

Kroniek Familie- recht 2006-2008

.....
INHOUD

Wetsvoorstellen

Wettelijke gemeenschap
van goederen
Wetsvoorstel 30 145

Jurisprudentie

Adoptie
Afstamming
BOPZ
Burgerlijke stand
Gezag
Huwelijksvermogensrecht
Verknochtheid
Vergoedingsrechten
Periodiek verrekenbeding
Kinderalimentatie
Kinderen geboren buiten
gezinsverband
Samenloop van
onderhoudsverplichtingen
Kinderontvoering
Naamrecht
Omgang
Ouderlijk gezag
Partneralimentatie
Draagkracht
Limitering

.....

Deze kroniek bevat een overzicht van de ontwikkelingen op het terrein van het personen- en familierecht.¹

Koert Boshouwers

advocaat-scheidingsmediator te Breda²

Tanya Kreeftenberg

advocaat-scheidingsmediator te Son³

Wetsvoorstellen

Wettelijke gemeenschap van goederen

Een belangrijk onderdeel van wetsvoorstel 28 867 was de beperking van de algehele gemeenschap van goederen. Van deze doelstelling is na het op 18 september 2008 door de Tweede Kamer aangenomen gewijzigde voorstel weinig overgebleven. Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke wijziging meer van art. 1:94 BW, maar nog slechts een redactionele wijziging. Tot de algehele gemeenschap van goederen behoren daarom zowel de aangebrachte goederen als de erfenissen en schenkingen, tenzij deze onder uitsluitingsclausule zijn verkregen.

De voorgestelde wijziging van artt. 1:87 en 1:99 BW is wel gehandhaafd. De hoofdregel zal worden dat de beleggingsleer op de vergoedingsrechten van artt. 1:95 en 1:96 BW van toepassing is. De nominaliteitsleer zal gelden voor goederen die met toestemming van de andere echtgenoot zijn aangeschaft, voor goederen die bestemd zijn om verbruikt te worden en voor goederen die zijn vervreemd zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats zijn gekomen (art. 1:87 lid 2 BW).

In art. 1:99 lid 1 BW wordt het moment van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap vervroegd van het moment van inschrijving van de echtscheiding tot de datum van indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding.

Wetsvoorstel 30 145

Na het intrekken van wetsvoorstel 29 676 (Luchteveld) heeft de minister van Justitie op 19 oktober 2006 wetsvoorstel 30 145 aangevuld met een voorstel tot wijziging van art. 1:400 lid 1 BW. Deze bepaling legt een voorrangregeling vast van de onderhoudsverplichting ten opzichte van (stief)kinderen tot 21 jaar boven alle andere onderhoudsgerechtigden.

In art. 1:247 lid 4 BW is het recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding van beide ouders opgenomen. Met deze bepaling schrijft de wetgever overigens geen feitelijke coouderschapsregeling voor. Bij de invulling van gelijkwaardige verzorging dient aansluiting te worden gezocht bij de zorgverdeling zoals echtgenoten die tijdens het huwelijk, geregistreerd partnerschap of samenleving hebben afgesproken.

Deze wet is op 1 maart 2009 in werking getreden. Indien in een echtscheidingszaak kinderen zijn betrokken, dient het verzoekschrift tot echtscheiding op straffe van niet-ontvankelijkheid een ouderschapsplan te bevatten.



1 De vorige kroniek, over de periode tot en met december 2005 van mr. A. Heida, is verschenen in het *Advocatenblad* 2006-4, 10 maart 2006.

2 Bij AKD Prinsen Van Wijmen N.V.

3 Bij Grosfeld-Kreeftenberg Familierecht-advocaten en Scheidingsmediators.

Jurisprudentie

Adoptie

De moeder van een kind verzoekt de rechtbank om stiefouderadoptie door haar vriendin. De man die als zaad-donor heeft gefungeerd, verzet zich hiertegen. De rechtbank overweegt dat hij niet als belanghebbende kan worden aangemerkt, omdat er slechts sprake is geweest van summier contact, en wijst het verzoek toe. Het hof wijst de stiefouderadoptie vervolgens af, omdat de man heeft aangegeven een rol in het leven van het kind te willen spelen en dus niet kan worden gezegd dat het kind niets meer van hem te verwachten heeft. Het niets meer te verwachten hebben van de biologische ouder is het belangrijkste criterium bij toewijzing van een verzoek tot stiefouderadoptie. De moeder en haar partner stellen dan cassatie in.

De Hoge Raad verwerpt het beroep op 21 april 2006 (LJN AU927). In het onderhavige geval was er sprake van *family life* tussen donor en kind, gelet op de afspraken die al voor de conceptie waren gemaakt, het contact na de geboorte en het feit dat er nog altijd omgang tussen de man en het kind was. Het is dus wezenlijk om op voorhand goede afspraken te maken met een donor in het geval stiefouderadoptie, bijvoorbeeld bij lesbisch ouderschap, aan de orde zal komen.

Afstamming

Een Nederlandse vader erkent zijn kind drie dagen na de geboorte uit een Colombiaanse moeder. Als hij zijn kind al voor diens geboorte zou hebben erkend, zou het op grond van de sinds 1 april 2003 geldende Rijkswet op het Nederlanderschap vanaf de geboorte van rechtswege de Nederlandse nationaliteit hebben gehad. Indien het vaderschap gerechtelijk zou zijn vastgesteld, zou het kind met ingang van het moment van vaststelling de Nederlandse nationaliteit verkrijgen. Het drie dagen na de geboorte erkennen van het kind leidde op grond van diezelfde Rijkswet niet tot het verkrijgen van de Nederlandse nationa-

liteit. De Hoge Raad overweegt dienaangaande op 26 januari 2007 (LJN AZ1625) dat een dergelijk onderscheid tussen een (niet vrijwillige) gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en een (vrijwillige) erkenning van een kind voor wat de nationaliteitsgevolgen betreft, niet door de beugel kan. De eerdere beschikking van het gerechtshof werd bevestigd, dat in het geval van een erkenning na de geboorte het kind, net als bij een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap op grond van art. 4 van de Rijkswet, vanaf het moment van erkenning de Nederlandse nationaliteit krijgt.

BOPZ

Een verslaving aan drugs of alcohol kan op zich niet leiden tot een gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis op grond van de Wet BOPZ. Dit is anders indien de verslaving gepaard gaat met andere psychiatrische stoornissen die zo ernstig zijn dat het gebruik leidt tot een gevaar voor zowel de betrokkene als voor derden en er sprake is van een belemmerde wilsfunctie. In dat geval kan een gedwongen opname wel plaatsvinden, zo overwoog de Hoge Raad op 5 oktober 2007 (LJN BB3321) en 8 februari 2008 (LJN BC3845).

Burgerlijke stand

Op veel aandacht in de media mocht het arrest van de Hoge Raad van 13 april 2007 (LJN AZ6095) rekenen. Twee dames waren in Nederland een geregistreerd partnerschap aangegaan en hadden dit later in een huwelijk laten omzetten. Zij wilden dit in de registers van de burgerlijke stand op Aruba laten inschrijven en de ambtenaar weigerde dit te doen. De dames gingen hierop naar het Gerecht in Eerste aanleg van Aruba, dat de door hen verzochte verklaring voor recht toewees. De betrokken ambtenaar en het land Aruba stelden hoger beroep in, maar het Gemeenschappelijke hof bevestigde dat het huwelijk moest worden ingeschre-



ven. De Hoge Raad bevestigde het. Een huwelijksakte is een authentieke akte en aan een dergelijke akte komt overal binnen het Koninkrijk rechtskracht toe, ook indien een vergelijkbare regeling in een van de rijksdelen ontbreekt. De ambtenaar diende de akte daarop in te schrijven.

Gezag

Sinds 1998 is uitgangspunt dat het ouderlijk gezag van ouders na een echtscheiding ongewijzigd in stand blijft. In art. 1:251a BW heeft de wetgever de mogelijkheid gecreëerd voor een minderjarige om zich op een informele manier tot de rechter te wenden om een uitspraak te krijgen over het ouderlijk gezag, als het kind het hier niet mee eens is. Op 4 april 2008 (LJN BC2241) overwoog de Hoge Raad dat een dergelijk recht ook na beëindiging van de echtscheidingsprocedure kon worden gebruikt om te bewerkstelligen dat aan één van de ouders het eenhoofdig ouderlijk gezag kan worden toegekend.

Op 24 oktober 2008 (LJN BF0237) oordeelde de Hoge Raad over een verzoek van de moeder om haar na de echtscheiding alleen met het ouderlijk gezag te belasten. De reden van haar verzoek was

de angst voor een mogelijke ontvoering van het kind naar Turkije. De rechtbank wees haar verzoek af. Het hof wees het toe. De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het hof, omdat het hof niet heeft vastgesteld dat het in het belang van het kind is dat zijn moeder het eenhoofdig ouderlijk gezag krijgt en niet heeft vastgesteld dat de onrust bij de moeder tot problemen bij het kind leidt.

Soms wordt in een echtscheidingsprocedure het eenhoofdig ouderlijk gezag aan één van de ouders toegekend. Vóór 1 januari 1998 was dit uitgangspunt. Wat nu als de niet langer met het gezag belaste ouder nadien verzoekt om opnieuw samen met het gezag te worden belast? De Hoge Raad overwoog op 15 december 2008 (LJN BB9669) dat indien er geen sprake is van zo ernstige communicatieproblemen tussen de ouders dat een kind bij herstel van het gezag het gevaar loopt om klem te raken tussen zijn ouders en er geen andere gronden zijn die met zich brengen dat het eenhoofdig gezag gehandhaafd blijft, er geen reden is om het gezamenlijk ouderlijk gezag af te wijzen.

Daar waar de ouders van een kind dat binnen het huwelijk wordt geboren, automatisch met het gezamenlijk ouderlijk gezag worden belast, is dit bij samenwoners niet het geval. Op 28 april 2006 (LJN AV0656) bevestigde de Hoge Raad dat de onmogelijkheid van de vader om op grond van art. 1:252 BW te verzoeken dat

hij naast de moeder met het ouderlijk gezag werd belast, een ongeoorloofde inbreuk was op zijn recht als ouder op grond van art. 8 EVRM.

In het geval dat op 12 december 2008 (LJN BF3927) aan de Hoge Raad ter beoordeling werd voorgelegd, had de vader de rechtbank verzocht om naast de moeder met het ouderlijk gezag te worden belast. De kantonrechter had het verzoek afgewezen, nadat uit onderzoek van de Raad voor de Kinderbescherming was gebleken dat de ouders onmachtig waren tot constructief overleg en gezamenlijk gezag slechts tot meer spanningen zou leiden. Het hof wees het verzoek wel toe, omdat de ouders in staat waren gebleken om afspraken te maken rond situaties die zich bij het kind zouden kunnen voordoen. Het gezamenlijk gezag zou de duidelijkheid naar het kind toe bevorderen.

De Hoge Raad casseert de beschikking van het gerechtshof. De moeder had gedocumenteerd aangegeven dat zij door het handelen van de vader al haar vertrouwen in zijn normen en waarden had verloren. De Hoge Raad overweegt dienaangaande dat een rechter niet zonder meer voorbij kan gaan aan onderbouwde bezwaren en precies de feiten en omstandigheden moet vermelden die hebben geleid tot het oordeel dat eenhoofdig ouderlijk gezag in het belang van een kind is. In dit kader merkt de Hoge Raad tevens op dat een punt van weging is dat bij toekenning van het ge-

zamenlijk ouderlijk gezag aan de vader het recht op omgang niet meer voor langere tijd kan worden ontzegd.

Huwelijksvermogensrecht

Verknochtheid

Op 3 november 2006 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen over verknochte goederen als bedoeld in art. 1:94 lid 3 BW. In NJ 2006, 257 oordeelde de Hoge Raad dat de mate van verknochtheid, die bepaalt of een goed wel of niet in de gemeenschap valt, afhangt van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald. De redelijkheid en billijkheid zijn al in deze maatstaf verdisconteerd en is geen aparte beoordelingsgrond. In NJ 2007, 258 werd overwogen dat tenminste zal moeten worden gesteld op welke schade(n) de vergoeding betrekking heeft, om de mate van verknochtheid te kunnen vaststellen. Zo zal bijvoorbeeld nodig kunnen zijn dat blijkt of de vergoeding betrekking heeft op schade die voor of na ontbinding van de gemeenschap zal worden geleden. De enkele stelling dat de schade betrekking had op een bedrijfsongeval was onvoldoende om de vergoeding als een verknocht goed aan te merken.

In HR 26 september 2008 (NJ 2009, 40) deed de vraag van de voortgezette



verknochtheid zich voor. De Hoge Raad oordeelde dat verknochtheid van het vervangen goed afhangt van de aard van het nieuwe goed. De stelplicht ten aanzien van de voortgezette verknochtheid rust op degene die zich op verknochtheid beroept. In deze casus had de vrouw een verknochte schadevergoeding aangewend voor de financiering van de echtelijke woning, die naar zijn aard niet als verknocht werd aangemerkt. De vrouw stelt dat aan haar een vergoedingsrecht toekwam op grond van art. 1:95 lid 2 BW, aangezien zij privévermogen heeft aangewend voor de financiering van een gemeenschappelijk goed. Partijen hadden in hun huwelijkse voorwaarden een finaal verrekeningbeding opgenomen, inhoudende dat zij zouden verrekenen alsof zij in gemeenschap van goederen getrouwd waren. Op huwelijkse voorwaarden die uitsluitend een finaal verrekeningbeding bevatten, zijn de bepalingen van artt. 1:132 oud BW e.v. van toepassing (art. IV wet van 14 maart 2002, *Stb.* 2002, 152).

De Hoge Raad overwoog dat het finaal verrekeningbeding niets anders is dan een methode van verrekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen en dus niet tot gevolg heeft dat daadwerkelijk een gemeenschap bestaat. De bepalingen van titel 7 zijn niet van toepassing op een finaal verrekeningbeding, zodat aan de vrouw geen vergoeding op grond van art. 1:95 lid 2 toekwam. Indien de vrouw een vergoedingsrecht had willen bedingen, dan had zij een specifieke bepaling in de akte huwelijkse voorwaarden moeten laten opnemen.

Vergoedingsrechten

In HR 1 februari 2008 (NJ 2008, 566) was sprake van huwelijkse voorwaarden met zowel een finaal als een niet uitgevoerd periodiek verrekeningbeding. In een dergelijk geval dient te worden afgerekend op basis van het finale verrekeningbeding. In de onderhavige casus waren partijen overeengekomen om met elkaar af te rekenen alsof zij in gemeenschap van goederen getrouwd waren, maar hadden zij een aantal zaken, waaronder de ten huwelijk aangebrachte zaken en de zaken verkregen uit erfenis en schenking, uitgesloten. In deze zaak liet de Hoge Raad de overweging van het hof dat

aan de één vergoedingsrecht op de voet van art. 1:95 lid 2 BW toekwam in stand. Deze uitspraak lijkt in strijd met de uitspraak van 26 september 2008, waarin werd geoordeeld dat in geval van een finaal verrekeningbeding art. 1:95 BW niet van toepassing was.

Een belangrijk verschil tussen beide zaken was gelegen in het feit dat in de zaak van 26 september 2008 het finale verrekeningbeding geen zaken van verrekening uitsloot en in onderhavige zaak partijen wel zaken van verrekening hadden uitgesloten. In de zaak van 1 februari 2008 rekenden partijen met elkaar af alsof tussen hen een gemeenschap van vruchten en inkomsten of een gemeenschap van winst en verlies had bestaan.

In HR 15 februari 2008 (NJ 2008, 110) speelde de vraag of een vergoedingsrecht nominaal of naar evenredigheid diende te worden uitgekeerd. De nominaliteitsleer als hoofdregel is vastgelegd in het arrest-Kriek/Smit (NJ 1980, 150). Ook in dit arrest is al uitgemaakt dat bijzondere omstandigheden ertoe kunnen leiden dat aanspraak gemaakt kan worden op het rendement van de investering. In HR 15 februari 2008 zette de Hoge Raad deze lijn voort en kwam tot de conclusie dat er sprake was van bijzondere omstandigheden die toepassing van de evenredigheidsleer door het hof begrijpelijk maakten.

Periodiek verrekeningbeding

De afgelopen jaren is veel aandacht besteed aan de uitleg van het periodiek verrekeningbeding en met name de uitleg van de diverse inkomstenbegrippen die in deze bedingen worden gehanteerd.

Op 27 januari 2006 (NJ 2006, 564), Schwanen/Hundscheid II, heeft de Hoge Raad bepaald dat voldoening van de hypotheekrente dient te worden aangemerkt als kosten van de huishouding. Deze uitspraak heeft tot gevolg dat de overwaarde van een woning die is gefinancierd met een aflossingsvrije hypotheek niet in de verrekening hoeft te worden betrokken. Omdat dit arrest nog speelde onder het oude recht, vóór de inwerkingtreding van de Wet op de verrekeningbedingen van 1 september 2002, wordt er verschillend gedacht over de reikwijdte van dit arrest.

In HR 6 oktober 2006 (NJ 2006, 565) legde de Hoge Raad het begrip 'inkomsten uit arbeid' uit aan de hand van het Haviltex-criterium. In het onderhavige geval kwam de Hoge Raad op basis van wat partijen bij het sluiten van de akte als 'huwelijkse voorwaarden' voor ogen heeft gestaan tot de conclusie dat het begrip 'inkomsten uit arbeid' geen ondernemingswinsten als bedoeld in art. 1:141 lid 4 BW omvat. Het verrekenen van eventuele opgepotte winsten in de bv werd daarmee uitgesloten.

In HR 25 april 2008 (NJ 2008, 394) was sprake van een niet uitgevoerd periodiek verrekeningbeding, waarbij investeringen waren gedaan in een voorhuwelijkse woning. Dit was de eerste zaak waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld over de toepassing van de beleggingsleer op investeringen in voorhuwelijk vermogen. De Hoge Raad heeft het oordeel van het hof – dat de meerwaarde van de woning die is toe te schrijven aan de verbouwingen, tussen partijen verrekend moet worden – in stand gelaten.

Kinderalimentatie

Kinderen geboren buiten gezinsverband

Op 13 april 2007 (NJ 2007, 394) heeft de Hoge Raad de vraag beantwoord op basis van welk netto-inkomen de behoefte van een kind berekend dient te worden dat nimmer in gezinsverband heeft geleefd. In HR 27 februari 2004 (NJ 2004, 283) was al bepaald dat het inkomen van de man medebepalend diende te zijn voor de behoefte van het kind, ook als het kind nimmer onderdeel had uitgemaakt van zijn gezin. Over de wijze waarop het inkomen van de man diende te worden meegenomen, werd in de lagere rechtspraak verschillend gedacht. In HR 13 april 2007 is bepaald dat bij de bepaling van de behoefte van het kind niet zonder meer moet worden uitgegaan van de som van beider inkomens. De hogere huisvestingskosten en andere vaste lasten van twee huishoudens dienen in de draagkracht verdisconteerd te worden. De Werkgroep Alimentatienormen beveelt aan om de behoefte van een kind dat nooit in gezinsverband heeft geleefd, te bepalen door het gemiddelde te nemen van de behoefte berekend op basis

van het inkomen van de ene ouder en de behoefte berekend op basis van het inkomen van de andere ouder.

Samenloop van onderhoudsverplichtingen

Op 21 december 2007 (NJ 2008, 28) heeft de Hoge Raad in beginsel voorrang gegeven aan kinderalimentatie boven de onderhoudsverplichting ten opzichte van een nieuwe partner. Indien er echter sprake is van bijzondere omstandigheden, waaronder het feit dat het bestaansniveau van het nieuwe gezin wordt aangetast en het feit dat in het nieuwe gezin ook weer kinderen zijn geboren, dient een belangenafweging tussen de verschillende onderhoudsverplichtingen plaats te vinden.

Kinderontvoering

Op 20 januari 2006 (NJ 2006, 545) oordeelde de Hoge Raad over de teruggeleiding van een kind van een Italiaanse vader en een Nederlandse moeder die met hun dochter in Italië woonden en samen het ouderlijk gezag hadden. In strijd met de beslissing van de Italiaanse rechter had de moeder in 2004 met het kind Italië verlaten en zich in Nederland gevestigd. De Centrale Autoriteit verzocht om teruggeleiding van het kind en de Rechtbank Amsterdam wees het verzoek af. Ondanks het feit dat de overbrenging ongeoorloofd was, bestond er een ernstig risico dat het kind in Italië in een ondraaglijke toestand in de zin van art. 13 HKOV zou komen te verkeren. Zo niet volgens de Hoge Raad. Deze overweegt dat art. 13 restrictief dient te worden uitgelegd. De Nederlandse rechter dient niet op de stoel te gaan zitten van de rechter die in het land van de gewone verblijfplaats van een kind over het gezag en verblijf dient te oordelen. De Hoge Raad verwees de zaak naar een ander hof om de zaak af te doen. Echter, op 26 september 2007 (LJN BB3192) lag de zaak weer ter beoordeling aan de Hoge Raad voor. De moeder had betoogd dat teruggeleiding van haar dochter niet meer aan de orde kon zijn, omdat zij intussen drie jaar in Nederland verbleef en het kind hier was geworteld. De Hoge Raad is en blijft echter onvermurwbaar. Het traineren van het overbrengen van

ik heb er vooral behoefte aan dat mijn behoefte niet rekenkundig wordt getelateerd aan het inkomen van mijn ouders...



een kind naar het land waar dit – voorafgaande aan de ongeoorloofde overbrenging – zijn normale verblijfplaats had, staat aan het wortelen in een ander land in de weg en zou de werking van het HKOV doorkruisen.

Een Amerikaanse man trouwt in de Verenigde Staten met een Nederlandse vrouw en zij krijgen een dochter. Hun huwelijk strandt en de rechter spreekt in de VS de echtscheiding uit waarbij het gezamenlijk ouderlijk gezag gehandhaafd blijft. Na toestemming van de rechter te hebben gekregen, gaat de moeder met de dochter voor familiebezoek naar Nederland en keert hiervan niet terug. De vader dient een verzoek tot teruggeleiding in en dient een aangifte bij de Amerikaanse politie in van kindermishandeling door de moeder. De Centrale Autoriteit stelt hierop een teruggeleidingsverzoek in bij de kinderrechter in Nederland. De rechtbank wijst het verzoek toe; het gerechtshof in hoger beroep wijst het af. Hiertoe overweegt het hof dat er sprake is van een uitzonderingssituatie in de zin van art. 13 HKOV. De vader stelt de moeder namelijk bloot aan het risico te worden gearresteerd door zijn aangifte, en hij stelt zijn eigen belangen hiermee boven die van zijn dochter. De redenering kan echter niet op de instemming van de Hoge Raad rekenen. Op 20 oktober 2006 (LJN AY8774) casseert deze de beschikking van het hof. De rechter moet zich onthouden van een oordeel over het gezags- en omgangsrecht en mag niet treden in de beoordeling van de vraag of een kind in het land van herkomst minder goed af zou zijn dan hier.

Naamrecht

Ieder kind heeft recht op een achternaam. In het geval dat de Hoge Raad op 14 april 2006 (LJN AU9239) beoordeelde, had de moeder een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap ingediend en verzocht dat het kind zijn achternaam zou gaan dragen. Het laatste verzoek werd ingegeven door de overtuiging van de moeder dat het kind met de achternaam van zijn vader minder op achterstand stond in Marokkaanse familieverhoudingen. De bijzonder curator deelt de mening van de moeder: de rechtbank wijst beide verzoeken toe. De vader stelt hoger beroep in en het hof vernietigt de eerdere beschikking van de rechtbank: het kind houdt de achternaam van de moeder. De bijzonder curator stelt hierop cassatie in. De Hoge Raad bekrachtigt de beschikking van de rechtbank: op grond van een belangenafweging kan de rechter bij geschil van inzicht tussen de ouders over de vraag wiens achternaam het kind krijgt, de keuze van de wetgever dat het kind in dat geval de naam houdt die het vanaf de geboorte had, dus van de moeder, niet opzij zetten.

Omgang

Bij de invoering van het gezamenlijk ouderlijk gezag heeft de wetgever geen regeling opgenomen die voorziet in het recht op omgang van de met het ouderlijk gezag belaste ouder met zijn kind. De Hoge Raad heeft deze leemte bij arrest van 24 juni 2005 (NJ 2005, 415) ingevuld en het recht toegekend. Op 31 maart 2006 (LJN AV2863) diende de Hoge Raad vervolgens te oordelen over de vraag of dit recht ook aan de met het gezag belaste ouder kon worden ontzegd. Op de voet van het bepaalde in art. 1:253a BW beantwoordde hij deze rechtsvraag ontkennend. Slechts een in duur beperkte schorsing van het omgangsrecht is mogelijk: de rechter heeft niet de bevoegdheid de omgang voor onbepaalde duur te ontzeggen.

Op 26 maart 2007 (LJN AZ5443) heeft de Hoge Raad de al in 2005 op dit gebied ingezette lijn bevestigd. De in art. 1:377ah lid 2 opgenomen ontzeggings-



gronden zijn alleen van toepassing op de niet met het ouderlijk gezag belaste ouder. De overweging van het hof, dat omgang op dit moment en in de nabije toekomst in het belang van de kinderen niet wenselijk was, kan naar de mening van de Hoge Raad niet als een beperking in tijd worden gezien.

Ouderlijk gezag

Op 25 april 2008 (LJN BC5901) oordeelde de Hoge Raad over de problematiek die speelt bij een voorgenomen verhuizing van één van de met het ouderlijk gezag belaste ouders na een echtscheiding. De moeder wilde zich in dit geval vestigen bij haar levenspartner in Zwitserland en verzocht om toestemming van de rechtbank. De vader verzette zich hiertegen en verzocht zelfstandig om te bepalen dat de kinderen bij hem hun hoofdverblijf zouden krijgen. Zowel de rechtbank als het hof wees de verzoeken af, omdat beide verzoeken niet in het belang van de kinderen zouden zijn.

De Hoge Raad casseert en overweegt hierbij dat bij het nemen van een dergelijke beslissing alle belangen van de betrokkenen in aanmerking moet worden genomen, niet alleen de belangen van de kinderen. Het kan dus zo zijn dat het belang van de kinderen om goed contact te onderhouden met de niet-verzorgende ouder, moet wijken voor de belangen van een van de ouders om een nieuw gezin te stichten in het buitenland.

Partner-alimentatie

Draagkracht

Bij de berekening van de draagkracht dient in beginsel met alle schulden rekening te worden gehouden, volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Toch heeft de bevestiging van deze jurisprudentie op 11 juli 2008 (NJ 2008, 402) voor opschudding gezorgd. Op basis van de aanbevelingen van de Werkgroep Alimentatienormen wordt in de draagkrachtberekening geen rekening gehouden met de aflossing op schulden op basis van de standaardmotivering dat het geen aflossing op huwelijkse schulden betreft en om die reden geen prioriteit boven de alimentatieplicht dient te krijgen. Deze standaardmotivering voldoet niet meer. De alimentatiegerechtigde dient te stellen en te onderbouwen dat de schulden onnodig zijn aangegaan of onredelijk zijn, om te voorkomen dat met de aflossing op de schulden rekening wordt gehouden.

Met een wijziging van de alimentatie met terugwerkende kracht dient de rechter terughoudend om te gaan. In het arrest van de Hoge Raad van 22 september 2006 (NJ 2006, 520) had het hof de alimentatie met terugwerkende kracht over een periode van drieënhalf jaar op nihil gesteld. Omdat deze beslissing een grote terugbetalingsverplichting tot gevolg had, had het hof moeten be-

oordelen en motiveren in hoeverre terugbetaling in redelijkheid kon worden verlangd.

Limitering

Ingevolge de Wet Limitering Alimentatie (WLA) eindigt vanaf 1 juli 1994 de partneralimentatie van rechtswege na een periode van twaalf jaar na de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking. De mogelijkheid bestaat om binnen drie maanden na beëindiging verlenging van de alimentatie te verzoeken. Vanaf 1 juli 2006 is er een stroom van verlengingsverzoeken op gang gekomen. De algehele tendens is dat een verlengingsverzoek slechts in zeer uitzonderlijke situaties wordt toegewezen. Op 19 december 2008 (NJ 2009, 136) heeft de Hoge Raad criteria gegeven voor de beoordeling van een verlengingsverzoek. Allereerst dient de alimentatiegerechtigde te stellen en te bewijzen dat er bijzondere omstandigheden zijn waardoor een beëindiging van de alimentatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet gevegd kan worden. Deze omstandigheden betreffen met name de financiële situatie van de alimentatiegerechtigde, in hoeverre de behoefte nog verband houdt met het huwelijk en of de alimentatiegerechtigde alles in het werk heeft gesteld om in eigen levensonderhoud te voorzien. Slaagt de alimentatiegerechtigde niet in dit bewijs, dan dient het verzoek te worden afgewezen zonder dat de omstandigheden van de alimentatieplichtige in de beoordeling

worden betrokken. Pas indien de rechter de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de alimentatiegerechtigde zwaarwegend genoeg acht, worden de omstandigheden aan de zijde van de alimentatieplichtige relevant.

Indien uit het huwelijk geen kinderen zijn geboren en het huwelijk korter dan vijf jaar heeft geduurd, wordt ingevolge de WLA de alimentatieduur beperkt tot de duur van het huwelijk. In HR 4 mei 2007 (NJ 2007, 405) werd bepaald dat ingevolge art. 1:166 BW de huwelijkse jaren van twee kortdurende, kinderloze huwelijken bij elkaar opgeteld dienen te worden om de alimentatieduur te berekenen. De Hoge Raad zocht aansluiting bij HR 11 april 2003 (NJ 2003, 492), waarin ten aanzien van de berekening van duur van de pensioenopbouw op dezelfde wijze werd geoordeeld.

In HR 4 mei 2007 (LJN BA2015) deed de vraag zich voor wanneer een huwelijk kinderloos is gebleven in de zin van art. 1:157 lid 6 BW. De Hoge Raad overwoog dat het begrip 'uit het huwelijk geboren kind' ruim dient te worden uitgelegd, maar niet zo ruim dat het enkele feit dat tussen de vader en het kind *family life* bestaat al voldoende is. Het is in ieder geval vereist dat tussen het kind en de vader een familierechtelijke betrekking bestaat.

Ten aanzien van de 'oude limiteringsgevallen' heeft de Hoge Raad in vergelijkbare gevallen op 10 november 2006 (NJ 2006, 609 en 2006, 608) en op 29 september 2006 (NJ 2006, 535) zware motiveringseisen gesteld om tot een definitieve beëindiging te komen. In limiteringszaken waarin een relatief hoog alimentatiebedrag verschuldigd is, zal een beëindiging van de alimentatie voor de vrouw in de meeste gevallen té ingrijpend zijn. Indien de financiële situatie van de man zodanig is dat hij de alimentatieverplichting kan blijven voldoen en de vrouw niet in haar eigen levensonderhoud kan voorzien, ook niet als zij fulltime zou werken, zal een beëindiging van de alimentatie niet snel aan de zware motiveringseisen voldoen.

In dergelijke gevallen is sprake van een levenslange alimentatieverplichting.

Voorts werd in HR 10 november 2006 (NJ 2006, 608) geoordeeld dat voor het berekenen van de termijn van vijftien jaar de bij wege van voorlopige voorziening betaalde alimentatie niet meetelt. De tijdens een scheiding van tafel en bed betaalde alimentatie wordt wel meegeteld.

In de casus van 29 september 2006 had de man zelfs al 31 jaar alimentatie betaald en had het hof overwogen dat er toch een keer een einde diende te komen aan de alimentatieverplichting. Ook deze uitspraak werd door de Hoge Raad op grond van een motiveringsgebrek

vernietigd. Het doel van de WLA om een einde te maken aan de levenslange alimentatieplicht, wordt daarom niet voor alle alimentatieplichtigen verwezenlijkt.

In twee zaken van de Hoge Raad van 16 maart 2007 (NJ 2007, 307 en 308) ging ook een gefaseerde beëindiging van de alimentatieplicht op de zware motiveringseisen onderuit. Ook een gefaseerde beëindiging leidt immers tot een definitief einde van de alimentatieplicht. In NJ 2007, 308 overwoog de Hoge Raad dat een niet-wijzigingsbeding ten aanzien van de partneralimentatie een beëindiging op grond van de WLA niet in de weg staat, maar wel leidt tot een nadere motiveringsplicht.

De levenslange alimentatieverplichting
"ontrouw in voor- en tegenspoed...
... tot de dood ons samenvoegt..."

