

De Notarisklerk

Maandblad van de Bond van Medewerkers in het Notariaat



In deze uitgave

- **Volmacht of bewind?**
door Mw. Mr.E. van den Brink-Baggerman
- **Nauwkeurige titelvermelding**
door A.H. van Huffelen

Volmacht of bewind?

door mw. mr. E. van den Brink-Baggerman

Inleiding

De praktijk wordt regelmatig geconfronteerd met het verzoek een algemene volmacht op te stellen. Cliënten willen dan regelen dat iemand hun belangen kan behartigen ingeval van intredende dementie of in andere situaties waarin zij wegens geestelijke of fysieke oorzaak hiertoe zelf niet meer in staat zijn. Een alternatief voor de algemene volmacht kan worden gevonden in het meerderjarigenbewind. Vaak wordt als nadeel van een bewind gezien dat dit via de rechter moet worden ingesteld en voor het verrichten van bepaalde handelingen machtiging van de kantonrechter nodig is.

Maar, is door het verstrekken van een algemene volmacht gegarandeerd dat het instellen van een meerderjarigenbewind overbodig is geworden? Of impliceert een algemene volmacht dat deze altijd door de betrokkene herroepen moet kunnen worden, zodat ingeval van wilsonbekwaamheid alsnog een meerderjarigenbewind moet worden ingesteld? En zo ja, wat zijn de gevolgen van het bewind voor de in het verleden verstrekte algemene volmacht?

In deze bijdrage zal ik trachten (onder meer) deze vragen te beantwoorden.

Algemene volmacht

In art. 3:60 BW wordt de volmacht omschreven als 'de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.' Hieruit blijkt dat de handeling van de gevolmachtigde wordt toegerekend aan de volmachtgever. De handeling geldt rechtens als handeling van deze volmachtgever.^I Van belang is te benadrukken dat, ondanks het vertrekken van de volmacht, de volmachtgever ook steeds zelf bevoegd blijft om de handeling te verrichten.

Een volmacht kan uitdrukkelijk of stilzwijgend worden verleend (art. 3:61 lid 1 BW) en kan worden herroepen. Een volmacht kan ook onherroepelijk worden verleend, maar alleen voorzover zij strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde (art. 3:74 lid 1 BW). In de meeste gevallen zal een herroepelijke volmacht worden verstrekt, zodat de volmachtgever de volmacht desgewenst kan intrekken. Praktisch gezien brengt een herroepelijke volmacht enige onzekerheid met zich. Immers, het kan op het moment dat van de volmacht gebruik wordt gemaakt lastig zijn te controleren of de volmacht inmiddels herroepen is. Het bestaan van de volmacht casu quo de herroeping wordt niet gepubliceerd. Om dit te ondervangen zou overwogen kunnen worden in de volmacht te bepalen dat deze slechts herroepen kan worden bij notariële akte ten overstaan van de notaris die de volmacht heeft opgesteld, danwel zijn opvolger.

We kennen algemene en bijzondere volmachten. De bijzondere volmacht wordt verstrekt voor een

bepaald doel. De algemene volmacht is in art. 3:62 BW geregeld. De algemene volmacht is een volmacht die alle zaken van de volmachtgever en alle rechtshandelingen omvat, met uitzondering van hetgeen ondubbelzinnig is uitgesloten. Dit artikel bepaalt tevens dat een algemene volmacht zich slechts uitstrekt tot daden van beschikking, indien schriftelijk en ondubbelzinnig is bepaald dat zij zich ook tot die daden uitstrekt.

Met een algemene volmacht kunnen niet zomaar handelingen ten behoeve van een derde worden verricht, tenzij dit ondubbelzinnig uit de volmacht blijkt. Denk bijvoorbeeld aan het vestigen van een hypotheekrecht door de gevolmachtigde op onroerend goed van de volmachtgever tot zekerheid van een vordering die de bank op een derde heeft.^{II}

Op het moment van het opstellen van de algemene volmacht dient de volmachtgever uiteraard wilsbekwaam te zijn.^{III} Wanneer een volmacht door een wilsonbekwame is verleend, is een rechtshandeling die door de gevolmachtigde namens de handelingsonbekwame wordt verricht, op gelijke wijze geldig, nietig of vernietigbaar, als wanneer zij door de handelingsonbekwame zelf zou zijn verricht (art. 3:63 lid 2 BW).

De vraag is in hoeverre de geldigheid van een algemene volmacht vereist dat deze altijd door de volmachtgever moet kunnen worden herroepen. Voor een positief antwoord op deze vraag bestaat geen wettelijke basis. Immers, art. 3:72 BW bepaalt dat een volmacht eindigt: door de dood, ondercuratelestelling of het faillissement van de volmachtgever of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsanering natuurlijke personen; door de dood, ondercuratelestelling of het faillissement van de gemachtigde of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsanering natuurlijke personen; door herroeping door de volmachtgever; en door opzegging door de gevolmachtigde. Er wordt niet gesproken over beëindiging van de volmacht ingeval van wilsonbekwaamheid of de instelling van een bewind. Het exacte moment van intreden van wilsonbekwaamheid is overigens vaak ook niet objectief vast te stellen. Bovendien moet niet vergeten worden dat cliënten een algemene volmacht juist maken voor de situatie dat zij hun wil niet meer kunnen bepalen. Iets anders is dat, zeker ingeval de betrokkene wilsonbekwaam is geworden, met beleid met de algemene volmacht dient te worden omgegaan.^{IV}

Een gevolmachtigde hoeft geen 'officiële' rekening en verantwoording aan de volmachtgever af te leggen. Wel lijkt het mij vanzelfsprekend dat de gevolmachtigde de volmachtgever desgevraagd informatie moet verschaffen over het uitoefenen van zijn bevoegdheid. Wanneer de volmachtge-

ver niet meer wilsbekwaam is, vindt geen controle plaats op de handelingen die gevolmachtigde verricht. De betreffende informatie kan na het overlijden van de volmachtgever mijns inziens wel door de nabestaanden van de volmachtgever worden verlangd.

Bewind

Vaak gaat het bij het instellen van een meerderjarigenbewind om ouderen die om geestelijke of fysieke redenen niet meer in staat zijn hun vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen. De kantonrechter kan in dat geval een bewind over de goederen van die persoon instellen (art. 1:431 lid 1 BW). Instelling van het bewind kan worden verzocht door de persoon zelf, door zijn echtgenoot, geregistreerd partner, andere levensgezel of door een familielid (art. 1:432 lid 1 BW). Door de instelling van het bewind raakt de betrokken persoon het beheer over de onder bewind staande goederen kwijt. Hij kan slechts met medewerking van de bewindvoerder over de onder bewind staande goederen beschikken (1:438 BW). Onder 'beheer' zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van een goed dienstig kunnen zijn. Dit kunnen enerzijds feitelijke handelingen zijn, zoals het verrichten van onderhoud en herstelwerkzaamheden, maar anderzijds ook rechtshandelingen zoals het sluiten van koopovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten en dergelijke, voor zover dit past binnen de normale exploitatie van de onder bewind gestelde goederen.^V Onder 'beschikken' wordt hier verstaan het vervreemden of met enig recht bezwaren van een of meer onder bewind staande goederen.^{VI} Dus ingeval van overdracht van onroerend goed of het vestigen van een hypotheekrecht heeft de rechthebbende de medewerking van de bewindvoerder nodig.

De bewindvoerder heeft voor het verrichten van bepaalde in artikel 1:441 lid 2 BW genoemde handelingen de toestemming van de rechthebbende nodig, of, indien de rechthebbende daartoe niet in staat is, de machtiging van de kantonrechter.

Art. 1:445 lid 1 BW bepaalt dat de bewindvoerder jaarlijks en aan het eind van zijn bewind rekening en verantwoording aflegt aan de rechthebbende, tenzij andere tijdstippen zijn bepaald. Aan het einde van zijn taak legt hij rekening en verantwoording af aan zijn opvolger. De rekening en verantwoording wordt afgelegd ten overstaan van de kantonrechter. Als de rechthebbende niet in staat is de rekening op te nemen, wordt de rekening en verantwoording afgelegd aan de kantonrechter zelf (art. 1:445 lid 2 BW).

Volmacht versus bewind

Om een afgewogen keuze tussen volmacht en bewind te kunnen maken, geef ik de navolgende overwegingen mee:

Eerst moet worden opgemerkt dat aan een keuze tussen algemene volmacht en meerderjarigenbewind niet wordt toegekomen als de betreffende persoon niet meer wilsbekwaam is. Indien de betrokkene niet meer in staat is zijn wil te verklaren, blijft uiteraard enkel de mogelijkheid tot het instellen van een bewind over.

Door het afgeven van een algemene volmacht blijft de volmachtgever zelf bevoegd de handeling te verrichten. Door de instelling van het bewind raakt de betrokken persoon het beheer over de onder bewind staande goederen kwijt en is hij slechts gezamenlijk met de bewindvoerder beschikkingsbevoegd (art. 1:438 lid 2 BW).

Door de gang naar de kantonrechter voor de instelling van het bewind en de (in beginsel verplichte) periodieke rekening en verantwoording brengt het bewind meer 'rompslomp' met zich dan de algemene notariële volmacht. Bovendien heeft een bewindvoerder recht op loon (art. 1:447 BW).

Nadeel van een algemene volmacht is dat de betrokkene wellicht op een later moment niet meer in staat is de gevolmachtigde te controleren of de volmacht te herroepen. Door de rechterlijke controle bij bewind vindt niet alleen de betrokkene bescherming, maar is ook de bewindvoerder zelf beter ingedekt tegen eventuele aantijgingen van familieleden of nabestaanden over het gevoerde beheer.

Niet vergeten moet worden dat een algemene volmacht juist vaak voor de toekomstige situatie van wilsonbekwaamheid wordt gemaakt en bovendien veel afhankelijk zal zijn van de persoon die als gevolmachtigde wordt aangewezen.

De controle bij een algemene volmacht zou zich mijns inziens kunnen vertalen in een gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid. Ik benadruk daarbij dat indien volmacht aan twee of meer personen wordt verleend, ieder van hen zelfstandig bevoegd is te handelen. Indien het de bedoeling van de volmachtgever is dat deze personen slechts gezamenlijk kunnen handelen, dient dit uitdrukkelijk in de volmacht te zijn bepaald (art. 3:65 BW).

Ten slotte kan het bewind een blokkade zijn in het kader van estate planning. Immers, voor het doen van schenkingen namens de betrokkene is machtiging van de kantonrechter vereist (art. 1:441 lid 2 BW). Volgens de kantonrechtelijke richtlijnen is het noodzakelijk dat vóór de instelling van het bewind al een schenkingstraditie bestond, hetzij een redelijk belang van degene wiens vermogen onder bewind is gesteld, de schenking vereist.^{VII} Als geen schenkingstraditie bestaat, kan wellicht de herroepelijke schenking (art. 7:177 lid 2 BW) nog uitkomst bieden.^{VIII} Met behulp van een algemene volmacht kunnen naar mijn mening schenkingen worden verricht, mits dit met een grote zorgvuldigheid gebeurt. Misbruik van recht ligt op de loer (art. 3:13 BW). In dit kader is het wenselijk dat de volmacht uitdrukkelijk melding maakt van de bevoegdheid schenkingen uit het

vermogen van de volmachtgever te mogen verrichten en eventueel ten behoeve van wie (en in welke verhouding) deze schenkingen dienen plaats te vinden, waarbij dan tevens aandacht moet worden besteed aan de zogenaamde 'selbsteintritt' van art. 3:68 BW.

Algemene volmacht gevolgd door bewind

De vraag is of een algemene volmacht eindigt als na het verstrekken van de volmacht een meerderjarigenbewind wordt ingesteld. Deze vraag doet zich uiteraard vooral gevoelen als de bewindvoerder een andere persoon is dan de gevolmachtigde.^{ix} Zoals hiervoor besproken heeft onderbewindstelling volgens art. 3:72 BW niet tot gevolg dat de volmacht eindigt. Wel kan in de volmacht zelf zijn geregeld dat de volmacht ook in andere gevallen (dan genoemd in artikel 3:72 BW) eindigt. Zo kan bepaald worden dat de volmacht tevens eindigt op het moment dat een meerderjarigenbewind over het vermogen van de volmachtgever wordt ingesteld.

Bijkomende vraag is of de bewindvoerder de volmacht kan herroepen. Dit is niet zonder meer duidelijk. Aangezien een bewind een verband is op goederen, ben ik van mening dat het herroepen van een volmacht niet tot de bevoegdheden van de bewindvoerder behoort.^x

Conclusie

De keuze tussen het verstrekken van een algemene volmacht en het instellen van een meerderjarigenbewind is niet eenvoudig. Beide vormen kennen voor- en nadelen. Bij het adviseren van algemene volmachten dient het notariaat zeer zorgvuldig te werk te gaan. Immers, ingeval de betrokkene wilsonbekwaam wordt, is iedere vorm van controle verdwenen. De volmacht dient daarom bij voorkeur aan tenminste twee personen te worden verleend, terwijl daarbij uitdrukkelijk dient te worden bepaald dat de gevolmachtigden slechts gezamenlijk kunnen handelen. Indien het de bedoeling van de volmachtgever is dat de gevolmachtigde uit zijn vermogen mag schenken, dient dit uitdrukkelijk in de volmacht vermeld te worden, waarbij desgewenst tevens bepaald kan worden aan wie (en in welke verhouding) deze schenkingen dienen plaats te vinden.

Algemene volmacht en meerderjarigenbewind zijn door de wetgever niet op elkaar afgestemd. Dit pleit ervoor in de volmacht op te nemen dat deze eindigt ingeval een meerderjarigenbewind over het vermogen van de betrokkene wordt ingesteld.

ⁱ Asser-Van der Grinten-Kortmann 2-I (de vertegenwoordiging), nr. 20.

ⁱⁱ HR 24 januari 1997, NJ 1997, 231 (Citco Bank Antilles/Da Costa Gomez).

ⁱⁱⁱ Zie over wilsbekwaamheid onder andere mijn bijdrage in De Notarisklerk 2006, p. 162-167.

^{iv} Zie in gelijke zin de door Van Mourik beantwoorde rechtsvraag in WPNR, nummer 6688 (2006), p. 815/816.

^v Burgerlijk Wetboek, Tekst & Commentaar, art. 1:438 BW onder 1.

^{vi} Parl. Gesch. 3, p. 572.

^{vii} Het betalen van een rechtmatig opgelegde belasting over vermogen vereist geen schenking in het belang van de persoon wiens vermogen onder bewind is gesteld, evenmin als het toekomstig belang van erfgenamen om zich successie te besparen, Rechtbank Zwolle 27 juni 2006, nr. 323575, BM 06-1083.

^{viii} Estate Tip 2004-40.

^{ix} Zie uitgebreider hierover de door Blokland beantwoorde rechtsvraag in het novembernummer 2006 van het FTV, nr. 51, p. 22/23.

^x Zie hierover Blankman, preadvies 2004, Bewind en aan bewind verwante vormen, p. 78.