.4. We hebben nu aangegeven wat in dit preadvies onder 'bejaarde' en wat onder 'beheer' moet worden verstaan. In verband met de problemen die zich rond het beheer voordoen, is het gewenst vervolgens in te gaan op de volgende vragen:

- a. hoe is de bejaardenbevolking samengesteld en waar bevindt zij zich?
- b. hoe is de inkomens- en vermogenspositie van bejaarden?

2.5. *Nadere gegevens over bejaarden* (2). Het aantal bejaarden bedraagt

(1) Blz. 68.

(2) Ik heb deze gegevens ontleend aan de reeds vermelde Nota bejaardenbeleid,

op dit ogenblik ruim 1.400.000. Dat is meer dan 10% van de totale bevolking. Dit percentage zal naar verwachting in het jaar 2000 met $\pm 1.870.700$ bejaarden zijn toegenomen tot $\pm 11,5\%$.

Binnen de bejaardenpopulatie is het aantal vrouwen aanmerkelijk hoger dan het aantal mannen. In 1970 bedroeg het aantal bejaarde vrouwen 754.834, het aantal bejaarde mannen 587.965. Naar schatting zal dit in 2000 zijn respectievelijk 1.117.200 en 753.500.

Uit het vorenstaande volgt reeds, dat de ongehuwde vrouwen groter in aantal zijn dan de ongehuwde mannen. Onder 'ongehuwd' versta ik: nooit gehuwd geweest, gescheiden, weduwnaar of weduwe. In de Nota Bejaardenbeleid worden over 1960 en 1980 de volgende berekeningen gegeven. In 1960: 149.900 ongehuwde mannen boven 65 en 301.600 ongehuwde vrouwen boven 65. In 1980 zou dat resp. zijn: 243.800 en 499.500. Het is van belang dit voor ons onderwerp te constateren, omdat in het algemeen vrouwen meer problemen met het beheer blijken te hebben dan mannen. Vaak beheert de man inkomen en vermogen en laat hij bij zijn overlijden zijn echtgenote op dat punt onervaren en onwetend achter.

Het aantal bejaarden van hogere leeftijd neemt onder het totaal aantal bejaarden een belangrijke plaats in. In 1970 waren er 855.281 bejaarden in de leeftijdsklasse van 65-74 jaar en 487.518 boven 75 jaar. Volgens een recente prognose van het CBS zullen deze cijfers in 2000 resp. zijn: 1.092.700 en 778.000. Ook dit is van belang om vast te stellen, omdat aannemelijk is dat met het klimmen der jaren de mogelijkheden, om zelf voor inkomen en vermogen te zorgen, veelal minder zullen worden.

2.6. Van de bejaarden woont nog ongeveer 82% in een *normale gezinswoning*. Een percentage van $\pm 6,6\%$ bevindt zich in *bejaardenwoningen*, dat zijn woningen die speciaal voor bejaarden zijn gebouwd. Zij zijn vaak rond een bejaardentehuis of dienstencentrum gegroepeerd zodat de bejaarden, indien het nodig mocht zijn, van daaruit kunnen worden verzorgd. In beginsel echter blijft de bejaarde zelfstandig wonen.

Een kleine groep van $\pm 1,1\%$ woont in zogenaamde *serviceflats*.

→ aanvullende gegevens van het CBS en de Statistiek van de bejaardenoorden 1970. Zie voorts nog J. M. A. Munnichs en J. F. J. Janmaat, *Menselijke verhoudingen* (psychologie van bejaarden in verzorgingstehuizen), serie Gerontologie en Geriatrie, blz. 11 e.v.

Hieronder verstaat men (1): uit zelfstandige flatwoningen bestaande woongebouwen waarin de bewoners bepaalde diensten worden geboden, terwijl in het gebouw tevens zijn opgenomen gemeenschappelijke ruimten ten behoeve van centrale voorzieningen. De serviceflat is in zekere zin te beschouwen als een woonvorm die tussen de bejaardenwoning en het hierna te noemen bejaardentehuis in staat.

Volgens de Statistiek van de bejaardenoorden 1970 woonde in 1970 7,8% van de bejaarden in *bejaardentehuizen*. Op dit ogenblik zal dat percentage 10% zijn. De bejaardentehuizen – ook wel, en gelet op de functie van de instelling wellicht juist, genoemd: verzorgingstehuizen – zijn bestemd voor huisvesting en verzorging van bejaarden, die op grond van lichamelijke of geestelijke conditie, of vanwege een sociale indicatie niet meer in staat zijn om in het eigen leefmilieu een zelfstandige leefwijze te handhaven. Verreweg de meeste personen die in een bejaardentehuis worden verzorgd, zijn ouder dan 65 jaar.

De bejaardentehuizen vallen onder de Wet op de bejaardenoorden. Daarin worden regels gegeven met betrekking tot de verzorging van de bejaarden. Aan Gedeputeerde Staten is een belangrijke taak gegeven in het uitvoeren van toezicht. Er zijn ongeveer 1880 bejaardentehuizen. Bijna 50% wordt beheerd door stichtingen, terwijl 28% in handen is van particulieren. De overige tehuizen behoren toe aan gemeenten, kerkgenootschappen, verenigingen of besloten vennootschappen. De stichtingen vormen een belangrijke groepering, omdat zij 70% van het totaal aantal bedden bezitten. De particuliere tehuizen hebben slechts 8,4% van het beddenbestand. Van de genoemde 7,8% van de bejaarden die in bejaardentehuizen woont, behoort 5,7% tot het mannelijk en 9,5% tot het vrouwelijk geslacht. Evenals in het totaal aantal bejaarden, zijn dus ook in de bejaardentehuizen de vrouwen verreweg in de meerderheid.

Ongeveer 1 à 1½% – juiste cijfers zijn niet te krijgen – van de bejaarden wordt verpleegd in een *algemeen ziekenhuis*. Van het totaal aantal daar verpleegde patiënten maken zij echter een veel groter percentage uit. Volgens recente schattingen is dat percentage ongeveer 28% (2). Dat betekent dat de algemene ziekenhuizen in de bejaardenzorg een belangrijke taak hebben.

(1) Zie voor deze en de andere omschrijvingen de brochure '*Nomenclatuur van accommodaties voor bejaarden*', uitgave van de Nederlandse Federatie voor Bejaardenbeleid.

(2) Zie een bericht in de Volkskrant van 12 december 1973.

Ik kom nu tot de *verpleegtehuizen*. Daarbij dient te worden onderscheiden tussen verpleegtehuizen voor somatisch zieken en verpleegtehuizen voor psychisch gestoorden. Onder de eerstgenoemde dienen te worden verstaan inrichtingen voor patiënten die geen voortdurende specialistische hulp nodig hebben, maar wel een deskundige geneeskundige behandeling, voortdurende verpleging en verzorging. In beginsel staan deze tehuizen open voor patiënten van alle leeftijdsgroepen. In de praktijk blijkt echter het merendeel der patiënten bejaard te zijn. De laatstgenoemde tehuizen zijn speciaal bestemd voor bejaarden. Het zijn bejaarden die zich op grond van geestelijke stoornissen niet in de samenleving kunnen handhaven, maar van wie de gestoordheid van dien aard is dat naast geneeskundige behandeling, verpleging en verzorging volstaan kan worden met bezigheids therapie, bewegings therapie en eenvoudige socio-pedagogische begeleiding. In beide tehuizen tezamen verblijft ongeveer 2,2% van de bejaarden.

Een klein percentage bejaarden – waarschijnlijk minder dan 1%, exacte gegevens waren niet te krijgen – bevindt zich in *zwakzinnigeninrichtingen*. Het gaat hier vrijwel alleen om personen die van jongsaf zwakzinnig zijn en in die toestand bejaard worden.

Tenslotte de *psychiatrische ziekenhuizen* (krankzinnigengestichten). Ook daarin is een klein, mij eveneens niet precies bekend, percentage bejaarden opgenomen. Zij verblijven in de zogenaamde gesloten of open afdelingen (1). Het betreft hier deels personen die als geestelijk gestoorde bejaard zijn geworden, en deels personen die als bejaarde in een toestand van geestelijke gestoordheid zijn gekomen.

Dit zijn – in grote lijnen – de plaatsen waar de bejaarden zich bevinden. Zoals ik onder 2.4 al aanstipte, was het voor de beheersproblematiek van belang daar even bij stil te staan. Zoals namelijk in het volgende Hoofdstuk zal blijken worden de bejaarden, die in instellingen als bejaardentehuizen, verpleegtehuizen of ziekenhuizen verblijven, geconfronteerd met een aantal problemen die zich niet bij de nog zelfstandig wonende bejaarden voordoen.

2.7. Nadere gegevens over de inkomens en vermogens van bejaarden. Volledige en betrouwbare gegevens over de inkomens- en vermogenspo-

(1) Zie daarover o.a. 'De Krankzinnigenwetgeving in Nederland' door Dr. J. A. de Wilde, *Medisch Contact* 1972, blz. 635 e.v. Voorts mr. A. J. de Bruyn, 'De vrijheid van de verpleegde geestesziekte', *NJB* 1971, blz. 897 e.v.

sitie van bejaarden zijn niet te krijgen. Het hierna volgende geeft dan ook slechts een zeer globaal beeld. De gegevens zijn voor een groot deel ontleend aan de Nota bejaardenbeleid (1). Grofweg kan de volgende indeling worden gemaakt van de inkomens en vermogens:

1e. *AOW-pensioen*. Iedere ingezetene – uitzonderingen daargelaten – heeft vanaf 65 jaar recht op AOW. Deze bedraagt op dit ogenblik f 779,50 per maand voor gehuwden en f 550,50 per maand voor ongehuwden.

2e. *Ander pensioen*. Daarnaast komt ieder, die onder een collectieve pensioenvoorziening van een bedrijf, een onderneming of een overheidsinstantie valt, op die grond voor een pensioen in aanmerking. Dit pensioen gaat meestal op 65 jaar in, behalve voor bepaalde groepen als rechters, notarissen en hoogleraren.

3e. *Verzekering; Lijfrente*. Een deel van de bejaarden heeft periodieke inkomsten uit een lijfrente; anderen hebben op grond van een levensverzekering een uitkering ineens ontvangen.

4e. *Effecten, onroerend goed enz.* Ook zijn er bejaarden die een eigen vermogen – bestaande uit o.a. onroerende goederen, effecten, kapitaal – hebben en daaruit inkomsten genieten.

5e. *Beroepsarbeid*. Een niet onbelangrijk percentage bejaarden geniet nog inkomsten uit beroepsarbeid. Men denke in dit verband aan de vele zelfstandigen voor wie de 65-jarige leeftijd niet het einde betekent van hun werkzaamheden in beroep of bedrijf. Voorts aan de bejaarden die na het bereiken van die leeftijd part-time blijven doorwerken bij hun eigen of een andere werkgever.

6e. *Algemene Bijstandswet*. Voorzover de hierboven genoemde inkomsten niet voldoende zijn om in de kosten van het bestaan te voorzien, bestaat er recht op een bijstandsuitkering van de zijde van de gemeenten op grond van de Algemene Bijstandswet.

Wat de bevolking in inrichtingen en tehuizen betreft, door de Volkstelling 1971 zijn enkele voorlopige nadere gegevens bekend geworden(2). Daaruit blijkt dat van de AOW/AWW trekkenden slechts een minderheid van 23% daarnaast over eigen inkomsten

(1) Zie voorts de preadviezen van Clausing, Kleijn en Scheltens in 1973 onder de titel 'Oudedagsvoorzieningen' uitgebracht voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen.

(2) Zie *Mededelingen CBS* nr. 2 van november 1973.

beschikt. Bijna 28% moet het doen met uitsluitend AOW/AWW, terwijl bijna 50% van hen voor het bestaan mede afhankelijk is van een uitkering ingevolge de Algemene Bijstandswet.

HOOFDSTUK 3

Inventarisatie van de problemen

3.1. In dit Hoofdstuk zal ik trachten een inventarisatie te maken van de belangrijkste problemen die zich voordoen. Daarbij zou ik willen beginnen met de $\pm$ 90% bejaarden die nog, min of meer zelfstandig, in normale gezinswoningen, bejaardenwoningen of serviceflats verblijven. Hun problemen en de problemen van bejaarden die in een bejaardentehuis of andere in 2.5 genoemde instelling wonen, zijn weliswaar voor een groot deel dezelfde, maar zij krijgen, door de bijzondere positie waarin de bejaarde tot die instellingen staat, vaak een ander accent. Dit rechtvaardigt naar mijn mening een afzonderlijke behandeling in dit preadvies.

3.2. *Bejaarden in normale gezinswoning, bejaardenwoning of serviceflat.*

3.2.1. Vele bejaarden zijn nog volledig in staat zelf het beheer over hun inkomen of vermogen uit te oefenen. Zoals ik reeds in 2.2 opmerkte, is er dan ook geen enkele aanleiding om, overeenkomstig datgene wat voor minderjarigen geldt, een bepaalde leeftijdsgrens te stellen waarboven de bejaarde niet meer zelfstandig dat beheer zou mogen uitoefenen. Zo'n grens zouden vele bejaarden als een ongeoorloofde en volstrekt overbodige inbreuk op hun persoonlijke vrijheid beschouwen. De vraag is echter hoe bejaarden, voor wie dat beheer te veel wordt, te hulp gekomen kunnen worden. Bij de beantwoording van die vraag moeten we een onderscheid maken tussen de volgende drie situaties:

- 1e. De bejaarde heeft reeds met zijn inkomen of vermogen gehandeld en is daardoor in moeilijkheden gekomen.
- 2e. De bejaarde kan het beheer niet meer alleen uitoefenen en wil het aan een ander opdragen.
- 3e. De bejaarde is niet meer in staat aan een ander het beheer op te dragen.

3.2.2. Eerste enkele opmerkingen over de *eerstgenoemde situatie*. Van den Berg, reeds in 1.1 geciteerd, schrijft hierover: 'Daar zijn in de eerste plaats de talrijke gevallen waarin "bemiddeling" wordt verleend bij de belegging van gelden, in het bijzonder voor oude dames, die dan bij de meest onsoliede ondernemingen worden betrokken of wier geld wordt gestoken in zeer speculatieve effecten. Daar zijn de gevallen van bejaarden die in de bij deze lieden vaak voorkomende euforistische stemming, links en rechts grote bedragen weggeven, waarvan door een kring van weinig scrupuleuze personen misbruik wordt gemaakt. Bijzonder gevaar lopen ook vaak de alleen overgebleven bejaarden die in hun huis medebewoners hebben gekregen die pogingen doen om zich van een deel van de inboedel, soms van het hele huis meester te maken' (1).

Hoe kan de bejaarde in dit soort gevallen te hulp worden gekomen? Hij zal in de eerste plaats kunnen proberen om, bijvoorbeeld met de hulp van een advocaat, de zaak terug te draaien. Lukt dat niet, dan behoort het voeren van een procedure tot de mogelijkheden. Maar welke bejaarde heeft nog de moed een wellicht jaren durende en veel geld verslindende procedure te beginnen die aan het einde, nadat eerst verschillende bewijs-barrières overwonnen moeten worden, wellicht niet meer zal opleveren dan een vordering op een non-valeur? Het is echter te proberen en in de afgelopen jaren in enkele gevallen ook met succes bekroond.

De juridische boeg waarover het dan gegooid zal kunnen worden, is allereerst *misbruik van omstandigheden*. Vaak zal misbruik zijn gemaakt van de vertrouwenspositie waarin de wederpartij tot de bejaarde stond of van de psychische toestand waarin de bejaarde zich bevond (2).

Een andere mogelijkheid is een beroep op *geweld* (art. 1359 BW). Per slot van rekening heeft de wetgever in art. 1360 lid 2 BW de ouderdom uitdrukkelijk vermeld als omstandigheid waarop moet worden gelet bij het beoordelen van de vraag of er geweld is uitgeoefend. Mij zijn evenwel geen gevallen bekend waarin in dit kader een beroep op ouderdom is gedaan. Ook een beroep op *dwaling* of *bedrog* zal misschien in bepaalde gevallen uitkomst kunnen brengen. Wat dwaling betreft zie ook artt. 6.5.2.11 en 12 j° art. 6.5.1.6 ontwerp Boek 6.

(1) Zie ook F. R. Mohr in zijn in 1.3 genoemde artikel.

(2) Zie HR 29 mei 1964, *NJ* 1965, 104 (G.J.S.) (Van Elmbt-Feierabend) en Rb. Utrecht 7 april 1961, *NJ* 1962, 179; voorts art. 3.2.10 lid 4 G.O. Boek 3.

Voorts dient te worden gewezen op het in art. 1356 BW voor de geldigheid van een rechtshandeling genoemde vereiste van de *toestemming* (art. 3.2.2a G.O. Boek 3). Als de bejaarde kan bewijzen dat hij iets anders heeft gewild dan hij naar buiten te kennen gaf en dat de wederpartij zulks begreep of heeft moeten begrijpen, zal hij daarop een beroep kunnen doen om vernietiging van de tot stand gekomen rechtshandeling te verkrijgen. Dit beroep op het ontbreken van een met de uiterlijk gegeven toestemming overeenstemmende innerlijke wil, zal vooral een rol spelen in de gevallen dat die wil gebrekkig is ten gevolge van een geestelijke stoornis (1). Indien die geestelijke stoornis tot een ondercuratelestelling heeft geleid, kan daarop in het algemeen ook een beroep worden gedaan tegenover een wederpartij die daarmee niet op de hoogte was. Sinds kort bestaat in bepaalde gevallen nog een andere mogelijkheid om van een gesloten overeenkomst af te komen. Het zijn de gevallen waarop de *Colportagewet* van toepassing is (wet van 7 september 1973, Stb. 438). Met die wet wordt getracht de agressieve methoden bij de verkoop buiten de normale verkoopp ruimten, te bestrijden. Gedacht is o.a. aan de huis-aan-huis verkoop, verkoop door postorderbedrijven, telefonische verkoop, verkopen waarbij het initiatief veelal niet van de koper uitgaat en de koper vaak wordt overrompeld door de verkoopmethoden van de verkoper. Voor de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten is, op straffe van nietigheid, een door beide partijen ondertekende akte in twee gelijkluidende exemplaren vereist. Iedere partij moet één exemplaar daarvan ontvangen. De akte moet aan bepaalde eisen voldoen. Nakoming van de overeenkomst kan zowel door verkoper als koper pas worden gevorderd acht dagen nadat de akte door de Kamer van Koophandel is voorzien van een gewaarmerkte dagtekening. Zolang deze zogenaamde afkoelingsperiode niet is verstreken, kan de koper door een eenvoudige mededeling aan de verkoper te kennen geven, dat hij de overeenkomst wil ontbinden. Hij hoeft daarvoor geen andere gronden aan te voeren dan dat hij ontbinding wenst. Het is duidelijk dat deze *Colportagewet* vooral ook voor bejaarden van belang is. Doordat velen van hen niet of moeilijk van huis kunnen, zullen zij er gemakkelijker toe worden gebracht goederen op een van de zojuist genoemde manieren te kopen.

Een laatste opmerking over dit onderdeel. Uit de arresten HR 3

(1) Zie HR 11 december 1959, *NJ* 1960, 230 (L.E.H.R.) (Eelman-Hin).

januari 1964, *NJ* 1965, 16 (G.J.S.) (tante Bertha) en HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (G.J.S.) (tante Neeltje) blijkt, dat familieleden het nogal eens gemunt hebben op het onroerend goed van hun bejaarde verwanten met wie zij als beheerders van hun vermogen een bepaalde vertrouwensrelatie hebben opgebouwd. In die arresten was de vraag aan de orde of de verwant, die met de bejaarde een koopovereenkomst had gesloten en aan wie het onroerend goed ook was geleverd, daardoor onrechtmatig handelde jegens degene aan wie de bejaarde dezelfde zaak eerder had verkocht c.q. daarop een koopoptie had verleend. Ik ga op de verhoudingen tussen personen die beiden – de één eerder dan de ander – met de bejaarde een overeenkomst over dezelfde zaak hebben gesloten, niet nader in(1).

3.2.3. Het onder 3.2.2 geschetste beeld is voor de bejaarde, die reeds een nadelige transactie heeft verricht, weinig hoopgevend. Overleg om de zaak alsnog terug te draaien, het voeren van een proces of een beroep op de afkoelingsperiode van de Colportage-wet, zal slechts in een aantal gevallen hulp kunnen brengen. Daarom thans de hierboven genoemde *tweede situatie*. Hoe kan de bejaarde, die het beheer over zijn inkomen of vermogen niet meer alleen kan uitoefenen, dat aan een ander opdragen? Ik noem een aantal van de belangrijkste mogelijkheden. Mijn mede-precadviseur gaat er uitvoeriger op in.

3.2.4. Beheersopdracht. Indien iemand zich door gebrek aan belangstelling, ervaring of inzicht minder goed in staat acht zelf het beheer uit te oefenen, kan hij dat opdragen aan de vele banken en andere instellingen die zich met het vermogensbeheer bezig houden. Het beheer geschiedt in overleg met de cliënt. Aan hem worden regelmatig overzichten van het beheer verschaft. Ook worden regelmatig adviezen verstrekt over kwesties als beleggingen. Soms, maar niet altijd, gaat de beheersopdracht gepaard met een volmacht. Dit gebeurt wanneer rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid dat de cliënt tijdelijk of blijvend niet in staat zal zijn het zojuist genoemde overleg te voeren. De bank is dan gerechtigd de betrokkene te vertegenwoordigen. Bij het verlenen van de volmacht is het gewenst duidelijk te omschrijven hoever de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bank gaat.

(1) Zie daarover o.a. W. M. Kleijn, *Bouwrecht* 1973, blz. 487 e.v. en A.A. 1972, blz. 414 e.v. (beantwoording rechtsvraag).

3.2.5. Bij beheersopdrachten in bovengenoemde zin gaat het meestal om vrij aanzienlijke vermogens. De meeste bejaarden hebben echter geen vermogens van een dergelijke omvang. Maar ook voor de kleine vermogens of alleen maar de AOW, kunnen de banken een nuttige taak vervullen. Naar mij is gebleken zijn de bekende oude kous en de plank in de linnenkast nog steeds niet als bewaarplaats van soms vrij aanzienlijke geldsbedragen verdwenen (1). Soms zal dat gebeuren om de spaargelden voor de fiscus en de ambtenaren van de Bijstandswet te verzwijgen. Maar daarnaast zijn wantrouwen tegen de banken en onbekendheid met de verschillende mogelijkheden van rentedragende rekeningen die er ook voor kleine geldsbedragen – al is het maar het zak- en kleedgeld dat op grond van de Bijstandswet wordt verkregen – bestaan, oorzaken dat het geld thuis wordt bewaard. Het zou naar mijn mening overweging verdienen de bejaarden meer voorlichting te geven over betere wijzen van belegging van gelden.

3.2.6. Volmacht. In het verband van de beheersopdracht kwam de volmacht reeds ter sprake. Onder volmacht versta ik de bevoegdheid die een volmachtgever verleend aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten (2). Voor de bejaarde, die het beheer te veel of te ingewikkeld wordt, behoort ook deze rechtsfiguur tot de mogelijkheden. Hij kan een algemene volmacht geven of een volmacht voor bepaalde rechtshandelingen. De algemene volmacht strekt zich – aldus art. 1833 BW – alleen uit tot daden van beheer. Dit betekent dat zij, tenzij anders is bepaald, beperkt is tot hetgeen een normaal vermogensbeheer inhoudt. Daartoe kunnen ook daden van beschikking behoren (3). De algemene volmacht blijkt door bejaarden nogal eens te worden gegeven (4). Ook de volmacht voor het innen van de AOW – een volmacht voor een bepaalde rechtshandeling – komt dikwijls voor.

(1) In het artikel 'Enkele huwelijksmoeilijkheden bij bejaarden', *Ned. Tijdschrift voor Geneeskunde* 1973, blz. 593 e.v. maken I. Stork-Groenveld en prof. dr. J. A. M. Meerloo (van de geriatrie afdeling GGD Amsterdam) melding van een geval dat f 70.000,— werd gevonden in het huis van bejaarden die in de grootste armoede leefden.

(2) Aldus art. 3.3.1 G. O. Boek 3 en Asser-Van der Grinten I (*Verlegenuoordiging*), blz. 15.

(3) Zie Asser-Van der Grinten o.c. blz. 20 e.v.

(4) Zie o.a. ingezonden mededeling van C. D. Jalink in *W.P.N.R.* 4740.

3.2.7. Eigendomsoverdracht. In ons huidige recht is het niet mogelijk dat iemand, die zich niet in staat acht zijn vermogen te beheren, dat vermogen onder bewind stelt. Anders dan bij beheersopdracht en volmacht, wordt bij bewind aan de eigenaar meestal de macht over de onder bewind gestelde goederen ontnomen. Het gaat dus veel verder dan de beide andere rechtsfiguren. Het BW kent het bewind alleen voor bepaalde gevallen. Ik noem het bewind van ouder, voogd of curator (artt. 247, 337, 370 en 386 Boek 1 BW), het bewind van de provisionele bewindvoerder van art. 380 boek 1 BW, het vruchtgebruikbewind (art. 836 BW), het fideicommissairbewind (art. 1025 BW) en het testamentair bewind (art. 1066 BW). Maar een regeling van een bewind, door de eigenaar over zijn eigen goederen in te stellen, ontbreekt in het huidige BW. Wel is in de praktijk een oplossing gevonden om zoveel mogelijk in die lacune te voorzien. Die oplossing is het in eigendom overdragen van het vermogen aan een ander (de fiduciaire eigenaar), die de verplichting krijgt het overgedragen vermogen in het belang van de eigenaar te beheren (1).

3.2.8. Bezwaren tegen bovengenoemde regelingen. Tegen beheersopdracht, volmacht en eigendomsoverdracht, kunnen een aantal bezwaren worden ingebracht die zich niet alleen voordoen wanneer het om bejaarden gaat, maar die in dat verband wel duidelijker naar voren komen.

Voorop moet worden gesteld dat het in alle drie gevallen gaat om rechtshandelingen die door de bejaarde zelf moeten worden verricht. Hij moet het beheer opdragen, de volmacht verlenen, de eigendom overdragen. Dit betekent dat deze rechtsfiguren door de bejaarde alleen te hulp kunnen worden genomen, indien hij nog in staat is zijn wil daartoe te bepalen en de consequenties daarvan te overzien (2). Als zijn geestvermogens zodanig zijn gestoord dat hij geen contact kan onderhouden met de beheerder en diens doen en laten niet kan beoordelen, zal naar andere oplossingen voor het beheer moeten worden gezocht. Zij komen aan de orde bij de bespreking van de derde situatie.

We gaan er dus vanuit dat de bejaarde bij het totstandkomen van beheersopdracht, volmacht of eigendomsoverdracht, compos men-

(1) Zie o.a. P. W. van der Ploeg, *W.P.N.R.* 4286 en J. M. Polak, *Ars Notariatus* VI, 1955, blz. 38.

(2) Zie ook H. J. Homburger in zijn in 1.3 genoemde artikel.

tis was. Welke bezwaren doen zich dan tegen deze regelingen voor?

3.2.9. Niet ver genoeg. Een eerste bezwaar tegen beheersopdracht en volmacht is, dat zij dikwijls niet ver genoeg gaan. De bejaarde blijft bevoegd over zijn inkomen en vermogen te beschikken en schulden te maken die daarop verhaalbaar zijn. Dat kan, vooral wanneer de capaciteiten van de bejaarde langzamerhand achteruit gaan en hij tegen zichzelf beschermd moet worden, bezwaarlijk zijn. Ook zijn er bejaarden die – wellicht op aandrang van hun omgeving en onder het dreigen met curatele⁽¹⁾ – die maatregelen juist hebben getroffen teneinde hun vermogen tegen eigen handelen veilig te stellen. Die veiligstelling wordt dus door beheersopdracht en volmacht niet bereikt, ook niet als de bejaarde zich daarnaast tot niet-handelen zou hebben verbonden. Derden, die met de bejaarde in zee gaan, raakt een dergelijke afspraak niet.

De oplossing, om uit dit probleem te komen, is de eigendomsoverdracht. Door de overdracht verliest de bejaarde de mogelijkheid over zijn goederen te beschikken. Deze eigendomsoverdracht is echter een paardemiddel. De fiduciaire eigenaar krijgt immers in zijn hoedanigheid van eigenaar veel meer bevoegdheden dan voor een juiste vervulling van zijn taak – het voeren van beheer – nodig zijn. De fiduciaire eigendomsoverdracht gaat te ver, er vindt een overbedeling van rechten en bevoegdheden plaats⁽²⁾.

Een ernstig bezwaar in verband met die overdracht is ook, dat bij faillissement van de fiduciaire eigenaar het vermogen van de bejaarde in de failliete boedel valt en prooi wordt van de schuldeisers van de fiduciaire eigenaar. De bejaarde houdt zelfs geen preferente vordering op de failliete boedel over. Naar mijn mening is deze eigendomsoverdracht dan ook geen werkelijke oplossing voor het beheersprobleem van de bejaarden en laat ik haar daarom verder buiten beschouwing.

3.2.10. Herroeping. Met het zojuist genoemde bezwaar tegen beheersopdracht en volmacht, hangt een ander bezwaar samen. De bejaarde zal namelijk beide te allen tijde kunnen herroepen. Dat geldt niet alleen voor de door hem gegeven beheersopdracht, maar ook voor de volmacht. Algemeen wordt immers aangenomen dat

(1) Zie het in noot 1 op blz. 21 genoemde artikel van Van der Ploeg.

(2) Zie Van Gerven, o.c. blz. 31; J. M. Polak in zijn in noot 1 op blz. 21 genoemde artikel en toelichting-Meijers bij art. 3.6.2.4.

bij volmachten, die in het belang van de volmachtgever worden verleend – en daarover hebben we het hier – onherroepelijkheid onmogelijk is (1). De bejaarden, die tegen zichzelf bescherming (moeten) zoeken, zullen die bescherming dus ongedaan kunnen maken op een moment waarop daaraan misschien de meeste behoefte bestaat (2).

3.2.11. Keuze vertrouwenspersoon. Een volgend probleem betreft de keuze van de persoon die door de bejaarde als beheerder of gevolmachtigde is aangewezen. De bejaarde is in die keuze vrij. Velen zullen die vrijheid benutten door een te goeder naam en faam staande natuurlijke- of rechtspersoon uit te kiezen. Maar de praktijk leert helaas, dat ook minder betrouwbare personen zich met het beheer gaan bemoeien. Naar mij van verschillende kanten werd verteld, worden bejaarden soms overrompeld door personen die voorgeven in het beheren deskundig te zijn en daarvan vervolgens ten eigen behoefte goede sier maken. Dat doet zich zowel voor bij bejaarden met grote of kleine vermogens, als bij bejaarden die alleen maar AOW hebben (3).

3.2.12. Controle. De als beheerder of gevolmachtigde aangewezen persoon zal in zijn beheer moeten worden gecontroleerd. Veel bejaarden zijn daartoe niet in staat. Misschien was dat bij het totstandkomen van beheersopdracht of volmacht nog wel het geval, maar zijn langzamerhand de geestvermogens achteruit gegaan waardoor de bejaarde in feite – niet juridisch zolang er geen curatele is – handelingsonbekwaam is geworden. Van een effectieve controle, rekening en verantwoording, en het verlenen van décharge aan het einde van het beheer kan dan geen sprake meer zijn. Ik denk hierbij vooral aan de gevallen dat de beheersopdracht en volmacht voor langere duur zijn gegeven, hetgeen bij bejaarden vaak zo blijkt te zijn.

De vraag doet zich voor, of niet door het feitelijk handelingsonbekwaam worden aan beheersopdracht en volmacht een einde is gekomen. Wat de volmacht betreft is deze vraag enkele keren aan de orde geweest in de rechtsvragenrubriek van het *W.P.N.R.* en daar

(1) Zie Asser-Van der Grinten o.c., blz. 42; voorts art. 3.3.13 G. O. Bock 3 en het in noot 1 op blz. 21 genoemde artikel van Van der Ploeg.

(2) Zie ook De Ranitz in zijn in 1.1 genoemde artikel.

(3) Zie het op blz. 20 in noot 1 genoemde artikel.

steeds ontkennend beantwoord. (1) Alleen een na de volmacht uitgesproken curatele doet in dergelijke gevallen de volmacht eindigen.

Hetgeen over de volmacht werd opgemerkt, is naar mijn mening ook op de beheersopdracht van toepassing. Ook daaraan komt door het intreden van een toestand van feitelijke handelingsonbekwaamheid niet automatisch een einde.

Dit betekent – Drion heeft daarop in zijn beantwoording van de hem voorgelegde rechtsvraag gewezen – dat in zulke gevallen de positie van de gevolmachtigde sterker is geworden dan die van een curator. Hetzelfde geldt voor de beheerder zonder volmacht. Zij hebben niet, zoals de curator, een toezichthouder op het beheer naast zich, terwijl hun werkzaamheden evenmin onder controle van de rechter staan. De curator heeft voor bepaalde handelingen goedkeuring of machtiging van de rechter nodig, de beheerder of gevolmachtigde niet.

3.2.13. Het bovenstaande brengt mij tot de conclusie dat vooral langdurige beheersopdrachten en volmachten voor de bejaarde belangrijke bezwaren in zich bergen. Dat geldt niet alleen voor bejaarden van wie de geestvermogens achteruit zijn gegaan, maar ook voor bejaarden met lichamelijke gebreken. Ook zij zullen minder goed in staat zijn het beheer te controleren.

3.2.14. *Overlaten en overdragen bestuur.* Naast de beheersopdracht en de volmacht, doen zich voor *gehuwde bejaarden* nog twee andere mogelijkheden voor. Zij betreffen het bestuur over de goederen van de huwelijksgemeenschap en het bestuur over privé-goederen.

De echtgenoot, die het bestuur teveel wordt, kan dit in de eerste plaats *overlaten* aan de andere echtgenoot. In de praktijk zal dat vaak gebeuren. Door het overlaten is hij van de zorgen van het bestuur af. De overlatende echtgenoot blijft echter zelf tot alle bestuurshandelingen bevoegd.

Indien echtgenoten dat laatste ook willen uitsluiten, zullen zij een andere regeling moeten treffen. Die regeling kent de wet alleen ten aanzien van het bestuur over goederen der gemeenschap (art. 97 Boek 1 BW). Bij huwelijkse voorwaarden *kán* worden overeengekomen dat het bestuur over de goederen der gemeenschap aan de andere echtgenoot wordt overgedragen met als gevolg dat de over-

(1) Zie *W.P.N.R.* 4413, Bregstein; *W.P.N.R.* 4574, Houwing; *W.P.N.R.* 4955, H. Drion; *W.P.N.R.* 5017, J. M. Polak.

dragende echtgenoot de bevoegdheid om te besturen verliest (zgn. privatieve bestuursoverdracht) (1). Bejaarde echtparen, die zo'n regeling in hun huwelijkse voorwaarden nog niet kennen, zouden dat dus alsnog kunnen tot stand brengen.

Voor beide oplossingen geldt, dat zij net zo lang duren als het huwelijk in stand blijft. Na het overlijden van de besturende echtgenoot moet naar een andere oplossing worden omgezien. Wat het overdragen bij huwelijkse voorwaarden betreft komt daar nog bij, dat deze mogelijkheid voor vele gehuwde bejaarden geen werkelijke oplossing betekent. Nog afgezien van het feit dat huwelijkse voorwaarden voor de meeste gehuwden een onbekend terrein zijn – naar schatting worden zij in slechts 10% van het aantal huwelijken gemaakt –, lijkt het niet erg reëel te veronderstellen dat de vele bejaarden, die alleen maar inkomsten – vaak alleen maar AOW – hebben of een klein vermogen, voor het beheer daarvan huwelijkse voorwaarden zullen laten maken door de notaris.

3.2.15. Ik kom nu tot de in 3.2.1 genoemde *derde situatie*, de gevallen dat de bejaarde niet meer in staat is aan een ander het beheer op te dragen, terwijl daarin toch moet worden voorzien. Ook hier laat ik alleen de belangrijkste mogelijkheden om uit deze impasse te komen de revue passeren: bestuursopdracht, zaakwaarneming, onderbewindstelling bij afwezigheid en curatele. Daarvan kunnen de eerste drie zowel hulp bieden wanneer de bejaarde ten gevolge van een geestelijke stoornis niet in staat is zijn wil te bepalen, als wanneer hij dit ten gevolge van een lichamelijk gebrek niet kan. De curatele speelt alleen bij een geestelijke stoornis van de bejaarde een rol.

3.2.16. Bestuursopdracht. Ik eindigde bij de opsomming van de mogelijkheden in de tweede situatie zojuist met het noemen van speciale oplossingen voor gehuwde bejaarden. Teneinde de opmerkingen daarover niet teveel uit elkaar te trekken, zal ik er voor de derde situatie mee beginnen.

In 3.2.14 ging het om het overlaten en het overdragen van het bestuur. Het overdragen komt in de derde situatie niet aan de orde. Voor dat overdragen zijn immers huwelijkse voorwaarden nodig en daaraan zal de bejaarde, in de gevallen waarover we het nu hebben, meestal niet kunnen meewerken. Wel zal het overlaten van

(1) Zie Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 139 en Schoordijk, *Het nieuwste huwelijksvermogensrecht*, blz. 51.

het bestuur een rol kunnen spelen. De echtgenoot van de bejaarde, die niet meer tot handelen in staat is, zal op grond daarvan het bestuur kunnen voortzetten.

Daarnaast opent art. 90 Boek 1 zowel voor de privé-goederen als voor de gemeenschapsgoederen, een andere mogelijkheid. Op grond van dat artikel kan, wanneer een der echtgenoten door afwezigheid of een andere oorzaak in de onmogelijkheid verkeert zijn goederen of de goederen der gemeenschap te besturen, of in ernstige mate tekortschiet in het bestuur van de goederen der gemeenschap, de rechtbank op verzoek van de andere echtgenoot aan deze het bestuur over die goederen of een deel daarvan opdragen. Onder onmogelijkheid valt zowel psychische als fysieke onmogelijkheid⁽¹⁾. Het belangrijke verschil met het zojuist genoemde overlaten van het bestuur is, dat de rechterlijke bestuursopdracht privaat werkt. Zoals in 3.2.14 bleek wil dat zeggen, dat het bestuur voortaan uitsluitend aan de andere echtgenoot toekomt. Dit kan van belang zijn in de gevallen dat het gevaar bestaat dat de bejaarde echtgenoot, hoewel hij door een geestelijke stoornis niet meer in staat is zijn wil te bepalen, toch gaat handelen. Ik verwijs in dit verband naar mijn opmerkingen in 3.2.9. De vraag of degene, die het bestuur kwijt raakt, wel indirect over zijn goederen kan beschikken door daarop verhaalbare schulden te maken, is betwist⁽²⁾. Bij het opdragen van het bestuur aan de andere echtgenoot kan de rechtbank nadere regels stellen. Indien het bestuur ook voor de andere bejaarde echtgenoot wel wat zwaar zou zijn, zou de rechtbank bijvoorbeeld kunnen bepalen dat die echtgenoot zich in het bestuur door een accountant moet laten bijstaan⁽³⁾.

Hetgeen in 3.2.14 is opgemerkt, is ook hier van toepassing. De besproken oplossingen zijn afhankelijk van het leven van de besturende echtgenoot. Komt deze te overlijden, dan moet op andere wijze in het bestuur worden voorzien.

3.2.17. *Zaakwaarneming.* In de gevallen, dat de bejaarde niet meer tot handelen in staat is, maakt de rechtsfiguur van de zaakwaarneming het mogelijk dat een ander het inkomens- en vermogensbeheer gaat uitoefenen. In bepaalde gevallen zal een ander zich daartoe zelfs verplicht achten. Het is denkbaar dat hij, door dat na te

(1) Zie Klaassen-Eggers-Luijten, blz. 57.

(2) Zie Klaassen-Eggers-Luijten, blz. 60 en de daar in noot 1 genoemde schrijvers.

(3) Zie Rb. Dordrecht 11 december 1957, *NJ* 1958, 337.

laten, zich aan een onrechtmatige daad zou schuldig maken, omdat zijn nalaten dan in strijd zou kunnen zijn met de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed (1).

De zaakwaarneming is echter zowel voor de zaakwaarnemer als voor de bejaarde niet zonder risico.

Wat de zaakwaarnemer betreft, deze loopt in de eerste plaats het risico dat achteraf gezegd zal worden dat hij zich onnodig met de zaken van de bejaarde heeft ingelaten. Algemeen wordt immers aangenomen dat het optreden als zaakwaarnemer door de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid (2) – art. 6.4.1.1 spreekt van redelijke grond – moet zijn gerechtvaardigd, maar even algemeen wordt gesteld, dat het onmogelijk is criteria te geven voor de beantwoording van de vraag wanneer een bijzondere omstandigheid aanwezig is. De beantwoording van die vraag is aan de rechter overgelaten (3). Naar ik meen is dat op zichzelf juist. Men kan onmogelijk van te voren overzien en in de wet vastleggen in welke gevallen zaakwaarneming terecht is. Maar zulks neemt niet weg, dat dit de positie van de zaakwaarnemer voor bejaarden minder aantrekkelijk maakt. Evenals bij beheersopdracht en volmacht, zal het ook hier vaak om zaakwaarnemingen voor langere duur gaan. Dan is het op zijn zachtst gezegd voor de zaakwaarnemer niet prettig met de mogelijkheid rekening te moeten houden achteraf het verwijt te krijgen, dat wegens het ontbreken van een bijzondere omstandigheid van zaakwaarneming geen sprake kon zijn.

Maar ook als wél van zaakwaarneming sprake is, zal de positie van de zaakwaarnemer niet altijd benijdenswaardig zijn, ook afgezien van de verplichting tot voortzetting (art. 1390 BW). Vaak zullen belangrijke en ingrijpende beslissingen van vermogensbeheer genomen moeten worden. Naarmate de waarneming langer duurt neemt de kans, dat verkeerde beslissingen worden genomen toe. Daarmede evenredig groeit de kans, dat de zaakwaarnemer ter zake van onzorgvuldig beheer aansprakelijk zal worden gesteld (art. 1393 BW). Anders dan beheerders als voogden en curatoren, kan de zaakwaarnemer zich niet door een machtiging van de rechter tegen dergelijke verwijten indekken.

(1) Aldus Asser-Rutten III, 2, blz. 376; zie ook Hofmann-Drion-Wiersma, blz. 6 en 7.

(2) Zie Asser-Rutten III 2, blz. 377 e.v.

(3) Zie Asser-Rutten III, 2, blz. 377 e.v. en toelichting-Meijers art. 6.4.1.1.

Tot zover de belangrijkste risico's die de zaakwaarnemer kan lopen. Maar ook de belangen van de bejaarde zullen niet altijd met een zaakwaarneming zijn gediend.

Allereerst is er geen enkele waarborg voor de deskundigheid en betrouwbaarheid van de zaakwaarnemer. Voor het kunnen optreden als zaakwaarnemer is geen rechterlijke of andere controle vereist. Bij beheersopdracht en volmacht is de bejaarde zelf nog in zekere mate in staat die controle uit te oefenen en een goede beheerder uit te zoeken. Weliswaar is, zoals hierboven bleek, de zaakwaarnemer voor slecht beheer aansprakelijk, maar hoe vaak zal in dergelijke gevallen die aansprakelijkheid niet zuiver theoretisch zijn? De kans dat de zaakwaarnemer met de Noorderzon is vertrokken of zo kaal is als een kikker, zal lang niet altijd denkbeeldig zijn.

Maar ook als de zaakwaarnemer betrouwbaar en deskundig is, dan is daarmee de bescherming van de belangen van de bejaarde nog niet altijd veilig gesteld. Evenmin als bij beheersopdracht en volmacht, verliest de bejaarde de bevoegdheid om ook zelf te handelen en zich daardoor te benadelen. Door de zaakwaarneming wordt geen bescherming van de bejaarde tegen zichzelf verkregen.

Ik meen dan ook te mogen concluderen dat zaakwaarneming een oplossing kán zijn in de gevallen dat de bejaarde zelf niet meer in staat is goed voor zijn belangen te zorgen, maar dat deze oplossing niet in alle opzichten ideaal is te noemen.

3.2.18. Bewind bij afwezigheid. Als mogelijkheid om de bejaarde te hulp te komen moet ook nog genoemd worden de in art. 409 Boek 1 BW geregelde onderbewindstelling in geval van afwezigheid. Deze mogelijkheid bestaat echter alleen indien de bejaarde zijn woonplaats heeft verlaten zonder voldoende orde op het bestuur van zijn zaken te hebben gesteld. Bij verreweg de meeste bejaarden zal echter van een verlaten van de woonplaats geen sprake zijn. Vandaar dat deze regeling voor de hier behandelde problematiek nauwelijks van enig belang is.

3.2.19. Curatele. Tegen onbetrouwbaar en ondeskundig beheer van zijn zaken wordt de bejaarde, die geestelijk gestoord is, beter beschermd met een curatele. De curator wordt door de rechter benoemd en staat onder diens controle en die van de toeziende curator. Een ondercuratelestelling gaat echter voor de meeste bejaarden veel te ver. In de eerste plaats wordt deze maatregel door veel be-

jaarden als odieus en denigrerend beschouwd. Er wordt hem een bepaald stempel opgedrukt waardoor hij nog verder, dan misschien al het geval is, buiten de maatschappij wordt gesteld.

Bovendien is die maatregel dikwijls een te grof geschut. Terwijl voor bepaalde vermogensrechtelijke handelingen vertegenwoordiging door een derde voldoende zou zijn, wordt de bejaarde voor *alle* handelingen – ook de niet vermogensrechtelijke – geheel handlingsonbekwaam. Vandaar dat men in de psychiatrische ziekenhuizen de ondercuratelestelling – niet alleen ten aanzien van bejaarden, maar in het algemeen – in het kader van een therapeutische behandeling als een ultimum remedium ziet (1).

Teneinde de aan een ondercuratelestelling verbonden bezwaren te ondervangen, wordt soms aan het verzoek tot ondercuratelestelling het verzoek tot benoeming van een provisioneel bewindvoerder in de zin van art. 380 Boek 1 BW – dus niet in de zin van de Krankzinnigenwet – gekoppeld. Die bewindvoering maakt het mogelijk om slechts bepaalde goederen aan het beheer van de onder curatele te stellen persoon te onttrekken. Door het verzoek tot ondercuratelestelling te rekken, wordt dan getracht de bewindvoering zo lang mogelijk te laten voortduren (2).

3.3. Bejaarden in een bejaardentehuis.

3.3.1. Alles wat hiervóór in 3.2.1–3.2.19 is gezegd over bejaarden die nog min of meer zelfstandig in een normale gezinswoning, een bejaardenwoning of een serviceflat wonen, geldt ook voor de bejaarden in een bejaardentehuis. Ook daar zijn bejaarden die het beheer over hun inkomen of vermogen nog uitstekend zelf kunnen verzorgen, bejaarden die dat niet meer alléén kunnen en bejaarden die het geheel aan een ander moeten overlaten. Maar in het bejaardentehuis kunnen zich een aantal complicaties voordoen die een afzonderlijke bespreking nodig maken.

3.3.2. Beheersopdracht en volmacht. Onder 3.2 noemde ik beheersopdracht en volmacht als mogelijkheden om een ander voor het beheer van inkomen of vermogen te laten zorgen. Daarbij kwam in

(1) Zie het in 1.4 genoemde rapport 'Patiëntengelden', blz. 19; voorts voorlopig verslag over wetsontwerp Bijzondere Opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, zie hierna blz. 42.

(2) Zie ook Parl. Gesch. Boek 1, blz. 710. In Duitsland blijkt zich eenzelfde ontwikkeling voor te doen. Zie daarover W. Diamand, WPNR 4311.

3.2.11 het probleem van de keuze van de persoon van de beheerder of gevolmachtigde ter sprake. Dat probleem komt in het bejaardentehuis in een speciaal daglicht te staan.

Naar mij is gebleken, wijzen in bejaardentehuizen de bejaarden vaak een lid van de directie of de boekhouding als beheerder of gevolmachtigde aan. Soms komt het zelfs voor dat als voorwaarde voor opname in het tehuis wordt gesteld, dat de directie gemachtigd moet worden om de AOW te innen. In andere gevallen wordt alleen maar het bedrag dat op grond van de Algemene Bijstandswet maandelijks aan zak- en kleedgeld wordt uitgekeerd, onder beheer gesteld. Op al deze manieren worden door die beheerders en gevolmachtigden dikwijls niet onaanzienlijke bedragen beheerd.

Bij hetgeen ik nu ga zeggen, wil ik duidelijk het volgende voorop stellen. In de eerste plaats, dat ik geen enkele reden heb om te veronderstellen dat in de meeste gevallen deze bedragen niet uiterst zorgvuldig, deskundig en gewetensvol worden beheerd. In de tweede plaats, dat veel directeuren en anderen de bejaarden hiermede een waardevolle dienst bewijzen. Tenslotte, dat voor dit beheer dikwijls geen kosten in rekening worden gebracht.

Maar toch: is het in principe niet onjuist dat het beheer van dergelijke grote bedragen – en ook de zak- en kleedgeldten kunnen langzamerhand een hele pot gaan vormen – zonder controle van buitenaf worden beheerd door een instelling waarvan de bejaarde zo afhankelijk is voor zijn verzorging? Niet ontkend kan worden, dat van een dergelijk beheer misbruik *kán* worden gemaakt en ook gemaakt *wórdt*. Natuurlijk kan de bejaarde, zolang hij daartoe geestelijk in staat is, rekening en verantwoording vragen. Zal hij dat echter gemakkelijk doen en niet bang zijn beschouwd te worden als een querulant en iemand die geen vertrouwen heeft in de instelling? Ik moet in dit verband denken aan het op 2 december 1973 uitgezonden televisie-interview met mevrouw Annie Romein-Verschoor. Het feit dat van bejaarden in tehuizen in het algemeen zo weinig klachten naar buiten worden gehoord, was volgens haar deels te verklaren door het dankbaarheidssyndroom dat vele bejaarden jegens het tehuis hebben.

Mijn conclusie is dan ook dat het, wanneer de bejaarde niet zelf voor het beheer kan zorgen, aanbeveling verdient te bevorderen dat het beheer wordt opgedragen aan een persoon of instelling buiten het tehuis. Ik kom daarop in het laatste Hoofdstuk in 4.2.8 terug.

3.3.3. Algemene Bijstandswet (1). De Algemene Bijstandswet kwam reeds enkele malen ter sprake. Deze wet speelt in het leven van bejaarden in bejaardentehuizen een zeer belangrijke rol. Naar schatting geschiedt de verzorging van 90% van die bejaarden op kosten van de Algemene Bijstandswet (2). Dat komt omdat de AOW niet toereikend is om de verzorgingskosten te betalen en andere inkomsten daarnaast veelal ontbreken. Dus moet aanvulling plaats vinden en dat gebeurt op grond van de Algemene Bijstandswet. Bij de manier waarop dit gebeurt zou ik enkele kanttekeningen willen plaatsen. Voorzover ik in mijn gesprekken met directeurs van Sociale Diensten en directeurs van bejaardentehuizen heb kunnen nagaan, zijn er twee uitersten te onderscheiden.

Het éne uiterste is, dat de bijstandsbehoefte de Sociale Dienst van de Gemeente machtigt om zijn AOW in ontvangst te nemen. Vervolgens wordt dan, afhankelijk van de verzorgingskosten van het tehuis, de hoogte van de bijstand vastgesteld. In die bijstand is het reeds eerder genoemd zak- en kleedgeld en de ziekenfondspremie begrepen. Het aldus vastgestelde bedrag wordt in zijn geheel overgemaakt op de rekening van het tehuis. De bejaarde kan daarna beschikken over het zak- en kleedgeld. Hij laat dat echter vaak onder beheer van het tehuis en vraagt zo nu en dan kleine bedragen op die hij nodig heeft voor bepaalde uitgaven.

Een variant op deze wijze van betalen is, dat de Sociale Dienst het zak- en kleedgeld rechtstreeks aan de bejaarde doet toekomen met een chèque of storting op giro- of bankrekening.

Het andere uiterste is, dat de bejaarde zelf de AOW blijft ontvangen. Daarnaast ontvangt ook hijzelf de benodigde bijstand. Met het tehuis verrekenet hij vervolgens zelf de verzorgingskosten.

Naar mijn mening is laatstgenoemde vorm van inkomensbeheer uit een oogpunt van bejaardenbeleid de meest juiste. Alleen deze opvatting laat de bejaarde 'in zijn waarde'. Alleen deze opvatting

(1) Ik ga niet in op het wegschenken van vermogen om bijstandsbehoefte te worden. Dat probleem is in 1973 uitvoerig besproken door W. M. Kleijn in diens preadvies 'Oudedagsvoorzieningen' voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, blz. 48 e.v.

(2) Aan het slot van 2.7 heb ik vermeld dat volgens de laatste Volktelling $\pm 50\%$ van de bejaarden in inrichtingen en tehuizen voor het bestaan mede afhankelijk is van de Bijstandswet. Daarmede is de 90%, die ik hier vermeld en die mij van meerdere kanten als juist is bevestigd, niet in strijd. De 50% van de Volktelling heeft namelijk ook betrekking op anderen dan bejaarden.

voorkomt, dat – om nogmaals mevrouw Romein-Verschoor in haar eerder genoemde televisie-interview te citeren – het bij de overgang naar een bejaardentehuis dikwijls optredende ‘identiteitsverlies’ nog verder gaat dan nu al het geval is. Die overgang van de eigen woning naar het tehuis, is vaak moeilijk genoeg. Daar dient niet ook nog eens het uit handen moeten geven van een stuk inkomens-beheer bij te komen. Waarom zou de bejaarde, die voordien zelf zijn AOW inde en beheerde, dat nu ineens niet meer kunnen? Natuurlijk zal het bedrag van de AOW meestal direct moeten doorschuiven naar het bejaardentehuis voor de betaling van de verzorgingskosten. Maar laat de bejaarde dat dan zelf doen zolang hij dat kan. De bejaarde, die uit andere middelen dan de AOW de kosten kan betalen, mag toch ook die middelen blijven beheren? De intrede in het bejaardentehuis moet niet een soort handelingsonbekwaamheid over de AOW met zich meebrengen.

Voor de bijstandsuitkering geldt hetzelfde. Rechtstreekse uitbetaling van het gehele bedrag aan de bejaarde doet daar bovendien duidelijk uitkomen, dat het hier om een *recht* gaat dat aan de bejaarde zelf toekomt. Het tehuis hoeft zelfs niet te weten dat de bejaarde een bijstandsuitkering krijgt.

De hierboven vermelde variant is in zoverre juist dan het eerstgenoemde uiterste, dat in elk geval het zak- en kleedgeld rechtstreeks aan de bejaarde wordt uitgekeerd. Het ophopen van die gelden onder het beheer van het tehuis met de daaraan voor de leiding verbonden bezwaren en de mogelijk daaruit voortvloeiende misbruiken, wordt daardoor vermeden. Maar het bezwaar blijft, dat de AOW en het restant van de bijstand aan het rechtstreekse beheer van de bejaarde worden onttrokken.

Al moge het dan uit een oogpunt van bejaardenbeleid ongewenst zijn de verzorgingskosten door de Sociale Dienst aan het tehuis te laten betalen, niet ontkend kan worden dat hiervoor praktische argumenten zijn aan te voeren. Een belangrijk argument is, dat het tehuis er zeker van kan zijn dat de kosten maandelijks regelmatig worden betaald. Ongetwijfeld is dit een sterk argument. Maar er is ook een oplossing mogelijk die, zonder de bejaarde ‘in zijn waarde’ tekort te doen, evenzeer een regelmatige betaling waarborgt. Het is de automatische afschrijving van een giro- of bankrekening van de bejaarde. Er zijn nu reeds meerdere bejaarden die op deze wijze zelf hun verzorgingskosten betalen. Dat is begrijpelijk, want de bejaarde hoeft zich dan geen zorgen meer te maken of hij op tijd be-

taalt. Bovendien wordt nog een gering bedrag aan rente gekweekt. Vandaar dat er veel voor te zeggen zou zijn dat elk bejaarde, die zijn intrede doet in een bejaardentehuis, een bank- of girorekening opent.

3.3.4. Bezoekpijk. Door het laten openen van een bank- of girorekening, zal waarschijnlijk ook een ander probleem waarmee bejaardentehuizen – en ook verpleegtehuizen – soms mee te maken hebben, kunnen verminderen. Dat probleem is de bezoekpijk op dagen waarop o.a. de AOW wordt uitgekeerd. In die dagen schijnt de frequentie van het bezoek van vooral familieleden – meestal kinderen – aanzienlijk toe te nemen. Dat bezoek verlaat dan vervolgens het tehuis met (een deel van) de uitkering.

Het geld wordt dikwijls ten nutte van de bejaarde besteed. Op zijn verzoek worden bepaalde zaken gekocht die hij nodig heeft. Maar het komt ook voor, dat het geld definitief in de zakken van de bezoekers verdwijnt. De bejaarde weet dat, maar durft het niet te weigeren uit vrees dan nooit meer bezoek te zullen ontvangen. Hij koopt als het ware het bezoek. Maar het tehuis zit met de strop. Want als de bejaarde naar de kapper wil, wil trakteren, sigaretten kopen en andere dergelijk soort zaken kopen, heeft hij geen geld en klopt bij het tehuis aan. Het tehuis schiet dan dat bedrag vaak voor in de hoop het van de familie terug te krijgen. Het antwoord van de familie is echter, dat vader of moeder nog niet naar de kapper hoeft en dat ook het rokertje of de traktatie overbodig was.

Een oplossing om uit dit – ogenschijnlijk geringe, maar voor menig bejaarde belangrijke – probleem te komen is natuurlijk het laten beheren van de AOW door het tehuis. Hierboven heb ik echter deze oplossing als minder gewenst verworpen. Een andere oplossing is om de AOW veel vaker dan tegenwoordig het geval is (1) op een bank- of girorekening van de bejaarde te laten storten. De mogelijkheid dat daarvan dan gelden worden afgehaald waarmee de familie zijn voordeel doet, blijft natuurlijk bestaan, maar is naar mijn mening minder gemakkelijk geworden.

3.3.5. Bevoordeling personeel. Voor veel bejaarden zijn de contacten met het personeel van het bejaardentehuis bijzonder waardevol. Zelfs wanneer familieleden en andere bekenden de bejaarde regel-

(1) Bij informatie bleek mij dat in niet veel meer dan 50% van de gevallen de AOW op een bank- of girorekening wordt gestort.

matig blijven bezoeken, zullen de gesprekken en ontmoetingen met het personeel veel vaker plaats vinden. Indien met deze personen een bepaalde band is opgebouwd, is het begrijpelijk dat de bejaarde daar iets in materiële zin tegenover wil stellen. Bevoordelingen bij testament en schenking plegen dan ook regelmatig voor te komen.

Van de vertrouwensband, die tussen personeel en bejaarde is ontstaan, kan echter ook gemakkelijk misbruik worden gemaakt. Dit kan er toe leiden dat op de bejaarde een ongeoorloofde druk wordt uitgeoefend om een bepaalde bevoordeling te krijgen.

Vandaar dat in de reglementen van veel tehuizen het personeel verboden wordt giften van bejaarden aan te nemen (1). In Frankrijk is men nog een stap verder gegaan. Daar is sedert 1968 een dergelijk verbod in de Code Civil opgenomen. In art. 1125-1 wordt sindsdien bepaald:

‘Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement.

Pour l'application du présent article, sont réputées personnes interposées, le conjoint, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées.’

Ook in Nederland is reeds dikwijls op een soortgelijk wettelijk verbod aangedrongen. Ik verwijs naar de in 1.2 opgenomen passage van een mondeling overleg met de Minister van Maatschappelijk Werk en de in 1.3 genoemde publikaties van Luijten en Voûte. Beiden pleiten er voor in het BW een bepaling op te nemen in de trant van art. 953 BW (2). In dat artikel wordt het verboden dat o.a. artsen en geestelijken, die iemand gedurende zijn ziekte hebben bijgestaan, voordeel trekken uit uiterste wilsbeschikkingen die gedurende die ziekte zijn gemaakt. Op grond van art. 1718 BW geldt hetzelfde voor schenkingen (3). Ook mij lijkt het juister deze kwestie

(1) Zie art. 8 lid 1 onder c van het rechtspositiereglement voor personeel in bejaardentehuizen, publikatie 9 van de stichting Landelijke Samenwerking Bejaardentehuizenorganisaties.

(2) In dezelfde zin redactioneel artikel in ‘De Bejaarden’, oktober 1968, blz. 215 e.v.

(3) Zie ook de artt. 4.3.2.6 en 4.3.2.6a, alsmede art. 7.3.4 en de toelichting daarbij.

niet aan de reglementen van tehuizen over te laten, maar in de wet te regelen. Alleen op deze wijze kan worden bereikt dat de regel voor alle tehuizen gaat gelden.

3.4. Bejaarden in ziekenhuis, verpleegtehuis, zwakzinnigeninrichting, psychiatrisch ziekenhuis.

3.4.1. Algemeen. Van oudsher is in deze inrichtingen – de één meer, de ander minder – het inkomens- en vermogensbeheer van patiënten een moeilijk vraagstuk (1). Dit vraagstuk is door de invoering van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten in 1968 aanzienlijk toegenomen.

Sinds 1968 komen de kosten van behandeling, verpleging en verzorging in die inrichtingen ten laste van de AWBZ (2). Zoals ik reeds in 1.4 opmerkte, gebeurt dat bij verpleegtehuizen en zwakzinnigeninrichtingen vanaf de opname in de inrichting, bij een gewoon ziekenhuis en een psychiatrisch ziekenhuis vanaf één jaar na de opname. Op de inkomsten die de patiënt heeft uit – bijvoorbeeld – eigen vermogen, AOW, ambtelijk- of bedrijfspensioen, therapiebeloningen, worden die kosten slechts voor een deel verhaald. De rest wordt geheel of gedeeltelijk opgepot en de inrichting zit met het beheersprobleem.

Dat het hier om niet geringe bedragen gaat, moge uit de volgende cijfers blijken.

De Daniël de Brouwerstichting te Boekel vermeldt in haar balans per 30 juni 1970 een bedrag van f 2.761.774 onder het hoofd 'tegoeden patiënten'. De toelichting daarbij meldt ons: 'Deze post is gestegen door het in werking treden van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten in 1968. Verschillende uitkeringen ingevolge de Sociale Verzekeringswetten voor de ongehuwde patiënten, alsmede de lonen van de zogenaamde patiënten buitenwerkers komen geheel of gedeeltelijk ten gunste van de betreffende patiënten; deze gelden worden voor de patiënten door de Stichting beheerd.'

Een ander voorbeeld ontleen ik aan een brief van 1 september 1970 van het Gemeenschappelijk Overleg van Ziekenfondsorganisaties

(1) Zie het in 1.4 genoemde rapport 'Patiëntengelden'. Voorts J. van der Hoeven, Cumulatie van vermogen en AWBZ, 'Unie', Maandblad van de Nederlandse Unie van Ziekenfondsen, 1971, blz. 219 e.v.

(2) De middelen tot dekking van de uitgaven worden gevonden door het heffen van premies, alsmede door een bijdrage van het Rijk (art. 17 AWBZ).

GOZ aan de Voorzitter van de Ziekenfondsraad. In het psychiatrisch Ziekenhuis St. Anna te Venray was ultimo juni 1970 aan te goeden van 830 patiënten een bedrag van f 1.830.024 geregistreerd. Tenslotte enkele cijfers van de Stichting Centrale Administratie voor Verpleeg- en verzorgingskosten 'CAV' te 's-Gravenhage. Door deze stichting – waarop ik in 4.2.8 nader terugkom – werd per 31 december 1971 ruim f 7.000.000 beheerd ten behoeve van 1792 patiënten. Op 31 december 1972 was dat ruim f 9.700.000 t.b.v. 1993 patiënten. Zowel het bedrag als het aantal patiënten waarvoor wordt beheerd, beweegt zich dus in stijgende lijn.

Het bovengenoemde beheer wordt niet alleen voor bejaarde patiënten uitgeoefend, maar voor alle patiënten die in de inrichting verblijven en gelden in beheer hebben gegeven. Hoe groot het voor bejaarden beheerde gedeelte is, is mij niet bekend. Het lijkt mij ook niet van belang. Het gaat mij niet om de hoogte van het bedrag. Van belang is de vraag hoe de inrichtingen, waarvoor dit beheer dikwijls een veel te zware belasting en verantwoordelijkheid betekent, daarvan kunnen worden verlost, én de vraag wat, indien zij het beheer blijven uitoefenen, daarvan de juridische grondslag is.

3.4.2. Reeds vele jaren geleden, lang voordat er van een AWBZ sprake was en op een ogenblik dat het nog om geringe bedragen ging, is een oplossing aan de hand gedaan om het probleem van het inkomens- en vermogensbeheer door inrichtingen helemaal de wereld uit te helpen. Ik vermeld het curiositeitshalve (1). In het tijdschrift 'Het R.K. Ziekenhuis en de R.K. Charitas' van 1923, blz. 142 e.v., wordt als oplossing tegen het oppotten het organiseren van een kermis aangeraden. 'Deze kermis' – aldus kunnen we lezen – 'heeft tot doel, behalve de verpleegden een prettige ontspanning te bezorgen, dat het gestichtsgeld weer in de handen der broeders komt. Want ofschoon de verpleegden voor het loon dat zij voor hun arbeid verdienen, in het gesticht genotsmiddelen kunnen kopen, zijn er bij, even als onder de geestes normale mensen in de wereld, die van hun geld geen afstand kunnen doen en het oppotten. Tegen de vermaken en geneugten der jaarlijksche kermis is hun vasthoudendheid echter niet bestand.'

Het is duidelijk dat, hoe plezierig en geldverslindend een kermis ook moge zijn, daarmee thans het probleem van het beheer van de

(1) Onder dankzegging aan de heer E. van Faassen, werkzaam bij het Ziekenhuisinstituut, die mij op de publikatie attent maakte.

enorme geldsbedragen en andere vermogensbestanddelen die onder de inrichtingen berusten, niet meer kan worden opgelost. Welke mogelijkheden zijn er dan wél?

3.4.3. Beheer buiten de inrichting. Eerst enkele opmerkingen over de aan het slot van 3.4.1 reeds even aangeduide mogelijkheid dat de inrichting zelf van het beheer wordt verlost.

Aangenomen dat dit vóór de opname in de inrichting nog niet door de patiënt zelf of anderen is geregeld, betekent deze mogelijkheid dus dat de inrichting zal moeten bevorderen dat het beheer wordt behartigd door iemand buiten de inrichting. Dat behartigen zou dan kunnen gebeuren op grond van de in 3.2 genoemde figuren als beheersopdracht, volmacht, zaakwaarneming, provisionele bewindvoering van art. 380 Bock 1 BW en curatele. Bij gehuwden komen ook in aanmerking bestuursoverdracht bij huwelijkse voorwaarden en bestuursopdracht door de rechter.

Wat de beheersopdracht en volmacht betreft, deze kunnen ook hier alleen te hulp worden genomen als de patiënt ten tijde van het totstandkomen daarvan in staat was zijn wil daartoe te bepalen. Zie hetgeen in 3.2.8 is opgemerkt. Zij zullen dus veelal niet kunnen worden gebruikt bij patiënten die in een psychiatrisch ziekenhuis of in een zwakzinnigeninrichting zijn opgenomen en in verreweg de meeste gevallen ook niet bij opname in een verpleegtehuis voor psychisch gestoorde bejaarden. Ik twijfel dan ook aan de rechtsgeldigheid van de 'verklaringen' die sommige van die inrichtingen de patiënt laten tekenen en waarin o.a. staat:

c. dat hij/zij ermee instemt dat minimaal de hem/haar toekomstende AOW- of WAO-uitkering in beheer gegeven wordt aan

d. dat hij/zij de sub c benodigde machtigingen zal afgeven.

e. dat hij/zij machtigt tot het betalen van de door hem/haar verschuldigde ziekenfonds- en andere verzekeringspremies, eventuele huur en eigen bijdrage in de kosten van de AWBZ-verpleging, alsmede aan die bedragen welke naar het oordeel van de leiding van het verpleegtehuis noodzakelijk zijn ter voorziening in de persoonlijke behoeften en kleding.'

In dergelijke gevallen zal van de kant van de inrichting er beter naar gestreefd kunnen worden, dat buiten de inrichting iemand zich als zaakwaarnemer opwerpt. Zoals we in 3.2.17 zagen, komt deze figuur juist in aanmerking als iemand zelf niet in staat is om voor het beheer van zijn inkomen of vermogen een ander aan te wijzen.

Het is mij bekend dat er ook verpleegtehuizen zijn die met deze constructie werken. Wanneer een patiënt wordt opgenomen, tracht de inrichting iemand te vinden die als zaakwaarnemer wil optreden. Deze verklaart dan o.a. — ik ga hier uit van een formulier dat mij onder ogen kwam — ten behoeve van de patiënt X 'na opname in de Y kliniek de zakelijke belangen te zullen behartigen, waaronder:

A. doorbetaling van de vaste lasten, zoals ziekenfondspremie, premie begrafenisverzekering, huishuur enz.

B. ten behoeve van de bestrijding van kleine uitgaven voor de patiënt zoals recreatie, versnaperingen, rookgerei, kapper enz. aan het begin van elke maand f 100,— te doen overmaken op girorekening nr. x van de te, met omschrijving 'Fonds Diversen' patiënt maand 19...

C. ontruimen van de woning en opzegging van de huur na overleg met, c.q. op advies van de behandelend arts.

D. zorg dragen voor de begrafenis bij eventueel overlijden in de kliniek.

E. zorg dragen voor afdracht van de nalatenschap aan de erfgenamen bij eventueel overlijden in de inrichting.

Voorts verklaart ondergetekende zich hiermede ten behoeve van de stichting te stellen tot borg voor en hoofdelijk medeschuldenaar met (naam patiënt) tot zekerheid voor de betaling van de hierboven sub B en C genoemde kosten en uitgaven."

Als volgende mogelijkheid om het beheer buiten de inrichting te doen plaatsvinden, noemde ik de curatele, zo nodig voorafgegaan door de provisionele bewindvoering van art. 380 Boek 1. Indien sprake is van een geestelijke stoornis in de zin van art. 378 Boek 1 BW en de therapeutische behandeling daardoor niet wordt doorgekruist, zou de inrichting kunnen bevorderen dat de patiënt onder curatele wordt gesteld. Voor verpleegden in verpleegtehuizen zal deze maatregel dikwijls veel te ver gaan, terwijl zij — zoals hierboven in 3.2.19 werd opgemerkt — in psychiatrische ziekenhuizen als een ultimum remedium wordt beschouwd. De duurzaamheid van de verpleging van zwakzinnigen maakt, dat men in zwakzinnigeninrichtingen de ondercuratelestelling wel als een goede oplossing ziet. Dat er niettemin in die inrichtingen relatief weinig ondercuratelestellingen plaatsvinden is waarschijnlijk te wijten aan de volgende bezwaren tegen de huidige procedure (1): a. de kosten ver-

(1) Rapport 'Patiëntengelden' blz. 14.

bonden aan de procedure; *b.* het veelal met de betrokkene moeten gaan naar het gerechtsgebouw; *c.* de plicht tot publikatie van de beschikking tot ondercuratelestelling in een aantal daarvoor in aanmerking komende kranten of periodieken.

Voor de patiënten die zijn opgenomen in de zogenaamde gesloten afdeling van een psychiatrisch ziekenhuis, doet zich, naast de curatele, nog een mogelijkheid voor. Het is de benoeming van een provisioneel bewindvoerder in de zin van art. 33 Krankzinnigenwet. Tussen de bevoegdheden van deze bewindvoerder en de zojuist genoemde van art. 380 Boek 1 BW, bestaan grote verschillen. De eerste kan in beginsel alleen beheersdaden verrichten, de bevoegdheden van de tweede kunnen veel verder gaan.

Ten aanzien van gehuwde patiënten kan de inrichting tenslotte nog denken aan bestuursoverdracht bij huwelijkse voorwaarden en bestuursopdracht door de rechter. In de inrichtingen, waarover we het hier hebben, zal vooral de laatste mogelijkheid in aanmerking komen. Voor het maken van huwelijkse voorwaarden zal meestal de vereiste wilsovereenstemming ontbreken.

3.4.4. *Beheer binnen de inrichting.* Indien noch door de patiënt zelf vóór zijn opname, noch daarna op aandrang van de inrichting, iemand buiten de inrichting met het beheer is belast, zal de inrichting zich allicht genoopt voelen het beheer te gaan verzorgen. Doet zij dat niet en treedt schade op, dan is de kans aanwezig dat – zoals in het in 1.4 genoemde advies van de Ziekenfondsraad wordt opgemerkt – de inrichting wegens het ontbreken van de zorg die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, aansprakelijk wordt gesteld.

Op welke juridische basis vindt het beheer door de inrichting plaats?

Mogelijk is dat de patiënt de inrichting opdracht heeft gegeven zijn belangen te behartigen en daarbij de nodige volmachten heeft verstrekt. Evenals bij dergelijke opdrachten aan personen buiten de inrichting, geldt ook hier, dat daarvoor nodig is dat de patiënt in staat is zijn wil te bepalen. Is dat niet het geval, dan blijft vrijwel als enige mogelijkheid over dat de inrichting als zaakwaarnemer optreedt. Bestuursoverdracht bij huwelijkse voorwaarden en bestuursopdracht door de rechter doen zich hier als mogelijkheden niet voor. Ook de curatele is geen oplossing. De inrichting zelf kan geen curator zijn. Zij zal in de meeste gevallen rechtspersoon zijn

en om die reden niet tot curator kunnen worden benoemd. Zie hierna in 4.3.1. Wel zou een bestuurslid of personeelslid van de inrichting curator kunnen zijn, maar of dit uit een oogpunt van behandeling van de patiënt gewenst is, betwijfel ik.

3.4.5. Ziekenfondsraad/Ziekenhuisinstituut. Tegen de in 3.4.3 en 3.4.4 genoemde juridische constructies waarop het beheer buiten of binnen de inrichting zou kunnen worden uitgeoefend, kunnen dezelfde bezwaren worden ingebracht als hierboven in 3.2.8 e.v. zijn vermeld. Deze bezwaren hebben er toe geleid dat naar andere oplossingen is gezocht om de beheersproblematiek, waarmee de inrichtingen worstelen, op te lossen. Zowel de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad als het Ziekenhuisinstituut hebben dienaangaande voorstellen gedaan. Het voorstel van de commissie van juristen is te vinden in het reeds eerder genoemde advies van de Ziekenfondsraad, het voorstel van het Ziekenhuisinstituut is opgenomen in het eveneens reeds eerder genoemde rapport 'Patiëntengelden'.

De beide voorstellen staan in zekere zin tegenover elkaar. De commissie van juristen van de Ziekenfondsraad meent dat de gerezen problemen kunnen worden opgelost door een betere contractuele regeling tussen patiënt en inrichting, het Ziekenhuisinstituut – en de Nationale Ziekenhuisraad heeft zich daarbij aangesloten (1) – acht een wetswijziging noodzakelijk.

De commissie van juristen van de Ziekenfondsraad stelt dat bij iedere opname een – meestal mondelinge en ook stilzwijgende – overeenkomst wordt aangegaan, waarbij de rechten en verplichtingen van de inrichting en de opgenomen worden geregeld. De inhoud van een dergelijke overeenkomst zal vaak vastliggen in een reglement, in huisregels of in opnemingsvoorwaarden. In deze overeenkomsten zou beter dan tot nu toe moeten worden geregeld hoever de taak en de aansprakelijkheid van de inrichting gaat. In de overeenkomst zou, eventueel door middel van het reglement, kunnen worden geregeld:

(1) De Nationale Ziekenhuisraad is de vereniging van alle Nederlandse ziekeninrichtingen. Het Nationaal Ziekenhuisinstituut is het centrale orgaan van onderzoek, informatie, advies en bijstand op vaktechnisch gebied voor de intramurale gezondheidszorg, de overheid en andere belanghebbenden. Het is een wetenschappelijk instituut, waarvan het bestuur wordt gevormd door vijf personen uit de Nationale Ziekenhuisraad en vier personen buiten die raad.

- de verplichting van de verzekerde (1) te melden, wie de belangen met betrekking tot zijn geld en goederen behartigt;
- de verplichting van de verzekerde om waardevolle goederen en gelden boven een bepaald bedrag ter bewaring af te geven aan de inrichting;
- de verplichting van de verzekerde om – voorzover daarin niet op andere wijze is voorzien (bijvoorbeeld doordat hij het zelf kan of een familielid heeft gemachtigd) – het beheer en het bestuur over zijn gelden en goederen op te dragen aan een natuurlijke of rechtspersoon, waarbij van de zijde van de inrichting kan worden aangedrongen (niet gedwongen) om hiervoor een bepaalde bank of een bepaald administratiekantoor te kiezen;
- de vrijwaring van de inrichting voor iedere aansprakelijkheid voor schade, welke is ontstaan doordat de opgenomene zich niet aan vorenstaande verplichtingen heeft gehouden, uitgezonderd de vrijwaring ingeval van aanwezigheid van opzet of grove schuld bij een orgaan van de inrichting.

Tot zover het voorstel van de commissie van juristen van de Ziekenfondsradaad: oplossing van de problemen door middel van een regeling in de contractuele sfeer. Daartegen bestaan van de kant van het Ziekenhuisinstituut ernstige bezwaren.

Het eerste bezwaar van het Ziekenhuisinstituut is, dat bij het aangaan van een overeenkomst zoals de commissie van juristen die zich voorstelt, veelal niet gesproken zal kunnen worden van gelijkwaardige partijen. De patiënt, die in een ziekenhuis wordt opgenomen, heeft op dat moment dikwijls andere zorgen aan het hoofd dan het sluiten van een overeenkomst over het beheer van zijn goederen. Hij heeft niet of nauwelijks de gelegenheid zich daarop rustig te bezinnen.

Indien dit de geldigheid van de overeenkomst al niet dubieus maakt, van een geldige overeenkomst zal in elk geval geen sprake zijn indien de patiënt helemaal niet in staat was zijn wil te bepalen. Een contractuele regeling zal dus meestal tot de onmogelijkheden behoren bij opname in een verpleegtehuis voor psychisch gestoorde bejaarden – zie hetgeen in 3.4.3 is opgemerkt – en bij opname in een psychiatrisch ziekenhuis.

Tenslotte vindt het Ziekenhuisinstituut het met elkaar onverenigbaar dat de inrichting enerzijds als behandelingsinstituut en ander-

(1) Met 'verzekerde' wordt in het advies van de Ziekenfondsradaad bedoeld verzekerde in de zin van de Ziekenfondswet of verzekerde in de zin van de AWBZ.

zijds als beheerder van patiënteneigendommen zou moeten optreden. Het Instituut meent dat het beheer geheel buiten de taak van de inrichting moet worden gebracht.

Als enig juiste oplossing ziet het Ziekenhuisinstituut een nieuwe wettelijke regeling. Daarbij wordt gewezen op de in de Tweede Kamer gevoerde discussie naar aanleiding van het ontwerp Wet Bijzondere Opnemingen in psychiatrische inrichtingen, welke wet de huidige Krankzinnigenwet van 1884 zou moeten vervangen. In dat ontwerp komen geen bepalingen voor die vergelijkbaar zijn met de art. 32 e.v. Krankzinnigenwet. In die artikelen worden regels gegeven over de handelingsonbekwaamheid van in psychiatrische ziekenhuizen opgenomen geestelijk gestoorde en de mogelijkheid van benoeming van een provisionele bewindvoerder. De reden dat die bepalingen in het ontwerp ontbreken is (1), dat de nieuwe regeling van de curatele in Boek 1 BW in voldoende mogelijkheden zou voorzien, ook voor het beheer van goederen van in psychiatrische ziekenhuizen opgenomen geestelijk gestoorde.

In het voorlopig verslag is deze argumentatie als onvoldoende bestreden (2). 'De zware en beladen rechtssituatie van curatele is hier sterk overtrokken. Een eenvoudiger regeling zou in het Burgerlijk Wetboek (of in een aparte wet tot rechtsbescherming van geestelijk gestoorde) tot stand moeten komen, die dan eveneens van toepassing zou moeten zijn op allen die niet in staat zijn tot vermogensbeheer – dus ook de niet-gevaarlijken.' De memorie van antwoord is nog niet verschenen. Naar ik heb begrepen maakt het ontwerp een goede kans in de ijskast te belanden en wordt een andere aanpak ter vervanging van de huidige Krankzinnigenwet overwogen.

Die andere aanpak moet naar het oordeel van het Ziekenhuisinstituut en de Nationale Ziekenhuisraad het opnieuw overwegen van de *ondertoezichtstelling van meerderjarigen* zijn. Ik schrijf 'opnieuw', omdat een dergelijke ondertoezichtstelling reeds aan de orde is geweest in de vraagpunten die Meijers ter voorbereiding van zijn ontwerp heeft voorgelegd aan de Tweede Kamer. Vraagpunt 49 luidde immers: 'Moet behalve de ondercuratelestelling ook als minder ingrijpende maatregel de ondertoezichtstelling van geestelijk gestoorde meerderjarigen in de wet worden opgenomen?' Die ondertoezichtstelling is om redenen, waarvoor ik naar de Parlementaire

(1) Zie memorie van toelichting, Zitting Tweede Kamer 1970-1971-11270 nr. 2.

(2) Zie vorige noot en dan stuk nr. 5.

Geschiedenis van Boek 1 moge verwijzen (1), niet in Boek 1 BW opgenomen. Indien het er thans wél van zou kunnen komen, zou aan de ondertoezichtstelling de mogelijkheid kunnen worden verbonden dat de rechter aan de onder toezicht gestelde beperkingen in rechts- en handelingsbevoegdheid oplegt. In het kader van een dergelijke ondertoezichtstelling zou dan tevens het probleem van het beheer van patiënteneigendommen zijn opgelost.

Tegen de zienswijze van het Ziekenhuisinstituut, dat niet in de contractuele sfeer maar door een nieuwe wettelijke regeling de beheersproblematiek moet worden opgelost, heeft de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad de volgende vijf punten aangevoerd:

1. De regeling van de handelingsbekwaamheid van de Nederlandse burger is gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek. Nog slechts enkele jaren geleden is deze regeling door de gedeeltelijke invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek gemoderniseerd. Het ligt niet in de verwachting, dat van de zijde van de Minister van Justitie plannen zullen worden ontwikkeld om deze regeling kort nadien te herzien noch deze in een andere wet aan te vullen voor zover het betreft hen die in een inrichting verblijven.

2. Ook overigens heeft een wettelijke regeling het bezwaar, dat het geruime tijd zal duren voor zij tot stand is gekomen, en dat een soepele aanpassing aan gewijzigde inzichten vrijwel onmogelijk is. Een contractuele regeling is op eenvoudige wijze te effectueren en aan te passen.

3. Een wettelijke regeling heeft voorts het bezwaar, dat zij moeilijk kan worden gedifferentieerd naar verschillende gevallen of naar verschillende soorten inrichtingen, zodat het gevolg zal zijn, dat ongelijksoortige gevallen gelijksoortig worden geregeld. Dit kan ertoe leiden, dat verzekerden in sommige gevallen te veel en in andere gevallen te weinig worden beperkt in hun vrijheid om hun eigendommen zelf te beheren of te besturen dan wel zelf te regelen wie voor en namens hen hierin voorzien. Een contractuele regeling (bijv. bij reglement) heeft het voordeel, dat elke inrichting een voor haar populatie geëigende regeling kan overeenkomen. Boven-

(1) Zie Parl. Gesch. Boek 1, blz. 693 e.v. Over een mogelijke ondertoezichtstelling zie men ook het 'wetsvoorstel betreffende geestelijk gestoorde', gedaan door een commissie die daarvoor was benoemd door de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie en Neurologie. Het voorstel is te vinden in *Folia psychiatrica, neurologica et neurochirurgica Neerlandica*, 1948, blz. 349 e.v.

dien kunnen individuele afwijkingen worden afgesproken.

4. Een wettelijke regeling, welke tot gevolg heeft, dat de taak en de aansprakelijkheid van de inrichting geheel zijn vervallen, lijkt niet goed denkbaar. Tot de ingevolge de wettelijke regeling aangewezen beheerder of bestuurder zijn taak feitelijk heeft aangevangen, behoudt de inrichting een taak. Doch ook nadien behoudt de inrichting een taak met betrekking tot de communicatie tussen de verzekerde en zijn wettelijke vertegenwoordiger inclusief die communicatie welke betrekking heeft op gelden en goederen. Deze taak kan ook leiden tot aansprakelijkheid van door de inrichting gemaakte fouten. Eenzelfde situatie doet zich overigens ook thans voor, onder meer met betrekking tot in inrichtingen opgenomen minderjarige verzekerden. Een wettelijke regeling maakt derhalve een aanvullende regeling geenszins overbodig. Eenvoudiger zal het zijn de gehele regeling in één contractuele samen te vatten.

5. Een contractuele regeling heeft de mogelijkheid over de inhoud hiervan overleg te voeren met allerlei instanties en groepen en de resultaten van dit overleg op snelle wijze en zonodig gedifferentieerd in de regeling op te nemen. Op deze wijze kan het particulier initiatief zelf tot een adequate regeling komen, welke anders dan bij een wettelijke regeling niet door de overheid wordt opgelegd. De ziekenfondsraad zelf heeft in zijn vergadering van 19 december 1973 besloten het volgende advies aan de Staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne uit te brengen⁽¹⁾:

'Binnen de Ziekenfondsraad bestaan verschillen van mening over de vraag welke weg juridisch als de meest adequate kan worden aangemerkt voor de oplossing van de problematiek betreffende het beheer van eigendommen van verzekerden die in inrichtingen verblijven. De Raad is echter van mening, dat het niet op zijn weg ligt zich uit te spreken over de wenselijkheid om door middel van een wettelijke dan wel van een contractuele regeling een oplossing te vinden voor de moeilijkheden, welke het gevolg zijn van het ontbreken van een regeling.

Wel deelt de Raad de bezorgdheid, welke in vele kringen bestaat over het ontbreken van een regeling. De Raad is dan ook bij wijze van compromis van mening dat – wat er ook moge zijn van de wenselijkheid van een oplossing op langere termijn – in elk geval op

(1) Een gelijkkluidend advies is uitgebracht aan de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Sociale Zaken. Zie uitgave van de Ziekenfondsraad 1974, no. 49.

korte termijn de totstandkoming van contractuele regelingen dient te worden bevorderd, waarbij de gedachten van de commissie van juristen wellicht als uitgangspunt kunnen dienen.

De Raad verzoekt u een beroep te doen op alle daarvoor in aanmerking komende organen om de totstandkoming van deze regelingen krachtig te bevorderen.'

3.4.6. Eigen opvatting over controverse Ziekenfondsraad/Ziekenhuisinstituut. De in 3.4.5 geschetste controverse tussen de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad en het Ziekenhuisinstituut bestrijkt enerzijds een ruimer terrein dan het inkomens- en vermogensbeheer van bejaarden, betreft immers het beheer van álle patiënten, maar is anderzijds beperkter, omdat zij alleen op patiënten in ziekenhuizen, verpleegtehuizen, zwakzinnigeninrichtingen en psychiatrische ziekenhuizen betrekking heeft. Maar daardoor is deze controverse voor ons van niet minder belang. In de genoemde inrichtingen verblijft immers – zie hierboven in 2.6 – een niet te verwaarlozen aantal bejaarden.

De vraag die we ons hebben te stellen is, of de beheersproblemen van patiënten die in de bovengenoemde inrichtingen zijn of worden opgenomen, op bevredigende wijze kunnen worden opgelost door het sluiten van een overeenkomst tussen patiënt en inrichting, zoals de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad voorstelt.

Voor patiënten in zwakzinnigeninrichtingen en psychiatrische ziekenhuizen, lijkt mij dat antwoord niet twijfelachtig. In elk geval is deze groep patiënten op een bepaalde wijze geestelijk gestoord en zal zij meestal over het beheer geen rechtsgeldige overeenkomst kunnen sluiten.

Ten aanzien van degenen die in verpleegtehuizen voor psychisch gestoorde bejaarden verblijven, geldt hetzelfde. Ook daar zal men in de meeste gevallen tot de conclusie moeten komen dat de opgenomene niet in staat geacht kan worden de betekenis van zo'n gewichtige overeenkomst te beseffen.

Wat de patiënten betreft in ziekenhuizen en verpleegtehuizen voor somatisch gehandicapten – die niet tevens in geestelijk opzicht een gebrek vertonen –, is de situatie anders. Toch lijkt mij ook daar de overeenkomst niet altijd zonder bedenkingen. Door het Ziekenhuisinstituut is volgens mij terecht gesteld, dat in de verhouding ziekenhuis-patiënt nauwelijks van een werkelijke contracteervrijheid van partijen kan worden gesproken. Dit klemmt nog meer wanneer het

om bejaarde patiënten gaat. De mogelijkheid dat de overeenkomst op grond van misbruik van omstandigheden of gebrek aan toestemming zal worden aangevallen, lijkt mij in die gevallen niet denkbeeldig. Zie hetgeen in 3.2.2 is opgemerkt.

Naar mijn mening zal dus in de meeste gevallen het sluiten van een overeenkomst geen oplossing kunnen brengen voor het inkomens- en vermogensbeheer van in ziekenhuizen, verpleegtehuizen, zwakzinnigeninrichtingen en psychiatrische ziekenhuizen verblijvende patiënten. Slechts indien geen sprake is van een geestelijke stoornis en de patiënt in alle rust de voorwaarden van de inrichting gelezen én begrepen kan hebben – bijvoorbeeld nadat hij reeds enige tijd in de inrichting is en heeft kunnen acclamatiseren – zal de door de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad en de Ziekenfondsraad voorgestelde oplossing kunnen worden geaccepteerd.

Toch blijven ook dan tegen de overeenkomst-constructie bezwaren bestaan. In de eerste plaats het bezwaar, dat van de kant van de patiënt dikwijls onvoldoende controle op het beheer zal kunnen worden uitgeoefend. Ik heb daarop in 3.2.12 gewezen. In de tweede plaats, dat de inrichting waar de patiënt verblijft belast wordt met een taak waarvoor zij niet is bestemd. Dit bezwaar kan worden ondervangen door er – zoals in de hierboven door de Ziekenfondsraad voorgestelde voorwaarden staat – bij de patiënt op aan te dringen dat hij het beheer aan een bank of administratiekantoor opdraagt.

Ik kom dus tot de conclusie dat een oplossing in de contractuele sfeer slechts een – in verband met onvoldoende mogelijkheden tot controle bovendien nog halve – oplossing is voor een zeer beperkt aantal gevallen. Voor de grote groep andere gevallen kan alleen een wettelijke regeling een oplossing bieden.

Dat het niet te verwachten zou zijn dat de Minister van Justitie daartoe plannen zal ontwikkelen – zoals de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad stelt in het hierboven weergegeven eerste punt –, lijkt mij een slag in de lucht. De laatste jaren blijkt steeds vaker, dat het Ministerie van Justitie de vinger aan de pols van de maatschappij houdt en niet nalaat met wetsontwerpen of andere voorstellen te komen, ook al is op dat terrein nog niet lang geleden een wijziging tot stand gekomen. Wat juist Boek 1 betreft, noem ik de herziening van het echtscheidingsrecht, de indexering van alimentaties (art. 402a) en de voorstellen tot herziening van het kinderecht door de commissie-Wiarda. Ook aarzelt het Ministerie niet om, waar nodig, vooruit te lopen op de nog niet in werking ge-

trede boeken van het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek door daaruit bepaalde gedeelten te lichten en vervroegd in te voeren. Hierbij denk ik o.a. aan de plannen tot vervroegde invoering van een deel van het nieuwe erfrecht en van titel 1 (koop en ruil) van Boek 7 (bijzondere overeenkomsten). Wat het verleden betreft kan in dit verband worden gewezen op de invoering van de adoptie en het nieuwe huwelijksgoederenrecht jaren voordat de rest van Boek 1 in werking trad.

Ook aan het tweede punt van de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad tegen een wettelijke regeling, til ik niet zo zwaar. Natuurlijk gaat er enige tijd mee gemoeid om een wettelijke regeling er door te krijgen. Maar ook de standaardvoorwaarden waaraan de commissie van juristen denkt, zijn er niet van vandaag op morgen. Terecht stelt de commissie (punt 5) dat daarover met allerlei instanties en groepen overleg moet worden gevoerd. Ook dat kost tijd. Dat overigens – zoals in punt vijf min of meer wordt verondersteld – dit overleg niet bij de totstandkoming van een wettelijke regeling zou plaats vinden, is onjuist. Bij de voorbereiding van het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek werden en worden nog steeds door het Ministerie van Justitie en de Tweede Kamer belangengroepen en deskundigen geraadpleegd.

Dat – punt 3 van de commissie van juristen – van een wettelijke regeling het gevolg zal zijn dat ongelijksoortige gevallen gelijksoortig worden geregeld, is al evenzeer voor betwisting vatbaar. Binnen het kader van een bepaalde wettelijke regeling kan het aan de rechter worden overgelaten om te bepalen, hoever in elk individueel geval de beheersbevoegdheid van de patiënt moet gaan. Om een voorbeeld te noemen: wanneer de rechter de reeds meermalen genoemde provisionele bewindvoerder van art. 380 Boek 1 BW benoemt, bepaalt hij voor elk geval afzonderlijk hoever de bevoegdheden van bewindvoerder en onder bewind gestelde zich uitstrekken. Daarbij zit hij niet vast aan een rigide stel wettelijke regels. Ik meen zelfs dat een dergelijke, door de rechter vast te stellen regeling, nog beter aan de individuele behoeften kan tegemoet komen dan de standaardvoorwaarden die de Ziekenfondsraad zou willen maken. Want die standaardvoorwaarden moeten toch uitgaan van een soort grootst gemene deler en kunnen onmogelijk alle gevallen voorzien.

Wat tenslotte punt 4 van de commissie van juristen van de Ziekenfondsraad betreft, ook de oplossing die de commissie wil kan niet

voorkomen dat de inrichtingen een taak in het beheer zullen behouden. Dit om de simpele reden dat – zoals hierboven nu al meermalen bleek en niet genoeg kan worden onderstreept – een dergelijke oplossing slechts een gering percentage van het aantal patiënten zal kunnen beslaan.

3.5. Samenvatting en conclusies.

3.5.1. Het in dit Hoofdstuk behandelde, kan als volgt worden samengevat:

Enerzijds zijn er bejaarden voor wie het beheer van hun inkomen en vermogen geen problemen oplevert omdat zij volledig in staat zijn dat zelf te doen. Anderzijds zijn er bejaarden van wie de geestvermogens zodanig zijn gestoord, dat een ondercuratelestelling op haar plaats is. De curator neemt dan het beheer volledig over.

Tussen deze beide uitersten bevindt zich een grote groep bejaarden voor wie de huidige wetgeving niet altijd voldoende mogelijkheden biedt op bevredigende wijze in het beheer te voorzien. Teneinde dat aan te tonen was het nodig in die groep te onderscheiden tussen (A) bejaarden die nog wél in staat zijn hun wil te bepalen en (B) bejaarden die dat niet meer kunnen.

Ad A. Voor bejaarden die in staat zijn hun wil te bepalen maar om een bepaalde reden – bijvoorbeeld omdat zij het te moeilijk vinden of te omslachtig – het beheer geheel of gedeeltelijk aan een ander willen opdragen, bleken zich een aantal mogelijkheden voor te doen. Genoemd werden beheersopdracht, volmacht, eigendoms-overdracht en – voor echtparen – overlaten van het bestuur en bestuursoverdracht bij huwelijkse voorwaarden.

De eigendomsoverdracht werd terstond verworpen omdat zij té ver over haar doel – het beheer – heen bleek te schieten. Overlaten en overdragen van bestuur biedt alleen een oplossing zolang het huwelijk voortduurt en de besturende bejaarde tot besturen in staat is. Daarna moet voor het bestuur een andere juridische grondslag worden gezocht.

Hoewel beheersopdracht en volmacht ongetwijfeld in bepaalde gevallen een goede oplossing kunnen geven voor het beheer, werden ook daartegen een aantal belangrijke bezwaren geconstateerd.

Het eerste bezwaar was, dat de bejaarde bevoegd blijft ook zelf te handelen, zodat in de gevallen dat de bejaarde tegen zichzelf moet worden beschermd, die bescherming niet altijd wordt bereikt. Hier-

mede bleek een ander bezwaar, te weten de mogelijkheid van herroeping van beheersopdracht en volmacht, samen te hangen.

Een volgend bezwaar betrof het gevaar, dat een ondeskundige of onbetrouwbare beheerder of gevolmachtigde wordt gekozen. De in bepaalde bejaardentehuizen bestaande praktijk om de directie als zodanig aan te wijzen, werd als minder wenselijk bestreden.

Het gevaar voor een verkeerde keuze zou wellicht minder zijn, indien op het beheer voldoende controle zou kunnen worden uitgeoefend. Die controle ontbreekt echter dikwijls. De bejaarde zelf was daartoe misschien aanvankelijk in staat, maar door het achteruitgaan van zijn geestvermogens of lichamelijke toestand kan daarin gemakkelijk verandering komen. Tenzij dan een deskundige buitenstaander controle uitoefent, is de beheerder of gevolmachtigde aan geen enkel toezicht onderworpen. Zijn positie is daardoor veel sterker geworden dan die van een curator.

Ad B. Bij de bejaarden die niet in staat zijn hun wil te bepalen, kan dat niet in staat zijn twee oorzaken hebben. De eerste is, dat een geestelijke stoornis een juiste wilsvorming verhindert, de tweede, dat een lichamelijke aandoening dat belemmert, bijv. verlies van gezichtsvermogen of een beroerte.

Voor deze groep bejaarden noemde ik als beheersmogelijkheden: bestuursopdracht in de zin van art. 90 Boek 1 BW, overlaten van het bestuur, zaakwaarneming, curatele en afwezigheidsbewind.

Daarvan bleken de laatste twee nauwelijks van betekenis te zijn. De curatele is voor deze gevallen meestal een te ingrijpende maatregel en van afwezigheid, noodzakelijk om een afwezigheidsbewind te kunnen instellen, zal zelden sprake zijn. En wat de bestuursopdracht en het overlaten van het bestuur betreft, deze zullen, evenals in de onder A genoemde gevallen, slechts voor gehuwde bejaarden een oplossing bieden en dan nog maar zolang het huwelijk voortduurt.

Als enige reële mogelijkheid om voor deze groep bejaarden in het beheer te voorzien, bleef de zaakwaarneming over. Daartegen konden zowel ten aanzien van de bejaarde als ten aanzien van de zaakwaarnemer een aantal niet geringe bezwaren waren aangebracht. De zaakwaarnemer stelt zich bloot aan het risico van onzorgvuldig beheer te worden beschuldigd. Naarmate het beheer langer duurt, neemt dit gevaar toe. Vooral in kringen van de algemene ziekenhuizen en verpleegtehuizen voor psychisch gestoorde bejaarden, wordt dit een ernstig bezwaar gevonden.

Voor de bejaarde bleek de zaakwaarneming vrijwel dezelfde bezwaren te hebben als zich bij beheersopdracht en volmacht voordoen: mogelijke ondeskundigheid of onbetrouwbaarheid van de zaakwaarnemer, ontbreken van een efficiënte controle op het beheer en de mogelijkheid, dat de bejaarde ook zelf blijft handelen.

3.5.2. De hierboven geschetste beheersproblematiek bleek zich niet alleen voor te doen bij bejaarden, maar bij allen die ten gevolge van een lichamelijke of psychische reden niet meer in staat zijn hun zaken zelfstandig te behartigen. Ten aanzien van patiënten die in inrichtingen als algemene ziekenhuizen en verpleegtehuizen verblijven, is door de Ziekenfondsraad voorgesteld deze beheersproblemen te ondervangen door een contractuele regeling tussen patiënt en inrichting.

Dit voorstel werd verworpen. De overeenkomst-constructie biedt geen werkelijke oplossing voor de vele patiënten die geen overeenkomst meer kunnen sluiten. Aldus ook het Ziekenhuisinstituut en de Nationale Ziekenhuisraad.

3.5.3. Zo kwam ik tot de conclusie dat alleen door een nieuwe wettelijke regeling de bestaande beheersproblemen kunnen worden opgelost. Die regeling zou zich dan niet tot de bejaarden moeten beperken. De mogelijkheid zou moeten bestaan om ook de beheersproblemen van anderen die niet meer tot het zelfstandig behartigen van hun zaken in staat zijn, aan te pakken. Alleen de minderjarigen kunnen er buiten vallen omdat voor hen in Boek 1 BW een eigen regeling voorkomt.

Gelet op de bezwaren die zich voordoen tegen de huidige mogelijkheden om in het beheer te voorzien en die hierboven aan de orde kwamen, zal zo'n wettelijke regeling o.a. moeten bevatten:

- a. de mogelijkheid dat de rechthebbende het beheer zelf instelt of, indien hij daartoe niet in staat is, dat dit op verzoek van een ander door de rechter gebeurt;
- b. de mogelijkheid om de rechthebbende de bevoegdheid te ontnemen zelfstandig met de onder beheer gestelde goederen te handelen en daarop verhaalfbare schulden te maken;
- c. de mogelijkheid aan de rechthebbende de bevoegdheid te ontnemen de getroffen regeling te herroepen;
- d. waarborgen voor de benoeming van een deskundig en betrouwbaar beheerder;

e. controle op het beheer;

f. de mogelijkheid om voor elk individueel geval te kunnen bezien welke bevoegdheden de beheerder moet krijgen.

3.5.4. Ook is aan de orde gekomen dat een voorziening wenselijk is die zich richt tegen onaantastbaarheid van uiterste wilsbeschikkingen en schenkingen (onder de levenden en na dode) aan personeel van bejaardentehuizen, met uitzondering van bevoordelingen tot vergelding van bewezen diensten. Gewezen werd op een regeling in de trant van art. 953 BW j° art. 1718 BW. Ten aanzien van personeel in andere inrichtingen is wellicht een soortgelijke voorziening gewenst(1).

3.5.5. Ook werd nog naar voren gebracht dat bevorderd moet worden dat de bejaarde, zolang hij daartoe in staat is, zelf de verzorgingskosten aan het bejaardentehuis betaalt. In de 90% van de gevallen dat die verzorging mede op kosten van de Algemene Bijstandswet geschiedt, moet het worden afgekeurd dat de Sociale Diensten de verzorgingskosten rechtstreeks aan het tehuis betalen. Wel dient er op te worden aangedrongen dat de bejaarde bij zijn intrede in het tehuis een giro- of bankrekening opent en opdracht geeft dat daarvan maandelijks de verzorgingskosten automatisch worden afgeschreven.

HOOFDSTUK 4

Voorstellen

4.1. Het vorige Hoofdstuk werd besloten met de conclusie dat voor een bevredigende regeling van het inkomens- en vermogensbeheer van personen, die niet meer in staat zijn zelfstandig voor dat beheer te zorgen, een nieuwe wettelijke regeling tot stand dient te komen. In 3.4.5 bleek, dat het Ziekenhuisinstituut bij zo'n nieuwe wettelijke regeling vooral denkt aan de ondertoezichtstelling van meerderjarigen. Die ondertoezichtstelling zou dan gepaard kunnen gaan met een beheersregeling.

(1) Aldus ook nu reeds o.a. art. 10 onder c van het reglement voor de rechtspositie van het personeel in dienst van instellingen, aangesloten bij de Vereniging van Katholieke Ziekenhuizen, de Katholieke Vereniging van inrichtingen voor behandeling en verpleging van geestelijk gestoorde of de Katholieke Vereniging van verpleegtehuizen.

Mij ontbreekt de tijd, maar vooral ook de deskundigheid, om uitvoerig op een dergelijke ondertoezichtstelling in te gaan. Want niet alleen juridische problemen, maar vooral ook vraagstukken van medische en psychiatrische aard komen daarbij om de hoek kijken. Bovendien zou, door de gewenste wettelijke oplossing geheel in de sfeer van de ondertoezichtstelling van geestelijk gestoorde meerderjarigen te zoeken, een deel van de problematiek onverminderd blijven voortbestaan. Immers, niet wettelijk zou zijn geregeld de positie van hen die niet geestelijk zijn gestoord maar toch behoefte hebben aan een betere wettelijke voorziening van hun beheersproblemen. Daar komt nog bij dat het voor mij de vraag is of, wanneer wel een geestelijke stoornis aanwezig is, steeds tot een ondertoezichtstelling zou moeten worden besloten. Zou in bepaalde gevallen een alleen maar vermogensrechtelijke oplossing niet voldoende zijn? Ik zou dus willen zoeken naar een wettelijke regeling die zich alleen met het beheer bemoeit en die zoveel mogelijk de in 3.5.3 genoemde punten bevat. Bij de verdere werkzaamheden aan de vervanging van de Krankzinnigenwet door een modernere regeling, kan dan worden bekeken hoe de verhouding moet zijn van die modernere regeling tot de regeling van louter vermogensrechtelijke aard waaraan ik denk. Wellicht blijkt dan, dat in de nieuwe Krankzinnigenwet het beheersprobleem niet hoeft te worden geregeld omdat het BW daarvoor reeds afdoende voorzieningen bevat. Ook in Frankrijk kent men sedert 1968 een dergelijke scheiding: in de Code de la santé publique bepalingen over de medische behandeling, in de Code Civil (art. 490 e.v.) bepalingen over het beheer. Het is duidelijk dat we bij de vraag, hoe de beheersproblemen wettelijk zouden moeten worden geregeld, eerst moeten kijken of het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek daarvoor reeds een oplossing heeft.

4.2. *Het ontwerp-nieuw BW.*

4.2.1. Inderdaad blijkt het ontwerp-nieuw BW een thans nog niet bestaande oplossing voor beheersproblemen te kennen. Ik denk daarbij dan aan de regeling van het bewind zoals deze in de zesde titel van Boek 3 is neergelegd.

Die zesde titel is in twee afdelingen ingedeeld. De eerste afdeling bevat *algemene bepalingen*. Zij gelden in beginsel voor alle soorten bewind, ongeacht de wijze waarop het bewind is ingesteld (bij vruchtgebruik, bij testament, bij rechtshandeling door de rechthebbende

zelf enz.), en regelen o.a. de organisatie van het bewind, de controle op het bewind, de verdeling van de bevoegdheden tussen de bewindvoerder en degene die rechthebbende is op de onder bewind staande goederen.

In de tweede afdeling zijn *bijzondere bepalingen* opgenomen voor het – in de huidige wetgeving onbekende – bij rechtshandeling door de rechthebbende zelf ingestelde bewind. Het gaat hier om het zogenaamde beschermingsbewind dat door de rechthebbende zelf bij rechtshandeling kan worden ingesteld over een of meer van zijn goederen (art. 3.6.2.1). Die regeling is een uitvloeisel van het indertijd door Meijers gestelde vraagpunt 8 (1): ‘Moet de mogelijkheid bestaan, dat men bij handeling onder de levenden het bewind over zijn eigen goederen geheel aan een ander overdraagt?’ Het antwoord was bevestigend. Tijdens de openbare behandeling van het vraagpunt in de Tweede Kamer merkte Meijers op dat zo’n bewind bestemd is ‘niet voor personen, die onder curatele gesteld moeten worden, maar voor personen, die zich niet capabel voelen of niet voldoende kennis hebben om hun eigen vermogen te beheeren – dat zijn er in deze tijd velen – en die dit liever toevertrouwen aan een vertrouwd persoon of een vertrouwde instelling.’

4.2.2. *Het door de rechthebbende zelf ingestelde beschermingsbewind.* Uit het vorenstaande blijkt, dat we onze aandacht vooral op het beschermingsbewind zullen moeten richten. Zoals gezegd wordt dit bewind beheerst door de algemene bepalingen van de eerste afdeling van titel 3.6 én door de bijzondere bepalingen die voor dat bewind in de tweede afdeling van die titel zijn opgenomen. De hoofdregels van die bepalingen kunnen als volgt worden samengevat: 1. De rechthebbende hoeft niet al zijn goederen onder bewind te stellen. Hij kan het – aldus art. 3.6.2.1 onder a – beperken tot een of meer van zijn goederen. Toekomstige goederen mogen echter niet reeds bij voorbaat onder bewind worden gesteld. Deze eveneens in art. 3.6.2.1 onder a neergelegde regel dient om te voorkomen dat de rechthebbende zich als het ware onder curatele stelt (2). Wel vallen onder het bewind eventuele herbeleggingen, vruchten en andere voordelen die een onder bewind staand goed oplevert. Aldus art. 3.6.1.2 lid 2.

(1) Tweede Kamer 1952–1953–2846, nr. 3 (tekst vraagpunten); nr. 8 (voorlopig verslag); nr. 10 (memorie van antwoord); Handelingen 1952–1953, blz. 2711–2713.

(2) Zie memorie van antwoord Boek 3 blz. 181 en toelichting-Meijers blz. 249.

Onder goederen valt niet alleen vermogen, maar evenzeer rechten op inkomsten zoals pensioenen, lijfrenten, alimentatie en sociale uitkeringen.

II. De benoeming van de bewindvoerder geschiedt door de rechtshabende, tenzij bij de instelling van het bewind anders is bepaald (art. 3.6.2.4). Indien de rechtshabende geen (opvolgende) bewindvoerder benoemt, kan deze echter door de rechter worden aangewezen (art. 3.6.1.3).

III. Een onderbewindstelling heeft tot gevolg dat het *beheer* over de onder bewind gestelde goederen niet meer toekomt aan de rechtshabende, maar aan de bewindvoerder (art. 3.6.1.2 lid 1). Wat het beheer betreft, werkt het bewind dus *privatief*. Voor daden van *beschikking* geldt dat, wanneer de rechtshabende wil beschikken, hij daarvoor de medewerking van de bewindvoerder nodig heeft (art. 3.6.2.3a lid 1). Wil de bewindvoerder een beschikkingshandeling verrichten, dan heeft hij de toestemming van de rechtshabende (art. 3.6.2.3a lid 1). Indien deze daartoe niet in staat of weigerachtig is, kan de toestemming door machtiging van de rechter worden vervangen (art. 3.6.1.5). De begrippen 'beheer' en 'beschikking' moeten hier in dezelfde zin worden opgevat als in art. 97 Boek 1 BW. Zie hetgeen hierboven in 2.3 is opgemerkt.

Voor het aangaan van op de onder bewind gestelde goederen verhaalde schulden, geldt hetzelfde. Dat verhaal is alleen mogelijk indien de rechtshabende met medewerking van de bewindvoerder handelde of indien de bewindvoerder dit met toestemming van de rechtshabende of machtiging van de rechter deed.

IV. De bewindvoerder moet, tenzij andere tijdstippen zijn bepaald, jaarlijks én aan het einde van het bewind rekening en verantwoording afleggen aan de rechtshabende. Dit gebeurt ten overstaan van de rechter (art. 3.6.1.8). Voor zover bij de instelling van het bewind niet anders is bepaald, wordt bij het afleggen van de periodieke rekening en verantwoording hetgeen de goederen netto aan vruchten hebben opgebracht, onder aftrek van de verschuldigde beloning, aan de rechtshabende uitgekeerd (art. 3.6.1.8a).

V. De rechter kan de bewindvoerder ontslaan. Dit kan gebeuren op eigen verzoek. De rechter kan echter ook op verzoek van de rechtshabende of een medebewindvoerder, op vordering van het Openbaar Ministerie of ambtshalve de bewindvoerder ontslaan wegens gewichtige redenen of omdat hij niet meer voldoet aan de eisen om bewindvoerder te kunnen worden (art. 3.6.1.13). Laatstgenoemde

eisen zijn handelingsbekwaamheid, geen staat van faillissement en eventuele andere bij de instelling van het bewind gestelde vereisten (art. 3.6.1.3 lid 3).

VI. Bij de instelling van het bewind kunnen de bevoegdheden van de bewindvoerder ruimer of beperkter worden vastgesteld dan zonder een dergelijke nadere regeling zou voortvloeien uit het in titel 3.6 bepaalde (art. 3.6.2.1*a*). De bevoegdheden van de bewindvoerder mogen echter enerzijds niet zo beperkt zijn, dat van bewind geen sprake meer is, en anderzijds niet zo ruim, dat de rechthebbende ten aanzien van het goed een te geringe macht overhoudt om nog als zodanig te kunnen gelden (1). Bij verruiming van de bevoegdheden van de bewindvoerder denke men aan het geval dat de rechthebbende niet meer tot beschikken in staat is en bij de instelling van het bewind wordt bepaald dat de bewindvoerder – in afwijking van regel III – bepaalde beschikkingshandelingen zal mogen verrichten zonder machtiging van de rechter. Van beperking van de bevoegdheden zal sprake zijn indien – eveneens in afwijking van regel III – wordt bepaald dat de bewindvoerder voor bepaalde beheershandelingen toestemming van de rechthebbende nodig zal hebben. Als voorbeeld noem ik het geval dat de rechthebbende een huis heeft en er in wil worden gekend aan wie dat huis zal worden verhuurd.

VII. De rechter kan op verzoek van de bewindvoerder of de rechthebbende de regels, krachtens welke een bij rechtshandeling ingesteld bewind moet worden gevoerd, aanvullen (art. 3.6.2.2). Dit is vooral van belang indien het bewind van lange duur is en zich onvoorziene situaties voordoen. Zo'n aanvulling zal ook hier kunnen bestaan in een nadere regeling van de beschikkings- en beheersbevoegdheid van de bewindvoerder op een wijze zoals ik onder VI aangaf. Het enige verschil is dan dat het nu de rechter is die, na de instelling van het bewind, nadere regels geeft, terwijl hierboven sprake was van nadere regels gegeven bij de instelling van het bewind.

VIII. De rechthebbende kan aan het bewind steeds een einde maken door opzegging (art. 3.6.2.4*a* lid 2 onder *c*). Daarbij moet een opzegtermijn in acht worden genomen van drie maanden of zoveel langer als bij de instelling van het bewind is bepaald.

4.2.3. Toetsing aan de in 3.5.3 genoemde wensen. Komen de hierboven weergegeven hoofdregels tegemoet aan de wensen die in 3.5.3 voor

(1) Aldus memorie van antwoord bij art. 3.6.2.1*a*.

een nieuwe wettelijke regeling werden opgesomd?

Het antwoord op die vraag is bevestigend wanneer het gaat om personen die zelf nog in staat zijn een beschermingsbewind in te stellen (3.5.3 onder *a*, eerste zinsnede). Voor hen biedt de bewindsregeling van het ontwerp, zoals deze in I–VIII in grote lijnen is weergegeven, een betere bescherming dan welke huidige wettelijke regeling ook. De in 3.5.3 onder *b* geuite wens – de mogelijkheid de rechthebbende de bevoegdheid te ontnemen zelfstandig met de goederen te handelen – is vervuld in regel III. Op de in 3.5.3 onder *c* genoemde mogelijkheid om de bevoegdheid te ontnemen het bewind te herroepen, kom ik in 4.2.4 terug. De wens voor een deskundig en betrouwbaar beheerder – 3.5.3 onder *d* – is grotendeels vervuld in de onder II genoemde regeling. Ik schrijf ‘grotendeels’, omdat de rechthebbende bepaalt wie bewindvoerder moet worden. Het gevaar dat hij daarbij een verkeerde keuze doet, blijft aanwezig. Maar daarbij dient tweërlei te worden bedacht. In de eerste plaats dat het risico, dat de bewindvoerder gekke sprongen gaat doen, aanzienlijk is verminderd omdat een andere wens (3.5.3 onder *e*), namelijk die van controle op het beheer, wel in vervulling is gegaan. Zie onder IV. In de tweede plaats dat de rechter de bewindvoerder ambtshalve kan ontslaan om gewichtige redenen. Zie onder V. Een en ander maakt, dat de keuze van een minder deskundige of betrouwbare bewindvoerder gemakkelijker kan worden opgespoord en zo nodig ongedaan gemaakt. Als laatste wens noemde ik in 3.5.3 onder *f* de mogelijkheid om een voor elk geval passende regeling te kunnen treffen. Hieraan komen de in VI en VII genoemde regels tegemoet.

Wanneer het echter gaat om personen die niet meer in staat zijn zelf een beschermingsbewind in te stellen, schiet de regeling van het ontwerp volledig tekort. Immers, voor de instelling van het beschermingsbewind dat zojuist ter sprake kwam, is de medewerking van de rechthebbende vereist. Zoals in Hoofdstuk 3 meermalen bleek, is nu juist voor de gevallen dat de rechthebbende die medewerking niet kan geven, een wettelijke regeling dringend nodig. In die gevallen kan de rechthebbende geen beheersopdracht of volmacht geven, de zaakwaarneming is onvoldoende en de curatele gaat meestal te ver. Vandaar dat ik met klem zou willen pleiten voor een aanvulling van titel 3.6 in die zin, dat de rechter een bewind kan instellen over iemand die om psychische of fysieke redenen niet meer in staat is zijn inkomen of vermogen te beheren. Het

lijkt gewenst te bepalen dat de rechter dit niet mag doen voordat dat 'niet in staat zijn' medisch is vastgesteld. In dezelfde zin art. 490 lid 3 C.C.

4.2.4. Het door de rechter ingestelde beschermingsbewind. Naast de mogelijkheid dat de rechthebbende zelf een beschermingsbewind instelt, dient dus de mogelijkheid te komen dat de rechter zulks doet. Een dergelijk bewind zou door de rechter ambtshalve moeten kunnen worden ingesteld, alsmede op verzoek van de naaste familieleden of het Openbaar Ministerie. Omdat de meeste van de in 4.2.2 vermelde regels voor beide vormen van bewind zouden moeten gelden – voor beide immers gelden de in 3.5.3 genoemde wensen –, ligt het 't meest voor de hand ook het door de rechter ingestelde beschermingsbewind in de tweede afdeling van titel 3.6 te regelen. Voor dat bewind zouden alleen de onder II en VIII genoemde regelingen aanvulling nodig hebben.

Wat II betreft, art. 3.6.1.3 zou voor het door de rechter ingestelde bewind *geheel* van toepassing verklaard moeten worden. Dat betekent dat de benoeming van de bewindvoerder *steeds* door de rechter zal moeten geschieden en niet alleen – zoals bij het door de rechthebbende zelf ingestelde bewind – wanneer de rechthebbende het zelf niet doet. Wel zal de rechter bij de benoeming met de wensen van de naaste familie rekening moeten houden.

Wat de opzegging van het bewind betreft – zie VIII – daarvan zou moeten worden afgeweken door te bepalen dat alleen de rechter het bewind, door hem ingesteld, kan beëindigen. Daarmede is dan tevens de in 3.5.3 onder *c* genoemde wens ten dele vervuld. Ten dele, omdat mijns inziens tevens zou moeten worden bepaald dat ook in de gevallen dat de rechthebbende zelf het bewind heeft ingesteld, de rechter een eventuele opzegging van het bewind buiten werking moet kunnen stellen. Men denke aan het geval dat de rechthebbende het beschermingsbewind heeft ingesteld, maar daaraan een einde wil maken op een ogenblik dat zijn geestvermogens zodanig zijn achteruit gegaan dat aan die bescherming nu juist behoefte bestaat.

Het door de rechter in te stellen beschermingsbewind zal, in vergelijking met de curatele, een aantal belangrijke voordelen bieden. In de eerste plaats zal het, zoals ik reeds aan het slot van 4.2.3 opmerkte, niet alleen bij psychische stoornissen kunnen worden ingesteld, maar ook bij lichamelijke gebreken die verhinderen dat ie-

mand zijn belangen kan waarnemen.

In de tweede plaats gaat het bewind veel minder ver. Er treedt geen handelingsonbekwaamheid op, maar beperkte onbevoegdheid; alleen tegenwoordige goederen kunnen onder bewind worden gesteld, terwijl dat bewind tot bepaalde goederen beperkt kan blijven; de rechthebbende behoudt de bevoegdheid een testament te maken. In de derde plaats behoeft het bewind niet, zoals de curatele (art. 390 Boek 1), gepubliceerd te worden. Mede daardoor laat het de onder bewind gestelde méér in zijn waarde dan een curatele.

Tenslotte biedt het bewind de mogelijkheid een voor elke persoon passende regeling te treffen.

4.2.5. Indien de regeling van het bewind van Boek 3 ontwerp-nieuw BW, aangevuld in de hierboven aangegeven zin, wet zou worden, zou dit niet alleen een belangrijke verbetering betekenen voor de zelfstandig wonende bejaarden die niet meer in staat zijn hun goederen te beheren, maar ook voor de bejaarden die in bejaardentehuizen en – meer nog – in verpleegtehuizen, zwakzinnigeninrichtingen en algemene en psychiatrische ziekenhuizen verblijven. Die instellingen zullen de wankel en onzekere basis van de zaakwaarneming, welke thans veelal als juridische grond voor het beheer moet gelden, kunnen verlaten en een bewind uitlokken. Of in de wet deze instellingen zelf moeten worden genoemd als gerechtigd tot het verzoeken van een onderbewindstelling, betwijfel ik. Wenselijker lijkt het mij om het verzoek tot onderbewindstelling over te laten aan de in 4.2.4 genoemde personen en instanties. De instelling heeft dan de mogelijkheid via die weg een onderbewindstelling uit te lokken.

4.2.6. Kan zo'n onderbewindstelling er toe leiden dat een *rechtspersoon* tot bewindvoerder wordt benoemd? Voor de huidige vormen van bewind beantwoordt Van der Ploeg deze vraag bevestigend (1). Naar mijn mening terecht. Rechtspersonen als banken, trustmaatschappijen en administratiekantoren zijn vaak beter voor het beheer toegerust dan particulieren. Een belangrijk voordeel is voorts, dat het bewind steeds door dezelfde bewindvoerder kan worden uitgeoefend. Bij bewind door een natuurlijk persoon moet eerder met wisseling in de persoon van de bewindvoerder – bijv. door

(1) Asser-van der Ploeg, *Erfrecht*, blz. 417.

door de vereniging van Haagse Ziekenhuizen en de vereniging van overlijden – worden rekening gehouden. Vooral bij een bewind voor langere duur is dat een bezwaar.

Hoewel het niet uitdrukkelijk wordt bepaald, neem ik aan dat ook het ontwerp-B.W. benoeming van een rechtspersoon tot bewindvoerder toelaat. Toch is hier enige voorzichtigheid geboden. In een ander geval waar het beheer een belangrijke rol kan spelen, de curatele, is benoeming van een rechtspersoon tot curator namelijk niet mogelijk. Of dat standpunt ten aanzien van de curatele nog is te handhaven, zal ik hierna in 4.3 nagaan. Hier volsta ik met de opmerking, dat uit de over de curatele gevoerde discussie wellicht de conclusie getrokken zou moeten worden dat volgens de wetgever rechtspersonen alleen dan tot voogd, curator of bewindvoerder benoemd mogen worden, indien de wet dat – zoals in art. 302 Boek 1 BW ten aanzien van de voogd is gedaan – uitdrukkelijk bepaalt. Gelet op deze onduidelijkheid lijkt het mij wenselijk dat de wetgever zich hierover nog eens uitlaat en, zo nodig, uitdrukkelijk in de wet vermeldt dat ook rechtspersonen tot bewindvoerder kunnen worden aangewezen.

4.2.7. In 3.3.2 en 3.4.5 is al aan de orde geweest, dat het minder wenselijk is de instellingen, waarin de onder bewind te stellen persoon verblijft, met het beheer te belasten. Dat geldt zowel wanneer die instelling een rechtspersoon is, als wanneer – wat bij de particulier geleide bejaardentehuizen nogal eens voorkomt, zie 2.6 – die instelling aan een natuurlijk persoon toebehoort. Bevorderd moet worden dat het inkomens- en vermogensbeheer van patiënten en bejaarden buiten de instellingen wordt gebracht. Daarbij maakt het geen verschil of dat beheer wordt uitgeoefend op grond van een onderbewindstelling, of op grond van een van de andere hierboven genoemde figuren als beheersopdracht of volmacht. De afhankelijke positie die de patiënt of bejaarde ten opzichte van de instelling inneemt, brengt met zich mede dat het minder juist geacht moet worden dat hij ook voor het beheer met die instelling te maken heeft. Verpleging en verzorging dienen niet hand in hand te gaan met het beheer. Bovendien zijn de meeste instellingen niet in de gelegenheid een enigszins omvangrijk beheer te verzorgen.

4.2.8. Het brengen van het beheer buiten de instellingen, is in 's-Gravenhage al meerdere jaren een feit. Op 6 juni 1968 werd daar-

Bejaardenoorden en Verpleeghuizen 's-Gravenhage opgericht de 'Stichting Centrale Administratie voor verpleeg- en verzorgingskosten CAV' Deze stichting had aanvankelijk ten doel – zonder daarbij het behalen van winst te beogen – het innen en betalen van verpleeg- en verzorgingskosten ten behoeve van de zojuist genoemde instellingen. Dit doel heeft de stichting nog steeds, maar in de loop der jaren heeft zich als taak daarbij gevoegd het inkomens- en vermogensbeheer voor in die instellingen verblijvende patiënten en bejaarden. Hierboven in 3.4.1 vermeldde ik de bedragen waarom het gaat. De juridische grondslag waarop het beheer geschiedt, is meestal een door de patiënt of bejaarde gegeven beheersopdracht met de nodige machtigingen. Zoals meermalen hierboven betoogd, een niet voor alle gevallen even gelukkige grondslag, zeker niet indien bij de verlening van de opdracht aan de geestvermogens van de betrokkene moet worden getwijfeld. Ook hier zou een onderbewindstelling in de door mij verdedigde zin een belangrijke verbetering betekenen.

Naar mijn mening hebben de genoemde Haagse instellingen de weg gewezen waarheen de verdere ontwikkeling van het inkomens- en vermogensbeheer van patiënten en bejaarden in ziekenhuizen, bejaardentehuizen, verpleegtehuizen, zwakzinnigeninrichtingen en psychiatrische ziekenhuizen, moet gaan. Regionaal moeten, naar het voorbeeld van Den Haag, deze instellingen de handen ineen slaan en gelijksoortige stichtingen oprichten. Zo nodig zou één centraal landelijk instituut de werkzaamheden van de verschillende stichtingen kunnen coördineren (1). Aan deze stichtingen zou dan het bewind kunnen worden opgedragen – hetzij door de rechthebbende zelf, hetzij door de rechter – en, in de gevallen waar een bewind niet aan de orde komt, het beheer op basis van beheersopdracht, volmacht of zaakwaarneming.

4.2.9. Bij vrijwel alle gesprekken met de in 1.5 genoemde personen en instanties is mij gebleken, dat daar een bewindsregeling, zoals deze hierboven in grote lijnen is aangegeven, in hoge mate zou worden toegejuicht. Hoe eerder, hoe liever, was vaak de reactie (2). Ik wijs ook op de in 1.1 genoemde publikaties, het in 1.2 geciteerde

(1) In dezelfde richting gaan de gedachten van het Ziekenhuisinstituut. Zie het rapport 'Patiëntengelden', blz. 17. Zie voorts redactioneel artikel in 'De Bejaarden', oktober 1968, blz. 215 e.v.

(2) De wens voor een spoedig ingrijpen van de wetgever klinkt niet alleen in

gedeelte uit een mondeling overleg met de Minister van Maatschappelijk Werk en het in 3.4.5 geciteerde gedeelte uit het voorlopig verslag over de wet Bijzondere Opnemingen in psychiatrische inrichtingen (1). Zal dat 'eerder' er pas zijn als Boek 3 over een nog niet te schatten aantal jaren in het geheel wordt ingevoerd? Ik hoop 't niet. De problemen en geldsbedragen hopen zich op, vooral in de eerder genoemde instellingen. Vandaar dat vervroegde invoering van de – in bovengenoemde zin gewijzigde – zesde titel van Boek 3 ernstig moet worden overwogen. Mocht die invoering op onoverkomelijke bezwaren stuiten, dan doet zich als tijdelijke oplossing nog een andere mogelijkheid voor. In 3.2.19 kwam reeds de regeling van art. 380 Boek 1 BW ter sprake. Voor de periode dat een verzoek tot ondercuratelestelling aanhangig is, kan de rechter een provisionele bewindvoerder benoemen. Overwogen zou kunnen worden om – in afwachting van de bewindsregeling van Boek 3 – art. 380 BW aan te vullen in die zin, dat benoeming van de provisionele bewindvoerder ook los van een ondercuratelestelling kan plaats vinden. Art. 380 geeft de mogelijkheid een dergelijke bewindvoerder toe te rusten met de bevoegdheden die in elk voorkomend geval nodig zijn (2). Als tijdelijke oplossing zou ook gedacht kunnen worden aan het toepasselijk verklaren van art. 370 Boek 1 BW (bewind in geval van voogdij).

→
Nederland, maar heeft reeds enkele jaren geleden in *Frankrijk* er toe geleid dat de Code Civil ingrijpend is gewijzigd bij de wet van 3 januari 1968 'portant la réforme du droit des incapables majeurs'. Voor een betere bescherming van de materiële belangen van personen die door geestelijke of lichamelijke gebreken niet of niet voldoende in staat zijn voor zichzelf te zorgen, zijn toen in de Code Civil (artt. 488 e.v.) een aantal reeds bestaande mogelijkheden verbeterd en is een nieuwe – de sauvegarde de justice (artt. 491 e.v.) – toegevoegd. Van die mogelijkheden gaat – hoewel de naam dat niet doet vermoeden – de curatele (artt. 508 e.v.) het meest in de richting van de voorgestelde bewindsregeling. Voor de *Vereinigde Staten* wijs ik op het 'Report of the national protective services project for older adults'. Ook in dat rapport – o.a. aanwezig in de bibliotheek van het Ministerie van CRM – komen problemen aan de orde van bejaarden die, door fysieke en psychische oorzaken, niet in staat zijn zelfstandig hun inkomen of vermogen te beheren.

(1) J. A. M. Meerloo – zie ook blz. 20 noot 1 – gaat in *'Op Leefstijd'*, 1973, nr. 4, blz. 16 in dezelfde richting: 'Ik denk bijv. aan een beperkte curatele voor hen die niet meer hun eigen AOW of andere gelden kunnen beheren'.

(2) Ook J. R. Voûte wijst in zijn in 1.3 genoemde artikel op de mogelijkheid om de regeling van de provisionele bewindvoering van Boek 1 B.W. toepasselijk te maken.

4.2.10. Wanneer eenmaal een bewindsregeling zal zijn ingevoerd, betekent dat niet dat voor het inkomens- en vermogensbeheer de thans bestaande figuren als beheersopdracht en volmacht hun betekenis verloren zullen hebben. Zij zullen voor iemand die enerzijds van de zorgen van het beheer af wil, maar aan de andere kant mans genoeg is op het door een ander uitgeoefende beheer controle uit te oefenen, aantrekkelijke mogelijkheden blijven. Ook de zaakwaarneming zal niet als grondslag voor het beheer verdwijnen. In de eerste plaats zullen er gevallen zijn waarin de kosten en formaliteiten een bewind niet rechtvaardigen⁽¹⁾. In de gevallen dat voor een lange periode in het beheer moet worden voorzien – zoals bij bejaarden – zal dunkt mij een dergelijke rechtvaardiging spoedig aanwezig zijn. In de tweede plaats blijft de zaakwaarneming van belang, omdat tussen het tijdstip waarop wordt vastgesteld dat iemand niet tot beheer in staat is én de daarop volgende onderbewindstelling, enige tijd zal verlopen.

4.3. Curatele.

Naast het bewind zal ook een plaats blijven bestaan voor de verder strekkende maatregel van de curatele en het daarmee gepaard gaande beheer door een curator. Over dát beheer nog enkele opmerkingen.

In 4.2.6 vermeldde ik, dat volgens het huidige recht een rechtspersoon niet tot curator kan worden benoemd. Aan de juistheid van dat verbod wordt steeds meer getwijfeld.

Waarom wilde de wetgever niet van een rechtspersoon als curator weten? Het antwoord is te vinden in de parlementaire behandeling van Boek 1 BW. De vraag, of niet overwogen zou moeten worden om, nu ook rechtspersonen tot voogd en toeziende voogd benoemd kunnen worden, eveneens opdracht van curatele aan rechtspersonen mogelijk te maken, werd door de Minister om de volgende redenen ontkennend beantwoord⁽²⁾:

- a. van een dergelijke behoefte nu en in de toekomst is niet gebleken;
- b. een rechtspersoon is niet geschikt als persoonlijke vertrouwensman van de onder curatele gestelde;
- c. sociaal-medische instellingen, vergelijkbaar met voogdijverenigingen, missen de geschiktheid om een min of meer omvangrijk of ingewikkeld vermogensbeheer op zich te nemen;

(1) Zie ook memorie van antwoord bij art. 3.6.2.2, blz. 183.

(2) Zie Parl. Gesch. Boek 1, blz. 709-711.

d. benoeming van een verpleeginstelling tot curator over een eigen verpleegde is niet aanbevelenswaardig, omdat zij moeilijk de rol van persoonlijk vertrouwensman kan vervullen.

De vaste commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer was door deze argumenten niet overtuigd en de toenmalige Minister van Justitie deed de toezegging de kwestie nog eens te zullen bezien.

Van dat bezien is, voorzover mij bekend, nog niets gekomen. Wel heeft enkele jaren geleden de huidige Minister Van Agt in een interview verklaard, dat hem het idee om ook rechtspersonen bij de curatele in te schakelen het heroverwegen waard leek (1). Ik zou mij daarbij willen aansluiten. De argumenten tegen de curator-rechtspersoon hebben mij nooit erg overtuigend in de oren geklonken. Reeds ten tijde van de zojuist genoemde parlementaire behandeling was er in de praktijk behoefte aan de mogelijkheid een rechtspersoon tot curator te kunnen benoemen en deze behoefte is, naar mij in gesprekken is gebleken, eerder toe dan af genomen. Steeds minder zijn familieleden of derden bereid een curatorschap te aanvaarden. Dat een rechtspersoon minder geschikt zou zijn als vertrouwensman op te treden, is strikt genomen juist. In de praktijk is het echter niet de neutrale rechtspersoon waarmee de onder curatele gestelde contact heeft, maar wordt een vertrouwensrelatie opgebouwd met iemand die bij die rechtspersoon werkzaam is. Dat is nu al zo bij voogdijverenigingen en instellingen die op grond van bijvoorbeeld een testamentair bewind of vruchtgebruikbewind als bewindvoerder optreden. Bovendien: evenals tegenwoordig de rechtbank bij de instelling van de curatele kan bepalen dat de curator zich voor het vermogensbeheer door een deskundige moet laten bijstaan, zo zou toch de rechtbank bij de benoeming van een rechtspersoon tot curator kunnen bepalen, dat voor andere dan vermogensrechtelijke problemen een deskundige moet worden ingeschakeld?

Ook het argument onder c lijkt mij niet sterk. De instelling zelf hoeft toch niet tot curator te worden benoemd? Hetzelfde geldt voor argument d. Ook dat probleem kan worden vermeden door een ander dan de instelling tot curator te benoemen.

(1) Zie 'Zorgenkind', oktober 1971, blz. 98. In dezelfde zin: E. J. N. M. Bogaerts, De geestelijk gehandicapte mens als rechtspersoonlijkheid, *Tijdschrift voor zwakzinnigheid en zwakzinnigenzorg*, 1970, blz. 194; G. A. Buijze, *Nederlands tijdschrift voor gerontologie*, 1972, blz. 281 en J. D. G. Poldermans, 'Onze Taak', orgaan van 'Helpt elkander', september 1960, blz. 68. Ook in Frankrijk is de curator-rechtspersoon bekend. Zie art. 496 lid 2 C.C.

Kortom, er zijn mijns inziens geen doorslaggevende redenen waarom bij de curatele zou moeten worden afgeweken van iets dat bij de voorgedij vanzelfsprekend is. Bovendien is ook hier van toepassing hetgeen ik in 4.2.6 ten aanzien van de bewindvoerder opmerkte. Bij een rechtspersoon is eerder dan bij een natuurlijk persoon gewaarborgd, dat in de persoon van de curator geen wijziging komt. Vooral bij een curatele voor langere duur is dit een niet te onderschatten voordeel⁽¹⁾.

4.4. *Uitbreiding art. 953 BW.*

Volledigheidshalve breng ik hier een laatste voorstel, dat ik reeds in 3.3.5 heb gedaan, in herinnering: de wenselijkheid om een regeling op te nemen in de trant van art. 953 BW j° art. 1718 BW die zich richt tegen onaantastbaarheid van uiterste wilsbeschikkingen en schenkingen aan bejaardentehuizen en andere instellingen en hun personeel gedaan door in die instellingen opgenomen al dan niet bejaarde personen.

4.5. *Slotwoord.*

Naast de wetswijzigingen, die in bovengenoemde voorstellen zijn gedaan, zal er nog iets anders moeten gebeuren om de bejaarde in het beheer van zijn inkomen en vermogen te hulp te komen. Dat is een *betere voorlichting* over de verschillende mogelijkheden die er voor dat beheer zijn en de voor- en nadelen die daaraan zijn verbonden⁽²⁾. Die voorlichting zou op allerlei manieren kunnen worden georganiseerd. Ik denk aan voorlichting door middel van televisieuitzendingen (Teleac), bejaardenbonden, folders in de trant zoals deze op dit ogenblik op zo'n voortreffelijke wijze door het Ministerie van Justitie over verschillende onderwerpen (o.a. alimentatie, echtscheiding) worden verzorgd. Naast de te treffen wettelijke maatregelen zou dat een belangrijke stap zijn op de weg naar een betere rechtspositie van onze steeds toenemende bejaardenbevolking. De voorlichting hoeft niet op die maatregelen te wachten. De mogelijkheden voor inkomens- en vermogensbeheer die er op dit ogenblik reeds zijn en vooral ook de bezwaren die daaraan verbonden kunnen zijn, maken juist nu een goede voorlichting dringend gewenst.

(1) Zie ook Alex Weill, *Précis Dalloz*, Tome I, deuxième volume, 1972, blz. 816.

(2) Zie ook F. R. Mohr in zijn in 1.3 genoemde artikel.

PREADVIES W. HEUFF

Inkomens- en vermogensbeheer van bejaarden.

HOOFDSTUK I

1. Inleiding, 67
2. Diverse oorzaken voor de problemen, 68
3. De aanpak, 70
4. Categoriceën bejaarden, 71
5. Beheer van inkomen en vermogen, 71
6. Wilsgebreken, 71

HOOFDSTUK II

1. Rechtsfiguren welke ons ten dienste staan, 73
2. Vertegenwoordiging, 74
3. Volmacht; bekrachtiging, 74
4. Bestuursopdracht, 81
5. Overlaten van bestuur, 83
6. Overeenkomst tot wijziging van het bestuur, 84
7. Bewind, 85
8. Zaakwaarneming, 91

HOOFDSTUK III

De rechtsverhouding bejaarde-vertegenwoordiger, 93

1. Lastgeving, 93

2. Beheersovereenkomst, 94
3. Rechtsverhouding tot bewindvoerders, 96
4. Controle op het beheer, 96
5. Beïnvloeding en misbruik van vertrouwenspositie, 97

HOOFDSTUK IV

1. Handelingen om niet, 99
2. Testamentaire beschikkingen, 100
3. Schenkingen, 102

HOOFDSTUK V

1. Overzicht van thans mogelijke maatregelen, 103
2. Voorstellen tot oplossing van verschillende problemen, 105

Inkomens- en vermogensbeheer van bejaarden.

'Les vieillards sont-ils des hommes?'
(Simone de Beauvoir – La vieillesse)

HOOFDSTUK I

1. *Inleiding*

Het is niet verwonderlijk te achten dat de Nederlandse Juristen-Vereniging het thans aan ons voorgelegde onderwerp aan de orde heeft willen stellen. Wel kan ik mij de aanvankelijke verbazing voorstellen, welke bij de aankondiging van het onderwerp in de vergadering van de vereniging vorig jaar te bespeuren was. Zijn hier wel problemen, welke waard zijn daar een preadvies aan te wijden? De voor U liggende preadviezen mogen er het bewijs van zijn dat er problemen zijn van zodanige importantie dat de juristen daar niet aan voorbij mogen gaan.

Gewezen moge ook worden op de preadviezen welke vorig jaar onder de titel 'Oudedagsvoorzieningen' door mr. P. Clausing, prof. mr. W. M. Kleijn en prof. mr. J. P. Scheltens zijn uitgebracht voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen. Deze preadviezen kunnen als een noodzakelijke aanvulling daarop worden beschouwd. Ook hier gaat het om voorzieningen, welke in verband met de oude dag moeten worden getroffen.

Ik zal de problemen vanuit een andere gezichtshoek bekijken dan mijn mede-preadviseur. Ik zal mij meer richten op de zelfstandige bejaarde en mij minder inlaten met de problemen van inrichtingen. Daarbij zullen de problemen, waarmee in de notariële praktijk ge-worsteld wordt, de meeste aandacht krijgen.

2. Diverse oorzaken voor de problemen

Van de eerste helft van de zestiger jaren af worden vragen naar oplossing van problemen rond het beheer van vermogen van bejaarden steeds frequenter. De vragen zijn afkomstig van de zijde van inrichtingen, organisaties op het gebied van bejaardenzorg, de ziekenfondsraad, nationaal ziekenhuisinstituut en enkele juristen (1), en hebben ook verschillende departementen bereikt. Ook de notariële praktijk worstelt er mee getuige een artikel als van jhr. mr. S. M. S. de Ranitz in *W.P.N.R.* 4724 (1962). Waarom, zo vraagt men zich af, zijn deze vragen niet eerder zo klemmend naar voren gekomen. Er waren toch eerder ook al bejaarden. Dit is terug te brengen op de volgende (ten dele met elkander samenhangende) verschijnselen:

- a. toeneming van het aantal bejaarden en verlenging van de levensduur (er is vooral toeneming van het aantal hoogbejaarden);
- b. toeneming en spreiding van de welvaart, waardoor meer mensen over een (klein) vermogen beschikken;
- c. toeneming van het aantal mensen, dat tengevolge van de sociale voorzieningen eigen inkomsten bespaart en daardoor vermogen vormt;
- d. toeneming van het aantal personen dat op latere leeftijd enige vorm van hulp nodig heeft.

Voor een goed begrip van de zich voordoende problemen dienen eerst de grondoorzaken in beschouwing te worden genomen. Allereerst: wie zijn die bejaarden? We zullen daaronder moeten verstaan alle mensen, die 65 jaar of ouder zijn. De grens van 65 jaar lijkt willekeurig gekozen, doch wordt gerechtvaardigd doordat dit de leeftijd is waarop: het algemene ouderdomspensioen (AOW) ingaat, vele werknemers ingevolge pensioenregelingen hun werkzaamheden staken en pensioen ontvangen, en ook in geschriften over het bejaardenwerk de qualificatie 'bejaarde' aan de oudere mens wordt toegekend. Hierbij sluit ik mij dan ook aan en ook bij de term 'bejaarde', al moeten wij er ons van bewust blijven dat wij niet allen over één kam mogen scheren, die hieronder vallen. Het gaat zeker niet om een homogene groep. Hoe heterogeen de groep

(1) O.a. prof. mr. J. M. Polak, *NJB* 1 mei 1965, nr. 18; mr. J. R. Voûte, *NJB* 8 juni 1968 nr. 23 en de werkgroep o.l.v. prof. mr. E. A. A. Luijten, waarvan uittreksel in 'De Bejaarden' 1969 nr. 11.

is, beseft men wanneer acht geslagen wordt op leeftijdsverschillen (soms 25 jaar of meer), gezondheidstoestand, sociale en financiële situatie na de pensionering, persoonlijkheidsstructuren, milieu, genoten opvoeding en levensloop. Men denke bij 'bejaarden' dus niet alleen aan hulpbehoevende en demente oudjes, doch ook aan hoogbejaarde vorsten, staatslieden, wetenschapsmensen en anderen, die de mensheid tot zegen zijn geweest.

Een van de belangrijkste oorzaken van de problemen is van biologische aard. Bij het ouder worden doen zich veranderingen voor in lichaamsfuncties, veranderingen in de cellen, waaruit het lichaam is opgebouwd. De energie wordt minder, het reactie-vermogen neemt af. Veroudering brengt met zich vermindering in functie, die men in allerlei organen kan waarnemen. De oudere wordt eerder vatbaar voor ziekten. Bij sommigen zien we ook in geestelijk vermogen een teruggang, dementie⁽¹⁾, waarvan een van de eerste verschijnselen kan zijn verlies van geheugen.

Een andere belangrijke oorzaak is van sociale aard. De levensomstandigheden veranderen. Vroegere status wordt verloren en het inkomen vermindert. Door in het verenigingsleven gestelde leeftijdsgrenzen moet men zich verder uit het maatschappelijk leven terugtrekken. Het meer hulp behoeven noopt tot opgeven van zelfstandigheid.

Voor bestudering van deze oorzaken heeft zich een nieuwe wetenschap ontwikkeld: de gerontologie, welke omschreven wordt als een multidisciplinaire wetenschap, die zich bezighoudt met de studie van processen, die zich tijdens de veroudering en gedurende de ouderdom in het organisme afspelen, mede ingevolge de zich telkens wijzigende betrekkingen, die het organisme met zijn omgeving onderhoudt. Verschillende kanten aan de gerontologie zijn de biologische, medische en sociale.

Raadpleging van gerontologische werken leert ons dat samenspel van verschillende factoren in telkens andere combinaties de variaties tussen de individuen zo groot doen zijn, dat categorieën en stadia alleen maar ruw aangeduid kunnen worden en van beperkt nut zijn. Veelal hebben wij te maken met voortgaande processen.

Wanneer wij verder met verschillende categorieën zullen werken, zal dat alleen ter wille van een beter inzicht geschieden en zal in

(1) Voor oriëntatie aanbevolen: 'Dementie bij bejaarden', dr. L. A. Cahn in 'De Bejaarden' 1973, nrs. 5, 6 en 7.

het oog moeten worden gehouden dat in de praktijk voor verschillende individuen ook oplossingen zullen moeten worden gekozen, welke onderling verschillen.

3. De aanpak

Het voorgaande leidt tot de vraag hoe de benadering van de problemen zal moeten zijn. Duidelijk is inmiddels wel geworden, dat we niet te maken hebben met een groep, waarvoor als geheel één oplossing kan worden gegeven zoals voor de minderjarigen. Bij deze laatste kunnen over het algemeen dezelfde ontwikkelingsstadia worden onderscheiden en kunnen maatregelen als ouderlijke macht of voogdij voor de gehele groep gelden.

In de sociologie⁽¹⁾ wordt onderscheid gemaakt tussen een algemene en een specifieke aanpak van het bejaardenprobleem (voor zover men dit zo grof mag aanduiden). Bij de algemene aanpak worden oplossingen gevonden in het institutionaliseren van de bejaardenzorg. De bejaarden worden beschouwd als een groep, die verzorging nodig heeft. In die aanpak zou passen een oplossing van zich voordoende problemen door maatregelen voor allen. Hierin past ook een maatregel als bijv. de 72-jarige leeftijdsgrens voor commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen. Bij de specifieke aanpak wordt iedere bejaarde individueel benaderd en wordt uit het aan bejaarden te bieden pakket alleen datgene aangeboden wat hij het meest nodig heeft.

Ik meen dat de gerontologie ons wel leert dat de verschillen tussen de bejaarden onderling zo groot zijn, dat het voor vele bejaarden grievend en zelfs mensonwaardig zou zijn hen te laten vallen onder maatregelen, welke wel voor minderbedeelden nuttig kunnen zijn. Uitgangspunt zal moeten zijn de gelijkwaardigheid van bejaarden en niet-bejaarden. De zelfstandigheid van de bejaarde moet zo lang zijn capaciteiten deze toelaten, gehandhaafd blijven. Willen wij recht doen (en wat zouden wij als juristen anders willen) dan zullen we de specifieke aanpak moeten voorstaan. Een afzonderlijk voor alle bejaarden geldend samenstel van rechtsregelen zal verworpen moeten worden. Deze bestaan (gelukkig) niet. Hooguit zou gedacht kunnen worden aan gelijkvormige regelen voor in specifieke inrichtingen (bijv. voor demente bejaarden) verpleegde bejaarden.

(1) Voor oriëntatie zie: 'Bejaarden en bejaardenwerk' drs. E. van Asten-Kuypers en drs. M. van Groenestijn in 'Intermediair' 1973, nrs. 28, 29.

4. *Categorieën bejaarden*

Voor de behandeling van de verschillende problemen in dit preadvies is het noodzakelijk verschillende categorieën bejaarden te onderscheiden. Daartoe zou ik de volgende categorieën willen noemen:

- a. de bejaarden die geestelijk geheel niet meer in staat zijn hun wil te uiten;
- b. de bejaarden die geestelijk – soms ook samenhangend met hun lichamelijke toestand – niet meer volledig in staat zijn rechtshandelingen te verrichten;
- c. de bejaarden, die geestelijk nog volkomen in staat zijn hun wil te uiten.

Daarnaast kan men nog onderscheid maken tussen:

1. bejaarden, die zelfstandig zijn gebleven (buiten een inrichting);
2. bejaarden, die in inrichtingen verblijven (nader zou hier nog onderscheiden kunnen worden tussen inrichtingen naar de soort verzorging, welke zij geven).

5. *Beheer van inkomen en vermogen*

De titel van het preadvies spitst de problemen toe op het beheer van inkomen en vermogen. Wanneer verder de term 'vermogensbeheer' wordt gebruikt, zal ik dit evenals mijn mede-preadviseur in ruime zin verstaan, nl. als het verrichten van alle handelingen met betrekking tot vermogen en inkomsten, dus naast het beschikken daarover zoals vervreemden, bezwaren en verkrijgen van vermogensbestanddelen, ook het in ontvangst nemen van inkomsten, het administreren van inkomsten en uitgaven, het betalen van rekeningen, enz.

Het beheer zal kunnen geschieden:

- a. door de bejaarde zelf;
- b. door iemand, die daartoe door de bejaarde is aangewezen;
- c. door iemand, die door anderen is aangewezen;
- d. door iemand, die zonder daartoe van wie ook opdracht te hebben zich over de zaken van de bejaarde heeft ontfemd.

6. *Wilsgebreken*

Een van de moeilijkste problemen is m.i. gelegen in de beantwoor-

ding van de vraag, of de bejaarde nog voldoende in staat moet worden geacht zijn wil te verklaren. Waar ligt hier de grens tussen het kunnen en niet meer kunnen? Voor wie moet in het grensgebied de balans naar de ene of andere kant doorslaan, naar de kant van de bejaarde, die zijn rechtspositie niet goed meer kan bepalen of naar de kant van de derde, die de overtuiging had en mocht hebben dat de bejaarde wist wat hij deed?

Van uit ons uitgangspunt, dat de bejaarde in beginsel geen uitzonderingspositie inneemt in onze maatschappij, d.w.z. niet tot een handelingsonbekwame groep behoort, en vele bejaarden lange tijd een grote (geestelijke) vitaliteit vertonen, moet zijn positie niet anders beoordeeld worden dan die van een ander redelijk handelend mens. De omstandigheden kunnen echter leiden tot een andere beoordeling en mogen dan een verhoogde waakzaamheid bij de derde veronderstellen, bijv. indien deze weet te handelen met iemand, die verzorgd wordt in een tehuis voor min of meer geestelijk gestoorde bejaarden (1). Zo acht ik een bejaarde, die nog in geen enkel opzicht zijn zelfstandigheid heeft opgegeven en tegenover de derde met wie hij handelt de indruk wekt van een normaal redelijk handelend mens, gebonden, indien hij zijn huis verkoopt aan A en kort daarna ook aan B, zich niet meer herinnerende dat reeds een koopovereenkomst met A was gesloten. De gevolgen kunnen voor de bejaarde bezwarend zijn, doch zijn positie als volledig handelingsbekwaam persoon en de bescherming van derden, die met hem handelen, brengen dit oordeel met zich. In de praktijk, waarin een voorbeeld zoals hier-voor is gegeven, helaas meer dan eens blijft voor te komen, blijken gelukkig in onderling overleg tussen de assisterende deskundigen en partijen de ernstigste gevolgen veelal weggenomen te kunnen worden.

Van geval tot geval zal beoordeeld moeten worden of men te doen heeft gehad met iemand, die zijn wil heeft kunnen bepalen. Het is in dat opzicht gelukkig dat bepalingen als die van de artt. 501 en

(1) Zie: mr. drs. G. A. Buijze, *Ned. T. Geront.* 3 (1972) 3a, Wens of noodzaak van actieve rechtsbescherming?

'Ook ten aanzien van de gestoorde bejaarde is bezinning nodig over de vraag of hij rechtsbescherming nodig heeft, en zoja, welke vorm. Het begrip "gestoorde bejaarde" blijkt namelijk allerminst eenduidig te zijn. Er vallen zowel demente bejaarden onder, als ook in toenemende mate personen die de greep op de dingen van alledag gaan verliezen zonder te dementeren. Het ontnemen van rechten kan schadelijk zijn, indien men nog in staat is zijn rechten met een of andere hulp zelf te realiseren'.

502 van het oude BW, welke de invloed van de curatele uitbreidden tot vroegere rechtshandelingen, zijn verdwenen. De rechter zal nu met heldere ogenblikken en de bescherming van derden meer rekening kunnen houden.

Er zijn voorts gevallen, waarin bij de bejaarde nog niet van een wilsgebrek kan worden gesproken, doch die wil geleid (beïnvloed) is door anderen. Dit behoeft niet tot een aantastbare handeling te leiden. Het zich laten leiden door raadgevingen van anderen kan waardevol zijn. Leidt echter die beïnvloeding tot negatie van de rechten van anderen en tot bevoordeling van de 'raadgever' dan zal dat tengevolge kunnen hebben dat degeen die geprofiteerd heeft, dat tegenover de benadeelde derde goed zal moeten maken. Ik kom daarop later nog terug.

Op dit onderwerp van de wilsgebreken zal ik niet verder ingaan. Hierna zal dit nog wel ter sprake komen bij het maken van uiterste wilsbeschikkingen.

HOOFDSTUK II

1. *Rechtsfiguren welke ons ten dienste staan*

De verschillende maatregelen, welke hetzij door de bejaarde zelf, hetzij door zijn naasten of de overheid kunnen worden getroffen, zal ik thans onderzoeken. Daarbij zal ik minder aandacht besteden aan maatregelen, zoals:

- a. de onder curatelestelling en daarmee samenhangende provisionele bewindvoering van art. 380 Boek 1 BW;
- b. de provisionele bewindvoering van art. 33 Krankzinnigenwet (welke misschien gedoemd is te verdwijnen);
- c. zaakwaarneming voorzover deze door inrichtingen plaatsvindt.

Bij het onderzoek van de verschillende figuren zal ik tevens een blik slaan op het komende recht, zoals dit zich in het nieuwe Burgerlijk Wetboek vertoont. Vooral ook omdat dit komende recht al zijn invloed doet gelden in rechtspraak en literatuur geef ik er de voorkeur aan dit recht niet als een afzonderlijk geheel te beschouwen, doch direct bij de in het onderzoek te betrekken figuren te behandelen.

Sommige rechtsfiguren kunnen zowel door de bejaarde zelf als door

anderen worden toegepast. Daarom zal ik bij het onderzoek nog geen strakke indeling aanhouden volgens de hiervoor weergegeven schema's, doch eenzelfde type eerst volledig behandelen en later resumeren welke middelen ten dienste staan in de schematisch aangeduide gevallen.

2. *Vertegenwoordiging*

De bejaarde, die nog zijn eigen boontjes kan doppen, is voor ons van geen belang; hij staat gelijk aan ieder ander die handelingsbekwaam is.

Voor degeen, die echter niet meer in staat is de volle zwaarte van het beheer van vermogen en andere handelingen te dragen of zelfs niet meer in staat is iets te verrichten, is vertegenwoordiging door anderen de aangewezen figuur, d.w.z. een ander moet voor hem handelingen kunnen verrichten, welke zullen gelden als waren deze door hem zelf verricht, ofwel welke hem worden toegerekend, zodat hij er de rechtsgevolgen van ondervindt en niet de handelende persoon.

Deze vertegenwoordiging kan zich in verschillende vormen voordoen, waarvan voor dit preadvies van belang zijn de volgende (1):

- a. wettelijke vertegenwoordiging bij ondercuratelestelling en provisionele bewindvoering;
- b. vertegenwoordiging krachtens volmacht;
- c. vertegenwoordiging door de andere echtgenoot krachtens be-stuursopdracht;
- d. vertegenwoordiging krachtens bewind;
- e. vertegenwoordiging bij zaakwaarneming.

Reeds eerder merkte ik op dat enkele van de voormelde vormen van vertegenwoordiging in mijn preadvies minder aandacht zullen krijgen.

3. *Volmacht; bekrachtiging*

Een van de belangrijkste rechtsfiguren om te bereiken, dat iemand gebonden wordt zonder zelf op te treden, is de volmacht, welke in art. 3.3.1 lid 1 nieuw BW wordt omschreven als de bevoegdheid die

(1) Waarbij in hoofdzaak gevolgd is de onderscheiding, te vinden bij Asser-Scholten-van der Grinten, 4e druk, blz. 12 en 13.

een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.

De minst gecompliceerde figuur is die, waarbij de gevolmachtigde jegens de wederpartij verklaart te handelen namens de volmachtgever en zijn bevoegdheid kan staven met een schriftelijke volmacht. De volmachtgever is partij bij de rechtshandelingen, welke aldus door de gevolmachtigde zijn verricht. De volmachtgever behoeft zelf niets meer te verrichten; ook al zou hij na verloop van tijd zijn wil niet voldoende meer kunnen bepalen, de gevolmachtigde voorziet in die leemte en kan hem blijven verbinden. Van belang is dan uiteraard, dat de volmacht ruim genoeg is. Wil de volmacht de bevoegdheid geven, tot verdergaande rechtshandelingen, dan alleen maar die tot beheer, dan moet dat uit de volmacht uitdrukkelijk blijken (art. 1833 BW). Art. 3:3.3 lid 1 nieuw BW eist dat de volmacht dan in dat opzicht schriftelijk en ondubbelzinnig moet zijn.

Het is aan te bevelen de volmacht niet alleen voldoende ruim, dus voor daden van beheer en beschikking, doch ook naar de vorm bij notariële akte (in minuut — in bewaring bij de notaris blijvende) te verstrekken, zodat ook voor rechtshandelingen waarbij voor de volmacht de notariële vorm is vereist, deze voldoende is. Een bijkomend voordeel is in dat geval het veilig bewaard blijven van de volmacht, gepaard aan de mogelijkheid daarvan altijd afschriften te kunnen krijgen.

Voor de bejaarde, die geestelijk nog bij machte is zijn wil te bepalen, doch niet (meer) in staat is zijn handtekening te plaatsen, is de notariële akte de enige mogelijkheid tot het geven van een schriftelijke volmacht. Art. 30 van de Wet op het Notarisambt opent die mogelijkheid. In de akte moet dan melding worden gemaakt van de verklaring van de comparant dat hij niet kan tekenen en de reden van de verhindering.

Mocht de gevolmachtigde alleen over een onderhandse akte kunnen beschikken dan moge hier nog worden gewezen op de mogelijkheid van die volmacht zogenaamde vergeleken afschriften te laten vervaardigen door de notaris, zodat over meer, dezelfde kracht bezittende, stukken kan worden beschikt.

Zolang er zich geen omstandigheid voordoet, waardoor de volmacht eindigt (dood, curatele of faillissement van volmachtgever of gevolmachtigde, of herroeping van de volmacht) kan deze uitkomst bieden en kan de volmachtgever, zelf daartoe niet meer in staat

zijnde, partij zijn bij overeenkomsten. Van Schilfgaarde (1) heeft duidelijk gemaakt, dat voor het partij zijn van de volmachtgever niet nodig is dat letterlijk ten name van deze laatste is gehandeld. Kan een rechtshandeling aan iemand toegerekend worden dan is deze partij. Het komt er op aan dat degeen die feitelijk heeft gehandeld (de gevolmachtigde), voor een ander heeft willen handelen *en* dat zijn handelen aan die ander toegerekend mocht worden, voor welke toerekening factoren als (vroegere) verklaring van de volmachtgever, opgewekt vertrouwen en toerekenbare schijn bepalend kunnen zijn. Er kan dus zelfs een contractuele band bestaan tussen degeen met wie de gevolmachtigde (op zijn eigen naam = zonder de volmachtgever te noemen) handelde en de achterman van de gevolmachtigde, mits de gevolmachtigde maar als zodanig wilde en mocht handelen. Was er het 'mogen' handelen niet, dus waren de factoren voor toerekening niet voldoende, dan blijft er nog altijd de mogelijkheid dat zaakwaarneming aanwezig kan worden geacht.

Ter illustratie het volgende voorbeeld: neef op bezoek bij tante ziet, dat haar antieke klok het niet meer doet. Hij biedt tante aan deze naar een klokkemaker te brengen voor reparatie, hetgeen met instemming van tante geschiedt. De neef laat de reparatie verrichten zonder tante te noemen. Hij laat zijn eigen naam noteren. Na de reparatie blijkt deze ondeugdelijk te zijn geweest. Tante kan nu terecht rechtstreeks de klokkemaker aanspreken. De klokkemaker kan niet tegenwerpen met tante niets te maken te hebben als neef onthult voor tante de reparatie bij hem te hebben laten verrichten. Hij (neef) wilde dat en mocht dat.

Van der Grinten (2) vat de woorden 'in naam van' ook niet als een sacrale formule op. De toerekening vindt haar grondslag in het handelen als gevolmachtigde. Dat als zodanig handelen kan blijken uit de hoedanigheid of functie waarin gehandeld wordt. Anders dan Van Schilfgaarde is Van der Grinten (3) echter van oordeel dat wie als tussenpersoon op eigen naam handelt, geen verbintenisrechtelijke aanspraken of verplichtingen tussen opdrachtgever en de wederpartij doet ontstaan, ook indien de tussenpersoon bevoegd was als gevolmachtigde te handelen doch dit niet heeft gedaan. De autonomie en het zelfbeschikkingsrecht van de persoon brengen

(1) Mr. P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen*; diss. 1969.

(2) Asser-Scholten-van der Grinten, 4e druk 1973, blz. 48.

(3) Zie t.a.p. blz. 62 e.v.

mee, dat, behoudens bijzondere gevallen, vertegenwoordigingsbevoegdheid – volmacht – slechts kan worden ontleend aan een wilsbeschikking van de vertegenwoordigde persoon. Die autonomie en zelfbeschikkingsrecht brengen ook mee, dat de handelende bepaalt of hij persoonlijk of ook voor – in naam van – een ander handelt. In het eerste geval heeft de wederpartij niet te maken met de achterliggende verhoudingen. Ook art. 1376 BW doet de overeenkomst alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen. Andere oplossingen brengen rechtsonzekerheid, omdat aanspraken van de wederpartij tegenover de opdrachtgever afhankelijk zijn van het door haar te leveren bewijs dat in opdracht is gehandeld, of zij in dat bewijs zal slagen is onzeker. Een bezwaar is ook het treden in een relatie, die de hunne niet is. Uitoefening van rechten die anderen toebehoren is slechts mogelijk, indien de wet daartoe de bevoegdheid geeft.

Gaat de door Van Schilfgaarde ontwikkelde leer te ver? Brengt deze voor de wederpartij onaanvaardbare gevolgen met zich mee? Ik meen van niet. Zolang geen achterliggende verhouding bekend is, mag de wederpartij het ervoor houden dat zij alleen gebonden is aan de handelende; zij mag zich houden aan de verklaring van deze laatste. Wordt later de achterliggende verhouding onthuld, dan kan hij veelal behalve met de tussenpersoon ook met de achterman de overeenkomst afwikkelen. Het leven in deze maatschappij brengt dit met zich mee. Ook cessie kan tengevolge hebben dat men met een ander als partij te maken krijgt. In veel gevallen zal het partijen niet raken met wie zij de rechtsverhoudingen afwikkelen. Dit kan anders zijn door het aan de persoon gebonden zijn van de prestatie, zodat vervangbaarheid van subject niet mogelijk is. Brengt de aard van de overeenkomst dit niet met zich mee, maar wil de wederpartij van de handelende alleen met deze laatste te doen hebben dan kan zij zich daartegen wapenen door zulks te bedingen. De toerekening van Van Schilfgaarde maakt m.i. geen onaanvaardbare inbreuk op de door Van der Grinten naar voren gebrachte autonomie en het zelfbeschikkingsrecht. Van Schilfgaarde geeft tenslotte ook grenzen aan de mogelijkheid van toerekening. Hij schakelt het wilselement niet uit. De wederpartij behoeft eerst dan met de vertegenwoordigde rekening te houden, wanneer hij niet alleen weet dat de handelende volmacht heeft doch ook dat de handelende krachtens de volmacht handelt. Zolang deze beide niet duidelijk aan de wederpartij geopenbaard zijn, heeft zij zich aan de

handelende te houden. Ook moet niet uit het oog worden verloren dat iedere vertegenwoordigingshandeling altijd mede een eigen handeling van de vertegenwoordiger is (1).

Ook Schoordijk (2) heeft zich met de door Van Schilfgaarde ontwikkelde leer kunnen verenigen. Hij gaat daarbij echter verder; hij acht de wil voor de vertegenwoordiging van betrekkelijke waarde en legt sterke nadruk op het economisch moment bij de vertegenwoordiging. Onder dit laatste verstaat Schoordijk het handelen en mogen handelen voor rekening van een ander. Om bij zijn voorbeeld te blijven: de loodgieter, die in opdracht van de verhuurder de verstopte afvoerbuïs repareert, kan rechtstreeks de huurder – die de verstopping had veroorzaakt en voor wiens rekening de reparatie kwam – aanspreken.

De huurder is (naast de verhuurder) gebonden. Kan men zo de wil van de vertegenwoordigde vervangen door – wat Schoordijk noemt – het economisch moment? Naar mijn mening niet. In het door hem genoemde geval kon de loodgieter de verhuurder als opdrachtgever aanspreken en de huurder alleen, voorzover deze de door de verhuurder aangegane verbintenissen uit hoofde van zaakwaarneming moest nakomen. Zou de opvatting van Schoordijk niet tot onaanvaardbare consequenties leiden? Niet ontkend kan worden dat de door middel van toerekening geconstrueerde rechtstreekse band een oplossing geeft voor veel gevallen van verrijking van een ander (indirecte verrijking). Vooral ook voor vertegenwoordiging van bejaarden kan hier een oplossing gevonden worden. Door voor rekening van de bejaarde te handelen kan deze tot partij worden gemaakt. Als wij dit echter zo stellen gaan we te ver. Zeker in al die gevallen, waarin geen noodzaak voor het handelen van de 'vertegenwoordiger' aanwezig zou zijn (bijv. neef neemt zonder tante erin te kennen de klok mee naar de klokkemaker. De klokkemaker presenteert de rekening aan tante, wanneer hij verneemt dat het haar klok is. Tante weigert betaling. Zij was niet voornemens de klok te laten repareren. Deze stoorde haar anders toch maar in haar korte slaap. Wie anders dan neef zal moeten betalen?). Is er noodzaak tot handelen dan hebben wij voldoende aan zaakwaarneming en de daarin gelegen mogelijkheid tot vertegenwoordiging.

(1) Van Schilfgaarde, blz. 28. Zo ook: Zeijlemaker Jzn. *Bewindvoerders, Trustees en Vertegenwoordigers*, 1949, blz. 51 e.v.

(2) Prof. mr. H. C. F. Schoordijk, *W.P.N.R.* 5093/5 (1970).

Schoordijk zal in het laatste voorbeeld ook geen toerekening aan tante mogelijk achten. Er was bij neef geen *mogen* handelen. Het lijkt mij echter moeilijk de juiste grenzen aan te geven. Hoever mag men gaan om nog van een mogen te kunnen spreken? Wat mij echter nog zwaarder weegt is, dat hier bij het loslaten van het wils-element in het geding komt de (wat Van der Grinten noemt:) autonomie en het zelfbeschikkingsrecht van de persoon. Dit komt mij een voldoende reden voor niet verder te gaan dan Van Schilfgaarde heeft verdedigd.

Onder het begrip volmacht kan ook de bekrachtiging worden gebracht. De bekrachtiging is niets anders dan een achteraf gegeven volmacht. Daardoor geeft degeen voor wie gehandeld is te kennen de voor hem ('in zijn naam') verrichte handelingen tot de zijne te willen maken. Hij krijgt deze toegerekend. In veel gevallen, waarin bij Schoordijk sprake zal zijn van directe toerekening in verband met een handelen voor rekening en ten nutte van een ander, zal ook door acceptatie door die ander van het voor hem verrichte die toerekening tot stand komen. Het grote verschil met Schoordijk is dan echter dat die toerekening eerst een feit wordt, wanneer de achterman deze *wil* accepteren.

Aan de volmacht zijn enkele bezwaren verbonden:

- a. de herroepelijkheid;
- b. het door omstandigheden, gelegen bij de gevolmachtigde, eindigen;
- c. het zelf bevoegd blijven van de volmachtgever.

Ad a. De herroepelijkheid kan voor de bejaarde ongewenst zijn en de herroeping veroorzaakt worden door zijn toestand. Doordat hij zelf de greep op de gang van zaken verliest, kan wantrouwen in het beleid van de gevolmachtigde geboren worden. De bejaarde kan hem niet meer volgen, voelt zijn afhankelijkheid als een steeds meer drukkende omstandigheid. Hij wordt misschien ook niet goed meer op de hoogte gehouden of als dit wel gebeurt gaat dat het ene oor in en het andere weer uit. In een poging zijn zelfstandigheid weer terug te krijgen en zich weer te laten gelden herroept hij de volmacht, om, als het eigen vermogensbeheer toch niet lukt, de volmacht weer aan een ander, misschien daarvoor minder aangewezen persoon, te geven.

Het is daarom begrijpelijk als de wens naar voren komt de vol-

macht onherroepelijk te maken. Is dat mogelijk? De literatuur (1) hierover laat zien dat – zeker bij een algemene volmacht – de onherroepelijkheid afbreuk doet aan het recht tot zelfbepaling van het individu; hij kan het effect van de volmacht niet verlammen. Alleen voor bepaalde rechtshandelingen kan de onherroepelijke volmacht aanvaard worden. Deze behoeft dan echter een rechtvaardiging. Bij de onherroepelijk gevolmachtigde moet (mede) een belang zijn bij het verrichten van bepaalde rechtshandelingen door de volmachtgever. Er moet een rechtsplicht van de volmachtgever aanwezig zijn en die kan hier alleen gelegen zijn in de nakoming van een overeenkomst. De rechtvaardiging voor de onherroepelijkheid is gelegen in de daardoor gegeven zekerheid, dat de rechtsaanspraak van de ander wordt gehonoreerd. Daaruit volgt dat een door een bejaarde buiten het kader van een overeenkomst gegeven volmacht niet onherroepelijk gegeven kan worden. Maar ook een overeenkomst op zichzelf is nog niet voldoende. Een overeenkomst tot beheer over het vermogen van de bejaarde wordt in het belang van de bejaarde en niet van de beheerder aangegaan. Daarom kan hier geen onherroepelijkheid aan gekoppeld worden.

De hiervoor omtrent de onherroepelijkheid weergegeven opvatting is ook die van het gewijzigde ontwerp BW (art. 3.3.13).

Al is de volmacht niet onherroepelijk te geven toch kan de volmacht, welke indertijd door de bejaarde was verstrekt, wel feitelijk onherroepelijk worden, nl. indien de bejaarde geen (rechtsgeldige) wilsverklaring met betrekking tot de herroeping meer kan afleggen. Hierin kan ook weer gevaar schuilen, waarover elders meer.

Ad b. Het eindigen van de volmacht door overlijden of ondercuratelestelling van de gevolmachtigde kan op een voor de bejaarde ongewenst moment komen, nl. als deze zelf niet meer in staat is een ander in de plaats te stellen. Hetzelfde kan zich voordoen, doordat de gevolmachtigde zelf niet meer in staat is zijn wil te uiten. Zo mogelijk dient daarin te worden voorzien door aanwijzing van een subsidiaire gevolmachtigde. Daarnaast kan nuttig zijn het aan de gevolmachtigde verstrekken van de macht tot substitutie, zodat hij zelf voor gevallen van afwezigheid een ander in zijn plaats zal kunnen stellen. Art. 1840 BW onderstelt die bevoegdheid, doch het

(1) Asser-Scholten-van der Grinten blz. 41 e.v.; mr. E. J. L. M. de Bruyn in 'waaraan akte', blz. 29 e.v. en de aldaar vermelde lit., en prof. mr. W. C. L. van der Grinten in 'Met verbiedende werking' blz. 133 e.v.

ontwerp BW geeft geen bevoegdheid tot verlening van de volmacht aan een ander behoudens in een aantal limitatief opgesomde gevallen. Deze systeemswijziging is gemotiveerd door de keuze van de gevolmachtigde om zijn persoonlijke kwaliteit, hetgeen onverenigbaar zou zijn met een vervanging buiten de volmachtgever om. Het is de vraag of dit juist is. In de praktijk wordt het recht van substitutie of onder-volmacht meestal wel gegeven. In ieder geval is voor de bejaarden wel belangrijk dat bij ontbreken van het recht van substitutie in de volmacht het ontwerp in art. 3.3.5 wel de bevoegdheid tot verlening van de volmacht aan een ander geeft 'voorzover de verlening van de volmacht aan een andere persoon in het belang van de volmachtgever noodzakelijk is en deze zelf niet in staat is een voorziening te treffen.'

Er is dus een uitweg voor moeilijke gevallen.

Van deze zich bij de gevolmachtigde voordoende omstandigheden heeft men minder last, wanneer een rechtspersoon, bijv. een bankinstelling gevolmachtigd is. Bij deze zal ontbinding roet in het eten kunnen gooien.

Ad c. Het naast de gevolmachtigde blijven optreden van de volmachtgever kan tot ongewenste gevolgen leiden. Zij kunnen niet wetend van het optreden van de ander met elkander onverenigbare rechtshandelingen verrichten. Het beleid van de gevolmachtigde kan doorkruist worden en ertoe leiden dat deze de gegeven opdracht teruggeeft. In zoverre is de volmacht een gebrekkig instrument. De volmachtgever heeft het niet in zijn macht zichzelf onbekwaam te verklaren of te laten verklaren buiten de mogelijkheden, welke de wet daartoe geeft.

Hierbij kan opgemerkt worden dat ook ingeval van een onherroepelijke volmacht de volmachtgever bevoegd blijft naast de gevolmachtigde, dus die volmacht geen privatieve werking heeft. Het enige verschil met de normale volmacht is het niet meer kunnen herroepen. Dit neemt niet weg, dat een eigen handelen in het kader van de getroffen overeenkomst wanprestatie kan betekenen en de vrees voor de gevolgen daarvan de volmachtgever ervan zullen weerhouden van eigen rechtsbevoegdheid gebruik te maken.

4. Bestuursopdracht

Is de gehuwde bejaarde niet in staat, of zoals de wet zegt, verkeert

hij in de onmogelijkheid, zijn goederen of de goederen der gemeenschap te besturen, dan kan art. 90 Boek 1 BW uitkomst bieden als de echtgenoot van de bejaarde nog voldoende in staat is tot vermogensbeheer. De rechtbank kan dan op verzoek van de echtgenoot aan deze het bestuur over de privé-goederen of over de goederen der gemeenschap opdragen. Deze opdracht heeft verstrekking gevolgen daar deze het bestuur over die goederen aan de bejaarde ontnemt.

Het is dan ook begrijpelijk dat de rechter vooraf beide echtgenoten hoort en evenzo een door de bejaarde zelf aangestelde vertegenwoordiger.

De rechter kan bij de opdracht nadere regelen geven omtrent het bestuur. Zo zou gedacht kunnen worden aan de bijstand van een accountant of inschakeling van een rentmeester voor het beheer van een verpachte boerderij. Het voordeel van deze regeling is dat met de specifieke problemen bij het beheer zal kunnen worden rekening gehouden.

'Bestuur' zal men ruim moeten verstaan, nl. zoals in art. 97 Boek 1 BW: de bevoegdheid om met betrekking tot de goederen daden van beheer en van beschikking te verrichten.

Bestuursopdracht over de privé-goederen moet worden beschouwd als vertegenwoordiging krachtens lastgeving, waarvoor een argument is te putten uit art. 91, dat voor de aansprakelijkheid die van een lasthebber toepasselijk doet zijn. Bij bestuursopdracht over goederen der gemeenschap is het anders. Daar wordt reeds bestaande bestuursmacht van de echtgenoot uitgebreid tot de goederen welke nog niet onder zijn bestuur stonden. De voor dit bestuur geldende regelen blijven onverkort gelden. Van vertegenwoordiging kan hier niet gesproken worden. Een eigen recht wordt uitgeoefend.

De leden 2 tot en met 4 van art. 86 Boek 1 BW worden van overeenkomstige toepassing verklaard, zodat wijziging en intrekking ook weer bij rechterlijke beschikking moet plaatsvinden, en voor werking tegenover derden inschrijving in het huwelijksgoederenregister nodig is. Bovendien kan de rechter in zijn beschikking bepalen dat voor die werking tegenover derden publikatie moet plaatsvinden in een of meer daarbij aangewezen dagbladen. Een verschil met de provisionele bewindvoering en curatele is, dat bij de bestuursopdracht de aangewezen echtgenoot niet onderworpen is aan bepalingen als die welke nopen tot het vragen van machtiging van

de kantonrechter voor beschikkingshandelingen. Hij kan naar eigen goeddunken handelen, behoudens zijn aansprakelijkheid tegenover de andere echtgenoot of diens erfgenamen. Zou gedurende het bestuur van de echtgenoot blijken, dat andere maatregelen meer gewenst zijn, dan zal altijd nog kunnen worden overgegaan tot ondercuratelestelling of benoeming van een provisionele bewindvoerder. In dat geval zal echter wel de bestuursopdracht door de rechter moeten worden ingetrokken.

Andersom – daar is men het wel over eens – zal niet een provisionele bewindvoering of curatele opzij gezet kunnen worden door een bestuursopdracht. In dat geval zou de curator of provisionele bewindvoerder in art. 90 ook genoemd zijn als een van degenen, die zou moeten worden gehoord. Noodzaak voor een voorziening als bestuursopdracht is er dan niet en bovendien is het een teken aan de wand als de andere echtgenoot niet is benoemd tot curator of provisionele bewindvoerder (1). We kunnen ons afvragen of ingeval van plaatsing in een krankzinnigeninrichting wel de keuze openstaat tussen curatele, provisionele bewindvoering of bestuursopdracht. Algemeen wordt aangenomen dat die keuzemogelijkheid bestaat (2).

Het gevolg van de bestuursopdracht is, dat de echtgenoot aan wie het bestuur ontnomen is en ook de door hem aangewezen vertegenwoordiger geen beheers- en beschikkingsdaden meer zal kunnen verrichten t.a.v. de betreffende goederen. Hij blijft echter wel handelingsbekwaam, zodat hij schulden zal kunnen maken, die verhaalbaar zijn op de goederen (3).

5. *Overlaten van bestuur*

De gehuwde bejaarde staat naast de volmacht aan zijn echtgenoot een andere mogelijkheid ten dienste.

Hij kan, zoals uit art. 91 Boek 1 BW blijkt het bestuur van zijn goederen overlaten aan zijn echtgenoot. Dit overlaten wordt uit de concrete omstandigheden afgeleid, bijv. de echtgenoot, die de hu-

(1) Anders *Personen- en familiericht*, mr. A. G. Lubbers bij art. 90 Boek 1 BW aant. 2, tenzij een buitenstaander curator is.

(2) HR 23 september 1960, *Nf* 1960, 521.

(3) Anders *Het nieuwste huwelijksvermogensrecht*. Prof. mr. H. C. F. Schoordijk blz. 26.

ren van de huizen van de andere int en voor het onderhoud zorgt. De overlatende echtgenoot kan elk moment aan die toestand een einde maken. Hij blijft zelf handelingsbekwaam.

De basis van het overlaten zal veelal stilzwijgende lastgeving zijn, doch zaakwaarneming is ook mogelijk. De aansprakelijkheid is in ieder geval die van een lasthebber.

De overlatende echtgenoot wordt in deze gevallen gebonden en niet de handelende echtgenoot. Dit is anders, wanneer het overlaten van het bestuur niet de privé-goederen doch de gemeenschap betreft, dan heeft de handelende echtgenoot als mede-bestuurder gehandeld, zijn bestuursbevoegdheid uitgebreid of aangematigd, en dientengevolge zichzelf verbonden.

6. Overeenkomst tot wijziging van het bestuur

Het staat de gehuwde bejaarde vrij met zijn echtgenoot overeen te komen dat deze laatste het 'bestuur' over zijn privé-goederen voert. Deze overeenkomst is niet meer of minder dan een lastgevingsovereenkomst. Ook indien deze bij huwelijksvoorwaarden is overeengekomen, zal niet anders kunnen worden geoordeeld. De echtgenoot die aldus aan de ander het 'bestuur' heeft opgedragen, blijft zelf handelingsbevoegd. Deze bevoegdheid kan hem niet worden ontnomen. Het zou immers op een niet in de wet voorziene onderbewindstelling neer komen (1). Een vraag is of de volmacht van de ene echtgenoot aan de ander onherroepelijk kan worden gegeven. Dit zal afhangen van het oordeel, dat men heeft over de onherroepelijke volmacht. In de hiervoor aangehangen leer, dat zulks alleen mogelijk is (mede) in het belang van de andere partij in het kader van een overeenkomst, waarvan de onherroepelijke volmacht deel uitmaakt, zal dit alleen mogelijk zijn indien de hiervoor genoemde elementen aanwezig zijn, doch niet bij de zuivere lastgevingsovereenkomst.

Het voorgaande is anders met betrekking tot de gewijzigde bestuursregeling ten aanzien van een huwelijksgoederengemeenschap. Art. 97 Bock 1 BW staat afwijking van de wettelijke regeling toe. Het is aan de echtelieden overgelaten, hoe zij deze willen regelen, ofwel ten aanzien van bepaalde goederen ofwel alle goederen der gemeenschap, ofwel met privatieve werking (uitsluiting van be-

(1) Aldus ook Van der Ploeg *W.P.N.R.* 4486 (1957).

stuursbevoegdheid van de echtgenoot, die het bestuur aan de ander heeft opgedragen), ofwel met facultatieve werking (elke echtgenoot is afzonderlijk bevoegd), ofwel met cumulatieve werking (beide echtgenoten zijn tezamen bevoegd). Deze bestuurswijzigingen moeten bij huwelijksvoorwaarden worden overeengekomen. Dit vereist ook de rechtszekerheid ten behoeve van derden. Willen echtelieden staande huwelijk voor de goederen der gemeenschap zodanige regeling tot stand brengen dan zullen zij met inachtneming van de artt. 119 en 120 Boek 1 BW huwelijksvoorwaarden moeten maken of wijzigen.

Het staat de echtelieden uiteraard vrij ter vermindering van deze weg een (vormvrije) lastgevingsovereenkomst aan te gaan. De aldus verrichte bestuurshandelingen worden dan wel de volmachtgever toegerekend, terwijl ingeval van de bestuursovereenkomst de bestuurder zichzelf bindt. Wordt een onherroepelijke volmacht verkozen dan zullen in de hiervoor weergegeven opvatting zowel een overeenkomst als een eigen belang van de andere echtgenoot aanwezig moeten zijn.

De Bruijn-Kleijn blz. 273 acht echter een eenzijdig – dus niet bij overeenkomst – verleende onherroepelijke volmacht mogelijk, welke dan vormvrij zou zijn. Zodanige onherroepelijke volmacht acht ik echter niet aanvaardbaar op dezelfde gronden, waarop de onherroepelijke volmacht (sec) in het algemeen niet wordt geaccepteerd. Evenzo doch op grond van de strenge wettelijke eisen voor de bestuursovereenkomst oordeelt Klaassen-Eggens-Luyten blz. 202.

7. Bewind

In veel gevallen zou onderbewindstelling van het vermogen van de bejaarde uitkomst kunnen bieden. Gaan wij echter na in welke gevallen onderbewindstelling mogelijk is, dan blijkt helaas dat ons huidige recht deze figuur slechts in zeer beperkte mate toelaat. Voor de bejaarde kunnen thans alleen van belang zijn de onderbewindstellingen, welke:

- a. bij testament zijn ingesteld (artt. 1066, 1025 BW);
- b. bij schenking zijn ingesteld (analogie art. 247 2c BW);
- c. bij vruchtgebruik zijn ingesteld (art. 836 BW).

Een bepaling als art. 370 Boek 1 BW, waarbij het mogelijk is gemaakt dat de kantonrechter op verzoek een bewind instelt en de

daarbij behorende regelen naar eigen inzicht kan geven, geldt alleen voor minderjarigen.

Zou een bejaarde overgaan tot het opdragen van het bewind over zijn goederen aan een bewindvoerder, dan moet er een overeenkomst van lastgeving (met volmacht) aanwezig worden geacht. Er is niet meer dan een obligatoire overeenkomst. De eigenaar blijft bevoegd te handelen. Hij zal, voorzover geen onherroepelijkheid aanwezig kan worden geacht, de volmacht weer kunnen intrekken. De specifieke karakters trekken van bewind ontbreken, nl. dat ook ten aanzien van derden het bewind (de beheersbevoegdheden van de eigenaar) aan de eigenaar zijn ontnomen en aan een ander (de bewindvoerder) opgedragen. De beginselen van het overeenkomstenrecht verzetten zich tegen een bewind, waarbij tegenover derden de eigenaar in de beschikking en het beheer over zijn goederen beperkt wordt (1). Een uitzondering hierop is de onderbewindstelling bij de schenkingsovereenkomst.

Bewind wordt veelal (vaag) aangeduid als een verband, dat op goederen rust en inhoudt een opdracht van het beheer (bewind) aan een ander dan de rechthebbende. Ik spreek opzettelijk over 'rechthebbende' en niet over 'eigenaar', omdat degeen die het beheer kan hebben ook een ander kan zijn dan de eigenaar, bijv. een vruchtgebruiker of een wettelijke vertegenwoordiger. Het bijzondere van de beheersopdracht aan een ander is dat deze exclusief is. De rechthebbende kan zelf geen beheersdaden meer doen. Dit laatste is echter wel te algemeen gesteld, zoals hierna zal blijken.

Er zijn echter ook andere beschouwingswijzen. Suyling (Erfrecht, nr. 429) beschouwt bewind als een zakelijke belasting der goederen. De eigenaar heeft een soort blote eigendom; de bewindvoerder oefent een eigen beheersrecht uit. Eggens (2) heeft een hieraan verwante opvatting. Hij noemt de bewindvoerder een zakelijk gerechtigd vertegenwoordiger. Uniken Venema (3) ziet in bewind een splitsing tussen belang en macht, een fiduciaire figuur. De fiduciaire rechten komen toe aan de bewindvoerder, de beneficiaire aan de belanghebbende. Hierbij zijn de trustverhoudingen naar Anglo-Amerikaans recht tot voorbeeld gesteld. Velen (4) komt het echter

(1) Mr. P. W. van der Ploeg, *Testamenteir Bewind*; blz. 232, 233.

(2) *W.P.N.R.* 2989 (1927).

(3) O.a. preadv. *N.J.V.* 1956, en *W.P.N.R.* 4395/6 (1955).

(4) Om van de oudsten te noemen mr. W. Roozegaarde Bisschop en mr. D. te Winkel preadv. Broed. C. N. 1927.

bezwaarlijk voor deze historisch gegroeide verhoudingen met eigen begrippenwereld in ons recht toepasselijk te verklaren.

Buining (1) ziet daarentegen geen vermogensrecht in de beheersbevoegdheden van de bewindvoerder; er is echter wel een afsplitsing van die eigenaarsbevoegdheden, die door de bewindvoerder zelfstandig ten behoeve van de rechthebbende kunnen worden uitgeoefend. De vertegenwoordigingsleer, welke meestal wordt gehuldigd, verklaart niet voldoende de onbevoegdheid van de eigenaar ten aanzien van de goederen. Het begrip vertegenwoordiging wordt zo buiten zijn inhoud uitgebreid.

Het is begrijpelijk dat men moeite heeft met de heersende opvatting, dat de bewindvoerder moet worden gezien als vertegenwoordiger van de eigenaar. Dit wordt veroorzaakt door de exclusiviteit van de bevoegdheden van de bewindvoerder. Men zal zich meer moeten losmaken van de idee van volmacht, welke de vertegenwoordiging veronderstelt. Vertegenwoordiging manifesteert zich in ons recht op vele wijzen. Men pleegt er ongelijksoortige figuren toe te rekenen. Daardoor ontstaat verwarring. De neiging bestaat eigenschappen van de ene figuur te projecteren op die van de ander. Beter lijkt het mij dan ook de bewindvoerder als een figuur van eigen aard te beschouwen aan welke vertegenwoordiging niet vreemd is, te onderscheiden van:

- a. de gevolmachtigde doordat aan de rechthebbende bevoegdheden zijn ontnomen;
- b. de onherroepelijk gevolmachtigde doordat ook daar de rechthebbende bevoegd blijft;
- c. de fiduciaire eigenaar (trustee) doordat geen eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden.

De bewindvoerder, die als zodanig handelt, vertegenwoordigt de rechthebbende. Zijn handelingen worden aan de rechthebbende toegerekend en kunnen dus wijziging brengen in diens rechtspositie ten aanzien van de onder bewind gestelde goederen.

Hoe ver strekt zich nu het beheer van de bewindvoerder uit. De heersende mening wil hieronder geen algemene beschikkingsbevoegdheid begrijpen. Voor beschikkingshandelingen, welke verder gaan dan een normaal beheer met zich brengt, zal de rechthebbende moeten meewerken. De Grootboekwet (art. 35) stelt zich ook op dit standpunt. Terecht is er wel op gewezen, dat dit vreemd is, wanneer de bedoeling is geweest het beheer aan een daartoe onbekwa-

(1) *Prcadv. N.J.V.* 1956.

me te onthouden. Deze zou dan wel bij meer verstreckende handelingen een spaak in het wiel kunnen steken. Ook Van der Ploeg (1) verdedigt beschikkingsonbevoegdheid van de rechthebbende, evenals degenen die een fiduciaire figuur aanwezig achten (2). Volgens laatstbedoelden zijn immers alle beheers- en beschikkingsonbevoegdheden overgegaan naar de fiduciair gerechtigde, zodat een medeoptreden van de beneficiair gerechtigde absurd is.

Bij het vorenstaande is uitgegaan van het bewind van art. 1066 BW over de goederen, in het algemeen: de rechten van de rechthebbende. Voor de verschillende soorten van bewind zal echter onderscheid moeten worden gemaakt. Het doel van het bewind is van belang, evenals de bij het bewind gemaakte bepalingen van belang kunnen zijn. Is nl. het bewind ingesteld om te voorkomen, dat de gerechtigde lichtvaardig met zijn rechten omgaat, dan zal eerder tot onbevoegdheid van die gerechtigde kunnen worden besloten, dan wanneer het bewind is ingesteld ten behoeve van meer gerechtigden voor het vermijden van conflicten over beheershandelingen. Evenzo zal duidelijk voor ogen moeten worden gehouden ten behoeve van wie het bewind is ingesteld. Is het bewind ten behoeve van de blote eigenaar, ingeval van een vruchtgebruik, dan zal tot beschikkingsonbevoegdheid van deze moeten worden besloten. Is het bewind ingesteld voor een zo goed mogelijke behartiging van de belangen van vruchtgebruiker en blote eigenaar, dan staat dat een vervreemding van het recht van vruchtgebruik respectievelijk de eigendom bezwaard met vruchtgebruik door de rechthebbende niet in de weg (3). De onderbewindstellingen van art. 1066 en die bij schenking kunnen de meest vergaande beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde met zich brengen, in het bijzonder wanneer zij op het oog hebben de bescherming van de gerechtigde tegen zichzelf. Anders is dit wanneer het bewind beoogt de uitkering van een lijfrente veilig te stellen. De eigenaar is dan bevoegd zijn eigendom onder de last van de lijfrenteverplichting en het bewind te vervreemden.

Het bewind van art. 836 (vruchtgebruikbewind) gaat het minst ver. Dit laatste bewind heeft geen bescherming van de gerechtigde op het oog, doch een behartiging van de belangen van alle gerech-

(1) Mr. P. W. van der Ploeg. *Testamenteir bewind*, nr. 142.

(2) Zie ook prof. mr. Jb. Zeijlemaker Jzn. *Bewindvoerders, Trustees en Vertegenwoordigers* 1949, blz. 64 e.v.

(3) Vgl. v. d. Ploeg: *Testamenteir bewind*, en Lubbers: preadv. Broed. Nots. 1959.

tigden ten opzichte van elkaar. De bewindvoerder zal hier onder 'beheren' naast de zuivere beheershandelingen alleen die beschikkingshandelingen mogen verstaan, die voor een goed beheer onontbeerlijk zijn. Gaan beschikkingshandelingen verder, bijv. vreemding van onroerend goed, dan zullen de gerechtigden moeten optreden. Het doel van het bewind is dus allesbepalend voor de omvang van de bevoegdheden van de bewindvoerder. Het is dan ook gewenst dat de regeling van het bewind daarop aansluit, nl. aan geeft hoever bevoegdheden tot belegging en herbelegging gaan, wie stemrecht op aandelen zal mogen uitoefenen, enz.

Dit laatste doet de vraag rijzen hoever de insteller van het bewind mag gaan met de toekenning van bevoegdheden aan de bewindvoerder. Het doel van het bewind zal uiteraard in acht moeten worden genomen. Aan een bewindvoerder ex art. 836 BW zal dus geen onbeperkte beschikkingsbevoegdheid mogen worden toegekend. Is het doel echter bescherming van de gerechtigde tegen zichzelf (bewind ex art. 1066) dan acht ik het met Van der Ploeg (1) mogelijk de bewindvoerder volledig beschikkingsbevoegd te verklaren, zodat hij zonder medewerking van de gerechtigde tot 'alle daden van eigendom' bevoegd zal zijn. De exclusiviteit van de bevoegdheden van de bewindvoerder en het doel van het bewind tezamen rechtvaardigen dit. Het voorkomt dat ongewenste conflict-situaties ontstaan met de gerechtigde die tot beheer niet bekwaam is geacht. Ook zijn belang brengt dit met zich.

Evenzo zal de bewindvoerder in het belang van de gerechtigde bevoegd kunnen worden verklaard kapitaalsuitkeringen te doen of in overleg met de gerechtigde (bijv. wanneer de oorzaak voor het bewind is weggenomen) het bewind te beëindigen.

De onderbewindstellingen van artt. 1066 en 836 BW hebben wij onder ogen gezien, nog niet die van art. 1025 (het fideicommissaire bewind) en die bij schenking. Het bewind van art. 1025 is beperkt tot het fideicommissaire doel, nl. bewaring van de daarmee belaste goederen voor de verwachters. Voor de bejaarde bezwaarde zal dit waarschijnlijk geen grote rol spelen. Hij zal meer gebaat zijn bij een uitgebreider bewind, waartoe gebruik zal moeten worden gemaakt van het bewind van art. 1066. Ook de onderbewindstelling bij schenking zal voor de bejaarde begiftigde waarschijnlijk maar een beperkte rol spelen. Schenkingen plegen nu eenmaal eerder door ouderen aan jongeren te worden gedaan. Er zijn echter wel geval-

(1) Bunder *Het Testament* blz. 156. Zie ook mr. W. A. Rijk, *W.P.N.R.* 4289 (1953).

len denkbaar, waarbij de bejaarde de begiftigde is. Bijv. de werkgever, die zijn trouwe werknemer een som schenkt om zijn laatste levensdagen niet te krap te zitten met zijn geringe pensioenvoorzieningen.

Deze werkgever zal om ervoor zorg te dragen, dat het geld inderdaad tot zijn recht komt, de schenking onder bewind kunnen stellen.

Is dit, zo kan men zich afvragen, inderdaad wel juist? De wet kent immers deze mogelijkheid van onder bewindstelling van schenkingen alleen voor minderjarigen in de artt. 247 lid 2 c en 337 lid 3 Boek 1 BW. Met Van der Ploeg en anderen ben ik van mening, dat meer algemeen onderbewindstelling bij schenking is toegelaten. De wet laat op verschillende plaatsen toe dat de schenker bepalingen aan de schenking verbindt en daarmee gevolgen in het leven roept, die in het algemeen bij overeenkomsten niet mogelijk zijn (bijv. de bepaling dat het geschonkene niet in een huwelijksgoederengemeenschap zal vallen, art. 94 lid 1 Boek 1 BW). Evenals bij testamentaire beschikkingen gaat het hier om een handeling om niet. Naar analogie acht ik het bewind bij schenking in dezelfde mate toelaatbaar als bij testamentair bewind van art. 1066.

De mogelijkheden voor onderbewindstelling van het vermogen van bejaarden overziende, blijkt dat ontbreekt de mogelijkheid zijn eigen vermogen onder bewind te stellen. Alleen anderen kunnen dat te zijnen behoeve doen, zoals zijn echtgenoot bij testament, rekeninghoudend met de toestand van de bejaarde. De enige zeer beperkte mogelijkheid om zelf mee te werken aan een onder bewindstelling is die bij de overeenkomst, waarbij vruchtgebruik wordt gevestigd. Een beschikkingsonbevoegdheid ten aanzien van het eigen recht wordt daardoor niet bereikt, evenmin als een onttrekking aan het verhaal voor schulden in de toekomst.

Biedt het komende recht een oplossing? In art. 3.6.2.1 lezen we, dat bewind bij rechtshandeling kan worden ingesteld over een of meer van zijn tegenwoordige goederen. Anders dan in het Ontwerp Meijers is geen gesloten systeem meer aanwezig. Het bewind is echter wel aan bepaalde regels gebonden. Van groot belang is het te weten in wiens belang het bewind is ingesteld. Daarvan hangt nl. af welke regels zullen gelden, in het bijzonder welke bevoegdheden toekomen aan de rechthebbende (1). Voor een onderbewind-

(1) Dr. J. R. H. Buining heeft gewezen op de onduidelijkheden, welke in deze bepalingen schuilen. *W.P.N.R.* 5191 (1972).

stelling door de bejaarde van eigen vermogen behoeft alleen met zijn belang rekening te worden gehouden en zullen de volgende regels van belang zijn.

Uitgegaan wordt van de vertegenwoordigingsleer (art. 3.6.1.5). De bevoegdheden van de bewindvoerder kunnen ruimer of beperkter worden vastgesteld, voorzover zulks verenigbaar is met de aard van het bewind en met het behoud van het recht van degene aan wie de goederen toebehoren (art. 3.6.2.1a). De rechtbank is wijzigingsbevoegdheid toegekend (art. 3.6.2.2).

De rechthebbende kan tezamen met de bewindvoerder over de goederen beschikken, terwijl schulden tijdens het bewind ontstaan – voorzover het bewind aan de schuldeiser bekend was of behoorde te zijn – niet op het bewindkapitaal kunnen worden verhaald (art. 3.6.2.3a).

Instelling van het bewind geschiedt bij akte, onderhands of notarieel.

Het bewind eindigt na verstrijken van de tijdsduur, een gezamenlijk besluit van rechthebbende en bewindvoerder, opzegging van het bewind door de rechthebbende met een termijn van drie maanden of zoveel langer als is bepaald, of de dood van de rechthebbende (art. 3.6.2.4a).

Voor bejaarden kleven aan deze regeling wel enkele bezwaren. Geen bezwaar is het als de bejaarde bij beschikkingshandelingen niet zelf kan optreden, dan biedt machtiging van de rechter uitkomst (art. 3.6.1.5 lid 2). De bejaarde kan zich echter weer aan het bewind ontworstelen, misschien juist op een moment dat het bewind steeds meer urgent wordt. Het zelf niet meer kunnen volgen van het beleid van de bewindvoerder, veroorzaakt door achteruitgang van geestelijke vermogens, kan daartoe leiden. Een ander bezwaar is, dat het bewind niet op verzoek van anderen kan worden ingesteld, zoals bij art. 370 Boek 1 BW voor minderjarigen mogelijk is.

8. *Zaakwaarneming*

In veel gevallen waarin door de bejaarde of anderen geen maatregelen zijn getroffen, zal zaakwaarneming uitkomst bieden. Het kan zelfs onzorgvuldig zijn, wanneer mensen in de naaste omgeving zich niet zouden inlaten met de belangenbehartiging voor de bejaarde. Wil er sprake zijn van zaakwaarneming, dan moeten er

verschillende omstandigheden aanwezig zijn (1), en wel de volgende:

- a. er moet geen bevoegdheid tot handelen zijn op grond van een rechtshandeling of de wet;
- b. de handelende moet opzettelijk (willens en wetens) de belangen van een ander behartigen;
- c. er moet op redelijke grond voor de ander opgetreden worden. Die redelijke grond is er niet, wanneer de belanghebbende nog zelf kan handelen en bijv. alleen gewaarschuwd behoeft te worden, of wanneer tegen zijn wil wordt gehandeld.

De gevolgen van de zaakwaarneming worden aan de belanghebbende (dominus) toegerekend. Zijn aldus rechtshandelingen verricht, dan worden deze de dominus toegerekend en wordt hij daardoor, evenals bij vertegenwoordiging krachtens volmacht, partij. De vraag is of het daarvoor van belang is hoe de handelende (gestor) is opgetreden, nl. in naam van de belanghebbende of in eigen naam. Asser-Rutten II (2) maakt verschil. Wordt in naam van de belanghebbende gehandeld dan wordt deze rechtstreeks gebonden; heeft de gestor op eigen naam gehandeld, dan ontstaat er een rechtsbetrekking tussen de gestor en de derde, niet tussen de dominus en de derde.

Moet dat handelen 'in naam van' de belanghebbende niet op dezelfde wijze worden verstaan als bij het handelen door de gevolmachtigde? Moet het 'in naam van' niet verstaan worden als een voor de ander willen en mogen handelen, waarbij het 'mogen' handelen hier niet stoelt op een wilsverklaring van de belanghebbende maar op de wettelijke regels voor zaakwaarneming? Ik meen dat er geen goede redenen zijn aan te voeren hier anders te oordelen dan bij vertegenwoordiging krachtens volmacht (3). Het hier verlaten van het wilselement bij de dominus wordt gerechtvaardigd door de hier in het geding zijnde belangen en de door de wet voor de zaakwaarneming getrokken grenzen.

Maatschappelijk is zaakwaarneming een nuttig instituut. Daardoor zal bereikt kunnen worden dat de bejaarde bijv. in een verpleegtehuis zal kunnen worden opgenomen en met zijn gelden de verpleeggelden zullen kunnen worden betaald. Voor beschikkingshandelingen zoals aan- en verkoop van effecten en onroerend goed

(1) Zie Asser-Rutten II, 3e druk blz. 375 e.v.

(2) Blz. 381.

(3) Zie Van Schilfgaarde t.a.p. blz. 129 e.v.

zal zaakwaarneming echter geen uitkomst bieden. Voor handelingen van dergelijke aard zal doorgaans geen noodzaak tot onverwijld handelen bestaan. Daarvoor zullen op andere wijze voorzieningen moeten worden getroffen.

HOOFDSTUK III

De rechtsverhouding bejaarde-vertegenwoordiger

1. Lastgeving

De volmacht is op zichzelf geen overeenkomst en brengt geen rechtsverhouding tussen volmachtgever en gevolmachtigde teweeg (1). Er wordt alleen een bevoegdheid gegeven. In talloze gevallen weet de gevolmachtigde niets van de volmacht af, omdat deze eenzijdig is verstrekt. Wil er daarom van een rechtsverhouding sprake zijn, dan zal er meer moeten gebeuren. De overeenkomst tussen volmachtgever en gevolmachtigde zal bepalen, welke gevolgen het optreden voor de ander in onderlinge verhoudingen zal hebben.

Voor ons is vooral van belang de overeenkomst van lastgeving, welke in het ontwerp BW onderdeel uitmaakt van de opdracht. Lastgeving is daar in het bijzonder de opdracht tot het verrichten van rechtshandelingen voor rekening van de lastgever. Omdat de volmacht vaak zo nauw verweven is met de lastgeving, worden deze nogal eens met elkaar geïdentificeerd. Het ontwerp BW heeft een duidelijke onderscheiding aangebracht door de volmacht in de derde titel van boek 3 en de lastgeving in de zevende titel van boek 7 te behandelen.

De overeenkomst van lastgeving komt tot stand, wanneer partijen met elkander hebben afgesproken, dat de een voor de ander rechtshandelingen zal verrichten en c.q. de volmacht is verstrekt. Wanneer echter alleen volmacht is verstrekt buiten het kader van enige rechtsverhouding zonder enige afspraak, zal eerst uit het gebruikmaken van die volmacht door de gevolmachtigde het stilzwijgend totstandkomen van een overeenkomst van lastgeving moeten worden afgeleid. In het verstrekken van de volmacht is in deze gevallen tevens het aanbod tot het aangaan van een overeenkomst van last-

(1) In dezelfde geest mr. drs. C. Moelker, *W.P.N.R.* 5140 (1971).

geving gelegen, welke door het gebruikmaken van de volmacht wordt geaccepteerd. De wet gaat hier in art. 1830 BW lid 2 en op verschillende andere plaatsen ook vanuit, bijv. wanneer bij het overlaten van het bestuur over privé-goederen door de ene echtgenoot aan de ander de gehoudenheid als die van een lasthebber wordt aangeduid. In deze opvatting is er bij afwezigheid van een andere rechtsverhouding na het optreden van de gevolmachtigde krachtens de volmacht altijd een overeenkomst van lastgeving. Op welke wijze zou anders een rechtsband tussen volmachtgever en gevolmachtigde kunnen ontstaan bij afwezigheid van door de wet in het leven geroepen verbintenissen als bij zaakwaarneming? De regels voor lastgeving bepalen nu hoe de verbintenissen onderling zijn. Evenals bij de volmacht valt hier op dat het ontwerp nieuw BW anders dan het huidige BW het persoonlijke karakter van de opdracht vooropstelt (1). De bevoegdheid de uitvoering van de opdracht aan een ander te geven moet uit de overeenkomst voortvloeien. Het persoonlijke karakter wordt voorts nog benadrukt, doordat ieder der partijen te allen tijde een einde aan de opdracht kan maken en hiermee strijdige bedingen nietig zijn (2).

Van belang is, wat de toelichting op het ontwerp boek 7 op blz. 994 over de mogelijkheid tot opzegging zegt:

‘Enerzijds kan worden betoogd dat partijen moeten instaan voor het door hen gegeven woord en dit integraal gestand moeten doen. Anderzijds kan worden gesteld dat de autonomie van de menselijke persoon medebrengt dat hij te allen tijde een dienstverrichting van een ander te zijnen behoeve moet kunnen beëindigen, en dat hij aan een verplichting tot dienstverrichting zijnerzijds steeds een einde moet kunnen maken.’

Het vorenstaande is juist te achten. Vooral voor langer durende verhoudingen moet men van elkaar af kunnen komen. Voor de bejaarde kan dat echter grote bezwaren met zich brengen, bijv. als de opzegging van de kant van de lasthebber komt op een moment, waarop hij er zelf niet meer in kan voorzien.

2. Beheersovereenkomst

De bejaarde die niet alleen bepaalde handelingen door een ander

(1) Zie artt. 7.7.1.5 en 7.7.1.12.

(2) Artt. 7.7.1.10 en 7.7.1.11.

zal willen laten verrichten, doch meer permanent van de zorgen van beheer en administratie ontlast zal willen worden, zal een meer omvattende overeenkomst met de vertrouwensman willen aangaan. Deze overeenkomst zal dan meer omvatten dan een opdracht tot het verrichten van rechtshandelingen. De beheerder zal ook administratie moeten voeren, wellicht belastingaangiften verzorgen, enz. De overeenkomst zal dan naast lastgeving, ook het verrichten van enkele diensten op het oog hebben. Het ontwerp nieuw BW heeft hiervoor het begrip 'opdracht' ingevoerd.

In de praktijk wordt de beheersovereenkomst meestal mondeling aangegaan, vooral wanneer de beheerder een natuurlijk persoon is. Daarbij zal dan ook afgesproken worden wat de beheerder voor de opdrachtgever zal verrichten. De nodige volmacht wordt daarnaast schriftelijk verstrekt. De beloning van de beheerder wordt over het algemeen door de beheerder vastgesteld volgens een bepaald uurtarief ofwel als bij bewindvoerders naar een bepaald percentage van de zuivere opbrengst van het te beheren vermogen.

Van vermogensbeheer behoeft echter niet altijd sprake te zijn. Het beheer kan zich ook beperken tot het incasseren van pensioenen en andere inkomsten en het daaruit verrichten van betalingen, de zorg voor het verkrijgen van uitkeringen voor bestrijding van ziektekosten, het verkrijgen van aanvullende bijstand en het daarmee gepaard gaan van invullen van formulieren en andere beslommeringen, welke voor de bejaarde te veel zijn geworden.

De beheerder zal periodiek de opdrachtgever op de hoogte moeten houden van hetgeen door hem is verricht, d.w.z. rekening en verantwoording afleggen. Het ontwerp Boek 7 titel 7 nieuw BW sluit zich hierbij aan. Art. 7.7.1.4 legt op de opdrachtnemer de plicht tot het op de hoogte houden van de opdrachtgever, het geven van inlichtingen en het afleggen van rekening en verantwoording. Ook bepaalt art. 7.7.1.6 dat, tenzij uit de overeenkomst het tegendeel voortvloeit, de opdrachtgever loon moet betalen en dat dit door de opdrachtnemer wordt vastgesteld, met inachtneming van het gebruik en de billijkheid. Het ontwerp bepaalt ook dat de verantwoordings- en inlichtingenplicht geldt voorzover deze redelijk is. Van de opdrachtnemer zal bijv. niet gevergd kunnen worden dat hij zich dagelijks verantwoordt. Dit zou een zo onevenredige last op hem kunnen leggen, dat uitvoering van zijn werkzaamheden erdoor belemmerd zou worden. Op de rekening- en verantwoordingsplicht zal ik hierna nog terugkomen.

3. *Rechtsverhouding tot bewindvoerders*

Voor al hier geldt hetgeen opgemerkt is in de Toelichting (1) op het ontwerp Nieuw BW Boek 3 titel 6: Een behoorlijke regeling van het bewind ontbreekt in ons tegenwoordige wetboek. Onderscheid zal moeten worden gemaakt al naar de titel waaraan de bewindvoerder zijn aanstelling ontleent. Voor provisionele bewindvoerders zullen van belang zijn de wettelijke bepalingen en, voor wat betreft de provisionele bewindvoerder van art. 380 Boek 1 BW, de bij de rechterlijke beschikking gemaakte bepalingen. Een contractuele band ontbreekt hier. Voor de bewindvoerders bij vruchtgebruiken ex art. 836 BW die bij de overeenkomst tot vestiging van het vruchtgebruik zijn aangesteld, geldt wel een contractuele band, welke naast de wettelijke bepalingen hun positie zal bepalen en waaruit zij zullen kunnen worden aangesproken.

Anders is dit echter weer voor de bij testament aangestelde bewindvoerders, voor wie de positie bepaald wordt door de weinige wettelijke bepalingen en de bewindbepalingen van het testament. Alleen deze zullen bepalen in hoeverre de gerechtigden tot het bewindkapitaal de bewindvoerders zullen kunnen aanspreken. Bij het ontbreken van een contractuele band zal aansprakelijkheid op grond van wanprestatie niet mogelijk zijn. Eventuele aanspraak op schadevergoeding zal gebaseerd moeten worden op de wet. Ontzetting uit hun functie zal voor deze bewindvoerders mogelijk zijn om dezelfde redenen als voor voogden gelden (art. 1069 BW), terwijl wonderlijk genoeg een verplichting tot het afleggen van periodieke rekening en verantwoording geheel wordt verzwegen, doch algemeen wel wordt aangenomen. Art. 3.6.1.8 Gewijzigd Ontwerp nieuw BW voorziet hier wel in. De meeste testamentaire regelingen voorzien thans ook in een jaarlijkse verantwoordingsplicht (2).

4. *Controle op het beheer*

Beheer voor een ander brengt met zich, dat die ander regelmatig op de hoogte zal moeten worden gehouden, m.a.w. legt op de beheerder de plicht tot het afleggen van rekening en verantwoor-

(1) Blz. 241.

(2) Zie mr. P. W. van der Ploeg, bundel *'Het Testament'* blz. 156, die i.v.m. een gevestigde opvatting hieromtrent geen regeling nodig acht.

ding (1). Anderzijds heeft een beheerder, die zijn verplichtingen behoorlijk is nagekomen, er recht op kwijting en décharge te krijgen. Op dit punt ontstaan moeilijkheden, wanneer de bejaarde gerechtigde zelf de controle niet behoorlijk meer kan uitoefenen. Hierdoor ontstaat bij gebreke van een curator of provisionele bewindvoerder de onbevredigende situatie, dat de beheerder feitelijk zijn gang kan gaan en ingeval van wanbeheer de bejaarde aanzienlijke schade kan berokkenen, doch anderzijds de beheerder zijn rekening en verantwoording niet kwijt kan en misschien veel later over een lange periode aan onbekende erfgenamen rekening en verantwoording zal moeten afleggen, alvorens kwijting en décharge te kunnen krijgen (2).

Hiervóór heb ik er ook al op gewezen, dat in deze gevallen de aan een beheerder verstrekte volmacht een onherroepelijke volmacht zal zijn geworden. De enige die de volmacht kon herroepen, is daartoe niet meer in staat. Bij wanbeheer is er ook niemand die dan bij gebreke van een rechtsbevoegde de beheerder zal kunnen aanspreken. Begrijpelijk is dan ook dat beheersinstellingen, die deze situaties zien ontstaan, trachten tijdig tot een zodanige regeling te komen, dat aan een ander (bijv. familielid) een uitgebreide volmacht wordt verstrekt, zodat aan deze gevolmachtigde rekening en verantwoording zal kunnen worden gedaan en van deze kwijting en décharge zal kunnen worden verkregen. Zou deze weg niet meer openstaan, dan zou alleen onder curatelestelling of benoeming van een provisionele bewindvoerder uitkomst kunnen bieden.

De rekening en verantwoording is in ieder geval een zwak punt bij het huidige beheer voor bejaarden.

Een voorziening zoals art. 3.6.1.8 van het gewijzigd Ontwerp nieuw BW geeft voor bewindvoerders, nl. dat die rekening en verantwoording moet worden afgelegd aan de boedelrechter als de rechthebbende zelf niet tot opneming daarvan in staat is, is dan ook zeer gewenst.

5. Beïnvloeding en misbruik van vertrouwenspositie

De bejaarde, die zelf niet meer in staat is eigen zaken te regelen en

(1) Aldus ook voor de bewindvoerder ex art. 1066 BW Klaassen-Eggens-Polak, blz. 446.

(2) De rekeningprocedure van art. 782 e.v. Rv. zal voor de periodieke rekening en verantwoording wel nimmer gevolgd worden.

het financiële beheer uit handen heeft gegeven, staat vaak in verhoogde mate bloot aan beïnvloeding door de mensen uit zijn naaste omgeving. Onder deze mensen bevinden zich in het bijzonder de beheerders, zoals het familielid, dat algemene volmacht heeft gekregen, en de financiële raadsman. Vooral zij zijn het vaak die een bijzondere vertrouwenspositie innemen. Het gevaar is dan niet denkbeeldig dat zij misbruik maken van deze positie te eigen bate. Zij kunnen de bejaarde bewegen tot medewerking aan voor de bejaarde ongunstige overeenkomsten. Ook zou de gevolmachtigde op voordelige wijze met zichzelf kunnen contracteren. Het gewijzigd ontwerp nieuw BW heeft daarom in art. 3.3.7a (1) terecht bepaald, dat de gevolmachtigde slechts dan als wederpartij van de volmachtgever kan optreden, wanneer de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat, dat strijd tussen beider belangen uitgesloten is. Een algemene volmacht is dus niet voldoende. Het enige gevaar is nog, dat de specifieke volmacht voor deze rechtshandeling door gebruikmaking van de vertrouwensrelatie met de bejaarde van deze wordt verkregen. Daartegen biedt art. 3.3.7a geen soulaas.

Daarnaast kan het voorkomen dat de vertrouwenman op zodanige wijze heeft gebruik gemaakt van de zich bij de bejaarde voordoende omstandigheden dat (ook) anderen daarvan de nadelen onder vinden. Degeen die dan door zijn handelwijze de obligatoire rechten van een ander welbewust aantast en deze dientengevolge benadeelt, kan daardoor tegenover die ander een onrechtmatige daad plegen. Dit kan dan leiden tot een veroordeling van degeen, die welbewust de rechten van een ander heeft aangetast, om – zo dat nog mogelijk is – mee te werken aan levering van het betreffende goed aan de ander op wiens recht inbreuk was gemaakt. (2)

Met deze derdenwerking van persoonlijke verplichtingen kan men het onder de geschetste omstandigheden (vooral het bewust gebruikmaken van wanprestatie van de bejaarde) geheel eens zijn.

In dit kader is van belang hetgeen G. J. Scholten in zijn noot onder *NJ* 1968/42 schreef over de arresten betreffende tante Bertha en tante Neeltje:

‘Ik meen dat de omstandigheid, dat het in beide gevallen om *bejaarde* personen ging, typerend is. Zij zijn vaak vergeetachtig, zij

(1) Zo ook voor lastgeving art. 7.7.2.3 Ontwerp nieuw BW.

(2) Zie arresten HR 3 jan. 1964, *NJ* 1965/16, HR 17 nov. 1967, *NJ* 1968/42, HR 18 juni 1971, *NJ* 1971/408.

hebben vaak steun nodig, meermalen naderen zij de toestand van "zwakheid van vermogens".

Hoewel de benadeelde geen enkel vertrouwen geschonken heeft aan de adviseur en ook niet is afgegaan op het aan den adviseur geschonken vertrouwen, speelt diens vertrouwenspositie toch een rol bij het bepalen van de rechtsverhouding adviseur-benadeelde. Dit komt doordat niet alleen de bejaarde die het vertrouwen schonk mag verlangen dat de adviseur hem in zoverre in het goede spoor houdt, dat hij zich niet aan wanprestatie schuldig maakt, maar ook onze maatschappij behoefte heeft aan een zekere bescherming van het steeds toenemend aantal bejaarden. Het is objectief gewenst dat bejaarden, die vaak niet goed voor zichzelf kunnen zorgen (...), veel vergeten (misschien wel de gesloten overeenkomst) en soms lelijke trekjes krijgen, *goed* geadviseerd worden.

Die adviseurs staan vaak achter niet meer geheel volwaardige persoonlijkheden. Zij zijn weliswaar geen curator over iemand die wegens zwakheid van vermogens onder curatele is gesteld, maar hun positie gaat in die richting. Een soortgelijke gedachte ligt ten grondslag aan de artt. 953 en 1718 BW, waaraan de bijzondere vertrouwenspositie van artsen en bedienaren van de godsdienst, die iemand tijdens zijn laatste ziekte hebben bijgestaan, ook consequenties worden verbonden.⁷

Bescherming van de bejaarde tegen de hiervoor geschetste ongewenste beïnvloeding zal moeilijk zijn te bereiken in al die gevallen, waarbij toezicht ontbreekt of een machtiging van een rechter niet wordt vereist. Veel is al gewonnen door de richting welke de rechtspraak is uitgegaan. Indien de aanwezigheid van een bijzondere vertrouwenspositie of het hebben van invloed al voldoende kunnen worden geacht voor de onrechtmatigheid van de daad, tenzij de gedaagde stelt en bewijst dat hij in feite geen enkele invloed heeft uitgeoefend, zal dit preventief kunnen werken.

HOOFDSTUK IV

1. *Handelingen om niet*

Strikt genomen behoort niet tot het beheer van vermogen het maken van uiterste wilsbeschikkingen en het schenken. Toch worden deze handelingen wel in het kader van de voor de bejaarde te tref-

fen maatregelen betrokken, ook al omdat het gevaar van beïnvloeding hier zo groot kan zijn. Tenslotte gaat het hier ook om een zorg voor zijn bezittingen, nl. de zorg dat deze na zijn dood of al tijdens leven terecht komen bij degenen bij wie deze terecht behoren te komen. Daarom zal ik aan dit onderwerp ook enkele woorden wijden.

2. Testamentaire beschikkingen

Van belang zijn voor ons twee aspecten:

- a. de mogelijkheid een uiterste wil te maken;
- b. de mogelijkheid uit een uiterste wilsbeschikking voordeel te genieten.

Ad a. Art. 942 BW bepaalt dat men tot het maken of herroepen van een uiterste wil zijn verstandelijke vermogens moet bezitten. Hoe moet dat worden vastgesteld? Het is niet voldoende dat de inhoud van de gemaakte beschikking de werkelijke wil van de testateur weergeeft. De testateur moet op het ogenblik van het maken van het testament in het bezit van zijn verstandelijke vermogens zijn geweest (1). Wel kan soms uit de inhoud van het testament blijken, dat de testateur door de stoornis van zijn geestvermogens niet aan een redelijke waardering kon toekomen (2). Onder curatele gestelden zijn in art. 944 BW niet bekwaam verklaard tot het maken van een testament, indien zij op grond van een geestelijke stoornis onder curatele zijn gesteld. De artt. 501 en 502 BW zijn gelukkig verdwenen, zodat er geen twijfel meer over behoeft te bestaan, dat de wilsbeschikking van iemand, die vóór zijn onder curatelestelling in een lucidum intervallum heeft gehandeld, geldig is.

Het rapport Erfrecht (1963-1966) van de commissie ingesteld door de notariële broederschappen (3) heeft zelfs bepleit ook voor curandi, die wegens een geestelijke stoornis onder curatele zijn gesteld, mogelijk te maken een testament te maken, mits zij tot een redelijke waardering van de betrokken belangen in staat zijn. De beoordeling of aan deze eis is voldaan, kan – evengoed als in andere ge-

(1) HR 9 jan. 1953, *NJ* 1953/388. Rsp. ov. van der Ploeg, *W.P.N.R.* 4339 (1954). Zie over dit onderwerp ook mr. H. Kingma Boltjes, Preadvies *N.J.V.* 1949.

(2) Asser-Meyers-van der Ploeg blz. 68.

(3) Blz. 54.

vallen van toepasselijkheid van art. 3.2.2a – ook met betrekking tot uiterste wilsbeschikkingen aan de rechter worden overgelaten. Inderdaad komt het in de praktijk voor dat mensen, die onder curatele zijn gesteld wegens geestelijke stoornis vooral omdat zij hun vermogen niet konden beheren, nog wel degelijk hun wil kunnen uiten omtrent degenen aan wie zij hun vermogen willen nalaten. Dit kan zich ook voordoen ingeval van een reeds bestaand testament, bijv. indien een benoemde erfgenaam eerder is overleden en de curandus daarin wil voorzien.

De huidige praktijk is dat degeen die een testament wil laten opmaken, over de inhoud een gesprek met de notaris heeft, waarbij meestal diep op de persoonlijke omstandigheden wordt ingegaan. Meestal blijkt dan wel of we te maken hebben met iemand die nog volledig over zijn verstandelijke vermogens beschikt. Meent de notaris dat dit niet het geval is, dan heeft hij een gegronde reden (1) zijn diensten te weigeren. Twijfelt hij dan wordt veelal de behandelende geneesheer gevraagd naar zijn oordeel.

Luyten (2) heeft gewezen op art. 191 van de Portugese Notariswet (3), welke voorschrijft, dat de notaris zijn dienst dient te weigeren indien hij twijfelt aan het volle bezit van de verstandelijke vermogens. Indien echter twee artsen medeverschijnen, die instaan voor de geestelijke gezondheid van de opdrachtgever, houdt de twijfel op een reden van weigering te zijn. Een dergelijk voorschrift voor alle bejaarden zou discriminerend zijn, doch voor twijfelgevallen, ter beoordeling van de notaris, kan het voorschrijven van een artsenverklaring een oplossing bieden.

Terecht bestaat de tendens niet te gauw een uiterste wilsbeschikking nietig te verklaren op grond van geestelijke stoornis bij het maken daarvan. Het gevolg daarvan zou ook wel eens kunnen zijn dat dan vroegere uiterste wilsbeschikkingen zouden herleven, die niet overeenkomstig de wil van de testateur zijn. Er is ook al eens gesuggereerd de bepalingen omtrent toezicht op de verzorging van bejaarden in de Wet op de bejaardenoorden zodanig uit te breiden dat dit toezicht zich ook zou gaan uitstrekken tot de financiën van de bejaarden. Zou men deze richting uitgaan, hetgeen m.i. geen goede oplossing zou zijn, dan behoort dit toezicht zich niet uit te

(1) Zie art. 6 *Wet op het Notarisambt*.

(2) *De Bejaarden* 1969 nr. 11 blz. 261.

(3) Mr. Th. M. de Jongh, diss. 1964 blz. 365; prof. mr. E. A. A. Luyten, *W.P.N.R.* 4847 (1965).

strekken tot het testen door bejaarden. Dat zou een aantasting zijn van een hen toekomend hoogst persoonlijk recht.

Evenzo oordeel ik over de suggestie, welke ik in een rapport en ook bij De Ranitz (t.a.p.) tegenkwam, om testamentaire beschikkingen als beheersdaden te laten vallen onder het toezicht en de goedkeuring van de kantonrechter.

Ad b. Onze wet kent in de artt. 951 e.v. bepalingen welke bepaalde categorieën uitsluiten van testamentaire verkrijgingen. De achterliggende gedachte is geweest, dat personen, die een overwegende invloed op de testateur hebben kunnen uitoefenen, daar geen voordeel van mogen genieten. Daardoor wordt enerzijds de testateur beschermd tegen ongeoorloofde beïnvloeding en anderzijds de naaste omgeving van de testateur tegen benadeling.

In het licht van de bejaardenzorg zou wijziging van deze bepalingen en evenzeer van artt. 4.3.2.4 e.v. nieuw BW niet overbodig zijn. Terecht heeft Voûte (1) ervoor gepleit de opsomming van personen, die geen voordeel uit een testament kunnen genieten uit te breiden tot exploitanten en verzorgend personeel van bejaardentehuizen en verzorgingscentra voor bejaarden. Hier zouden m.i. nog aan toegevoegd moeten worden bewindvoerders en anderen, die op de sterfdatum met het beheer voor de bejaarde belast waren. Ook ten opzichte van deze personen verkeren veel bejaarden in een positie van afhankelijkheid, waarvan licht misbruik zou kunnen worden gemaakt.

3. *Schenken*

Ten dele geldt hier ook hetgeen hiervoor omtrent uiterste wilsbeschikkingen is gezegd. De schenker moet in staat zijn zijn wil te bepalen en indien dat niet het geval is, zal de schenking alleen door zijn rechtsvertegenwoordiger of gevolmachtigde kunnen geschieden. Voor de schenkingen zal de volmacht in beginsel ruim genoeg moeten zijn om deze toelaatbaar te achten. Normaal zal het schenken niet een beheershandeling kunnen worden geacht.

De mogelijkheid bestaat echter dat de bejaarde gewend was jaarlijks – binnen het raam van de van schenkingsrecht vrijgestelde bedragen – bedragen aan zijn kinderen of andere naaste bloedverwanten over te maken. Mag de beheerder deze gewoonte volhou-

(1) Mr. J. R. Voûte, *NJB* 1968 blz. 597.

den? Indien de bejaarde voldoende op zijn inkomen overhoudt en de beheerder een voldoende ruime volmacht heeft; acht ik hem gerechtigd zodanige gewoonte voort te zetten. Zou hij dat niet doen, dan zou hij later terecht het verwijt kunnen krijgen dat hij tegenover de toekomstige erfgenamen niet de nodige zorg in acht heeft genomen, doordat deze dan over het bedrag dat normaal zou zijn geschonken, successierecht zullen moeten betalen. De ervaring is dat vele kantonrechters aan soortgelijke handelwijzen ook hun toestemming geven.

Ook hier gaat op het gezegde, dat degeen, die het dichtst bij het vuur zit, zich het beste warmt. Daarom heeft art. 1718 BW dezelfde personen, die ook niet bij testament bevoordeeld mogen worden, onbevoegd verklaard tot het genieten van schenkingen. Dezelfde uitbreiding welke hiervoor bij uiterste wilsbeschikking is bepleit, dient ook hier te worden aangebracht, Art. 7.3.4 van het Ontwerp nieuw BW is op dit punt ook onvoldoende.

HOOFDSTUK V

1. *Overzicht van thans mogelijke maatregelen*

Na op de voor bejaarden van belang zijnde rechtsfiguren te zijn ingegaan, is het nuttig nog eens de revue te laten passeren welke maatregelen thans mogelijk zijn voor de verschillende categorieën bejaarden, hetzij te treffen door henzelf, hetzij te treffen door de omgeving. Hierbij zal ik uitgaan van de categorieën, welke in Hoofdstuk I sub 4 vermeld zijn.

a. maatregelen voor bejaarden, die geestelijk geheel niet meer in staat zijn hun wil te uiten.

Voor deze categorie kunnen de in hun goede tijd getroffen maatregelen van kracht blijven, te weten:

1. de gegeven volmacht (die in feite onherroepelijk is geworden);
2. de bestuursoverdracht, welke in het huwelijk was overeengekomen;
3. de op eigen verzoek ingestelde curatele.

De maatregelen, welke door anderen genomen kunnen worden, zijn:

1. ondercuratelestelling;

2. provisionele bewindvoering van art. 380 Boek 1 BW;
3. provisionele bewindvoering van art. 33 Krankzinnigenwet;
4. bewind over verkrijgingen krachtens erfrecht of schenking;
5. bestuursopdracht op verzoek van de andere echtgenoot;
6. handelen uit hoofde van zaakwaarneming.

b. maatregelen voor bejaarden, die geestelijk niet meer volledig in staat zijn rechtshandelingen te verrichten.

Voor deze categorie, die volgens ons uitgangspunt nog wel tot rechtsgeldige wilsuitingen in staat is, kan meer nadruk gelegd worden op zelf te treffen maatregelen, te weten:

1. volmacht en bekrachtiging;
2. overlaten van het bestuur aan de andere echtgenoot;
3. overeenkomst tot wijziging van het bestuur met de andere echtgenoot,

en in de toekomst als punt 4 onderbewindstelling van het eigen vermogen.

De maatregelen welke anderen kunnen treffen met het oog op de slechter wordende toestand van de bejaarde zijn:

1. bewind over verkrijgingen krachtens erfrecht of schenking;
2. bestuursopdracht op verzoek van de andere echtgenoot;
3. handelen uit hoofde van zaakwaarneming.

c. maatregelen voor bejaarden die geestelijk nog volkomen in staat zijn hun wil te uiten.

Vreest een bejaarde van deze categorie ook eens te gaan behoren tot de vorige categorieën, dan zal hij dezelfde maatregelen kunnen treffen als die welke de categorie sub *b* voor zichzelf kan treffen. Het kan echter zijn dat hij zolang mogelijk nog 'eigen baas' wil blijven en wil voorkomen, dat anderen te vroegtijdig gebruikmaken van de hen gegeven bevoegdheden. Hij zou dan de verstrekte volmacht kunnen binden aan de verklaring van een of meer artsen, dat hij zelf niet voldoende meer in staat kan worden geacht voor eigen zaken op te treden. Voor de na het afgeven van die verklaring optredende vertegenwoordiger kan dat een ruggesteun geven tegenover verwijten van de bejaarde, dat hij zich nog niet met zijn zaken mocht bemoeien. Voorzover de bejaarde dan nog rechtsgeldige wilsuitingen kan doen, is dan echter een herroeping van de volmacht niet te voorkomen.

Aan bejaarden in inrichtingen zou ik geen beschouwingen wijden. Ik wil echter alleen opmerken, dat, wanneer de inrichting geen volmacht van de bejaarde heeft verkregen, deze alleen op grond van zaakwaarneming voor de bejaarde zal kunnen optreden. De pogingen hier een andere titel voor de vertegenwoordiging te construeren, zijn vruchteloos.

Door middel van adhesiecontracten en reglementen is geen volmacht te verkrijgen. Men zal bezwaarlijk kunnen bepalen, dat degenen die in de inrichting wordt opgenomen door die opnemings-geschiedenis zal worden een volmacht te hebben gegeven tot het verrichten van alle beheershandelingen voor de bejaarde. De volmacht zal alleen kunnen worden gegeven bij een willens en wetens door de bejaarde zelf aangegane overeenkomst. Hoeveel opnemingen geschieden niet op verzoek van anderen en zonder dat de bejaarde daar iets in te zeggen heeft gehad?

2. Voorstellen tot oplossing van verschillende problemen

Het voorgaande heeft wel duidelijk gemaakt dat er grote verschillen zijn tussen de bejaarden onderling. Een wettelijke regeling voor de bejaarde is een onmogelijkheid. Door deze zouden al licht ongelijksoortige gevallen gelijksoortig worden geregeld en voor de een teveel en voor de ander te weinig regelen.

Van uit ons uitgangspunt moet er voor gepleit worden de door de bejaarde zelf getroffen maatregelen te respecteren, evenals die welke door anderen voor hem zijn getroffen. Waarin wel moet worden voorzien zijn de leemten, welke bij het onderzoek van de verschillende rechtsfiguren zijn gebleken. Daarom laat ik nu enkele voorstellen volgen welke zouden kunnen leiden tot opheffing van die leemten.

a. Uitbreiding bevoegdheden van de bewindvoerder

De voorziening bij uitsteking voor de bejaarde zou zijn de onderbewindstelling van het eigen vermogen.

Het nieuwe BW komt hierin een eind tegemoet. De mogelijkheid zou echter moeten worden opgenomen de bevoegdheden van de bewindvoerder onbeperkt uit te breiden tot alle beschikkingshandelingen. Immers waarom zou wel een algemene volmacht kunnen worden verstrekt en zouden niet aan een bewindvoerder gelijke be-

voegdheden kunnen worden gegeven. Hiertegen zou aangevoerd kunnen worden dat de volmacht altijd te herroepen is en de volmachtgever zelf bevoegd blijft, terwijl daarentegen aan het bewind niet onmiddellijk een einde kan worden gemaakt en het onderbewindgestelde aan de beschikkingsmacht van de rechthebbende is onttrokken. Hierin is inderdaad een rechtvaardigingsgrond gelegen in gevallen, waarin we te doen hebben met volledig capabele eigenaren van bewindkapitalen. In gevallen waarbij de eigenaar door zijn geestelijke toestand niet meer in staat is de volmacht te herroepen of naast de gevolmachtigde zelf op te treden, valt niet in te zien waarom dan de bewindvoerder niet even vergaande bevoegdheden moet kunnen uitoefenen. Een voordeel van de uitbreiding van de bevoegdheden van de bewindvoerder is de mogelijkheid snel op te kunnen treden. De machtiging van de rechter, voorzien in art. 3.6.1.5 lid 2, kan te laat komen, omdat daarbij eerst zal moeten worden vastgesteld dat de eigenaar zelf niet kan optreden. Voorts zou een voorziening nodig zijn tegen een ander bezwaar, waarop ik heb gewezen, nl. het voortijdig opzeggen van het bewind door de rechthebbende. Ik zou er daarom voor willen pleiten ook de mogelijkheid te openen, dat degeen die zijn vermogen onder bewind stelt aan de bewindvoerder het recht toekent tegen de opzegging van het bewind op te komen en deze door de rechter ongedaan te laten maken op de grond, dat de opzegging niet in het belang van de eigenaar is.

Tenslotte acht ik het van belang voor de bejaarde, dat voorgescreven wordt, dat onderbewindstellingen welke de voorgestelde voorzieningen bevatten, bij notariële akte moeten worden ingesteld, teneinde deskundige voorlichting en een goede redactie van de bewindbepalingen te waarborgen.

b. Meldingsplicht voor gevolmachtigden en daaraan te verbinden gevolgen

Hiervoor heb ik gewezen op het feitelijk onherroepelijk worden van de volmacht en het zwakke punt van de rekening en verantwoordingsplicht ingeval de bejaarde zelf niet meer in staat is daartoe stappen te ondernemen. Daarom stel ik voor aan gevolmachtigden tot vermogensbeheer de plicht op te leggen, zodra de volmachtgever niet meer in staat is zijn rekening en verantwoording op te nemen, hiervan schriftelijk mededeling te doen aan de kantonrechter (later boedelrechter). Deze rechter zal hem dan periodiek moe-

ten uitnodigen rekening en verantwoording van zijn beheer te doen. Blijkt dat de gevolmachtigde wanbeheer heeft gepleegd, dan moet de rechter bevoegd zijn hem zijn volmacht te ontnemen op dezelfde wijze als hij bevoegd is bewindvoerders uit hun functie te ontsetten. De rechter moet voorts bevoegd zijn indien hij vermoedt, dat er zich een geval voordoet, dat gemeld had moeten worden, de gevolmachtigde op te roepen om hem, indien zijn vermoeden juist blijkt te zijn, de plicht tot periodieke rekening en verantwoording op te leggen. In het algemeen zal aan alle beheerders (waaronder bewindvoerders), die in de hiervoor geschetste omstandigheden verkeren m.i. een gelijke meldings- en rekening en verantwoordingsplicht moeten worden opgelegd.

c. Onderbewindstelling door de rechter

In al die gevallen, waarin de bejaarde zelf niet meer tot vermogensbeheer in staat is, dient bij gebreke van voorzieningen hierin of wanneer getroffen maatregelen falen (bijv. de gevolmachtigde is overleden of ingevolge het voorstel sub b ontzet) de kantonrechter bevoegd te zijn op verzoek van anderen of ambtshalve het vermogen van de bejaarde onder bewind te stellen naar analogie van art. 370 Boek 1 BW. Dit bewind moet ook uitgestrekt kunnen worden tot alle inkomsten van de bejaarde teneinde zijn uitgaven daaruit te kunnen bestrijden. Ik meen dat een dergelijke mogelijkheid tot onderbewindstelling in een grote leemte zou voorzien. De zo zwaar beladen procedure van de ondercuratelestelling (1) behoeft hier niet gevolgd te worden. Die procedure kan voorbehouden blijven voor gevallen, waarbij naast financiële belangen ook zorg voor de persoon een rol speelt.

Voor bejaardenoorden en inrichtingen kan de voorgestelde onderbewindstelling ook uitkomst bieden. Veelal zijn deze niet voldoende uitgerust voor vermogensbeheer en kan dit beheer een hindernis vormen bij de uitoefening van andere taken, welke bij de inrichting voorop behoren te staan. De inrichting zou nl. voor al die gevallen, waarin geen of onvoldoende maatregelen voor het beheer van de financiën zijn getroffen, de kantonrechter kunnen verzoeken het bewind (in de ruime zin zoals hiervoor vermeld) op te dragen aan een beheersinstelling. Zelf is de inrichting dan ontslagen van het probleem van financiële administraties en beheer op de door de inrichtingen algemeen als bezwaar ondervonden basis van zaakwaar-

(1) Zie ook mr. W. Diamand, *W.P.N.R.* 4311 (1953).

neming. Uiteraard dient de rechter met de diversiteit van de gevallen rekening te houden, doch ik zou mij kunnen voorstellen dat voor een overgrote meerderheid van bejaarden in inrichtingen voor demente verpleegden het financiële beheer zou kunnen worden opgedragen aan eenzelfde beheersinstelling.

d. Beheersinstellingen

Afgevraagd kan worden wat mij hier als beheersinstelling voor ogen staat. Ik stel mij hierbij voor, dat organisaties op het gebied van de bejaardenzorg en andere belanghebbenden (eventueel op uitnodiging van de overheid) het initiatief nemen tot de oprichting van regionale stichtingen, welke ten doel zullen hebben zich met bewindvoeringen zoals hiervoor vermeld te belasten. Zoiets zal moeten groeien, maar biedt wel goede mogelijkheden. Deze stichtingen zouden voor verschillende soorten vermogensbestanddelen, welke onder hun bewind zouden komen de daartoe geëigende deskundigen (1) kunnen inschakelen. Een goede controle door registeraccountants zou een vereiste moeten zijn, zodat de betreffende rechter regelmatig het wel en wee van het beheer zal kunnen volgen. Bij voorkeur zou ik die stichtingen regionaal willen laten werken. Zo kan op de beste wijze rekening worden gehouden met specifieke omstandigheden ter plaatse en is van contact met belanghebbenden meer te verwachten. Niet alleen instellingen doch ook individuele bejaarden zouden de gelegenheid moeten krijgen de bewindvoering aan deze beheersstichtingen op te dragen.

De stichtingsvorm komt mij voor de voorgestelde beheersinstellingen het meest geëigend voor. Onafhankelijkheid bij het beheer en afwezigheid van het beogen van winst pleiten voor de stichting. Een deskundige instelling als de Kas-Associatie N.V. zou nuttige adviezen kunnen geven voor de organisatie.

De instelling van een zogenaamd 'beheersinstituut' (2) van overheidswege acht ik in onze samenleving niet thuis te horen. Het woord 'beheersinstituut' wekt reeds reminiscenties aan een minder plezierige tijd, terwijl men voorts eerder geneigd zal zijn zijn vertrouwen te schenken aan een onafhankelijk werkende instelling, welke vrij is van politieke invloeden. Ook een door enkele medici voorgestelde bejaardenbank, welke landelijk zou moeten werken,

(1) Zie hiervoor ook de artikelenreeks² in 'De Bejaarden' 1968 nrs. 10 en 11, 1969 nrs. 1, 2, 4 en 11.

(2) Zie 'De Bejaarden', 1968 nr. 10.

lijkt mij geen oplossing. Deze zou tenderen naar een algemene aanpak, welke tekort zou doen aan de diversiteit van de gevallen. Wel zou het te overwegen zijn een beleggingsfonds voor bejaarden in het leven te roepen, welke zou kunnen voldoen aan specifieke eisen bij bejaarden, o.a. de mogelijkheid op korte termijn weer gelden beschikbaar te kunnen krijgen voor betaling van begrafeniskosten en successierechten.

e. Geen verdergaande maatregelen tegen ongewenste
beïnvloeding, behoudens aanvulling
van artt. 951 e.v. BW

Hiervoor heb ik al getracht duidelijk te maken dat maatregelen voor de gehele groep, zoals voor minderjarigen, niet passend zijn voor de bejaarden. Het voorschrijven van raadpleging van een ambtelijke raadsman of ouderdomsvertegenwoordiger (1) voor bepaalde rechtshandelingen, zelfs ook toezicht op het maken van een testament komt mij voor een ongewenste inmenging te zijn in persoonlijke aangelegenheden van veel nog capabele ouderen. Neemt de omgeving van de bejaarde ongewenste beïnvloeding van de bejaarde waar, dan kan het nemen van de bestaande maatregelen, aangevuld overeenkomstig mijn voorstellen, een oplossing brengen. Wel zou uitschakeling van ongewenste beïnvloeding bij handelingen om niet wenselijk zijn. Daarvoor moge ik verwijzen naar mijn voorstel tot aanvulling van de artt. 951 e.v. BW.

f. Voorlichting

Een betere voorlichting van bejaarden naast de op wetgevingsgebied aan te brengen verbeteringen zal evenzeer nodig zijn. De Nota bejaardenbeleid 1970 (Tweede Kamer Zitting 1970-1971, nr. 10934) heeft terecht gewezen op de noodzaak tot voorbereiding op de ouderdom.

Onze maatschappij doet al veel voor een goede verzorging van bejaarden. Aan een betere verzorging op het gebied dat in dit preadvies onder ogen is gezien moet nog heel wat worden gedaan. Daarbij zal het van belang zijn de volgende woorden van Simone de Beauvoir in 'La Vieillesse' voor ogen te houden:

'Cessons de tricher; le sens de notre vie est en question dans l'avenir qui nous attend; nous ne savons pas qui nous sommes, si nous ignorons qui nous serons: ce vieil homme, cette vieille femme, reconnaissons nous en eux.'

(1) Vgl. De Ranitz t.a.p.