



UHASSELT

KU LEUVEN



Maastricht University

KNOWLEDGE IN ACTION

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Alternatieve ondersteuningsmechanismen voor kwetsbare volwassenen bij afwezigheid van een zorgvolmacht en een rechterlijke bescherming

Stan T'Syen

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Tim WUYTS

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

www.uhasselt.be
Universiteit Hasselt
Campus Hasselt:
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt
Campus Diepenbeek:
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

2022
2023



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Alternatieve ondersteuningsmechanismen voor kwetsbare volwassenen bij afwezigheid van een zorgvolmacht en een rechterlijke bescherming

Stan T'Syen

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Tim WUYTS

Samenvatting

De centrale onderzoeksvraag binnen dit onderzoek luidde: "Hoe zou een wettelijk kader voor de ondersteuning van volwassenen die niet in staat zijn om hun belangen te behartigen en geen regeling hieromtrent hebben getroffen in overeenstemming met art. 12 Internationaal Verdrag voor de Rechten van Personen met een Handicap er kunnen uitzien?" Het doel van het onderzoek was om aanbevelingen te doen over een alternatieve beschermingsvorm voor meerderjarige personen. Via deze bescherming kan het Belgische recht in overeenstemming worden gebracht met het IVRPH. Daarnaast worden er ook kapstokken aan de wetgever aangereikt voor de aanpak van de vergrijzing.

Het onderzoek bestond uit een deel rechtsdogmatisch onderzoek en een deel sociaal-wetenschappelijk onderzoek. Het rechtsdogmatisch onderzoek beschrijft de theorie die geldt op het gebied van de bescherming van de meerderjarige wilsonbekwame persoon. In dit onderzoek werd het mensenrechtelijk kader geanalyseerd, werd het Belgische rechtskader geanalyseerd en besproken en werden er alternatieve beschermingsfiguren besproken en geëvalueerd.

Binnen het mensenrechtelijk kader is de visie op personen met een handicap geëvolueerd van een medisch model naar een maatschappelijk model. Eerst werd er naar de beperking gekeken als het probleem dat moest worden opgelost. Nu is de visie dat de maatschappij zich moet aanpassen om personen met een beperking te faciliteren. Deze verandering in visie heeft geleid tot de creatie van het IVRPH. Binnen het IVRPH gelden de volgende principes: personen blijven te allen tijde handelingsbekwaam, de rechten, wil en voorkeuren van de persoon staan centraal, er moet gebruik worden gemaakt van een systeem van *supported decision-making* en er moet een afdoende bescherming worden gecreëerd.

Het Belgische systeem voldoet niet aan de verplichtingen van het IVPPH. De figuren van de zorgvolmacht en de verklaring van voorkeur kunnen voldoen aan de verplichtingen van het IVRPH. Ze zijn echter gelinkt aan de rechterlijke bescherming. Volgens de strikte interpretatie van het Comité voor de Rechten van Personen met een Handicap voldoet het Belgische recht nog steeds gebruik van een systeem van *substitute decision-making*.

Een systeem op basis van de informele vertegenwoordiging kan tegemoet komen aan de verplichtingen van het IVRPH. Binnen zulk behoudt de persoon zo lang mogelijk zijn handelingsbekwaamheid. Bij iedere handeling wordt de bekwaamheid van de persoon nagegaan, dit lijkt in overeenstemming met de vereisten van het IVRPH. Door de vereisten van het IVRPH is het niet mogelijk om te werken met een strenge preventieve controle door de vrederechter, dit lijkt misbruik in de hand te werken. Dit kan echter worden opgevangen door de tegenpartij bij de handelingen te laten oordelen over de betrouwbaarheid van de geuite wil en voorkeuren en over een vermoedelijk misbruik. Daarnaast kan ook worden gewerkt met een rapporterings- en meldingsplicht.

Dankwoord

Graag wil ik mijn promotor, Prof. dr. Wuyts Tim bedanken om mij de kans te geven om over dit onderwerp te schrijven. Ook voor het goede advies wil hem graag bedanken. Ik leerde veel bij over het schrijfproces dankzij zijn opbouwende kritiek. Ten slotte wil ik hem bedanken voor de snelle respons.

Daarnaast wil ik de notarissen en vrederechters bedanken die hebben deelgenomen aan de interviews. De zoektocht naar deelnemers verliep moeizaam, maar dankzij hun bereidwilligheid heb ik toch een mooi resultaat kunnen behalen voor dit onderzoek.

Verder wil ik mijn familie en vrienden bedanken voor de steun die ze me gaven. Ze gaven mij rust tijdens het toch wel moeilijke schrijfproces.

In het bijzonder wil ik mijn vriendin bedanken om altijd voor mij klaar te staan. Ze steunde me altijd door dik en dun.

Stan T'Syen

8 augustus 2023

Inhoudsopgave	
Lijst van bijlagen	1
Inleiding	3
§1. Probleemstelling	3
§2. Onderzoeksvragen en relevantie van het onderzoek	5
§3. Gehanteerde methodologie	6
§4. Opbouw van het onderzoek	8
DEEL I. Gehanteerd begrippenkader	11
DEEL II. De bescherming volgens het IVRPH	13
HOOFDSTUK I. IVRPH	13
HOOFDSTUK II. Analyse van art. 12 IVRPH.....	14
HOOFDSTUK III. Reacties op het standpunt van het Comité.....	20
HOOFDSTUK IV. Toetsingscriteria uit de mensenrechtelijke bepalingen	22
DEEL III. De bescherming in het Belgische recht	25
HOOFDSTUK I. Buitengerechtelijke bescherming	25
AFDELING I. Zorgvolmacht	25
AFDELING II. Verklaring van voorkeur.....	30
HOOFDSTUK II. Gerechtelijke bescherming.....	32
HOOFDSTUK V. Conclusies uit de evaluatie van het Belgische recht	38
DEEL IV. Alternatieve beschermingsmechanismen	41
HOOFDSTUK I. Systemen die een oplossing kunnen bieden	41
HOOFDSTUK II. Vergelijking van de systemen.....	43
AFDELING I. Nood aan vertegenwoordiging.....	43
AFDELING II. Vertegenwoordiger	46
AFDELING III. Wil van de persoon	49
AFDELING IV. Beslissingsstandaard.....	51
AFDELING V. Controlemechanisme.....	52
HOOFDSTUK III. Conclusies uit de interne rechtsvergelijking	54
DEEL V. Uitwerking alternatief ondersteuningssysteem	57
HOOFDSTUK I. Resultaten sociaal-wetenschappelijk onderzoek	57
HOOFDSTUK II. Aanbevelingen over alternatief ondersteuningssysteem	61
Besluit	67
Bibliografie	71

Bijlagen 79

Lijst van bijlagen

Bijlage 1: Vragenlijst interviews

Bijlage 2: Notities interview 1

Bijlage 3: Transcriptie interview 2

Bijlage 4: Transcriptie interview 3

Bijlage 5: Transcriptie interview 4

Bijlage 6: Transcriptie interview 5

Bijlage 7: Transcriptie interview 6

Inleiding

§1. Probleemstelling

1. Personen kunnen in de loop van hun leven het vermogen verliezen om voor zichzelf beslissingen te nemen, dit leidt tot wilsonbekwaamheid.¹ Er zijn veel verschillende omstandigheden die kunnen leiden tot het wilsonbekwaam worden van een persoon. Zo kan het gebeuren dat mensen op latere leeftijd niet meer in staat zijn om zelf nog hun belangen te verdedigen omwille van fysieke of mentale moeilijkheden.² Daarnaast is het ook mogelijk dat een persoon een ouderdomsziekte krijgt. Ziektes, zoals dementie, kunnen namelijk leiden tot het verlies van wilsbekwaamheid.³ De exacte cijfers over het aantal mensen met dementie zijn niet bekend, er worden echter wel schattingen gedaan. Volgens het risicomodel van *Alzheimer Europe* zouden er in België 202.402 mensen dementie hebben.⁴ De gemiddelde leeftijd van de bevolking stijgt de laatste jaren, er is sprake van vergrijzing. Het aandeel van de 65-plussers in de bevolking is gestegen naar 20% in 2022.⁵ Daarnaast is momenteel de groep van 55- tot 59-jarigen de grootste bevolkingsgroep.⁶ Dit betekent dat in de komende 10 jaar het aandeel van de 65-plussers nog verder zal stijgen. Er is dus een steeds groter wordende groep mensen met een verhoogd risico om wilsonbekwaam te worden, het is namelijk vooral de groep 65-plussers die te maken krijgt met dementie. Er wordt geschat dat slechts 8.374 mensen van de 141.245 mensen met dementie in Vlaanderen jonger zijn dan 65. Naast deze blijvende vormen van wilsonbekwaamheid is het ook mogelijk dat een persoon slechts tijdelijk wilsonbekwaam is. Dat kan bijvoorbeeld gebeuren door een plotse gebeurtenis waardoor een persoon in een tijdelijke coma terechtkomt, zoals bij een zwaar ongeval of een ernstige ziekte.⁷ Daarbij kan ook worden gedacht aan de gebeurtenissen van de afgelopen jaren tijdens de coronacrisis, waar mensen die zwaar getroffen werden door de symptomen van het coronavirus in een kunstmatige coma werden geplaatst.⁸

2. De bescherming van wilsonbekwame personen is belangrijk in de huidige maatschappij. Zonder bescherming is het voor wilsonbekwame personen niet mogelijk om deel uit te maken van

¹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 10.

² X., "De zorgvolmacht: voor jong en oud", 2018, www.tijd.be/connect/wealth/de-zorgvolmacht-voor-jong-en-oud/10076610.html [laatst geconsulteerd op 25 maart 2022]; E. DE NOLF, "De volmacht in het kader van de buitengerechtigde bescherming van onbekwamen: welke mogelijkheden biedt de nieuwe wet inzake successieplanning?", *Notariaat* 2014, (1) 6.

³ *Ibid.*

⁴ [https://www.dementie.be/home/wat-is-dementie/prevalentie/#:~:text=In%20Vlaanderen%20\(Vlaams%20Gewest%20%2B%20Brussels,2019\)%2C%20141.246%20mensen%20dementie.&text=Voor%20heel%20Belgi%C3%AB%20is%20het,202.402](https://www.dementie.be/home/wat-is-dementie/prevalentie/#:~:text=In%20Vlaanderen%20(Vlaams%20Gewest%20%2B%20Brussels,2019)%2C%20141.246%20mensen%20dementie.&text=Voor%20heel%20Belgi%C3%AB%20is%20het,202.402), [laatst geconsulteerd 1 februari 2023].

⁵ <https://statbel.fgov.be/nl/themas/bevolking/structuur-van-de-bevolking#panel-14>, [laatst geconsulteerd 1 februari 2023].

⁶ *Ibid.*

⁷ X., "De zorgvolmacht: voor jong en oud", 2018, www.tijd.be/connect/wealth/de-zorgvolmacht-voor-jong-en-oud/10076610.html [laatst geconsulteerd 25 maart 2023]; E. DE NOLF, "De volmacht in het kader van de buitengerechtigde bescherming van onbekwamen: welke mogelijkheden biedt de nieuwe wet inzake successieplanning?", *Notariaat* 2014, (1) 6.

⁸ <https://radio1.be/lees/coronapatient-die-weken-in-coma-lag-ze-noemen-mij-het-wonder-van-leuven>, [laatst geconsulteerd 26 april 2022].

de gemeenschap. De wet van 17 maart 2013 voegde aan de wetgeving rond de bescherming van meerderjarige personen een buitengerechtelijk luik toe.⁹ Tot voor deze wet was de contractuele aanstelling van een bewindvoerder niet bepaald in bijzondere wetgeving.¹⁰ De aanstelling van een persoon als bewindvoerder wordt de zorgvolmacht genoemd. Een zorgvolmacht kan worden opgesteld tot op het moment van wilsonbekwaamheid zonder dat de rechter moet worden gevat.¹¹ Indien er geen zorgvolmacht werd opgesteld, zal door de rechter een gerechtelijke bescherming moeten worden uitgesproken over de wilsonbekwame persoon. Een bewindvoerder zal dan het beheer van het vermogen van de persoon voor zijn rekening nemen.¹² Uit de cijfers van de Familiebarometer van de Federatie van het Notariaat blijkt dat de meeste zorgvolmachten worden aangegaan door 65-plussers.¹³ Wanneer een persoon een dag ouder wordt, zal er kunnen worden geanticipeerd op de mogelijke wilsonbekwaamheid omwille van ouderdom. Wilsonbekwaamheid door een zwaar ongeval of een hersenletsel is veel minder voorspelbaar.

3. Zoals hierboven uiteengezet, is er een duidelijke werking van de buitengerechtelijke en gerechtelijke bescherming voor meerderjarige wilsonbekwame personen.¹⁴ Mensen zijn vrij om regelingen uit te werken en op die manier zekerheid te creëren. Wanneer dat niet gebeurt en ze wilsonbekwaam worden, zullen de naasten naar de rechter moeten stappen om een gerechtelijke bescherming aan te vragen. Er stellen zich hier meerdere problemen. Een wilsonbekwaamheid omwille van een plotse gebeurtenis is niet voorspelbaar, daardoor zijn er vaak gevallen waar er nog geen regeling is uitgewerkt. De betrokken personen zullen dan altijd naar de rechter moeten stappen om een bescherming uit te werken. Deze procedure neemt ook een bepaalde tijd in beslag. In sommige gevallen is er echter een onmiddellijke beschermingsmaatregel vereist. Daarnaast heeft een beschermingsmaatregel ook tot gevolg dat de handelingsbekwaamheid van de persoon wordt beperkt. Verder bestaat er voor veel mensen ook een drempel om naar de rechter te stappen. Uit het auditverslag van de Hoge Raad van Justitie blijkt ook dat de aanpak en kwaliteit van de bewindvoering in de verschillende vredegerichten verschilt.¹⁵ Ook de controle verloopt niet in elk vredegerecht kwaliteitsvol.¹⁶ In 2022 was er een opvolging van dit verslag waaruit bleek dat er een vooruitgang was, maar dat dit nog niet het geval was voor alle arrondissementen en vredegerichten.¹⁷ Een volgend probleem is dat niet iedereen een buitengerechtelijke regeling uitwerkt, ook al kon de betrokkene anticiperen op het ogenblik van de wilsonbekwaamheid. Naast

⁹ Art. 489 – 490/2 oud BW; J. VERSTRAETE, "Krijtlijnen voor de zorgvolmacht" in C. DE WULF, M. OP DE BEECK en J. VERSTRAETE (eds.), *Liber Amicorum Aloïs Van den Bossche*, Brugge, die Keure, 2019, (163) 164.

¹⁰ J. VERSTRAETE, "Krijtlijnen voor de zorgvolmacht", in C. DE WULF, M. OP DE BEECK en J. VERSTRAETE (eds.), *Liber Amicorum Aloïs Van den Bossche*, Brugge, die Keure, 2019, (163) 164.

¹¹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 48.

¹² F. SWENNEN, *Het personen -en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 231; A. VAN DEN BROECK, "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, (75) 90.

¹³ <https://www.notaris.be/nieuws-pers/detail/belgen-stellen-meer-testamenten-en-zorgvolmachten-op#:~:text=Het%20aantal%20testamenten%20en%20zorgvolmachten,2%25%20in%20vergelijking%20met%202020>, [laatst geconsulteerd 1 februari 2023].

¹⁴ Zie *supra* nr. 2

¹⁵ HRJ, "Het toezicht op de bewindvoeringen door de vredegerichten", 2019, 68, <https://hrj.be/nl/publicaties/2019/audit-het-toezicht-op-de-bewindvoeringen-door-de-vredegerichten>.

¹⁶ *Ibid.*, 69.

¹⁷ HRJ, "Opvolging van de audit "Het toezicht op de bewindvoering door de vredegerichten"", 41, <https://hrj.be/nl/publicaties/2022/opvolgingsverslag-van-de-audit-het-toezicht-op-de-bewindvoeringen-door-de-vredegerichten>.

genoemde problemen werd het Belgische systeem door het Comité voor de Rechten van Personen met een Handicap (hierna afgekort: Comité) beoordeeld in het kader van het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (hierna afgekort: IVRPH). Het Comité heeft opgemerkt dat het systeem in België nog steeds gebruik maakt IVRPH.¹⁸ van het *substitute decision-making* model in plaats van het *supported decision-making* model. Dat is volgens het Comité een schending van art. 12.

4. Het doel van dit onderzoek is nagaan of er een algemeen wettelijk kader voor de bescherming van de personen, die hun belangen niet meer kunnen verdedigen, kan worden gecreëerd dat in overeenstemming is met de mensenrechtelijke bepalingen. Er bestaan reeds verschillende systemen in België die als basis daartoe kunnen dienen. Het gaat om de cascaderегeling in de wet patiëntenrechten¹⁹, de cascaderегeling in het erkenningsbesluit voor voorzieningen van het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap (hierna afgekort: VAPH-voorziening)²⁰ en de zaakwaarneming²¹. In de wet patiëntenrechten wordt bepaald dat in het geval er ofwel geen vertegenwoordiger is aangeduid ofwel deze niet optreedt de rechten van de patiënt in dalende volgorde worden uitgeoefend door de samenwonende echtgeno(o)t(e) of partner, een meerderjarig kind, een ouder, een meerderjarige zus of broer.²² Het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen kent een gelijkaardige regeling.²³ Aan de hand van de zaakwaarneming kan een derde vrijwillig iemands zaak waarnemen en beslissingen nemen.²⁴ Een systeem met elementen uit deze figuren zou ervoor kunnen zorgen dat iedereen die de wilsbekwaamheid verliest van rechtswege beschermd kan worden. Dat zou betekenen dat wanneer iemand nog geen zorgvolmacht heeft opgesteld, er toch een wettelijke basis is voor het nemen van beslissingen.

§2. Onderzoeksvragen en relevantie van het onderzoek

5. De centrale onderzoeksvraag luidt: "Hoe zou een wettelijk kader voor de ondersteuning van volwassenen die niet in staat zijn om hun belangen te behartigen en geen regeling hieromtrent hebben getroffen in overeenstemming met art. 12 IVRPH er kunnen uitzien?" Om op deze vraag een antwoord te kunnen bieden, wordt er eerst een antwoord gegeven op de volgende subonderzoeksvragen:

- Welke mensenrechtelijke verplichtingen vloeien voort uit artikel 12 IVRPH?
- Voldoen de huidige civielrechtelijke beschermingsmaatregelen aan deze mensenrechtelijke verplichtingen?

¹⁸ Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap 13 december 2006, *BS* 13 mei 2009; General comment no. 1 (2014), Article 12, Equal recognition before the law (19 mei 2014), *Un Doc.* CRPD/C/GC/1, (2014).

¹⁹ Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002. (Hierna afgekort: wet patiëntenrechten)

²⁰ B.VI.Reg. 4 februari betreffende de algemene erkenningsvoorwaarden en kwaliteitszorg van voorzieningen voor opvang, behandeling en begeleiding van personen met een handicap, *BS* 12 april 2016. (hierna afgekort: erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen)

²¹ Art. 5.127 BW.

²² Art. 14, § 3 wet patiëntenrechten.

²³ Art. 2 erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²⁴ Art. 5.127 BW.

- Kan ter verbetering van deze bescherming inspiratie worden gevonden in de regeling opgenomen in de wet patiëntenrechten, het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen of de rechtsfiguur van de zaakwaarneming?
- Zijn de vooropgestelde oplossingen inpasbaar en haalbaar in het Belgische rechtstelsel?

6. Dit onderzoek is theoretisch relevant, omdat de mogelijkheid van een alternatieve beschermingsvorm voor wilsonbekwame personen onderzocht wordt.²⁵ Deze bescherming kan een oplossing bieden om het Belgische recht in overeenstemming te brengen met de bepalingen van het IVRPH. Dit onderzoek is ook praktisch relevant. Door de vergrijzing zal het aantal personen die wilsonbekwaam worden stijgen. In dit onderzoek worden aan de beleidsmaker enkele kapstokken aangereikt die een gepaste reactie kunnen zijn op de vergrijzing. De creatie van een wettelijke bescherming draagt bij tot een betere bescherming. Daarnaast kan het leiden tot een verdere verlaging van de druk op de rechtbanken, doordat er in minder situaties een gerechtelijke bescherming zal moeten worden aangevraagd. Daarbij is het ook relevant voor de betrokken partijen zelf, omdat ze door de bijkomende bescherming niet naar de rechter moeten stappen, waardoor ze zich minder zorgen moeten te maken.²⁶

§3. Gehanteerde methodologie

7. Dit onderzoek zal een aanbeveling formuleren over een alternatieve bescherming voor meerderjarige personen in een kwetsbare situatie. Om dit doel te bereiken zal er een interdisciplinaire aanpak worden gehanteerd waarbij er een beroep wordt gedaan op de methode van rechtsdogmatisch onderzoek en methoden uit sociaal-wetenschappelijk onderzoek.

In het rechtsdogmatisch onderzoek zullen volgende stappen worden gezet: het beschrijven van het mensenrechtelijk kader, het beschrijven en evalueren van het huidige Belgische systeem, de vergelijking en evaluatie van de alternatieve beschermingsmechanismen en als laatste stap het formuleren van een aanbeveling.

Een eerste stap bestaat uit de beschrijving van het mensenrechtelijke kader. Hier wordt antwoord gegeven op de eerste subonderzoeksvraag. Het doel van dit onderzoek is om een aanbeveling te formuleren in overeenstemming met art. 12 IVRPH. Dit artikel zal dan ook dienen als vertrekpunt van de beschrijving. De werken van het Comité zijn een belangrijke aanvulling op de tekst van het artikel. Het Comité kan *general comments* aannemen, landenrapporten opstellen en klachten behandelen.²⁷ In *General Comment no.1* geeft het Comité een globale interpretatie van de bepalingen uit art. 12 IVRPH. De visie van het Comité over de interpretatie wordt in dit document

²⁵ L. KESTEMONT, P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY (red.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2020, 23.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ C. JANSSENS, S. MIRGAUX, S. SMIS en K. VAN LAETEM, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 181-183; H. KELLER en L. GROVER, "General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy" in H. KELLER en G. ULFSTEIN (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge, CUP 2012, (116) 116-117; G. ULFSTEIN, "Individual Complaints" in H. KELLER en G. ULFSTEIN (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge, CUP 2012, (73) 92.

beschreven, daardoor staat *General Comment no. 1* centraal in de bespreking. In de bespreking wordt ook de relevante rechtsleer betrokken. In de rechtsleer worden bepaalde beginselen uit art. 12 verduidelijkt. Ook de kritiek op de bepalingen van het IVRPH komt aan bod. De kritiek legt de pijnpunten van het verdrag bloot. Uit de bespreking van de kritiek kunnen bepaalde oplossingen worden gehaald. Op basis van de interpretatie van art. 12 worden bepaalde evaluatiecriteria opgesteld. Deze criteria worden doorheen het onderzoek gebruikt om de verschillende systemen te evalueren.

Een tweede deel van het onderzoek bestaat uit de beschrijving en de evaluatie van het huidige Belgische systeem. In dit deel wordt een antwoord gegeven op de tweede subonderzoeksvraag. De beschrijving start bij de wettelijke basis van de verschillende beschermingsystemen in het Belgische recht. Deze bespreking wordt verder aangevuld met rechtspraak en met rechtsleer. Het is niet de bedoeling om alle systemen tot in de details uit te werken. Het is vooral bedoeld als overzicht van het huidige Belgische systeem. Dit hoofdstuk bestaat uit de beschrijving van een onderdeel gevolgd door de evaluatie van het besproken onderdeel. Op deze manier worden de verschillende evaluaties duidelijk onderscheiden.

In het derde deel van het onderzoek worden verschillende alternatieve beschermingsmechanismen vergeleken en geëvalueerd. Hier wordt antwoord gegeven op de derde subonderzoeksvraag. In deze mechanismen wordt inspiratie gezocht voor het uitwerken van de aanbeveling. De mechanismen die worden vergeleken zijn: de cascaderегeling in de wet patiëntenrechten, de cascaderегeling in het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen en de figuur van de zaakwaarneming. Al deze figuren maken het mogelijk voor bepaalde personen om op te treden voor een andere persoon zonder dat ze hiervoor werden aangeduid. Uit deze systemen kunnen elementen worden gehaald die als basis kunnen dienen voor het uitwerken van de aanbeveling. Het vertrekpunt voor de bespreking is voor elk van de figuren hun wettelijke basis, namelijk art. 14 van wet patiëntenrechten, art.2 van het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen en art. 5.127 e.v. BW. Verder zullen ook de rechtspraak en rechtsleer worden gebruikt als aanvulling op de bepalingen uit de wet of het besluit. Na een verkenning van enkele systemen in het buitenland en Belgische systemen ging mijn voorkeur uit naar een interne rechtsvergelijking. De systemen zijn gekend in het Belgische recht en zijn er al in ingepast. Verder bestaat er over deze systemen ook reeds rechtspraak en rechtsleer, waardoor er op de bestaande doctrine kan worden teruggevallen. Dit is niet het geval bij het overnemen van een systeem uit een ander rechtstelsel. De resultaten uit de rechtsvergelijking zullen ook worden geëvalueerd. Het doel hiervan is om te bepalen welke elementen kunnen worden gebruikt in de aanbeveling.

Als laatste onderdeel worden de resultaten van het derde en het vierde onderdeel samen verwerkt tot een aanbeveling. In dit onderdeel wordt een antwoord gegeven op de laatste subonderzoeksvraag.

Het sociaal-wetenschappelijk onderzoek vormt een aanvulling op de tweede en de derde onderzoeksvraag. Daarnaast wordt er een antwoord gegeven op de laatste subonderzoeksvraag. Het doel van dit deel is om de mening van actoren uit de praktijk te achterhalen over: de principes uit

het mensenrechtelijk kader, mogelijke wijzigingen van het huidige Belgische systeem en de voorgestelde aanbeveling. Deze inzichten zijn belangrijk bij de uitwerking van de uiteindelijke aanbeveling. Daarnaast wordt op basis van de antwoorden de inpasbaarheid en de haalbaarheid van het voorgestelde systeem beoordeeld. Door middel van het sociaal-wetenschappelijk onderzoek kunnen actoren uit de praktijk betrokken worden bij dit onderzoek.²⁸ Er werd gekozen voor gestructureerde diepte-interviews. Er werd gebruikgemaakt van een vooropgestelde vragenlijst.²⁹ Door de vragenlijst kwamen steeds dezelfde vragen aan bod de vergelijking van de antwoorden bevorderde. Daarnaast bood de vragenlijst ook een houvast bij het interviewen. De mening van de actoren uit de praktijk staan centraal binnen dit onderzoek. Er werd om deze reden dan ook uitsluitend gewerkt met vragen die polsten naar de mening van de actoren. De principes uit het mensenrechtelijk kader werden geoperationaliseerd, zo was het voor de actoren mogelijk om zonder uitgebreide voorkennis hun mening te geven over deze principes. Voor de vragen over het Belgische recht was dit niet nodig aangezien de geïnterviewden hierover een betere kennis hadden. Als laatste deel werd eerst de uitgewerkte oplossing voorgesteld. Er werden dan vragen gesteld over de inpasbaarheid en de haalbaarheid van de oplossing in het Belgische rechtsstelsel.

Er werden zes interviews afgenomen, dit bij drie notarissen en drie vrederechters. Er werd gekozen voor de beroepsgroep van de notaris omdat ze belangrijk zijn bij de buitengerechtelijke bescherming van personen. De vrederechter treedt op bij conflicten over de buitengerechtelijke bescherming en is daarnaast de bevoegde rechter voor de gerechtelijke bescherming van kwetsbare personen. Naast de vergelijking op basis van de beroepsgroepen werd er ook vooropgesteld om te vergelijken op basis van leeftijd en anciënniteit. Het proces om geïnteresseerden te vinden verliep echter moeizaam. Hierdoor werd tijdens het selectieproces als enige criterium de beroepsgroep gebruikt.

De interviews werden opgenomen. Eén van de geïnterviewden ging niet akkoord met een opname, van dit interview werden notities gemaakt. De opnames werden vervolgens getranscribeerd. Deze transcripties werden daarna vergeleken. Er is slechts een beperkt aantal interviews afgenomen, hierdoor kunnen de resultaten van de vergelijking niet worden veralgemeend. Verder was er door het kleine aantal geïnterviewden ook slechts een kleine verscheidenheid aan antwoorden. Bij de meeste vragen waren er geen grote verschillen merkbaar op basis van de beroepsgroepen, het gender en de anciënniteit. Het zijn de persoonlijke opvattingen van de geïnterviewden die aanleiding geven tot de verschillende antwoorden.

§4. Opbouw van het onderzoek

8. Het onderzoek bestaat uit vijf delen. In het eerste deel wordt er een begrippenkader opgesteld. In het tweede deel wordt het mensenrechtelijk kader besproken. Hierin wordt eerst kort de evolutie van de visie op de bescherming van personen met een handicap besproken. Daarna wordt art. 12 geanalyseerd aan de hand van *General Comment no. 1*. Ook de kritiek op het mensenrechtelijk

²⁸ B. MEULEMAN en H. ROOSE, *Kennis maken methodologie voor sociale wetenschappers*, Gent, Skribis, 2021, 316-327.

²⁹ Zie Bijlage 1, 79; B. MEULEMAN en H. ROOSE, *Kennis maken methodologie voor sociale wetenschappers*, Gent, Skribis, 2021, 323.

kader wordt besproken. Uit deze bespreking worden evaluatiecriteria afgeleid. In het derde deel wordt het Belgische systeem geëvalueerd. De verschillende vormen van bescherming worden eerst besproken en vervolgens geëvalueerd. In het vierde deel worden verschillende alternatieve beschermingsmechanismen met elkaar vergeleken. Het deel start met de voorstelling van elk van de figuren. Daarna worden de rechtsfiguren vergeleken op basis van volgende kenmerken: de beoordeling over de bekwaamheid, de vertegenwoordiger, de beslissingsstandaard en de controlemechanismen. Als laatste stap is er de evaluatie van de figuren. In het laatste deel worden er aanbevelingen gedaan. Eerst worden de resultaten van het sociaal-wetenschappelijk onderzoek besproken. Deze resultaten worden besproken per vraag. Op basis van de resultaten uit het rechtsdogmatisch onderzoek en het sociaal-wetenschappelijk worden aanbevelingen geformuleerd.

DEEL I. Gehanteerd begrippenkader

9. OMKADERING – Het is belangrijk om een duidelijk kader uit te werken waarin de begrippen worden uitgelegd. De begrippen in het kader van de bescherming van personen worden namelijk vaak niet consistent gebruikt. Ook bestaan er soms verschillen tussen de invulling van de begrippen in de verschillende rechtstelsels.

10. FEITELIJKE BEKWAAMHEID – Met de feitelijke bekwaamheid wordt de mogelijkheid van een persoon om handelingen te stellen bedoeld. De feitelijke bekwaamheid bestaat uit verschillende soorten bekwaamheden: de mogelijkheid om een materiële handeling te stellen (zoals schrijven), de mogelijkheid om rechtshandelingen te stellen (zoals overeenkomsten aangaan) en schuldbekwaamheid (beseft de persoon de gevolgen van zijn daden). Binnen deze masterproef staat de feitelijke onbekwaamheid om rechtshandelingen te stellen centraal. De feitelijke bekwaamheid is geen juridisch bepaald begrip, maar gaat over de toestand van een persoon in realiteit.³⁰ Een wilsbekwaamheid kan tot het gevolg hebben dat een persoon feitelijk onbekwaam is om een handeling te stellen.³¹

11. RECHTSBEKWAAMHEID – Rechtsbekwaamheid is de mogelijkheid om te beschikken over rechten en plichten. Binnen ons rechtssysteem heeft iedereen rechten en plichten, bijgevolg is iedereen rechtsbekwaam. Er zijn echter wel enkele situaties waarin personen niet volledig rechtsbekwaam zijn. Sommige strafrechtelijke veroordeelden of vreemdelingen in België zijn in vergelijking met personen met de Belgische nationaliteit niet volledig rechtsbekwaam. Daarnaast kan er ook rechtsonbekwaamheid zijn voor een specifieke soort rechtsverhouding, bv. onwaardigheid om te erven die volgt uit de wet (art. 4.6 1° BW) en de principiële onbekwaamheid van artsen en zorgverstrekkers om te kunnen erven uit een testamentaire beschikking uitgaande van een persoon aan wie zij zorg hebben verstrekt (art. 4.137 BW). Een laatste categorie van uitzonderingen gaat over ontzettingen van rechten die door een rechter worden uitgesproken, bv. onwaardigheid om te erven (art. 4.6 2° en 3° BW) en de ontzetting van de voogdij (art. 32-33 Jeugdbeschermingswet).³²

12. HANDELINGSBEKWAAMHEID – Handelingsbekwaamheid is de mogelijkheid van een persoon om zelf en zelfstandig zijn rechten en plichten uit te oefenen (art. 491 oud BW). Dat betekent dat een handelingsbekwaam persoon zelf contracten kan sluiten of zelf een rechtszaak kan starten. In principe is ieder meerderjarig persoon volledig handelingsbekwaam.³³

³⁰ C. DECLERCK, P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2022, 43.

³¹ Zie *infra* nr. 13.

³² C. DECLERCK, P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2022, 44-45; J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 5.

³³ Art. 488 oud BW; Cass. 18 oktober 2018, C.17.0297.F; C. DECLERCK, P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2022, 46; J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 5.

13. WILSONBEKWAAMHEID – Art. 488/1 oud BW bepaalt: “De meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is zonder bijstand of andere beschermingsmaatregel zijn belangen van vermogensrechtelijke of niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen, kan onder bescherming worden geplaatst, indien en voor zover de bescherming van zijn belangen dit vereist.” Voorbeelden van wilsonbekwame personen zijn: personen met dementie, personen met een hersenletsel of personen die in een coma liggen.³⁴ De gezondheidstoestand van de persoon kan er dus voor zorgen dat een persoon feitelijk niet in staat is om een handeling aan te gaan.

14. PERSONEN MET EEN HANDICAP – Artikel 1 van het IVRPH bepaalt: “Personen met een handicap omvat personen met langdurige fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving”.³⁵ In de preambule van het verdrag staan twee punten die een aanvulling vormen op deze definitie. In punt e. staat dat handicap geen vast begrip is maar “aan verandering onderhevig is en voortvloeit uit de wisselwerking tussen personen met functiebeperkingen en sociale en fysieke drempels die hen belet ten volle, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving”. Handicap is dus een begrip dat voortdurend in evolutie is.³⁶ In punt i. staat dat de staten rekening dienen te houden met de grote diversiteit aan personen met een handicap.³⁷

15. SUBSTITUTE DECISION-MAKING – Traditioneel wordt *substitute decision-making* gedefinieerd als het nemen van een beslissing door een derde partij voor de beschermde persoon. Het staat los van de wil en de voorkeuren van de persoon.³⁸ Het begrip wordt door het Comité anders ingevuld. Er is sprake van *substitute decision-making* in de volgende gevallen: 1° wanneer de handelingsbekwaamheid van de persoon wordt beperkt; 2° wanneer een derde, die beslissingen neemt, kan worden aangeduid door iemand anders dan de persoon zelf en dat dit kan worden gedaan tegen de wil van de persoon in; 3° wanneer er beslissingen kunnen worden gemaakt door de derde op basis van het belang van de beschermde persoon en niet op basis van zijn wil en voorkeuren.³⁹

16. SUPPORTED DECISION-MAKING – Volgens het Comité bestaat *supported decision-making* uit het ondersteunen van de beschermde persoon. Deze ondersteuning kan vele vormen aannemen. Zo kan het gaan om een vertolking van de wil en voorkeuren van de persoon, het vertegenwoordigen van de persoon of het opleggen van verplichtingen aan sectoren zodat kwetsbare personen zelf en zelfstandig hun rechten kunnen uitoefenen. Deze ondersteuning dient altijd te gebeuren volgens de wil en de voorkeuren van de persoon.⁴⁰

³⁴ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. Wuyts, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 5.

³⁵ Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap 13 december 2006, BS 13 mei 2009.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ T. OPGENHAFFEN, “The Universal Right to Legal Capacity—Clearing the Haze”, *Human Rights Law Review* 2022, (1) 5.

³⁹ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 28.

⁴⁰ T. OPGENHAFFEN, “The Universal Right to Legal Capacity—Clearing the Haze”, *Human Rights Law Review* 2022 (1) 5; Zie *infra* nr. 29.

DEEL II. De bescherming volgens het IVRPH

17. OMKADERING – In dit deel zal een antwoord worden gegeven op de eerste subonderzoeksvraag: “Welke mensenrechtelijke verplichtingen vloeien voort uit artikel 12 IVRPH?” Eerst wordt kort de evolutie van de visie over de bescherming van personen met een handicap besproken. Daarna volgt een analyse van art. 12 IVRPH volgens *General Comment no.1*. Deze analyse wordt verder aangevuld met rechtsleer en bepalingen uit de landenrapportages van het Comité. In een volgend hoofdstuk wordt de kritiek besproken die geuit wordt op de interpretatie door het Comité. Op het einde van dit deel worden de evaluatiecriteria uitgewerkt.

HOOFDSTUK I. IVRPH

18. EVOLUTIE – Bij de eerste mensenrechtelijke bepalingen over personen met een handicap lag de focus op de bescherming van de personen, dat ging gepaard met beslissingen over de wilscapaciteit van deze personen. Er werden aan personen met een handicap slechts rechten toegekend voor zover dit haalbaar werd geacht. De focus lag duidelijk op de traditionele vertegenwoordiging van personen.⁴¹

Het IVRPH heeft een ander uitgangspunt. Binnen het verdrag geldt dat personen met een handicap de grondrechten op een identieke wijze moeten kunnen uitoefenen als personen zonder handicap.⁴² Er was een beweging merkbaar van het medische model naar het maatschappelijke model om naar een handicap te kijken.⁴³ In het medisch model werd gekeken naar de handicap als het probleem, de nadruk werd gelegd op de aandoening die deze personen hadden.⁴⁴ In dat model werd de bescherming van personen met een handicap dan ook bekeken als het genezen, behandelen, verzorgen en beschermen van de persoon, zodat ze passen binnen de geldende sociale norm.⁴⁵ Door deze visie wordt de idee gecreëerd dat het de beperking is die ervoor zorgt dat de personen beperkt worden in hun leven. Er wordt echter vergeten dat de maatschappelijke omgeving ook een invloed heeft.⁴⁶

Het IVRPH is gebaseerd op een sociale visie die hieraan tegemoet wil komen. De handicap geldt niet langer als het startpunt. Het is de maatschappelijke context die voortaan als basis voor de

⁴¹ Art. 1 en 5 Resolution 2856 of the General Assembly on the Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons (20 december 1971); O. LEWIS, *Legal Capacity in international Human Rights Law*, Leiden, Universiteit Leiden, 2015, 44.

⁴² General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), § 5; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 79.

⁴³ S. VAN DAMME, “Recht op arbeid voor personen met handicap. Het recht op redelijke aanpassingen als hoeksteen”, *NJW* 2015, (882) 884; P. BARTLETT, “The United Nations Conventions on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law”, *Modern Law Review* 2012, (752) 758.

⁴⁴ P. FRENCH en R. KAYESS, “Out of the darkness into light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review* 2008, (1) 5.

⁴⁵ M. OLIVER, *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Basingstoke, Hampshire: Macmillan, 1996, 15.

⁴⁶ P. FRENCH en R. KAYESS, “Out of the darkness into light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review* 2008, (1) 6.

bescherming van deze personen wordt genomen.⁴⁷ In de traditionele visie was de persoon diegene die zich moest aanpassen aan de maatschappij. In de visie van het IVRPH moet de maatschappij worden aangepast, zodat personen erin kunnen functioneren ook al hebben ze een handicap.

Centraal staat er binnen het IVRPH dat personen met een handicap een volledig genot moeten hebben van hun mensenrechten op een gelijke manier als anderen en dat hun mensenrechten verder gepromoot en beschermd moeten worden.⁴⁸ Naast deze centrale doelstelling heeft het IVRPH nog verschillende andere doelstellingen die in de preambule worden geschreven, zoals de erkenning van het belang van de integratie van vraagstukken die gerelateerd zijn aan een handicap in het beleid, ervoor te zorgen dat discriminatie tegen personen met een handicap verdwijnt en ervoor te zorgen dat personen met een handicap die in armoede leven worden bijgestaan.⁴⁹

HOOFDSTUK II. Analyse van art. 12 IVRPH

19. INTERPRETATIE ART. 12 – Artikel 12 bepaalt dat personen met een handicap gelijk moeten zijn voor de wet. Het Comité interpreteert dat artikel op een verregaande manier. In *General Comment no. 1* geeft het Comité duiding over de interpretatie van het artikel.

20. ART. 12 PARAGRAAF 1 – Luidens artikel 12, paragraaf 1 moeten personen met een handicap in elke lidstaat als persoon erkend worden voor de wet. Elke persoon heeft rechten en plichten, zonder rechten en plichten is het niet mogelijk om juridisch bekwaam te zijn.⁵⁰

21. ART. 12 PARAGRAAF 2 – Luidens artikel 12, paragraaf 2 moeten personen met een handicap in alle aspecten van het leven op een gelijke wijze juridisch bekwaam zijn in vergelijking met anderen. Ze moeten de mogelijkheid hebben om drager te zijn van rechten en plichten, dat houdt ook in dat hun rechten verdedigd worden door het rechtssysteem. Daarnaast moeten personen met een handicap ook handelingen kunnen stellen. Dit maakt het mogelijk voor deze personen om transacties aan te gaan of om overeenkomsten te stellen, te wijzigen of te beëindigen. Het recht om zichzelf te vertegenwoordigen komt voort uit paragraaf drie van artikel 12 IVRPH. Het Comité bepaalt dat er een onderscheid gemaakt dient te worden tussen de juridische bekwaamheid enerzijds en de wilsbekwaamheid anderzijds. De juridische bekwaamheid bestaat uit de rechtsbekwaamheid en de handelingsbekwaamheid, zonder deze bekwaamheden is het voor een persoon niet mogelijk om op betekenisvolle manier deel te nemen aan de samenleving. De wilsbekwaamheid van een persoon verwijst naar zijn capaciteiten om beslissingen te maken, met inbegrip van verschillende factoren zoals sociale en omgevingsfactoren. In art. 12 wordt er een duidelijk onderscheid gemaakt tussen

⁴⁷ J. DAMAMME, "Les définitions du handicap" in I. HACHEZ en J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap: De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, (121) 131.

⁴⁸ A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Morsel, Intersentia, 2014, 38.

⁴⁹ Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap 13 december 2006, BS 13 mei 2009; A. D'ESPALLIER, S. SOTTIAUX en J. WOUTERS, *doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Morsel, Intersentia, 2014, 38.

⁵⁰ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 3.

de twee bekwaamheden. Uit dat onderscheid vloeit voort dat een beperking van de juridische bekwaamheid louter op basis van een wilsonbekwaamheid altijd onwettig zal zijn.⁵¹

Volgens het Comité is de juridische bekwaamheid inherent aan het feit dat iemand een persoon is. Bij personen met een handicap wordt de handelingsbekwaamheid vaak beperkt. Volgens het Comité is deze beperking in strijd met art. 12 omdat het begrip wilsbekwaamheid op zich zeer omstreden is. In tegenstelling tot wat door velen wordt aangenomen, is wilsonbekwaamheid geen objectief, wetenschappelijk en natuurlijk verschijnsel. Wilsbekwaamheid hangt af van de sociale en mentale capaciteit en is daarnaast afhankelijk van de sociale en maatschappelijke context. Daarnaast hebben ook de disciplines, beroepen en praktijken, die een dominante rol spelen bij de beoordeling van wilsbekwaamheid, een invloed.⁵²

Het Comité merkt op dat in de meeste staten, die het bestudeerd heeft, het onderscheid tussen de juridische bekwaamheid en de wilsbekwaamheid niet altijd duidelijk wordt gemaakt. In veel staten is het mogelijk om de juridische bekwaamheid van een persoon te beperken, louter omdat zijn capaciteit om beslissingen te nemen is aangetast. Het Comité beschrijft drie verschillende gronden waarop staten beslissen om de juridische bekwaamheid van een persoon te beperken. Een eerste benadering is de statusbenadering. Bij deze benadering wordt op basis van vooraf bepaalde kenmerken de handelingsbekwaamheid beperkt. De wil van personen met deze kenmerken zou onbetrouwbaar zijn en zouden daarom niet kunnen leiden tot een geldige beslissing. De wilsonbekwaamheid, een handicap of een beperking kunnen voorbeelden zijn van zo een kenmerk.⁵³ Bij de tweede benadering kan er een handelingsonbekwaamheid worden uitgesproken, wanneer de beslissingen van een persoon leiden tot negatieve gevolgen voor hem, dit is de gevolgafhankelijke benadering.⁵⁴ De laatste benadering is de functionele benadering.⁵⁵ Bij de functionele benadering wordt er nagegaan of een persoon nog wilsbekwaam is. Indien dat niet het geval is wordt zijn handelingsbekwaamheid beperkt. Er wordt nagegaan of de persoon de gevolgen en de aard van zijn beslissing begrijpt en/of deze persoon de relevante informatie kan afwegen of kan gebruiken. Het Comité vindt dat de functionele benadering op twee vlakken tekortkomt: de toepassing is discriminerend ten opzichte van personen met een handicap en bij de beoordeling wordt ervan uitgegaan dat het mogelijk is om de wilsbekwaamheid nauwkeurig te testen. Wanneer er wordt bepaald dat een persoon wilsonbekwaam is, dan wordt deze persoon een fundamenteel mensenrecht ontzegd, namelijk gelijkheid voor de wet. Verder wordt bij alle benaderingen de handicap en/of de beperking van de capaciteit om beslissingen te nemen voldoende geacht om een persoon zijn handelingsbekwaamheid af te nemen. Dat is volgens het Comité een discriminerende grond en is daarom onwettig. Er dient een systeem te worden gebruikt dat bestaat uit het ondersteunen van

⁵¹ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 3, §13.

⁵² General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 3.

⁵³ T. OPGENHAFFEN, "The Universal Right to Legal Capacity—Clearing the Haze", *Human Rights Law Review*, 2022, 22, (1) 7.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

wilsonbekwame personen bij het maken van beslissingen en niet een systeem waar de handelingsbekwaamheid van de wilsonbekwame persoon beperkt wordt.⁵⁶

22. ART. 12 PARAGRAAF 3 – Luidens artikel 12, paragraaf 3 is er een verplichting voor de lidstaten om passende maatregelen te nemen om personen met een handicap toegang te verschaffen tot de ondersteuning die zij mogelijk behoeven bij de uitoefening van hun rechts- en handelingsbekwaamheid. Personen met een handicap moeten de nodige ondersteuning krijgen, zodat ze rechtsgeldige beslissingen kunnen nemen. Het uitgangspunt van de ondersteuning dient de rechten, de wil en de voorkeuren van de persoon te zijn. Het mag niet louter gaan om een vorm van *substitute decision-making*. Het Comité laat de vormgeving van de ondersteuning over aan de lidstaten, er worden wel voorbeelden gegeven van de verschillende vormen van ondersteuning. Het is bv. mogelijk om te werken met informele of formele ondersteuningsregelingen, op deze manier kan een persoon kan worden vertegenwoordigd door een persoon die wordt aangesteld (formeel) of door een persoon die optreedt wanneer er geen aangestelde persoon is (informeel). Er wordt ook gesteld dat de ondersteuning kan gebeuren door algemene voorschriften aan bepaalde sectoren, bv. door financiële instellingen informatie op een begrijpbare manier beschikbaar te laten stellen. Daarnaast kunnen alternatieve communicatiemiddelen worden ontwikkeld en gebruikt voor personen die een vorm van non-verbale communicatie hanteren. Daarnaast kan de ondersteuning ook de vorm aannemen van een zorgplanning. Personen met een handicap leggen vaak zaken op voorhand vast. Wanneer er zich dan een situatie voordoet van wilsonbekwaamheid kunnen de geplande zaken nog steeds doorgaan. Doordat deze zaken nog kunnen doorgaan staan de personen met een handicap op gelijke voet met anderen. Daarbij is het belangrijk dat de voorgenomen beslissingen enkel niet doorgaan indien de persoon dat niet wil en niet omwille van zijn wilsonbekwaamheid.

De ondersteuning mag voor elke persoon er anders uitzien, zolang het voldoet aan de noden van de persoon met de handicap. De ondersteuning dient wel te allen tijde rekening te houden met de individuele autonomie en de capaciteit van de persoon om zijn eigen keuzes te maken. Voor personen met een handicap geldt de vertegenwoordiging als een recht, ze kunnen kiezen of ze hun recht willen uitoefenen of niet. Personen met een handicap blijven volgens het Comité altijd juridisch bekwaam en kunnen altijd zichzelf vertegenwoordigen.⁵⁷

23. ART. 12 PARAGRAAF 4 – Luidens artikel 12, paragraaf 4 moeten de lidstaten maatregelen nemen om passende en doeltreffende waarborgen te voorzien die misbruik voorkomen. Het voornaamste doel van deze waarborgen is om te verzekeren dat de rechten, de wil en de voorkeuren van de persoon worden gerespecteerd. De waarborgen moeten ervoor zorgen dat de personen op gelijke voet staan met anderen. Dat kan bereikt worden wanneer de waarborgen vrij zijn van conflicterende belangen of onbehoorlijke beïnvloeding, proportioneel en aangepast zijn aan de omstandigheden van de persoon in kwestie, van toepassing zijn gedurende een zo kort mogelijke

⁵⁶ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 3-4.

⁵⁷ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 4-5.

periode en onderworpen zijn aan een regelmatige beoordeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige autoriteit of gerechtelijke instantie.

Indien het niet mogelijk is om de wil of voorkeuren van de persoon die ondersteund wordt te achterhalen, mag de *best interest* niet worden gebruikt om een beslissing te nemen. Beslissingen die worden gemaakt in het belang van de persoon respecteren mogelijks niet de rechten, de wil of de voorkeuren van de persoon. Bij het nemen van beslissingen zal dus altijd rekening moeten worden gehouden met de wil en de voorkeuren van de persoon.⁵⁸

Er dienen ook waarborgen te zijn voor vormen van ongepaste beïnvloeding. Voor personen die ondersteund worden is de kans namelijk groter dat ze beïnvloed worden. De waarborgen moeten ervoor zorgen dat bij de ondersteuning geen ongepaste beïnvloeding door een vorm van angst, agressie, bedreiging, bedrog of manipulatie is. Ook deze waarborg moet rekening houden met de rechten, de wil en de voorkeuren van de persoon, daaronder valt ook het recht van de persoon om risico's te nemen en om fouten te maken.⁵⁹

24. ART. 12 PARAGRAAF 5 – Luidens art. 12, paragraaf 5 moeten de lidstaten verzekeren dat personen met een handicap hun rechten kunnen uitoefenen in financiële en economische aangelegenheden en dat op gelijke voet met anderen. Staten kunnen dit bereiken door wetgevende, administratieve, gerechtelijke of andere praktische maatregelen te nemen. Personen met een handicap kunnen niet de toegang tot financiën en eigendom ontzegd worden. In het traditionele medische model was dit wel mogelijk. Bij de toegang tot financiële goederen en eigendom dienen de personen ondersteund te worden zoals bepaald in paragraaf drie. Het hebben van een handicap mag niet de basis zijn voor discriminatie op het gebied van financiën en eigendom.⁶⁰

25. PRAKTIJK – Bij de implementatie van de principes uit *General Comment no.1* komen er in de praktijk verschillende vragen naar boven. Het is niet het doel van dit werk om deze vragen op te lossen. Het doel is om de visie van het Comité te verduidelijken zonder te diep in te gaan op de discussies die plaatsvinden in de rechtsleer.

26. VERTEGENWOORDIGING – Bij het lezen van de principes uit *General Comment no. 1* kan tot de conclusie worden gekomen dat het niet meer mogelijk is om een persoon te vertegenwoordigen. Ondanks dat er wordt afgezien van concepten van vertegenwoordiging en wilsonbekwaamheid, blijft het echter wel mogelijk dat iemand wordt vertegenwoordigd.⁶¹ De vertegenwoordiging gebeurt op basis van de rechten, de wil en de voorkeuren van de persoon. Zonder vertegenwoordiging zou het mogelijk zijn dat mensen die hun wil niet kunnen uitdrukken aan

⁵⁸ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 5.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 5-6.

⁶¹ O. LEWIS, *Legal Capacity in international Human Rights Law*, Leiden, Universiteit Leiden, 2015, 95; F. CALLARD, R. DAW en G. SZMUKLER, "Mental Health Law and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Int'l J.L. & Psychiatry* 2014, (245) 249; P. BARTLETT, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Future of Mental Health Law", *Psychiatry* 2009, (496) 498.

hun lot worden overgelaten. Een persoon kan zich altijd uit vrije wil laten vertegenwoordigen.⁶² Daarnaast is het ook mogelijk voor een derde om te handelen voor een persoon.⁶³ Deze vertegenwoordiging is geldig wanneer er aan twee voorwaarden is voldaan: na ondersteuning is de geuite wil en voorkeur niet voldoende betrouwbaar en de vertegenwoordiger baseert zich op de wil en voorkeuren die vooraf geuit werden of probeert de wil en voorkeuren van de persoon te achterhalen.⁶⁴

27. VERTEGENWOORDIGER – Het IVRPH stelt enkele voorwaarden aan de vertegenwoordiging. Het principe is dat de persoon zijn rechten behoudt en deze ook zelf kan uitoefenen.⁶⁵ Bij de vertegenwoordiging zal dus steeds de afweging moeten worden gemaakt of de beschermde persoon zelf kan optreden. De vertegenwoordiger kan dus enkel optreden indien hij dit strikt nodig acht.⁶⁶ De vertegenwoordiger moet bij de ondersteuning de wil en voorkeuren van de persoon achterhalen.⁶⁷ Er dient rekening te worden gehouden met elke wilsuïting, ook al gaat het om een op het eerste zicht onbelangrijk iets. De vertegenwoordiger kan nooit zijn wil boven de wil van de vertegenwoordigde plaatsen ook al is het in het belang van de persoon.⁶⁸ Het IVRPH bepaalt ook dat er een controlemechanisme moet worden ontwikkeld dat controleert of de rechten, de wil en de voorkeuren van een persoon niet worden genegeerd of gemanipuleerd.⁶⁹

28. BETROUWBARE WIL EN VOORKEUREN – Binnen het IVRPH wordt de juridische bekwaamheid beoordeeld vanuit de persoon zelf, zo wordt er niet gekeken naar de capaciteiten van de persoon, maar wie de persoon is.⁷⁰ Elke persoon heeft een wil. Een persoon kan zijn wil en voorkeuren altijd duidelijk maken op het moment zelf, maar kan dit ook vooraf doen. Dit kan bijvoorbeeld door een verklaring van voorkeur of door een zorgvolmacht.⁷¹ De geuite wil en voorkeuren mogen echter niet blindelings gevolgd worden, de wil moet ook geldig zijn.⁷² De drie klassieke benaderingen voor de beoordeling van de wil van een persoon worden door het Comité verlaten.⁷³ Dit standpunt kan worden verklaard doordat in het IVRPH de beoordeling van de wilsbekwaamheid niet meer mogelijk is. Een medische beoordeling is volgens het Comité niet mogelijk en kan leiden tot discriminatie.⁷⁴

⁶² General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), § 29.

⁶³ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 21.

⁶⁴ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 110.

⁶⁵ Zie *supra*, nr. 21.

⁶⁶ Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on the Initial Report of the Republic of Korea (29 oktober 2014), *UN Doc. CRPD/C/KOR/CO/1* (2014), § 21; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 82.

⁶⁷ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), § 26.

⁶⁸ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), § 21 en § 29.

⁶⁹ Zie *supra*, nr. 23.

⁷⁰ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), § 17 en § 29.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), § 15.

⁷³ Zie *supra* nr. 21.

⁷⁴ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), § 15.

Het Comité heeft echter wel een probleem gecreëerd door de functionele benadering af te wijzen. Bij de functionele benadering wordt beoordeeld of een persoon nog voldoende bekwaam is op basis van zijn vermogen om de gevolgen en de aard van een beslissing te kunnen inschatten.⁷⁵ Het Comité is echter van oordeel dat deze benadering ook niet gebruikt kan worden om te achterhalen of de wil en voorkeuren van de persoon betrouwbaar zijn, zonder dat er een uitspraak wordt gedaan over de wilsbekwaamheid.⁷⁶ Er moet dus een nieuwe benadering worden ontwikkeld die voldoet aan de eisen van het Comité. Binnen de rechtsleer zijn al enkele van deze systemen ontwikkeld.⁷⁷ BACH en KERZNER beschrijven een systeem waar de geuite wil van een persoon geplaatst moet worden binnen zijn levensverhaal.⁷⁸ Op deze manier kunnen personen nog steeds hun wil uiten, maar is er toch controle mogelijk door personen die bekend zijn met het levensverhaal van de persoon. Binnen de rechtsleer komt er ook op dit model kritiek. Personen worden op deze manier gebonden door hun levensverhaal. Door het gebrek aan een betrouwbare wil en voorkeuren kan het levensverhaal niet meer worden herschreven.⁷⁹ In de rechtsleer en binnen andere organisaties wordt beargumenteerd dat de functionele benadering wel nog kan worden gebruik indien dit ondersteuning tot gevolg heeft.⁸⁰

29. VOORWAARDEN SUPPORTED DECISION-MAKING – Het Comité heeft ook criteria bepaald waaraan een systeem van *supported decision-making* dient te voldoen. Iedereen moet op een gelijke wijze de ondersteuning kunnen krijgen, de graad van ondersteuning mag daarin geen factor zijn. De basis van de ondersteuning is de wil en voorkeur van de persoon. De manier waarop er gecommuniceerd wordt, zeker wanneer het een onconventionele manier van communiceren is, mag geen drempel zijn om ondersteuning te krijgen. Er moet een manier bestaan om de ondersteunende personen, die door de persoon worden gekozen, wettelijk te erkennen, de lidstaten moeten een ondersteuningsstructuur opbouwen die het toegankelijk maakt om ondersteuning te krijgen. In deze structuur moet een mechanisme aanwezig zijn waar een derde partij de ondersteunende personen kan identificeren en ook een mechanisme dat toezicht kan houden op de ondersteunende personen en kan ingrijpen wanneer de ondersteuning niet gebeurt volgens de wil en de voorkeuren van de persoon. De ondersteuning moet voor iedereen toegankelijk zijn. Er mag voor de ondersteuning slechts een kleine bijdrage gevraagd worden, zodat het vermogen van een persoon geen drempel kan vormen. De ondersteuning kan niet leiden tot een beperking van andere rechten en al zeker niet: het recht om te huwen, om wettelijk samen te wonen, om een gezin te

⁷⁵ Zie *supra* nr. 21.

⁷⁶ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), UN Doc. CRPD/C/GC/1 (2014), § 14 en § 29.

⁷⁷ M. BACH en L. KERZNER, A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity, Prepared for the Law Commission of Ontario, 2010; L. BENAROYO en G. WIDDERSHOVEN, "Competence in Mental Health Care. A Hermeneutic Perspective", *Health Care Analysis* 2004, 295-306.

⁷⁸ M. BACH en L. KERZNER, A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity, Prepared for the Law Commission of Ontario, 2010, 60-73.

⁷⁹ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 103.

⁸⁰ Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1 februari 2013), UN Doc. A/HRC/22/53 (2013), § 66; COUNCIL OF EUROPE, Who Gets to Decide? Right to Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2012, 13 en 28-29; M. BURCH, T. JÜTTEN, W. MARTIN. en S. MICHALOWSKI, Achieving CRPD Compliance. Is the Mental Capacity Act of England and Wales Compatible With the UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities? If Not, What Next?, Position Paper Essex Autonomy Project, September 2014, <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2017/01/EAP-Position-Paper-FINAL.pdf>.

stichten, op voortplanting, de ouderlijke rechten, het recht om toestemming te geven voor intieme relaties en medische behandelingen en het recht op vrijheid. Het moet voor de ondersteunde persoon mogelijk zijn om de ondersteuning te weigeren en om de overeenkomst rond de ondersteuning te allen tijde te wijzigen of te beëindigen. Er moeten waarborgen worden gecreëerd die ervoor zorgen dat bij het uitoefenen van de juridische bekwaamheid en bij de ondersteuning altijd de wil en de voorkeuren van de persoon worden gerespecteerd. De mate van ondersteuning mag niet bepaald worden aan de hand van de wilsbekwaamheid van de persoon, dit dient te gebeuren aan de hand van niet-discriminatoire criteria.⁸¹

HOOFDSTUK III. Reacties op het standpunt van het Comité

30. KRITIEK IVRPH – Op de visie van het Comité komt echter kritiek door verschillende andere organisaties. Uit *General Comment no.1* vloeit voort dat een beoordeling van de wilsbekwaamheid altijd discriminerend is.⁸² In de rechtsleer wordt hierop kritiek geuit, omdat op deze manier de beoordeling van het cognitieve vermogen ook niet gebruikt kan worden om te bepalen of de geuite wil en voorkeuren wel betrouwbaar zijn. Er is dus geen bestaand model beschikbaar om de bekwaamheid van een persoon te achterhalen.

In *General Comment no.1* ligt de nadruk op het zelfbeschikkingsrecht. Vertegenwoordigers mogen niet zomaar keuzes maken in de plaats van de persoon. Het zijn de wil en de voorkeuren van de beschermde persoon die bepalen welke beslissingen kunnen worden genomen.⁸³ Personen behouden het recht om risico's te nemen en om fouten te maken, dus hiervoor kunnen personen niet beschermd worden. Wanneer de wil en voorkeuren van de persoon betrouwbaar zijn kan dit leiden tot situaties waarin deze persoon niet beschermd wordt. Zo zou er bijvoorbeeld niet kunnen worden tussengekomen bij een persoon die in een vlaag van manie veel geld uitgeeft.⁸⁴ Daardoor worden de mogelijkheden voor staten om de personen te beschermen beperkter. Personen met een handicap kunnen in deze situatie zichzelf raken juist omdat het IVRPH bepaalt dat de personen hun bekwaamheid te allen tijde behouden.

Sommige auteurs kaarten aan dat door af te stappen van het *substituted decision-making* model er voor sommige kwetsbare personen geen bescherming kan worden gegarandeerd.⁸⁵ Zo is er de situatie van personen die zwaar gehandicapt zijn. Het is mogelijk dat zij geen rechtsgeldige beslissingen kunnen nemen, zelfs wanneer ze ondersteund worden. Ondersteuning zou voor hen

⁸¹ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 7.

⁸² P.S. APPELBAUM, "Protecting the Rights of Persons With Disabilities. An International Convention and Its Problems", *Law and Psychiatry 2016*, (366) 367; O. LEWIS, *Legal Capacity in international Human Rights Law*, Leiden, Universiteit Leiden, 2015, 50; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 82; G. RICHARDSON, "Mental Disabilities and the Law. From Substituted to Supported Decision-Making", *C.L.P.* 2012, (333) 350.

⁸³ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 4-5.

⁸⁴ P.S. APPELBAUM, "Protecting the Rights of Persons With Disabilities. An International Convention and Its Problems", *Law and Psychiatry 2016*, (366) 367.

⁸⁵ M.V. ANTOKOLSKAIA, C. BLANKMAN en H.N. STELMA-ROORDA, "A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands", *Family & Law* 2019, DOI 10.5553/FenR.000037.

geen bescherming bieden.⁸⁶ Daarnaast is het ook mogelijk dat de wil en de voorkeuren van de personen niet gekend zijn en het ook niet mogelijk is om de wil en de voorkeuren te achterhalen.⁸⁷ Volgens GOODING moet het in deze situaties mogelijk blijven om keuzes te maken voor een persoon.⁸⁸ Hij waarschuwt echter voor de mogelijke uitholling van het systeem van *supported decision-making*, wanneer er teveel gewicht wordt gegeven aan voorgaande voorbeelden.⁸⁹ Deze mogelijke uitzonderingen mogen er niet toe leiden dat er in elk afzonderlijk geval maatregelen van *substitute decision-making* worden genomen. Volgens het Comité moeten in eerste instantie de wil en de voorkeuren van de persoon worden achterhaald. Als na een redelijke inspanning de wil en de voorkeuren niet kunnen worden achterhaald, dan zal er een beslissing kunnen worden genomen op basis van wat redelijkerwijs de wil en de voorkeuren van de persoon zouden zijn geweest.⁹⁰

Een hele reeks landen hebben een voorbehoud gemaakt bij art. 12, de meeste van deze landen maken een voorbehoud over het mogen beperken van de handelingsbekwaamheid en het mogen gebruiken van *substitute decision-making*.⁹¹ De lijst lidstaten die een voorbehoud hebben gemaakt bestaat uit: Canada, Egypte, Estland, Frankrijk, Georgië, Ierland, Koeweit, Nederland, Noorwegen, Polen, Singapore, Oezbekistan, Venezuela.⁹² Andere mensenrechtenorganisaties, zoals het Mensenrechtencomité en het VN-Comité tegen foltering, gebruiken in hun landenrapporten nog steeds een beoordeling op basis van bescherming van personen.⁹³

Er komt ook kritiek op de waarborgen die art. 12.4 IVRPH vereist.⁹⁴ De afdoende bescherming uit art. 12.4 kan worden onderverdeeld in verschillende categorieën: waarborgen van de rechten, wil en voorkeuren van de persoon, waarborgen die belangenconflicten vrijwaren en waarborgen die verzekeren dat de persoon niet ongepast wordt beïnvloed.⁹⁵ De waarborgen dienen te voldoen aan een reeks vereisten volgens art. 12.4 IVRPH, hieronder valt een vereisten van proportionaliteit. Dit

⁸⁶ D. LUSH, 'The Civil Law and the Common Law', in: R. FRIMSTON, A. RUCK KEENE, C. VAN OVERDIJK & A.D. WARD (eds.), *The international Protection of Adults*, Oxford - New York: Oxford University Press 2015, 37-52.

⁸⁷ A. ARSTEIN-KERSLAKE en E. FLYNN, "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law", *The International Journal of Human Rights* 2016, (471) 474-477.

⁸⁸ P. GOODING, "Navigating the 'Flashing Amber Lights' of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns", *Human Rights Law Review* 2015, (45) 53.

⁸⁹ P. GOODING, "Navigating the 'Flashing Amber Lights' of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns", *Human Rights Law Review* 2015, (45) 53-54.

⁹⁰ Zie *supra*, nr. 28.

⁹¹ UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Declarations and Reservations*, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en (laatst geconsulteerd op 6 februari 2023); T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 82.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Concluding Observations of the Human Rights Committee on the Second Periodic Report of the Czech Republic (9 augustus 2007), *UN Doc. CCPR/C/CZE/CO/2* (2007), § 17; Approach of the Subcommittee on Prevention on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Regarding the Rights of Persons Institutionalized and Treated Medically without Informed Consent (26 januari 2016), *UN Doc. CAT/OP/27/2* (2016); T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 82.

⁹⁴ M.V. ANTOKOLSKAIA, C. BLANKMAN en H.N. STELMA-ROORDA, "A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands", *Family & Law* 2019, DOI 10.5553/FenR/.000037; C. CAUGHEY, A. HEMSPEY, W. MARTIN, R. MCGREGOR, S. MICHALOWSKI, A. RUCK KEENE, J. STAVERT en A. WARD, *The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity legislation across the UK*, Essex: University of Essex 2016, 7.

⁹⁵ M.V. ANTOKOLSKAIA, C. BLANKMAN en H.N. STELMA-ROORDA, "A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands", *Family & Law* 2019, DOI 10.5553/FenR/.000037.

proportionaliteitsvereiste houdt ook in dat de andere rechten, die in het verdrag bepaald worden, moeten worden geëerbiedigd. Bij het voldoen aan de vereiste van proportionaliteit is het mogelijk dat de rechten van de persoon mogelijk niet overeenkomen met zijn wil en voorkeuren.⁹⁶ Om aan dit punt tegemoet te komen wordt er aangehaald dat er niet met elke geuite wil en voorkeur rekening moet worden gehouden, maar slechts met degene die redelijk controleerbaar zijn.⁹⁷ Hiernaast is er ook nog onduidelijkheid over de invulling van de derde categorie van waarborgen.⁹⁸ Volgens art. 12.4 IVRPH moeten er waarborgen zijn tegen de beïnvloeding van een persoon door angst, agressie, bedreiging, misleiding en manipulatie. Deze waarborgen moeten de rechten, wil en voorkeuren van de personen respecteren, hieronder valt ook het recht om risico's te nemen en om fouten te maken.⁹⁹ Er bestaat nog onduidelijkheid over de inhoud van een ongepaste beïnvloeding en over hoe er moet worden opgetreden bij een ongepaste beïnvloeding.¹⁰⁰

HOOFDSTUK IV. Toetsingscriteria uit de mensenrechtelijke bepalingen

31. TOETSINGSCRITEIA – Art. 12.2 IVRPH bepaalt dat personen te allen tijde handelingsbekwaam moeten blijven. Daarbij is er ook een verbod op het louter gebruiken van de wilsbekwaamheid om te bepalen of een beschermingsmaatregel genomen moet worden. Het Comité is van oordeel dat het gebruiken van wilsbekwaamheid als een maatstaf discriminatoir is en dat het niet mogelijk is om iemands wilsbekwaamheid nauwkeurig te beoordelen.¹⁰¹ Daarnaast bepaalt art 12.2 IVRPH dat de wil en de voorkeuren van de persoon centraal moeten staan bij het nemen van beslissingen. Een beslissing die wordt genomen op basis van het belang van de persoon is om die reden geen juridisch geldige reden. Het eerste criterium bepaalt dat de wilsgeschiktheid niet meer kan worden gebruikt om te bepalen of een beslissing geldig is, het IVRPH heeft daarom als uitgangspunt de betrouwbaarheid van de wil en voorkeuren van een persoon genomen.¹⁰² Bij een gebrek aan betrouwbaarheid blijft het wel mogelijk om de persoon te vertegenwoordigen. Deze vertegenwoordiging dient te gebeuren op basis van wat de persoon zijn wil en voorkeuren zouden zijn.¹⁰³

Art. 12.3 bepaalt dat de bescherming van personen een systeem van *supported decision-making* moet worden gebruikt.¹⁰⁴ Dit systeem kan vele vormen aannemen. Het belangrijkste kenmerk is dat

⁹⁶ M.V. ANTOKOLSKAIA, C. BLANKMAN en H.N. STELMA-ROORDA, "A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands", *Family & Law* 2019, DOI 10.5553/FenR/.000037; C. CAUGHEY, A. HEMSPEY, W. MARTIN, R. MECGREGOR, S. MICHALOWSKI, A. RUCK KEENE, J. STAVERT en A. WARD, The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity legislation across the UK, Essex: University of Essex 2016, 39-41.

⁹⁷ *Ibid*, 41-42.

⁹⁸ M.V. ANTOKOLSKAIA, C. BLANKMAN en H.N. STELMA-ROORDA, "A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands", *Family & Law* 2019, DOI 10.5553/FenR/.000037.

⁹⁹ Zie *supra* nr. 23.

¹⁰⁰ C. CAUGHEY, A. HEMSPEY, W. MARTIN, R. MECGREGOR, S. MICHALOWSKI, A. RUCK KEENE, J. STAVERT en A. WARD, The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity legislation across the UK, Essex: University of Essex 2016, 44-45.

¹⁰¹ T. Opgheffen, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 80.

¹⁰² General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 4-5.

¹⁰³ Zie *supra*, nr. 27.

¹⁰⁴ General Comment No. 1 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on Article 12 (Equal Recognition Before the Law) (19 mei 2014), *UN Doc. CRPD/C/GC/1* (2014), 6.

de wil en de voorkeuren van de beschermde persoon centraal staan bij de ondersteuning. Elke vorm van *substitute decision-making* wordt verboden.¹⁰⁵

Art. 12.4 bepaalt dat er een afdoende bescherming moet worden gecreëerd. Deze bescherming moet ervoor zorgen dat er bij de ondersteuning geen misbruik wordt gemaakt van de persoon.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Zie *supra*, nr. 22.

¹⁰⁶ Zie *supra*, nr. 23.

DEEL III. De bescherming in het Belgische recht

32. OMKADERING – In het derde deel wordt een antwoord gegeven op de tweede onderzoeksvraag: “Voldoen de huidige civielrechtelijke beschermingsmaatregelen aan deze mensenrechtelijke verplichtingen?” In het eerste hoofdstuk wordt de buitengerechtigde bescherming besproken en geëvalueerd. In dit hoofdstuk komt de zorgvolmacht en de verklaring van voorkeur aan bod. In het tweede hoofdstuk wordt de buitengerechtigde bescherming besproken en geëvalueerd.

HOOFDSTUK I. Buitengerechtigde bescherming

AFDELING I. Zorgvolmacht

33. ZORGVOLMACHT – De zorgvolmacht is een lastgevingsovereenkomst. Iedere meerderjarige of ontvoogde minderjarige persoon, die wilsbekwaam is en waartegen nog geen rechterlijke beschermingsmaatregel werd uitgesproken, kan een zorgvolmacht opstellen.¹⁰⁷ De zorgvolmacht wordt vaak opgesteld door mensen waarvan de mentale en fysieke vaardigheden verminderen. De term zorgvolmacht is opgekomen na de wet van 17 maart 2013. Vóór deze wet werden ook lastgevingsovereenkomsten gebruikt om de aangeduide personen volmachten te geven voor het stellen van bepaalde handelingen.¹⁰⁸ Op deze overeenkomsten waren de artikelen 1984 e.v. oud Burgerlijk Wetboek van toepassing. Er was geen specifiek kader voor de situatie waarin de lastgever in de loop van de uitvoering van de overeenkomst wilsbekwaam werd. Bij de wet van 17 maart 2013 werd dit kader gecreëerd en ondergebracht in de artikelen 489-490/2 oud BW. Deze bepalingen zijn van toepassing op de lastgeving wanneer tijdens de uitvoering de lastgever terechtkomt in een staat van wilsbekwaamheid (art. 488/1 oud BW) of van verkwisting (art. 488/2 oud BW). Met deze regeling wilde de wetgever meer rechtszekerheid creëren, misbruiken door lasthebbers zoveel mogelijk vermijden, de burgers sensibiliseren en aanzetten tot zelfbeschikking, een grotere rol toebedelen aan het sociale netwerk en de werklust van de vrederechters zoveel mogelijk beperken.¹⁰⁹

34. BEKWAAMHEID – De regels rond de buitengerechtigde bescherming vangen aan op het moment dat de lastgever zich bevindt in een staat van wilsbekwaamheid of van verkwisting.¹¹⁰ De lastgever heeft de mogelijkheid om te bepalen wanneer de lastgeving zal aanvangen.¹¹¹ Zo kan de lastgevingsovereenkomst aanvangen vanaf het moment dat de lastgevingsovereenkomst wordt

¹⁰⁷ Art. 490, eerste lid oud BW.

¹⁰⁸ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 51.

¹⁰⁹ Wetsvoorstel tot invoering van een globaal beschermingsstatuut voor meerderjarige wilsbekwame personen, *Parl. St. Kamer 2010-11*, nr. 53-1009/001, 30-31.

¹¹⁰ art. 490/1, § 1 oud BW.

¹¹¹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 59.

opgesteld of onder de opschortende voorwaarde van een wilsonbekwaamheid of een verkwisting.¹¹² In dit laatste geval zullen de regels van de gemeenschappelijke lastgeving van toepassing zijn tot de persoon zich bevindt in een toestand van wilsonbekwaamheid of verkwisting. Het opstellen van de zorgvolmacht heeft geen effect op de handelingsbekwaamheid van de lastgever.¹¹³ Hij heeft dus nog steeds de bekwaamheid om zelf handelingen te stellen. De handelingen die hij stelt zijn ook rechtsgeldig, zolang hij daartoe feitelijk bekwaam is.

35. EVALUATIE – Art. 12.2 IVRPH schrijft voor dat de feitelijke bekwaamheid van een persoon geen invloed mag hebben op zijn handelingsbekwaamheid. De zorgvolmacht voldoet op dit punt aan de vereiste van het IVRPH. De zorgvolmacht heeft geen gevolgen voor de handelingsbekwaamheid. Het creëert een ondersteuningsmaatregel voor het geval een persoon feitelijk onbekwaam wordt. De lastgever blijft bekwaam om zelf handelingen te stellen.

36. WIL EN VOORKEUREN - De lastgever kan zelf kiezen welke bepalingen er worden opgenomen in de zorgvolmacht, zolang deze niet ingaan tegen de regels van openbare orde en dwingend recht.¹¹⁴ Zo kan er een instrument worden gecreëerd dat perfect aansluit bij zijn wil en voorkeuren. Er kunnen modaliteiten rond de aanvang van de buitengerechtigde bescherming worden beschreven: het tijdstip van aanvang, de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat de zorgvolmacht aanvangt.¹¹⁵ De lastgever kan ook de draagwijdte van de zorgvolmacht bepalen. Er kan een algemene of een bijzondere volmacht worden opgesteld. Een algemene zorgvolmacht bevat de algemene buitengerechtigde bescherming. Bij de bijzondere lastgeving kiest de lastgever ervoor om een deel van zijn vermogen in beheer te geven aan een lasthebber. Zo kan de lasthebber bv. instaan voor het beheer van een verhuurd onroerend goed.¹¹⁶

Het is ook mogelijk dat meerdere lasthebbers worden aangeduid.¹¹⁷ De lastgever is vrij om dan te kiezen hoe deze lasthebbers kunnen optreden, bijvoorbeeld elk met volheid van bevoegdheden of enkel wanneer er een meerderheid is.¹¹⁸ Wanneer de lastgever zijn echtgeno(o)t(e) aanduidt, dan

¹¹² J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 59; C. DE WULF, "De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen", T.Not. 2013, (255) 274 en 288; F. SWENNEN, *Het personen - en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 214.

¹¹³ F. SWENNEN, *Het personen -en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 214; T. WUYTS, "De zorgvolmacht als instrument ter bevordering van de autonomie in de zorg", *Tijdschrift voor Mensenrechten* 2023, DOI <https://tijd.mensenrechten.be/2023/03/23/zorgvolmachten-als-instrument-ter-bevordering-van-de-autonomie-in-de-zorg/>.

¹¹⁴ *Ibid.*, 67.

¹¹⁵ *Ibid.*, 65.

¹¹⁶ J. BAEL, "De buitengerechtigde bescherming: een overzicht met aandacht voor een aantal discussiepunten in de rechtsleer en met een voorstel van een aantal modellen" in J. BAEL (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Deel 28*, Brugge, die Keure, 2016, (177) 217; J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 67.

¹¹⁷ J. BAEL, "De buitengerechtigde bescherming: een overzicht met aandacht voor een aantal discussiepunten in de rechtsleer en met een voorstel van een aantal modellen" in J. BAEL (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Deel 28*, Brugge, die Keure, 2016, (177) 225; J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 70.

¹¹⁸ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 70.

kan deze echtgen(o)t(e) ook alle handelingen stellen met betrekking tot het gemeenschappelijke vermogen van de huwgemeenschap.¹¹⁹

In de zorgvolmacht kan de opdracht van de lasthebber worden verduidelijkt. De lastgever kan bepalen welke daden de lasthebber kan stellen: enkel daden van beheer of ook daden van beschikking. Daarnaast kunnen er ook een aantal beginselen worden opgenomen die de lastgever moet respecteren bij de uitvoering van zijn opdracht.¹²⁰ Op deze manier kan de lastgever aan vermogensplanning doen.¹²¹ Zo kan de lastgever op voorhand plannen welke handelingen de lastgever zal moeten stellen, door bv. te bepalen dat aan bepaalde personen een geldbedrag moet worden geschonken. Het opnemen van beginselen maakt het ook mogelijk om zijn voorkeuren duidelijk te maken, zo kan er bv. bepaald worden dat zijn vermogen enkel duurzaam belegd mag worden.

De lasthebber moet de lastgever, in verhouding met zijn begripsvermogen betrekken bij de uitvoering van zijn opdracht.¹²² Om hieraan te voldoen moet de lasthebber minstens eenmaal per jaar een overleg hebben met de lastgever en met de personen die de lastgever heeft aangewezen.¹²³ Dit overleg is een belangrijk onderdeel van de zorgvolmacht. De voorkeur gaat uit naar het zelf handelen van de lastgever wanneer deze nog wilsbekwaam is.¹²⁴ Tijdens het overleg kan de lasthebber inschatten in hoeverre de lastgever nog bekwaam is om zelf te handelen. De lastgever is vrij om te bepalen op welke wijze hij betrokken dient te worden bij de uitvoering van de lastgeving.¹²⁵

De lasthebber heeft ook de plicht om de belangen van de lastgever te behartigen en, in de mate van het mogelijke, zijn autonomie te eerbiedigen.¹²⁶ De lasthebber moet dus ook rekening houden met beginselen die de lastgever niet geformaliseerd heeft. Hij moet oog hebben voor de materiële en de morele belangen. Deze morele belangen hangen samen met de familiale en sociale context waarin de lastgever zich bevindt.¹²⁷ Bij het maken van beslissingen zal de lasthebber ook altijd de afweging moeten maken wat de gevolgen zijn van de beslissing. In het bijzonder moet hij rekening houden met de gevolgen voor de leefsituatie van de lastgever en zijn materiële levensvoorwaarden, dit zowel op korte als op lange termijn. Daarnaast moet ook de financiële onafhankelijkheid van de lastgever te allen tijde behouden blijven. Dit kan tot gevolg hebben dat de lasthebber niet kan voldoen aan bepaalde andere beginselen. In dit geval zal de lasthebber aan de vrederechter de toestemming moeten vragen om af te wijken van de beginselen uit de zorgvolmacht.¹²⁸

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Art. 490/2, § 1, tweede lid oud BW.

¹²¹ N. GEELHAND DE MERXEM, "De beschermde persoon en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?", *TEP* 2014, (16) 29.

¹²² J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 71.

¹²³ Art. 490/2, § 1, derde lid oud BW.

¹²⁴ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 72.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 75.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

37. EVALUATIE – De zorgvolmacht is een planningsinstrument. Dit is een voorbeeld van een passende beschermingsmaatregel voor kwetsbare personen volgens art. 12.3 IVRPH. De zorgvolmacht maakt het mogelijk voor de personen om handelingen te stellen d.m.v. ondersteuning. Volgens art. 12.3 moet deze ondersteuning gebeuren op basis van de wil en de voorkeuren van de beschermde persoon. De wil en voorkeuren staan centraal binnen het systeem van de zorgvolmacht. De beschermde persoon kan de zorgvolmacht vormgeven naar zijn wens. Door beginselen op te nemen in de zorgvolmacht kan de lastgever een richtlijn creëren over hoe de lasthebber dient te handelen. Daarnaast bestaat ook het verplichte overlegmoment. Dit verplichte contactmoment maakt het mogelijk voor de lasthebber(s) zich te blijven informeren over de wil en voorkeuren van de lastgever. De lasthebber moet wel de financiële onafhankelijkheid van de persoon in rekening houden. Het kan het zijn dat wordt afgeweken van de wil en de voorkeuren van de beschermde persoon, om zijn financiële onafhankelijkheid te verzekeren. Het Comité kent een strikte toepassing van de wil en voorkeuren van de persoon, hieronder valt ook het recht om fouten te maken en risico's te nemen. Om te voldoen aan de bepalingen van het IVRPH zullen de wil en de voorkeuren van de persoon zoveel mogelijk moeten worden gevolgd. Er moet hier ook een grens worden getrokken vanaf wanneer de wil en de voorkeuren van een persoon niet moeten worden gevolgd omwille van het in gedrang komen van de financiële zekerheid. Deze beslissing is eenvoudig op de korte termijn. Er moet door de lasthebber echter ook rekening worden gehouden met de lange termijn. Het gaat om een bescherming van kwetsbare personen, veel van deze personen bevinden zich in een veranderende toestand. Het is dus mogelijk dat hun toestand slechter wordt, hier gaan vaak extra kosten mee gepaard. Deze eventuele verhoging van kosten heeft wel een gevolg voor de huidige uitgave mogelijkheden. Naar mijn mening moet de financiële onafhankelijkheid van de persoon boven de wil en de voorkeuren van de persoon worden geplaatst wanneer de wil en de voorkeuren van deze persoon zijn zorg dreigen te belemmeren.

38. CONTROLEMECHANISME – Er bestaan verschillende proactieve en reactieve controlemechanismen. Een eerste beschermingsmaatregel bestaat uit de manier waarop de zorgvolmacht tot stand komt. De zorgvolmacht kan zowel bij onderhands geschrift als bij notariële akte worden opgesteld.¹²⁹ Een notariële volmacht is echter vereist voor handelingen als een schenking of voor het opmaken van een huwelijkscontract.¹³⁰ Artikel 490/1 §1 oud BW bepaalt twee voorwaarden waaraan voldaan moet zijn opdat de lastgeving kan aanvangen. Uit de lastgevingsovereenkomst moet kunnen worden afgeleid dat de lastgever de bedoeling had om de lastgeving te laten doorlopen op een moment van wilsonbekwaamheid of verkwisting. Dit kan zowel expliciet worden beschreven of impliciet uit de lastgevingsovereenkomst en de registratie ervan worden afgeleid.¹³¹ Er kan hier enkel aan voldaan zijn als de lastgever op het moment van de sluiting van de overeenkomst wilsbekwaam was en er tegen hem nog geen gerechtelijke beschermingsmaatregel werd uitgesproken.¹³² Een tweede voorwaarde bestaat eruit dat de

¹²⁹ Art. 490, tweede lid oud BW.

¹³⁰ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 60.

¹³¹ E. NOLF en E. EVERTS, "De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testeren?", *NFM* 2014, (154) 156.; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 450.

¹³² Art. 490/1, §1 oud BW; F. SWENNEN, *Het personen -en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 214.

lastgevingsovereenkomst geregistreerd dient te zijn op het moment waarop de lastgeving zou aanvangen.¹³³ Er zijn twee registratiemogelijkheden volgens art. 490 tweede lid oud BW. Dit kan door de tussenkomst van de notaris die de lastgevingsovereenkomst heeft opgesteld. Daarnaast kan ook een eensluidend verklaard afschrift worden neergelegd op de griffie van het vredegerecht van de verblijfplaats van de lastgever en subsidiair bij het vredegerecht van zijn woonplaats. Het eensluidend verklaard afschrift kan worden verkregen door de tussenkomst van een notaris of een gemeentelijk ambtenaar. De neerleging van een eensluidend verklaard getuigschrift is een formele stap, de griffier van het vredegerecht controleert de inhoud van de zorgvolmacht niet. De notaris zal bij het opstellen van een zorgvolmacht wel advies verlenen aan de lastgever. Zo kunnen bepaalde misbruiken al worden opgemerkt.

Verder mag er ook geen vermenging zijn van de goederen van de lastgever met die van de lasthebber. Zo zullen banktegoeden op de naam van de lastgever worden ingeschreven.¹³⁴ Vermenging van de goederen zou misbruik in de hand kunnen werken. Enkel personen waartegen geen rechterlijke beschermingsmaatregel werd uitgesproken en die kunnen worden aangeduid als bewindvoerder kunnen worden gekozen als lasthebber.¹³⁵

Art. 490/1, § 2 en 490/2, § 2 oud BW voorzien in een laagdrempelige alarmbelprocedure. De vrederechter kan de zorgvolmacht geheel of gedeeltelijk omzetten naar een rechterlijke beschermingsmaatregel. Hij doet dit als de belangen van de lastgever in het gedrang komen. Deze omzetting heeft wel tot gevolg dat de handelingsbekwaamheid van de beschermde persoon wordt beperkt.¹³⁶ De vrederechter grijpt ook in als er sprake is van een belangentegenstelling.¹³⁷ Er wordt dan een lasthebber *ad hoc* aangeduid. In het geval dat er meerdere lasthebbers zijn aangeduid, treedt de vrederechter ook op als er sprake is van een conflict. Er kan in de lastgevingsovereenkomst best een procedure over de besluitvorming worden opgenomen om te vermijden dat er naar de vrederechter moet worden gegaan.¹³⁸ De lasthebber moet zich ook wenden tot de vrederechter wanneer hij van de beginselen die worden bepaald in de zorgvolmacht wilt afwijken.¹³⁹

In Limburg werd een beperkt empirisch onderzoek gehouden naar het misbruik bij zorgvolmachten. Uit dit onderzoek bleek dat de bestaande controlemechanismen niet voldoende zijn. Er wordt in de zorgvolmachten zelf niet voldoende preventieve controlemechanismen opgenomen. Door het ontbreken hiervan kan er bij een misbruik vaak te laat pas worden ingegrepen.¹⁴⁰

EVALUATIE – Het Belgische systeem voorziet al in een groot aantal controlemechanismen. Er bestaat een grote verscheidenheid aan preventieve en reactieve controlemechanismen. Een eerste

¹³³ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 63.

¹³⁴ Art. 490/2, § 1, vijfde lid oud BW.

¹³⁵ Art. 490/1, § 1, tweede lid oud BW.

¹³⁶ Art. 490/2, § 1 oud BW.

¹³⁷ Art. 490/2, § 1, vierde lid oud BW.

¹³⁸ Art. 490/2, § 1, laatste lid oud BW.

¹³⁹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 75.

¹⁴⁰ T. WUYTS, "Zorgvolmachten: een zegen of een vloek?" in C. DECLERCK en W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2020*, Brugge, die Keure, 2020, (235) 322.

vorm van controle is de tussenkomst van een notaris of vrederechter. Naar mijn mening is dit een belangrijke vorm van controle. De notaris ziet toe op een correcte vormgeving van de zorgvolmacht. Daarnaast geeft de notaris ook advies aan de persoon over de vormgeving van de zorgvolmacht. Uit het beperkt empirisch onderzoek blijkt dat er toch slechts in beperkte mate in de zorgvolmacht zelf preventieve controlemechanismen worden opgenomen. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om de vormvereisten van de zorgvolmacht strikter in te vullen. De zorgvolmacht moet vooral een figuur blijven die mensen zelf vorm kunnen geven. Mijns inziens lijkt het echter wel positief om een verplichting te creëren om bepaalde zaken op te nemen, zoals regels rond de bevoegdheidsverdeling indien er meerdere lasthebbers worden aangeduid of een vorm van preventieve controlemechanismen. Verder bestaat er ook een groot aantal mogelijkheden voor de vrederechter om op te treden. De alarmbelprocedure kan tot het gevolg hebben dat er een rechterlijke maatregel wordt uitgesproken over de persoon. Een rechterlijke maatregel heeft echter tot gevolg dat de persoon zijn handelingsbekwaamheid verliest. Dit is een schending van het principe dat alle personen handelingsbekwaam blijven uit art. 12.2 IVRPH. Deze grote verscheidenheid aan mogelijkheden lijkt te voldoen aan art. 12.4 IVRPH. Uit de praktijk blijkt dat er toch nog meer moet worden ingezet op de preventieve controlemechanismen, zodat er bij een misbruik van de bevoegdheid op een nuttige wijze kan worden ingegrepen.

AFDELING II. Verklaring van voorkeur

39. VERKLARING VAN VOORKEUR – De verklaring van voorkeur maakt het mogelijk voor personen om te anticiperen op een achteruitgang van hun gezondheidstoestand. Met een verklaring van voorkeur kunnen personen, in bepaalde mate, zelf vormgeven aan de bewindvoering. In de wilsverklaring kunnen enkele zaken bepaald worden: de persoon kan zijn voorkeur te kennen geven over welke persoon de vrederechter moet aanduiden als bewindvoerder of als zijn vertrouwenspersoon, ook kan hij enkele beginselen opleggen waaraan de bewindvoerder zich moet houden.¹⁴¹

40. TOTSTANDKOMING – Art. 496 oud BW bepaalt enkele voorwaarden waaraan voldaan moet zijn zodat de wilsverklaring geldig is. Een wilsverklaring kan enkel geldig worden afgelegd als er tegen de persoon geen rechterlijke beschermingsmaatregel is genomen. De wilsverklaring moet worden afgelegd bij ofwel de vrederechter van zijn verblijfplaats of bij gebrek hieraan van zijn woonplaats ofwel bij een notaris.¹⁴² De wet bepaalt ook de mogelijkheid voor de vrederechter om zich samen met de griffier naar de verblijfplaats of woonplaats te begeven om een verklaring op te nemen. Deze verplaatsing gebeurt enkel op verzoek, de verzoeker draagt hiervoor de kosten.¹⁴³ Deze verplaatsing kan ook buiten het kanton van de vrederechter. Volgens het laatste lid van art.

¹⁴¹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 89; C. CASTELEIN en J. DIERYNCK, *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 67.

¹⁴² J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 89; C. CASTELEIN en J. DIERYNCK, *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 68.

¹⁴³ Art. 496, derde lid oud BW.

496 oud BW kan op dezelfde wijze de verklaring van voorkeur ook worden herroepen of kan er een nieuwe wil worden uitgedrukt. Van de afgelegde verklaring wordt een authentieke akte opgemaakt. Na de opmaak van de authentieke akte laat de vrederechter of de notaris deze binnen de vijftien dagen opnemen in het register dat wordt bijgehouden door de Koninklijke Federatie van het Belgische Notariaat.¹⁴⁴

41. EVALUATIE – Het afleggen van een verklaring van voorkeur heeft geen effect op de handelingsbekwaamheid van een persoon. De enige voorwaarde bestaat eruit dat er nog geen rechterlijke beschermingsmaatregel is genomen tegen de persoon. Dit is een logische voorwaarde, aangezien een persoon via de verklaring van voorkeur juist vorm geeft aan de rechterlijke bescherming. De rechterlijke bescherming heeft wel een handelingsonbekwaamheid tot gevolg. De verklaring van voorkeur zelf voldoet aan art. 12.2 IVRPH. Het systeem van de rechterlijke bescherming voldoet op dit vlak niet aan de vereisten van het IVRPH.

De vereiste van het afleggen van de verklaring voor een notaris of een vrederechter creëert ook een bepaalde vorm van controle. De notaris en de vrederechter kunnen oordelen over een mogelijk misbruik. De persoon kan onder druk staan om een bepaalde persoon aan te duiden of om bepaalde beginselen op te nemen. De notaris en de vrederechter kunnen tijdens het contact met de persoon dit misbruik gaan vaststellen. Dit is een vorm van proactieve bescherming. Het opmaken van een authentieke akte en het opnemen van de akte in het register draagt ook bij aan de bescherming. Naar mijn mening voldoet dit aan art. 12.4 IVRPH.

42. GEVOLGEN – De persoon kan zijn voorkeur geven over wie er moet worden aangeduid als bewindvoerder over zijn persoon en/of over zijn goederen.¹⁴⁵ In de verklaring kan hij ook meerdere bewindvoerders aanduiden voor de goederen, voor de bewindvoering over de persoon is het slechts mogelijk om één bewindvoerder aan te duiden.¹⁴⁶ Wel is het mogelijk om een aantal subsidiaire bewindvoerders aan te duiden.¹⁴⁷ Door subsidiaire bewindvoerders aan te duiden kan de persoon ervoor zorgen dat volgende situaties geen probleem vormen: het vooroverlijden van de gekozen persoon, de weigering van de taak van bewindvoering door de persoon of de situatie waarin de persoon van zijn opdracht wordt ontheven.¹⁴⁸ Door subsidiaire bewindvoerders aan te duiden kan de persoon meer zekerheid creëren dat zijn wil gevolgd wordt. De beschermde persoon kan ook zijn lasthebber aanduiden om op te treden als bewindvoerder in het geval de buitengerechtelijke bescherming wordt omgezet in een gerechtelijke bescherming.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Art. 496, derde en vierde lid oud BW.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Art. 496/4 oud BW; J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 89.

¹⁴⁷ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 89; C. CASTELEIN en J. DIERYNCK, *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 67.

¹⁴⁸ C. CASTELEIN en J. DIERYNCK, *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 68.

¹⁴⁹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 89.

Er kan ook een vertrouwenspersoon worden aangeduid in de verklaring van voorkeur. Net zoals bij het aanduiden van een bewindvoerder kunnen er hier ook subsidiaire vertrouwenspersonen worden aangeduid.¹⁵⁰

Als laatste onderdeel van de verklaring kan de persoon enkele beginselen aangeven die door de bewindvoerder bij het uitvoeren van zijn opdracht moeten worden gerespecteerd.¹⁵¹ Via deze beginselen kan de persoon zijn vermogen plannen, hij kan bv. bepalen welk deel van zijn vermogen geschonken mag worden en wat de modaliteiten en de lasten zijn van deze schenking. Daarnaast is het ook mogelijk om te bepalen dat er enkel ethische beleggingen mogen worden gedaan.¹⁵² Hij kan ook een aantal beginselen opnemen die betrekking hebben op de persoon, zo kan hij bv. bepalen hoe zijn patiëntenrechten moeten worden uitgeoefend of onder welke omstandigheden hij in een rusthuis kan worden geplaatst.¹⁵³

43. EVALUATIE – De verklaring van voorkeur maakt het mogelijk dat een persoon vorm geeft aan de bewindvoering. Het wordt zo mogelijk gemaakt dat een persoon kan anticiperen op een rechterlijke maatregel, dit gebeurt op basis van de wil en voorkeuren van de persoon. Dit doet hij door zijn voorkeuren te geven over de persoon van de bewindvoerder en de vertrouwenspersoon en door enkele beginselen te bepalen waar de bewindvoerder rekening mee moet houden tijdens zijn opdracht. De verklaring van voorkeur op zich betekent nog niet de start van de vertegenwoordiging, het bepaalt enkel de persoon die door de vrederechter moet worden aangeduid. Dit voldoet naar mijn mening aan art. 12.2 en 12.3 IVRPH.

HOOFDSTUK II. Gerechtelijke bescherming

44. GERECHTELIJKE BESCHERMING – Wanneer de buitengerechtelijke bescherming niet voldoet, kan de vrederechter een gerechtelijke beschermingsmaatregel nemen.¹⁵⁴ De buitengerechtelijke regeling zal van toepassing blijven zolang deze verenigbaar is met de rechterlijke beschermingsmaatregel.

45. HANDELINGSBEKWAAMHEID – Volgens art. 492/1, § 1, tweede lid en § 2, tweede lid oud BW blijft de beschermde persoon handelingsbekwaam. De vrederechter neemt in zijn beschikking echter handelingen op die de rechterlijke bescherming uitmaken. De beschermde persoon zal voor deze handelingen handelingsonbekwaam zijn.¹⁵⁵ De uitspraak van een beschermingsmaatregel zal altijd een beperking van de handelingsbekwaamheid tot gevolg hebben. Om aan deze

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 89; C. CASTELEIN en J. DIERYNCK *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 68.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 89.

¹⁵⁴ Art. 493 oud BW.

¹⁵⁵ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 247; F. SWENNEN, *Het personen -en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 220.

handelingsonbekwaamheid tegemoet te komen bestaan er verschillende regimes. Een eerste regime is dat van het bewind.¹⁵⁶ Daarnaast wordt er door art. 492/1 oud BW, 497/2 oud BW en verschillende bijzondere wetten voorzien in handelingen waar de bewindvoerder niet of niet in de eerste plaats kan optreden.¹⁵⁷ Het oud BW bepaalt vier andere regimes die mogelijk zijn voor hoogstpersoonlijke handelingen.¹⁵⁸ Deze zijn: het machtigingsregime, het regime van de adviesverlening, het regime waar een derde oordeelt over de handeling en het regime waarbij de persoon rechtsonbekwaam wordt, tenzij er een wijziging volgt van de statuten. Een laatste regime bestaat uit de wilsbekwaamheid die beoordeeld wordt door een arts.¹⁵⁹ Dit laatste regime voorziet in een eigen beoordeling. De beschermde persoon blijft handelingsbekwaam zolang de arts van oordeel is dat hij wilsbekwaam is. De uitspraak van de vrederechter heeft hier geen invloed op.

46. EVALUATIE – Volgens art. 12.2 IVRPH moeten beschermde personen te allen tijde handelingsbekwaam blijven. Een beschermingsmaatregel heeft altijd een beperking van deze bekwaamheid tot gevolg. Om te voldoen aan het IVRPH is vereist dat er bij elke handeling een beoordeling gebeurt van de feitelijke bekwaamheid van de persoon. De gerechtelijke bescherming baseert zich op een algemene uitspraak over de handelingsbekwaamheid van de persoon. Om deze redenen is er niet voldaan aan art. 12.2 IVRPH. Een systeem gelijkaardig aan het regime van de beoordeling door de arts lijkt hier aan tegemoet te kunnen komen. De arts beoordeelt bij iedere medische handeling de wilsbekwaamheid van de patiënt.¹⁶⁰ Er is geen sprake van een beperking van de handelingsbekwaamheid omwille van een uitspraak van de vrederechter.

47. BIJSTAND EN VERTEGENWOORDIGING – De opdracht van de bewindvoerder wordt opgesteld naar evenredigheid met de wilsbekwaamheid van de persoon.¹⁶¹ Om deze evenredigheid te behouden kan de opdracht twee vormen aannemen. Het kan bestaan uit de bijstand van de persoon ofwel uit de vertegenwoordiging van de persoon. De vrederechter moet gaan oordelen over hoever de capaciteiten van de persoon nog reiken om actief deel te nemen aan het maatschappelijke leven.¹⁶² Enkel wanneer een bijstand niet volstaat zal er een opdracht worden gegeven tot vertegenwoordiging.¹⁶³ Niet elke handeling kan worden opgevangen door het bewind. Art. 497/2 oud BW somt een lijst handelingen op waarvoor er geen bijstand of vertegenwoordiging mogelijk is.

¹⁵⁶ Zie *infra* nr. 47.

¹⁵⁷ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 258-259; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 556.

¹⁵⁸ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 248-255; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 556.

¹⁵⁹ Zie *infra*, nrs. 56 e.v.

¹⁶⁰ Zie *infra* nr. 59.

¹⁶¹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 308; F. SWENNEN, *Het personen -en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 226-227; J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 258-259; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 565-567.

¹⁶² J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 309; F. SWENNEN, *Het personen -en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 226-227; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 565-567.

¹⁶³ Art. 492/2, eerste lid oud BW.

Art. 494, e) bepaalt de definitie van de bijstand: "het optreden van de bewindvoerder ter volmaking van de rechtsgeldigheid van een handeling gesteld door de beschermde persoon". De beschermde persoon behoudt zijn recht om initiatief te nemen. Er zal echter een handeling vereist zijn van de bewindvoerder om tot een rechtsgeldige beslissing te komen.¹⁶⁴ De persoon zal zijn rechten dus nog wel zelf kunnen uitoefenen, maar niet meer zelfstandig omdat er een tussenkomst van de bewindvoerder is vereist.¹⁶⁵ Art. 498/1 oud BW bepaalt dat de vrederechter de opdracht verder moet invullen. De vrederechter bepaalt voor welke handelingen er een bijstand vereist is en hoe de bewindvoerder zijn toestemming zal moeten geven.¹⁶⁶ De vrederechter kan bepalen dat er een bijstand vereist is voor: een welbepaalde handeling, een categorie van handelingen of voor handelingen die gericht zijn op een bepaald doel en die uitdrukkelijk genoemd worden in de beschikking. Voorbeelden van de toestemming zijn een voorafgaande schriftelijke toestemming of een medeondertekening van de rechts- of proceshandeling.¹⁶⁷

Art. 494, f) oud BW bepaalt de definitie van de vertegenwoordiging: "het optreden van de bewindvoerder in naam en voor rekening van de persoon". In het regime van vertegenwoordiging zal de beschermde persoon geen handelingen meer zelf of zelfstandig kunnen stellen. De opdracht van de bewindvoerder wordt beperkt tot de handelingen waarvoor de beschermde persoon onbekwaam is verklaard. Daarnaast kan een bewindvoerder ook enkel handelingen stellen die onder zijn opdracht vallen. De bewindvoerder over de persoon zal dan enkel handelingen kunnen stellen met betrekking tot de persoon waarvoor de beschermde persoon onbekwaam wordt verklaard.¹⁶⁸ Zo wordt de bewindvoerder over de goederen ook beperkt tot handelingen met betrekking tot de goederen waarvoor de beschermde persoon onbekwaam is verklaard. Voor de bewindvoerder is er een verplichting tot informatie en overleg.¹⁶⁹ De bewindvoerder dient dit in eerste instantie te doen met de beschermde persoon zelf. Hij doet dit naar evenredigheid met het begripsvermogen van de beschermde persoon. Indien de beschermde persoon hier niet toe instaat is zal de bewindvoerder zich moeten richten naar de vertrouwenspersoon van de beschermde persoon.

48. EVALUATIE – Zowel bij het regime van bijstand als bij het regime van vertegenwoordiging is er een tussenkomst van de bewindvoerder vereist. Binnen het regime van bijstand zal de beschermde persoon wel zelf handelingen kunnen stellen, maar niet zelfstandig. Bij het regime van vertegenwoordiging zal de bewindvoerder handelingen stellen voor de beschermde persoon. In beide regimes wordt de handelingsbekwaamheid van de persoon beperkt. Om deze reden zal er niet voldaan zijn aan art. 12.2 IVRPH.

49. BESLISSINGSSTANDAARD – In het bijstandsregime vraagt de beschermde persoon de tussenkomst van de bewindvoerder. De bewindvoerder is echter niet verplicht om deze bijstand te

¹⁶⁴ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 309.

¹⁶⁵ Art. 491, e) oud BW.

¹⁶⁶ Art. 498/1, eerste lid oud BW.

¹⁶⁷ Wetsvoorstel tot invoering van een globaal beschermingsstatuut voor meerderjarige wilsonbekwame personen, *Parl. St. Kamer 2010-11*, nr. 53-1009/001, 52.

¹⁶⁸ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 311; G. VERSCHULDEN, - *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2021, 567-568.

¹⁶⁹ Art. 499/1, § 3, tweede en derde lid oud BW.

verlenen.¹⁷⁰ De motivering van de weigering is afhankelijk van het soort handelingen waarvoor de beschermde persoon bijstand vraagt. Voor handelingen die betrekking hebben op de persoon bepaalt art. 498/2, eerste lid oud BW dat de belangen van de beschermde persoon kennelijk moeten worden geschaad. Bij handelingen over de persoon is het voor de bewindvoerder moeilijk in te schatten of de belangen van de persoon worden geschaad. Door de toevoeging van het woord kennelijk wordt de autonomie van de persoon zoveel mogelijk verzekerd.¹⁷¹ Bij handelingen over de goederen volstaat de mogelijke schade aan het belang van de beschermde persoon.¹⁷² De weigering is geldig wanneer een redelijk en voorzichtig persoon geplaagd in dezelfde omstandigheden de vraag van bijstand ook zou weigeren.¹⁷³

Onder de opdracht van de vertegenwoordiger valt een plicht om de beschermde persoon te vertegenwoordigen. Hij is verplicht om te handelen wanneer het belang van de persoon dit vereist.¹⁷⁴ De beslissingsstandaard om te handelen bestaat uit het belang en niet uit de wil en de voorkeuren van de persoon. De beschermde persoon kan wel via een verklaring van voorkeur beginselen laten opnemen in de beschikking van de vrederechter. De bewindvoerder dient zoveel mogelijk rekening te houden met deze beginselen.¹⁷⁵ Er bestaat echter wel de mogelijkheid dat de bewindvoerder ontslagen wordt van zijn plicht om deze beginselen te volgen.¹⁷⁶ Dit kan wanneer er niet voldoende zekerheid is over het feit of de beschermde persoon deze beginselen wilt behouden.

50. EVALUATIE – Om tegemoet te komen aan de handelingsonbekwaamheid van de persoon wordt er gebruik gemaakt van de systemen van bijstand en vertegenwoordiging. Volgens art. 12.3 moet de bescherming bestaan uit een systeem van ondersteuning. Zowel de bijstand als de vertegenwoordiging zijn voorbeelden van *substitute decision-making*. De handelingsbekwaamheid van de beschermde persoon wordt in beide systemen beperkt. Daarnaast duidt de vrederechter een bewindvoerder aan, dit kan tegen de wil in van de persoon. Via de verklaring van voorkeur is het wel mogelijk voor de beschermde persoon om zijn voorkeur over de persoon van de bewindvoerder te kennen te geven. Bij het bijstandsregime houdt de beschermde persoon wel het initiatiefrecht. Het is echter mogelijk voor de bewindvoerder om bepaalde handelingen te weigeren als dit ingaat tegen het belang van de persoon. Bij de vertegenwoordiging bestaat de beslissingsstandaard van de bewindvoerder uit het belang van de persoon. De beschermde persoon kan via een verklaring van voorkeur ook enkele beginselen vastleggen waar de bewindvoerder rekening mee moet houden bij de uitvoering van zijn opdracht. Er bestaat echter een mogelijkheid dat de bewindvoerder ontslagen kan worden van zijn plicht om de beginselen te volgen. Het Belgische systeem valt niet strikt onder de noemer te plaatsen van *substitute decision-making*. Het systeem van bijstand krijgt de voorkeur

¹⁷⁰ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 309.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Art. 498/2, derde lid oud BW.

¹⁷³ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 309; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 566.

¹⁷⁴ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 311; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 568.

¹⁷⁵ Art. 499/1, § 3 oud BW.

¹⁷⁶ T. WUYTS, "Onbekwamen in het vermogensrecht" in R. BARBAIX en N. CARETTE, *Tendensen vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (85) 107.

op de vertegenwoordiging, hierin behoudt de beschermde persoon het initiatiefrecht.¹⁷⁷ Daarnaast moet bij de vertegenwoordiging de beschermde persoon zoveel mogelijk betrokken worden. Het Comité is echter zeer streng in zijn interpretatie van een *substitute decision-making*. Volgens het Comité wordt er door de wet van 17 maart 2013 nog steeds gebruik gemaakt van een systeem van *substitute decision-making*.¹⁷⁸ In 2024 zal er een nieuwe beoordeling volgen van de Belgische staat. In het kader van deze beoordeling heeft Unia een parallelrapport gepubliceerd waarin het de belemmeringen voor personen met een handicap en de praktijken, beleidsmaatregelen of wetgeving, die de rechten van de personen met een handicap niet respecteren, bespreekt.¹⁷⁹ Uit dit rapport bleek dat de vertegenwoordiging nog steeds mogelijk is en dat in de praktijk vertegenwoordiging vaker wordt gebruikt dan de bijstand. Hieruit blijkt dat er nog steeds sprake is van een systeem van *supported decision-making*.

Om te voldoen aan de eisen van het IVRPH zal een beschermde persoon zijn handelingsbekwaamheid moeten behouden. Daarnaast moet in eerste instantie de persoon zelf kunnen kiezen wie hem ondersteuning biedt. Daarnaast mag het niet mogelijk zijn om een ondersteuner aan te duiden tegen de wil van de beschermde persoon in. Een laatste voorwaarde is dat beslissingen moeten worden gemaakt volgens de wil en voorkeuren van de persoon en niet volgens de beslissingsmaatstaf van het belang van de beschermde persoon. Het systeem van de bijstand lijkt deze voorwaarden te benaderen. Een systeem op basis van vertegenwoordiging zal nog steeds nodig zijn om de bescherming te garanderen. Het is mogelijk dat de wil en de voorkeuren van een persoon niet achterhaald kunnen worden. Het zal dan nog steeds mogelijk moeten zijn om beslissingen te nemen voor een persoon. De beslissingsstandaard zal in die situatie bestaan uit een inschatting over wat de wil en de voorkeuren van de persoon geweest zouden zijn.

51. CONTROLEMECHANISME – Voor het bewind bestaat de controle voornamelijk uit het optreden van de vrederechter. De vrederechter moet zich laten leiden door het belang van de beschermde persoon.¹⁸⁰ Volgens art. 497 oud BW moet ze ook in de mate van het mogelijke de autonomie van de beschermde persoon gaan bevorderen. De wet geeft ook enkele principes aan die een invulling vormen van dit belang.¹⁸¹ Er kunnen pas beschermingsmaatregelen worden opgelegd indien ze noodzakelijk zijn en de buitengerechtelijke bescherming niet kan volstaan.¹⁸² De vrederechter mag ook enkel een onbekwaamheid uitspreken voor de handelingen waarvoor dit noodzakelijk is.¹⁸³ Daarnaast moet de vrederechter ook rekening houden met de beginselen die de

¹⁷⁷ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 566.

¹⁷⁸ Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on the Initial Report of Belgium (28 oktober 2014), *UN Doc. CRPD/C/Bel/CO/1* (2014).

¹⁷⁹ UNIA, Parallelrapport voor de VN Comité voor de Rechten voor Personen met een handicap, 2021, 10, <https://www.unia.be/nl/publicaties-statistieken/publicaties/parallel-rapport-voor-het-vn-comite-voor-de-rechten-van-personen-met-een-handicap-2021>.

¹⁸⁰ Art. 497 oud BW.

¹⁸¹ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 189.

¹⁸² art. 492 oud BW.

¹⁸³ Art. 492/2 oud BW.

beschermde persoon heeft gecreëerd.¹⁸⁴ Er kan hier echter wel van worden afgeweken. De beschermingsmaatregel moet de levensstandaard van de persoon behouden.¹⁸⁵

De controle door de vrederechter vindt zowel preventief als tijdens de uitvoering van het bewind plaats. In eerste instantie zal de rechter nagaan of het verzoekschrift tot het nemen van een beschermingsmaatregel voldoet aan alle wettelijke voorschriften.¹⁸⁶ Wanneer voldaan is aan de voorwaarden zal er worden overgegaan naar de behandeling van de zaak. Indien de vrederechter een beschermingsmaatregel wilt uitspreken, zal de te beschermen persoon voorafgaandelijk worden verhoord.¹⁸⁷ Volgens art. 1246 § 1 Ger.W. heeft de vrederechter de verplichting om alle nuttige inlichtingen in te winnen. Deze inlichtingen zorgen ervoor dat de rechter een geïnformeerd besluit neemt. Dit kan bijvoorbeeld bestaan uit een verslag van een arts of het inwinnen van inlichtingen in de omgeving van de beschermde persoon.¹⁸⁸ Op basis van deze inlichtingen zal de vrederechter een bewindvoerder aanduiden.¹⁸⁹ De vrederechter bepaalt naast de persoon, die de opdracht van bewindvoerder zal uitoefenen, ook de inhoud van zijn taak.¹⁹⁰ De vrederechter zal bij de invulling van de taak rekening moeten houden met de beginselen uit art. 492 en 492/2 oud BW.

De vrederechter oefent tijdens de uitvoering van de opdracht ook controle uit op de bewindvoerder. Eén van de onderdelen in deze controle bestaat uit de verslaggeving die de bewindvoerder moet geven aan de vrederechter.¹⁹¹ Binnen het bijstandsregime moet de bewindvoerder over de goederen en de bewindvoerder over de persoon en de goederen jaarlijks een verslag brengen.¹⁹² Bij de vertegenwoordiging kan de verslaggeving over het bewind met betrekking tot handeling over de persoon vrij worden bepaald.¹⁹³ Voor de bewindvoerder over de goederen dient er echter een jaarlijks verslaggevingsplicht.¹⁹⁴ Daarnaast heeft de vrederechter ook de mogelijkheid om sancties op te leggen aan de bewindvoerder wanneer hij zijn opdracht niet correct uitvoert.¹⁹⁵ Volgens art. 496/7 oud BW kan de vrederechter ook de bewindvoerder vervangen of zijn bevoegdheden wijzigen. De vrederechter moet het bewind permanent blijven evalueren.¹⁹⁶ Op deze manier wordt het mogelijk om aanpassingen te doen aan het bewind wanneer er zich fundamentele wijzigingen hebben voorgedaan, dit kan via een met redenen omklede beschikking.¹⁹⁷

52. EVALUATIE – Art 12.4 IVRPH bepaalt dat er een afdoende bescherming moet zijn tegen mogelijke misbruiken van de beschermde persoon. Het controlemechanisme binnen het bewind

¹⁸⁴ art. 499/1 oud BW.

¹⁸⁵ Art. 499/2 oud BW.

¹⁸⁶ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 190.

¹⁸⁷ Art. 1244, § 2, tweede lid Ger.W.; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 563.

¹⁸⁸ Art. 1246, § 2 en § 3 Ger.W.

¹⁸⁹ Art. 496/3 oud BW

¹⁹⁰ Art. 492/1 oud BW.

¹⁹¹ Art. 498/3, 483/3, § 2/1, 499/6 en 499/14, § 2 oud BW.

¹⁹² Art. 498/3, 483/3, § 2/1 oud BW.

¹⁹³ Art. 499/6 oud BW.

¹⁹⁴ Art. 499/6 en 499/14, § 2 oud BW.

¹⁹⁵ J. P. BOGAERT, K. ROTTHIER, E. VAN DEN EEDEN en T. WUYTS, *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 215.

¹⁹⁶ Art. 492/4, tweede lid oud BW.

¹⁹⁷ Art. 492/4, eerste en tweede lid oud BW.

bestaat uit de controle door de vrederechter. Deze controle is zowel preventief als reactief. De vrederechter moet bij de uitoefening van zijn taak zoveel mogelijk informatie inwinnen. Hierbij hoort de vrederechter naast de beschermde persoon ook andere betrokken personen, om zo een geïnformeerd besluit te nemen. In de beschikking kan ook een bescherming op maat van de persoon worden opgenomen. De vrederechter staat zelf in voor de invulling van de taak van de bewindvoerders en voor het creëren van controlemechanismen. Daarnaast blijft de vrederechter ook tijdens de uitvoering van het bewind bevoegd om de bewindvoerders te controleren. Dit is mogelijk door de verslaggevingsplicht van deze bewindvoerders. Hierdoor krijgt de vrederechter een inzicht van alle handelingen die de bewindvoerders uitvoeren. Bij onregelmatigheden kunnen er sancties worden uitgesproken tegen de bewindvoerder. De vrederechter heeft ook de mogelijkheid om bewindvoerders te vervangen en om de opdracht te wijzigen. Op deze manier wordt er voorzien in een sterke bescherming van de beschermde persoon. Mijns inziens lijkt er voldaan aan de voorwaarden van art. 12.4 oud BW. Uit het auditverslag over de bewindvoering door de HRJ volgt dat de organisatie van de bewindvoering en de controle op de bewindvoering niet in alle arrondissementen en vredegerichten op een kwaliteitsvolle manier verloopt.¹⁹⁸

HOOFDSTUK V. Conclusies uit de evaluatie van het Belgische recht

53. BUITENGERECHTELIJKE BESCHERMING – De figuren van de zorgvolmacht en de verklaring van voorkeur passen naar mijn mening in een systeem dat voldoet aan de principes van het IVRPH. Het zijn beide vormen van een planningsinstrument. Het wordt mogelijk voor personen om te anticiperen op een onbekwaamheid. De zorgvolmacht creëert de mogelijkheid om zelf een systeem van ondersteuning uit te werken op basis van wil en voorkeuren van de lastgever. Met een verklaring van voorkeur kan in het huidige recht een bewindvoerder worden aangeduid en enkele beginselen worden bepaald waarmee rekening moet worden gehouden door de vrederechter bij het uitspreken van een beschermingsmaatregel. Naar mijn mening zou dit kunnen worden uitgebreid naar een algemene verklaring die niet enkel geldt in situaties waar er een bewindvoerder wordt aangeduid. Als algemene verklaring kan het gebruikt worden als richtlijn voor de ondersteuners en de vertegenwoordigers van de persoon. Zowel de verklaring van voorkeur als de zorgvolmacht zijn voorbeelden van een *opt-in* systeem. Personen moeten actie ondernemen en een verklaring of zorgvolmacht opstellen, om te genieten van de bescherming die ze bieden. Het is belangrijk dat mensen er dan ook gebruik van maken. Het gebruik van de zorgvolmacht stijgt de laatste jaren.¹⁹⁹ Er zijn echter nog altijd mensen die geen zorgvolmacht hebben opgesteld of die pas een zorgvolmacht opstellen wanneer ze in de problemen komen. Dit kan worden opgelost door te informeren over het gebruik van de zorgvolmacht en de verklaring van voorkeur. Zelfs bij een volledig geïnformeerde

¹⁹⁸ HRJ, "Het toezicht op de bewindvoeringen door de vredegerichten", 2019, 68, <https://hrj.be/nl/publicaties/2019/audit-het-toezicht-op-de-bewindvoeringen-door-de-vredegerichten>.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 69; HRJ, "Opvolging van de audit "Het toezicht op de bewindvoering door de vredegerichten"", 41, <https://hrj.be/nl/publicaties/2022/opvolgingsverslag-van-de-audit-het-toezicht-op-de-bewindvoeringen-door-de-vredegerichten>.

¹⁹⁹ <https://www.notaris.be/nieuws-pers/detail/belgen-stellen-meer-testamenten-en-zorgvolmachten-op#:~:text=Het%20aantal%20testamenten%20en%20zorgvolmachten,2%25%20in%20vergelijking%20met%202020>, [laatst geconsulteerd 1 februari 2023].

bevolking zullen er nog altijd mensen zijn die geen actie ondernemen. Dit probleem kan worden opgelost door een systeem van informele vertegenwoordiging te creëren.²⁰⁰

54. GERECHTELIJKE BESCHERMING – Het systeem van de gerechtelijke bescherming maakt nog steeds gebruik van het *substitute decision-making* model. Een systeem waar de rechter oordeelt over de handelingsbekwaamheid van een persoon zal de voorwaarden van het IVRPH niet kunnen voldoen. Er zal de beweging moeten worden gemaakt naar een systeem van ondersteuning. In een systeem van ondersteuning lijkt het mij moeilijker om de strikte bescherming te organiseren die bestaat in het huidige gerechtelijke systeem. De beschermde persoon dient zoveel mogelijk zijn rechten zelf en zelfstandig uit te oefenen. Dit heeft vooral een invloed op de mogelijkheden om preventief op te treden. Het zal niet mogelijk zijn om te werken met een systeem van machtigingen of van een verplicht advies, deze verplichte tussenstappen leiden er namelijk toe dat de personen hun rechten niet meer zelfstandig kunnen uitoefenen. De preventieve bescherming in een systeem volgens het IVRPH zal in mijn mening vooral kunnen bestaan uit de verslaggevingsplicht van de ondersteuner. Er kan dan gewerkt worden met een verplichte verslaggeving over elke handeling die gesteld wordt. Op deze manier kan er wel opgetreden worden bij een eventueel misbruik. Het zou voor de vrederechter praktisch zeer moeilijk haalbaar zijn als hij voor elke handeling van een ondersteuner een verslag zou krijgen. In het huidige recht moet de bewindvoerder de beschermde persoon op de hoogte houden van de handelingen die hij stelt. Indien de beschermde persoon dit niet kan, moet de verslaggeving gebeuren aan een vertrouwenspersoon. Een gelijkaardig systeem kan de oplossing vormen voor dit probleem. Zo bestaat er toch een vorm van preventieve controle. Om een persoon voldoende bescherming te geven zal het systeem van de gerechtelijke bescherming toch behouden moeten blijven, ook al voldoet het niet aan het IVRPH. Er bestaat de mogelijkheid dat een persoon zijn wil en voorkeuren niet kan uitdrukken en dat zijn wil en voorkeuren ook niet kunnen worden afgeleid. Er zal dan nog steeds de mogelijkheid moeten bestaan voor de vrederechter om een bescherming uit te spreken. Deze zal in eerste instantie ook moeten bestaan uit een ondersteuning die gebaseerd is op de wil en de voorkeuren van de persoon.

²⁰⁰ Zie *infra* nr. 87.

DEEL IV. Alternatieve beschermingsmechanismen

55. OMKADERING – Naast de buitengerechtelijke en de gerechtelijke bescherming bestaan er nog andere figuren in België die de vertegenwoordiging van personen mogelijk maken. De systemen die worden besproken zijn: de cascaderегeling uit de wet patiëntenrechten, de cascaderегeling uit het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen en de figuur van de zaakwaarneming. De zaakwaarneming is geen strikte vorm van vertegenwoordiging, maar er kunnen handelingen worden gesteld door een derde persoon, de zaakwaarnemer, die bindend zijn voor de meester van de zaak. In dit hoofdstuk worden de figuren intern met elkaar vergeleken, dit gebeurt op volgende vlakken: de beoordeling over de nood van de vertegenwoordiging, de persoon van de vertegenwoordiger, de plaats van de wil van de persoon, de beslissingsstandaard en de controlemechanismen. Alle onderdelen worden ook geëvalueerd aan de hand van de criteria uit het IVRPH. De zaakwaarneming is een rechtsfiguur die niet specifiek geldt voor de bescherming van kwetsbare personen. De evaluatie van de zaakwaarneming lijkt in dat opzicht niet zeer nuttig. Wanneer een figuur eenzelfde toepassing kent voor kwetsbare en niet-kwetsbare personen dan voldoet dit aan alle voorwaarden van het IVRPH. Zaakwaarneming zou dus op alle vlakken voldoen aan een evaluatie volgens de criteria van het IVRPH. Bij de evaluatie van de zaakwaarneming wordt om deze redenen een opsplitsing gemaakt tussen de gemeenrechtelijke zaakwaarneming en de zaakwaarneming als bescherming voor kwetsbare personen. In een laatste deel wordt besproken hoe de verschillende figuren gebruikt kunnen worden als basis voor een bescherming die voldoet aan art. 12 IVRPH.

HOOFDSTUK I. Systemen die een oplossing kunnen bieden

56. WET PATIËNTENRECHTEN – De cascaderегeling vervat in art. 14 van de wet patiëntenrechten is een informele vertegenwoordigingsregeling. De wet is gebaseerd op het systeem van 'de natuurlijke beschermers' van de patiënt.²⁰¹ De regeling uit art. 14 is van toepassing wanneer een persoon zelf zijn patiëntenrechten niet kan uitoefenen. In dat geval zal een vertegenwoordiger deze rechten kunnen uitoefenen. In de eerste plaats zal dit een persoon zijn die door de patiënt werd aangewezen, in de tweede plaats is dit de bewindvoerder, voor zover die er is en in de derde plaats zijn dit de personen die door de wet worden aangeduid.²⁰² Deze personen zijn, in hiërarchische volgorde: de samenwonende echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner, een meerderjarig kind, een ouder, een meerderjarige broer of zus. Op de laatste plaats behartigt de beroepsbeoefenaar de belangen van de persoon. Dit is enkel mogelijk wanneer er geen vertegenwoordiger is of wanneer er een conflict bestaat tussen de vertegenwoordigers.²⁰³ De bevoegdheid van de vertegenwoordiger

²⁰¹ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, Parl.St. Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 44; C. LEMMENS, "Meerderjarige onbekwamen" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, volume II, (1005) 1030; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 130; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 220-224.

²⁰² Art. 14, § 1-3 Wet patiëntenrechten.

²⁰³ Art. 14, § 3 Wet patiëntenrechten.

geldt enkel voor de rechten van de patiënt. Daarnaast wordt ook het voorstel tot modernisering van de wet patiëntenrechten bekeken.²⁰⁴

57. ERKENNINGSBESLUIT VOOR VAPH-VOORZIENINGEN – Ook de cascaderегeling in het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen is een vorm van informele vertegenwoordiging. Het erkenningsbesluit bepaalt dat gehandicapte personen in een voorziening zich moeten laten vertegenwoordigen wanneer ze hun rechten met persoonsgebonden materies niet meer zelfstandig kunnen uitoefenen. Dit gebeurt in de eerste plaats door een bevoegde bewindvoerder, de zorggebruiker zelf of beiden. Op de tweede plaats gebeurt dit door: één van de of beide ouders, een persoon die werd aangewezen door zijn ouders, zijn voogd of door de persoon met de handicap, een meerderjarig kind of een meerderjarige broer of zus.²⁰⁵ De bevoegdheid geldt enkel voor de rechten met betrekking tot de persoonsgebonden materies die worden genoemd in het erkenningsbesluit.²⁰⁶

58. ZAAKWAARNEMING – Zaakwaarneming is het op een vrijwillige en nuttige wijze waarnemen van een zaak door een persoon, zonder dat hij daartoe verplicht is, zonder dat verzet van de meester van die zaak redelijk voorzienbaar is.²⁰⁷ Het is een vorm van een oneigenlijk contract, dit zijn: *“geoorloofde daden waaruit een verbintenis ontstaat ten laste van de persoon die er voordeel uit haalt zonder er recht op te hebben en, in voorkomend geval, een verbintenis van de persoon die de daad heeft verricht jegens die persoon.”*²⁰⁸ Zaakwaarneming maakt het mogelijk om verbintenissen te doen ontstaan door het handelen van een persoon zonder dat er hiervoor een wettelijke of contractuele plicht is.²⁰⁹ Het is voor de zaakwaarnemer zowel mogelijk om materiële handelingen als rechtshandelingen te stellen.²¹⁰ Bij het stellen van materiële handelingen kan er worden gedacht aan het helpen van mensen in nood, zoals: een schip op zee dat in nood is²¹¹, het uitbreken van een brand²¹² of bij wateroverlast²¹³. De zaakwaarnemer kan rechtshandelingen stellen in zijn eigen naam of in naam van de meester van de zaak.²¹⁴ Voorbeelden hier zijn het aangaan van een contract of het laten betekenen van een dagvaarding.²¹⁵ Met deze figuur wordt altruïsme aangemoedigd voor gevallen waar dit wenselijk is. Het is echter niet de bedoeling dat een derde zich altijd kan inmengen met andermans zaken.²¹⁶ Om dit te voorkomen moet er worden voldaan aan strenge toepassingsvereisten voordat er gesproken kan worden van zaakwaarneming.²¹⁷ Over de

²⁰⁴ Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt en tot wijziging van bepalingen inzake rechten van de patiënt in andere wetten inzake gezondheid, <https://vandenbroucke.belgium.be/nl/modernisering-van-de-wet-op-de-pati-ntenrechten>.

²⁰⁵ Art. 2 Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen (eerst volledige referentie).

²⁰⁶ Art. 2, tweede lid Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²⁰⁷ Art. 5.128 BW.

²⁰⁸ Art. 5.127, tweede lid en derde lid BW.

²⁰⁹ I. CLAEYS en F. CORYN, “Zaakwaarneming”, *TPR* 2017, (1397) 1397; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 174.

²¹⁰ Art. 5.129 BW; I. CLAEYS en F. CORYN, “Zaakwaarneming”, *TPR* 2017, (1397) 1399.

²¹¹ Gent 12 januari 2005, *NJW* 2005, 1171.

²¹² Antwerpen 12 mei 1998, *AJT* 1998-99, 418.

²¹³ Brussel 17 juni 2008, AR 2001/2919, onuitg.

²¹⁴ Art. 5.129, 2^{de} lid BW.

²¹⁵ I. CLAEYS en F. CORYN, “Zaakwaarneming”, *TPR* 2017, (1397) 1399.

²¹⁶ Antwerpen 16 februari 2000, *AJT* 2000-01, 662; P. WÉRY, “Le caractère “volontaire” de la gestion d’affaires et des quasi-contrats” (noot onder Cass. 6 januari 2005), *RCJB* 2007, (181) 188, en 219.

²¹⁷ Art. 5.128 BW; I. CLAEYS en F. CORYN, “Zaakwaarneming”, *TPR* 2017, (1397)1400; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 174.

vereiste voorwaarden is in de rechtsleer geen consensus.²¹⁸ Uit de wet kunnen volgende voorwaarden worden afgeleid: intentie om andermans belangen te behartigen (1°), een vrijwillig optreden van de zaakwaarnemer (2°), de afwezigheid van animus donandi (3°), de tussenkomst moet nuttig zijn (4°) en er is geen goedkeuring vereist (5°).²¹⁹

HOOFDSTUK II. Vergelijking van de systemen

AFDELING I. Nood aan vertegenwoordiging

59. WET PATIËNTENRECHTEN – De wet patiëntenrechten bepaalt dat een patiënt, die zijn rechten niet meer zelf kan uitoefenen, moet worden vertegenwoordigd.²²⁰ Het is de behandelende arts die bevoegd is om een inschatting te maken over de bekwaamheid van de patiënt om zijn patiëntenrechten uit te oefenen.²²¹ De arts krijgt deze bevoegdheid omdat hij beschikt over de medische kennis die vereist is om een inschatting te maken over iemand zijn wilsbekwaamheid volgens het medische beoordelingsmodel. De beoordeling wordt gebaseerd op de stand van de medische wetenschap, waarbij de wilsbekwaamheid gekoppeld wordt aan vier cognitieve competenties: begripsvermogen, verwerkingsvermogen, inschattingsvermogen en uitdrukingsvermogen.²²² De arts moet bij elke afzonderlijke handeling de wilsbekwaamheid van de persoon beoordelen. De beoordeling is taakspecifiek, zo wordt er voor iedere handeling gekeken in welke mate de persoon bekwaam is.²²³ Voor eenvoudige behandelingen zal er een andere mate van bekwaamheid vereist zijn dan voor ingrijpende behandelingen. De wet patiëntenrechten regelt niet uitdrukkelijk hoe dit in de praktijk moet worden vormgegeven. Als de patiënt vooraf toestemt met een reeks behandelingen, moet de arts toch nagaan of de wil van de persoon en zijn toestemming nog overeenstemmen.²²⁴ Dit betekent dat de patiënt ook een recht heeft om zijn toestemming weer in te trekken.²²⁵ Er werd een voorstel gedaan door minister VANDENBROUCKE om de huidige wet patiëntenrechten te moderniseren. Het uitgangspunt van dit voorstel is de beweging naar een

²¹⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 1064-1070; I. CLAEYS en F. CORYN, "Zaakwaarneming", *TPR* 2017, (1397) 1401; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 174-177.

²¹⁹ Art. 5.128 BW; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 174-177.

²²⁰ Art. 14, § 1, eerste lid Wet patiëntenrechten.

²²¹ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 40-42; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 133.

²²² Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 41; J. MOYE en D.C. MARSON, "Assessment of Decision-Making Capacity in Older Adults: An Emerging Area of Practice and Research", *Journal of Gerontology* 2007, (3) 5; P.S. APPELBAUM en T. GRISSO, "Comparison of Standards for Assessing Patients' Capacities to Make Treatment Decisions", *The American Journal of Psychiatry* 1995, (1033) 1033.

²²³ C. LEMMENS, "Meerderjarige onbekwamen" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, volume II, (1005) 1030; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 134.

²²⁴ R. D'HAESE, "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, (430) 446; T. GOFFIN, "Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem", *RW* 2007-08, 1306-1317; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 134.

²²⁵ *Ibid.*

gezamenlijke besluitneming.²²⁶ De beroepsbeoefenaar zal nog steeds op basis van zijn medische kennis een oordeel vormen over de wilsbekwaamheid van de persoon. Het gevolg van deze beoordeling is anders. Een eerste stap bestaat uit de gezamenlijke uitoefening van de rechten door de vertegenwoordiger en de patiënt. Deze gezamenlijke uitoefening van de rechten gebeurt in verhouding met het begripsvermogen van de patiënt. De vertegenwoordiger zal dus niet kunnen ingaan tegen de wensen van een patiënt die nog enige vorm toont van begrip.²²⁷ Het is de beroepsbeoefenaar die oordeelt over de gradatie van de gezamenlijke uitoefening. Hij stemt dit ook af met de patiënt en zijn vertegenwoordiger, voor zover mogelijk dit is.²²⁸ De oude wet patiëntenrechten vermeldde in § 4 art. 14 ook wel dat de patiënt moest betrokken worden bij de besluitneming. Het voorstel gaat echter verder door te spreken van een samenwerking.

60. EVALUATIE – Strikt genomen mag er volgens art. 12.2 IVRPH geen beoordeling meer zijn van iemands cognitieve vermogens. De regeling in de wet patiëntenrechten baseert zich echter wel op een medische beoordeling van de patiënt. Ze zou om deze reden niet voldoen aan art. 12.2 IVRPH. Op dit vlak is er niet voldaan aan de voorwaarden van het IVRPH. Er moet hier gewezen worden op de verschillen in betekenis tussen de termen ondersteuning en vertegenwoordiging. Volgens het IVRPH is het mogelijk dat een derde persoon beslissingen neemt voor de kwetsbare persoon, wanneer dit gebeurt volgens de wil van de persoon. Volgens de wet patiëntenrechten moet de vertegenwoordiger beslissingen maken volgens wat de patiënt gewild zou hebben, dit is een vorm van ondersteuning.²²⁹ Het gevolg van de medische beoordeling is dus een vorm van ondersteuning. Naar mijn mening zou het voor een arts mogelijk moeten zijn om zijn medische kennis aan te wenden bij het oordeel over de wilsbekwaamheid. De arts moet bij elke behandeling opnieuw nagaan of de patiënt zijn rechten zelf kan uitoefenen. De patiënt behoudt dus zoveel mogelijk de capaciteit om zelf op te treden. Ook bestaat er de mogelijkheid voor patiënten om vooraf hun toestemming te geven voor bepaalde behandelingen zodat deze ook kunnen doorgaan wanneer de patiënt wilsonbekwaam is. Wanneer een arts acht dat de patiënt wilsonbekwaam is, bestaat de bescherming uit de vertegenwoordiging van de patiënt. Het voorstel plaatst de patiënt nog meer centraal door in eerste instantie in te zetten op de gezamenlijke uitoefening van de patiëntenrechten. Het resultaat van een wilsonbekwaamheid zal dan in eerste instantie de ondersteuning zijn. Op deze manier behoudt de persoon zolang mogelijk de capaciteit om handelingen te stellen. Bij de beslissing over de mate waarin deze ondersteuning moet plaatsvinden wordt de patiënt ook zoveel mogelijk betrokken. Naar mijn mening is dit een goede beslissingsstandaard om te bepalen of een ondersteuning nodig is. Bij iedere handeling wordt er nagegaan of de patiënt bekwaam is. De ernst van de behandeling heeft daarbij ook een invloed op de mate van de vereiste bekwaamheid van de persoon. Hoewel een medische beoordeling volgens het IVRPH geen onderdeel mag uitmaken van het oordeel over de bekwaamheid, lijkt het mij juist positief om de medische beoordeling op te nemen in de beslissing. Zonder dat louter de medische toestand van de persoon kan leiden tot een onbekwaamheid.

²²⁶ Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt en tot wijziging van bepalingen inzake rechten van de patiënt in andere wetten inzake gezondheid, 52, <https://vandenbroucke.belgium.be/nl/modernisering-van-de-wet-op-de-pati-ntenrechten>.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Zie *supra*, nr. 22.

61. ERKENNINGSBESLUIT VOOR VAPH-VOORZIENINGEN – In het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen wordt er ook gebruik gemaakt van een taakspecifieke benadering.²³⁰ De bewindvoerder, de zorggebruiker of beiden, overeenkomstig de beschikking van de vrederechter, voeren de rechten uit die in het besluit worden vernoemd. Enkel wanneer de persoon de rechten met betrekking tot persoonsgebonden materies zelf niet kan uitvoeren en er geen bewindvoerder werd aangeduid, valt de taak van vertegenwoordiging op de naaste omgeving.²³¹ In tegenstelling tot de wet patiëntenrechten wordt er door het erkenningsbesluit niet bepaald hoe de beoordeling moet gebeuren. Er wordt verder ook niet bepaald wie de bevoegdheid krijgt om te oordelen over de wilsbekwaamheid van de persoon. Volgens OPGENHAFFEN kan er vanuit het burgerparadigma worden uitgegaan dat iedere persoon, die betrokken is bij het verstrekken van de zorg, *ad hoc* de wilsbekwaamheid beoordelen.²³²

62. EVALUATIE – Deze beoordeling voldoet niet aan art. 12.2 IVRPH. De handelingsbekwaamheid van de zorggebruiker hangt volgens het erkenningsbesluit af van de rechterlijke beschermingsmaatregel. De rechterlijke bescherming heeft altijd een handelingsonbekwaamheid tot gevolg. Alle personen die betrokken zijn bij de voorziening van de zorg maken *ad hoc* een oordeel of de persoon zijn rechten zelfstandig kan uitoefenen. Dit is op zich positief, omdat het ervoor zorgt dat de persoon zolang hij er toe in staat is zelf zijn rechten kan uitoefenen. De beoordeling van de bekwaamheid biedt echter weinig waarborgen voor de zorggebruiker, er is in het erkenningsbesluit niets bepaald over de basis waarop de beoordeling dient te gebeuren. Naar mijn mening krijgen zo de voorziening en de vertegenwoordigers te veel vrijheid om te oordelen over zijn bekwaamheid. De zorggebruiker kan, naar analogie met de wet patiëntenrechten, boven de bewindvoerder worden geplaatst in de rangorde. Naar mijn mening dient er wel een bepaalde zekerheid te zijn over hoe de beoordeling van de wil van de personen dient te gebeuren.

63. ZAAKWAARNEMING – Bij de zaakwaarneming is het de zaakwaarnemer zelf die oordeelt over de nood van de vertegenwoordiging. Er is enkel sprake van zaakwaarneming wanneer het optreden van de zaakwaarnemer nuttig kan zijn voor de meester van de zaak.²³³ Het nut van de zaakwaarneming wordt beoordeeld op het moment van de zaakwaarneming.²³⁴ Het is ook niet vereist dat de meester van de zaak niet kan optreden, er mag worden opgetreden als zaakwaarnemer wanneer het redelijkerwijze voorzienbaar is dat de meester van de zaak zich niet zou verzetten tegen de gestelde handelingen. Er is dus geen spoedeisendheid of noodzakelijkheid meer vereist van het optreden.²³⁵

²³⁰ Art. 2 erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 134.

²³¹ Art. 2, tweede lid Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²³² T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 133-134.

²³³ Cass. 12 november 1998, *Arr.Cass.* 1998, 481; I. CLAEYS en F. CORYN, "Zaakwaarneming", *TPR* 2017, (1397) 1408; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

²³⁴ V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

²³⁵ Wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001, 160; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

64. EVALUATIE – De zaakwaarnemer oordeelt over het feit of een ingrijpen nut kan hebben voor de meester van de zaak en niet over het feit of de meester van de zaak bekwaam is om handelingen te stellen. Dit voldoet aan de voorwaarden van het IVRPH. Wanneer het specifiek gaat over de bescherming van een kwetsbare persoon, kunnen er vragen worden gesteld bij dit nutsvereiste. Bij een kwetsbare persoon is het mogelijk dat het nut een bredere invulling kent dan bij een niet-kwetsbare persoon. Volgens het IVRPH is de vertegenwoordiger gebonden door de wil van de kwetsbare persoon. De zaakwaarnemer zou dan enkel kunnen handelen wanneer hij de wil van de persoon volgt. Er is dus een duidelijk verschil tussen de gemeenrechtelijke zaakwaarneming en de zaakwaarneming als bescherming van de kwetsbare persoon.

AFDELING II. Vertegenwoordiger

65. WET PATIËNTENRECHTEN – Er wordt in de wet patiëntenrechten een hiërarchische volgorde bepaald van personen die kunnen optreden als vertegenwoordiger. In de eerste plaats is het de persoon zelf die optreedt om zijn rechten uit te oefenen, ook wanneer er tegen deze persoon een beschermingsmaatregel werd uitgesproken en er een bewindvoerder werd aangeduid.²³⁶ Er is dus pas sprake van een vertegenwoordiging wanneer de arts van oordeel is dat de patiënt zijn rechten niet zelf kan uitoefenen. De vertegenwoordiging gebeurt in de eerste plaats door een persoon die de patiënt zelf heeft aangewezen.²³⁷ De wetgever wilt het aanduiden van een vertegenwoordiger door de patiënt aanmoedigen.²³⁸ Deze aanduiding gebeurt door een gedagtekend en een, door de patiënt en de vertegenwoordiger, ondertekend bijzonder schriftelijk mandaat waaruit de toestemming van de patiënt blijkt. In de tweede plaats kan een bewindvoerder optreden.²³⁹ Het voorstel voegt hier aan toe dat ook de vertrouwenspersoon van de patiënt kan worden aangeduid als vertegenwoordiger.²⁴⁰ Indien er geen bewindvoerder is aangeduid dan heeft de naaste omgeving de bevoegdheid om de rechten van de patiënt uit te oefenen. Er is sprake van een hiërarchische volgorde: eerst de samenwonende echtgenoot of de wettelijk of feitelijk samenwonende partner, dan een meerderjarig kind, een ouder en een meerderjarige broer of zus. Deze regeling is bindend. In het voorstel werd door de opstellers overwogen om de cascaderегeling richtinggevend te maken.²⁴¹ De personen in de cascaderегeling hebben niet altijd de beste band met de patiënt, op deze wijze zou er omwille van gegronde redenen kunnen worden afgeweken van de volgorde. Er werd ook overwogen om een nieuwe trap in te voegen, namelijk personen met een bijzonder affectieve band. Er werd echter gekozen om deze zaken niet aan te passen omwille van de rechtszekerheid.²⁴² In laatste instantie kan de arts zelf ook de rechten van de patiënt uitoefenen. Hij treedt op wanneer er geen enkele andere vertegenwoordiger is of wanneer deze persoon niet optreedt. De arts kan ook

²³⁶ Art. 14, § 1, eerste lid Wet patiëntenrechten.

²³⁷ Art. 14, §1, tweede lid Wet patiëntenrechten.

²³⁸ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, Parl.St. Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 27.

²³⁹ Art. 14, §2 Wet patiëntenrechten.

²⁴⁰ Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt en tot wijziging van bepalingen inzake rechten van de patiënt in andere wetten inzake gezondheid, 53 <https://vandenbroucke.belgium.be/nl/modernisering-van-de-wet-op-de-pati-ntenrechten>.

²⁴¹ *Ibid.*, 54.

²⁴² *Ibid.*

optreden wanneer er sprake is van een conflict tussen de vertegenwoordigers.²⁴³ Voordat de arts de patiënt vertegenwoordigt, zal hij een multidisciplinair overleg moeten houden. De vertegenwoordiger dient de patiënt zoveel mogelijk te betrekken bij de uitoefening van zijn rechten.²⁴⁴

66. EVALUATIE – Binnen de wet patiëntenrechten blijft de patiënt zo lang mogelijk zelf zijn rechten uitoefenen. Verder kan de patiënt ook, zolang dat hij daarvoor bekwaam is, een persoon aanduiden die zal optreden als zijn vertegenwoordiger. Bij het ontbreken van de wilsbekwaamheid van de persoon en bij het ontbreken van een aangeduide vertegenwoordiger zal pas een derde persoon kunnen worden aangeduid als vertegenwoordiger. De wet plaatst hier de patiënt en de geuite wil van de patiënt boven de vertegenwoordiging. De patiënt houdt zolang mogelijk de mogelijkheid om beslissingen te nemen. De patiënt heeft de mogelijkheid om zelf een vertegenwoordiger aan te duiden en deze persoon krijgt voorrang op de vertegenwoordigers die de wet aanduidt. Volgens het voorstel zal de patiënt ook in eerste instantie gezamenlijk met de vertegenwoordiger zijn rechten uitoefenen. Daarnaast expliciteert het voorstel ook de mogelijkheid om de vertrouwenspersoon aan te duiden als vertegenwoordiger. Omwille van deze reden lijkt de wet mij te voldoen aan art. 12.2 en 12.3 IVRPH. De keuze om de cascaderegeling niet richtinggevend te maken en om de trap van personen met een affectieve band niet toe te voegen, lijken mij een gemiste kans in het licht van het IVRPH. In de huidige cascaderegeling is het mogelijk dat de vertegenwoordiger een persoon is waarmee de patiënt geen band heeft. Dit lijkt mij in te gaan tegen het principe van handelen volgens de wil en voorkeuren van de persoon. Personen die een goede band hebben met de patiënt zullen beter in staat zijn om te oordelen over zijn wil en voorkeuren. Ditzelfde geldt voor de toevoeging van personen met een bijzonder affectieve band, het is deze band die hen in staat stelt om de vertegenwoordiging op zich te nemen.

67. ERKENNINGSBESLUIT VOOR VAPH-VOORZIENINGEN – In het erkenningsbesluit is ook een duidelijke hiërarchie bepaald. In eerste instantie moet er worden gekeken of een bewindvoering werd ingesteld. Wanneer dit het geval is zullen de rechten worden uitgevoerd door de persoon die daarvoor werd aangeduid in de beschikking van de vrederechter. Dit kan de bewindvoerder, de beschermde persoon of beiden zijn.²⁴⁵ Bij de vertegenwoordiging zal de zorggebruiker zoveel mogelijk moeten worden betrokken bij de uitoefening van de rechten.²⁴⁶ Wanneer de persoon zijn rechten met betrekking tot een persoonsgebonden materie niet meer kan uitoefenen en wanneer er ook geen sprake is van een bewindvoerder, dan zullen de rechten kunnen worden uitgeoefend door de samenwonende echtgenoot of door de wettelijk of feitelijk samenwonende partner. Als de persoon met een handicap geen echtgenoot of partner heeft of als deze echtgenoot of partner de vertegenwoordiging niet op zich wilt nemen, dan wordt er in het besluit een dalende volgorde bepaald van personen die de rechten kunnen uitoefenen: één van de ouders of beide ouders, een persoon, aangewezen door zijn ouders of voogd of door de persoon met een handicap, een meerderjarig kind of een broer of zus.²⁴⁷ Ook in het erkenningsbesluit wordt het ontbreken van vertegenwoordigers en een conflict tussen de vertegenwoordigers opgevangen. Het is dan de voorziening die optreedt als

²⁴³ Art. 14, §3 Wet patiëntenrechten.

²⁴⁴ Art. 14, §4 Wet patiëntenrechten.

²⁴⁵ Art. 2, eerste lid Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Art. 2, tweede en derde lid Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

vertegenwoordiger.²⁴⁸ De voorziening houdt een teamoverleg voor ze optreden als vertegenwoordiger.²⁴⁹

68. EVALUATIE – De regeling uit het erkenningsbesluit voldoet, naar mijn mening, niet aan art. 12.3 IVRPH. Een bewindvoering kan tot gevolg hebben dat de zorggebruiker onbekwaam wordt verklaard om zijn rechten uit te voeren. Een persoon kan zijn rechten in de zorgvoorziening enkel uitoefenen wanneer de vrederechter beslist heeft dat hij daar niet onbekwaam voor is. De persoon heeft volgens het erkenningsbesluit ook de mogelijkheid om iemand aan te duiden die hem vertegenwoordigt. Deze aangeduide persoon zal echter pas een vierde plaats innemen in de rangorde. Waar de wet patiëntenrechten de bekwaamheid van de persoon en de wil van de persoon bovenaan in de rangorde plaatsen, plaatst het erkenningsbesluit de vertegenwoordiging bovenaan. Er is wel de plicht van de vertegenwoordiger om de zorggebruiker zoveel mogelijk te betrekken, maar dit volstaat niet het IVRPH.

69. ZAAKWAARNEMING – Bij de zaakwaarneming is er, in tegenstelling tot bij de andere regelingen, geen bepaling over wie kan optreden. De zaakwaarnemer dient te handelen met de intentie om de belangen van de meester van de zaak te behartigen. Het is niet de bedoeling van de wetgever dat de zaakwaarnemer zich bezig kan houden met alle zaken van een andere persoon.²⁵⁰ Er is ook sprake van zaakwaarneming wanneer er gedeeltelijk gehandeld wordt uit eigenbelang, zolang het hoofdzakelijk gaat om de behartiging van andermans belangen.²⁵¹ Uit de rechtspraak volgt dat het schijnbaar handelen uit andermans belang, maar in feite enkel handelen uit eigenbelang, geen zaakwaarneming uitmaakt.²⁵² Dit kan worden aangetoond door het volgende voorbeeld. Een koppel woont tijdens hun relatie in bij de ouders van de vrouw. Na het einde van de relatie stelden de ouders een vordering in tegen de ex-vriend om de kosten van levensonderhoud terug te vorderen op basis van zaakwaarneming. De rechtbank was van oordeel dat het hier niet ging om een zaakwaarneming, omdat ze dit hoofdzakelijk vorderden uit eigenbelang.²⁵³

70. EVALUATIE – De gemeenrechtelijke zaakwaarneming voldoet aan de voorwaarden van het IVRPH. Bij de zaakwaarneming als een vorm van bescherming van een kwetsbare persoon, dringt zich volgende vraag op: “Hoe verhoudt de zaakwaarneming zich tegenover de ondersteuning, die de bescherming uitmaakt volgens art. 12.3 IVRPH?” Het principe uit het IVRPH is dat een persoon, die zijn rechten niet meer kan uitoefenen, ondersteund dient te worden. Enkel in het geval dat de ondersteuning niet voldoet om de persoon te beschermen, zal er kunnen worden overgegaan op de vertegenwoordiging. De zaakwaarneming is een rechtsfiguur dat losstaat van de vertegenwoordiging. De zaakwaarnemer kan vrijwillig optreden wanneer dit nuttig kan zijn voor de zaakwaarnemer. Bij de bescherming van een kwetsbare persoon staat zijn wil en voorkeuren centraal. Zaakwaarneming

²⁴⁸ Art. 10, tweede lid Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Antwerpen 16 februari 2000, *AJT* 2000-01, 662 ; P. WÉRY, “Le caractère “volontaire” de la gestion d’affaires et des quasi-contrats” (noot onder Cass. 6 januari 2005), *RCJB* 2007, (181) 188 en 219.

²⁵¹ I. CLAEYS en F. CORYN, “Zaakwaarneming”, *TPR* 2017, (1397) 1402; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 175.

²⁵² Rb. Turnhout 3 januari 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1993, 13.

²⁵³ Rb. Turnhout 3 januari 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1993, 13; I. CLAEYS en F. CORYN, “Zaakwaarneming”, *TPR* 2017, (1397) 1402; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 175.

kan een vorm van ondersteuning zijn volgens art. 12.4 IVRPH, zolang dit gebeurt op basis van de wil van de persoon.

AFDELING III. Wil van de persoon

71. WET PATIËNTENRECHTEN – Bij de wet patiëntenrechten is het de patiënt zelf die in eerste instantie zijn rechten uitoefent. Bij elke behandeling wordt door de arts de inschatting gemaakt of de persoon wilsbekwaam is. Zo wordt er in zeer grote mate rekening gehouden met de wil van de persoon. Hiernaast is het ook mogelijk voor de patiënt om gebruik te maken van een zorgplanning. Met een zorgplanning kan een patiënt, voorafgaand, zelf uitwerken welke behandelingen hij wenst en niet wenst te ondergaan. Er kan gebruik worden gemaakt van negatieve en positieve wilsverklaringen.²⁵⁴ Met een negatieve wilsverklaring kan een patiënt, wanneer hij nog wilsbekwaam is, schriftelijk weigeren om toestemming te geven voor een bepaalde behandeling.²⁵⁵ Zolang de patiënt in staat is om zijn rechten uit te oefenen, kan hij ook afwijken van deze negatieve wilsverklaring.²⁵⁶ De positieve wilsverklaring, alhoewel dit niet geregeld is in de wet patiëntenrechten, kan dienen als belangrijke basis tijdens de vertegenwoordiging.²⁵⁷ In de positieve wilsverklaring bepaalt de patiënt hoe hij behandeld wilt worden. De patiënt krijgt ook de mogelijkheid om een vertegenwoordiger aan te duiden. De persoon die wordt aangeduid krijgt voorrang op de bewindvoering en de naaste omgeving om op te treden als bewindvoerder. Art. 15 bepaalt op welke wijze de beroepsbeoefenaar kan afwijken van de beslissing van de vertegenwoordiger. Bij de beslissing door de bewindvoerder of door een persoon uit de cascaderегeling zal er kunnen worden afgeweken: wanneer dit in het belang is van de patiënt en wanneer er sprake is van een bedreiging voor diens leven of van een mogelijk ernstige aantasting van diens gezondheid. De beroepsbeoefenaar doet dit na een multidisciplinair overleg. Er kan enkel van de beslissing van een aangeduide vertegenwoordiger worden afgeweken wanneer de vertegenwoordiger zich niet kan beroepen op de uitdrukkelijke wil van de patiënt. In het voorstel wordt dit onderscheid tussen de verschillende vertegenwoordigers geschrapt.²⁵⁸ De wil van de patiënt staat ook centraal in de beslissingsstandaard van de vertegenwoordiger.²⁵⁹

72. EVALUATIE – De wil van de persoon krijgt een prominente plaats in de wet patiëntenrechten. De patiënt wordt geacht altijd bekwaam te zijn, bij elke behandeling moet de wilsbekwaamheid van de persoon worden nagegaan. Dit voldoet aan art. 12.1 en 12.2 IVRPH. Daarnaast zijn er voor de patiënt verschillende mogelijkheden om voorafgaand vorm te geven aan de behandeling door een arts. De patiënt kan zijn zorg volledig plannen: door te bepalen welke

²⁵⁴ Art. 8, § 4, vierde lid Wet patiëntenrechten; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 679-682; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 137.

²⁵⁵ Art. 8, § 4, vierde lid Wet patiëntenrechten.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 679-682.

²⁵⁸ Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt en tot wijziging van bepalingen inzake rechten van de patiënt in andere wetten inzake gezondheid, 56, <https://vandenbroucke.belgium.be/nl/modernisering-van-de-wet-op-de-pati-ntenrechten>.

²⁵⁹ Zie *Infra*, nr. 76.

behandelingen hij niet wilt ondergaan, door het opstellen van een negatieve wilsverklaring of door te bepalen aan welke behandelingen hij juist de voorkeur geeft, door het opstellen van een positieve wilsverklaring. De patiënt krijgt ook de mogelijkheid om zijn wil te kennen te geven over de persoon die hem kan vertegenwoordigen. De aangeduide vertegenwoordiger krijgt dan ook voorrang op de bewindvoerder en de personen uit de cascaderegeling. Deze mogelijkheden zijn voorbeelden van ondersteuningsmaatregelen uit art. 12.3 IVRPH.

73. ERKENNINGSBESLUIT VOOR VAPH-VOORZIENINGEN – Het erkenningsbesluit volgt de beschikking van de vrederechter. Het is mogelijk dat de persoon onbekwaam wordt verklaard om zijn rechten uit te oefenen. Wanneer de bewindvoerder optreedt, moet hij wel zoveel mogelijk de persoon met de handicap betrekken bij de uitoefening van de rechten.²⁶⁰ Hierdoor moet er in bepaalde mate rekening worden gehouden met de wil van de persoon, maar het is niet de uitgangspositie van de regeling. Het is voor de zorggebruiker ook mogelijk om iemand aan te duiden als vertegenwoordiger. De aangewezen persoon zal slechts de bevoegdheid hebben om op te treden bij het ontbreken of niet optreden van de bewindvoerder, de samenwonende echtgenoot of wettelijk of feitelijk samenwonende partner en de ouders.²⁶¹ In het besluit wordt er dus voorrang gegeven aan andere personen dan aan de persoon die de zorggebruiker zelf aanduidt. De zorggebruiker kan bepaalde afspraken opnemen in zijn zorgovereenkomst, verder kan hij ook negatieve en positieve wilsverklaringen afleggen.²⁶² Deze positieve en negatieve wilsverklaringen zijn niet bindend voor de voorziening, maar ze zorgen er wel voor dat de wil van de zorggebruiker kenbaar wordt gemaakt zodat er tijdens het verstrekken van de zorg rekening mee gehouden kan worden.²⁶³

74. EVALUATIE – Binnen het erkenningsbesluit lijkt de wil van de zorggebruiker een minder belangrijke plaats te hebben. Het is mogelijk dat de persoon zijn eigen rechten niet zelf kan uitoefenen en dus altijd vertegenwoordigd dient te worden. De vertegenwoordiger moet de persoon wel betrekken bij de uitoefening van zijn rechten, dus er wordt in bepaalde mate wel rekening gehouden met de wil van de persoon. Daarnaast kan de zorggebruiker ook iemand aanduiden die hem kan vertegenwoordigen. Deze persoon neemt dan pas de vierde plek in de rangorde, het besluit acht dat drie verschillende personen voorrang hebben op de wil van de persoon. Doordat er met de wil van de persoon maar in een beperkte mate rekening wordt gehouden, is er niet voldaan aan art. 12.2 en 12.3 IVRPH. De zorggebruiker kan in bepaalde mate vorm geven aan zijn zorg. Hij kan bepaalde afspraken opnemen in zijn zorgovereenkomst. De voorziening is gebonden door deze afspraken. Daarnaast kan hij ook negatieve en positieve wilsverklaringen opleggen. Deze zijn echter niet bindend en dienen daarom enkel als richtlijn voor de vertegenwoordigers. Deze mogelijkheden zijn voorbeelden van een ondersteuningsmaatregel uit art 12.3 IVRPH.

75. ZAAKWAARNEMING – Bij de zaakwaarneming wordt er niet vanuit de wil van de persoon vertrokken, maar vanuit een nuttigheids criterium. De zaakwaarnemer wordt niet geleid door de wil

²⁶⁰ Art. 2, eerste lid Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²⁶¹ Art. 2, derde lid, 2^o Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²⁶² Art. 9 en 11 Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen; C. LEMMENS, "Voorafgaande wilsverklaringen" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, volume II, (1587) 1595.

²⁶³ *Ibid.*

van de persoon, maar door wat er nuttig kan zijn voor de persoon, in die mate dat hij er zich niet tegen zou verzetten.²⁶⁴

AFDELING IV. Beslissingsstandaard

76. WET PATIËNTENRECHTEN – Bij de uitoefening van de rechten van de patiënt moet de vertegenwoordiger zich laten leiden door wat de patiënt gewild zou hebben.²⁶⁵ Vertegenwoordigers kunnen zich baseren op positieve wilsverklaringen, het levensverhaal van de patiënt en het waardenpatroon van de patiënt bij eerder gemaakte beslissingen.²⁶⁶ Als de wil van de patiënt onmogelijk kan worden achterhaald, dan is de beslissingsstandaard de keuze die een redelijke persoon geplaast in dezelfde omstandigheden gemaakt zou hebben.²⁶⁷ Dit staat niet letterlijk in art. 14. In het voorstel wordt een nieuw lid toegevoegd waarin staat dat de vertegenwoordiger de rechten moet uitoefenen overeenkomstig de geuite voorkeuren en de levensdoelen van de persoon.²⁶⁸ De vertegenwoordiger zal de voorafgaande zorgplanning uit art. 8/2 kunnen aanwenden als leidraad om zijn opdracht uit te voeren. De vertegenwoordiger zal de voorkeuren en levensdoelen van de patiënt moeten achterhalen. Dit kan hij door zich in te lichten bij de patiënt, zijn vertrouwenspersoon, zijn familie, ...²⁶⁹

77. EVALUATIE – Binnen het IVRPH geldt het principe van de betrouwbare wil. Wanneer er kan worden uitgegaan dat de wil van de persoon betrouwbaar is dan kan er een geldige beslissing worden genomen. Het IVRPH bepaalt echter niet hoe de betrouwbaarheid van de wil moet worden ingevuld. In de rechtsleer bestaat hier ook nog discussie over.²⁷⁰ De invulling in de wet patiëntenrechten kan hier wel aan voldoen. De vertegenwoordiger kan enkel handelen wanneer hij handelt volgens wat de patiënt gewild zou hebben. Het gaat om een feitelijke beoordeling. De vertegenwoordiger moet kunnen aantonen wat de wil van de persoon is. Het wordt dus mogelijk voor de vertegenwoordiger om een wil die de patiënt geuit heeft te koppelen aan zijn levensverhaal, te plaatsen binnen een positieve wilsverklaring of om de geuite wil te vergelijken met een eerder gebruikt waardenpatroon door de patiënt. De vertegenwoordiger kan de rechten van de persoon uitoefenen wanneer hij een voldoende betrouwbare wil kan vormen. Deze beslissingsstandaard lijkt te voldoen aan de vereisten uit art. 12.2 en 12.3 IVRPH.

78. ERKENNINGSBESLUIT – In het erkenningsbesluit wordt er geen beslissingsstandaard bepaald.

²⁶⁴ Zie *infra*, nr. 79.

²⁶⁵ Art. 10, tweede lid Erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.

²⁶⁶ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 139.

²⁶⁷ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, Parl.St. Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 46; C. LEMMENS, Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde, Antwerpen, Intersentia, 2014, 490-491; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 139.

²⁶⁸ Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt en tot wijziging van bepalingen inzake rechten van de patiënt in andere wetten inzake gezondheid, 52, <https://vandenbroucke.belgium.be/nl/modernisering-van-de-wet-op-de-pati-ntenrechten>.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Zie *supra* nr. 28.

79. ZAAKWAARNEMING – Bij de zaakwaarneming bestaat de beslissingsstandaard uit het nuttigheids criterium. Een zaakwaarneming is enkel geldig wanneer het optreden van de zaakwaarnemer nuttig is voor de meester van de zaak.²⁷¹ De zaakwaarnemer moet dus de afweging maken of de meester van de zaak zich redelijkerwijs zou verzetten tegen de handeling die gesteld wordt. Het is niet vereist dat de zaakwaarnemer de gestelde handelingen goedkeurt.²⁷² In principe kan er dus een geldige zaakwaarneming zijn, wanneer de handeling niet volgens de wil van de persoon wordt gesteld.

80. EVALUATIE – De zaakwaarneming in het huidige recht voldoet aan het IVRPH. Dit nuttigheids criterium zorgt voor problemen bij het gebruik van de zaakwaarneming als beschermingsmaatregel van kwetsbare personen. Het nuttigheids criterium is afhankelijk van een bepaalde persoon en een bepaalde situatie. Het is deze open invulling die tot problemen kan leiden. Wanneer een niet-kwetsbare persoon en een kwetsbare persoon in dezelfde situatie worden geplaatst, dan kan de beoordeling worden gemaakt dat er meer handelingen nut kunnen hebben voor een kwetsbare persoon, dan voor een niet-kwetsbare persoon. Het nuts criterium voldoet aan art. 12.2 van het IVRPH voor zover het eenzelfde invulling krijgt voor de kwetsbare persoon als voor de niet-kwetsbare persoon. De ruimere invulling van het nut voor de kwetsbare persoon kan ertoe leiden dat er handelingen gesteld worden voor de kwetsbare persoon zonder dat de zaakwaarnemer rekening houdt met zijn wil. Dit zou een schending betekenen van art. 12.2 IVRPH.

AFDELING V. Controlemechanisme

81. WET PATIËNTENRECHTEN – Voor de arts bestaat de verplichting om na te gaan of de beslissingsstandaard gerespecteerd wordt. Hij doet dit via een marginale toetsing.²⁷³ De arts zal dus moeten nagaan of er een kennelijke schending is van de wil van de beschermde persoon. Binnen de rechtsleer bestaat er geen eensgezindheid over de gevolgen van deze toetsing. Art. 15 van de wet patiëntenrechten bepaalt dat de arts moet afwijken van de beslissing van de vertegenwoordiger als dit ertoe zou leiden dat het leven van de patiënt wordt bedreigd of dat zijn gezondheid ernstig kan worden aangetast.²⁷⁴ Er wordt in de wet niets bepaald over de situatie van een vermoedelijk misbruik door de vertegenwoordiger. Een deel van de rechtsleer is van mening dat, buiten de voorgenoemde gevallen, de arts de vertegenwoordiging op zich kan nemen wanneer hij vermoedt dat er misbruik wordt gemaakt.²⁷⁵ Een ander deel van de rechtsleer is van mening dat de arts enkel in de voorgenoemde gevallen kan afwijken van de keuze van de vertegenwoordiger.²⁷⁶ Volgens LEMMENS

²⁷¹ Cass. 12 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 481; I. CLAEYS en F. CORYN, "Zaakwaarneming", *TPR* 2017, (1397) 1408; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

²⁷² V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

²⁷³ C. LEMMENS, "Meerderjarige onbekwamen" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, volume II, (1005) 1075.

²⁷⁴ T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 412-413.

²⁷⁵ E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 726; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 412-413.

²⁷⁶ C. LEMMENS, Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde, Antwerpen, Intersentia,

is in alle andere gevallen de tussenkomst van een rechter vereist om af te wijken van de keuze van de vertegenwoordiger.²⁷⁷ De vertegenwoordiger kan zich baseren op de geschreven wil van de persoon, maar ook op een uitdrukkelijke wil. Hij kan zijn keuze dan staven door 'een door getuigen bevestigde mondelinge wilsuiting, een bandopname of videotape of zelfs een artikel geschreven door de betrokkene'.²⁷⁸

82. EVALUATIE – Volgens art. 12.4 IVRPH moet er worden voorzien in voldoende bescherming die vermijdt dat er misbruik kan worden gemaakt door de ondersteuner en vertegenwoordiger. Zowel een proactieve als een reactieve bescherming is mogelijk. Om misbruik van de bevoegdheid te vermijden, is het naar mijn mening van belang dat de arts de bevoegdheid krijgt om te oordelen over een vermoedelijk misbruik. Er is sprake van een marginale toetsing. Hierdoor kan de arts nagaan of de verantwoording van de vertegenwoordiger kennelijk onredelijk is. Het gaat hier om de wil van de persoon op het vlak van zijn patiëntenrechten. Het is niet mogelijk om te werken met een herstel in natura want bepaalde behandelingen zullen niet kunnen worden teruggedraaid. Een loutere reactieve bescherming zou enkel tot gevolg kunnen hebben dat er een schadevergoeding kan worden gevraagd. Het gevolg van een vermoeden van misbruik zou dan zijn dat de arts zelf de rechten zal uitoefenen. Dit geeft de arts natuurlijk veel macht. Hij kan de uitvoering van de rechten zo naar zich toe trekken. Bij een conflict zou het mogelijk moeten zijn om naar de rechter te stappen om zo een uitspraak te krijgen, dit is omwille van de ernst en dringendheid van medische handelingen niet altijd mogelijk. Naar mijn mening moet het voor de arts mogelijk zijn om in te grijpen bij een vermoedelijk misbruik. Bij een te vrije vertegenwoordiging bestaan er meer mogelijkheden om misbruik te plegen, een reactieve bescherming zal op dit vlak weinig oplossingen bieden. Er kan bijvoorbeeld een schadevordering gekoppeld worden aan een verkeerdelijk optreden door de arts. De arts heeft de mogelijkheid om te overleggen met andere artsen, dit moet hij ook doen wanneer hij optreedt als vertegenwoordiger. Door overleg heeft de arts een betere positie om te oordelen over het vermoedelijke misbruik. Op deze manier wordt er meer ingezet op preventie dan op reactie.

83. ERKENNINGSBESLUIT – Het erkenningsbesluit kent de bevoegdheid niet toe aan de voorziening om de keuze van een bewindvoerder af te toetsen. Voor de voorziening bestaat enkel de mogelijkheid om een verzoek tot rechterlijke bescherming in te stellen bij de vrederechter.²⁷⁹

84. EVALUATIE – Er is dus geen mogelijkheid voor de voorziening om bij een misbruik van de bevoegdheid zelf op te treden. De voorziening kan niet preventief handelen bij een kennelijk misbruik. Er bestaat wel de mogelijkheid om aan de vrederechter een gerechtelijke bescherming te vragen. Deze bescherming zal er dan uit bestaan om een bewindvoerder aan te duiden die de rechten van de persoon correct zal uitoefenen. Naar mijn mening voldoet de loutere mogelijkheid van het vragen van een beschermingsmaatregel niet aan art. 12.4 IVRPH.

2014, 561-563

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 47.

²⁷⁹ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 141.

85. ZAAKWAARNEMING – Bij de zaakwaarneming bestaat het controlemechanisme uit de strikte toepassingsvoorwaarden. Enkel in het geval dat aan alle toepassingsvoorwaarden is voldaan spreekt men van een geldige zaakwaarneming en pas dan zullen de handelingen overgaan op de meester van de zaak.²⁸⁰ De voorwaarden van de zaakwaarneming zijn: intentie om andermans belangen te behartigen, vrijwillig optreden van de zaakwaarnemer, er mag geen animus donandi zijn, de tussenkomst moet nuttig zijn en er is geen goedkeuring vereist.²⁸¹ De intentie om iemands belangen te behartigen, het nuttigheids criterium en de goedkeuring werden al besproken.²⁸² Het vrijwillig optreden betekent dat iemand optreedt zonder dat er op hem een contractuele of wettelijke verplichting rust om op te treden.²⁸³ Er is ook geen sprake van zaakwaarneming wanneer iemand ervan overtuigd is dat er op hem een contractuele verplichting rust ook al is dit in werkelijkheid niet het geval.²⁸⁴ Een wettelijke verplichting sluit enkel de zaakwaarneming uit wanneer dit een specifiek handelen in een situatie voorschrijft. Een algemene plicht tot handelen zoals schuldig hulpverzuim art. 422bis Sw. voldoet hier niet aan.²⁸⁵ Ook een rechterlijke verplichting kan zaakwaarneming uitsluiten.²⁸⁶ Een bewindvoerder die door de rechter wordt aangesteld kan, voor hij zijn aanstelling heeft aanvaard, niet al handelingen stellen als zaakwaarnemer.²⁸⁷ De zaakwaarnemer moet de handeling weliswaar vrijwillig stellen, hij doet dit niet uit vrijgevigheid.²⁸⁸ Het is aan de meester van de zaak om te bewijzen dat de zaakwaarneming werd gesteld met animus donandi, vrijgevigheid wordt niet vermoed.²⁸⁹

86. EVALUATIE – Het controlemechanisme bestaat uit een rechtelijke controle van de verschillende voorwaarden. De meester van de zaak wordt pas gebonden als er voldaan is aan alle voorwaarden. Wanneer hij de geldigheid betwist, zal hij naar de rechter kunnen stappen. Dit vormt een voldoende bescherming volgens art. 12.4 IVRPH. Wanneer de zaakwaarneming gebruikt zou worden voor de bescherming van kwetsbare personen zou dit mogelijks niet volstaan. De zaakwaarnemer zou dan ook handelingen kunnen stellen over de goederen van de persoon, in deze situatie kan een reactief optreden niet altijd een oplossing bieden. Er kan over goederen worden beschikt zodat een herstel niet altijd mogelijk is. Verder kan er ook schadevergoeding worden gevraagd, dit kan alleen herstel bieden als er voldoende middelen aanwezig zijn. Een proactieve bescherming lijkt me moeilijk verenigbaar met de aard van de zaakwaarneming.

HOOFDSTUK III. Conclusies uit de interne rechtsvergelijking

²⁸⁰ I. CLAEYS en F. CORYN, "Zaakwaarneming", *TPR* 2017, (1397) 1397; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 174.

²⁸¹ Art. 5.128 BW; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 174-177.

²⁸² Zie *supra*, nrs. 69 en 79.

²⁸³ I. CLAEYS en F. CORYN, "Zaakwaarneming", *TPR* 2017, (1397) 1405; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 175.

²⁸⁴ V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 175.

²⁸⁵ Wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001, 160; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ I. CLAEYS en F. CORYN, "Zaakwaarneming", *TPR* 2017, (1397) 1407; V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

²⁸⁹ V. SAGAERT, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 176.

87. INFORMELE VERTEGENWOORDIGING – Het gebruik van informele vertegenwoordigingsregelingen lijkt te kunnen voldoen aan de eisen van het IVRPH. In deze regelingen blijft de persoon zoveel mogelijk zelf zijn rechten uitoefenen. Daarnaast is de persoon vrij om iemand als vertegenwoordiger aan te duiden. Deze aangeduide persoon krijgt voorrang op andere personen. De regeling is heel flexibel. Er wordt gebruik gemaakt van de informele vertegenwoordiging in verschillende sectoren. In deze sectoren is het belangrijk dat er op elk moment zekerheid bestaat over de persoon die de patiënt kan vertegenwoordigen. Er werd daarom gekozen voor een systeem met een vaste hiërarchie van vertegenwoordigers. In dit kader van de vertegenwoordiging met betrekking tot de goederen van de persoon zou het wel een mogelijkheid zijn om de cascaderegeling richtinggevend te maken. Zo kan er worden gegarandeerd dat de ondersteuning van de persoon gebeurt door iemand waarmee hij een affectieve band heeft. De bekwaamheid van de personen staat centraal. Zolang iemand de mogelijkheid heeft om zelf en zelfstandig te handelen dan oefent hij zelf zijn rechten uit. Dit heeft ook tot gevolg dat een vertegenwoordiger slechts optreedt in de gevallen wanneer dit echt nodig is. Op deze manier lijkt er voldaan aan de principes van art. 12.1 – 12.3 IVRPH. Er moet wel voor ogen worden gehouden dat er een correcte toepassing moet zijn van deze principes. Over de concrete invulling van de beslissingsstandaard of van de controle van de wilsbekwaamheid wordt er in de wet en het besluit niet veel bepaald. Deze vrijheid vormt een gevaar voor de handelingsbekwaamheid van de persoon. De combinatie van deze flexibele regeling, de vrije invulling van de beoordeling over de wilsbekwaamheid en van de beslissingsstandaard met de bescherming uit art. 12.4 IVRPH kan ook voor problemen zorgen. In het huidige recht bestaan er niet veel waarborgen voor de patiënt/zorggebruiker. Een systeem van informele vertegenwoordiging zal meer waarborgen moeten bieden op het vlak van bescherming. Dit kan bv. bereikt worden door een vorm van toezicht in te schrijven. Een voorbeeld hiervan kan een rapporteringsplicht zijn aan de personen die zich een trap lager bevinden in de cascaderegeling.

88. ZAAKWAARNEMING – Daarnaast is het ook mogelijk dat aanvullend de zaakwaarneming wordt gebruikt als een vorm van ondersteuning. Deze ondersteuning zal dan ook moeten voldoen aan de vereisten van het IVRPH. De grootste aanpassing aan de gemeenrechtelijke zaakwaarneming zou zijn dat deze niet meer gebruikt kan worden voor elke handeling die nut kan hebben voor de meester van de zaak. Er zou enkel een zaakwaarneming kunnen plaatsvinden wanneer dit gebeurt op basis van de wil en de voorkeuren van de persoon. Het is hierbij wel belangrijk dat de zaakwaarnemer deze wil en voorkeuren kan aantonen. Het bewijs van de wil en de voorkeuren zal niet gebaseerd kunnen worden op het louter kennen van de persoon en zijn levensverhaal. Het lijkt hier aangewezen dat de zaakwaarneming kan gebeuren wanneer dit gebaseerd is op een eerder geuite wil of voorkeur waarvan een geschrift is opgesteld. Een voorbeeld hiervan zou een zorgplanning kunnen zijn. Het zou via de zaakwaarneming mogelijk kunnen zijn dat iedere persoon de handelingen kan stellen die beschreven staan in de zorgplanning. Er moet hier worden stilgestaan bij de mogelijke gevolgen hiervan. Het toelaten dat een louter onderhandse overeenkomst kan gelden als een voldoende aanduiding van de wil en voorkeuren van de persoon en bijgevolg dus als een basis waarop een zaakwaarnemer kan optreden, lijkt mij misbruik in de hand te kunnen werken. Een mogelijke tegemoetkoming hierbij kan zijn dat er enkel op basis van een wil of voorkeur kan worden gehandeld die staat beschreven in een authentieke akte. Op deze manier bestaat er een bepaalde vorm van controle. Dit maakt het ook mogelijk om een inschatting te maken over de

wilsuïting. Zo kan er worden gecontroleerd of de persoon onder druk staat. Een ander gevolg van het gebruiken van de zaakwaarneming kan zijn dat er meerdere personen mogelijk dezelfde handeling stellen. Het principe van de zaakwaarneming is dat iedereen uit vrijgevigheid handelingen kan stellen voor een persoon. Dit zou kunnen betekenen dat meerdere personen, die weet hebben van de wil en voorkeuren van de persoon, een handeling gaan stellen. In dit opzicht zou er ook een hiërarchische volgorde worden ingeschreven voor de personen die kunnen optreden als zaakwaarnemer. In principe bestaat er dan ook de mogelijkheid dat meerdere personen op dezelfde trap kunnen optreden. Dit kan worden opgevangen door een overlegplicht te creëren tussen de zaakwaarnemers. Een andere oplossing zou kunnen zijn dat de zaakwaarnemers samen bevoegd zijn voor de uitvoering van de zaakwaarneming en er kan worden opgetreden met een meerderheid. Wanneer een even aantal zaakwaarnemers bevoegd zou zijn om te handelen creëert dit het probleem dat er geen meerderheid gevormd kan worden.

DEEL V. Uitwerking alternatief ondersteuningssysteem

89. OMKADERING – In dit laatste deel wordt een antwoord geformuleerd op de laatste subonderzoeksvraag, er zal een antwoord worden gegeven op de inpasbaarheid en de haalbaarheid van de voorgestelde oplossing. In dit kader worden eerst de resultaten van de diepte-interviews besproken. De resultaten uit de interviews worden meegenomen in de voorgestelde oplossing. Het laatste deel van dit hoofdstuk bestaat uit aanbevelingen over de mogelijke creatie van het alternatief ondersteuningssysteem.

HOOFDSTUK I. Resultaten sociaal-wetenschappelijk onderzoek

90. SOCIAAL-WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK – Eerst worden de resultaten van de diepte-interviews besproken. Er wordt zo een beeld gecreëerd van de mening van de verschillende actoren uit de praktijk. Er zijn drie verschillende onderwerpen besproken tijdens de interviews. In eerste instantie werd de mening van de actoren bevraagd over het mensenrechtelijke kader. Dit vormt een belangrijke indicatie over de haalbaarheid van een systeem gebaseerd op de principes uit het IVRPH. Een tweede onderwerp was de mogelijke aanpassingen aan het huidige Belgische systeem. Met deze vragen werd er gekeken welke aanpassingen er mogelijk zijn aan het Belgische systeem die kunnen leiden tot een correcte toepassing van het IVRPH. Een laatste onderwerp was de voorstelling van een mogelijk systeem op basis van het IVRPH.

91. WILSBEKWAAMHEID – Een eerste vraag ging over het gebruik van de wilsbekwaamheid om te bepalen of een beschermingsmaatregel moet worden genomen. De bevrageden waren het unaniem eens dat het begrip wilsbekwaamheid een goede maatstaf is.²⁹⁰ Wanneer mensen niet meer zelf hun rechten kunnen uitoefenen, dan moet er een beschermingsmaatregel worden genomen. Twee vrederechters geven aan dat er geen wettelijke definitie is van de wilsbekwaamheid.²⁹¹ Zo wordt de inhoud hiervan ingevuld door de rechtspraak. Ze drukken samen met één notaris aan op het belang van een correcte invulling van het begrip.²⁹² Eén vrederechter en één notaris kaartten ook de grote verschillen aan tussen de verslagen van de artsen over de wilsbekwaamheid.²⁹³ Sommige artsen zijn heel uitgebreid in hun verslag, terwijl andere verslagen voldoen met een paar woorden.

92. BEST-INTEREST OF RECHTEN, WIL EN VOORKEUREN – Daarna werd er een vraag over de beslissingsstandaard van de vertegenwoordiger gesteld. Primeert het belang van de persoon of de wil, voorkeuren en rechten van de persoon. Volgens de bevrageden primeert het belang op de wil en de voorkeuren van de persoon.²⁹⁴ De nuance die wordt aangebracht is dat in de mate van het

²⁹⁰ Zie Bijlage 2, P. 81; Bijlage 3. 85; Bijlage 4, p. 95; Bijlage 5, p. 102; Bijlage 6, p. 110 en Bijlage 7, p. 116.

²⁹¹ Zie Bijlage 4, p.95 en Bijlage 6, p. 110.

²⁹² *Ibid.*; Zie Bijlage 7, p. 116.

²⁹³ Zie Bijlage 3, p. 85 en Bijlage 7, p. 116.

²⁹⁴ Zie Bijlage 2, P. 81; Bijlage 3. 85; Bijlage 4, p. 95; Bijlage 5, p. 102; Bijlage 6, p. 110 en Bijlage 7, p. 116.

mogelijke de wil en de voorkeuren van de persoon wel door de vertegenwoordiger in rekening moeten worden genomen. Eén vrederechter en één notaris geven ook aan dat het verminderde vermogen om hun belang in te schatten juist de reden is dat er over de persoon een beschermingsmaatregel wordt uitgesproken.²⁹⁵ Wanneer dan de wil en de voorkeuren van de persoon worden gevolgd, heeft de bescherming weinig nut.

93. BEOORDELINGSMETHODE – De volgende vraag ging over de beoordelingsmethode van de wilsbekwaamheid van de persoon. Er werd aan de bevrageden uitgelegd dat volgens het IVRPH de medische beoordeling van de wilsbekwaamheid niet geldig was. Er werden dan twee andere beoordelingsmethoden voorgesteld. De eerste methode was de koppeling van de betrouwbaarheid van de wil aan het levensverhaal van de persoon. Een tweede benadering die werd voorgesteld, was de benadering dat de cognitieve vermogens van een persoon wel in rekening mogen worden gebracht, maar dat het gevolg een ondersteuning moet zijn. Twee vrederechters en één notaris merkte op dat deze twee benaderingen al deels vervat zitten in het Belgische systeem.²⁹⁶ Uit de antwoorden bleek ook het verschil weer tussen het theoretisch denken binnen het IVRPH en het eerder praktisch denken van de actoren. Zo werden er vragen gesteld bij de mogelijkheid van de vertegenwoordiger om het levensverhaal te achterhalen.²⁹⁷ Het antwoord van een vrederechter illustreerde ook mooi het gevaar van het loutere gebruik van het levensverhaal:

*"Als professionele bewindvoerder is dat al veel moeilijker want dan moet je u gaan baseren op wat de omgeving vertelt. Dan nog mag je nooit uitsluiten dat het met een zekere objectiviteit moet bekeken worden. Wat iemand rondom de betrokken persoon vertelt, kan altijd enigszins individueel gekleurd zijn."*²⁹⁸

Een vertegenwoordiger zal altijd aangewezen zijn op de inlichtingen van de omgeving van de persoon. Het zal voor de vertegenwoordiger daarom niet altijd mogelijk zijn om één lijn te trekken in het levensverhaal van de persoon. Binnen het IVRPH wordt er van uitgegaan dat personen actief bezig zijn met het uitwerken van een zorgplanning en dat de omgeving van de personen altijd bekend is met de wil en de voorkeuren van de persoon. Eén van de notarissen geeft aan dat een groot deel van de mensen zich niet bezighoudt met het uitwerken van een zorgvolmacht.²⁹⁹ Ook gaan ze daarbij verkeerdelijk uit van het feit dat hun partner of kinderen wel weten wat hun wil en voorkeuren zijn. Twee vrederechters en twee notarissen kaarten ook aan dat ondersteuning alleen maar effect heeft voor personen die nog een bepaald cognitief vermogen hebben.³⁰⁰ Een voorbeeld hiervan is het bijstandsregime, dit wordt enkel uitgesproken wanneer het haalbaar is. Volgens de tweede beoordelingsmethode zou dit altijd moeten worden opgelegd. In sommige gevallen zou dit dan leiden tot een inefficiënte bescherming. Twee notarissen en één vrederechter geven aan dat er een combinatie vereist is van de methoden.³⁰¹ Er moet zowel gekeken worden naar het levensverhaal

²⁹⁵ Zie Bijlage 6, p. 110 en Bijlage 7, p. 116.

²⁹⁶ Zie Bijlage 3, p. 86-87; Bijlage 4, p. 96-97 en Bijlage 7, p. 116-117.

²⁹⁷ Zie Bijlage 4, p. 96-97; Bijlage 5, p. 103-104 en Bijlage 6, p. 111.

²⁹⁸ Bijlage 6, p. 111.

²⁹⁹ Bijlage 2, p. 82.

³⁰⁰ Zie Bijlage 2, p. 81-82; Bijlage 4, 96-97; Bijlage 5, 103-104 en Bijlage 6 111.

³⁰¹ Zie Bijlage 4, p.96-97; Bijlage 5, p. 102-103 en Bijlage 7, p. 116-117.

van de persoon als naar de cognitieve vermogens van de persoon. Eén van de vrederechters beschrijft de beoordeling van de capaciteit van de personen als kijken naar het ruime plaatje, er moet een totaal beeld worden gevormd van de persoon voordat er een beslissing wordt gemaakt.³⁰² Ik volg hier het standpunt van de bevrageden, om een zo goed mogelijk beeld te creëren van de capaciteiten van de persoon moet er rekening worden gehouden met zoveel mogelijk factoren. Op dit punt lijkt het mij positief om de visie van het IVRPH deels te verlaten en zo de medische beoordeling wel als onderdeel mee te nemen in de beoordeling over de wilsbekwaamheid van de persoon.

94. ZORGVOLMACHT – Daarna werd er een vraag gesteld over een mogelijke aanpassing van de zorgvolmacht. Deze wordt vaak opgesteld door de naaste omgeving. Er werd gevraagd naar hun mening over het creëren van basisbevoegdheden op basis waarvan deze naaste omgeving kan optreden zonder dat er een zorgvolmacht werd opgesteld, vergelijkbaar aan de plichten in het primair huwelijksstelsel. De grote meerderheid reageerde hier negatief op.³⁰³ De reden hiervoor was dat de zorgvolmacht juist gecreëerd is zodat de personen zelf vorm geven aan hun bescherming. Eén notaris reageerde wel positief op dit voorstel.³⁰⁴

“Absoluut, ik zou veel liever veel minder zorgvolmachten maken en dat het volgens het oud systeem, zoals bij het wettelijk stelsel van huwelijken, je doet niks dan is dat van toepassing. Als je onbekwaam wordt en je bent getrouwd dan is automatisch je echtgenote uw lasthebber en als je geen echtgenote hebt uw kinderen. Er gaan evenveel zorgvolmachten gemaakt worden want heel veel mensen gaan daar van willen afwijken. Dan is er toch een vangnet.”³⁰⁵

Mij lijkt het creëren van basisbevoegdheden in de wet ook een goede vorm van bescherming te zijn. Door de overwegende negatieve reactie uit de praktijk wordt deze mogelijkheid niet verder besproken.

95. VOORGESTELD SYSTEEM – In een laatste vraag werd een systeem voorgesteld op basis van de principes uit het IVRPH, deze zijn: personen blijven handelingsbekwaam, de wil en de voorkeuren van de persoon staan centraal en de bescherming bestaat uit ondersteuning. Het systeem is een vorm van een informele vertegenwoordiging, gebaseerd is op de wet patiëntenrechten en het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen. De formele vertegenwoordiging in de vorm van de zorgvolmacht blijft behouden. Daarnaast krijgt de verklaring van voorkeur een belangrijkere rol. In deze verklaring kunnen de personen hun wil en voorkeuren gaan uitschrijven. Na publicatie kan dit dan gebruikt worden als richtlijn door ondersteuners en vertegenwoordigers. Bij een gebrek aan betrouwbare wil blijft vertegenwoordiging mogelijk. Deze vertegenwoordiging kan ook worden uitgevoerd door de personen in de cascadereregeling. Daarnaast moet het ook mogelijk zijn voor de vrederechter om een vertegenwoordiger aan te duiden. De beslissingsstandaard voor de vertegenwoordiger bestaat uit de wil en voorkeuren die de beschermde persoon gehad zou hebben.

³⁰² Zie Bijlage 4, p. 103.

³⁰³ Zie Bijlage 2, P. 82; Bijlage 3. 87-88; Bijlage 4, p. 97; Bijlage 5, p. 104 en Bijlage 6, p. 112.

³⁰⁴ Zie Bijlage 7, 118.

³⁰⁵ *Ibid.*

Een laatste onderdeel was de bescherming tegen misbruik, de vrederechter zou de bevoegdheid krijgen om dit misbruik te controleren.³⁰⁶

Bij deze vraag wordt er rekening gehouden met alle verschillende punten van kritiek, hiervan wordt geen vergelijking gemaakt. De meeste punten van kritiek worden geuit op het controlemechanisme in de voorgestelde oplossing. Twee vrederechters en één notaris vinden een reactief optreden onvoldoende bescherming.³⁰⁷ Bij een misbruik verdwijnt er vaak geld. Er kan dan via een reactief optreden wel een schadevergoeding worden gevorderd, maar als er geen geld meer is kan hier niet aan worden voldaan. Zo zou het mogelijk zijn dat het slachtoffer moet terugvallen op de sociale zekerheid.³⁰⁸ Er wordt hier ook verwezen naar het huidige systeem van machtigingen.³⁰⁹ Er is een machtiging nodig om bepaalde handelingen te stellen. Op deze wijze behoudt de vrederechter de mogelijkheid om controle uit te oefenen. De bevrageden duiden hier op een pijnpunt van een bescherming binnen het systeem van het IVRPH. Er kan niet gewerkt worden met een machtiging van de vrederechter, dit zou de handelingsbekwaamheid van de persoon raken. Uit de bevraging kwam ook de oplossing om te werken met een rapporteringsplicht aan een magistraat.³¹⁰ Zo is er el een controle mogelijk door de vrederechter.

Er was ook kritiek op het gebruik van de betrouwbare wil.³¹¹ Twee vrederechters en één notaris zien problemen in hun praktijk bij het gebruik van de betrouwbare wil als beoordelingsmethode. Er wordt aangegeven dat de betrouwbaarheid van de wil moeilijk te achterhalen is in de praktijk.³¹² De bewindvoerders, vrederechters en notarissen hebben geen kennis van de wil en de voorkeuren van de persoon. Ze zijn dan afhankelijk van de omgeving van de persoon dit lijkt volgens hen misbruik in de hand te werken.

Een laatste punt van kritiek bestaat over de gebruikte hiërarchie.³¹³ Het is mogelijk in een systeem van informele vertegenwoordiging dat meerdere personen gezamenlijk bevoegd zijn. Dit kan leiden tot situaties waar meerdere personen dezelfde handeling stellen. Tussen de ondervraagden bestaan er verschillende zienswijzen om dit op te lossen. Een vrederechter is voorstander van een systeem waar steeds slechts één persoon kan optreden.³¹⁴ Een notaris is dan weer voorstander om te werken met een meerderheidsbeslissing wanneer er meerdere persoon bevoegd zijn.³¹⁵ Daarnaast was er ook kritiek op het feit dat de bewindvoerder in een lagere rang stond dan de informele vertegenwoordigers.³¹⁶ Dit werd in de voorgestelde oplossing zo gekozen omdat de voorkeur voor de vertegenwoordiging uitgaat naar een persoon uit de omgeving van de kwetsbare persoon. Enkel wanneer er geen persoon werd aangeduid en wanneer er geen persoon uit de omgeving wenst op te treden, zal er een bewindvoerder worden aangesteld. De plaats van de bewindvoerder in de hiërarchie zou betekenen dat er bij elke beslissing moet worden nagegaan of een persoon uit de cascaderегeling zou willen optreden. Dit zorgt voor een bemoeilijking van de opdracht van de

³⁰⁶ Zie Bijlage 1, p. 79.

³⁰⁷ Zie Bijlage 4, p. 99-100; Zie Bijlage 5, p.107; Zie Bijlage 6, p. 114-115.

³⁰⁸ Zie Bijlage 4, p. 100.

³⁰⁹ Zie Bijlage 5, p.107.

³¹⁰ Zie Bijlage 5, p.107.

³¹¹ Zie Bijlage 2, p. 84; Bijlage 3, p. 91; Bijlage 4 100.

³¹² Zie Bijlage 3, p.91,

³¹³ Zie Bijlage 2, p.84; Bijlage 3, p. 91

³¹⁴ Zie Bijlage 3, p. 90-91

³¹⁵ Zie Bijlage 2, p.84

³¹⁶ Zie Bijlage 3, p. 93.

bewindvoerder. Door de bewindvoerder een rang boven de informele vertegenwoordigers te plaatsen in de hiërarchie wordt dit probleem opgelost.

HOOFDSTUK II. Aanbevelingen over alternatief ondersteuningssysteem

96. PRINCIPES – Het doel van de aanbeveling die hier wordt uitgewerkt, is om de wetgever kapstokken te geven over de mogelijke implementatie van een alternatief ondersteuningsmechanisme dat voldoet aan art. 12 IVRPH. Om te voldoen aan art. 12 IVRPH zal het systeem moeten voldoen aan volgende voorwaarden: personen blijven te allen tijde handelingsbekwaam, de bekwaamheid van de persoon mag niet beoordeeld worden op basis van zijn medische toestand, er is een verbod op systemen van *substitute decision-making* en er moet een afdoende bescherming zijn.

97. SYSTEEM VAN INFORMELE VERTEGENWOORDIGING – Als basis van de aanbeveling wordt een systeem van informele vertegenwoordiging gekozen. Dit systeem lijkt te kunnen voldoen aan de vereisten van het IVRPH.³¹⁷ Het systeem volgt in grote lijnen de regeling uit de wet patiëntenrechten.³¹⁸ De kwetsbare persoon behoudt de bevoegdheid om zelf op te treden zolang hij hier feitelijk voor bekwaam is. De persoon dient te worden ondersteund wanneer hij niet langer wilsbekwaam blijkt te zijn. De kwetsbare persoon krijgt in de eerste plaats de mogelijkheid om zelf iemand aan te duiden die deze ondersteuning voor zijn rekening zal nemen. Hiervoor kan de zorgvolmacht worden gebruikt. Daarnaast zal er een cascaderegeling worden opgesteld. De personen uit deze regeling zullen dan bevoegd zijn om de wilsonbekwame persoon ondersteuning te bieden. Er wordt een hiërarchie gecreëerd tussen personen uit de naaste omgeving van de persoon: 1° de echtgen(o)ot(e), de meerderjarige kinderen, de ouders, de meerderjarige broers of zussen en een persoon met een bijzonder affectieve band. Er wordt gekozen voor de personen uit de naaste omgeving omdat zij de persoon het beste kennen en zo ook zijn wil en voorkeuren het best kunnen gaan vertalen. Deze hiërarchie wordt richtinggevend. Dit vermijdt de situatie dat de kwetsbare persoon vertegenwoordigd wordt door een persoon, in een hogere rang van de cascaderegeling, waarmee hij geen contact heeft. Hiertegenover staat dat er minder waarborgen zijn in een systeem van informele vertegenwoordiging.³¹⁹ De personen uit de cascaderegeling krijgen deze bevoegdheid zonder dat er een handeling moet worden gesteld. Er is dus geen preventieve controle door een notaris of door een vrederechter. Er zal bij de verdere uitwerking van de aanbeveling moeten worden stilgestaan bij voldoende effectieve controlemechanismen.

98. OORDEEL OVER DE WILSBEKWAAMHEID – Om te voldoen aan het IVRPH zal er afgestapt moeten worden van de bestaande beoordelingsmethodes van de wilsbekwaamheid.³²⁰ Hieronder valt ook de beoordeling van de medische toestand van de persoon. Volgens het IVRPH kunnen er geen algemene uitspraken meer worden gedaan over de handelingsbekwaamheid van een persoon, zoals

³¹⁷ Zie *supra*, nr. 87.

³¹⁸ Zie *supra*, nr. 56 e.v.

³¹⁹ Zie *supra*, nr. 87.

³²⁰ Zie *supra*, nr. 21.

in het huidige systeem van de gerechtelijke bescherming.³²¹ Volgens de regeling uit de wet patiëntenrechten moet een arts bij iedere behandeling een oordeel vormen over de wilsbekwaamheid van de patiënt, dit op basis van zijn wetenschappelijke kennis.³²² Dit lijkt te kunnen voldoen aan de vereisten van het IVRPH doordat er bij iedere handeling wordt nagegaan of de persoon voldoende bekwaam is. De beoordeling van de medische toestand van de persoon voldoet echter niet aan het IVRPH.³²³ Een systeem naar analogie met het systeem uit de wet patiëntenrechten lijkt te kunnen voldoen aan de vereisten van het IVRPH. Dit toont echter wel de moeilijke verenigbaarheid van de principes uit het art. 12.2 en 12.3 IVRPH met het principe uit art. 12.4 IVRPH aan.³²⁴ Het principe dat personen te allen tijde handelingsbekwaam moeten zijn, dat beslissingen moeten worden gemaakt op basis van hun wil en voorkeuren en dat er gebruik moet worden gemaakt van *supported decision-making* lijkt moeilijk verenigbaar met de vereiste van een afdoende bescherming van de kwetsbare persoon. Het creëren van een preventieve bescherming houdt in mijn ogen in dat de betrouwbare wil van de kwetsbare persoon wordt beoordeeld bij iedere handeling. De vraag die hierbij gesteld moet worden is: "Wie moet deze wil beoordelen?" Deze beoordeling kan gebeuren door de andere partijen die betrokken zijn bij de handeling. Er kan een plicht worden opgelegd aan de beschermde persoon en aan de personen die hem ondersteunen om de betrouwbaarheid van de wil en de voorkeuren van de persoon voldoende aan te tonen. Er moet een evenwicht worden gezocht in deze plicht. Wanneer deze dusdanig zwaar is kan dit *de facto* tot gevolg hebben dat een kwetsbare persoon handelingsonbekwaam wordt. Wanneer deze plicht te licht is dan kan dit misbruiken in de hand werken. Een oplossing kan worden gevonden in de taakspecifieke benadering uit de wet patiëntenrechten en het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen.³²⁵ De mate waarin de patiënt bekwaam moet zijn hangt af van de specifieke behandeling. Naar mijn mening kan een gelijkaardig systeem voor de bescherming van de kwetsbare persoon. Verschillende handelingen zijn ingrijpender voor de kwetsbare persoon en de mate waarin een betrouwbare wil kan worden afgeleid zal dan ook verschillen. Zo zal bv. huwen ingrijpender zijn dan een feitelijke samenwoning en zal het verkopen van een onroerend goed meer ingrijpender zijn dan boodschappen doen in de supermarkt. Voor vermogensrechtelijke handelingen kan er worden gewerkt met een systeem met verschillende bewijslasten op basis van de waarde van de handeling. Er kan dan worden gewerkt met grenzen waarbinnen een andere bewijslast geldt om de betrouwbaarheid van de wil en de voorkeuren aan te tonen. Zo kan er bv. worden gewerkt met een grens van 500 euro. Onder deze grens zou de tegenpartij enkel kunnen weigeren om de handeling te stellen als er sprake is van een kennelijke onbetrouwbare wil. Boven deze grens zou de weigering mogelijk zijn wanneer er voldoende twijfels bestaan over de betrouwbaarheid van de wil van de persoon. Op deze manier wordt er een vorm van preventieve controle gecreëerd. Op deze manier wordt ook de evolutie naar een maatschappelijk model verduidelijkt.³²⁶ Er wordt van de maatschappij verwacht dat ze mee instaan voor de bescherming van de kwetsbare personen. De vraag die hierbij rest is in hoeverre kan men verlangen van de gemiddelde persoon dat zij een inschatting maken van de betrouwbare wil en voorkeuren van

³²¹ Zie *supra*, nr. 45.

³²² Zie *supra*, nr. 59.

³²³ Zie *supra*, nr. 22.

³²⁴ Zie *supra*, nr. 87.

³²⁵ Zie *supra*, nrs. 59 en 61.

³²⁶ Zie *supra*, nr. 18.

de kwetsbare persoon. Van een arts of een notaris kan dit worden verwacht, maar voor de gemiddelde persoon lijkt dit mij een moeilijk gegeven.

99. ZORGVOLMAGHT – De informele vertegenwoordiging blijft subsidiair aan de formele vertegenwoordiging. Binnen het IVRPH blijft het van belang dat een kwetsbare zelf vorm kan geven aan de ondersteuning. In de zorgvolmacht kan een persoon zelf een iemand aanduiden die hem gaat ondersteunen of vertegenwoordigen.³²⁷ De persoon kan in de zorgvolmacht beginselen opnemen die door de persoon moeten gevolgd worden om zo een instrument te creëren dat aansluit bij zijn wensen. Het staat ook vrij voor de kwetsbare persoon om zelf de beslissingsstandaard te bepalen. In de zorgvolmacht kan worden bepaald dat de lasthebber kan handelen volgens wat hij in het belang acht van de persoon of volgens de wil en de voorkeuren van de kwetsbare persoon.³²⁸

100. VERKLARING VAN VOORKEUR – De verklaring van voorkeur kan ook een prominentere plaats krijgen. Volgens het IVRPH kan een beslissing worden genomen voor een persoon zolang dit gebeurt op basis van de wil en de voorkeuren van een persoon. Door het toepassingsgebied van de verklaring van voorkeur uit te breiden kan dit dienen als een draaiboek voor de wil en de voorkeuren van de persoon. Via de verklaring van voorkeur kan een kwetsbare persoon zijn wil en voorkeuren kenbaar maken, waardoor de betrouwbaarheid van de wil en voorkeuren vast komt te staan. De verklaring wordt afgelegd bij een notaris of bij een vrederechter op deze manier is er een vorm van preventieve controle waardoor misbruik kan worden tegengegaan.³²⁹ De verklaring van voorkeur kan op deze manier gelden als een titel op basis waarvan beslissingen kunnen worden gemaakt. De toegang tot de verklaring van voorkeur moet beperkt worden tot de personen die de ondersteuning bieden. Op deze manier wordt de mogelijkheid beperkt dat verschillende personen dezelfde handelingen zullen stellen die vermeldt staan in de verklaring. Daarnaast moet het tussen de verschillende personen die ondersteuning bieden ook duidelijk zijn welke handelingen reeds gesteld zijn, dit kan bv. worden opgevangen door een rapporteringsplicht.

101. AANDUIDING DOOR DE VREDERECHTER – Het principe uit het IVRPH is dat een persoon zelf aanduidt wie hem ondersteunt.³³⁰ Het moet nog steeds mogelijk blijven voor de vrederechter om een vertegenwoordiger aan te duiden. Het is mogelijk dat een persoon niemand heeft aangeduid, dat de persoon wel iemand heeft aangeduid maar dat die persoon niet wenst op te treden, dat er niemand uit de cascaderegeling wenst op te treden of dat er geen persoon de bevoegdheid heeft op basis van de cascaderegeling. In die situatie zal de vrederechter een persoon moeten kunnen aanduiden die de ondersteuning op zich neemt.³³¹ De aangeduide persoon zal zich moeten laten leiden door de wil en de voorkeuren van de persoon. Voor een professionele bewindvoerder zal het soms zeer moeilijk zijn om de wil en de voorkeuren te achterhalen. Dit kan worden opgevangen door de verklaring van voorkeur.³³² In de verklaring zal de professionele bewindvoerder de wil en de voorkeuren van een persoon kunnen lezen. Daarnaast kan de bewindvoerder zich ook informeren bij

³²⁷ Zie *supra*, nr. 36.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ Zie *supra*, nr. 40.

³³⁰ Zie *supra*, nr. 22.

³³¹ Zie *supra*, nr. 27.

³³² Zie *supra*, nr. 39 e.v.

de naasten van de kwetsbare persoon. Door deze inlichtingen zal hij een beeld kunnen vormen van de persoon. Deze inlichtingen kunnen de verklaring van voorkeur aanvullen of kunnen een basis zijn om beslissingen te nemen, wanneer ze voldoende betrouwbaar zijn. Een zwaktepunt van deze inlichtingen is dat de naaste van de kwetsbare persoon elk een eigen beeld hebben over hem. Hierdoor zal er door de bewindvoerder niet altijd een duidelijk beeld kunnen worden gevormd van de wil en de voorkeuren van de persoon. Er kunnen zich dan situaties voordoen waar er geen betrouwbare wil kan worden afgeleid.

102. ONTBREKEN VAN EEN BETROUWBARE WIL – In principe is de beslissingsstandaard bij de ondersteuning de wil en de voorkeuren van de kwetsbare persoon. Wanneer de betrouwbare wil en voorkeuren van een persoon niet kunnen worden achterhaald, zal de ondersteuning bestaan uit de vertegenwoordiging.³³³ Hier zal de beslissingsstandaard bestaan uit de wil en de voorkeuren die de persoon gehad zou hebben. De vertegenwoordiger zal zich dus in de plaats moeten stellen van de persoon om zo een oordeel te maken over wat hij gewild zou hebben. Het in de plaats stellen van een persoon laat veel ruimte open voor misbruik. In deze situatie zal er kunnen worden gewerkt met een machtigingsregime uit de gerechtelijke bescherming.³³⁴ Op deze manier zal de vertegenwoordiger zijn beslissing moeten verklaren aan de vrederechter. De vrederechter heeft dan preventief de mogelijkheid om de vertegenwoordiger te controleren. Er moet hierbij voor ogen worden gehouden dat dit een *ultimum remedium* is. Enkel in het geval dat de betrouwbaarheid van een geuite wil of voorkeur niet kan worden achterhaald zal dit systeem in werking treden.

103. CONTROLEMECHANISME – Volgens het IVRPH moet er een afdoende bescherming zijn van de kwetsbare persoon. Een afdoende bescherming bestaat naar mijn mening uit een samenspel van preventieve en reactieve waarborgen. Het controlemechanisme bestaat in eerste instantie uit de controle van mogelijke misbruiken door de andere betrokken partijen bij een handeling.³³⁵ Voor mogelijke misbruiken kan er een strengere beoordeling worden gebruikt dan bij de beoordeling van de betrouwbaarheid. Een gebrek aan betrouwbaarheid kan te wijden zijn aan een onduidelijke wil of voorkeuren zonder dat dit per se een misbruik inhoudt. Een misbruik zal een voordeel inhouden voor de persoon die ondersteuning biedt of een andere persoon. Hiertegen zal strenger moeten worden opgetreden. Deze strengere controle kan vorm worden gegeven door te werken met een lagere grens. Zo kan de grens bv. worden gezet op 50 euro i.p.v. 500. Onder deze drempel zal er dan geweigerd kunnen worden bij een kennelijk misbruik. Boven het bedrag zal er bij een voldoende twijfel kunnen worden geweigerd door de tegenpartij. Mijns inzien zou bij een mogelijk misbruik door de persoon die ondersteuning biedt steeds de handeling moeten kunnen worden geweigerd. Het zou voor de persoon die het mogelijk misbruik opmerkt ook een laagdrempelig punt kunnen worden gecreëerd waar dit gemeld kan worden. Zo kan het mogelijke misbruik worden onderzocht voordat er verdere schade wordt aangericht.

³³³ Zie *supra*, nr. 27.

³³⁴ Zie *supra*, nr. 45.

³³⁵ Zie *supra*, nr. 98.

Daarnaast kan er ook een vorm van preventieve bescherming zijn door te werken met een verslaggevingsplicht en een meldingsplicht.³³⁶ Er kan worden gewerkt met een jaarlijkse verslaggeving van persoon die ondersteuning biedt aan de vrederechter. De vrederechter krijgt zo ook een bepaalde vorm van toezicht op de ondersteuning. Deze plicht kan ook gelden voor personen in de cascaderegeling. Via de verslaggevingsplicht wordt de vrederechter betrokken in bescherming van kwetsbare personen. Via de verslagen heeft de vrederechter ook kennis van de bescherming. De vrederechter zal bij een conflict over de bescherming dan kunnen handelen met een bepaalde voorkennis. Daarnaast kan er ook een verplichting worden gecreëerd voor de ondersteuner om iedere handeling die hij stelt te melden aan de perso(o)n(en) die hem opvolgen in rang in de cascade. Op deze manier bestaat er toch een sterke vorm van controle door de omgeving van de persoon. Door de handelingen telkens te melden zal er sneller kunnen worden opgemerkt wanneer er misbruik wordt gemaakt.

Een laatste onderdeel van de controle bestaat uit het reactief optreden door de vrederechter.³³⁷ Bij een misbruik door de personen, die ondersteuning bieden, zal er een zaak bij de vrederechter kunnen worden gestart. De controle van de vrederechter gebeurt op een analoge wijze met de huidige controle in de gerechtelijke bescherming.

104. PRAKTIJK – In theorie lijkt dit systeem mij haalbaar. Er zijn wel enkele praktische bedenkingen die hierbij geuit kunnen worden. De werking is gebaseerd op de ondersteuning. In het IVRPH wordt er van uitgegaan dat iedere persoon in een bepaalde mate bekwaam is om handelingen te stellen. Voor een groot deel van de kwetsbare personen zal ondersteuning echter niet voldoende zijn. Voor hen zal de ondersteuning bestaan uit de vertegenwoordiging op basis van de wil en de voorkeuren van de persoon. Voor een bewindvoerder die aangeduid wordt door de vrederechter zal het echter zeer moeilijk zijn om de correcte wil en voorkeuren van een persoon te achterhalen. Er kan wel een beeld worden gevormd van de persoon doordat er inlichtingen worden verzameld bij de omgeving van de persoon. De vraag is natuurlijk of dat deze inlichtingen wel voldoende zijn om dit beeld te vormen. Wanneer dit beeld niet voldoende gevormd wordt bestaat het risico dat er toch teruggevallen wordt op de *best-interest* test. Daarnaast kan de omgeving van de persoon ook een verschillend beeld schetsen van de persoon. Zo zal het voor de bewindvoerder ook niet mogelijk zijn om een beslissing te maken volgens de wil en voorkeuren van de persoon. De verklaring van voorkeur kan dit probleem deels oplossen, maar er zullen mensen blijven die geen verklaring van voorkeur zullen opstellen.

Een andere vraag die gesteld kan worden bij dit systeem is de mogelijkheid om gegevens te delen. Om in contact te komen met de naaste omgeving zal een professionele bewindvoerder bepaalde gegevens nodig hebben van deze personen. Hierbij is het onzeker op welke manier de bewindvoerder aan deze gegevens zal komen. Het delen van de gegevens door de vrederechter zal mogelijks niet overeenstemmen met GDPR-wetgeving of andere wetgeving. In het kader van dit onderzoek werd dit niet verder onderzocht.

³³⁶ Zie *supra*, nr. 87.

³³⁷ Zie *supra*, nr. 51.

Besluit

105. Dit onderzoek had tot doel om de volgende vraag te beantwoorden: "Hoe zou een wettelijk kader voor de ondersteuning van volwassenen die niet in staat zijn om hun belangen te behartigen en geen regeling hieromtrent hebben getroffen in overeenstemming met art. 12 IVRPH er kunnen uitzien?"

106. Doorheen het onderzoek werd duidelijk dat er op het vlak van bescherming voor kwetsbare personen een grote evolutie heeft plaats gevonden. Binnen de eerste verdragen over personen met een handicap lag de focus op de aandoening die de personen hadden. Traditioneel bestond de bescherming van de personen uit de vertegenwoordiging. De handelingsbekwaamheid van personen met een handicap werd beperkt en vertegenwoordigers oordeelden wat in het belang was van de persoon. Zowel in het internationale recht als in het Belgische recht kwam de persoon zelf meer centraal te staan. In het licht van deze evolutie kwam het IVRPH tot stand. Het IVRPH bekijkt de handicap van uit een maatschappelijke visie. De maatschappij moet zich aanpassen aan de kwetsbare personen zodat zij, ondanks hun handicap, op een betekenisvolle manier kunnen deelnemen aan de samenleving. De kwetsbare personen moeten ondersteunt worden bij het nemen van beslissingen i.p.v. dat iemand beslissingen neemt in de plaats van de persoon.³³⁸

107. In deel II werd het IVRPH besproken. Uit de analyse van art. 12 IVRPH werden een aantal principes gehaald. Deze principes liggen aan de basis van de aanbeveling. Een eerste voorwaarde uit dit artikel is dat de handelingsbekwaamheid van personen nooit beperkt mag worden. Iedere persoon moet in staat zijn om zijn rechten zelf en zelfstandig uit te oefenen. Daarnaast mag een loutere wilsonbekwaamheid niet tot gevolg hebben dat er een beschermingsmaatregel wordt genomen. De wil en de voorkeuren van de persoon moeten centraal staan bij de ondersteuning. Er mag niet worden ingegaan tegen de betrouwbaar geuite wil en voorkeuren. De laatste voorwaarde bestaat uit het creëren van een afdoende bescherming. De beschermde persoon moet kunnen beschermd worden tegen de beïnvloeding van zijn wil en voorkeuren door andere personen.³³⁹

108. Op de vereisten van het IVRPH wordt op verschillende vlakken kritiek geuit. Volgens *General Comment no. 1* is de beoordeling van cognitieve vermogens steeds discriminerend. Hierdoor kan deze methode echter ook niet gebruikt worden bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van de geuite wil en voorkeuren van de persoon.³⁴⁰ Daarnaast ligt in het IVRPH de nadruk op het zelfbeschikkingsrecht. De betrouwbare wil en voorkeuren staan boven het belang van de persoon. Kwetsbare personen hebben het recht om fouten te maken en om risico's te nemen, dit beperkt de mogelijkheden van staten om personen te beschermen. Verder zou volgens sommige auteurs het *supported decision-making* model ook niet voor iedere kwetsbare persoon bescherming kunnen bieden. Hier wordt echter aan tegemoet gekomen doordat vertegenwoordiging als *ultimum remedium* mogelijk blijft.³⁴¹ Een laatste punt van kritiek bestaat uit de onduidelijkheid van het begrip

³³⁸ Zie *supra*, nr. 18.

³³⁹ Zie *supra*, nr. 31

³⁴⁰ Zie *supra*, nr. 30

³⁴¹ Zie *supra*, nr. 27.

afdoende bescherming. Er moet worden gewaakt over de ongepaste beïnvloeding van de kwetsbare persoon, er wordt echter niet verduidelijkt wat het juist inhoudt.³⁴²

109. Volgens de beoordeling door het Comité uit 2014 voldoet het Belgische recht niet aan de vereisten van het IVRPH. Volgens Unia is dit nog steeds het geval.³⁴³ In het derde deel werd zowel de buitengerechtelijke bescherming als de gerechtelijke bescherming geëvalueerd aan de hand van vereisten uit het IVRPH.³⁴⁴ Zowel de zorgvolmacht als de verklaring van voorkeur zijn instrumenten die kunnen voldoen aan de eisen van het IVRPH.³⁴⁵ Het zijn planningsinstrumenten, dit zijn voorbeelden van een ondersteuningsmaatregel.³⁴⁶ Beide instrumenten hebben geen invloed op de handelingsbekwaamheid van de persoon.³⁴⁷ Met een zorgvolmacht creëert een persoon zijn eigen systeem van bescherming.³⁴⁸ Bij de verklaring van voorkeur geeft een persoon zijn voorkeur weer over de bewindvoerder die moet worden aangeduid en met welke beginselen deze bewindvoerder rekening moet houden bij het uitvoeren van zijn opdracht.³⁴⁹ Bij beide figuren is er nog wel een link met de gerechtelijke bescherming. Dit creëert een gevaar omdat het bewind in principe altijd gepaard gaat met de beperking van de handelingsonbekwaamheid. Los hiervan voldoen ze aan het IVRPH.

110. Zoals gezegd heeft de rechterlijke beschermingsmaatregel in principe altijd een handelingsonbekwaamheid tot gevolg.³⁵⁰ Daarnaast worden beslissingen ook genomen in het belang van de persoon en niet volgens zijn wil en voorkeuren.³⁵¹ Om deze reden voldoet de rechterlijke beschermingsmaatregel niet aan het IVRPH. Het aanduiden van een vertegenwoordiger blijft echter wel een belangrijke vorm van bescherming voor mensen die zelf geen vertegenwoordiger hebben aangeduid.³⁵² Om te voldoen aan de vereiste van het IVRPH zal geen handelingsonbekwaamheid meer kunnen worden uitgesproken. Het belang van de persoon mag niet meer de beslissingsstandaard zijn voor de bewindvoerder. De bewindvoerder is gebonden door de geuite wil en de voorkeuren van de persoon. Wanneer deze niet gekend zijn zal de vertegenwoordiger moeten bepalen wat de wil en de voorkeuren van de persoon zouden zijn.³⁵³

111. Er werd nagegaan of verschillende, bestaande ex lege mechanismen binnen het Belgische rechtssysteem inspiratie konden bieden voor een algemeen beschermingssysteem. Er werd een interne rechtsvergelijking gedaan tussen de cascaderегeling uit de wet patiëntenrechten, de cascaderегeling uit het erkenningsbesluit voor VAPH-voorzieningen en de figuur van de zaakwaarneming.³⁵⁴ De eerste twee figuren zijn voorbeelden van een informele vertegenwoordigingsregeling.³⁵⁵ De regeling uit de wet patiëntenrechten lijkt het meest aan te sluiten

³⁴² Zie *supra*, nr. 30.

³⁴³ Zie *supra*, nr. 50.

³⁴⁴ Zie *supra*, nr. 31.

³⁴⁵ Zie *supra*, nr. 53.

³⁴⁶ Zie *supra*, nr. 23.

³⁴⁷ Zie *supra*, nr. 53.

³⁴⁸ Zie *supra*, nr. 36.

³⁴⁹ Zie *supra*, nr. 42.

³⁵⁰ Zie *supra*, nr. 54.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Zie *supra*, nr. 27.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ Zie *supra*, nr. 56 e.v.

³⁵⁵ Zie *supra*, nr. 87.

bij de vereisten van het IVRPH. De persoon blijft te allen tijde handelingsbekwaam, de vertegenwoordiging gebeurt op basis van zijn wil en voorkeuren, hierdoor is er sprake van een *supported decision-making* systeem. Een nadeel van dit systeem is de minder sterke controlemechanismen. Daarnaast werd ook de zaakwaarneming bekeken. Bij de zaakwaarneming kan er worden gehandeld voor een persoon vanaf dat deze handeling voor hem nuttig kan zijn. Voor de bescherming van kwetsbare personen zal de zaakwaarneming moeten plaatsvinden op basis van de wil en de voorkeuren van de persoon. Het lijkt hierdoor mogelijk dat een zaakwaarnemer kan handelen op basis van een geschreven wil.³⁵⁶

112. In een laatste deel werden eerst de resultaten van het sociaal-wetenschappelijk onderzoek besproken. Tijdens de interviews werden er vragen gesteld over: de principes uit het mensenrechtelijk kader, over mogelijke aanpassingen aan het huidige Belgische systeem en er werden vragen gesteld over het uitgewerkte systeem dat als basis lag van de aanbeveling.³⁵⁷ De actoren uit de praktijk zagen vooral gevaren in de beperktere controlemechanismen, de moeilijk te achterhalen wil en voorkeuren van de persoon en de onduidelijke bevoegdheidsbepalingen door de hiërarchie.³⁵⁸

113. Op basis van de voorafgaande delen werd er getracht een systeem uit te werken dat kan dienen als alternatief ondersteuningsmechanisme. Als basis hiervoor dient de informele vertegenwoordigingsregeling.³⁵⁹ De basis voor dit systeem is de regeling uit de wet patiëntenrechten. Er zijn hier een paar belangrijke aanpassingen. Er wordt duidelijkheid gecreëerd over de situaties waar een beslissing van de kwetsbare persoon kan worden geweigerd.³⁶⁰ Dit kan vorm worden gegeven door te werken met een grens. Onder deze grens zal een beslissing kunnen worden geweigerd bij een kennelijke onbetrouwbare wil en voorkeuren. Deze beoordeling gebeurt door de betrokken partijen bij de handeling. Boven deze grens zal er kunnen worden geweigerd bij een redelijke twijfel over de betrouwbaarheid van de wil en de voorkeuren. Het gevaar hier is dat er van de gemiddelde persoon zal verwacht worden dat hij de betrouwbaarheid van de geuite wil moet kunnen inschatten. Deze verwachting kan echter gekaderd worden in de maatschappelijke visie van het IVRPH. Het systeem van de zorgvolmacht blijft behouden. Het systeem van de verklaring van voorkeur wordt uitgebreid zodat het een figuur wordt waarmee een persoon zijn wil en voorkeuren kan te kennen geven. Daarnaast zijn er voornamelijk aanpassingen aan het controlemechanisme. De controle bestaat in de eerste plaats voornamelijk uit de beoordeling van de betrouwbaarheid van de wil en de beoordeling van een vermoedelijk misbruik. Daarnaast wordt er een jaarlijkse rapporteringsplicht bij de vrederechter gecreëerd en een meldingsplicht bij een persoon in een lagere rang uit de cascaderегeling. Op deze manier kan er een vorm van preventieve controle plaatsvinden volgens de principes uit het IVRPH. Tenslotte blijft een reactief optreden van de vrederechter mogelijk indien er een misbruik wordt vastgesteld.

³⁵⁶ Zie *supra*, nr. 88.

³⁵⁷ Zie *supra*, nr. 90 e.v.

³⁵⁸ Zie *supra*, nr. 95.

³⁵⁹ Zie *supra*, nr. 87.

³⁶⁰ Zie *supra*, nr. 98.

114. Een systeem op basis van de informele vertegenwoordiging lijkt kunnen voldoen aan de eisen van het IVRPH. Naar mijn mening lijkt dit een stap in de goede richting. Binnen dit systeem staan de principes uit het IVRPH centraal. De kwetsbare personen houden zo te allen tijde hun handelingsbekwaamheid. Daarnaast staan ook de rechten, de wil en de voorkeuren van de persoon centraal. Er is geen algemene uitspraak over de handelingsbekwaamheid van de persoon meer mogelijk in dit systeem. Dit betekent een zwaardere last voor de personen die ondersteuning bieden, doordat ze de betrouwbare wil bij iedere handeling moeten aantonen, en voor de maatschappij, doordat ook op hen de plicht valt om de betrouwbaarheid in te schatten en om misbruik te voorkomen. Het voorgestelde systeem ligt in lijn met de maatschappelijke visie waarmee het IVRPH gecreëerd is. Er ligt een belangrijke taak bij de omgeving van de kwetsbare persoon en bij de maatschappij om dit systeem te doen slagen. De taak van het rechtssysteem bestaat hier enkel uit de controle en ingrijpen bij misbruiken. Op deze manier neemt de omgeving van de persoon en de maatschappij een deel van de taken van de vrederechter over. Zo lijkt het uitgewerkte systeem de visie van het IVRPH te omarmen.

Bibliografie

MENSENRECHTELIJK

WETGEVING

Internationale normen

Resolution 2856 of the General Assembly on the Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons (20 december 1971).

Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap 13 december 2006, *BS* 13 mei 2009.

Besluiten van internationale organisaties

Concluding Observations of the Human Rights Committee on the Second Periodic Report of the Czech Republic (9 augustus 2007), *UN Doc. CCPR/C/CZE/CO/2* (2007).

General comment no. 1 (2014), Article 12, Equal recognition before the law (19 mei 2014), *Un Doc. CRPD/C/GC/1*, (2014).

Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on the Initial Report of Belgium (28 oktober 2014), *UN Doc. CRPD/C/Bel/CO/1* (2014).

Concluding Observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on the Initial Report of the Republic of Korea (29 oktober 2014), *UN Doc. CRPD/C/KOR/CO/1* (2014).

Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1 februari 2013), *UN Doc. A/HRC/22/53* (2013).

Approach of the Subcommittee on Prevention on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Regarding the Rights of Persons Institutionalized and Treated Medically without Informed Consent (26 januari 2016), *UN Doc. CAT/OP/27/2* (2016)

Aanbeveling R(99)4 van het Comité van ministers van de Raad van Europa, overgenomen door het Comité van Ministers op 23 februari 1999: beginselen betreffende de rechtsbescherming van handelingsonbekwame meerderjarigen.

Aanbeveling R(2006)5 van het Comité van ministers van de Raad van Europa, overgenomen door het Comité van Ministers op 5 april 2006.

Recommendations on principles concerning continuing power of attorney and advance directives for incapacity, *CM/Rec* (2009) van de Raad van Europa van 9 december 2009

Vorbereidende documenten

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Declarations and Reservations*, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en (laatst geconsulteerd op 6 februari 2023)

COUNCIL OF EUROPE, *Who Gets to Decide? Right to Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2012.

BACH, M. en KERZNER, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Prepared for the Law Commission of Ontario, 2010.

BURCH, M., JÜTTEN, T. MARTIN, W. en MICHALOWSKI, S., *Achieving CRPD Compliance. Is the Mental Capacity Act of England and Wales Compatible With the UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities? If Not, What Next?*, Position Paper Essex Autonomy Project, September 2014, <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2017/01/EAP-Position-Paper-FINAL.pdf>.

CAUGHEY, C., HEMSPEY, A., MARTIN, W., MCGREGOR, R., MICHALOWSKI, S., RUCK KEENE, A., STAVERT, J. en WARD, A., *The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity legislation across the UK*, Essex: University of Essex 2016.

UNIA, *Parallelrapport voor de VN Comité voor de Rechten voor Personen met een handicap*, 2021, <https://www.unia.be/nl/publicaties-statistieken/publicaties/parallel-rapport-voor-het-vn-comite-voor-de-rechten-van-personen-met-een-handicap-2021>.

RECHTSLEER

Boeken

D'ESPALLIER, A., SOTTIAUX, S. en WOUTERS, S., *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Mortsel, Intersentia, 2014, 141.

LEWIS, O., *Legal Capacity in international Human Rights Law*, Leiden, Universiteit Leiden, 2015, 301.

OLIVER, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Basingstoke, Hampshire: Macmillan, 1996, 192.

OPGENHAFFEN, T., *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 558.

JANSSENS, C., MIRGAUX, S., SMIS, S. en VAN LAETEM, K., *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 660.

Tijdschriften

ANTOKOLSKAIA, M.V., BLANKMAN, C. en STELMA-ROORDA, H.N., "A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands", *Family & Law* 2019, DOI 10.5553/FenR/.000037.

ARSTEIN-KERSLAKE, A. en FLYNN, E., "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law", *The International Journal of Human Rights* 2016, 471-491.

APPELBAUM, P.S., "Protecting the Rights of Persons With Disabilities. An International Convention and Its Problems", *Law and Psychiatry* 2016, 363-368.

APPELBAUM, P.S. en GRISSO, T., "Comparison of Standards for Assessing Patients' Capacities to Make Treatment Decisions", *The American Journal of Psychiatry* 1995, 1033-1037.

BARTLETT, P., "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Future of Mental Health Law", *Psychiatry* 2009, 496-498.

BARTLETT, P., "The United Nations Conventions on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law", *Modern Law Review* 2012, 752-778.

BENAROYO, L. en WIDDERSHOVEN, G., "Competence in Mental Health Care. A Hermeneutic Perspective", *Health Care Analysis* 2004, 295-306.

FRENCH, P. en KAYESS, R., "Out of the darkness into light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review* 2008, 1-34.

GOODING, P., "Navigating the 'Flashing Amber Lights' of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns", *Human Rights Law Review* 2015, 45-71.

OPGENHAFFEN, T., "The Universal Right to Legal Capacity—Clearing the Haze", *Human Rights Law Review* 2022, 1-14.

RICHARDSON, G., "Mental Disabilities and the Law. From Substituted to Supported Decision-Making", *C.L.P.* 2012, 333-350.

CALLARD, F., DAW, R. en SZMUKLER, R., "Mental Health Law and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Int'l J.L. & Psychiatry* 2014, 245-252.

VAN DAMME, S. "Recht op arbeid voor personen met handicap. Het recht op redelijke aanpassingen als hoeksteen", *NJW* 2015, 882-891.

Bijdragen in verzamelwerken en reeksen

DAMAMME, J., "Les définitions du handicap" in HACHEZ, I. en VRIELINK, J. (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap: De belangrijkste arresten inzake handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 121-150.

LUSH, D., 'The Civil Law and the Common Law', in: FRIMSTON, R., RUCK KEENE, A., VAN OVERDIJK, C. en WARD, A.D. (eds.), *The international Protection of Adults*, Oxford - New York: Oxford University Press 2015, 37-52.

KELLER, H. en GROVER, L., "General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy" in KELLER, H. en ULFSTEIN, G. (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge, CUP, 2012, 116-198.

ULFSTEIN, G. "Individual Complaints" in KELLER, H. en ULFSTEIN, G. (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge, CUP, 2012, 73-115.

BELGIË

WETGEVING

Normen

TITEL XI oud BW.

Art. 5.127-5.129 BW.

Art. 1244, § 2, tweede lid Ger.W.

Art. 1246, § 2 en § 3 Ger.W.

Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002.

Wet van 18 juni 1850 betreffende de behandeling van krankzinnigen, *BS* 21 juni 1850.

Wet van 26 juni 1990 op de bescherming van de persoon van de geesteszieke, *BS* 27 juli 1990.

Wet van 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, 25 juli 1991.

Wetsontwerp betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *Parl. St. Kamer* 1990-91, 47-1654/2, 2.

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

Wet tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, *BS* 14 juni 2013.

B.VI.Reg. 4 februari betreffende de algemene erkenningsvoorwaarden en kwaliteitszorg van voorzieningen voor opvang, behandeling en begeleiding van personen met een handicap, *BS* 12 april 2016.

Vorbereidende werken

Wetsontwerp Régime des aliénés, *Parl.St. Kamer* 1846-47.

Wetsvoorstel tot invoering van een globaal beschermingsstatuut voor meerderjarige wilsonbekwame personen, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/001.

Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en tot vereenvoudiging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek betreffende de onbekwaamheid,

en van de wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3303/001.

Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001.

Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt en tot wijziging van bepalingen inzake rechten van de patiënt in andere wetten inzake gezondheid, <https://vandenbroucke.belgium.be/nl/modernisering-van-de-wet-op-de-patientenrechten>.

Wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001.

Verslag Kamer I, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3303/008.

RECHTSPRAAK

Cass. 6 april 1976, *JT* 1977.

Cass. 31 mei 1978, *RW* 1978-79, 843.

Cass. 12 november 1998, *Arr.Cass.* 1998, 481

Cass. 18 oktober 2018, C.17.0297.F

Gent 12 januari 2005, *NJW* 2005, 1171.

Brussel 17 juni 2008, AR 2001/2919, onuitg.

Antwerpen 12 mei 1998, *AJT* 1998-99, 418.

Rb. Turnhout 3 januari 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1993, 13.

RECHTSLEER

Boeken

BAETEMAN, G., CASMAN, H., DE MEUTER, S. en VERRYCKEN, M., *Het Nieuwe Statuut Van De (geestes)zieken: Wetten Van 1990-1991*, Antwerpen, Story-Scientia, 1992, 287.

BERTOUILLE, V., ROTTHIER, K. en VAN DEN EEDEN, E. *Onbekwaamheid en bescherming – Praktische handleiding meerderjarige onbekwamen*, Mechelen, Kluwer, 2014, 542.

BOGAERT, J.P., ROTTHIER, K., VAN DEN EEDEN, E. en WUYTS, T., *Handboek bescherming wilsonbekwamen: Zorgvolmacht en bewind na de wet van 21 december 2018*, Mechelen, Kluwer, 2020, 642.

CASTELEIN, C. en DIERYNCK, J., *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Mortsel, Intersentia, 2014, 251.

- DECLERCK, C. en SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2022, 782.
- DELBEKE, E., *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1249.
- GOFFIN, T., *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 516.
- HENDRICKX, K., KESTEMONT, L., SCHOUKENS, P. en TERRYN E., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2020, 143.
- MEULEMAN, B. en ROOSE, H., *Kennis maken methodologie voor sociale wetenschappers*, Gent, Skribis, 2021, 388.
- OPGENHAFFEN, T., *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 558.
- SAGAERT, V., *Beginselen van verbintenissenrecht*, Hoegaarden, LeA Uitgevers, 2023, 326.
- SCHEERS, C. en SCHEERS, D., *Bewind 2.0 – Artikelsgewijze commentaar bescherming meerderjarige personen na de wet van 21 december 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 282.
- SENAEVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHELDEN, G., *Meerderjarige beschermde personen*, Brugge, Die Keure, 2014, 536.
- SWENNEN, F., *Het personen -en familierecht. Een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 643.
- SWENNEN, F., *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 879.
- SWENNEN, F., *Het personen- en familierecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 635.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 2665.
- VANSWEEVELT, T. *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 960.
- VERSCHELDEN, G., *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 970.
- VERSCHELDEN, G., *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2021, 1207.
- WUYTS, T., *Bewind en zorgvolmachten anno 2019: De regelingen inzake onbekwaamheid en voorzorg na de wet van 21 december 2019 houdende diverse bepalingen betreffende justitie en de wet van 10 maart 2019 tot tenuitvoerlegging van het Verdrag van 's- Gravenhage van 13 januari 2000 inzake de internationale bescherming van volwassenen*, Mechelen, Kluwer, 2019, 697.

Tijdschriften

- BLONTROCK, F., "De voorlopige bewindvoerder: de Wet van 18 juli 1991", *T.Not.* 1992, 107-133.
- CLAEYS; I. en CORYN, F., "Zaakwaarneming", *TPR* 2017, 1397-1417.

DE NOLF, E., "De volmacht in het kader van de buitengerechtelijke bescherming van onbekwamen: welke mogelijkheden biedt de nieuwe wet inzake successieplanning?", *Notariaat* 2014, 1-8.

DE NOLF, E. en EVERTS, E., "De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract aangaan, schenken en testeren?", *NFM* 2014, 154-175.

DE WULF, C., "De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen", *T.Not.* 2013, 255-326.

D'HAESE, R., "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 430-457.

GEELHAND DE MERXEM, N., "De beschermde persoon en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?", *TEP* 2014, 16-61.

GOFFIN, T., "Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem", *RW* 2007-08, 1306-1317.

D.C. MARSON, D.C en MOYE, J., "Assessment of Decision-Making Capacity in Older Adults: An Emerging Area of Practice and Research", *Journal of Gerontology* 2007, 3-11.

PINTENS, W. en VERBEKE, A.-L., "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *RW* 1991-92, 169-180.

SWENNEN, F., "Voorlopig bewind en verkwisting", *RW* 2004-05, 113-115.

VAN DEN BROECK, A., "De buitengerechtelijke vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief", *TEP* 2014, afl. 1, 75-101.

VERRYCKEN, M., "Onbekwamen", *TPR* 1985, 491-516.

WÉRY, P., "Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaires et des quasi-contrats" (noot onder Cass. 6 januari 2005), *RCJB* 2007, 181-238.

Wuyts, T., "De zorgvolmacht als instrument ter bevordering van de autonomie in de zorg", *Tijdschrift voor Mensenrechten* 2023, DOI <https://tijd.mensenrechten.be/2023/03/23/zorgvolmachten-als-instrument-ter-bevordering-van-de-autonomie-in-de-zorg/>.

Bijdragen in verzamelwerken en reeksen

BAEL, J., "De buitengerechtelijke bescherming: een overzicht met aandacht voor een aantal discussiepunten in de rechtsleer en met een voorstel van een aantal modellen" in BAEL, J. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Deel 28*, Brugge, die Keure, 2016, 177-299.

DEGUEL, F., "La loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine: vers un simplification ?" in LELEU, Y.-H. en PIRE, D. (eds.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier 2013, 125-180.

LEMMENS, C., "Meerderjarige onbekwamen" in DEWALLENS, F. en VANSWEEVELT, T. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, volume II, 1005-1190.

LEMMENS, C., "Voorafgaande wilsverklaringen" in DEWALLENS, F. en VANSWEEVELT, T. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, volume II, 1587-1722.

SWENNEN, F., "De hervorming van het voorlopig bewind" in SENAËVE, P. en SWENNEN, F., *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 141-206.

VERSTRAETE, J., "Krijtlijnen voor de zorgvolmacht" in DE WULF, C., OP DE BEECK, M. en

VERSTRAETE, J. (eds.), *Liber Amicorum Aloïs Van den Bossche*, Brugge, die Keure, 2019, 163-169.

WUYTS, T., "Onbekwamen in het vermogensrecht" in BARBAIX, R. en CARETTE, N., *Tendensen vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 85-165.

WUYTS, T. "Zorgvolmachten: een zegen of een vloek?" in DECLERCK, C. en PINTENS, W. (eds.), *Patrimonium 2020*, Brugge, die Keure, 2020, 235-323.

Online bronnen

HRJ, "Het toezicht op de bewindvoeringen door de vredegerichten", 2019, 82, <https://hrj.be/nl/publicaties/2019/audit-het-toezicht-op-de-bewindvoeringen-door-de-vredegerichten>.

HRJ, "Opvolging van de audit "Het toezicht op de bewindvoering door de vredegerichten"", 41, <https://hrj.be/nl/publicaties/2022/opvolgingsverslag-van-de-audit-het-toezicht-op-de-bewindvoeringen-door-de-vredegerichten>.

X., "De zorgvolmacht: voor jong en oud", 2018, www.tijd.be/connect/wealth/de-zorgvolmacht-voor-jong-en-oud/10076610.html [laatst geconsulteerd op 25 maart 2022]

[https://www.dementie.be/home/wat-is-dementie/prevalentie/#:~:text=In%20Vlaanderen%20\(Vlaams%20Gewest%20%2B%20Brussels,2019\)%2C%20141.246%20mensen%20dementie.&text=Voor%20heel%20Belgi%C3%AB%20is%20het,202.402](https://www.dementie.be/home/wat-is-dementie/prevalentie/#:~:text=In%20Vlaanderen%20(Vlaams%20Gewest%20%2B%20Brussels,2019)%2C%20141.246%20mensen%20dementie.&text=Voor%20heel%20Belgi%C3%AB%20is%20het,202.402), [laatst geconsulteerd 1 februari 2023].

<https://statbel.fgov.be/nl/themas/bevolking/structuur-van-de-bevolking#panel-14>, [laatst geconsulteerd 1 februari 2023].

<https://radio1.be/lees/coronapatiënt-die-weken-in-coma-lag-ze-noemen-mij-het-wonder-van-leuven>, [laatst geconsulteerd 26 april 2022].

<https://www.notaris.be/nieuws-pers/detail/belgen-stellen-meer-testamenten-en-zorgvolmachten-op#:~:text=Het%20aantal%20testamenten%20en%20zorgvolmachten,2%25%20in%20vergelijking%20met%202020>, [laatst geconsulteerd 1 februari 2023].

Bijlagen

Bijlage 1: Vragenlijst interviews

Is volgens u het begrip “wilsbekwaamheid” een goede maatstaf om te bepalen of een beschermingsmaatregel moet worden genomen?

Zou volgens u de vertegenwoordiger steeds beslissingen moeten maken op basis van wat in het belang is voor de beschermde persoon of moet volgens u de vertegenwoordiger uitsluitend rekening houden met de wil, voorkeuren en rechten van de persoon?

In het mensenrechtelijk kader bestaat de bescherming voornamelijk uit het ondersteunen van personen en niet het vertegenwoordigen van personen. Omwille van dit verschil geldt er een andere maatstaf, niet de capaciteit om een wil te uiten maar de betrouwbaarheid van de wil en voorkeuren wordt beoordeeld.

Een eerste benadering bestaat eruit om de geuite wil te koppelen aan het levensverhaal van de persoon. Het feit dat een wil geuit wordt is niet voldoende om te spreken van een geldige wil, enkel wanneer dit past binnen zijn levensverhaal is dit geldig.

Wat is uw mening over deze benadering?

Een tweede benadering bestaat uit de beoordeling van de cognitieve vermogens van een persoon. Kan de persoon de informatie begrijpen en verwerken, kan de persoon de ernst en het belang inschatten van de beslissing, kan de persoon zijn wil uiten. Deze test is vergelijkbaar met de beoordeling van de wilsbekwaamheid. Deze beoordeling is strikt gezien niet geldig in het IVRPH. Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze benadering wel geldig kan zijn als het gevolg van het beperkt vermogen ondersteuning is en niet het verlies van juridische bekwaamheid.

Wat is uw mening over deze benadering?

De ondersteuning van personen kan verschillende vormen aannemen, zo kunnen er personen worden aangesteld om beslissingen te nemen voor de persoon, er kunnen ook verplichtingen worden opgelegd over hoe informatie beschikbaar moet worden gesteld, het gebruik van alternatieve communicatiemiddelen. Denkt u dat een systeem dat gebaseerd is op ondersteuning haalbaar is in België?

Deel vragen over het Belgische rechtskader

In de zorgvolmacht wordt vaak iemand van de naaste omgeving aangeduid als lasthebber. Zou het volgens u positief zijn om voor de naaste omgeving (partner, meerderjarige kinderen, ouders en broers of zussen) een basis bevoegdheid om op te treden te creëren?

De wet bepaalt dat er een aantal beginselen kunnen worden opgenomen in een verklaring van voorkeur. Kan dit niet worden uitgebreid zodat een persoon de bewindvoering vorm kan geven volgens zijn wil?

Voorgestelde oplossing

Als basis voor de oplossing gelden de principes die uit het IVRPH worden gehaald. Personen behouden in principe hun juridische bekwaamheid, de ondersteuning dient te gebeuren volgens de betrouwbare wil en voorkeuren van de beschermde persoon. De betrouwbaarheid van de wil zal altijd moeten worden nagegaan.

Om hieraan te voldoen wordt er een bepaling gecreëerd die aan de naaste omgeving de bevoegdheid geeft om op te treden als zaakwaarnemer voor bepaalde zaken bij het ontbreken van een actuele wil van de persoon of wanneer de persoon om ondersteuning verzoekt. Ze worden gebonden door de betrouwbare wil en voorkeuren van de persoon. Met naaste omgeving worden de partner, de meerderjarige kinderen, de ouders en de broers of zussen bedoeld. Zij kennen de persoon goed, zo kunnen ze beter nagaan wat de persoon wil. Het gaat hier om een informele ondersteuning die subsidiair is aan de formele ondersteuning. Bij het ontbreken van de betrouwbare wil kan aan hen ook de bevoegdheid worden gegeven om de persoon te vertegenwoordigen, zij kunnen het beste inschatten wat de persoon zou hebben gewild.

De zorgvolmacht blijft ook behouden, als formele vertegenwoordiging krijgt ze voorrang op het systeem van de zaakwaarneming. De basisprincipes van de zorgvolmacht in het huidige recht worden behouden. Het principe blijft dat bij de zorgvolmacht de wil en voorkeuren van de lastgever centraal

staan. De lastgever kan hier ook van afstappen door te bepalen dat de lasthebber kan handelen volgens wat in belang is voor de persoon.

De verklaring van voorkeur maakt het voor de beschermde persoon mogelijk om zijn leven verder te regelen nadat hij zijn wil niet meer betrouwbaar kan uitdrukken. In de verklaring kan hij zijn wil en voorkeuren over wat er met zijn vermogen en zijn persoon moet gebeuren uitschrijven. De ondersteuner en de vertegenwoordiger kunnen zich bij het uitvoeren van hun opdracht dan baseren op de verklaring zodat er zekerheid bestaat over de wil van de persoon.

Wanneer de geuite wil van een persoon niet voldoende betrouwbaar is dan moet het mogelijk blijven om in de plaats van de beschermde persoon een beslissing te nemen. Ook hier is het belangrijk dat de personen proberen een keuze te maken op basis van wat de beschermde persoon zou hebben gekozen. In eerste instantie gebeurt deze vertegenwoordiging ook door de naaste omgeving via de figuur van de zaakwaarneming. In het geval dat de beschermde persoon niemand meer heeft in zijn naaste omgeving of indien deze personen de vertegenwoordiging niet aanvaarden, moet het voor de vrederechter mogelijk blijven om een vertegenwoordiger aan te duiden. Ook de vertegenwoordiger die wordt aangeduid door de vrederechter moet trachten de wil van de persoon te achterhalen.

Een laatste voorwaarde van het IVRPH bestaat eruit om te voorzien in een controlemechanisme dat het mogelijk maakt om te controleren of er een beïnvloeding was van de wil van de beschermde persoon. Het zal de vrederechter zijn die dit kan controleren. Hij dient na te gaan dat er geen beïnvloeding was op basis van de persoon door angst, agressie, bedreiging, bedrog of manipulatie.

Wat vindt u van dit systeem?

Bijlage 2: Notities interview 1

Deel vragen over mensenrechtelijk kader

Is volgens u het begrip "wilsbekwaamheid" een goede maatstaf om te bepalen of een beschermingsmaatregel moet worden genomen?

Ze gaf aan dat ze de wilsbekwaamheid belangrijk vond. Het is voor haar, als notaris, belangrijk dat de verrichtingen rechtsgeldig zijn. Het is belangrijk dat de personen wilsbekwaam zijn bij het aangaan van een akte, zodat deze akte aanvaard wordt bij het kantoor van de rechtszekerheid. Zij gaat uit van de wilsbekwaamheid van de persoon die tegenover haar zit. Ze controleren ook of er een volmacht is geregistreerd. Bij twijfel vragen ze aan de cliënten om zelf een medisch attest mee te nemen dat bewijst dat ze wilsbekwaam zijn.

Zou volgens u de vertegenwoordiger steeds beslissingen moeten maken op basis van wat in het belang is voor de beschermde persoon of moet volgens u de vertegenwoordiger uitsluitend rekening houden met de wil, voorkeuren en rechten van de persoon?

Het belang van de persoon komt op de eerste plaats. De beslissingen die gemaakt worden moeten in de eerste plaats de persoon dienen. Daarnaast kan er ook rekening worden gehouden met de wil en de voorkeuren van de persoon. Maar wanneer deze twee in conflict komen dan primeert het belang. Een voorbeeld dat hierbij werd gegeven was de situatie waarin een oudere ten val komt en in het ziekenhuis belandt. Wanneer het de wil is van de persoon om naar huis te gaan, maar het in zijn belang is om in het ziekenhuis te blijven om te revalideren, kan er wel worden besloten om de persoon in het ziekenhuis te houden.

In het mensenrechtelijk kader bestaat de bescherming voornamelijk uit het ondersteunen van personen en niet het vertegenwoordigen van personen. Omwille van dit verschil geldt er een andere maatstaf, niet de capaciteit om een wil te uiten maar de betrouwbaarheid van de wil en voorkeuren wordt beoordeeld.

Een eerste benadering bestaat eruit om de geuite wil te koppelen aan het levensverhaal van de persoon. Het feit dat een wil geuit wordt is niet voldoende om te spreken van een geldige wil, enkel wanneer dit past binnen zijn levensverhaal is dit geldig.

Wat is uw mening over deze benadering?

De notaris geeft aan dat het belangrijk is om het levensverhaal mee te nemen in de benadering om erachter te komen of een wil betrouwbaar is. Ze geeft zelf aan dat ze in de praktijk graag met personen onder vier ogen spreekt om zo na te gaan wat de persoon echt wilt. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat er een beïnvloeding is van de kinderen om bepaalde goederen te schenken, ook al willen de ouders het niet. Er wordt geprobeerd om het levensverhaal te achterhalen om zo te bepalen of het wel een vrije keuze is. In gevallen waar een persoon onder druk komt te staan van zijn omgeving stelt de notaris voor om een zorgvolmacht op te stellen. Zo kan men de wil van de personen vastleggen en regelen hoe er vertegenwoordigd dient te worden.

De notaris voegt hier wel aan toe dat mensen niet vaak specifieke bepalingen opnemen. Mensen willen dat alles snel gebeurt, zo willen ze vaak alles via volmacht regelen. Er is zo een mentaliteitswijziging die volgens haar verder komt uit het gebruik van applicaties waar voorwaarden worden aanvaard zonder deze te lezen. Dit merkt ze ook bij het overlopen van aktes, mensen zetten liever snel een handtekening, zodat het gebeurd is.

Een tweede benadering bestaat uit de beoordeling van de cognitieve vermogens van een persoon. Kan de persoon de informatie begrijpen en verwerken, kan de persoon de ernst en het belang inschatten van de beslissing, kan de persoon zijn wil uiten. Deze test is vergelijkbaar met de beoordeling van de wilsbekwaamheid. Deze beoordeling is strikt gezien niet geldig in het IVRPH. Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze benadering wel geldig kan zijn als het gevolg van het beperkt vermogen ondersteuning is en niet het verlies van juridische bekwaamheid.

Wat is uw mening over deze benadering?

De notaris vindt het belangrijk dat personen blijven betrokken worden. Als de persoon een wil kan uiten dan is het belangrijk dat hiermee rekening wordt gehouden. Ze zegt hier wel

bij dat het nodig is dat er soms snel gehandeld wordt in het belang van de persoon en dat er dan wel tegen de wil van de persoon kan worden ingegaan. Ze gaf hier het voorbeeld van een persoon die voor zorg opgenomen wordt in een verzorgingscentrum. Terwijl ze daar verblijft staat haar huis leeg. De kosten van de verzorging kunnen niet worden gedragen door het beschikbare vermogen en dan gaat men over tot de beslissing om het huis te verkopen buiten de wil van de persoon om. Het is de realiteit van de benodigde zorg die ervoor zorgt dat men tegen de wil van de persoon dient in te gaan. Dit zijn natuurlijk beslissingen die moeilijk gecommuniceerd worden naar de personen toe. Ze vindt dat de wil van de personen zoveel mogelijk gerespecteerd moet worden maar in de realiteit is dit niet altijd mogelijk.

De ondersteuning van personen kan verschillende vormen aannemen, zo kunnen er personen worden aangesteld om beslissingen te nemen voor de persoon, er kunnen ook verplichtingen worden opgelegd over hoe informatie beschikbaar moet worden gesteld, het gebruik van alternatieve communicatiemiddelen. Denkt u dat een systeem dat gebaseerd is op ondersteuning haalbaar is in België?

Ze geeft aan dat in het huidige recht mensen toch niet altijd open zijn over hun wil en voorkeuren. Ze ziet in de praktijk dat mensen met een vertrouwenspersoon zich wel meer open opstellen. Deze personen krijgen dan wel de specifieke wil en voorkeuren te horen van de persoon en ze kunnen dan ook optreden als bemiddelaar bij het verlijden van aktes. Ook wordt door de notaris de opdracht als vertrouwenspersoon vaak gekoppeld aan een zorgvolmacht, omdat kwetsbare personen vaak graag hebben dat ze bepaalde handelingen van beheer kunnen doen, zoals de boekhouding van de persoon.

Binnen het notariaat zag ze minder toepassing van deze extra verplichtingen. Ze maken al gebruik van tolken voor gebarentaal, ze projecteren ook steeds de aktes, zodat mensen visueel ook kunnen meevolgen. Mensen zijn ook altijd vrij om een eigen tolk of hun eigen apparatuur mee te brengen die het mogelijk maakt om te communiceren. Bij personen waarbij twijfel is over de wilsuiting kan ook een 2de notaris meegaan die dan mee de geuite wil beoordeelt.

Deel vragen over het Belgische rechtskader

In de zorgvolmacht wordt vaak iemand van de naaste omgeving aangeduid als lasthebber. Zou het volgens u positief zijn om voor de naaste omgeving (partner, meerderjarige kinderen, ouders en broers of zussen) een basis bevoegdheid om op te treden te creëren?

Een pijnpunt van de zorgvolmacht is de kostprijs, ze heeft al horen zeggen dat mensen geen zorgvolmacht aangaan omwille van de prijs. Ook de bevoegdheden inschrijven in de wet vindt ze echter wel een stap te ver. Ook geeft ze aan dat mensen toch nog schroom hebben om naar de notaris of vrederechter te stappen. Bij de vrederechter zelfs nog meer, omdat mensen dan het gevoel krijgen dat ze in een geschil terechtkomen met de kinderen. Ze is wel van mening dat een automatische bevoegdheid voor deze personen te ver gaat. Volgens haar moet er een bepaalde vorm van controle zijn. Als de mensen bij de notaris komen dan kan het op maat van de situatie worden opgesteld. De notaris kan dan ook nagaan of de persoon onder druk staat. Wanneer de ouder één van de kinderen de volle bevoegdheid geeft, kan dit misbruik in de hand werken. Als er meerdere kinderen zijn kan bijvoorbeeld het kind waarmee geen contact is worden uitgesloten. Ook is ze zelf voorstander van het bepalen hoe de kinderen kunnen optreden. Wanneer er meerdere kinderen zijn, duidt ze het liefst alle kinderen aan als bewindvoerder en bepaalt ze dat beslissingen worden gemaakt bij meerderheid.

De wet bepaalt dat er een aantal beginselen kunnen worden opgenomen in een verklaring van voorkeur. Kan dit niet worden uitgebreid zodat een persoon de bewindvoering vorm kan geven volgens zijn wil?

Ze staat achter een uitbreiding. Ze geeft zelf aan dat door deze verklaringen af te leggen personen een draaiboek kunnen maken voor hoe de vertegenwoordiging er dan uit komt te zien. Ze geeft ook aan dat mensen eigenlijk veel te weinig bezig zijn met de regeling voor als ze wilsonbekwaam worden. Zolang er niks mis is, kunnen ze gewoon blijven doorgaan. Het is pas op het moment dat ze een bescherming nodig hebben dat ze beginnen

regelingen te treffen. Vaak wordt er door mensen ook uitgegaan dat hun kinderen wel weten wat ze willen, terwijl dit vaak niet het geval is.

Leidt volgens u de bewindsclausule niet tot een ongerechtvaardigde aantasting van de rechten van de beschermde persoon?

Volgens de notaris is dit zeker het geval. De nadruk ligt vooral op het financiële belang en niet op het belang van de persoon. Op deze manier kunnen de rechten van de persoon zeker worden aangetast. Hetzelfde geldt ook bij de bewindvoering, de vrederechter stelt vaak een bescherming op waar de nadruk vooral op het financiële aspect ligt en dat het belang van de persoon vaak vergeten wordt. Ze geeft ook aan dat het bewind zeker wel kan werken voor personen die weinig eigendom hebben. Voor personen die wel voldoende vermogen hebben kan dit leiden tot moeilijke situaties. Ze gaf voorbeelden waar er door de vrederechter bepaalde zaken niet werden aanvaard, zoals het laten installeren van een nieuwe keuken of het regelmatig op vakantie gaan. Hier is duidelijk dat het financieel mogelijk was en dat de personen dit normaal zouden doen, maar er werd met het belang van de persoon niet voldoende rekening gehouden. Beslissingen kunnen binnen het bewind vaak niet snel worden genomen, wat ook een nadeel is. Waar bij het bewind vaak niet genoeg rekening wordt gehouden met de persoon, is dit wel mogelijk bij de zorgvolmacht. De zorgvolmacht krijgt dan ook haar voorkeur.

Voorgestelde oplossing

Als basis voor de oplossing gelden de principes die uit het IVRPH worden gehaald. Personen behouden in principe hun juridische bekwaamheid, de ondersteuning dient te gebeuren volgens de betrouwbare wil en voorkeuren van de beschermde persoon. De betrouwbaarheid van de wil zal altijd moeten worden nagegaan.

Om hieraan te voldoen wordt er een bepaling gecreëerd die aan de naaste omgeving de bevoegdheid geeft om op te treden als zaakwaarnemer voor bepaalde zaken bij het ontbreken van een actuele wil van de persoon of wanneer de persoon om ondersteuning verzoekt. Ze worden gebonden door de betrouwbare wil en voorkeuren van de persoon. Met naaste omgeving worden de partner, de meerderjarige kinderen, de ouders en de broers of zussen bedoelt. Zij kennen de persoon goed, zo kunnen ze beter nagaan wat de persoon wil. Het gaat hier om een informele ondersteuning die subsidiair is aan de formele ondersteuning. Bij het ontbreken van de betrouwbare wil kan aan hen ook de bevoegdheid worden gegeven om de persoon te vertegenwoordigen, zij kunnen het beste inschatten wat de persoon zou hebben gewild.

De zorgvolmacht blijft ook behouden, als formele vertegenwoordiging krijgt ze voorrang op het systeem van de zaakwaarneming. De basisprincipes van de zorgvolmacht in het huidige recht worden behouden. Het principe blijft dat bij de zorgvolmacht de wil en voorkeuren van de lastgever centraal staan. De lastgever kan hier ook van afstappen door te bepalen dat de lasthebber kan handelen volgens wat in belang is voor de persoon.

De verklaring van voorkeur maakt het voor de beschermde persoon mogelijk om zijn leven verder te regelen nadat hij zijn wil niet meer betrouwbaar kan uitdrukken. In de verklaring kan hij zijn wil en voorkeuren over wat er met zijn vermogen en zijn persoon moet gebeuren uitschrijven. De ondersteuner en de vertegenwoordiger kunnen zich bij het uitvoeren van hun opdracht dan baseren op de verklaring zodat er zekerheid bestaat over de wil van de persoon.

Wanneer de geuite wil van een persoon niet voldoende betrouwbaar is dan moet het mogelijk blijven om in de plaats van de beschermde persoon een beslissing te nemen. Ook hier is het belangrijk dat de personen proberen een keuze te maken op basis van wat de beschermde persoon zou hebben gekozen. In eerste instantie gebeurt deze vertegenwoordiging ook door de naaste omgeving via de figuur van de zaakwaarneming. In het geval dat de beschermde persoon niemand meer heeft in zijn naaste omgeving of indien deze personen de vertegenwoordiging niet aanvaarden, moet het voor de vrederechter mogelijk blijven om een vertegenwoordiger aan te duiden. Ook de vertegenwoordiger die wordt aangeduid door de vrederechter moet trachten de wil van de persoon te achterhalen.

Een laatste voorwaarde van het IVRPH bestaat eruit om te voorzien in een controlemechanisme dat het mogelijk maakt om te controleren of er een beïnvloeding was van de wil van de beschermde persoon. Het zal de vrederechter zijn die dit kan controleren. Hij dient na te gaan dat er geen beïnvloeding was op basis van de persoon door angst, agressie, bedreiging, bedrog of manipulatie.

Wat vindt u van dit systeem?

Voor de notaris is het vooral belangrijk dat aktes die ze creëren worden geaccepteerd op het kantoor van de rechtszekerheid. Ze ziet een probleem bij het gebruiken van de betrouwbare wil. Het principe dat iemand kan handelen voor een persoon op basis van de betrouwbare geuite wil zorgt volgens haar voor problemen. Wanneer de actuele wil ontbreekt dan kan men een akte opstellen op basis van de wil die afgeleid wordt uit het levensverhaal van de persoon. Dan kan er de mogelijkheid zijn dat het kantoor van rechtszekerheid zal oordelen dat er geen sprake is van een betrouwbare wil en dan geldt de akte niet ten aanzien van derden. Volgens haar zou dit kunnen leiden tot een groot aantal zaken bij de vrederechter. Het doel van dit systeem is juist dat men zo weinig mogelijk naar de vrederechter dient te stappen. Het gaat volgens haar eerder om een intern geuite wil die niet extern kan worden gemaakt. Voor bepaalde handelingen is een gewone volmacht voldoende. Wanneer echter bijvoorbeeld een huis wordt verkocht dan is het voor het kantoor van rechtszekerheid niet voldoende dat enkel de interne wil werd geuit. De uitgebreide verklaring van voorkeur kan dit probleem wel oplossen. Als de verklaring van voorkeur wordt geregistreerd, dan is er wel een document dat gecontroleerd kan worden. De notaris zag het ook mogelijk dat van deze verklaring periodisch verslag wordt gemaakt, zodat het mogelijk blijft om wijzigingen te maken. Zo kan er een draaiboek ontstaan dat door de ondersteuners en vertegenwoordigers kan worden gebruikt bij het uitoefenen van hun bevoegdheden.

Ze gaat akkoord met de ingeschreven naaste omgeving. Ze stelt hier wel enkele vragen bij. Het is volgens haar logisch dat de partner de bevoegdheid heeft. Wanneer iemand een nieuwe partner krijgt, zou dit betekenen dat deze partner ook meteen de bevoegdheid heeft om deze handelingen uit te voeren. Maar het feit dat de relatie nog pril is zorgt ervoor dat deze persoon juist helemaal nog niet bekend is met het levensverhaal van de partner waardoor hier toch een extra voorwaarde aan dient te worden gekoppeld. Daarnaast heeft ze ook de bedenking dat de bevoegdheid geven aan een van de kinderen misbruik in de hand kan werken. Ook kan het ervoor zorgen dat de andere kinderen alle handelingen van de ondersteuner of vertegenwoordiger gaan betwisten. Er kan in de wet komen dat de kinderen samen of bij meerderheid moeten handelen. Er kan steeds worden afgeweken van deze wettelijke basis, dus het is mogelijk om zowel de bevoegdheid van de partner en kinderen in bepaalde mate te beperken.

Volgens de notaris zou het haalbaar zijn om dit systeem toe te passen.

Bijlage 3: Transcriptie interview 2

Eerst worden vragen gesteld over het mensenrechtelijke kader.

Is volgens u het begrip "wilsbekwaamheid" een goede maatstaf om te bepalen of een beschermingsmaatregel moet worden uitgesproken?

Dat is zeker een goede maatstaf. Ik zie niet onmiddellijk in welk alternatief er zou zijn, maar er is geen wettelijke definitie. "Wat is wilsbekwaamheid?" Dus de invulling ervan is, zoals zo vaak, de beoordeling van de rechter. Natuurlijk zitten we met het verplichte doktersattest, gelukkig maar. Een pijnpunt is misschien wel de erkenning, de wet schrijft voor dat er een omstandige geneeskundige verklaring moet zijn door een erkende arts. Die erkenning is er nog altijd niet. Dus gelijk welke arts kan het opstellen, ik ga altijd uit van de beroepsernst van de geneesheer. Er liggen hier een aantal dossiers van bewindvoering, als je die allemaal bekijkt zie je de enorme verschillen tussen de attesten. Er zijn er die het uitgebreid motiveren en toelichten, maar er zijn er ook die vinden dat één of twee woorden volstaan. Dus die wilsbekwaamheid, ik zie niet in op welk ander criterium het beoordeeld zou moeten worden, maar het is de feitelijke beoordeling aan de hand van het doktersattest. Hoe het nu is kan de vrederechter iemand maar onbekwaam verklaren na de persoon in kwestie gezien te hebben. Dat is fundamenteel.

Bij de vertegenwoordiging worden beslissingen genomen op basis van wat in het belang van de persoon is. Zou volgens u deze beslissingen uitsluitend moeten worden gebaseerd op het belang van de persoon of uitsluitend op de wil, voorkeuren en rechten van de persoon?

Zit dat niet in het belang? U spreekt dan over de vertegenwoordiging?

Ja inderdaad. Bij de bewindvoering, maakt de bewindvoerder zijn keuze op basis van wat in het belang is van de persoon of op basis van wat de wil en de voorkeuren zijn. Het is in het belang van de persoon dat zijn huis verkocht wordt maar deze persoon wil dit niet. Wat is dan het belangrijkste de wil van de persoon of zijn belang?

Dan kom je op het raakvlak van die wilsbekwaamheid. "Wat is de wil, in welke mate is de persoon nog in staat tot het uiten van een gefundeerde wil?" Ik kan een voorbeeld uit de praktijk geven. Een bejaarde dame, heel erg fysiek gehandicapt, mentaal minder. Ze kon niet meer zelfstandig wonen dus had haar woning verlaten. Ze was gehuisvest in een woonzorgcentrum. Ze had het financieel niet nodig, maar de woning stond bij wijze van spreken op instorten. Maar ze wilde die woning niet verkopen. Uiteindelijk ga je de woning in haar belang verkopen, maar wat is dan het belang? Zij riskeert vervolgd te worden voor verkrotting, zij riskeert de leegstandsheffing te moeten betalen, zij riskeert dat er een schadevordering tegen haar wordt ingesteld omdat een dakpan op iemand kan vallen tijdens een storm. Je moet natuurlijk rekening houden met de wil van de persoon in kwestie. Het is een proces dat moet rijpen. Als ze dan zegt niet verkopen dan moet je dat respecteren, voor zover ze dat financieel niet nodig heeft. Uiteindelijk moet je afwegen wat het belang is van de persoon. De risico's worden te groot, de kosten worden te groot. Er zijn ook risico's dat derden schaden gaan lijden.

Dan primeert het belang natuurlijk wel?

Ja

In het mensenrechtelijke kader wordt niet de wilsbekwaamheid maar de betrouwbaarheid van de wil en voorkeuren beoordeeld. Dus elke geuite wil of geuite voorkeuren moeten worden beoordeeld, ook uitingen die voorafgaand werden gedaan kunnen voldoende zijn om te besluiten dat een beslissing geldig is. Dit moet volgens het mensenrechtelijk kader anders worden beoordeeld dan de wilsbekwaamheid. In de rechtsleer is over de wijze van de beoordeling nog geen eensgezindheid.

Een eerste benadering bestaat eruit om de geuite wil te koppelen aan het levensverhaal van de persoon. Het feit dat een wil geuit wordt is niet voldoende om te spreken van een geldige wil enkel wanneer dit past binnen zijn levensverhaal is dit geldig.

Wat is uw mening over deze benadering?

Wat bedoelt u met het levensverhaal?

Het levensverhaal zijn de keuzes die hij voorafgaand aan de wilsonbekwaamheid in zijn leven heeft gedaan.

De wet voorziet dit enigszins nu. We hebben die mogelijkheid bij voogdij, bij minderjarigen. De ouders kunnen een verklaring opstellen waarbij ze de keuze maken voor een voogd en welke opvoedingsprincipes deze moet hanteren. Iets gelijkaardigs bestaat ook bij het bewind. Je kan een verklaring van voorkeur opstellen. Ook bij de buitengerechtelijke bescherming, de zorgvolmacht, kan je beginselen laten opnemen waarmee de lasthebber zal moeten rekening houden. Het gaat om een wilsuïting op een ogenblik waarbij je nog een vrije wilsvorming hebt. Het is niet alleen het uiten van de wil, het is ook het vormen van een wil. Het is niet omdat je niet instaat bent om een wil te uiten dat je geen vrije en bewuste wilsvorming meer hebt. Dus hier heb je dan de twee zowel inzake van de zorgvolmacht heb je de mogelijkheid om in principes te voorzien als bij het bewind heb je de mogelijkheid om in een verklaring van voorkeur een bewindvoerder aan te duiden en om dan te zeggen met welke principes de bewindvoerder dient rekening te houden.

Een tweede benadering bestaat uit de beoordeling van de cognitieve vermogens van een persoon. Kan de persoon de informatie begrijpen en verwerken, kan de persoon de ernst en het belang inschatten van de beslissing, kan de persoon zijn wil uiten. Deze test is vergelijkbaar met de beoordeling van de wilsbekwaamheid. Deze beoordeling is strikt gezien niet geldig in het IVRPH. Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze benadering wel geldig kan zijn als het gevolg van het beperkt vermogen ondersteuning is en niet het verlies van juridische bekwaamheid.

Wat is uw mening over deze benadering?

Als ik u goed begrijp dan is het probleem dat iemand niet instaat om zijn wil te uiten maar wel in staat is om een wil te hebben. En als er een vorm van ondersteuning mogelijk is, ik denk dan aan technologische ondersteuning. Spraaktechnologie of ondersteuning op andere vlakken denk ik dat dat moet kunnen. In de eerste plaats wordt gekeken naar de persoon zelf. Je gaat me moeten helpen met wat je bedoelt met ondersteuning.

Ondersteuning wordt heel ruim gezien. Het kan gaan om iemand uit de omgeving die ondersteuning biedt, maar ook technologische ondersteuning.

Dan wordt het moeilijk als het door anderen is. Je riskeert het risico op manipulatie, dat vind ik moeilijk. Maar als dit door technologische ondersteuning kan dan moet dit primeren.

Het zou volgens u mogelijk moeten zijn om de twee benaderingen te combineren. Door het levensverhaal te koppelen aan de het bieden van technologische ondersteuning?

Ja

De ondersteuning van personen kan verschillende vormen aannemen, zo kunnen er personen worden aangesteld om beslissingen te nemen voor de persoon,

Het gaat dan over de vertolker van de wil?

Het gaat inderdaad over de vertolker, maar het kan ook gaan om een vorm van vertegenwoordiging waar er keuzes worden gemaakt in de plaats van de persoon. Het moet mogelijk blijven om keuzes te maken ook al is er geen sprake van een betrouwbare wil.

Daarnaast kunnen er in verschillende sectoren, bijvoorbeeld de banksector, ook extra verplichtingen worden opgelegd over de wijze waarop informatie beschikbaar wordt gesteld of over het gebruik van alternatieve communicatiemiddelen. Denkt u dat deze verplichtingen nuttig kunnen zijn of vindt u dit te vergaand?

Ik kan het me moeilijk concreet voorstellen. Je komt altijd op het spoor van vertegenwoordiging?

Een voorbeeld is bijvoorbeeld een persoon die alleen communiceert via een computer. Er kan dan een verplichting komen waardoor zulke vormen van communicatie altijd moeten worden mogelijk gemaakt.

Dat vind ik moeilijk. Ik denk dat we maximaal moeten proberen om ieder kwetsbaar persoon, al is het door een of andere handicap, zoveel mogelijk te laten participeren. Dit kan door technologische of eender welke vorm van ondersteuning, maar het moet wel een ondersteuning zijn. Als dit niet kan dan moeten we naar het systeem van de vertegenwoordiging gaan waar de persoon van de vertegenwoordiger verantwoordelijk kan worden gesteld. Ofwel wordt gezegd dat de persoon een beperking heeft maar die beperking verhindert niet mits ondersteuning, technologisch of hoe dan ook, om zijn bekwaamheden of rechten uit te oefenen. Als dit niet kan dan moet men naar het pad van de vertegenwoordiging of een andere formule maar waar die vertegenwoordiger verantwoordelijk gesteld kan worden.

Anders zou dit inderdaad manipulatie in de hand kunnen werken.

Ja.

Nu volgen enkele vragen over het Belgische rechtskader. Eerst enkele vragen over de buitengerechtelijke bescherming.

In de zorgvolmacht wordt vaak iemand van de naaste omgeving aangeduid als lasthebber. Zou het volgens u positief zijn om voor de naaste omgeving (partner, meerderjarige kinderen, ouders en broers of zussen) een basisbevoegdheid om op te treden te creëren?

Een basisbevoegdheid dus een automatisme?

Ja dus vanaf dat er sprake is van een wilsonbekwaamheid dan kan de naaste omgeving optreden.

Oh nee, dat gaat veel te ver. De essentie is dat de zorgvolmacht door iemand die op dat ogenblik bekwaam is wordt opgesteld en die wilt anticiperen door na te denken over de bescherming. Nee, we zien hier dagelijks in de praktijk genoeg zaken waar men absoluut niet wil, dat de naasten deze bevoegdheid hebben. Dat lijkt me te vergaand.

De wet bepaalt dat er een aantal beginselen kunnen worden opgenomen in een verklaring van voorkeur. Kan dit niet worden uitgebreid zodat een persoon de bewindvoering vorm kan geven volgens zijn wil?

Dat is misschien niet verkeerd, nee. Zoals men nu in het BW de lijst heeft over welke bekwaamheden wij ons moeten uitspreken. Het zou niet verkeerd zijn dat er een aantal beginselen voor de zorgvolmacht worden voorzien. Nu is dat heel uitgebreid. Maar om precies te vermijden dat je werkt met standaardaktes die toch niet worden gelezen zou het goed zijn om een aantal zaken te voorzien, bv. bekwaamheid om te schenken, te vervreemden, wat er verkocht mag worden. Dan ga je wel al ver in detail natuurlijk maar een aantal van deze bekwaamheden zou niet slecht zijn natuurlijk.

Leidt volgens u de bewindsclausule in een schenkingsakte of een testament of dat de ouders hun vermogen plaatsen in een stichting niet tot een ongerechtvaardigde aantasting van de rechten van de beschermde persoon?

Dit begrijp ik niet goed.

Dus bijvoorbeeld bij een bewindsclausule gaat een derde persoon de goederen beheren en dan krijgt de beschermde persoon het economisch nut. Bij een stichting wordt het vermogen in de stichting geplaatst. Is dit dan geen schending van de beschermde persoon om te erven?

Nee, alleen het beheer valt bij een derde het erfrecht wordt niet aangetast.

Bij een stichting blijft het vermogen wel in de stichting zitten, dus de kwetsbare persoon krijgt dan wel de eigendom niet over de goederen.

Klopt, maar dit is toch altijd gekoppeld aan een doel. Dat doel is toch om de beschermde persoon te begoeden. Je hebt wel voor een stuk gelijk. Erfrecht wordt enigszins aangetast.

Als we kijken vanuit de beschermde persoon, dan krijgt hij wel een economisch voordeel, maar in principe krijgt hij niet dezelfde rechten als andere personen.

Nu ga ik me natuurlijk op het vlak van de notaris begeven. Maar hoe zit dat met de reserve, je brengt dat op in een stichting bij leve dan is er geen sprake van erfrecht.

Wanneer de ouders sterven dan blijven de goederen wel zitten in de stichting. Dus dan is het aan de kwetsbare persoon om de inkorting te vragen. Belangrijk hierbij is de vraag of deze persoon wel de mogelijkheid heeft om de inkorting te vragen. Hij zou dit in principe kunnen doen.

Dat is eigenlijk wel het antwoord, het tast zijn recht aan. Maar hij heeft wel de kans om inkorting te vragen. Het is natuurlijk wel technisch. In principe is er een aantasting van het erfrecht, maar als je het vanuit het doel benaderd is dit niet het geval. De stichting is precies opgericht om te zorgen voor het verdere levensonderhoud van de persoon te zorgen.

Vindt u dat bij de bewindvoering het financiële aspect voorrang krijgt op het persoonlijk aspect?

Ja, altijd is veel gezegd maar zeker. Ik denk, ik kan natuurlijk niet voor mijn collega's spreken, maar van het persoonsrechtelijk aspect blijf ik liefst af. Je moet ook kijken naar ons typepubliek zeker de helft daarvan zijn bejaarde mensen. Daar speelt de persoonsrechtelijke problematiek een veel minder belangrijke rol. Wat speelt daar vaak wel een belangrijke rol: de vragen rond levenseinde, dat is sowieso hoogstpersoonlijk, de vragen rond de verblijfplaats en het stemrecht. Over de laatste twee kun je nog wel eens iets zeggen als je te maken hebt met dementerende mensen of mensen die kost wat kost thuis willen blijven en dit niet meer aankunnen en dan riskeren door verwaarlozing of gebrekkige fysieke beperkingen zichzelf in gevaarlijke posities te brengen. Je moet kwetsbare personen beschermen tegen misbruik omdat hun hoofd op hol kan worden gebracht door mensen die er misbruik van willen maken, bv. we gaan trouwen, we gaan wettelijk samenwonen, wil je mijn kind adopteren. Meestal gaat het over het beheer van de goederen.

Bij het beheer van de goederen wordt soms ook gezegd dat het financiële aspect voorrang krijgt op de wil van de personen. Hoe kijkt u daar naar?

We proberen zoveel mogelijk rekening te houden met de wil van de betrokkene. Maar natuurlijk de wil van de betrokkene je zit dan natuurlijk bijvoorbeeld met de hele problematiek van de schenkingen, eens wilsonbekwaam kan je niet meer schenken. De wet voorziet wel in de mogelijkheid van de vervangende schenking door de bewindvoerder, als je kunt aantonen dat het de wil was van de persoon en je dit kunt aantonen door schriftelijke en mondelinge getuigenissen. Wanneer deze zaken dateren van een ogenblik dat de beschermde persoon nog wilsbekwaam was dan kan de bewindvoerder dat in zijn plaats doen. Indien dit het geval is dan denk ik dat we daar zeer welwillend tegenover staan omdat dit precies de wil was van de beschermde persoon. Maar al het overige is nu eenmaal dura lex sed lex. Uiteindelijk wat is de wil van die persoon, ik ga het heel cru stellen maar zo gebeurt het vaak ook, kinderen komen naar hier en zeggen vader of moeder is dement aan het woorden hij kan het niet meer wilt u een bewindvoerder instellen. Dat is goed, maar er zijn toch tamelijk wat spaarcenten en pa of ma heeft genoeg en gaan toch niets tekortkomen, hij zou dat wel gewild hebben dat dit op voorhand verdeeld werd. Maar zou hij dit wel gewild hebben, want waarom heeft hij het niet gedaan? Dus wat is de wil van die persoon? Als het de wil was van de persoon dan denk ik dat die persoon toch lang genoeg de kans heeft gehad om die wil ten uitvoer te brengen. Om dan hypothetisch te denken wat hij wil, ja.

Het is een moeilijke gedachte oefening om te maken, ook bestaat er ook weer de mogelijkheid van manipulatie.

Er moeten ook geen doekjes worden rond gewonden, het is vaak om successierechten te vermijden. Op zich is daar niks verkeerd mee, de banken geven dit advies, de notarissen geven dit advies. Maar wij kunnen dit niet in hun plaats doen en de hypothetische veronderstelling maken dat de persoon dit wel gewild zou hebben, dat gaat niet.

Dan ga ik nu kort de oplossing voorstellen die werd uitgewerkt.

Als basis voor de oplossing gelden de principes die uit het IVRPH worden gehaald. Personen behouden in principe hun juridische bekwaamheid, de ondersteuning dient te gebeuren volgens de betrouwbare wil en voorkeuren van de beschermde persoon. De betrouwbaarheid van de wil zal altijd moeten worden nagegaan.

Om hieraan te voldoen wordt er een bepaling gecreëerd die aan de naaste omgeving de bevoegdheid geeft om op te treden als zaakwaarnemer voor bepaalde zaken bij het ontbreken van een actuele wil van de persoon of wanneer de persoon om ondersteuning verzoekt. Ze worden gebonden door de betrouwbare wil en voorkeuren van de persoon. Met naaste omgeving worden de partner, de meerderjarige kinderen, de ouders en de broers of zussen bedoeld. Zij kennen de persoon goed, zo kunnen ze beter nagaan wat de persoon wil. Het gaat hier om een informele ondersteuning die subsidiair is aan de formele ondersteuning. Bij het ontbreken van de betrouwbare wil kan aan hen ook de bevoegdheid worden gegeven om de persoon te vertegenwoordigen, zij kunnen het beste inschatten wat de persoon zou hebben gewild.

De zorgvolmacht blijft ook behouden, als formele vertegenwoordiging krijgt ze voorrang op het systeem van de zaakwaarneming. De basisprincipes van de zorgvolmacht in het huidige recht worden behouden. Het principe blijft dat bij de zorgvolmacht de wil en voorkeuren van de lastgever centraal staan. De lastgever kan hier ook van afstappen door te bepalen dat de lasthebber kan handelen volgens wat in belang is voor de persoon.

De verklaring van voorkeur maakt het voor de beschermde persoon mogelijk om zijn leven verder te regelen nadat hij zijn wil niet meer betrouwbaar kan uitdrukken. In de verklaring kan hij zijn wil en voorkeuren over wat er met zijn vermogen en zijn persoon moet gebeuren uitschrijven. De ondersteuner en de vertegenwoordiger kunnen zich bij het uitvoeren van hun opdracht dan baseren op de verklaring zodat er zekerheid bestaat over de wil van de persoon.

Wanneer de geuite wil van een persoon niet voldoende betrouwbaar is, dan moet het mogelijk blijven om in de plaats van de beschermde persoon een beslissing te nemen. Ook hier is het belangrijk dat de personen proberen een keuze te maken op basis van wat de beschermde persoon zou hebben gekozen. In eerste instantie gebeurt deze vertegenwoordiging ook door de naaste omgeving via de figuur van de zaakwaarneming. In het geval dat de beschermde persoon niemand meer heeft in zijn naaste omgeving of indien deze personen de vertegenwoordiging niet aanvaardden, moet het voor de vrederechter mogelijk blijven om een vertegenwoordiger aan te duiden. Ook de vertegenwoordiger die wordt aangeduid door de vrederechter moet trachten de wil van de persoon te achterhalen.

Een laatste voorwaarde van het IVRPH bestaat eruit om te voorzien in een controlemechanisme dat het mogelijk maakt om te controleren of er een beïnvloeding was van de wil van de beschermde persoon. Het zal de vrederechter zijn die dit kan controleren. Hij dient na te gaan dat er geen beïnvloeding was op basis van de persoon door angst, agressie, bedreiging, bedrog of manipulatie.

Wat vindt u van dit systeem?

Het principe is dus de wilsbekwaamheid?

Ja inderdaad.

We gaan uit van de wilsbekwaamheid van iedereen, maar wanneer de wilsbekwaamheid om een of andere reden is aangetast, moet de mogelijkheid bestaan dat de persoon door de figuur van de zaakwaarneming wordt vertegenwoordigd?

Ja dit klopt maar in eerste instantie zal er ondersteuning worden geboden.

Het principe van zaakwaarneming zonder dat de bevoegdheid wordt gegeven aan de ene of de andere. De bevoegdheid kan worden ingevuld door de naasten. Dat kan vandaag zoon A zijn, morgen dochter B, overmorgen de echtgenote. Er is geen hiërarchie?

Er is wel sprake van hiërarchie. In eerste instantie is de partner bevoegd, daarna de meerderjarige kinderen, daarna de ouders en in laatste instantie de broers en zussen.

Goed, maar dan heb je de partner, dat is één iemand. Dan heb je kinderen, er kan dus niet worden verhinderd dat vandaag zoon A, volgende week zoon B en dan nog drie weken later zoon C kan optreden.

Dit zou bv. kunnen worden opgevangen door in te schrijven dat de kinderen moeten handelen met meerderheid.

Daar ga ik onmiddellijk opzeggen dat als wij betwistingen krijgen over de zorgvolmacht dan is het precies omdat de ouders de kinderen hebben aangeduid en ze allemaal samen hebben aangeduid en dan kan het volstaan dat één iemand tegenwerkt, waardoor de bescherming niet werkt. Dus het is een zwakte van de voorgestelde oplossing.

Als volgend punt is dan de vraag: wat is die betrouwbare wil? Dit is het heilig principe in de bescherming. Als zaakwaarnemer moet dan gehandeld worden naar de betrouwbare wil van uw vader of moeder om het concreet te maken.

Het komt erop neer dat op het moment van het uiten van de wil zal moeten worden nagegaan of dat het gaat om een betrouwbare uiting. Er gaat worden gekeken, kan deze persoon nog een wil vormen en past deze wil dan in het levensverhaal.

Wanneer de wil gevormd kan worden dan is er toch geen sprake van de zaakwaarneming?

De naaste omgeving heeft ook de bevoegdheid om op te treden als een tolk van de wil van een beschermd persoon. Zo kan een geuite wil worden vertolkt naar een betrouwbare wil op basis waarvan beslissingen kunnen worden genomen. De persoon zou op zichzelf geen beslissing kunnen maken maar door de ondersteuning kan dit wel.

Dit zou in de theorie kunnen maar dit lijkt me in de praktijk moeilijk werkzaam. Ik geef maar een stom voorbeeld: er is een effectendossier, er zijn een aantal belangrijke beleggingen die vervallen aan het einde van de maand. Ze gaan naar de bank, er wordt informatie gegeven. De zoon of de dochter zit daarbij en zal dan de wil moeten vertolken. Dit kan eigenlijk worden vergeleken met het systeem van bijstand dat we nu kennen, zoals medeondertekenen. De ervaringen die bewindvoerders hiermee hebben is dat dit niet zo goed werkt. In theorie is dit mooi en sluit dit perfect aan bij de wil van de kwetsbare persoon en is dit best te verdedigen, maar praktisch niet haalbaar.

Dit is dus het principe en het ideaal. Wanneer dit niet kan, moet men stappen naar de vertegenwoordiging. We gaan naar een informeel systeem van bijstand en de vertegenwoordiging, maar het formeel systeem van de zorgvolmacht blijft bestaan. Als er geen betrouwbare wil kan worden gedistilleerd dan?

Dan kan ook de bevoegdheid worden gegeven aan de lasthebber in de zorgvolmacht om op te treden in het belang van de persoon.

Dat lijkt me sowieso of het nu in het formele of informele systeem is, als de betrouwbare wil niet achterhaald kan worden dan moet het toch mogelijk zijn dat iemand uiteindelijk de keuze kan maken. Zeker de hiërarchie lijkt mij problematisch. Het probleem is dat er concurrerende bevoegdheden kunnen ontstaan. Dan lijkt het mij beter dat er een systeem komt van evenwichten en controle. Hoe het nu voorzien is, is dat bij zorgvolmachten als

er conflicten ontstaan over de bevoegdheid dat men naar de vrederechter kan stappen. De vrederechter moet dan de zorgvolmacht respecteren voor zover dat dit in belang is van de lastgever. Indien dit niet het geval is dan kan de vrederechter ingrijpen. Dit kan door de zorgvolmacht aan de kant te schuiven maar ook door voorwaarden te koppelen aan de bestaande zorgvolmacht.

Bedoelt u dan dat ze bij een conflict van bevoegdheid in de hiërarchie naar de vrederechter moeten kunnen stappen?

Die hiërarchie zou ik sowieso voorzien dat één persoon de bevoegdheid heeft, of het nu gaat om informeel of formeel, om de beschermde te vertegenwoordigen en dat er dan een controlesysteem bestaat voor de anderen. Een soort van tegen tekenen of een soort van verslaggeving. Zeker als al de naasten de bevoegdheid hebben om op te treden. Dan denk ik ook dat als het zo is dat degene die optreedt de plicht heeft om aan de anderen te informeren. Dus stel bv. uw moeder is overleden, uw vader is er nog. Uw vader komt in de problemen en u gaat een huurovereenkomst aangaan, dan is het mogelijk dat uw broer hetzelfde gaat doen. Of bv. u en uw broer kopen allebei een auto voor hem.

Als beide personen de volle bevoegdheid hebben, kan dit inderdaad voor problemen zorgen.

Dan ga je elkaar het gras voor de voeten wegmaaien of ga je tegenstrijdige beslissingen nemen. Er moet zeker een systeem zijn om dit op te vangen. Daarom denk ik hiërarchie, maak het gemakkelijker door één iemand de bevoegdheid te geven of gelijk nu bestaat, maak de opsplitsing tussen bewindvoerder persoon en bewindvoerder goederen. Dus je kan zeggen dat die bewindvoerder zorgt voor de huisvesting, die zorgt voor alle beslissingen inzake de rekeningen van de KBC. Maak het afgelijnd en zorg dan dat ze de informatie moeten delen tussen elkaar, ook om conflicten te vermijden. Daar bestaat snel wantrouwen over.

Hoe ziet u dan de controle door de vrederechter, op elke rechtshandeling of enkel wanneer er problemen zijn?

Ik zie het als wanneer er problemen zijn dan kunnen de belanghebbenden naar de vrederechter stappen. Dan zullen de concrete feiten worden beoordeeld om te kijken of er sprake is van een manipulatie.

Voor de wettelijk omschreven handelingen bestaat er al het systeem van de machtigingen. De verkopen, de aanvaarding van de nalatenschap en dergelijke moet er een machtiging zijn. Dat is toch proactief, er zijn een aantal belangrijke zaken waar het toch belangrijker kan zijn dat er proactief wordt gedacht. Bij een reactief systeem kan het half al verzopen zijn als de vrederechter moet tussenkomen.

Voor bepaalde zaken kan een gelijkaardig systeem als de machtigingen in de regeling worden betrokken.

Je kan bv. een nalatenschap aanvaarden en voor je het weet heb je meer schulden dan iets anders.

Als er de kritiekpunten kunnen worden opgelost, denkt u dan dat dit systeem haalbaar zou zijn?

***The proof of the pudding is in the eating.* Je gaat altijd ergens op een systeem uitkomen dat gelijkenissen toont. Het moet praktisch werkbaar zijn. Je kan het goed vergelijken met**

de hiërarchie uit de wet patiëntenrechten. In eerste instantie wordt het uitgeoefend door iemand die je aanduidt, dan kan de bewindvoerder de rechten uitvoeren en dan komen de naasten. In uw oplossing wordt deze volgorde dan omgedraaid.

Ja inderdaad, in eerste instantie is de aangeduide persoon bevoegd, daarna komt de naaste omgeving en dan is het aan de bewindvoerder.

Ja, als er geen bewindvoerder wordt aangeduid is de volgorde in de wet patiëntenrechten: de samenwonende partner, het meerderjarig kind, de ouders en de broers of zussen. Dan komen we eigenlijk bij uw volgorde. U heeft eigenlijk een open systeem. Bij een open systeem leg je de verantwoordelijkheid bij de naasten, dat is misschien al een beetje ambitieus. Uit ervaring weet ik dat er veel personen zijn die zeggen: "Nee laat maar, liever niet." Dan krijg je automatisch dat er iemand die verantwoordelijkheid wordt opgedrongen en dit kan leiden tot familiale conflicten.

In het systeem kan de verantwoordelijkheid niet worden opgedrongen omdat de personen de bevoegdheid wel moeten aanvaarden. Het kan natuurlijk wel voor problemen zorgen als iemand niet aanvaardt en iemand anders wel.

Er is ook een open systeem op het punt van, u bent bekwaam, maar je hebt vandaag bij wijze van spreken een mindere dag. Dan zou iemand van de naasten u kunnen vertegenwoordigen. Dit lijkt me moeilijk, ik ga natuurlijk uit van het systeem dat we nu kennen. Dat is misschien niet het juiste uitgangspunt omdat we daar vertrouwd mee zijn. Bij een medische verklaring die nu als basis dient, weten we dat er een toestand is die bestaat en niet onmiddellijk zal veranderen. De wet bepaalt ook dat dit niet vast is en dat de toestand dus kan veranderen. Zo worden er volgens mij meer waarborgen geboden. De betrouwbare wil zal dan bij elke rechtshandeling afzonderlijk moeten beoordeeld. Als je bepaalt dat de gezondheidstoestand de wilsvorming beïnvloedt dan is dit vandaag en ook morgen nog.

Er zou een gelijkaardig document als de omstandige medische verklaring kunnen worden gebruikt zodat er meer zekerheid is over de mogelijkheid om een betrouwbare wil te uiten.

Ja, want wie zijn wij om iemand zijn vrije wil te beoordelen. Wij zijn ermee begonnen er bestaat geen definitie van, maar de doorslaggevende factor is de gezondheidstoestand. We kunnen uit een gesprek wel afleiden of iemand geen vrije wil heeft, doordat de persoon bv. naast de kwestie antwoordt. Als iemand de vraag niet begrijpt kan je niet spreken van een vrije wilsuiting.

In het IVRPH wordt er dan juist afgestapt van de beoordeling van de gezondheidstoestand, maar dit maakt het inderdaad in de praktijk wel moeilijk om de beoordeling te gaan maken.

Ja, je zou dan à la minute per rechtshandeling de betrouwbare wil moeten gaan beoordelen.

In principe wel, want er moet met elke wilsuiting rekening worden gehouden hoe miniem die ook is.

Wat is een wilsuiting? Als je bv. totaal geen besef hebt van uw financiële toestand en je stapt een garage binnen en je zegt ik wil deze auto kopen, dan is er ook sprake van een wilsuiting.

Het principe is dan dat als er iemand van de omgeving is die wel kennis heeft van de situatie, dat zij de beoordeling maken dat de wil niet betrouwbaar is uit alle feiten. Het is natuurlijk voor de verkoper niet mogelijk om de beoordeling te gaan doen. Daar is er dan een belangrijke plaats voor de verklaring van voorkeur, de verkopers kunnen dit document ook raadplegen omdat ze zich daarop kunnen baseren of er sprake is van een betrouwbare wil.

Het is eigenlijk een omgekeerde gedachtegang dan dat we nu gewoon zijn. Dat is altijd moeilijk.

Heeft u nog iets toe te voegen?

Nee, niet echt.

Heel erg bedankt voor uw medewerking, de transcriptie zal nog worden doorgestuurd zodat u deze kan bekijken en uw goedkeuring geven.

Bijlage 4: Transcriptie interview 3

Goed dan gaan we nu over naar de vragen, eerst heb ik een aantal vragen over het mensenrechtelijk kader.

Is volgens u het begrip "wilsbekwaamheid" een goede maatstaf om te bepalen of een beschermingsmaatregel moet worden genomen?

Ik denk dat wel, want als mensen niet meer in staat zijn om een doordachte en onderbouwde toestemming te geven dan zijn ze niet meer in staat om zelf beslissingen te nemen over hun persoonlijk leven. Dat is iets dat altijd gaat moeten worden afgetoetst in de praktijk. Als je het zelf niet meer kan door één of andere medische reden of medische oorzaak, dan moet er iets ingesteld worden om te zien of er een bescherming nodig is. Dit hangt af van persoon tot persoon, het wordt altijd in concreto afgetoetst er is geen sprake van een algemene regel.

Zou volgens u de vertegenwoordiger steeds beslissingen moeten maken op basis van wat in het belang is voor de beschermde persoon of moet volgens u de vertegenwoordiger uitsluitend rekening houden met de wil, voorkeuren en rechten van de persoon?

Ik denk wel dat het belang van de persoon centraal staat. Mensen kunnen onder bescherming staan en hun wil wel uitdrukken, maar de vraag stelt zich dan: "Kunnen de mensen in die situatie hun eigen belang nog wel zien?". Ze kunnen een bepaalde visie hebben over iets, maar dat is natuurlijk niet altijd in hun belang. Dan vind ik wel dat dit iets is dat moet worden meegenomen in de beslissing. Op het huidige moment is dit ook zo volgens de wet, wij moeten alles aftoetsen aan het belang van de beschermde persoon en niet aan de belangen van de personen die de bescherming gevraagd hebben. Niet aan de familie, niet aan derden, maar wel aan de beschermde persoon zelf.

In het mensenrechtelijke kader wordt niet meer gekeken naar de wilscapaciteit. Dus bij elke geuite wil of geuite voorkeuren moet rekening mee worden gehouden maar er zal dan moeten worden gekeken welke uiting betrouwbaar is.

Daar sta ik volledig achter. Zelfs nu in het beschermingssysteem, zoals het ingericht wordt door de wetgever, in het kader van het bewind wordt uitgegaan van de belangen van de persoon. Daarnaast wordt ook rekening gehouden met de uitgedrukte wil van de personen als die compatibel is met het belang van de persoon. Het is niet dat die wil aan de kant wordt geschoven. Er is een wisselwerking tussen beiden. Ik heb er geen enkel probleem mee dat er rekening wordt gehouden met de wil, voor zover dat het mogelijk is. Iemand die bv. in coma ligt kan geen wil meer uiten. Iemand die in een vroeg stadium van dementie is, heeft vaak goede momenten en slechte momenten. Als die op een goed moment is, kan die nog een wil en bepaalde wensen uiten en daar wordt dan nog rekening mee gehouden. Alles hangt af natuurlijk van de concrete situatie, het concrete moment en ook de evolutie van de medische toestand van die persoon.

In het mensenrechtelijk kader wordt wel afgestapt van de medische beoordeling. Er worden naar nieuwe manieren gezocht om te beoordelen of de geuite wil betrouwbaar is. Een eerste benadering bestaat eruit om de geuite wil te koppelen aan het levensverhaal van de persoon. Wie was de persoon tot op het moment van wilsonbekwaamheid wat waren zijn keuzes. Het feit dat een wil geuit wordt is niet voldoende om te spreken van een geldige wil enkel wanneer dit past binnen zijn levensverhaal is dit geldig.

Wat is uw mening over deze benadering?

Ik vind dat natuurlijk iets heel moeilijks, nu is het natuurlijk zo dat onze beslissing om een beschermingsmaatregel in te stellen afhangt van een aantal factoren. De eerste factor is het medisch attest, dat levert ons heel nuttige informatie op over hoe een dokter de wilsbekwaamheid van iemand ziet. Dat betekent niet dat het attest decisief is. Wij hebben als rechter de mogelijkheid om, rekening houdend met andere factoren, af te wijken van de beslissing in het medisch attest. Maar goed als men zegt we gaan andere beoordelingscriteria zoeken, het blijft natuurlijk altijd wel een beoordeling. In welke zin

ook het blijft een beoordeling, dan stel ik mij de vraag wat gaan deze criteria zijn. Als u zegt het levensverhaal van die persoon op het moment dat die wel nog wilsbekwaam of handelingsbekwaam was, moet worden meegenomen daar ben ik mee akkoord, maar we moeten het ook in het ruime plaatje bezien. Bv. iemand leeft zijn leven en op het moment dat die nog wilsbekwaam is, uit die de wil om bepaalde schenkingen te doen. Op een gegeven moment wordt die wilsbekwaam en onder gerechtelijke bescherming gesteld. Dan komen de kinderen met de vraag om uit het vermogen van de mama of de papa schenkingen te gaan doen naar hun vermogen. In ieder geval schenkingen door beschermde personen zijn onderworpen aan een paar wettelijke voorwaarden. In het kader van de beoordeling daarvan kunnen wij inderdaad, als de bewindvoerder het vraagt namens de beschermde persoon, nu ook al rekening houden met de vraag of er stukken of bewijzen zijn waaruit blijkt dat die persoon, op het moment dat hij nog wilsbekwaam was, de wil heeft geuit om te schenken. Het zou natuurlijk kunnen dat die persoon op het moment van die wilsuiting nog heel bemiddeld was, terwijl dat die nu niet meer over de nodige middelen beschikt om nog veel Sinterklaas te gaan spelen. Dit moeten wij natuurlijk ook mee in overweging nemen. Dus ja, er kan rekening worden gehouden met wat er al gebeurd is op het moment dat de persoon nog wilsbekwaam was, als dit mogelijk is en dit de belangen van de beschermde persoon niet in het gedrang brengt. Dit is wel al iets dat op huidig moment mee in rekening wordt genomen.

Een tweede benadering is gelijkaardig aan de huidige beoordeling. De cognitieve vermogens van een persoon worden dan beoordeeld. Kan de persoon de informatie begrijpen en verwerken, kan de persoon de ernst en het belang inschatten van de beslissing, kan de persoon zijn wil uiten. Deze beoordeling is strikt gezien niet geldig in het IVRPH. Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze benadering wel geldig kan zijn als het gevolg van het beperkt vermogen ondersteuning is en niet het verlies van juridische bekwaamheid. Eigenlijk heeft u al gezegd dat u hier mee akkoord bent.

Wij gaan daar nu al rekening mee houden. Op huidig ogenblik is het zo dat in de praktijk van de meeste vrederechters, ik mag natuurlijk niet veralgemenen, maar het gros van de vrederechters gaat nu al een ruimer plaatje bekijken dan enkel het medisch attest en enkel het intrinsieke belang van de persoon. Dit is ook weer een beoordeling, dat is dus niet dat het iets zwart-wit is, het moet bekeken worden in het geheel. Men gaat nu ook al veel ruimer kijken dan die twee zaken op zich.

In het mensenrechtelijk kader bestaat de bescherming van de personen uit ondersteuning. De ondersteuning van personen kan verschillende vormen aannemen, zo kunnen personen optreden om de geuite wil te vertolken in een betrouwbare wil, bij gebrek aan een betrouwbare wil kunnen nog steeds beslissingen worden genomen in de plaats van de kwetsbare persoon, er kunnen ook verplichtingen worden opgelegd over hoe informatie beschikbaar moet worden gesteld zodat de informatie ook toegankelijk is voor kwetsbare personen (bv. niet enkel via tekst), het gebruik van alternatieve communicatiemiddelen kan ook worden verplicht (iemand die communiceert via de computer). Denkt u dat een systeem dat gebaseerd is op ondersteuning haalbaar is in België?

Ik denk dat dat een meerwaarde kan zijn, het grote probleem nu is dat wij als vrederechter niet zomaar verplichtingen kunnen opleggen aan derde partijen die niet betrokken zijn bij het bewind op zich. Er zijn wel bepaalde zaken wettelijk geregeld, zo krijgt een bewindvoerder die wordt aangesteld de volmacht op de rekeningen van de beschermde personen. Het zou nuttig kunnen zijn dat wij ook opdrachten kunnen geven aan bv. de banksector om voor een bepaalde beschermde persoon de mogelijkheid te voorzien om bepaalde gegevens telefonisch te kunnen opvragen. Het is iets dat banken vaak niet willen doen omwille van de privacy regels, ze weten niet wie er aan de andere kant van de telefoon hangt. Het grote probleem daar is, één de beveiliging. Twee de privacy regels, dit is ook niet zo evident omdat we zitten met de GDPR-wetgeving, die zeer streng is. Wij vallen ook onder die regels. We zitten als rechtbank ook nog met het beroepsgeheim. Het is een heel moeilijke oefening in welke mate je dan informatie zou kunnen doorgeven aan derden die niet betrokken zijn bij een dossier. Evident is dit niet. De diversificatie in de zin dat niet alles verplicht vertegenwoordiging moet zijn, maar dat er ook nog andere vormen van bescherming zijn zoals bijstand, is in het huidige recht ook al het geval. We moeten maatwerk leveren. Naargelang de situatie van de betrokken persoon kunnen wij gaan zeggen: "bij die persoon moet er een volledige vertegenwoordiging zijn, dan heeft die persoon geen beslissingsbevoegdheid meer." Er moet natuurlijk wel altijd overleg zijn met de persoon. We kunnen ook bepalen dat voor een persoon met een beperktere handelingsbekwaamheid in bijstand wordt voorzien. Dat wil dan niet zeggen dat die persoon geen beslissing meer kan nemen, maar er kan dan bv. worden bepaald dat voor

alles boven de 5.000 euro er een tweede handtekening of een mede-akkoord van de bewindvoerder moet zijn. Dat bestaat in het huidige recht ook. Wat daarbij moet worden gezegd is dat dit niet altijd gemakkelijk is. Een volledige vertegenwoordiging is klaar en duidelijk zowel voor de beschermde persoon als voor de bewindvoerder als voor de buitenwereld. Enkel de aangeduide personen hebben beslissingsmacht. Bij bijstand is dit veel moeilijker te beschrijven als vrederechter. Hoe omschrijf je een systeem van bijstand in een wereld die steeds juridischer wordt en waar va allerlei situaties zich kunnen voordoen. We moeten vaststellen dat als we een bijstandsregime in het leven roepen dat dit vaak toch aanleiding geeft tot praktische problemen. Er zijn altijd gevallen die niet duidelijk vallen onder de omschrijving van de beschikking. Het is niet zo omdat het moeilijk is dat we het niet doen, we leveren altijd maatwerk.

Dan ga ik nu enkele vragen stellen over het Belgische rechtskader. Eerst kort enkele vragen over de buitengerechtelijke bescherming.

In de zorgvolmacht wordt vaak iemand van de naaste omgeving aangeduid als lasthebber. Zou het volgens u positief zijn om voor de naaste omgeving (partner, meerderjarige kinderen, ouders en broers of zussen) een basis bevoegdheid om op te treden te creëren?

Er is al min of meer zo een systeem voorzien in het primaire huwelijksstelsel. Daar zijn er mogelijkheden waar de echtgenoot de bevoegdheid krijgt om zijn echtgenoot of echtgenote te gaan vertegenwoordigen. Dit staat los van de rechterlijke beschermingsmaatregel die uitgesproken wordt. Natuurlijk spreken we over de zorgvolmacht een instrument dat specifiek gemaakt is om mensen, zolang ze wilsbekwaam zijn, de mogelijkheid te geven om zelf de contouren te gaan bepalen van hun vertegenwoordiging op het moment dat ze niet meer wils- of handelingsbekwaam zouden zijn. Daar zit je eigenlijk in de contractuele sfeer. Mensen bepalen zelf, meestal bij de notaris, van zo willen wij het. We kunnen zeggen dat de wetgever in bepaalde minimum zaken kan voorzien, maar dan zitten we weer van bovenaf te reguleren. De zorgvolmacht is net een instrument dat toelaat om zelf zaken te gaan bepalen, zonder dat de overheid er zich mee gaat bemoeien. Dit is natuurlijk een spanningsveld, in mijn inzien is het ofwel het ene ofwel het andere. Als je dan mensen de vrijheid laat, laat ze dan ook de vrijheid, met die verstande dat er van overheidswege wel bepaalde garanties of bepaalde instrumenten wettelijk moeten kunnen worden voorzien om misbruiken of patsituaties in het kader van de zorgvolmachten te gaan corrigeren. Je kan als persoon een zorgvolmacht verleiden en zeggen zo wil ik het doen, maar niet iedereen kan de uiteindelijke werking ervan voldoende inschatten. Wij moeten nu ook al als vrederechter soms vaststellen dat wij sommige zorgvolmachten aan de kant moeten schuiven omdat ze niet goed *gelibelleerd* zijn, met als gevolg dat dan situaties kunnen ontstaan van patstelling of impasses waar mensen niet uitraken of dat er wordt vastgesteld dat die zorgvolmacht aanleiding kan geven voor misbruik. Dan is er natuurlijk wettelijk gezien de mogelijkheid ingebouwd, voor de vrederechters om in te grijpen. Als men zegt geef de partijen de mogelijkheid om het zelf uit te werken, dan vind ik dat dit iets is dat zou moeten kunnen, in het kader van de mensenrechten en het zelfbeschikkingsrecht. Ik sta achter het principe van de zorgvolmacht mits dat die goed uitgewerkt is en dat er bepaalde controle- en verantwoordingsinstrumenten voorzien zijn. De persoon die aangeduid wordt als lasthebber moet wel weten dat die op bepaalde momenten wel verantwoording zal moeten gaan afleggen. Je kan wel aan iemand een zo ruim mogelijke bevoegdheid gaan geven, maar ik denk dat niemand de bedoeling heeft om het voor de lasthebber mogelijk te maken om die bevoegdheid te gaan misbruiken. Dus ik vind dat je de wilsautonomie zoveel mogelijk moet laten spelen met correcties voor als het fout gaat.

De wet bepaalt dat er een aantal beginselen kunnen worden opgenomen in een verklaring van voorkeur. Kan dit niet worden uitgebreid zodat een persoon de bewindvoering vorm kan geven volgens zijn wil?

Ik denk op zich dat dit geen probleem vormt. Bij de verklaringen van voorkeur die wij onder ogen hebben gekregen, hebben de mensen altijd al goed nagedacht. Strikt genomen zijn er geen beperkingen als men zegt dat er meer zaken worden opgenomen dan een aantal beginselen. Er is geen beletsel van ons als vrederechter om deze zaken er toch bij te zetten. Ook hier moet weer de wilsautonomie spelen, de mensen moeten zelf kunnen bepalen wat ze willen opnemen. Volgens mij moet er op dit punt geen extra wetgevend initiatief worden genomen.

Leidt volgens u de bewindsclausule in een schenkingsakte of een testament niet tot een ongerechtvaardigde aantasting van de rechten van de beschermde persoon?

Dat is een heel goeie vraag, onlangs is er in een arrest van het Hof van Beroep een uitspraak geweest waarin werd bepaald dat een clausule waarin de goederen die toekomen aan minderjarige kinderen tot een bepaalde leeftijd worden vastgezet in een bewind ingaat tegen de openbare orde. Het kan dus eigenlijk niet. Het is nog maar heel recent dit arrest, maar mijn inzien is daar iets voor te zeggen voor nalatenschappen die finaal toekomen aan minderjarige kinderen. Bij beschermde personen zou men strikt genomen kunnen oordelen op een zelfde manier. Er is nog maar heel weinig over te vinden, het is een figuur waar heel veel discussie over is. Ik heb hier inderdaad wel bepaalde problemen mee. Deze mensen hebben recht op een nalatenschap, maar je maakt ze blij met een dode mus. Ze krijgen iets, maar er kan niks mee gebeuren want het wordt volledig beheerd door iemand anders. Het is de rechtspraak die dit dient uit te klaren, desgevallend na al dan niet een wetgevend optreden. Het heeft natuurlijk gevolgen want de goederen die men krijgt uit de schenking of uit een nalatenschap worden voor een stuk onbeschikbaar voor de beschermde persoon of voor de minderjarige. Bij minderjarigen is dit natuurlijk beperkt in de tijd. Bij beschermde personen krijg je een doelgebonden bewind, dat beperkt is tot een bepaald aspect. Er is hier ook een bijkomend probleem want er kan een samenloop zijn tussen een bewind van de rechtbank en van zo een clausule. Over de wisselwerking tussen de twee bestaat nog geen wetgeving. Hoe dat dan concreet in zijn werk zal gaan, is nog een grote vraag. De bewindsclausule is nog maar heel recentelijk aan de orde. Er zijn steeds meer discussies hierover en dat is niet gemakkelijk. Er is nog geen wettelijk kader, er is enkel een recent arrest van het Hof dat zegt dat het ongeldig is. Dus nu is het voor ons als vrederechter afwachten op de rechtspraak en rechtsleer of de wetgever tot zij een standpunt innemen.

Vindt u dat bij de uitvoering van de bewindvoerder de financiële belangen vaak voorrang krijgen op de persoonlijke wil en voorkeuren van de persoon?

Omdat je beperkt wordt in het uitvoeren van de schenkingen?

Ja maar er was ook een voorbeeld dat personen vaak op reis gingen en toen ze onder bewind kwamen te staan, werd het niet meer toegelaten dat ze nog vaak op reis gingen. Er werd dus niet voldoende rekening gehouden met hun wil.

Ik ben niet akkoord met de conclusie die hier naar voor geschoven wordt, dat de patrimoniale belangen zouden primeren op de voorkeur van de personen om veel op reis te gaan. Men moet natuurlijk ook rekening houden met het feit dat de bewindvoerder die aangesteld wordt niet alleen rekening moet houden met de belangen op korte termijn maar ook met de belangen op lange termijn. Het grote probleem is dat mensen die onder bewind komen te staan vaak nog niet een leeftijd hebben waarop ze hoogbejaard zijn. Er zijn ook mensen bij die heel jong zijn en dus nog een gans leven door moeten. De sommen die staan op de spaarrekening moeten natuurlijk wel volstaan om tot op het einde van hun dagen in hun onderhoud en hun noden te voorzien. Dan kan het best wel zijn dat die personen voordat ze hun onbekwaamheid hadden in een heel comfortabele financiële positie zaten en drie à vier keer per jaar op reis konden gaan, maar deze situatie verandert natuurlijk. Vaak komen deze mensen in een zorgsituatie terecht en dat betekent dat er ook veel kosten aan verbonden zijn. Dan moet de bewindvoerder natuurlijk, voorzichtig zijn met hoe het vermogen van deze persoon beheerd moet worden. De persoon kan dan nog altijd vier keer per jaar op reis willen gaan, maar als deze wil zou worden gevolgd dan kan het natuurlijk wel zijn dat het spaargeld snel op kan raken. Ik ben niet akkoord met de uitspraak dat het primeert, ik vind dat je het ook weer globaal gaat moeten belijken, de ene zaak is de andere niet. Wat er wel is, is dat schenkingen doen in de naam van de beschermde persoon niet zo evident is. Er zijn twee mogelijkheden. De bewindvoerder kan bij vertegenwoordiging bepaalde schenkingen doen, maar dan moet er al bewezen worden dat die mensen ten tijde van hun wilsbekwaamheid altijd de bedoeling hadden om deze schenkingen te gaan doen. Dat is geen evidentie om dit aan te tonen. De schenkingen mogen ook niet tot gevolg hebben dat ze zelf behoeftig worden. Er zijn mensen die zeggen we gaan alles wegschenken maar dat gaat niet. Een andere mogelijkheid is art. 905 oud BW, bij de nieuwe wetswijziging is deze nummering veranderd. Daar is de mogelijkheid dat de beschermde persoon, ondanks dat die onder bescherming staat, toch aan de vrederechter kan vragen of die een schenking zou mogen doen. De persoon moet dit zelf aanvragen, dit kan niet door de bewindvoerder. Er moet dan ook een medisch attest zijn

waaruit blijkt dat de persoon doorheeft wat hij gaat doen en dat hij voor dat deel toch een bepaalde wilsbekwaamheid heeft. Dat is natuurlijk niet decisief. Wij toetsen dit ook nog af, weet de persoon wat het is en weet die wat de gevolgen zijn. Dit natuurlijk wel op een begrijpbare manier. De schenkingen worden natuurlijk wel bemoeilijkt, daar kunnen dus wel patrimoniale belangrijker zijn dan de uitgedrukte wil van de beschermde personen. Als iemand met een beperkt vermogen aan ons vraagt om alles te schenken aan een nichtje, gaan wij als vrederechter ook het ruimere plaatje bekijken. Als dat zou betekenen dat je in je eigen vel snijdt dan primeren de patrimoniale bealngen inderdaad.

Voorgestelde oplossing

Als basis voor de oplossing gelden de principes die uit het IVRPH worden gehaald. Personen behouden in principe hun juridische bekwaamheid, de ondersteuning dient te gebeuren volgens de betrouwbare wil en voorkeuren van de beschermde persoon. De betrouwbaarheid van de wil zal altijd moeten worden nagegaan.

Om hieraan te voldoen wordt er een bepaling gecreëerd die aan de naaste omgeving de bevoegdheid krijgt om op te treden als ondersteuner, zij kunnen dan de betrouwbare wil vertalen en op deze manier ervoor zorgen dat de kwetsbare persoon handelingen kan stellen. Hieronder valt ook dat ze handelingen kunnen stellen als de betrouwbare wil van de beschermde persoon gekend is. Met naaste omgeving worden de partner, de meerderjarige kinderen, de ouders en de broers of zussen bedoelt, het is een hiërarchische volgorde. Zij kennen de persoon goed, zo kunnen ze beter nagaan wat de persoon wil, en zo tot een betrouwbare wil komen. Volgens het IVRPH is het mogelijk voor een derde persoon om in de plaats van een persoon handelingen te stellen zolang dit is gebaseerd op de betrouwbare wil.

Bedoelen ze dan dit ook kan zonder rechterlijke tussenkomst?

Ja dit kan ook zonder rechterlijke tussenkomst. Dus als er een betrouwbare wil vaststaat dan kan een beslissing worden gemaakt op basis van die wil.

Zonder zorgvolmacht?

Ja inderdaad.

Dat vind ik gevaarlijk. Dan zijn er geen limieten aan gesteld, er is geen controle mechanismen.

In dit systeem is er ook wel een controlemechanisme, het huidige systeem bestaat uit een proactieve controle.

Ja ofwel is het zorgvolmacht proactief ofwel is het nadien gerechtelijke bescherming door de rechtbank.

In de voorgestelde oplossing bestaat het controle mechanisme uit het nagaan door een onafhankelijke instantie of een beslissing werd gemaakt op basis van een manipulatie.

Een post-factum check en geen proactieve controle? Dus er wordt vanuit gegaan dat de vertegenwoordiging correct gebeurd en het is pas nadien als er problemen ontstaan, dat men retroactief kan ingrijpen en de zaken kan ongedaan maken.

Ja

Het gaat hier om een informele ondersteuning die subsidiair is aan de formele ondersteuning. De zorgvolmacht blijft ook behouden, als formele vertegenwoordiging krijgt ze voorrang op de informele vertegenwoordiging. De basisprincipes van de zorgvolmacht in het huidige recht worden behouden. In principe blijft de lasthebber gebonden door de wil en de voorkeuren van de persoon maar, de lastgever kan hier ook van afstappen en bepalen dat de lasthebber ook handelingen mag stellen die in het belang zijn van de persoon.

De verklaring van voorkeur maakt het voor de beschermde persoon mogelijk om zijn leven verder te regelen nadat hij zijn wil niet meer betrouwbaar kan uitdrukken. Zoals eerder gezegd volstaat het dat de betrouwbare wil van een persoon gekend is om handelingen te stellen in de naam van een persoon. De verklaring maakt het mogelijk dat deze wil kenbaar wordt gemaakt. Het wordt mogelijk

dat iemand zijn wil en voorkeuren over wat er met zijn vermogen en zijn persoon moet gebeuren volledig kan gaan uitschrijven. De ondersteuner en de vertegenwoordiger kunnen zich bij het uitvoeren van hun opdracht dan baseren op de verklaring zodat er zekerheid bestaat over de wil van de persoon.

Eigenlijk is dat op dit moment ook al zo.

Ja dit wordt uitgebreid zodat dit niet enkel geldt voor de bewindvoerder, maar bv ook gebruikt kan worden als richtlijn bij de ondersteuning.

Wanneer de geuite wil van een persoon niet voldoende betrouwbaar is dan moet het mogelijk blijven om in de plaats van de beschermde persoon een beslissing te nemen. Ook hier is het belangrijk dat de personen proberen een keuze te maken op basis van wat de beschermde persoon zou hebben gekozen. In eerste instantie gebeurt deze vertegenwoordiging ook door de naaste omgeving via de figuur van de zaakwaarneming. In het geval dat de beschermde persoon niemand meer heeft in zijn naaste omgeving of indien deze personen de vertegenwoordiging niet aanvaarden, moet het voor de vrederechter mogelijk blijven om een vertegenwoordiger aan te duiden. Ook de vertegenwoordiger die wordt aangeduid door de vrederechter moet trachten de wil van de persoon te achterhalen.

Volgens mij volgt het huidige systeem deze principes al redelijk goed. Ik heb wel problemen met het feit dat men enkel zou opteren voor een retroactieve correctiemogelijkheid. Wij zien heel vaak in bewinden dat als men achteraf komt de goederen al verdwenen zijn. Er zijn voorbeelden waar mensen bv. een bankvolmacht geven aan iemand, wanneer ze problemen beginnen te ondervinden. We stellen dan heel vaak vast dat er daar van alles mee gebeurt en finaal komt dit bij de vrederechter en moeten we een gerechtelijke bescherming gaan instellen. Maar het kalf is verdronken, het geld is weg.

Als we dan zouden gaan naar een systeem met enkel retroactieve correctiemogelijkheden, dan zullen we drama's meemaken. Als de centen weg zijn dan kan je wel een vonnis krijgen, maar er is niks om het op uit te voeren. Uiteindelijk is de beschermde persoon zelf dan de dupe want het geld is weg. Er is dan ook geen geld meer om in het eigen onderhoud te kunnen voorzien, maar als al het geld is weggemaakt dan vallen al deze mensen ook terug op de sociale zekerheid. Op termijn is dit natuurlijk niet houdbaar. Dus ik heb wel problemen met het systeem waar men enkel retroactief kan ingrijpen.

Als men in het systeem enkel gaat uitgaan van de betrouwbare wil van de betrokken persoon en die geeft volledige carte blanche aan zijn entourage, al dan niet op basis van een verklaring van voorkeur waar een aantal principes in worden vastgelegd, dan zal er vaak moeten worden overgegaan tot een procedure als er achteraf pas gesanctioneerd wordt. Bv. om zaken nietig te laten verklaren, om bepaalde schadevergoedingen te krijgen. Dit veelvuldig procederen kost veel geld. We moeten ook vaststellen dat niet iedereen die onder bewind staat kapitaal krachtig is. We zitten met de ganse *range* van de maatschappij die onder bewind kan komen. Dat is ook iets dat ze niet uit het oog mogen verliezen, want de principes zijn allemaal heel mooi, maar in de praktijk is dit allemaal anders. In de praktijk is niet alles volgens de boekjes of mooi binnen de lijntjes. Er is ook een audit geweest van de vrederechters.

Er is een paar jaar geleden een audit geweest over het bewind en de vrederechters, dus hoe dat de vrederechters de regels van het bewind toepassen. Een aantal jaren geleden hadden we een eerste audit. Het was een doorlichting van alle vrederechters in België over hoe dat men omging met die bewind dossiers. Aan de hand daarvan zijn dan bepaalde conclusies getrokken en zijn er bepaalde voorstellen voor verbetering gedaan. Ze hebben die oefening vorig jaar nog is herhaald om te zien hoe ver dat we stonden na de vorige audit. Daaruit is gebleken dat de vrederechters strenger moeten toezien op de controle binnen de bescherming. Vroeger is het heel lang geweest dat men ervanuit ging, ook binnen de wetgeving, van de familiale bewindvoering met veel werkingsruimte voor die bewindvoerders, waar de controle beperkt was. We moesten wel verslagen krijgen, maar er waren veel mogelijkheden om dit te beperken. Het is gebleken dat er geregeld misbruik gemaakt werd van het bewind. De persoon die de beschermde persoon moest vertegenwoordigen zou dan aan de pot hebben gezeten of verschillende zaken hebben verduisterd. Men heeft toen gezegd: "Vrederechters jullie moeten beter toezien. Er moet een striktere toepassing komen van de wettelijke bepalingen en jullie moeten dit beter bekijken." Er werd wel vastgehouden aan het familiale bewind als voorkeur, maar ook binnen de familie gaat men te snel uit dat alles in orde zou zijn. Dat is een heel mooi

principe maar de realiteit toont aan dat dit niet altijd het geval is. Dat is jammer, maar zolang er mensen zijn zal er hier en daar misbruik van gemaakt worden. In dat opzicht is de proactieve houding van de rechtbanken en van de notarissen, in het kader van zorgvolmachten, nog altijd onontbeerlijk. Ik denk dat zowel op de piste van het proactieve als op de piste van het retroactieve gewerkt moet worden. Liefst nog proactief boven retroactief, want als je retroactief moet gaan werken is het half vaak verdrongen. Er zijn ook zaken die zichzelf corrigeren, als je tegen de mensen zegt dat ze iets verkeerd hebben gedaan en dat het geld moet terugkeren. Vaak slagen we er zo in om het in orde te brengen zonder dat er geprocedeerd moet worden, maar dat is niet altijd zo en dan kunnen er drama's gebeuren. Dat vind ik heel sneu want die mensen zijn net beschermde personen. Ze kunnen niet opkomen voor zichzelf door hun toestand. Dan denk ik dat het de taak is van zowel de wetgevende, de uitvoerende als de rechterlijke macht om voor die personen de nodige bescherming in te bouwen zowel proactief als retroactief. Mijn inzien als in de praktijk staande lijkt de proactieve aanpak onontbeerlijk te zijn. Beter voorkomen dan genezen.

Dus om even samen te vatten volgens u is de visie uit het VN-verdrag ...

Dat is heel idealistisch, als je de werking in de dagdagelijkse praktijk ziet dat vind ik dit een klein beetje naïef. Wij zien natuurlijk de andere kant. Ik vind het systeem van de zorgvolmachten een absoluut nuttig instrument, ik ben er overtuigd van dat dit op zich goed is. De zorgvolmacht moet wel goed in elkaar zitten, als er nagedacht wordt over de mogelijke problemen die zich in dat systeem kunnen stellen en dat er ook verantwoordings- en controlemechanismen worden ingebouwd, dan vind ik dat een top systeem. Heel veel mensen hebben een zorgvolmacht, maar we stellen in de praktijk vaak vast dat ze bv. hun drie kinderen te samen bevoegd stellen. Dat is op zich mooi om het evenwicht te houden, maar gaat slechts zolang de drie kinderen dezelfde visie hebben. Als er één zegt ik heb een andere visie dan jullie twee dan ontstaan er problemen. In sommige zorgvolmachten is er een mechanisme voorzien dat zegt wat er dan moet gebeuren. Dat is echter niet altijd zo en dat is om problemen vragen. Daar staat men niet altijd bij stil, terwijl dat in het kader van een rechterlijke bescherming dit heel gemakkelijk kan opgelost worden. In de huidige situatie kunnen bij het bewind enkel de ouders beide als bewindvoerder van de goederen en de persoon aangesteld worden. Anders is het één iemand voor de persoon en één iemand voor de goederen. We kunnen niet de drie broers samen aanstellen voor de bewindvoering over de persoon. Wij hebben de mogelijkheid als er belangentegenstellingen zich voordoen, het te laten voorleggen aan ons en een oplossing te bieden. Bij de zorgvolmachten als het niet voorzien is, dan zit je met problemen. Dan is de enige oplossing het als nog laten voorleggen aan de vrederechter. Men moet dus goed nadenken over de concrete omschrijving in de zorgvolmacht, dat is essentieel.

Zou het volgens u dan in de wet kunnen worden ingeschreven dat in de zorgvolmacht een vorm van controle moet worden ingeschreven?

Dat zou een mogelijkheid zijn, maar dan zit je weer met de situatie dat je de wilsautonomie van de partijen van bovenaf gaat beperken. Dan zit je op een spanningsveld met de burgerrechten die door de internationale verdragen eigenlijk worden gevrijwaard. Het recht op eerbiediging van privéleven, de wil die zoveel mogelijk moet worden gevrijwaard. De overheid is een regulerend systeem. Het uitgangspunt moet de wilsautonomie zijn en de overheid zou strikt genomen er moeten zijn om bepaalde excessen en onrechtvaardigheden te gaan corrigeren. Het blijft een moeilijke oefening.

Heeft u nog iets toe te voegen?

Nee niet echt.

Heel erg bedankt voor uw medewerking, de transcriptie zal nog worden doorgestuurd zodat u deze kan nakijken en uw goedkeuring geven.

Bijlage 5: Transcriptie interview 4

Dan gaan we nu over naar de vragen, dan ga ik beginnen met vragen over het mensenrechtelijk kader. Is volgens u het begrip "wilsbekwaamheid" een goede maatstaf om te gaan bepalen of er voor een persoon een beschermingsmaatregel zou moeten worden genomen?

Ik denk dat voor de meesten dat uiteraard het belangrijkste is. Wilsbekwaamheid kan alleen geestelijk zijn, daarnaast kunnen ook fysieke beperkingen er invloed op hebben. Dus ik denk dat voor de meeste de wilsbekwaamheid voor de meesten wel de maatstaf is, maar dat je je niet uitsluitend mag beperken tot wilsbekwaamheid. Er kunnen ook fysieke beperkingen zijn die maken dat iemand moeilijk of eventueel niet zijn wil kan uiten.

Zou volgens u de vertegenwoordiger steeds beslissingen moeten maken op basis van wat in het belang is voor de beschermde persoon of moet volgens u de vertegenwoordiger uitsluitend rekening houden met de wil, voorkeuren en rechten van de persoon?

Is het niet zo dat bij elke beslissing die wij nemen voor ons zelf, dat elke maal gaan aftoetsen met het belang wat we zelf willen bereiken in deze omstandigheden. Dus ik denk dat je niet er kunt vanuit gaan dat een vertegenwoordiger volledig de wil kan kennen van de persoon die hij vertegenwoordigt, maar dat hij heel de tijd, zoals een volmachtdrager, dat hij voor rekening en in de naam de persoon optreedt en ook het belang behartigt van de persoon die hij vertegenwoordigt. Ik denk dat dat ergens de drijfveer, de motivatie moet zijn van de vertegenwoordiger.

In het mensenrechtelijke kader wordt niet de capaciteit om een wil te uiten beoordeeld dus de wilsbekwaamheid maar de betrouwbaarheid van de wil en voorkeuren. Dus elke geuite wil of geuite voorkeuren moeten worden beoordeeld ook uitingen die voorafgaand werden gedaan kunnen voldoende zijn om te besluiten dat een beslissing geldig is. Dit moet volgens het mensenrechtelijk kader anders worden beoordeeld dan de wilsbekwaamheid.

Een eerste benadering bestaat eruit om de geuite wil te koppelen aan het levensverhaal van de persoon. Het feit dat een wil geuit wordt is niet voldoende om te spreken van een geldige wil enkel wanneer dit past binnen zijn levensverhaal is dit geldig.

Hoe kijkt u naar deze benadering?

Zolang die persoon wilsbekwaam is, zal hij zijn wil kunnen uiten over wat hij op dat moment wilt. Daar moet je uiteraard rekening mee houden, want hier vertegenwoordig je. Zoals ik zei er kunnen nog na het moment dat je wilsonbekwaam wordt nog momenten zijn die je niet had kunnen beoordelen. Dan heeft de beschermde persoon er nog geen standpunt over kunnen innemen en heeft hij zijn wil nog niet kunnen uiten omdat hij gewoon niet weet wat de omstandigheden zullen zijn. Kijk naar hetgeen we recent hebben meegemaakt met corona, dat is iets wat niemand had voorzien en die ons ook eigenlijk allemaal in ons dagdagelijks functioneren en handelen heeft doen aanpassen aan gewijzigde omstandigheden. Ik denk dat je je niet uitsluitend moogt beperken tot het moment waarop je wilsonbekwaam wordt omdat er nog gewijzigde omstandigheden kunnen optreden waar men ook het belang gaat moeten behartigen en niet uitsluitend als kader hebben de wil die geuit is tijdens de momenten van zijn leven dat men wilsbekwaam was.

Een tweede benadering bestaat uit de beoordeling van de cognitieve vermogens van een persoon. Kan de persoon de informatie begrijpen en verwerken, kan de persoon de ernst en het belang inschatten van de beslissing, kan de persoon zijn wil uiten. Deze test is vergelijkbaar met de beoordeling van de wilsbekwaamheid. Deze beoordeling is strikt gezien niet geldig in het IVRPH. Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze benadering wel geldig kan zijn als het gevolg van het beperkt vermogen ondersteuning is en niet het verlies van juridische bekwaamheid.

Hoe kijkt u naar die benadering?

Kan je dat beoordelen als practicus? Eigenlijk ga je het dan afleiden uit het gesprek met de persoon en dan ga je dan nagaan of dat die persoon voldoende cognitief vermogen heeft om te begrijpen wat er moet gebeuren en wat zijn wil is. Ik denk dat je een mix nodig hebt van beiden. Oordelen over wat het cognitief vermogen is van de persoon: "is zijn wilsuiting nog zin: ja of nee?, begrijpt hij het nog of is het onzin". Daarnaast ook het oordeel over de onbekwaamheid zelf om zijn wil te uiten. Ik denk dat de basis van alles toch het cognitieve is: begrijpt de persoon het nog, kan hij zijn wil uiten, kan hij nog zinvol een keuze voor zichzelf maken.

In het mensenrechtelijk kader bestaat de bescherming van de personen uit ondersteuning. De ondersteuning van personen kan verschillende vormen aannemen, zo kunnen personen optreden om de geuite wil te vertolken in een betrouwbare wil, bij gebrek aan een betrouwbare wil kunnen nog steeds beslissingen worden genomen in de plaats van de kwetsbare persoon, er kunnen ook verplichtingen worden opgelegd over hoe informatie beschikbaar moet worden gesteld zodat de informatie ook toegankelijk is voor kwetsbare personen, het gebruik van alternatieve communicatiemiddelen kan ook worden verplicht. Denkt u dat een systeem dat gebaseerd is op ondersteuning haalbaar is in België?

Ik denk dat het een goed iets zou zijn en dat het baanbrekend zou zijn, mochten bepaalde sectoren daartoe verplicht worden. Ik denk dat niet alleen het geschreven, maar ook dat het audiovisuele een heel belangrijk iets is. De informatie zou niet alleen geschreven ter beschikking moeten gesteld worden in deze tijd, maar ook audiovisueel voor al die mensen. Je wordt geconfronteerd, ook in mijn praktijk, vorige week heb ik het nog gehad met mensen die anno 2023 analfabeet zijn.

Voor hen kan het inderdaad dan ook belangrijk zijn dat ze de informatie op andere manieren ter beschikking krijgen.

Dus dat ze niet diezelfde informatie kunnen krijgen in een andere vorm, de vraag is natuurlijk, iemand die analfabeet is slaagt die erin om de hedendaagse technologie te gebruiken om de informatie die door de bank ter beschikking wordt gesteld op de website te gaan beluisteren. Een analfabeet gaat waarschijnlijk ook niet op de website van de bank geraken. Ik denk wel niet dat het slecht is dat voor bepaalde sectoren het kan verplicht worden om de communicatie als een podcast als het ware ter beschikking te stellen, zo kan men de informatie gesproken krijgen. Het moet natuurlijk ook mogelijk zijn dat mensen met beperkingen ook andere vormen van communicatie kunnen gebruiken. Ik heb in mijn praktijk ook gezien dat mensen communiceren via een computer en op die manier er in slagen om te communiceren met andere mensen. Ik heb zelfs ooit iemand gezien die met zijn kin via een soort stokje zijn computer bediende en zo via een chat zijn wil kon uiten, maar waar voor de rest heel zijn lichaam van verlamd was. Ik denk dat dit moet kunnen, iedereen heeft het recht om zijn wil te uiten als hij dat op een of andere manier kan uiten, bv. via een computersysteem of geschreven, dan is dat nog altijd een wil die moet worden geaccepteerd denk ik.

Dan ga ik nu over naar een aantal vragen over het Belgische rechtskader. Eerst heb ik enkel vragen over de buitengerechtelijke bescherming.

In de zorgvolmacht wordt vaak iemand van de naaste omgeving aangeduid als lasthebber. Zou het volgens u positief zijn om voor de naaste omgeving (partner, meerderjarige kinderen, ouders en broers of zussen) een basis bevoegdheid om op te treden te creëren?

Wat bedoel je met basisopdrachten die ze kunnen uitoefenen?

Er zou dan een bepaald takenpakket worden ingeschreven op basis waarvan de naaste omgeving handelingen kan stellen in het geval dat er nog geen zorgvolmacht werd opgesteld. Denkt u dat dit te vergaand zou zijn?

Ik denk dat dat te vergaand is. De buitengerechtigde volmacht is op dit ogenblik een zeer populaire akte. Het is een zeer goede wetgeving. Burgers maken er gebruik van, meer en meer mensen beginnen het nut ervan in te zien, dat is ook een gevolg van de medische vooruitgang en dat we ouder worden. Mensen kunnen voortaan vastleggen, individueel, wat zij willen, wie hun vertegenwoordigd en ook de bevoegdheden die de persoon kan hebben. Er worden beslissingsbevoegdheden gedelegeerd en ik ben geen voorstander van het feit dat je automatisch kunt optreden namens iemand en dat de wetgever mag veronderstellen dat naasten uit de omgeving dat correct zullen doen. Ik denk dat de autonomie van de burger zelf, individueel, moet beslissen of die zijn bevoegdheden delegeert. De burger zelf moet zijn vertrouwen uitspreken en niet dat de wetgever, zonder de persoon te kennen, de bevoegdheden mag toekennen aan zomaar eender wie, omdat ik denk dat mensen die misschien zelf niet instaat zijn om voor zichzelf beslissingen te gaan nemen dan de wettelijke bevoegdheid kunnen krijgen. Dit zou kunnen leiden tot een misbruik. Nu heeft men bij een buitengerechtigde volmacht de individuele verantwoordelijkheid bij de lastgever gelegd. Die persoon beslist voor zichzelf wanneer hij of zij niet meet instaat is om zijn vermogen te beheren en zijn wil te uiten. Men kan nu zelf beslissen aan wie men dat vertrouwen geeft. Het is een blindvertrouwen in de personen die ze aanduiden, maar ze dragen zelf ook de verantwoordelijkheid voor wie ze aanduiden. Dus ik ben niet onmiddellijk voorstander dat de wetgever zou gaan zeggen: "uw partner of uw kinderen mogen dat en dat allemaal gaan beslissen". Het stemt ook niet noodzakelijk overeen met de wil van de persoon, er zijn heel wat mensen die niet noodzakelijk aan al hun kinderen bevoegdheden toevertrouwen. Ze kunnen in onmin leven met hun kinderen of er heeft zich een incident voorgedaan. Personen kiezen zelf de bevoegdheden, ik weet niet hoe de wetgever er een lijn in zou trekken over welke bevoegdheden je sowieso zou hebben. Ik denk dat de autonomie van de persoon op dat punt zeer belangrijk is en dat de persoon zelf zou moeten kunnen beslissen over de persoon die hem vertegenwoordigd.

De wet bepaalt dat er een aantal beginselen kunnen worden opgenomen in een verklaring van voorkeur. Kan dit niet worden uitgebreid zodat een persoon de bewindvoering vorm kan geven volgens zijn wil?

Mensen die dat doen zijn vaak mensen die niemand hebben in hun omgeving die ze kunnen aanduiden in het kader van een buitengerechtelijke volmacht. Het moet mogelijk zijn dat ze een aantal richtlijnen meegeven over wat zij wensen op het ogenblik dat ze het zelf niet meer kunnen en de vrederechter een bewindvoerder zou aanduiden, wat die persoon voor hem moet kunnen doen. Nu is het vooral de rechter die bepaalt wat die bewindvoerder mag of niet mag. Als het naar de behoefte is van de burger om dat vast te leggen dan denk ik dat die autonomie moet kunnen. Er zijn ook mensen die als koppel alleen elkaar aanduiden. Als nadien als ze beiden onbekwaam zijn en er moet een bewindvoerder worden aangeduid, dan zal de vrederechter moeten beslissen. Het is vooral in die omstandigheden, sinds de buitengerechtelijke volmacht wordt de verklaring veel minder gebruikt.

Vindt u dat bij de uitvoering van het bewind de financiële belangen vaak voorrang krijgen op de persoonlijke wil en voorkeuren van de persoon?

Wat bedoelt u met de financiële belangen?

Dat bij de uitvoering van het bewind over het vermogen het financiële aspect primeert boven wat de persoon wilt wat er met de goederen gebeurt.

Het is in de praktijk uiteraard van belang dat de bewindvoerder weet wat de persoon op dat vlak went, zeker als het advocaten zijn. In de praktijk moeten we dan inderdaad gaan vaststellen dat die mensen financieel innen wat ze moeten innen en betalen wat ze moeten betalen en daar beperkt het zich uiteraard toe. Ik denk dat als het iemand is uit de onmiddellijke levenssfeer van de persoon dat daar andere accenten inliggen. Het persoonlijk welzijn komt dan vaak meer centraal te staan dan wanneer dat door een professionele bewindvoerder gebeurt. Ik denk dat afhankelijk van wie de rol van bewindvoerder invult, het accent eerder of uitsluitend komt te liggen op het financiële bewind, terwijl wanneer het iemand is uit de persoonlijke leefomgeving deze persoon meer aandacht zal hebben voor het persoonlijk welzijn. Deze zal ook het financiële bewind doen maar die zal meer de persoon centraal stellen denk ik.

Voorgestelde oplossing

Als basis voor de oplossing gelden de principes die uit het IVRPH worden gehaald. Personen behouden in principe hun juridische bekwaamheid, de ondersteuning dient te gebeuren volgens de betrouwbare wil en voorkeuren van de beschermde persoon. De betrouwbaarheid van de wil zal altijd moeten worden nagegaan.

Om hieraan te voldoen wordt er een bepaling gecreëerd die aan de naaste omgeving de bevoegdheid krijgt om op te treden als ondersteuner, zij kunnen dan de betrouwbare wil vertalen en op deze manier ervoor zorgen dat de kwetsbare persoon handelingen kan stellen. Hieronder valt ook dat ze handelingen kunnen stellen als de betrouwbare wil van de beschermde persoon gekend is. Volgens het IVRPH is het mogelijk voor een derde persoon om in de plaats van een persoon handelingen te stellen zolang dit is gebaseerd op de betrouwbare wil. Ze worden gebonden door de betrouwbare wil en voorkeuren van de persoon. Met naaste omgeving worden de partner, de meerderjarige kinderen, de ouders en de broers of zussen bedoelt, het is een hiërarchische volgorde. Zij kennen de persoon goed, zo kunnen ze beter nagaan wat de persoon wil, en zo tot een betrouwbare wil komen. Het gaat hier om een informele ondersteuning die subsidiair is aan de formele ondersteuning. Bij het ontbreken van de betrouwbare wil kan aan hen ook de bevoegdheid worden gegeven om de persoon te vertegenwoordigen, zij kunnen het beste inschatten wat de persoon zou hebben gewild. Zij treden dan op als zaakwaarnemer.

De zorgvolmacht blijft ook behouden, als formele vertegenwoordiging krijgt ze voorrang op de informele vertegenwoordiging. De basisprincipes van de zorgvolmacht in het huidige recht worden behouden. In principe blijft de lasthebber gebonden door de wil en de voorkeuren van de persoon maar, de lastgever kan hier ook van afstappen en bepalen dat de lasthebber ook handelingen mag stellen die in het belang zijn van de persoon.

De verklaring van voorkeur maakt het voor de beschermde persoon mogelijk om zijn leven verder te regelen nadat hij zijn wil niet meer betrouwbaar kan uitdrukken. Zoals eerder gezegd volstaat het dat de betrouwbare wil van een persoon gekend is om handelingen te stellen in de naam van een persoon. De verklaring maakt het mogelijk dat deze wil kenbaar wordt gemaakt. Het wordt mogelijk dat iemand zijn wil en voorkeuren over wat er met zijn vermogen en zijn persoon moet gebeuren volledig kan gaan uitschrijven. De ondersteuner en de vertegenwoordiger kunnen zich bij het uitvoeren van hun opdracht dan baseren op de verklaring zodat er zekerheid bestaat over de wil van de persoon.

Wanneer de geuite wil van een persoon niet voldoende betrouwbaar is dan moet het mogelijk blijven om in de plaats van de beschermde persoon een beslissing te nemen. Ook hier is het belangrijk dat de personen proberen een keuze te maken op basis van wat de beschermde persoon zou hebben gekozen. In eerste instantie gebeurt deze vertegenwoordiging ook door de naaste omgeving via de figuur van de zaakwaarneming. In het geval dat de beschermde persoon niemand meer heeft in zijn naaste omgeving of indien deze personen de vertegenwoordiging niet aanvaarden, moet het voor de vrederechter mogelijk blijven om een vertegenwoordiger aan te duiden. Ook de vertegenwoordiger die wordt aangeduid door de vrederechter moet trachten de wil van de persoon te achterhalen.

Een laatste voorwaarde van het IVRPH bestaat eruit om te voorzien in een controlemechanisme dat het mogelijk maakt om te controleren of er een beïnvloeding was van de wil van de beschermde persoon. Het zal de vrederechter zijn die dit kan controleren. Hij dient na te gaan dat er geen beïnvloeding was op basis van de persoon door angst, agressie, bedreiging, bedrog of manipulatie.

Hoe kijkt u naar dit systeem?

Bij de bewindvoering moet de bewindvoerder jaarlijks rapporteren en moet die voor een aantal handelingen voorafgaand de toestemming krijgen van de vrederechter. Langs de andere kant bij de buitengerechtelijke bescherming leg ik altijd uit aan cliënten dat de vrederechter de bevoegde rechter blijft bij conflicten of discussie over hoe die volmacht moet worden uitgevoerd. Dat ze altijd weten dat de vrederechter kennis neemt van het dossier en gaat kennis nemen wanneer er klachten zijn. De praktijk leert mij dat er toch op regelmatige tijdstippen, zeker over buitengerechtelijke volmachten ontstaan, discussies ontstaan. Vaak zijn deze discussies niet terecht. Het is goed dat de rechter de bevoegdheid heeft om te kunnen blijven optreden, ik denk dat er in ieder geval in elke vorm van vertegenwoordiging men de toegang moet blijven behouden tot een magistraat. Zo kan er worden ingegrepen wanneer er sprake is van een niet correcte uitvoering of een misbruik van vertrouwen voor iets dat niet uitgesproken is. Of het nu een bewind is of een buitengerechtelijke volmacht het is een absolute noodzaak dat de vrederechter er een belangrijke rol in moet blijven spelen. In beide systemen is dit vandaag ingebouwd, vanuit mijn praktijkervaring zeg ik dat dit toch goed werkt eigenlijk. Magistraten voelen toch wel zeer goed aan wanneer ze moeten ingrijpen, ze weten wel maar wat ze weten en wat hen verteld wordt. Bij de buitengerechtelijke volmachten is er geen jaarlijkse rapportering van de zorgvolmachtdrager naar de desbetreffende magistraat, wat bij het bewind wel is. Het is om die reden dat men meer kiest voor de buitengerechtelijke volmacht en niet voor het bewind omdat de bewegingsvrijheid te beperkt is in een bewindvoering. Heel wat mensen opteren voor de zorgvolmacht zodat hun naasten niet voor elke handeling een machtiging van de vrederechter moeten gaan vragen. De vrijheid die men heeft met een buitengerechtelijke volmacht is ook veel groter, men kan daar zelfs mee schenken. In het kader van de bewindvoering staat men schenken bijna niet toe. Dat instrument wordt ook gebruikt in het kader van vermogensplanning. Mensen die schrik hebben aan het einde van hun leven dat ze gaan tekortkomen, wanneer het duidelijk is dat het leven op het einde is kan men gaan plannen hoe dat men fiscaal voordelig het vermogen kan doorgeven naar de volgende generatie. Dit is mogelijk met de zorgvolmacht maar niet in de bewindvoering. Ik denk dat in het Belgische systeem dat we hebben, dat we de grote controle in de beide systemen goed functioneert, ik vind dat dit perfect functioneert. Ik merk ook dat de burgerlijke rechters toch al procedures krijgen waar één van de partijen zijn ongenoegen uit, waar de rechters de bevoegdheden nemen en ook kopieën vragen van die zorgvolmacht. Zo kunnen ze in de zittingen nagaan of de klacht al dan niet gefundeerd is en zowel in de ene als de andere richting beslissingen nemen. Ze kunnen ze het vertrouwen uitspreken tegen iemand die het wel degelijk correct doet, maar omgekeerd ook de persoon kunnen vervangen als die het niet correct doet en dan te vervangen door een bewindvoerder. Ik denk dat zoals het nu is uitgewerkt, met de instrumenten van de bewindvoering als de buitengerechtelijke bescherming en met de rechterlijke controle in de beide systemen. Dat dit perfect functioneert en perfect beantwoordt aan de behoeften. Ik vind dat de wet van 2013 tegemoet gekomen is aan de wens van veel mensen. Ik heb cijfers gezien, op een zeker moment, dat er in de eerste 9 maanden van vorig jaar 40.000 zorgvolmachten werden opgesteld in België. Het is iets dat zeer intensief wordt gebruikt, ik denk dat ik in mijn praktijk elke week drie

zorgvolmachten teken. Dat is de dag van vandaag ook een basisinstrument van vermogensplanning. Er zitten ook menselijke aspecten in. Dat is eigenlijk ook het voordeel van de zorgvolmacht, er zit ook een medische volmacht in als de cliënt dat wil, men kan er ook richtlijnen in geven voor als het niet meer gaat voer hoe ze willen verzorgd worden, waar ze willen verzorgd worden. In de bewindvoering heb je dit niet, het is eigenlijk puur het financiële en zakelijke. In de zorgvolmacht kun je ook andere elementen vatten, ook op het persoonlijke vlak. Het hoofdzakelijke blijft weliswaar het vermogensrechtelijke maar je kunt er ook bepalingen over het persoonsrechtelijke vlak in opnemen. Bij mij wordt er standaard een medische volmacht er in verwerkt als die mensen het wensen.

Denkt u dat in het huidige Belgische systeem de zaakwaarneming ook een plaats kan krijgen voor de bescherming van kwetsbare personen als er bv. nog geen zorgvolmacht werd opgesteld.

Persoonlijk denk ik wel dat als men dat zou invoeren, dan zou ik er voor pleiten om ook bij zaakwaarneming een rechterlijke controle in te lassen. Het zonder meer uitgaan van ik neem hier iemand zijn zaak waar, ja maar om misbruik te vermijden is dit nodig. Als je de zaakwaarneming plaatst naast de buitengerechtigde volmacht en de bewindvoering, dan heb je er twee waar de rechterlijke controle automatisch mogelijk is. Uiteraard bij zaakwaarneming zou dat ook kunnen maar ik zou er toch eerder voor pleiten dat er ook voor de zaakwaarnemer een soort van rapportering nodig is bij een magistraat, zodat er kan worden geoordeeld of de persoon dit wel correct doet. Voor mij moet het ook een tijdelijk iets zijn, het mag niet definitief zijn zodat je iemand jarenlang vertegenwoordigd onder het mom van zaakwaarneming. Je weet ook eigenlijk niet of dat de vertegenwoordigde persoon wel instemt met de persoon die dat doet. Voor mij is dat niet automatisch een optie waar ik zelf voor zou pleiten. Ik zou dat alleen maar voor iets doen dat acuut is op de korte termijn, maar niet voor de vertegenwoordiging van iemand die niet meer instaat is om zijn wil te uiten op de lange termijn.

In het VN-Verdrag is het principe dat personen ook al zijn ze niet wilsbekwaam zoveel mogelijk hun autonomie behouden, wat gepaard gaat met ondersteuning. Ziet u dat niet als een idealistisch beeld dat mensen dit altijd goed zullen doen?

Je moet een wereldideaal hebben, anders kunnen we niet functioneren denk ik he. Ik denk dat de basis moet blijven dat de wil van de persoon wordt vertegenwoordigd, dat moet de leidraad zijn. Dat zal niet altijd evident zijn, omdat je dat niet altijd kan verifiëren omdat de persoon dit niet geuit heeft. De wil van de persoon die je vertegenwoordigd moet nog altijd de basis blijven voor de vertegenwoordiging. Ik denk dat dat als basisprincipe juist is en dat dat het ideale is, maar soms zal je de wil niet kennen. Denk maar aan de professionele bewindvoerder die de persoon nooit gekend heeft en ook de wil niet kan verifiëren bij de persoon anders zou de beschermde persoon kunnen functioneren. Ik denk

dat je bij een buitengerechtelijke volmacht meer garanties hebt op dat punt dan bij een bewindvoering, tenzij je ook in het kader van de aanduiding van een bewindvoerder ook een aantal principes gaat stipuleren, waarin je dan zegt dat en dat wens ik wanneer ik dit niet meer zelf kan beslissen.

Het principe is ook dat bij een bewindvoering de bewindvoerder in eerste instantie toch zal moeten achterhalen wat de wil van de persoon geweest zou zijn en op basis daarvan zou hij moeten handelen.

In theorie klinkt dat mooi, maar of dat in de praktijk ook gebeurd is maar de vraag. Elk vrederecht gaat daar ook anders mee om. Lokaal heeft men er voor gekozen om te werken met een heel beperkte groep advocaten die bewindvoerder zijn. Het zijn mensen die weten hoe het functioneert en doordat ze veel opdrachten zo krijgen organiseren ze hun kantoor ook zo zodat ze dat kunnen. Ik denk dat we in de praktijk meer problemen hebben met advocaat-bewindvoerders die maar een zeldzame keer worden aangeduid als bewindvoerder en zo de procedure ook minder goed kennen. Ik denk dat dat minder goed functioneert als advocaat-bewindvoerders die misschien vijftig of honderd opdrachten hebben waar dat kantoor is georganiseerd rond professionele bewindvoeringen, die dus het heel goed weten en correct handelen op dat punt. Mijn ervaringen zoals ik het hier lokaal zie, in het kanton waar ik zelf onder val, zijn er voor Bree twee advocaten, voor Maaseik één of twee advocaten, voor Kinrooi één of twee advocaten en voor Bocholt één of twee advocaten. Hij heeft een team van advocaten aan wie hij zijn vertrouwen heeft geschonken, maar waar hij als vrederechter nauwlettend op toe kijkt. In het verleden heeft hij dit proberen doen met andere jongere advocaten, maar hij heeft ook op aangeven van de professionals, die signalen gaven dat er dingen misliepen, ingrepen en zijn er mensen vervangen of zelfs mensen uit hun ambt ontzet. Ik werk met veel verschillende vrederechters en ze kijken elk anders op deze specifieke problematiek, dus aanvankelijk van wie je krijgt als magistraat krijg je ook een andere houding. Er zijn vrederechters die er nog al vlotjes over heengaan. Ik zou er voor pleiten dat toch magistraten ook op dat punt hun verantwoordelijkheid nemen en zeer goed toekijken dat ook op dat vlak het allemaal heel correct verloopt en dat zij ook de nodige tijd nemen om de dossiers te bekijken. Afhankelijk van de persoon zelf van de magistraat kunnen ze over dezelfde materie verschillend functioneren. Er zit wat verschil omdat elke magistraat zijn persoonlijke accenten gaat leggen in hun rechtspraak en je zo over dezelfde materie verschillende uitkomsten kunt krijgen.

Hartelijk dank voor uw medewerking. Ik stuur u de transcriptie nog door zodat u ze kan nakijken en goedkeuren.

Bijlage 6: Transcriptie interview 5

Goed dan gaan we nu over naar de vragen, eerst heb ik een aantal vragen over het mensenrechtelijke kader.

Is volgens u het begrip "wilsbekwaamheid" een goede maatstaf om te bepalen of een beschermingsmaatregel moet worden genomen?

Er is geen wettelijke definitie van het begrip, eigenlijk wordt het begrip ingevuld door de rechtspraak. Ik zie dat er in de vragen een onderscheid wordt gemaakt met de betrouwbaarheid van de wil. Zoals wilsbekwaamheid nu omschreven is, is het feitelijk in de onmogelijkheid zijn om een vrije en een bewuste wil te vormen. Daar zit eigenlijk al voor een stuk de betrouwbaarheid van de wil in, we spreken nog altijd van wilsbekwaamheid en handelingsbekwaamheid. In principe vind ik wilsbekwaamheid een goede maatstaf als daar ook de beoordeling over de betrouwbaarheid van de wil inzit. Dat is nu juist iets dat in de praktijk ook gebeurt, dus hoe wij het invullen lijkt mij te voldoen aan een goede maatstaf.

Zou volgens u de vertegenwoordiger steeds beslissingen moeten maken op basis van wat in het belang is voor de beschermde persoon of moet volgens u de vertegenwoordiger uitsluitend rekening houden met de wil, voorkeuren en rechten van de persoon?

Mij valt heel duidelijk het onderscheid op tussen "of" en het zou eigenlijk "en" moeten zijn. Ten eerste is het belang van de beschermde persoon belangrijk en zover als mogelijk rekening houden met de wil voorkeuren en rechten van de persoon.

Volgens het VN-verdrag zou er uitsluitend rekening moeten worden gehouden met de wil en de voorkeuren van een persoon.

Dat lijkt mij zeer moeilijk te zijn, want wat is dat "uitsluitend rekening houden met de wil, de voorkeuren en de rechten van een persoon." Dat is een moment opname natuurlijk. De vraag is: "Kan die man of vrouw dat? Is die zijn wil betrouwbaar? Zijn de voorkeuren die de persoon had bij het opstellen van een zorgvolmacht nog wel aanwezig op het moment dat je een beslissing moet nemen?". Er zijn zoveel evoluties in een mensenleven, wat ervoor zorgt dat het heel moeilijk is. Je kruipt eigenlijk voor een stuk in de gedachten van iemand. Als iemand zijn wil niet of moeilijk kan uiten of er zijn fysieke of psychische problemen, dan is het heel moeilijk om in iemand zijn hoofd te gaan kruipen. Om dan expliciet te gaan zeggen om daar mee rekening te gaan houden, dat vind ik moeilijk. Er moet wel geprobeerd worden om met de wil van de persoon rekening te houden. Met zijn rechten moet uiteraard rekening worden gehouden, maar bij de wil en de voorkeuren hangt het er wel van af.

Onder de rechten valt onder het VN-verdrag ook bv. het recht om foute keuzes te maken, dus dat zijn wil om een keuze te maken die niet in zijn belang is ook moeten kunnen worden genomen.

Natuurlijk moeten we wel rekening houden met het feit dat we nog steeds bezig zijn met de bescherming van een persoon. Eigenlijk is het dan toch de bedoeling om een persoon ook te beschermen tegen juist de slechte keuzes. Dus als we dan stellen dat we dan enkel rekening houden met het feit dat de persoon het recht heeft om foute keuzes te maken en dit moeten gaan honoreren, dan vind ik dat wel problematisch.

Volgens het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap mag er geen beoordeling meer zijn van iemands medische toestand. Ieder persoon heeft een wil en er zal met elke geuite wil

rekening moeten worden gehouden. Het is dus niet meer de wilsbekwaamheid die wordt beoordeeld, maar wel de betrouwbaarheid van de wil. Er moet dus een nieuwe manier van beoordelen komen.

*Een eerste benadering bestaat eruit om de geuite wil te koppelen aan het levensverhaal van de persoon. Het feit dat een wil geuit wordt is niet voldoende om te spreken van een geldige wil enkel wanneer dit past binnen zijn levensverhaal is dit geldig. Er wordt dan gekeken of de geuite wil past binnen de lijnen van het leven van die persoon tot op dat punt.
Wat is uw mening over deze benadering?*

Wat is een levensverhaal?

Alle keuzes die een persoon heeft gemaakt in zijn leven tot op het moment dat hij zijn wil niet meer adequaat kan uitdrukken. Dus bijvoorbeeld iemand uit het gezin weet hoe een persoon kijkt naar bepaalde zaken en daardoor kunnen zij beter inschatten hoe de geuite wil dan past binnen dit levensverhaal.

Dat kan en er mag rekening mee gehouden worden, maar dat is heel moeilijk om te achterhalen als buitenstaander. Als familiale bewindvoerder kan je dat al eerder weten. Als professionele bewindvoerder is dat al veel moeilijker want dan moet je u gaan baseren op wat de omgeving vertelt. Dan nog mag je nooit uitsluiten dat het met een zekere objectiviteit moet bekeken worden. Wat iemand rondom de betrokken persoon vertelt, kan altijd enigszins individueel gekleurd zijn. Het is niet zo eenvoudig. Wat past binnen zijn levensverhaal dat is sowieso geen juridisch begrip. Het is een loutere feitelijk invullen en aanvoelen en dat is moeilijk. Hoe ga je dat in hemelsnaam kunnen motiveren, want als rechter moet je dingen objectief kunnen motiveren. Dus hoe ga je dat doen voor iemand zijn levenswandel, levensverhaal. Laat staan dat je iemand zijn toekomst moet voorspellen, wat hij voor de toekomst zou gedaan hebben. Mij lijkt dat heel moeilijk. Als je weet dat iemand er van hield om jaarlijks naar de bergen te gaan en hij heeft daar de financiële mogelijkheden toe en je weet dat dat voor die persoon heel belangrijk is om met zijn familie naar toe te gaan, dan lijkt het voor mij duidelijk dat je daar fondsen voor vrijmaakt. Maar om te zeggen dat je weet dat iemand ervan droomde om ooit in zijn leven een appartement te kopen in Mallorca en dat dan te gaan honoreren in de zin van het kadert in zijn levensverhaal? Ik vind het sowieso al geen juridisch begrip eigenlijk.

*Een tweede benadering bestaat uit de beoordeling van de cognitieve vermogens van een persoon. Kan de persoon de informatie begrijpen en verwerken, kan de persoon de ernst en het belang inschatten van de beslissing, kan de persoon zijn wil uiten. Deze test is vergelijkbaar met de beoordeling van de wilsbekwaamheid. Deze beoordeling is strikt gezien niet geldig in het IVRPH. Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze benadering wel geldig kan zijn als het gevolg van het beperkt vermogen ondersteuning is en niet het verlies van juridische bekwaamheid.
Wat is uw mening over deze benadering?*

In de praktijk lijkt me dat heel moeilijk. Dat is allemaal heel goed voor mensen die zich nog helder kunnen uiten, die nog over hun volle verstand beschikken of deels verward zijn, maar dat geldt niet voor alle mensen. Om dan te gaan zeggen het enige wat nog kan is ondersteuning, met een ondersteuning op zich zijn die mensen niks. Ondersteuning vereist nog steeds dat er voldoende cognitief vermogen bestaat.

Volgens het VN-verdrag blijft vertegenwoordiging nog wel steeds mogelijk voor de gevallen waar er geen betrouwbare wil kan worden afgeleid. Het principe bestaat er uit dat een verminderd cognitief vermogen niet rechtstreeks mag leiden tot een verlies van juridische bekwaamheid.

Dat bestaat nu ook, dan ga je niet naar het systeem van de vertegenwoordiging maar naar het systeem van de bijstand. Die mogelijkheden bestaan er nu ook.

In het mensenrechtelijk kader bestaat de bescherming van de personen uit ondersteuning. De ondersteuning van personen kan verschillende vormen aannemen. Personen kunnen optreden om de geuite wil te vertolken in een betrouwbare wil, bij gebrek aan een betrouwbare wil kunnen nog steeds beslissingen worden genomen in de plaats van de kwetsbare persoon. Er kunnen ook verplichtingen worden opgelegd over hoe informatie beschikbaar moet worden gesteld, zodat de

informatie ook toegankelijk is voor kwetsbare personen. Het gebruik van alternatieve communicatiemiddelen kan ook worden verplicht.

Denkt u dat een systeem dat gebaseerd is op ondersteuning haalbaar is in België?

Dat durf ik niet zeggen, dat gaat de toekomst uitwijzen. De mensen moeten natuurlijk zoveel mogelijk gevraagd en de mogelijk gesteld worden om hun wil te uiten natuurlijk. Hoe dat dat juist georganiseerd moet worden dat weet ik niet, dat zal de toekomst uitwijzen.

Dan gaan we nu over naar het deel van de vragen over het Belgische rechtskader.

In de zorgvolmacht wordt vaak iemand van de naaste omgeving aangeduid als lasthebber. Zou het volgens u positief zijn om voor de naaste omgeving (partner, meerderjarige kinderen, ouders en broers of zussen) een aantal basisbevoegdheden om op te treden te creëren?

Wat bedoelt u met basisbevoegdheden?

Het inschrijven in de wet van een aantal bevoegdheden voor de naaste omgeving op basis zodat ze ook kunnen optreden als er geen zorgvolmacht werd opgesteld.

Je zou dan eigenlijk zeggen naast de zorgvolmacht kunnen bepaalde mensen bepaalde dingen gaan doen. Bedoel je dat?

Ja, dus als er geen zorgvolmacht werd opgesteld, dan hebben toch bepaalde personen uit de naaste omgeving al de bevoegdheid om voor een aantal zaken op te treden.

Dat is natuurlijk wel een heel grote inbreuk op uw zelfbeschikkingsrecht. Dat is nu juist de basis voor elk individueel recht, dat je zelf voor uw eigen beslissingen kunt instaan. Wie kan, op welk ogenblik, dan gaan beslissen dat hij in die optiek het beter weet dan de betreffende persoon zelf. Ofwel is er een zorgvolmacht en dan is het de beschermde persoon die zelf aangeeft: "Ik geef aan u de volmacht om dat en dat en dat te gaan doen aan die en die en die voorwaarde." Stel dat er hier een partner en meerderjarige kinderen en ouders en broers zijn, die onderling niet overeenkomen, ga je hier dan een hiërarchie stellen. Is het dan eerst de partner of de meerderjarige kinderen of wie gaat het dan zijn?

Ja de hiërarchie is eigenlijk zoals het is opgesomd, in eerste plaats de partner, dan de meerderjarige kinderen, dan de ouder en dan de broers of zussen.

De zorgvolmacht is een zorgvolmacht, ik denk dat dat het beste kader biedt. Als je uitgaat van de wil van de persoon dan denk ik dat de zorgvolmacht de meeste garantie biedt om de wil van de betrokken persoon uit te voeren.

De wet bepaalt dat er een aantal beginselen kunnen worden opgenomen in een verklaring van voorkeur. Zou volgens u het toepassingsgebied van de verklaring van voorkeur niet kunnen worden uitgebreid zodat dit ook geldt voor andere zaken dan enkel voor de bewindvoering?

Wat bedoel je met andere zaken, want bewindvoering is persoon en goederen, wat is er dan nog supplementair?

Deze vraag is eigenlijk een opbouw naar de voorgestelde oplossing, in het VN-verdrag staat de betrouwbare wil centraal. Met een verklaring van voorkeur is het mogelijk dat een persoon zijn wil over wat er gebeurt met hem als persoon of over zijn goederen kan duidelijk maken. Zo is er een vaststaande wil en op basis van die wil kunnen mensen dan optreden.

Er kan al heel veel gestipuleerd worden in een zorgvolmacht. Bijvoorbeeld waar en hoe een persoon wil begraven worden, welk rusthuis hij wil zitten. Dat is allemaal al mogelijk. Een zorgvolmacht wordt meestal ook voldoende ruim beschreven zodanig dat de volmachthebber toch wel wat ruimte heeft, zeker als het met een familiale is en dat is meestal ook zo iemand uit de familie. Die persoon zal wel rekening moeten houden met het levensverhaal en de wil van de persoon en dus niet uitgaat van zijn eigen erfenisplanning. Het probleem van de zorgvolmachten is wel dat er weinig of geen controle op is.

Vindt u dat bij de uitvoering van de bewindvoerder de financiële belangen vaak voorrang krijgen op de persoonlijke wil en voorkeuren van een persoon?

Dat is niet het geval. Het financiële belang is natuurlijk wel van belang omdat de financiële toestand van een persoon van belang is om de wil van die persoon te kunnen uitvoeren. Als de persoon een bepaalde levensstijl had en je wilt die kunnen aanhouden dan moet je bepaalde keuzes maken. In dat kader is dat financiële belang wel belangrijk, maar het moet geen voorkeur krijgen op de persoonlijke wil want het loopt samen. Ik heb mensen die onder bewind staan, er is ook een verschil heeft die persoon nog kinderen of heeft die geen kinderen? Als die persoon geen kinderen heeft en nog genoeg geld dan mag die persoon voor mijn part gerust in het duurste rusthuis gaan zitten. Heeft die nog een echtgenote, die 10 jaar jonger is en in blakende gezondheid en die geen pensioen heeft, dan moet je natuurlijk wel gaan zien kan ik toekomen met het bedrag dat hij heeft zodat ik toch nog wel een deel kan op zij houden voor de echtgenote. Dat financieel belang is uiteraard van belang. Moet dat voorrang krijgen op de persoonlijke wil? Ja als de zorg voor hem daardoor niet gegarandeerd kan worden.

Dan ga ik nu de oplossing voorstellen.

Als basis voor de oplossing gelden de principes die uit het IVRPH worden gehaald. Personen behouden hun juridische bekwaamheid, de ondersteuning dient te gebeuren volgens de betrouwbare wil en voorkeuren van de beschermde persoon. De betrouwbaarheid van de wil zal altijd moeten worden nagegaan.

Dat wordt de facto nu ook al gedaan.

Om hieraan te voldoen wordt er een bepaling gecreëerd die aan de naaste omgeving de bevoegdheid geeft om op te treden als ondersteuner, zij kunnen dan de betrouwbare wil gaan vertalen om zo het mogelijk te maken dat de kwetsbare persoon handelingen kan stellen. Hieronder valt ook dat ze handelingen kunnen stellen als de betrouwbare wil van de beschermde persoon gekend is. Volgens het IVRPH is het mogelijk voor een derde persoon om in de plaats van een persoon handelingen te stellen zolang dit is gebaseerd op de betrouwbare wil. Bij de ondersteuning zijn ze gebonden door de betrouwbare wil en voorkeuren van de persoon. Met naaste omgeving worden de partner, de meerderjarige kinderen, de ouders en de broers of zussen bedoelt, het is een hiërarchische volgorde. Zij kennen de persoon goed en kunnen zo dus beter gaan beoordelen welke wilsuiting betrouwbaar is. Het gaat hier om een informele ondersteuning die subsidiair is aan de formele ondersteuning. Bij het ontbreken van de betrouwbare wil kan aan hen ook de bevoegdheid worden gegeven om de persoon te vertegenwoordigen, zij kunnen het beste inschatten wat de persoon zou hebben gewild. Dit kan via de figuur van de zaakwaarneming.

De zorgvolmacht blijft behouden, als formele vertegenwoordiging krijgt ze voorrang op de informele vertegenwoordiging. De basisprincipes van de zorgvolmacht in het huidige recht worden behouden. In principe blijft de lasthebber gebonden door de wil en de voorkeuren van de persoon, maar de lastgever kan hier van afstappen waardoor de lasthebber handelingen kan stellen die hij acht in het belang te zijn van de beschermde persoon

De verklaring van voorkeur krijgt een belangrijke plaats. Zoals eerder gezegd volstaat het dat de betrouwbare wil van een persoon gekend is om handelingen te stellen. De verklaring maakt het mogelijk dat deze wil kenbaar wordt gemaakt. Door zijn wil en voorkeuren volledig uit te schrijven, kan een persoon plannen wat er met hem als persoon of met zijn vermogen moet gebeuren. De ondersteuner en de vertegenwoordiger kunnen zich bij het uitvoeren van hun opdracht dan baseren op de verklaring zodat er zekerheid bestaat over de wil van de persoon.

Wanneer de geuite wil van een persoon niet voldoende betrouwbaar is, moet het mogelijk blijven om in de plaats van de beschermde persoon een beslissing te nemen. Het is belangrijk dat bij de vertegenwoordiging de keuze wordt gemaakt op basis van wat de persoon zou hebben gewild. In eerste instantie gebeurt deze vertegenwoordiging ook door de naaste omgeving via de figuur van de zaakwaarneming. In het geval dat de beschermde persoon niemand meer heeft in zijn naaste omgeving of indien deze personen de vertegenwoordiging niet aanvaarden, moet het voor de vrederechter mogelijk blijven om een vertegenwoordiger aan te duiden. Ook de vertegenwoordiger die wordt aangeduid door de vrederechter moet trachten de wil van de persoon te achterhalen.

Een laatste voorwaarde van het IVRPH bestaat eruit om te voorzien in een controlemechanisme dat het mogelijk maakt om te controleren of er een beïnvloeding was van de wil van de beschermde

persoon. Het zal de vrederechter zijn die dit kan controleren. Hij dient na te gaan dat er geen beïnvloeding was op basis van de persoon door angst, agressie, bedreiging, bedrog of manipulatie.

Je haalt hier een paar dingen door elkaar. Vertegenwoordiging en zaakwaarneming dat zijn twee totaal verschillende rechtsprincipes. Een zaakwaarneming is iets dat je doet uit vrije wil in het belang van een ander, terwijl de vertegenwoordiging iets helemaal anders is. Ik zie niet goed in hoe je die twee naast elkaar kunt laten bestaan. Er zijn zoveel dingen die een mens moet gaan beslissen zowel persoonlijk als wanneer hij het niet meer of niet meer goed kan of er niet meer goed over kan nadenken of het kan uiten. Wie gaat dan beslissen wat hij gaat doen? Ik vrees dat je dan in een conflict gaat komen. Zo kan het zijn dat men bij de ene beslissing gaat zeggen ik ben de zaakwaarnemer, maar als er effectief iets moet verkocht worden dan moet je sowieso naar de vertegenwoordiging gaan. Ik vind het nu al ingewikkeld genoeg.

Ik vind het principe van vertegenwoordiging en bijstand al ruim mogelijk. We hebben het principe van de vertrouwenspersoon die er dan nauw bij betrokken is, ook juist om de wil van de beschermde persoon beter te kennen. Om daar dan ook nog de figuur van de zaakwaarneming te gaan tussen steken vind ik bijzonder ingewikkeld. Ik vrees dat dan voor veel problemen gaat zorgen, want welk mandaat heeft dan iemand. Het is niet dat men de eerste in rang is dat men de beste band heeft van de betrokken persoon. Het is niet omdat men de partner is, dat die partner dan ook de beste band heeft met die persoon. Uiteraard gaan we daar wel van uit, maar relaties worden dikwijls al wel ingewikkelder. De huidige partner is niet noodzakelijk de ouder van de kinderen van de man. Het kan goed zijn dat de persoon al twee jaar dezelfde partner heeft, maar al vijftien jaar de kinderen. Wie gaat dan zich manifesteren als de beste zaakwaarnemer. Wie gaat dat doen, komen daar geen discussies van en wie gaat dat beoordelen, komt dat dan bij de vrederechter? We hebben dat nu al, het probleem van de zorgvolmacht is nu al een carte blanche die gegeven wordt aan de familie en de partners, waar soms sommige andere familieleden niet bij worden uitgesloten. Niemand kent het bestaan van de zorgvolmacht, behalve de zorgvolmachthebber. Wij krijgen achteraf dan vaak het probleem dat er binnen in de familie problemen zijn. Het is ook niet noodzakelijk zo dat de zorgvolmachthebber handelt in het belang van de beschermde persoon. Als vrederechter moeten wij dan gaan ingrijpen op het moment dat het kalf eigenlijk al verdrongen is. Er moeten toch voldoende waarborgen worden ingebouwd in het systeem dat men neemt. De zaakwaarneming, een systeem waar een persoon beslist om op te treden wanneer ze dit nodig achten, bijna evenwaardig gaan maken aan het systeem van de vertegenwoordiging bij een zorgvolmacht, dat vind ik moeilijk. Mij lijkt dit bijna niet controleerbaar en voor een vrederechter achteraf bijna onoplosbaar.

Ik vind de zorgvolmacht een prachtig idee en de beoordeling van de onafhankelijke wil, de wilsbekwaamheid en de correctheid en betrouwbaarheid van de wil, maar in de realiteit zitten we meestal met mensen die kwetsbaar zijn, die beïnvloedbaar zijn, die dikwijls wel een eigen wil hebben maar die in hun wil vaak afhankelijk zijn van hun emoties. Wat ik bij de zorgvolmacht al, helaas, ben tegengekomen, is dat er onder druk of onder invloed van iemand een volmacht wordt getekend. Waar ik dan op een bepaald moment van de rusthuisdirectie te weten kom, dat de bankrekening van de persoon opeens in twee maanden tijd met 2 000 000 werd verminderd. Dan bleek dat het eigenlijk malafide mensen waren die zich daar mee bezig hielden. Het basisprincipe blijft de persoon beschermen rekening houdend met zijn wil en dat hij dingen kan doen die dat hij altijd heeft kunnen doen. Er moet, in het belang van de beschermde persoon, een zeer evenwichtig controle mechanisme worden opgezet tegen de vrijheid van beslissen en zeker voor degenen rondom hem met de vrijheid om als zaakwaarnemer op te treden. Dit is een materie waarin je niet kunt experimenteren. Je kan niet zeggen we doen een testperiode van een half jaar, want dan kan het al te laat zijn.

Ik zie de zaakwaarneming graag staan dat zou de bedoeling moeten zijn, dat je handelt in het belang van en dat het allemaal niet zo strikt geregeld moet zijn. In tachtig procent van de gevallen loopt het goed, maar zelfs als maar vijf procent van de gevallen zou fout lopen dan is dit nog te veel.

Het is volgens u een te idealistisch beeld?

Ik vind het een te idealistisch beeld. Ik zou het graag zo zien, maar het gaat uit van de goedheid van de mens en van de omgeving. Het gaat ook uit van het ideale beeld dat je gaat kunnen weten, moeten weten of kunnen nagaan wat het levensdoel was of de levensvisie was van de betrokken persoon. In de realiteit ga je dit zelfden of nooit kunnen achterhalen. Dat je zoveel mogelijk moet kunnen handelen in het belang van die persoon, zowel financieel als ondersteuning, is natuurlijk wel duidelijk. Ik vind het in theorie heel mooi, maar het gaat uit van de ideale wereld.

In de praktijk zal het inderdaad voor moeilijke situaties kunnen zorgen.

Ja en dat is natuurlijk hetgeen waar wij als vrederechters constant mee te maken hebben. Het is daarom ook dat het beginsel van de wilsbekwaamheid ook niet wettelijk omschreven is. Wij hebben daardoor altijd al de mogelijkheid gehad om te kunnen interpreteren en om bepaalde klemtonen te leggen en dan komen wij inderdaad op een definitie die rekening houdt met de vrije en bewuste wil van een persoon.

Ik vind het mooi maar ik vind het ergens ook een beetje tegenstrijdig. De zorgvolmacht blijft behouden, de lasthebber blijft gebonden door de betrouwbare wil en voorkeuren van een persoon. De lastgever kan hiervan afstappen en aan de lasthebber de mogelijkheid geven om beslissingen te maken in het belang van de persoon. Dat snap ik niet echt.

Het zelfbeschikkingsrecht van de beschermde persoon maakt het mogelijk voor de lastgever om af te stappen van het principe van de betrouwbare wil en aan de lasthebber de mogelijkheid te geven om keuzes te maken die hij acht in het belang te zijn van de lastgever.

Ja, maar dat wordt in de zorgvolmachten nu ook dikwijls wel omschreven.

Ja, inderdaad het wordt zo geschreven om het duidelijk te maken dat men kan afstappen van het nieuwe systeem dat zich baseert op de betrouwbare wil van een persoon.

Je kan perfect zeggen, dat gebeurd in de zorgvolmachten nu ook, voor die en die en die handelingen moeten die en die voorwaarden voldaan zijn, voor al de rest vertrouw ik een groot stuk op de zorgvolmachtdrager. Ook de manier het ingaat kan je ook perfect bepalen. Sommige mensen zeggen: "ik laat het al onmiddellijk ingaan", dat is perfect als je al wat ouder bent. Ik heb zelf ook een zorgvolmacht gemaakt, als ik dat zou doen met mijn vrouw en het loopt fout, dan kan zij zeggen hij is niet meer geschikt om te handelen en ik neem het over. Die zaken moeten je niet uitsluiten, dat is al gebeurd. In dat geval moet je er waarborgen insteken, bv. in dat geval moet je beschikken over een aantal medische attesten met een aantal deskundigen die het bevestigen. In principe is het allemaal heel mooi. Ik vind ook de zorgvolmachten een heel grote vooruitgang in vergelijking met het bewind omdat een zorgvolmacht toch een minder keurslijf geeft. Het bewind is echt een keurslijf dat opgelegd wordt zowel aan de familiale als aan de professionele bewindvoerders. Dat heb je bij de zorgvolmacht niet, daar sta ik honderd procent achter, maar men gaat uit dat het allemaal correct gebeurd. Als dat niet zo verloopt dan komt men bij ons en dan zijn we financieel gezien dikwijls te laat. Dat is een beetje een probleem, maar dat de zorgvolmacht bestaat en dat de mensen minder in een keurslijf gedwongen worden dat kan ik alleen maar toejuichen. Hoe meer er rekening kan worden gehouden met de wil van de betrokken persoon des te beter, dat zou uiteindelijk de bedoeling moeten zijn, maar er moeten afwegingen gemaakt worden naar de zorg die een persoon nodig heeft, naar de levensverwachting die hij heeft en de financiële situatie. Dat zijn allemaal dingen die de persoon zou hebben moeten doen als die nog gezond was natuurlijk. Het is niet omdat het nu vandaag zeer goed gaat en je een perfecte gezondheid hebt, dat dat morgen nog zo zou zijn. Het is een heel dynamisch gegeven.

Heeft u nog iets toe te voegen?

Nee ik denk het niet.

Heel erg bedankt voor uw medewerking, de transcriptie zal nog worden doorgestuurd zodat u deze kan nakijken en uw goedkeuring geven.

Bijlage 7: Transcriptie interview 6

Goed dan gaan we nu over naar de vragen, eerst heb ik een aantal vragen over het mensenrechtelijke kader.

Is volgens u het begrip "wilsbekwaamheid" een goede maatstaf om te bepalen of een beschermingsmaatregel moet worden genomen?

Ja dat wel, maar het moet wel juist ingevuld worden. We zien in de praktijk soms dat de geneesheren de wilsbekwaamheid heel ruim interpreteren, ik zal het zo zeggen. Maar je moet natuurlijk ergens een lijn trekken.

Zou volgens u de vertegenwoordiger steeds beslissingen moeten maken op basis van wat in het belang is voor de beschermde persoon of moet volgens u de vertegenwoordiger uitsluitend rekening houden met de wil, voorkeuren en rechten van de persoon?

Ik vind op basis van het belang. Het feit dat de persoon beschermd wordt, heeft een reden. Als we dan alleen maar gaan rekening houden met de wil dan moeten we hem ook niet gaan beschermen. Ik vind echt wel met het belang

Volgens het VN-verdrag zou er uitsluitend rekening moeten worden gehouden met de wil en de voorkeuren van een persoon. Volgens het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap mag er geen beoordeling meer zijn van iemands medische toestand. Ieder persoon heeft een wil en er zal met elke geuite wil rekening moeten worden gehouden. Het is dus niet meer de wilsbekwaamheid die wordt beoordeeld, maar wel de betrouwbaarheid van de wil. Er moet dus een nieuwe manier van beoordelen komen.

Een eerste benadering bestaat eruit om de geuite wil te koppelen aan het levensverhaal van de persoon. Het feit dat een wil geuit wordt is niet voldoende om te spreken van een geldige wil enkel wanneer dit past binnen zijn levensverhaal is dit geldig. Er wordt dan gekeken of de geuite wil past binnen de lijnen van het leven van die persoon tot op dat punt.

Wat is uw mening over deze benadering?

Dat ligt een beetje in lijn met hetgeen we in België doen. Ik weet niet of je dat weet, als je onder bewind staat en je wilt nog schenkingen kunnen doen, dan moet je kunnen aantonen dat de beschermde persoon ontegensprekelijk de wil had om dat te doen. Er wordt dus al wel rekening mee gehouden en ik denk dat dat in het kader van de zorgvolmachten ook is. We houden daar rekening mee maar je moet natuurlijk ook de voorafgaande wil kennen en dat is dikwijls wel een probleem.

Een tweede benadering bestaat uit de beoordeling van de cognitieve vermogens van een persoon. Kan de persoon de informatie begrijpen en verwerken, kan de persoon de ernst en het belang inschatten van de beslissing, kan de persoon zijn wil uiten. Deze test is vergelijkbaar met de beoordeling van de wilsbekwaamheid. Deze beoordeling is strikt gezien niet geldig in het IVRPH. Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze benadering wel geldig kan zijn als het gevolg van het beperkt vermogen ondersteuning is en niet het verlies van juridische bekwaamheid.

Wat is uw mening over deze benadering?

Dat is in België ook voorzien in het Burgerlijk Wetboek via een bijstandsregeling zo ver dat mogelijk is.

Gaat uw voorkeur dan eerder uit naar een benadering op basis van het levensverhaal of op basis van de cognitieve vermogens.

Ik denk dat je dat moet combineren. We zijn allemaal mensen, we moeten proberen, in hoeverre het mogelijk is, het leven van de persoon, toen die nog zeker en vast wilsbekwaam was, te bewerkstellen.

In het mensenrechtelijk kader bestaat de bescherming van de personen uit ondersteuning. De ondersteuning van personen kan verschillende vormen aannemen. Personen kunnen optreden om de geuite wil te vertolken in een betrouwbare wil, bij gebrek aan een betrouwbare wil kunnen nog steeds beslissingen worden genomen in de plaats van de kwetsbare persoon. Er kunnen ook verplichtingen worden opgelegd over hoe informatie beschikbaar moet worden gesteld, zodat de informatie ook toegankelijk is voor kwetsbare personen. Het gebruik van alternatieve communicatiemiddelen kan ook worden verplicht.

Denkt u dat een systeem dat gebaseerd is op ondersteuning haalbaar is in België?

Zolang dat iemand via ondersteuning zelfredzaam kan zijn, dan is dat fantastisch. Soms doen we ook dingen uit financiële overwegingen en laten we de mensen wat aan hun lot over. Sommige mensen kunnen niet ondersteunt worden omdat het voor hun totaal geen zin heeft. Wanneer het weloverwogen is en het gaat met honderd procent zekerheid effect hebben, dan ben ik een enorme fan van de ondersteuning. Als dat niet voldoende is dan moeten we natuurlijk het andere systeem pakken. Ik merk heel dikwijls in de politiek nu dat er heilige huisjes zijn, dingen waar niks aan mag worden veranderd. Iedereen moet dit en iedereen moet dat, iedereen moet tegenwoordig in hetzelfde kastje zitten. Soms moeten we ook durven beseffen dat niet iedereen gelijk is. In de praktijk merk ik dat door iedereen dezelfde kansen te geven en iedereen hetzelfde te behandelen onder het mom van gelijkheid, dat we sommige mensen serieus zijn aan het achterstellen.

Dan gaan we nu over naar het deel van de vragen over het Belgische rechtskader.

In de zorgvolmacht wordt vaak iemand van de naaste omgeving aangeduid als lasthebber. Zou het volgens u positief zijn om voor de naaste omgeving (partner, meerderjarige kinderen, ouders en broers of zussen) een aantal basisbevoegdheden om op te treden te creëren?

Absoluut, ik zou veel liever veel minder zorgvolmachten maken en dat het volgens het oud systeem, zoals bij het wettelijk stelsel van huwelijken, je doet niks dan is dat van toepassing. Als je onbekwaam wordt en je bent getrouwd dan is automatisch je echtgenote uw lasthebber en als je geen echtgenote hebt uw kinderen. Er gaan evenveel zorgvolmachten gemaakt worden want heel veel mensen gaan daar van willen afwijken. Dan is er toch een vangnet. Nu als je te goeder trouw bent en ineens is je man of je vrouw onbekwaam, dat blokkeert alles. Veel mensen gaan er ook vanuit dat het de langst

bekwame is die alles mag beslissen. Er is een enorm informatie deficit. Mensen denken ik ben toch getrouwd, maar dan is er geen bevoegdheid. Ik ben fan van een basisstelsel.

De wet bepaalt dat er een aantal beginselen kunnen worden opgenomen in een verklaring van voorkeur. Zou volgens u het toepassingsgebied van de verklaring van voorkeur niet kunnen worden uitgebreid zodat dit ook geldt voor andere zaken dan enkel voor de bewindvoering?

Dus gewoon onderhands op een papier schrijven? Ik denk dat er wel een bepaalde mate van controle moet zijn.

De verklaring kan bij een notaris moeten worden afgelegd, zodat een ander persoon op een ander tijdstip bepaalde handelingen kan uitvoeren op basis van de wil.

Dat kan die nu ook al. Ik denk wel dat je moet zorgen dat er een bepaalde tussenkomst is, een bepaalde verificatie, de notaris of de vrederechter dat is eender. Je moet ergens wel een ijkmoment hebben, want ik merk heel fel dat bij nalatenschappen dat van zodra er een discussie is over de wilsbekwaamheid dan zit het spel op de wagen. Een onderhands document dat een persoon zelf mag schrijven dat vind ik absoluut te weinig. Dat heeft geen bewijsrecht, als ik morgen onbekwaam ben en jij laat mij nog snel een document schrijven, dan begint het. Ik vind dat er ergens wel een tussenkomst moet zijn, desnoods van een dokter. Iemand moet nog controleren of die persoon op die moment nog wel weet wat hij doet.

Vindt u dat bij de uitvoering van de bewindvoerder de financiële belangen vaak voorrang krijgen op de persoonlijke wil en voorkeuren van een persoon?

De financiële belangen?

Bij het bewind over de goederen dat daar het financiële belang soms voorkeur krijgt over wat de persoon wilt met de goederen.

Op die moment sowieso, maar dat is ook omdat die mensen op die moment niet meer instaat zijn om hun vermogen zelf te beheren. Ik denk wel dat er heel vaak een huis verkocht wordt terwijl iemand dat niet wilt. De mensen in het rusthuis willen hun huis liever bijhouden, maar de bewindvoerder moet de facturen natuurlijk kunnen betalen en die gaat dan verkopen. Is dat dan verkeerd? Ik denk dat het juist in die bescherming kadert, want als een huis lang leegstaat, dan wordt het minder waard, dan moet er leegstandsbelasting betaald worden en die mensen kunnen ook niet meer realistisch denken. Ik denk dat we ook wel in hun plaats sommige essentiële beslissingen durven nemen.

Dan ga ik nu de oplossing voorstellen.

Als basis voor de oplossing gelden de principes die uit het IVRPH worden gehaald. Personen behouden hun juridische bekwaamheid, de ondersteuning dient te gebeuren volgens de betrouwbare wil en voorkeuren van de beschermde persoon. De betrouwbaarheid van de wil zal altijd moeten worden nagegaan.

Om hieraan te voldoen wordt er een bepaling gecreëerd die aan de naaste omgeving de bevoegdheid geeft om op te treden als ondersteuner, zij kunnen dan de betrouwbare wil gaan vertalen om zo het mogelijk te maken dat de kwetsbare persoon handelingen kan stellen. Hieronder valt ook dat ze handelingen kunnen stellen als de betrouwbare wil van de beschermde persoon gekend is. Volgens het IVRPH is het mogelijk voor een derde persoon om in de plaats van een persoon handelingen te stellen zolang dit is gebaseerd op de betrouwbare wil. Bij de ondersteuning zijn ze gebonden door de betrouwbare wil en voorkeuren van de persoon. Met naaste omgeving worden de partner, de meerderjarige kinderen, de ouders en de broers of zussen bedoelt, het is een hiërarchische volgorde. Zij kennen de persoon goed en kunnen zo dus beter gaan beoordelen welke wilsuiting betrouwbaar is. Het gaat hier om een informele ondersteuning die subsidiair is aan de formele ondersteuning. Bij het ontbreken van de betrouwbare wil kan aan hen ook de bevoegdheid worden gegeven om de persoon te vertegenwoordigen, zij kunnen het beste inschatten wat de persoon zou hebben gewild.

De zorgvolmacht blijft behouden, als formele vertegenwoordiging krijgt ze voorrang op de informele vertegenwoordiging. De basisprincipes van de zorgvolmacht in het huidige recht worden behouden. In principe blijft de lasthebber gebonden door de wil en de voorkeuren van de persoon, maar de lastgever kan hier van afstappen waardoor de lasthebber handelingen kan stellen die hij acht in het belang te zijn van de beschermde persoon

De verklaring van voorkeur krijgt een belangrijke plaats. Zoals eerder gezegd volstaat het dat de betrouwbare wil van een persoon gekend is om handelingen te stellen. De verklaring maakt het mogelijk dat deze wil kenbaar wordt gemaakt. Door zijn wil en voorkeuren volledig uit te schrijven, kan een persoon plannen wat er met hem als persoon of met zijn vermogen moet gebeuren. De ondersteuner en de vertegenwoordiger kunnen zich bij het uitvoeren van hun opdracht dan baseren op de verklaring zodat er zekerheid bestaat over de wil van de persoon.

De lasthebber?

Ja dus dat de lasthebber beslissingen kan nemen die in het belang zijn van de lastgever, in plaats van zich te moeten baseren op de wil van de lastgever.

Ja, dat is eigenlijk hoe dat we het nu doen. Dus eigenlijk zeg je, je probeert u te goeder trouw zo veel mogelijk in de plaats te stellen van degene waarvoor je tekent, maar je mag je keuzes wel met de bril van vandaag maken.

Ja inderdaad.

Wanneer de geuite wil van een persoon niet voldoende betrouwbaar is, moet het mogelijk blijven om in de plaats van de beschermde persoon een beslissing te nemen. Het is belangrijk dat bij de vertegenwoordiging de keuze wordt gemaakt op basis van wat de persoon zou hebben gewild. In eerste instantie gebeurt deze vertegenwoordiging ook door de naaste omgeving via de figuur van de zaakwaarneming. In het geval dat de beschermde persoon niemand meer heeft in zijn naaste omgeving of indien deze personen de vertegenwoordiging niet aanvaarden, moet het voor de vrederechter mogelijk blijven om een vertegenwoordiger aan te duiden. Ook de vertegenwoordiger die wordt aangeduid door de vrederechter moet trachten de wil van de persoon te achterhalen.

Een laatste voorwaarde van het IVRPH bestaat eruit om te voorzien in een controlemechanisme dat het mogelijk maakt om te controleren of er een beïnvloeding was van de wil van de beschermde persoon. Het zal de vrederechter zijn die dit kan controleren. Hij dient na te gaan dat er geen beïnvloeding was op basis van de persoon door angst, agressie, bedreiging, bedrog of manipulatie.

Hoe kijkt u naar dit systeem?

Ik vraag me af hoe we die betrouwbare wil gaan vastleggen?

Het wordt gebaseerd op de actuele wil, die kan dan worden bekeken in het licht van een vooraf geuite wil, bijvoorbeeld in een verklaring van voorkeur.

Pak nu, ik ben de vrederechter en ik stel u aan als bewindvoerder. Hoe ga je dan concreet te werk gaan?

De bewindvoerder zal dan in de eerste plaats in contact staan met de beschermde persoon, hij moet rekening houden met de geuite wil.

Pak nu dat die persoon dement is.

Zelfs als hij dement is, dan moet de bewindvoerder de geuite wil van de persoon plaatsen in de eerder gemaakte keuzes voor hij dement was. De bewindvoerder moet ook kijken of de persoon zijn wil voorafgaand geuit heeft, bijvoorbeeld in een verklaring van voorkeur. Het wordt dus eigenlijk uit de omstandigheden afgeleid. Hij moet zoveel mogelijk de wil van de persoon vooraan schuiven en als dit onmogelijk te achterhalen is, dan moet er worden gekeken naar wat de persoon zou hebben gewild.

De betrouwbare wil ga je dan ook baseren op de broers, zussen als die nog in leven zijn?

In eerste instantie zullen zij dus de persoon gaan vertegenwoordigen. Wanneer ze dat niet willen doen dan zal er een bewindvoerder zijn, hij kan dan wel nog rekening houden met wat de personen zeggen dat de wil is van de beschermde persoon.

Is er daar mogelijk een probleem op basis van GDPR?

Zover had ik er nog niet over nagedacht.

Ik ben maar aan het denken, maar ik denk het eigenlijk niet. Ik vraag me alleen maar af hoe je aan die gegevens van de personen gaat komen. Ze moeten dan in de procedure betrokken worden, je zou dan eigenlijk moeten voorzien dat de vrederechter een zitting organiseert waar dat alle partijen zijn en waar dan gevraagd wordt of ze willen meewerken.

Denkt u dat zo een systeem wel mogelijk zou zijn gebaseerd op de informele vertegenwoordiging en waar er gekeken wordt naar de wil van de persoon?

Ik denk dat het al heel hard aanwezig is in het systeem nu. Ik denk dat het vooral belangrijk is dat de mensen meer en meer geïnformeerd worden. Ik denk dat mensen te vaak te laat informatie krijgen. Ik zou daar ook op inzetten. Het is wel een goeie denkpijpe om met een automatisch systeem te werken, waar je uit kunt stappen als je dat wilt.

Heeft u nog iets toe te voegen?

Ik denk dat je dat van de privacy ook eens moet bekijken, de praktische relevantie. Het is een goed systeem, maar je kritisch aan uzelf de vraag stellen: "Hoe realistisch is het?". Hoe gaat dit in de praktijk werken? Het lijkt mij nuttig om ook te bekijken hoe het in de praktijk in zijn werk zou gaan. Je kan het petje opzetten van: de bewindvoerder, hoe zou dat mij faciliteren om dat te kunnen doen, van de onbekwame, hoe zou ik handelen, van de vrederechter of de familie.

Heel erg bedankt voor uw medewerking, de transcriptie zal nog worden doorgestuurd zodat u deze kan nakijken en uw goedkeuring geven.