

Los hiervan: als mensen eruitzien als werkgever en werknemer, zich zo gedragen en het zich ook zo aanhoort, dan is waarschijnlijk sprake van een arbeidsovereenkomst.¹⁵

mr. L.T.D. van den Berg
arbeidsjurist bij Advocaten en Adviseurs Arbeidsrecht van Uitvoeringsorganisatie Bedrijfsvoering Rijk (UBR|AAA) van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK)

Personen- en familierecht

114

Onderbewindstelling en mentorschap: motivering bij afwijken van regelde voorkeur

Hoge Raad
19 juni 2020, nr. 19/04761, ECLI:NL:HR:2020:1079
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Lückers)
Noot mr. dr. J. van Raak-Kuiper

Bewindvoering. Afwijken wettelijke voorkeur. Motivatieplicht.

[BW art. 1:435]

Essentie: De rechter wijkt af van de wettelijke voorkeur door niet de broer van rechthebbende tot bewindvoerder te benoemen maar een professionele bewindvoerder. Bij deze beslissing is niet dan wel onvoldoende voldaan aan de motivatieplicht.

Samenvatting: In gevallen waarin geen sprake is van een uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende voor de als bewindvoerder te benoemen persoon, en de rechthebbende niet is gehuwd, een geregistreerd partnerschap is aangegaan of anderszins een levensgezel heeft, wordt door de rechter ingevolge art. 1:435 lid 4 BW bij voorkeur een van de ouders, kinderen, broers of zusters van de rechthebbende tot bewindvoerder benoemd. Indien de rechter aanleiding ziet om af te wijken van deze in de wet regelde voorkeur, kan dat, maar dient hij die beslissing op dit punt deugdelijk te motiveren. In casu is de rechter afgeweken van de wettelijke voorkeur door een professionele bewindvoerder te benoemen in plaats van de broer van rechthebbende, maar motiveert vervolgens niet dan wel onvoldoende waarom de broer niet geschikt zou zijn als bewindvoerder.

[verzoeker], wonende te [woonplaats],
verzoeker tot cassatie,

hierna: de verzoeker,
advocaat: N.C. van Steijn,
tegen

1. [de andere broer], wonende te [woonplaats],
hierna: de andere broer,
2. [de zuster], wonende te [woonplaats],
hierna: de zuster,
3. [de bewindvoerder], kantoorhoudende te [vestigingsplaats],
hierna: de bewindvoerder,
belanghebbenden in cassatie,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Lückers)

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:
(i) De rechthebbende is de zus van de verzoeker en van de andere broer.

(ii) Zij verblijft sinds 2011 in zorginstelling [verblijfplaats].

1.2. Bij op 3 april 2018 ingekomen verzoekschrift heeft verzoeker de kantonrechter van de rechtbank Den Haag verzocht tot instelling van een mentorschap ten behoeve van de rechthebbende en tot onderbewindstelling van haar goederen, met benoeming van hemzelf tot mentor en bewindvoerder. Daarbij waren bereidverklaringen gevoegd van verzoeker om tot mentor en bewindvoerder te worden benoemd en een akkoordverklaring van de andere broer met de maatregel van onderbewindstelling en mentorschap en de benoeming van verzoeker tot mentor en bewindvoerder.

1.3. De zaak is mondeling behandeld ter zitting van 4 juli 2018, waarna op 23 juli 2018 de rechthebbende is gehoord op haar verblijfadres. Vervolgens is de mondelinge behandeling voortgezet op 1 augustus 2018. De andere broer is niet verschenen, maar ter griffie is op 6 augustus 2018 een door hem ondertekende brief binnengekomen, waarin hij aangeeft dat hij zijn broer (verzoeker) steunt in alle zaken voor zijn zus of in verband met zijn zus.

1.4. Bij twee afzonderlijke beschikkingen van 15 augustus 2018 heeft de kantonrechter ten behoeve van de rechthebbende een mentorschap ingesteld en haar goederen onder bewind gesteld. Daarbij is de bewindvoerder zowel tot mentor als tot bewindvoerder benoemd.

Hij heeft daartoe overwogen dat verzoeker erg betrokken is bij het wel en wee van de rechthebbende, maar dat zijn manier van denken en handelen niet (altijd) het vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belang van de rechthebbende dient. Hij achtte benoeming van verzoeker tot mentor en bewindvoerder daarom niet in het belang van de rechthebbende, maar was van oordeel dat een onafhankelijke derde, een professionele mentor en bewindvoerder, moest worden benoemd.

1.5. Verzoeker is op 17 oktober 2018 bij het gerechtshof Den Haag in hoger beroep gekomen van deze beschikkingen. Hij heeft daarbij gegriefd over het feit dat de kantonrechter niet (kenbaar) heeft overwogen om de andere broer tot bewindvoerder en mentor te benoemen, en verzocht (de bestreden beschikkingen te vernietigen en) de andere broer alsnog tot bewindvoerder en mentor te benoemen.

1972, NJ 1973/60, m.nt. G.J. Scholten (*Schelde I*). Zie ook: noot bij Ktr. 's-Hertogenbosch 27 mei 2020, «JAR» 2020/156, m.nt. J.M. van Slooten.

15 Vrij naar 'the duck test': 'If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck', <https://nl.wikipedia.org/wiki/Eendentest> (website laatst geraadpleegd op 29 juli 2020).

1 Ontleend aan rov. 3.1 van de bestreden beschikking.

1.6. De bewindvoerder (toen ook nog mentor) heeft verweer gevoerd en verzocht de bestreden beschikkingen te bekrachtigen.

1.7. Nadat op 27 juni 2019 een mondelinge behandeling had plaatsgevonden – waarbij de verzoeker, de andere broer en de bewindvoerder zijn verschenen – heeft het hof bij beschikking van 17 juli 2019² de beschikking waarin de bewindvoerder door de kantonrechter tot bewindvoerder is benoemd, bekrachtigd. Het hof heeft echter de bewindvoerder met ingang van de datum van zijn beschikking als mentor ontslagen en in diens plaats als mentor de andere broer benoemd. Voor het overige heeft het hof ook de bestreden beschikking ten aanzien van het mentorschap bekrachtigd.

1.8. Verzoeker heeft tegen deze beschikking – tijdig³ – cassatieberoep ingesteld. De rechthebbende, de andere broer en de bewindvoerder zijn in cassatie niet verschenen.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Verzoeker heeft één middel van cassatie voorgesteld, dat in twee onderdelen is uitgewerkt.

2.2. Het middel is gericht tegen rov. 5.4 van de bestreden beschikking, dat – voorafgegaan door enkele inleidende overwegingen – als volgt luidt:

'Bewind

5.1. Verzoeker stelt dat [de andere broer] geen oproep heeft ontvangen voor de terechtzitting in eerste aanleg en dat hij ook niet op een ander moment door de kantonrechter is gehoord. Voorts stelt verzoeker dat uit artikel 1:435 lid 4 BW volgt dat het benoemen van een familielid van de rechthebbende tot bewindvoerder de voorkeur verdient en het is volgens hem onduidelijk waarom niet is overwogen om [de andere broer] te benoemen tot bewindvoerder.

5.2. De bewindvoerder stelt dat uit de beschikking volgt dat [de andere broer] wel behoorlijk is opgeroepen, maar niet is verschenen. [de andere broer] heeft vervolgens zijn mening schriftelijk kenbaar gemaakt aan de kantonrechter. De bewindvoerder stelt voorts dat [de andere broer] zich in eerste instantie ook niet bereid had verklaard om als bewindvoerder op te treden. Ingeval hij wel bereid is om als bewindvoerder op te treden, zal dit ertoe leiden dat verzoeker de bewindvoering feitelijk zal aanvoeren omdat [de andere broer] lijkt te doen wat verzoeker wil. Volgens de bewindvoerder is dit niet in het belang van de rechthebbende. Zo zijn er in de afgelopen jaren rekeningen onbetaald gebleven en schulden ontstaan als gevolg waarvan de rechthebbende geen aanvullende ziektekostenverzekering meer heeft. Ook verdenkt de bewindvoerder de verzoeker van financieel misbruik, omdat jarenlang auto's op naam van de rechthebbende hebben gestaan, terwijl zij niet in staat is om auto te rijden, met onbetaalde rekeningen en verkeersboetes op de naam van de rechthebbende tot gevolg. De bewindvoerder komt tot de conclusie dat de bestreden beschikking bekrachtigd dient te worden.

5.3. Het hof overweegt als volgt. Op grond van artikel 1:435 lid 1 BW benoemt de rechter bij het instellen van het bewind of zo spoedig mogelijk daarna een bewindvoerder. Hij vergewist zich van de bereidheid en vormt zich een oordeel over de geschiktheid van de te benoemen persoon. Op grond van artikel 1:435 lid 3 BW volgt de rechter bij de benoeming van de bewindvoerder de uitdrukkelijke voorkeur van de rechtheb-

bende, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten.

5.4. In de gevallen waarin geen sprake is van een uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende geldt de wettelijke voorkeur zoals opgenomen in het vierde lid van artikel 1:435 BW. Die wettelijke voorkeur gaat in eerste instantie uit naar de echtgenoot van de rechthebbende en in tweede instantie naar, bijvoorbeeld, de broers of zussen van de rechthebbende. Het staat de rechter vrij om hiervan af te wijken bij gebleken bezwaren tegen benoeming van de wettelijk preferente bewindvoerder. Het hof is gebleken dat de verzoeker de financiën van rechthebbende heeft beheerd, voordat het bewind over de rechthebbende was uitgesproken. Dit heeft naar genoegzaam vast staat geleid tot schulden van de rechthebbende en onnodige uitgaven, zoals verkeersboetes omdat ten onrechte een auto op naam van de rechthebbende stond, welke boetes de rechthebbende met haar beperkte AOW uitkering niet heeft kunnen betalen. *Ondanks dat de beide broers ter zitting hebben verklaard goede bedoelingen te hebben gehad met de aanschaf van een auto voor de rechthebbende en dat dit met haar in overleg is gegaan, is het hof van oordeel dat dit gezien de gevolgen daarvan, welke de verzoeker heeft veroorzaakt althans niet heeft weten te voorkomen, niet in het vermogensrechtelijk belang van de rechthebbende is geweest.* Met de komst van een professionele bewindvoerder zijn – zoals ter zitting is gebleken – de financiën van rechthebbende op orde gesteld en zijn er afbetalingsregelingen getroffen met de schuldeisers. Het hof acht het in het belang van de rechthebbende dat de huidige stabiele situatie aangaande de financiën voortduurt met behulp van de bewindvoerder als onafhankelijke derde en zal de bestreden beschikking ten aanzien van de persoon van de bewindvoerder dan ook bekrachtigen.

2.3. Volgens *onderdeel 1* is de beslissing van het hof in rov. 5.4 onbegrijpelijk. In deze rechtsoverweging noemt het hof alleen bezwaren tegen het handelen van verzoeker. Het gaat echter om de benoeming van zijn broer ('de andere broer') als bewindvoerder. Deze broer wordt door het hof alleen genoemd in de hierboven in rov. 5.4 cursief weergegeven overweging. Die overweging kan niet (zelfstandig) het oordeel dragen dat sprake is van bezwaren tegen de benoeming van deze broer als wettelijk preferent bewindvoerder. Het hof overweegt immers duidelijk dat verzoeker degene is die genoemde gevolgen heeft veroorzaakt of niet heeft weten te voorkomen en niet de andere broer. De bewindvoerder heeft in het verweerschrift in hoger beroep ook niet gesteld dat de andere broer hierbij betrokken zou zijn. Verder heeft de kantonrechter in de beschikking over het bewind (p. 2) – onbestreden – vastgesteld dat uit de verklaring van rechthebbende en de andere broer niet kan worden opgemaakt dat zij op de hoogte waren van de manier waarop verzoeker het belang van rechthebbende heeft behartigd. Ook uit het proces-verbaal van de zitting van het hof blijkt niets van enige betrokkenheid van de andere broer. Op p. 3 verklaart hij dat 'het anders is dan hoe het (...) gesteld is' en verwijst hij vervolgens alleen naar afspraken tussen verzoeker en rechthebbende. Nu uit niets van enige betrokkenheid van de andere broer blijkt, is het onbegrijpelijk dat het hof overweegt dat beide broers ter zitting hebben verklaard goede bedoelingen te hebben gehad met de aanschaf van een auto voor de rechthebbende en dat dit met haar in overleg is gegaan. Indien het hof een eventuele betrokkenheid van de andere broer heeft betrokken bij zijn oordeel dat sprake is van bezwaren tegen zijn benoeming als wettelijk preferent bewindvoerder is dat zonder nadere motivering onbegrijpelijk in het licht van de overweging van het hof dat (juist) verzoeker

2 ECLI:NL:GHDHA:2019:2416.

3 Het verzoekschrift tot cassatie is op 16 oktober 2019 per fax op de griffie van de Hoge Raad binnengekomen.

ker de negatieve gevolgen veroorzaakt heeft of niet heeft weten te voorkomen en/of de constatering van de kantonrechter dat de andere broer niet op de hoogte was van de manier waarop verzoeker het belang van rechthebbende heeft behartigd. Het argument dat de andere broer alles zou doen wat verzoeker zegt⁴ wordt door het hof niet genoemd en kan dan ook niet als motivering voor zijn oordeel dienen. Dat zou ook onbegrijpelijk zijn aangezien het hof in rov. 5.8 ten aanzien van het mentorschap oordeelt dat de andere broer voldoende weerstand kan bieden tegen verzoeker en daarmee het argument van de bewindvoerder verwerpt.

2.4. *Onderdeel 2* klaagt in aansluiting hierop over de overweging in het slot van rov. 5.4 dat met de komst van een professionele bewindvoerder de financiën van rechthebbende op orde zijn gesteld en er afbetalingsregelingen zijn getroffen en dat het hof het in het belang van de rechthebbende acht dat de huidige stabiele situatie aangaande de financiën voortduurt met behulp van de bewindvoerder als onafhankelijke derde en de bestreden beschikking ten aanzien van de persoon van de bewindvoerder dan ook zal bekrachtigen. Dit oordeel getuigt volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting of is onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof niet motiveert waarom het de andere broer ongeschikt acht om het bewind te voeren. Dat is immers de maatstaf van art. 1:435 lid 4 BW, althans de wettelijke maatstaf. Uit het wettelijk systeem volgt dat een broer de wettelijke voorkeur heeft zodat het hof diende te onderzoeken of er bezwaren waren tegen zijn benoeming tot bewindvoerder los van de stabiele situatie. Dat klemt temeer nu pas in hoger beroep het verzoek is gedaan om hem als bewindvoerder te benoemen. De stabiele financiële situatie alleen vormt geen zelfstandig dragende grond om zijn benoeming als wettelijk preferent bewindvoerder af te wijzen, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt. De stabiele financiële situatie kan immers ook gecontinueerd worden door de andere broer, althans het hof motiveert niet waarom dit niet zou kunnen.

2.5. De onderdelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

2.6. De wetgever heeft de rechter veel vrijheid willen geven bij de benoeming van een bewindvoerder. Weliswaar heeft deze rekening te houden met de in de wet opgenomen redenen voor voorkeur voor benoeming van bepaalde personen, maar er bestaat een ruime mogelijkheid om daarvan af te wijken.⁵ Bij de opname van Titel 19 over de onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, wordt daarover in de Memorie van Toelichting opgemerkt:

4 Het onderdeel verwijst hier naar het verweerschrift van de bewindvoerder in appel, nr. 12.

5 Anders dan bij de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende zelf (lid 3), volgt bij de in lid 4 opgenomen wettelijke voorkeur voor benoeming van bepaalde personen niet de zinssnede 'tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten'. Dit lid 3 is bij amendement (*Kamerstukken II* 1993-1994, nr. 18, p. 2) ter gelegenheid van de invoering van Titel 20 over het mentorschap ten behoeve van meerderjarigen (Stb. 1994, 757; inwerkingtreding 1 januari 1995, Stb. 1994, 779) in de wet opgenomen, waarna het oorspronkelijke lid 3 tot lid 4 is vernummerd. Of hiermee een (substantieel) verschil in vrijheid van de rechter tot afwijking van de voorkeur is beoogd ten opzichte van die in het huidige lid 4, is mij niet duidelijk. In de toelichting bij het amendement wordt vermeldt: 'Uiteraard kan de rechter hiervan gemotiveerd afwijken indien hij hiertoe gegronde redenen aanwezig acht.'

'In lid 3 [thans: lid 4, A-G] wordt, wat de tot bewindvoerder te benoemen persoon betreft, een voorkeur uitgesproken voor de echtgenoot van de rechthebbende (vgl. art. 383 lid 2 van Boek 1) of, als deze niet gehuwd is, voor een van zijn ouders of kinderen.⁶ Uiteraard kan de rechter anders beslissen, bij voorbeeld indien hem blijkt dat de rechthebbende tegen de benoeming van een der genoemde personen bezwaar heeft of indien de volgens de wet bij voorkeur in aanmerking komende persoon door de rechter niet geschikt wordt geacht het bewind te voeren. (...)'⁷

De vrijheid van de rechter bij de benoeming van een bewindvoerder komt ook terug in de Memorie van Antwoord:

'Deze leden vroegen zich verder af welke criteria de rechter zal hanteren wanneer een volgens de wet bij voorkeur in aanmerking komend persoon niet geschikt wordt geacht. Ik kan niet voorspellen welk beleid de kantonrechters zullen voeren indien er personen als bedoeld in artikel 435, lid 3 [thans: lid 4, A-G], ontbreken dan wel door de rechter ongeschikt worden geacht. Het wetsontwerp laat de rechter, gelijk reeds eerder in deze memorie opgemerkt werd, alle vrijheid om naar bevind van zaken te beslissen. Daarbij kan inderdaad, zoals deze leden nog opmerkten, ook gedacht worden aan de benoeming van meer dan één bewindvoerder, wanneer de aard of omvang van het te voeren beheer daartoe aanleiding zou geven.

Met de leden van het C.D.A. ben ik van mening dat het zeer wel kan voorkomen dat rechtspersonen niet geschikt worden geacht om bewind te voeren. Welke criteria de kantonrechters zullen hanteren bij de benoeming van een rechtspersoon tot bewindvoerder kan ik niet voorspellen. Boven is reeds uiteengezet dat het wetsontwerp, afgezien van het in lid 5 gestelde vereiste van volledig rechtsbevoegdheid, geen nadere eisen of beperkingen voor de benoembaarheid stelt ten einde de kantonrechters in dezen een zo groot mogelijke – zij het uiteraard in hoger beroep controleerbare – vrijheid te laten.⁸

Een dergelijke afwijking van de wettelijke voorkeur dient echter wel in voldoende mate te worden gemotiveerd.⁹ Dat blijkt reeds uit de woorden 'in hoger beroep controleerbare' in het citaat hierboven. Vergelijk in die zin uitdrukkelijk de volgende uitspraak van de wetgever, naar aanleiding van de vraag of de benoeming van een natuurlijk persoon tot bewindvoerder zozeer de voorkeur verdient boven een rechtspersoon, dat een duidelijke motivering gewenst zou zijn indien niet een natuurlijk persoon wordt benoemd (die de wetgever ontkenkend beantwoordt):

'Tegen deze achtergrond zou ik niet verder willen gaan dan de regel, neergelegd in artikel 435, lid 3, waarin slechts een voorkeur voor bepaalde natuurlijke personen (echtgenoten, ouders en kinderen) wordt uitgesproken; een afwijking van deze bepaling zal uiteraard moeten worden gemotiveerd.'¹⁰

6 De wettelijke voorkeur voor broers en zusters was op dit moment nog niet in de wet opgenomen. Dat is gebeurd bij de invoering van Titel 20 over het mentorschap ten behoeve van meerderjarigen (zie vorige voetnoot). Zie Nota n.a.v. het eindverslag en Tweede nota van wijziging, *Kamerstukken II* 1993-1994, 22 474, nr. 9 en 10, p. 3 resp. 1-2.

7 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 1978-1979, 15 350, nr. 3, p. 20-21.

8 Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II* 1979-1980, 15 350, nr. 5, p. 17.

9 Vgl. in die zin ook Asser/De Boer 1* 2010/1154.

10 Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II* 1979-1980, 15 350, nr. 5, p. 9.

2.7. Het oordeel van het hof in rov. 5.4 berust op twee, in onderling verband te begrijpen overwegingen. Aan de ene kant is dat de overweging dat het beheer van de financiën van de rechthebbende in het verleden tot voor haar nadelige gevolgen heeft geleid – waarbij het hof er vanuit lijkt te gaan dat ook de andere broer daarbij enige betrokkenheid heeft gehad – en aan de andere kant de overweging dat het in het belang van de rechthebbende is dat de huidige stabiele situatie (nadat de professionele bewindvoerder haar financiën op orde heeft gesteld en afbetalingsregelingen met schuldeisers heeft getroffen) voortduurt met behulp van de bewindvoerder als onafhankelijk derde.

2.8. De motivering die het hof echter met betrekking tot de afwijzing van het verzoek om benoeming van de andere broer tot bewindvoerder heeft gegeven, acht ik niet voldoende begrijpelijk. Er is immers steeds aangegeven dat verzoeker de financiën van de rechthebbende deed.¹¹ Nergens komt naar voren dat de andere broer daarbij (ook) betrokken was. De andere broer heeft alleen in de brief die hij in eerste aanleg naar de rechtbank had gestuurd, aangegeven dat hij zijn broer (verzoeker) steunt in alle zaken voor zijn zus of in verband met zijn zus. In eerste aanleg heeft de kantonrechter in zijn beschikkingen dan ook overwogen dat uit de verklaring van de andere broer niet kan worden opgemaakt dat hij op de hoogte was van de manier waarop verzoeker tot op dat moment het belang van de rechthebbende heeft behartigd.¹² Zoals het middel voorts aangeeft, wordt ook door de bewindvoerder in hoger beroep niet aangevoerd dat de andere broer (ook) betrokken was bij het beheer van de financiën van de rechthebbende. De overweging van het hof in rov. 5.4 dat de beide broers ter zitting hebben verklaard goede bedoelingen te hebben gehad met de aanschaf van een auto voor de rechthebbende en dat dit met haar in overleg is gegaan, komt in die zin dan ook enigszins 'uit de lucht vallen'.¹³ In ieder geval kan deze overweging niet zonder meer zo worden uitgelegd dat de andere broer volgens het hof wél (ook) betrokken was bij het beheer van de financiën van de rechthebbende. Zou dit wel aldus worden uitgelegd, dan bestaat daarvoor – althans zonder enige nadere uitleg daarover van het hof – in ieder geval geen feitelijke grondslag (art. 24 Rv.) en wordt evenmin duidelijk hoe het hof eventueel ambtshalve aan deze wetenschap zou zijn gekomen. De bewindvoerder heeft volgens het hof (slechts) opgemerkt dat wat haar betreft benoeming van de andere broer niet in het belang van de rechthebbende zou zijn, omdat dit ertoe zal leiden dat verzoeker de bewindvoering feitelijk zal aanvoeren omdat de andere broer lijkt te doen

wat verzoeker wil (rov. 5.4).¹⁴ Maar daarop is het hof niet ingegaan, en dat argument heeft het hof ook niet (kenbaar) aan zijn beslissing ten grondslag gelegd. Zoals het middel al aanstipt, heeft het hof in rov. 5.8 met betrekking tot het mentorschap juist als volgt overwogen:

'De huidige mentor heeft weliswaar zorgen geuit over de invloed van de verzoeker op het mentorschap, maar het hof acht [de andere broer] in staat daar voldoende weerstand aan te kunnen bieden.'

In het licht van dit alles heeft het hof ook onvoldoende gemotiveerd dat de huidige stabiele situatie niet ook met de andere broer als bewindvoerder zou kunnen voortduren, maar dat daarvoor de betrokkenheid van een onafhankelijke derde als bewindvoerder is vereist.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikkingen in de zaken 6784823 EJ VERZ 18-65383 en 6785858 EJ VERZ 18/65422 van de kantonrechter te 's-Gravenhage van 15 augustus 2018;
- b. de beschikking in de zaken 200.248.167/01 en 200.245.808/01 van het gerechtshof Den Haag van 17 juli 2019.

Verzoeker heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit. De belanghebbenden hebben geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.L.C.C. Lückers strekt tot vernietiging en verwijzing.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. De zuster van de verzoeker en van de andere broer verblijft sinds 2011 in een zorginstelling.

2.2.1. In eerste aanleg heeft de verzoeker verzocht om instelling van een bewind over de goederen die (zullen) toebehoren aan de zuster en om instelling van een mentorschap ten be-

11 Door verzoeker ter zitting in eerste aanleg (zie proces-verbaal van de zitting van 4 juli 2018, p. 1-2). De andere broer heeft in de beantwoording van een e-mail van de bewindvoerder voorts opgemerkt dat verzoeker de gehele financiën van de rechthebbende behandelt en de bewindvoerder aan hem vragen kon stellen, maar dat naar zijn weten geen sprake was van misbruik (prod. 5 bij het verweerschrift van de bewindvoerder in hoger beroep). Ook in het proces-verbaal van de zitting van 27 juni 2019 in hoger beroep komt terug dat de andere broer zegt dat verzoeker vóór het bewind alles regelde (p. 2).

12 Zie pag. 2 van de beschikkingen in eerste aanleg.

13 De andere broer heeft alleen gesteld dat het niet klopt dat er fraude wordt gepleegd en gesproken over afspraken tussen de rechthebbende en de verzoeker, waaruit zou blijken dat het met de motorrijtuigenbelasting en CJIB-boetes anders zit dan hier gesteld is (p. 3 van het proces-verbaal van de zitting van 27 juni 2019 in hoger beroep).

14 Zie ook verweerschrift hoger beroep, nr. 12. Daar (nr. 14-15) wordt door de bewindvoerder nog aangevoerd dat het gedrag van de andere broer richting het personeel altijd goed was, maar flink is verslechterd sinds verzoeker een toegangsverbod heeft gekregen van de zorginstelling waar de rechthebbende verblijft, en hij hierin instructies van verzoeker lijkt te krijgen. De bewindvoerder geeft aan dat hij van oordeel is dat zij als onafhankelijke derde beter bewindvoerder kan zijn omdat zij is opgewassen tegen verzoeker en enkel naar het belang van de rechthebbende kijkt. Zie nog nader het proces-verbaal van de zitting van 27 juni 2019 in hoger beroep, p. 2 en 4. Verzoeker zelf had in zijn beroepschrift gesteld dat het gedrag van de andere broer steeds onomstreden was geweest en niets er op wees dat ook hij conflicten zou gaan oproepen (p. 2 van het beroepschrift). De andere broer heeft ter zitting aangegeven dat de verstandhouding tussen verzoeker en hemzelf goed is, hij een andere mentaliteit, andere sociale contacten en een ander optreden in vergaderingen etc. heeft, hij uitgaat van de logica en het in zijn familie niet het geval is dat een jongere de oudere stuurt op welke wijze dan ook (p. 4 van het proces-verbaal van de zitting van 27 juni 2019 in hoger beroep).

hoeve van de zuster met benoeming van verzoeker tot bewindvoerder en mentor.

2.2.2. De kantonrechter heeft de goederen die (zullen) toebehoren aan de zuster onder bewind gesteld en ten behoeve van haar het mentorschap ingesteld, met benoeming van de bewindvoerder tot bewindvoerder en mentor.

2.2.3. De verzoeker heeft in hoger beroep verzocht de andere broer te benoemen tot bewindvoerder en mentor. De andere broer heeft zich daartoe bereid verklaard.

2.2.4. Het hof heeft de beschikkingen van de kantonrechter bekrachtigd en heeft de bewindvoerder met ingang van de datum van zijn beschikking ontslagen als mentor en de andere broer benoemd als mentor. Met betrekking tot het bewind heeft het hof als volgt overwogen:

‘5.4. In de gevallen waarin geen sprake is van een uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende geldt de wettelijke voorkeur zoals opgenomen in het vierde lid van artikel 1:435 BW. Die wettelijke voorkeur gaat in eerste instantie uit naar de echtgenoot van de rechthebbende en in tweede instantie naar, bijvoorbeeld, de broers of zussen van de rechthebbende. Het staat de rechter vrij om hiervan af te wijken bij gebleken bezwaren tegen benoeming van de wettelijk preferente bewindvoerder. Het hof is gebleken dat de verzoeker de financiën van rechthebbende heeft beheerd, voordat het bewind over de rechthebbende was uitgesproken. Dit heeft naar genoegzaam vast staat geleid tot schulden van de rechthebbende en onnodige uitgaven, zoals verkeersboetes omdat ten onrechte een auto op naam van de rechthebbende stond, welke boetes de rechthebbende met haar beperkte AOW uitkering niet heeft kunnen betalen. Ondanks dat de beide broers ter zitting hebben verklaard goede bedoelingen te hebben gehad met de aanschaf van een auto voor de rechthebbende en dat dit met haar in overleg is gegaan, is het hof van oordeel dat dit gezien de gevolgen daarvan, welke de verzoeker heeft veroorzaakt althans niet heeft weten te voorkomen, niet in het vermogensrechtelijk belang van de rechthebbende is geweest. Met de komst van een professionele bewindvoerder zijn – zoals ter zitting is gebleken – de financiën van rechthebbende op orde gesteld en zijn er afbetalingsregelingen getroffen met de schuldeisers. Het hof acht het in het belang van de rechthebbende dat de huidige stabiele situatie aangaande de financiën voortduurt met behulp van de bewindvoerder als onafhankelijke derde en zal de bestreden beschikking ten aanzien van de persoon van de bewindvoerder dan ook bekrachtigen.’

3. Beoordeling van het middel

3.1. De onderdelen van het middel richten rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof in rov. 5.4. Het hof heeft de maatstaf van art. 1:435 lid 4 BW miskend door niet te onderzoeken of er bezwaren zijn tegen de benoeming van de andere broer tot bewindvoerder. Bovendien heeft het hof zijn beslissing die erop neerkomt dat de andere broer niet is benoemd tot bewindvoerder, niet begrijpelijk gemotiveerd. De overwegingen waarin het hof ingaat op feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de verzoeker, kunnen de beslissing om de andere broer niet tot bewindvoerder te benoemen niet zelfstandig dragen. De stabiele financiële situatie die is ontstaan met de komst van een professionele bewindvoerder, is evenmin een voldoende reden om de benoeming van de andere broer tot bewindvoerder af te wijzen, aldus de klachten.

3.2. In gevallen waarin geen sprake is van een uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende voor de als bewindvoerder te benoemen persoon, en de rechthebbende niet is gehuwd, een

geregistreerd partnerschap is aangegaan of anderszins een levensgezel heeft, wordt door de rechter ingevolge art. 1:435 lid 4 BW bij voorkeur een van de ouders, kinderen, broers of zusters van de rechthebbende tot bewindvoerder benoemd. Indien de rechter aanleiding ziet om af te wijken van deze in de wet geregelde voorkeur, dient hij die beslissing op dit punt te motiveren (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6).

3.3. De motivering in rov. 5.4 van de bestreden beschikking geeft geen inzicht erin waarom het hof de andere broer niet geschikt acht om tot bewindvoerder te worden benoemd. Ook indien het hof is uitgegaan van de in de wet geregelde voorkeur voor de benoeming van een bewindvoerder, heeft het zijn beslissing die erop neerkomt dat de andere broer niet tot bewindvoerder is benoemd, niet toereikend gemotiveerd. De hierop gerichte klachten van het middel slagen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– vernietigt de beschikking van het gerechtshof Den Haag van 17 juli 2019;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

NOOT

De vraag is hier aan de orde of het hof terecht heeft mogen afwijken van de wettelijke voorkeur tot benoeming van een bewindvoerder. Het navolgende speelt er in deze zaak.

De zuster van verzoeker verblijft in een zorginstelling. In eerste aanleg heeft verzoeker verzocht tot het instellen van bewind en mentorschap met benoeming van hemzelf tot bewindvoerder en mentor. De kantonrechter heeft bij twee afzonderlijke beschikkingen echter niet verzoeker benoemd maar in plaats van hem een professionele bewindvoerder en mentor aangewezen. De kantonrechter heeft bij deze keuze overwogen dat het denken en handelen van verzoeker niet altijd het vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belang van de rechthebbende dient.

Omdat verzoeker zich niet met deze beslissingen kon verenigen, heeft hij vervolgens in hoger beroep verzocht de andere broer te benoemen tot bewindvoerder en mentor. De andere broer heeft zich daartoe bereid verklaard. Het hof heeft vervolgens wel de andere broer tot mentor benoemd, met ontslag van de professionele bewindvoerder als mentor, maar de beslissing waarbij een professionele bewindvoerder is benoemd heeft het hof bekrachtigd.

In cassatie wordt vervolgens aangevoerd dat het hof de maatstaf van art. 1:435 lid 4 BW heeft miskend door niet te onderzoeken of er bezwaren zijn tegen de benoeming van de andere broer tot bewindvoerder. Ook richt het middel zich ertegen dat de beslissing om de andere broer niet te benoemen tot bewindvoerder onbegrijpelijk is gemotiveerd. Aangevoerd wordt dat de stabiele financiële situatie die is ontstaan met de komst van de professionele bewindvoerder onvoldoende reden is om de benoeming van de andere broer tot bewindvoerder af te wijzen.

De Hoge Raad overweegt dat het hof in de bestreden beschikking geen inzicht geeft waarom het hof de andere broer niet geschikt acht om tot bewindvoerder te worden benoemd. Ook indien het hof is uitgegaan van de in de wet geregelde voorkeur voor de benoeming van een bewindvoerder, heeft het hof zijn beslissing, die erop neerkomt dat de

andere broer niet tot bewindvoerder is benoemd, niet toereikend gemotiveerd. De Hoge Raad vernietigt dan ook de beschikking van het Hof Den Haag en verwijst het geding door naar het Hof Amsterdam.

Het hof is in deze zaak afgeweken van de wettelijke voorkeur, wat op zichzelf mogelijk moet zijn maar dan moet deze beslissing wel deugdelijk gemotiveerd worden en de vraag is of het hof aan zijn motiveringsplicht heeft voldaan. In deze zaak heeft het hof niet of in onvoldoende mate voldaan aan de motiveringsplicht bij het afwijken van de wettelijke voorkeur.

Wanneer de rechter van oordeel is dat er een bewindvoerder dient te worden benoemd, zal de rechter die het bewind instelt daarbij allereerst moeten nagaan of de beoogde bewindvoerder zich hiertoe bereid heeft verklaard. Tevens zal de rechter zich een oordeel moeten vormen over de geschiktheid van de te benoemen persoon.

Bij de benoeming van de bewindvoerder volgt de rechter in beginsel de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende, tenzij gegronde redenen zich tegen deze benoeming verzetten. Indien de rechthebbende zich niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de voorkeur betreffende de te benoemen persoon, en de rechthebbende niet is gehuwd, een geregistreerd partnerschap is aangegaan of anderszins een levensgezel heeft, heeft de benoeming van een familielid tot bewindvoerder in beginsel de voorkeur boven de benoeming van een professionele bewindvoerder. Het is voor de rechthebbende in de meeste gevallen immers prettig als een naaste zijn of haar financiële belangen behartigt. In casu heeft rechthebbende geen uitdrukkelijke voorkeur uitgesproken en is er geen sprake van een partner. In dat geval heeft een familielid de voorkeur. Kan of wil niemand in de familie de taak van bewindvoerder uitoefenen, dan kan eventueel een professionele bewindvoerder worden benoemd. De wetgever heeft deze wettelijke voorkeur opgenomen in art. 1:435 BW.

In dit geval waren de broer en de andere broer bereid de taak van bewindvoerder uit te oefenen. De rechter heeft hier echter van de mogelijkheid gebruikgemaakt om af te wijken van deze wettelijke voorkeur. De wet geeft de rechter binnen dit wettelijk kader veel vrijheid bij de benoeming van een bewindvoerder. Bij ongeschiktheid van de beoogde bewindvoerder kan er een andere bewindvoerder worden benoemd. Dit kan eventueel ook een rechtspersoon zijn (art. 1:435 BW). De rechter kan dit bijvoorbeeld ook beslissen als hem blijkt dat de rechthebbende bezwaar heeft tegen de benoeming van de beoogde persoon/personen of als de rechter de bij voorkeur in aanmerking komende persoon niet geschikt acht het bewind te voeren.

Belangrijk is dan wel dat de rechter uitlegt en duidelijk motiveert hoe hij tot dit oordeel is gekomen (zie MvT *Kamerstukken II*, 15350 p. 20).

Het hof heeft bij zijn beslissing overwogen dat verzoeker de financiën van rechthebbende heeft beheerd voordat er een bewind werd uitgesproken. Dit zou hij niet naar behoren gedaan hebben, nu dit tot schulden en onnodige uitgaven heeft geleid, hetgeen niet in het vermogensrechtelijke belang van rechthebbende is geweest.

Het hof maakt daarbij echter niet duidelijk waarom de andere broer niet geschikt zou zijn om tot bewindvoerder te worden benoemd. Immers, steeds is aangegeven dat verzoeker de financiën deed, maar nergens komt naar voren dat de andere broer daar ook bij betrokken was. Feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de verzoeker kunnen de beslissing

om de andere broer niet te benoemen tot bewindvoerder niet zelfstandig dragen.

Met de komst van de professionele bewindvoerder is weliswaar orde op zaken gesteld, om welke reden het hof van oordeel is dat het in het belang is van rechthebbende dat deze huidige stabiele situatie voortduurt. Het hof motiveert daarbij niet óf en in hoeverre de andere broer eerder bij de financiën van rechthebbende betrokken zou zijn geweest. Het hof is ook niet nader ingegaan op de opmerking van de bewindvoerder dat wat haar betreft de benoeming van de andere broer niet in het belang zou zijn van rechthebbende, omdat dit ertoe zou leiden dat verzoeker de bewindvoering feitelijk zal aanvoeren omdat de andere broer lijkt te doen wat verzoeker wil. Het hof heeft deze opmerking wel kenbaar aan zijn beslissing ten grondslag gelegd. Het hof heeft ook niet uitgelegd waarom de huidige stabiele situatie niet zou kunnen voortduren wanneer de andere broer tot bewindvoerder zou zijn benoemd. Uit niets valt echter af te leiden waarom de andere broer niet geschikt zou zijn de rol van bewindvoerder op zich te nemen.

De rechter heeft weliswaar een behoorlijke vrijheid om af te wijken van de wettelijke voorkeur, maar dan wel met inachtneming van een deugdelijke motivering conform de bedoeling van de wetgever.

mr. dr. J. van Raak-Kuiper
Van Raak Advocatuur

115

Nakoming zorgregeling: bevoegdheid Nederlandse rechter, begrippen 'gewone verblijfplaats' en 'voorlopige regeling'

Hoge Raad
10 juli 2020, nr. 19/01794, ECLI:NL:HR:2020:1265
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek)
(Concl. A-G Vlas)
Noot mr. P.A. den Hollander

Internationale bevoegdheid Nederlandse rechter. Gewone verblijfplaats minderjarige. Geldigheidsduur voorlopige voorziening.

[Verordening Brussel II-bis art. 8; Rv art. 236, 254; RO art. 81 lid 1]

Essentie: De voorzieningenrechter heeft zich terecht bevoegd geacht. Het belang in hoger beroep en cassatie is vervallen aangezien de grondslag van de voorlopige voorziening met de afgifte van de bodembeschikking is beëindigd.

Samenvatting: De Hoge Raad verwerpt in de onderhavige procedure tot nakoming van een voorlopige zorgregeling het cassatieberoep met inachtneming van art. 81 lid 1 RO, nadat de conclusie van de A-G eveneens strekte tot verwerping. Het cassatieberoep was gericht tegen het arrest van het Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2019:316), waarbij het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank was bekrachtigd.

In het bestreden vonnis van de voorzieningenrechter was de vrouw veroordeeld tot nakoming van een tussen partijen, tij-