

*MONOGRAFIEËN BW*

# **A09 Geestelijke stoornis**

Mr. dr. M.V.R. Snel

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

## VOORWOORD

Dit boek gaat over de vermogensrechtelijke rechtspositie van degenen wier geestvermogens zijn verstoord. De vorige druk van deze monografie dateerde van 1992, toen net het Nieuw BW in werking was getreden. Hoewel de vorige, inmiddels dus ruim dertig jaar oude, druk nog altijd belangrijke inzichten bevat, heb ik het nodig gevonden hem geheel te herschrijven.

Bij elk onderwerp dat aan bod komt, heb ik geprobeerd in ieder geval de (nog) relevante uitspraken van de Hoge Raad en literatuur, alsook, voor zover van toepassing, de parlementaire geschiedenis een plaats te geven. Waar mij dat zinvol leek, heb ik feitenrechtspraak verwerkt, vooral ter illustratie van bepaalde problematiek, maar soms ook omdat ik daarin een aanscherping, verduidelijking of juist afwijking van het juridisch kader aantrof. De rechtsvergelijkende passages in dit boek zijn voornamelijk tot stand gekomen op basis van (slechts) een bestudering van de meest recente toonaangevende buitenlandse handboeken en/of commentaren. Aangehaalde buitenlandse literatuur en rechtspraak heb ik steeds in de lopende tekst duidelijk identificeerbaar weergegeven en is niet in de lijst met verkort aangehaalde werken respectievelijk het jurisprudentieregister opgenomen. Het bronnenonderzoek ten behoeve van deze monografie heb ik afgesloten op 1 juli 2023. Nadien verschenen materiaal is niet meer verwerkt.

Ik ben veel dank verschuldigd aan Steven Bartels, Freek Schols en Ton Hartlief voor hun meedenken met de onderdelen van dit boek waarover ik het meest onzeker was en in het bijzonder aan Jan Vranken voor het lezen en becommentariëren van de conceptteksten van alle hoofdstukken. Vanzelfsprekend ben alleen ik verantwoordelijk voor de omissies, fouten, enzovoort die mogelijk nog in het boek staan. Mocht u deze aantreffen, dan zou ik het enorm waarderen als u mij hiervan op de hoogte stelt ([marnix.snel@ru.nl](mailto:marnix.snel@ru.nl)).

Nijmegen, 18 juli 2023

Marnix Snel

# INHOUDSOPGAVE

## **Voorwoord** / V

### HOOFDSTUK 1

#### **Inleiding** / 1

- 1       Onderwerp / 1
- 2       Afbakening / 1
- 3       Leeswijzer / 2

## DEEL I HET VERRICHTEN VAN RECHTSHANDELINGEN EN BESCHIKKEN

### HOOFDSTUK 2

#### **Curatele** / 7

- 4       Ondercuratelestelling van iemand wiens geestvermogens zijn verstoord / 7
- 5       Hoofdregel: onbekwaam zelfstandig rechtshandelingen te verrichten / 10
- 6       Curator vertegenwoordigt onder curatele gestelde / 13
- 7       Beperkte 'eigen' deelname aan vermogensrechtelijk rechtsverkeer / 17
- 8       Enkele bijzonderheden / 19

### HOOFDSTUK 3

#### **Beschermingsbewind** / 23

- 9       Beschermingsbewind wegens geestelijke stoornis / 23
- 10      Voorwerp, omvang en publicatie van het beschermingsbewind / 26
- 11      Onbevoegdheid tot beheer en beperkte bevoegdheid tot beschikking / 27
- 12      Ongeoorloofde handelingen door of gericht tot de rechthebbende / 30
- 13      Verhaal van schulden aangegaan door de rechthebbende / 31
- 14      (Taken van de) bewindvoerder / 33
- 15      Aansprakelijkheid voor handelen bewindvoerder / 37
- 16      Geschillenregeling / 38
- 17      Enkele bijzonderheden / 38

### HOOFDSTUK 4

#### **Overlaten van bestuur en bestuursopdracht** / 41

- 18      Inleidende opmerkingen / 41

- 19 Overlaten van het bestuur / 42
- 20 Bestuursopdracht / 43

#### HOOFDSTUK 5

##### **Feitelijke onbekwaamheid / 47**

- 21 Inleidende opmerkingen / 47
- 22 Verdieping vereisten feitelijke onbekwaamheid / 47
- 23 Stelplicht en bewijslast / 49
- 24 Rechtshandelingen verricht door een feitelijk onbekwame zijn nietig of vernietigbaar / 51
- 25 Bescherming wederpartij/geadresseerde / 52
- 26 Vertegenwoordiging / 53

#### HOOFDSTUK 6

##### **Het levenstestament / 55**

- 27 Inleidende opmerkingen / 55
- 28 Toepasselijk recht / 55
- 29 Vorm en publicatie / 57
- 30 Inwerkingtreding levenstestament / 57
- 31 Volmacht(en) / 58
- 32 Waarborgen omtrent de uitoefening van bevoegdheden door de levensexecuteur / 60
- 33 Einde levenstestament / 62
- 34 Levenstestament, curatele of beschermingsbewind? / 63

#### HOOFDSTUK 7

##### **Rechtsvergelijking / 67**

- 35 Inleiding / 67
- 36 § 104-105a BGB / 67
- 37 De Duitse *Betreuung* / 69
- 38 Geestelijke stoornis en geldigheid van een rechtshandeling in België / 72
- 39 Rechterlijke bescherming van meerderjarige personen in België / 73
- 40 Buitengerechtelijke bescherming in België: de zorgvolmacht / 79

#### DEEL II BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID

#### HOOFDSTUK 8

##### **Aansprakelijkheid voor feitelijk handelen / 85**

- 41 Inleidende opmerkingen / 85
- 42 Verdieping geldend recht / 87
- 43 Positie van de eventuele toezichthouder / 93
- 44 De geestelijk beperkte als groepsdeelnemer / 95

- 45 Opzetclausules in verzekeringsovereenkomsten / 96
- 46 Tijdelijke regeling verhaalsrechten / 96
- 47 Aansprakelijkheid voor personen en zaken / 98

**Trefwoordenregister** / 99

**Artikelenregister** / 103

**Jurisprudentieregister** / 111

**Monografieën BW** / 115

## HOOFDSTUK 1

# Inleiding

### 1 Onderwerp

Deze monografie handelt over de rechtspositie in het vermogensrechtelijk rechtsverkeer van degene wiens geestvermogens zijn verstoord.

Over dit onderwerp is vrij recent ook verschenen Van Rossum, *Geestelijke stoornis in juridisch perspectief* 2020. Oudere belangrijke bronnen met een vergelijkbare oriëntatie zijn Pitlo, *Preadvies HNJV* 1949; Windhausen (diss) 1962; Brunner, *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht voor België en Nederland* 1974 en Vetter, *Geestelijke stoornis* (Mon. BW nr. A9) 1992 (vorige druk van deze monografie).

Het begrip ‘verstoord zijn van de geestvermogens’ vat ik in beginsel ruim op. Daaronder versta ik alle gevallen waarin iemand niet over een normale wil beschikt en zich geen voldoende rekenschap kan geven van wat hij doet of van de strekking van zijn handelen.

### 2 Afbakening

In het onderwerp van deze monografie liggen twee belangrijke afbakeningen besloten. De eerste is dat ik aan de rechtspositie van degene wiens geestvermogens zijn verstoord in het personen- en familierechtelijk, ondernemingsrechtelijk, (burgerlijk) procesrechtelijk en publiekrechtelijk rechtsverkeer, hier en daar een zijdelingse opmerking daargelaten, geen aandacht besteed. De tweede afbakening is dat ik in beginsel niet inga op het geval dat sprake is van een lichamelijke beperking.

Bij de tweede afbakening past de nuancering dat, zoals nog zal blijken, de positie in het vermogensrechtelijk rechtsverkeer van degene die met een lichamelijke beperking kampt inmiddels grotendeels is gelijkgesteld aan de positie van degene wiens geestvermogens zijn verstoord.

Om de omvang van deze monografie binnen de perken te houden, is het nodig gebleken het onderzoek nog nader af te bakenen. Net als de in nr. [1] genoemde, eerdere studies over de materie die in deze monografie centraal staat, beperk ik mij tot een bespreking van de wettelijke regelingen en in de praktijk ontwikkelde instrumenten die in het bijzonder zien op de gevolgen van het verstoord zijn van iemands geestvermogens voor zijn positie in het vermogensrechtelijk rechtsverkeer.

Dat zijn uit het vermogensrecht zelf in ieder geval de regelingen inzake feitelijke onbekwaamheid tot het verrichten van rechtshandelingen (artikel 3:34 BW) en aansprakelijkheid voor feitelijk handelen verricht onder invloed van een geestelijke tekortkoming (artikel 6:162

jo. 6:165 BW). De figuur van misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 1 BW), waarop onder omstandigheden ook van de zijde van degene wiens geestvermogens zijn verstoord een beroep kan worden gedaan, laat ik, vanwege het feit dat dit in de praktijk nauwelijks voorkomt, in deze monografie onbesproken. Van Rossum, *Geestelijke stoornis in juridisch perspectief* 2020, p. 99-116 behandelt deze figuur wel.

Voorts is er een aantal personen- en familierechtelijke regelingen die bespreking behoeven. Het betreft de regelingen van curatele (Titel 1.16 in verbinding met artikel 3:32 BW), beschermingsbewind (Titel 1.19 BW) en de bestuursopdracht (artikel 1:91 BW). Het doorgaans in één adem met curatele en beschermingsbewind genoemde mentorschap blijft buiten beschouwing, omdat het daarbij in de kern gaat om de behartiging van niet-vermogensrechtelijke belangen, zoals die op het gebied van verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding. Ook de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (*Stb.* 2018, 37) en de Wet zorg en dwang (*Stb.* 2018, 38), die op 1 januari 2020 de Wet Bijzondere Opnemings in Psychiatrische Ziekenhuizen (*Stb.* 1992, 671) hebben vervangen, vallen buiten het bestek van deze monografie.

Gelet op het onderwerp van deze monografie en de gehanteerde afbakeningen behoort daarin ten slotte ook thuis een bespreking van de (zich in de praktijk in toenemende mate voordoende) situatie dat iemand voorafgaand aan het verstoord zijn geraakt van zijn geestvermogens, voor dat geval zelf een voorziening heeft getroffen in de vorm van het (laten) opstellen van een levenstestament.

### 3 Leeswijzer

Ter structurering van de bespreking van genoemde regelingen en rechtsfiguren, is deze monografie in twee delen opgedeeld.

In het eerste deel bespreek ik de vraag in hoeverre iemand wiens geestvermogens zijn verstoord onaantastbaar vermogensrechtelijke rechtshandelingen kan verrichten en over zijn goederen (goederenrechtelijk) kan beschikken. Daarbij komt ook aan bod op welke wijze hij aan het vermogensrechtelijk rechtsverkeer kan deelnemen daar waar hij dat feitelijk en/of volgens het recht zelf niet kan. Bij de beantwoording van de in dit deel centraal staande vraag stuit men op het onderscheid dat de wet maakt tussen:

- (i) een persoon die vanwege zijn geestelijke toestand onder curatele is gesteld;
- (ii) een persoon ten behoeve van wie, vanwege zijn geestelijke toestand, een beschermingsbewind is ingesteld;
- (iii) een echtgenoot of geregistreerd partner wiens geestelijke toestand ertoe heeft geleid dat diens echtgenoot respectievelijk geregistreerd partner het bestuur over zijn goederen voert; en
- (iv) een persoon die in verband met een verstoring van zijn geestvermogens tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling feitelijk onbekwaam wordt geacht.

Deze gevallen worden achtereenvolgens in de hoofdstukken 2 tot en met 5 besproken. Het geval dat een levenstestament is opgesteld dat geen expliciet onderdeel uitmaakt van het wettelijk stelsel, komt in hoofdstuk 6 aan bod.

Het tweede deel handelt over het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Hoofdstuk 8 gaat in op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor schade veroorzaakt door een daad die is verricht onder invloed van een geestelijke tekortkoming en op de kwalitatieve aansprakelijkheid van degene wiens geestvermogens zijn verstoord voor andere personen en zaken.

Bij de bespreking van elk (deel)onderwerp staat vanzelfsprekend het geldend Nederlands recht centraal. Daar waar dit (nog) niet volledig is uitgekristalliseerd of tot problemen leidt, meld ik dat en doe ik een poging een eigen opvatting te vormen. Het geldend Nederlands recht plaats ik in perspectief, door, waar relevant, kort aandacht te besteden aan het internationaal (mensen)rechtelijk kader en het recht van de ons omringende landen. Het laatste vindt in de twee delen waaruit deze monografie bestaat op verschillende wijzen plaats. Aan het slot van het eerste deel geef ik in een afzonderlijk hoofdstuk – hoofdstuk 7 – een (te) kort antwoord op de vraag in hoeverre iemand wiens geestvermogens zijn verstoord naar het recht van onze buurlanden onaantastbaar vermogensrechtelijke rechtshandelingen kan verrichten. In het tweede deel van deze monografie vervlecht ik enkele rechtsvergelijkende notities met mijn bespreking van het Nederlands recht.



DEEL I

# Het verrichten van rechtshandelingen en beschikken

## HOOFDSTUK 2

# Curatele

### 4 Ondercuratelestelling van iemand wiens geestvermogens zijn verstoord

Ondercuratelestelling van iemand wiens geestvermogens zijn verstoord kan, in verband met die verstoring, ingevolge artikel 1:378 lid 1 aanhef onder a en slot BW plaatsvinden indien de persoon in kwestie (i) meerderjarig is en (ii) tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet behoorlijk waarneemt of zijn veiligheid of die van anderen in gevaar brengt als gevolg van zijn (lichamelijke of) geestelijke toestand en (iii) een voldoende behartiging van zijn belangen niet met een meer passende en minder verstrekkende voorziening kan worden bewerkstelligd.

Dat alleen de ondercuratelestelling van een *meerderjarige* mogelijk is, houdt verband met het feit dat minderjarigen al onder gezag van een ander staan. Artikel 1:378 lid 2 BW maakt wel het op het moment dat iemand nog minderjarig is uitspreken maar nog niet in werking treden van de curatele mogelijk. Dit kan als te verwachten is dat ten aanzien van de minderjarige sprake is van een van de in artikel 1:378 lid 1 BW genoemde gronden voor curatele op het tijdstip waarop hij meerderjarig zal worden.

Van de twee omstandigheden die artikel 1:378 lid 1 onder a BW noemt, is het vooral de omstandigheid dat de (lichamelijke of) geestelijke toestand leidt tot het tijdelijk of duurzaam niet in staat zijn de eigen belangen behoorlijk waar te nemen, die tot ondercuratelestelling aanleiding geeft.

Bij onveiligheid ligt meer voor de hand dat op basis van de *Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg* of de *Wet zorg en dwang* maatregelen worden getroffen. Vgl. Blankman, in: *Het hedendaagse personen- en familierecht* 2020/13.2.1.

Het criterium 'tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet behoorlijk waarneemt als gevolg van zijn (lichamelijke of) geestelijke toestand' maakt duidelijk dat niet elke verstoring van de geestvermogens voldoende grondt voor curatele. Nodig is dat iemands (lichamelijke of) geestelijke toestand ertoe leidt dat hij tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet behoorlijk waarneemt.

Uit de woorden 'tijdelijk of duurzaam' volgt dat het niet behoorlijk kunnen waarnemen van de eigen belangen geen permanent karakter hoeft te hebben om tot (in dat geval: tijdelijke) ondercuratelestelling over te gaan. Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 054, nr. 3, p. 26-27. Zij maken bovendien duidelijk dat de omstandigheid dat iemand mogelijk zo nu en dan nog een helder ogenblik kent, zijn ondercuratelestelling vanwege zijn geestelijke toestand niet uitsluit.

Bij 'belangen' is aanvankelijk vooral gedacht aan vermogensrechtelijke belangen. Aangezien de op grond van artikel 1:378 lid 1 onder a BW uitgesproken curatele ook leidt tot familierechtelijke onbekwaamheid, kan tevens op andere belangen worden gelet, doch niet op die belangen waartegen de wet bij onvoldoende behartiging reeds afzonderlijke maatregelen neemt (bijvoorbeeld artikel 1:246 BW). Zie *Parl. Gesch. BW Boek 1* 1962, p. 697.

Over wat 'een behoorlijke waarneming van belangen' inhoudt, zwijgt de parlementaire geschiedenis. Genoemd wordt slechts dat is bedoeld aan te sluiten bij artikel 3:34 BW, met

dien verstande dat de formulering daar is toegespitst op de concrete rechtshandeling, terwijl in artikel 1:378 BW de waarneming van belangen in het algemeen aan de orde is. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 1* 1962, p. 696. Met inachtneming van dit verschil, kan voor enige nadere aanknopingspunten te rade worden gegaan bij de (beperkte) richtlijnen en jurisprudentie die een uitwerking behelzen van de norm van artikel 3:34 BW (waarover nr. [22]). Voorts kan mijns inziens inspiratie worden geput uit de invulling die (onder andere door artsen) is gegeven aan de passage 'in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake' van artikel 7:465 lid 2 BW (bronnen zijn genoemd in nr. [22]). De gepubliceerde rechtspraak geeft hiervan echter vooralsnog geen blijk. Uit HR 3 april 1970, *NJ* 1970/317 volgt dat de omstandigheid dat iemand zich in het dagelijks leven redelijk kan handhaven, niet uitsluit dat hij op grond van zijn geestelijke toestand niet in staat is om zijn eigen belangen behoorlijk waar te nemen.

Voorbeelden van geestelijke toestanden die kunnen leiden tot het tijdelijk of duurzaam niet in staat zijn tot het behoorlijk waarnemen van de eigen belangen, noemt de parlementaire geschiedenis nauwelijks. De Memorie van Toelichting bij de Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 054, nr. 3, p. 1) stelt dat de wetgever bij de totstandkoming van de curatelemaatregel personen met een verstandelijke beperking en dementerende ouderen op het oog had. De literatuur vermeldt dat men een geestelijke toestand als bedoeld in artikel 1:378 lid 1 onder a BW daarnaast kan aantreffen bij psychiatrisch patiënten (personen die lijden aan een in beginsel ophefbare stoornis in hun psychisch functioneren). Zie bijvoorbeeld Blankman, in: *Hedendaags personen- en familierecht* 2020/13.2.1. Rb. 's-Hertogenbosch 31 augustus 1994, *PrG*. 1995/4344 schaarde ook een beperkte intelligente onder het begrip 'geestelijke toestand' van artikel 1:378 lid 1 onder a BW. Met de Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap (*Stb.* 2013, 414) is buiten twijfel gesteld dat een toestand ten aanzien waarvan kan worden getwijfeld of zij (primair) lichamelijk of geestelijk van aard is (bijvoorbeeld 'afasie'), tot ondercuratelestelling aanleiding kan geven. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 054, nr. 3, p. 17. Een gewoonte van drank- of drugsmisbruik is in beginsel niet als een 'geestelijke toestand' in de zin van artikel 1:378 lid 1 onder a BW aan te merken. Artikel 1:378 lid 1 onder b BW noemt haar als een aparte grond voor ondercuratelestelling. Wel kan een ernstige verslaving tot een aantasting van de geestvermogens leiden die van dien aard is, dat wél ondercuratelestelling op grond van artikel 1:378 lid 1 onder a BW kan plaatsvinden. Vgl. *Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-1* 2020/659; Ter Haar, in: *GS Personen- en familierecht*; artikel 1:378 BW, aant. 2.2 en, bijvoorbeeld, Rb. Zeeland-West-Brabant 18 september 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:6709. Oók, overigens, indien de betrokkene reeds onder curatele is gesteld op grond van artikel 1:378 lid 1 onder b BW. Vgl. reeds HR 19 juni 1914, *NJ* 1914, p. 856.

De vraag of in een concreet geval iemands geestelijke toestand ertoe leidt dat hij tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet behoorlijk kan waarnemen, zal veelal pas na medisch advies van een ter zake kundige kunnen worden beantwoord. Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 1* 1962, p. 697. Overlegging van een medische verklaring is evenwel niet steeds vereist. Vaste rechtspraak is dat ter vrije beoordeling van de rechter staat of deze een onderzoek door een medisch deskundige noodzakelijk acht. Hij hoeft tot het gelasten daarvan niet over te gaan indien hij op grond van de overgelegde stukken en de verklaringen ter zitting tot de overtuiging is gekomen dat aan de voorwaarden voor het uitspreken van de maatregel is voldaan (vgl. artikel 799 lid 2 Rv). Zie HR 6 oktober 2017, *NJ* 2018/27, m.nt. S.F.M. Wortmann. De rechter zal voor het oordeel dat iemand zijn belangen niet voldoende kan waarnemen, in beginsel de betrokken persoon zelf (waarover ook *Aanbevelingen curatele* 2021, Aanbeveling A.4) en belanghebbenden (genoemd in artikel 798 lid 2 Rv) moeten raadplegen. Aan de wijze waarop de rechter moet omgaan met de opvattingen van betrokkene en andere belanghebbenden, is in het kader van het beschermingsbewind de nodige aandacht besteed. Nu mijns inziens een en ander mutatis mutandis geldt voor de curatele, verwijst ik naar de in nr. [9] genoemde bronnen.

In het vereiste dat de behartiging van de belangen van de betrokkene niet met een meer passende en minder verstrekkende voorziening kan worden bewerkstelligd, zijn de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te herkennen.

Dit vereiste is toegevoegd bij de Wet wijziging curatele, beschermingsbewind en mentorschap (*Stb.* 2013, 414) en hield verband met de in de loop der jaren steeds meer algemeen aanvaard geworden en inmiddels ook expliciet in artikel 12 lid 4 VN-Gehandicaptenverdrag en Recommendation No. R (99) 4 tot uitdrukking gebrachte gedachten, dat bij de bescherming van meerderjarigen moet worden uitgegaan van wat iemand nog wél zelf kan, dat het ontnemen van iemands bekwaamheid om rechtshandelingen te verrichten niet te lichtvaardig moet plaatsvinden en dat, indien een dergelijke inperking van de juridische bewegingsvrijheid al noodzakelijk is, gezocht moet worden naar de minst ingrijpende vorm van bescherming. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 054, nr. 3, p. 3. Daarbij dient wel bedacht te worden dat een en ander ook vóór de toevoeging van deze passage praktijk was. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 054, nr. 3, p. 18 en Lieber, *WPNR* 2015, afl. 7064, p. 467. Overigens volgt uit het VN-Gehandicaptenverdrag en Recommendation No. R (99) 4 ook dat een opgelegde beschermingsmaatregel niet verder mag reiken dan noodzakelijk. De mogelijkheden die de curateleroging van de rechter daartoe biedt, zijn echter mager. In het oog springt met name de sinds 1 januari 2014 in artikel 1:389 lid 1 onder a BW geïntroduceerde mogelijkheid om aan de curatele een tijdsduur te verbinden. Deze wordt in de praktijk echter nauwelijks benut, hetgeen in het licht van artikel 12 lid 4 VN-Gehandicaptenverdrag problematisch is. Relevant zijn voorts de eveneens op 1 januari 2014 in werking getreden artikelen 1:385 lid 2 en 1:389 lid 2 BW.

Bij een meer passend en minder verstrekkend alternatief kan op de eerste plaats worden gedacht aan de instelling van een beschermingsbewind en/of mentorschap. Artikel 1:432 lid 3 en artikel 1:451 lid 3 BW bieden de rechter voor wie een verzoek tot ondercuratelestelling of tot opheffing van de curatele aanhangig is, bij afwijzing onderscheidenlijk inwilliging daarvan de mogelijkheid ambtshalve tot de instelling van een beschermingsbewind respectievelijk mentorschap over te gaan. Artikel 1:432 lid 4 en artikel 1:451 lid 4 BW maken mogelijk dat een verzoek tot instelling van een bewind respectievelijk mentorschap ook kan worden gedaan ten behoeve van een reeds onder curatele gestelde ('omzetting'). Voor de keuze tussen curatele en beschermingsbewind is in beginsel niet bepalend de mate van belemmering in de waarneming van de belangen, maar of, gelet op de omstandigheden van het geval, het ingrijpende middel curatele nodig is of een net wat minder ingrijpend beschermingsbewind volstaat. Een voorbeeld van een omstandigheid die maakt dat curatele is aangewezen, is het bestaan van een reëel gevaar van financieel misbruik van de te beschermen persoon op erfrechtelijk vlak. Beschermingsbewind en mentorschap bieden immers geen bescherming tegen kwalijke beïnvloeding bij het maken van een uiterste wil; curatele wel. Een andere reden om de voorkeur te geven aan curatele kan zijn dat, anders dan curatele (zie artikel 1:38 BW), een beschermingsbewind niet voorkomt dat de te beschermen persoon in een huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt 'gelokt'. Zie voorts Blankman, *Curatele, en dan?* 1983, p. 28 en Jansen, *Beschermingsbewind* 1983, p. 14 en 101 e.v.

Voor gehuwden en geregistreerd partners biedt het huwelijksvermogensrecht nog alternatieven in artikel 1:90 lid 3 en artikel 1:91 lid 1 BW. Daarop ga ik in hoofdstuk 4 in.

Onder omstandigheden kunnen ook rechtsfiguren uit het algemene vermogensrecht, zoals volmacht en lastgeving – al dan niet in de vorm van een 'levenstestament' – of zaakwaarneming, een alternatief voor curatele bieden. Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 054, nr. 3, p. 2. Vaak zijn zij evenwel niet toereikend. Vgl. *Kamerstukken II* 1978/79, 15 350, nr. 3, p. 10 (inzake het beschermingsbewind) en HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/422. Op de specifieke situatie waarin iemand, voorafgaand aan het verstoord zijn geraakt van zijn geestvermogens, voor dat geval een voorziening heeft getroffen in de vorm van het op (laten) stellen van een levenstestament, ga ik in nr. [34] nader in.

Is aan de hiervoor besproken vereisten voor curatele voldaan, dan bestaat er voor de rechter een discretionaire bevoegdheid ('kan') om de curatele uit te spreken.

Spreekt de rechter de curatele uit, dan wordt de uitspraak binnen tien dagen nadat zij ten uitvoer kan worden gelegd vanwege de griffier in de *Staatscourant* bekendgemaakt (artikel 1:390 BW) en vindt aantekening van de curatele in het centraal curatele- en bewindregister plaats (artikel 1:391 BW).

Artikel 1:379 BW somt (limitatief) op wie er om iemands ondercuratelestelling kunnen verzoeken.

Op grond van deze bepaling kan iemand ook zelf zijn ondercuratelestelling verzoeken. Ook in geval van een in artikel 1:378 lid 1 onder a BW bedoelde geestelijke toestand is niet uitgesloten dat hij dit doet. Vgl. Blankman (diss.) 1994, p. 98 e.v. Wel is nodig dat zijn wil overeenstemt met zijn verklaring. Is dit niet het geval, dan dient het verzoek te worden afgewezen. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1253 (inzake het beschermingsbewind). Niet mogelijk is dat een ander namens de betrokkene diens ondercuratelestelling verzoekt, bijvoorbeeld als zaakwaarnemer. De aard van het verzoek en het systeem van de wet verzetten zich daartegen. Zie HR 21 maart 1975, NJ 1976/136 en Jansen, FJR 1982, afl. 4, p. 112-113.

Zie verder over artikel 1:379 BW Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-1 2020/662-663.

## 5 Hoofdregeel: onbekwaam zelfstandig rechtshandelingen te verrichten

Uit artikel 1:381 lid 2 BW volgt dat de onder curatele gestelde onbekwaam is rechtshandelingen te verrichten voor zover de wet niet anders bepaalt.

Deze regel is te beschouwen als een uitzondering op het in artikel 3:32 lid 1 BW naar Nederlands recht geldende uitgangspunt dat in beginsel iedere natuurlijke persoon bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen.

De gevallen waarin 'de wet anders bepaalt', bespreek ik in nr. [7].

Uit artikel 1:381 lid 1 en 2 BW volgt dat het moment waarop de onbekwaamheid aanvangt, de dag is waarop de curatele is *uitgesproken*, dan wel, in geval een curatele is uitgesproken ten aanzien van een minderjarige, het tijdstip waarop de minderjarige meerderjarig wordt. Over deze keuze *Parl. Gesch. BW Boek 1* 1962, p. 703 en *Parl. Gesch. BW Inv. Boek 1* 1969, p. 1412 e.v.

Eindigt de curatele op een andere wijze dan door de dood van de onder curatele gestelde, dan wordt de voormalig onder curatele gestelde weer bekwaam tot het verrichten van rechtshandelingen. Zie over het einde van de curatele artikel 1:389 BW.

Artikel 3:32 lid 2 BW bepaalt dat een meerzijdige of eenzijdige, gerichte rechtshandeling van een onbekwame vernietigbaar is en een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling van een onbekwame nietig is. Degene die 'onbekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen' als bedoeld in artikel 1:381 lid 2 en artikel 3:32 BW wordt daarmee in algemene zin voor ongeschikt gehouden rechtshandelingen te verrichten. Onverschillig is of hij feitelijk in staat is om – al dan niet in een helder ogenblik – de strekking van zijn handelen in een concreet geval te begrijpen. De literatuur spreekt in dit verband van 'handelingsonbekwaamheid'.

Van handelingsonbekwaamheid moet worden onderscheiden 'feitelijke (on)bekwaamheid' (of ook wel: 'wils(on)bekwaamheid'), die juist wél ziet op de kwestie of een persoon in staat is tot een redelijke waardering van de bij een bepaalde door hem verrichte handeling betrokken belangen (waarover hoofdstuk 5). Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 159. Voorts moet van handelings(on)bekwaamheid worden onderscheiden 'handelings(on)bevoegdheid'. Handelingsonbevoegd is hij aan wie de wet het verrichten van bepaalde rechtshandelingen verbiedt (zie bijvoorbeeld artikel 3:43 BW).

Voor de aantastbaarheid van de door een handelingsonbekwame verrichte rechtshandeling is niet van belang of hij door die rechtshandeling is benadeeld.

Voor zover er een wederpartij in het spel is, kan deze zich tegen het van de zijde van de onbekwame inroepen van de handelingsonbekwaamheid niet verweren met een beroep op de in artikel 3:35 BW verankerde goede trouw, bestaande uit verontschuldigbare onbekendheid met de handelingsonbekwaamheid. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 159 en HR 11 december 1959, NJ 1960/230 (*Eelman/Hin*). Op dit punt bestaat er een belangrijk

verschil met de regeling van de feitelijke onbekwaamheid. De wederpartij van de feitelijk onbekwame (die (nog) handelingsbekwaam is) komt namelijk wél een beroep op artikel 3:35 BW toe (zie nr. [25]). De rechtvaardiging van dit verschil is enerzijds dat in geval van handelingsonbekwaamheid in het belang van de rechtszekerheid de onmacht om rechtshandelingen te verrichten aan een scherp bepaald en gemakkelijk vast te stellen uiterlijk gegeven wordt verbonden, terwijl in geval van een feitelijke onmacht deze moet worden bewezen, anderzijds het feit dat de wederpartij van een handelingsonbekwame, althans in theorie, door de publicatie van de rechterlijke beschikking waarbij een curatele wordt verleend en de aantekening daarvan in het centraal curatele- en bewindregister op de hoogte kan zijn van de handelingsonbekwaamheid. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 158. Door de in artikel 1:390 BW opgenomen tiendagentermijn voor publicatie kan het voorkomen dat de wederpartij van een onder curatele gestelde niet op de hoogte kon zijn van de curatele. Ook dan zal hij de handelingsonbekwaamheid echter tegen zich moeten laten werken. Zie De Jong (diss.) 1988, p. 143-146 en Blankman, *Preadvies KNB* 2004, p. 45. Zelfs indien de wederpartij door de gedragingen van de onbekwame in de waan is gebracht dat deze bekwaam is (opzettelijke misleiding), sluit de wet het recht om de rechtshandeling te vernietigen niet uit. Zie reeds HR 1 maart 1935, *NJ* 1935, p. 833 en HR 11 december 1959, *NJ* 1960/230 (*Eelman/Hin*). Wel menen sommige schrijvers dat de onbekwame in dergelijke gevallen een onrechtmatige daad pleegt tegenover de wederpartij. Zie bijvoorbeeld Stegeman (diss.) 1957, p. 193. Anderen, zoals Schoordijk, in: *Jeugdrecht op een keerpunt* 1974, p. 258-259, Van Dam, in: *Rechtshandeling en overeenkomst (SBR 3) 2022/134* en Bloembergen in zijn annotatie onder Ktg. Assen 22 januari 1973, *Prg.* 1973/810, zijn terughoudender. Zij menen dat slechts in uitzonderlijke c.q. evidente gevallen van misleiding met succes een beroep op artikel 6:162 BW kan worden gedaan.

Dat meerzijdige en eenzijdige gerichte rechtshandelingen van een onbekwame vernietigbaar zijn, betekent dat zij niet van aanvang af ongeldig zijn. Pas het vernietigen van de rechtshandeling maakt deze tot een (absolute) nietige, en wel met terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop de rechtshandeling werd verricht (artikel 3:53 lid 1 BW). Na vernietiging wordt de rechtsverhouding tussen partijen hersteld in de staat waarin deze vóór het verrichten van de rechtshandeling verkeerde. Er hoeft geen nakoming van de uit de rechtshandeling voortvloeiende verbintenissen meer plaats te vinden. In het verleden reeds verrichte prestaties kunnen met een actie uit onverschuldigde betaling worden teruggevorderd (maar zie wel artikel 6:209 BW, waarover nr. [8]).

Slechts van de zijde van degene 'in wiens belang de vernietigbaarheid is vastgesteld', kan vernietiging plaatsvinden (vgl. artikel 3:50 lid 1 BW). Gedurende de periode van zijn onbekwaamheid zal degene die een rechtshandeling heeft verricht, deze evenwel niet zelf kunnen aantasten. Dit zal in beginsel namens hem door de curator als zijn wettelijke vertegenwoordiger dienen plaats te vinden. Zie hierover ook *Aanbevelingen curatele* 2021, Aanbeveling B.12. Na het ophouden van zijn handelingsonbekwaamheid komt de bevoegdheid tot vernietiging in beginsel aan hemzelf toe. Zie *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3* 1990, p. 1125 en artikel 3:52 lid 1 onder a en d BW.

De verjaringstermijn van een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling verricht door een handelingsonbekwame, bedraagt drie jaren nadat de onbekwaamheid is geëindigd of, indien de onbekwame een wettelijke vertegenwoordiger heeft, drie jaren nadat de handeling ter kennis van de wettelijke vertegenwoordiger is gekomen (artikel 3:52 lid 1 onder a BW). Op de verjaringstermijn van artikel 3:52 BW zijn de algemene regels over verjaring van toepassing, zodat bijvoorbeeld de termijn ook kan worden gestuit of verlengd. Zie in het bijzonder artikel 3:321 lid 1 onder b BW, dat handelt over de verlenging van de verjaringstermijn tussen curator en onder curatele gestelde. Bij wijze van exceptief verweer kan het beroep op de handelingsonbekwaamheid ook na het verstrijken van de driejaarstermijn worden gedaan (artikel 3:51 lid 3 BW).

Omdat de onbekwame/diens vertegenwoordiger gedurende een periode van drie jaar de keuze heeft tussen de vernietiging van de overeenkomst en haar instandhouding doch de wederpartij onherroepelijk gebonden is, spreekt men wel van een hinkend contract (*negotium claudicans*). De wederpartij bevindt zich in een uitermate nadelige positie. Zij zou gedurende een reeks van jaren in het onzekere kunnen blijven verkeren of de overeenkomst

al dan niet zal worden aangetast. Uit deze positie kan zij zich bevrijden door een termijn te stellen om de bevoegdheid tot vernietiging uit te oefenen (artikel 3:55 lid 2 BW). Zolang sprake is van onbekwaamheid, moet die termijnstelling om werking te hebben aan de wettelijk vertegenwoordiger zijn gericht. Zie *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990*, p. 1125.

De bevoegdheid tot vernietiging vervalt indien de rechtshandeling uitdrukkelijk of stilzwijgend wordt bevestigd (artikel 3:55 lid 1 BW). Gedurende de onbekwaamheid is tot bevestiging alleen de wettelijk vertegenwoordiger van de onbekwame bevoegd. Zie *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990*, p. 1125. Na het ophouden van de onbekwaamheid kan de bevestiging door de eertijds onbekwame plaatsvinden. Uit artikel 3:58 lid 2 BW volgt dat een door een handelingsonbekwame verrichte rechtshandeling niet als bekrachtigd heeft te gelden op grond van het enkele feit dat de onbekwame bekwaam is geraakt.

Niet is uitgesloten dat bijvoorbeeld een koopovereenkomst die door een handelingsonbekwame is aangegaan, wordt vernietigd, omdat het gekochte inmiddels aanzienlijk in waarde is gedaald. Na vernietiging zou de handelingsonbekwame er dan financieel beter van worden: hij hoeft minder terug te geven dan hij ontvangt. Hiertegen waakt artikel 6:278 lid 2 BW, dat niet alleen geldt bij de ontbinding, maar ook bij de vernietiging van een overeenkomst: de onbekwame is in zo'n geval verplicht om door bijbetaling de oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 1043 en *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990*, p. 1126, alsmede De Jong & Krans, in: *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4) 2022/251*. Andere mogelijkheden om voor misbruik door de handelingsonbekwame respectievelijk diens wettelijk vertegenwoordiger te waken, bieden de figuren misbruik van bevoegdheid, rechtsverwerking en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit zijn evenwel uiterste middelen, waaraan hoge eisen worden gesteld. Om die reden zal een beroep daarop in de meeste gevallen weinig kans maken. Vgl. *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990*, p. 1126.

Dat eenzijdige, ongerichte rechtshandelingen verricht door een onbekwame nietig zijn, houdt verband met het feit dat over de status van dit soort rechtshandelingen, waarbij vaak de belangen van verschillende derden betrokken zijn, te lang (rechts)onzekerheid zou kunnen bestaan als zij slechts vernietigbaar zouden zijn. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 159-160. Ook hier geldt ingevolge artikel 3:58 lid 2 BW dat nietige rechtshandelingen van een handelingsonbekwame niet worden bekrachtigd indien de onbekwaamheid eindigt. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 1 1962*, p. 250.

Onder omstandigheden is mogelijk dat een (al dan niet langs de weg van vernietiging intredende) nietigheid op grond van handelingsonbekwaamheid tot conversie in de zin van artikel 3:42 BW aanleiding geeft. Volgens Hijma *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss.) 1988, nr. 7.2.4 geldt daarbij wel als voorwaarde dat een probleemloos alternatief voor de nietige handeling respectievelijk de handeling die door nietigheid wordt bedreigd, voorhanden is. Als zo'n alternatief wordt door Scholten, *Preadvies NJB 1954*, p. 180-181, het geval genoemd waarin de handelingsonbekwame een handeling heeft verricht die in haar concrete uitwerking door zijn onbekwaamheid wordt geraakt, doch in een andere juridische invulling behoort tot de daden die de betrokkene krachtens toestemming of rechterlijke machtiging kan verrichten. Anders Berkhouwer (diss.) 1946, p. 115-116, die meent dat bij handelingsonbekwaamheid de conversie niet aan de orde komt, omdat de regeling van openbare orde is.

De handelingsonbekwaamheid als zodanig brengt geen beschikkingsonbevoegdheid met zich.

In dit verband wat merkwaardig is dat tijdens de parlementaire behandeling ondercuratelestelling uitdrukkelijk is aangemerkt als een feit betreffende de beschikkingsonbevoegdheid over registergoederen, dat ingevolge artikel 3:17 lid 1 onder e BW ingeschreven kan worden in de betreffende openbare registers. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 1079. Die inschrijving is trouwens van ondergeschikt belang, omdat bij het ontbreken van die inschrijving de